www.jusletter.ch

PD Dr. Christoph Brunner / Dr. Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2012 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide

Der Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die im Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2012 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 2012 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 2. Dezember 2013

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung
II. CISG
1. Art. 51 CISG; teilweise Aufhebung des Vertrages; Vertragswidrigkeit der Ware; Verjährung; Beweislast
2. Beweislast nach Art. 42 Abs. 1 CISG (Belastung mit Schutzrechten Dritter)
III. Simulation, Leistungsstörungen
1. Simulierter Kaufvertrag
2. Anwendbare Methode bei der Minderung
3. Strafrechtliche Erfassung von Leistungsstörungen beim Kaufvertrag
IV. Für M&A Praxis relevante Entscheide
1. Übertragung von Stammanteilen – Natur und Form des Übernahmevertrages
2. Aktienkaufvertrag – (kein) Rücktrittsrecht infolge Nebenpflichtverletzungen
3. Richterliche Kunstgriffe bei unübersichtlichen Vertragsgeflechten
4. Herausgabe von verkauften Aktien durch Stellvertreter (Art. 400 Abs. 1 OR; BEG)
5. «Parent Guarantees» bei Aktienkaufverträgen
6. Herabsetzung einer Konventionalstrafe, die im Wegfall einer Forderung besteht (Art. 163 Abs. 3 OR)
V. Grundstückkauf
1. Freizeichnungsklauseln und Grundlagenirrtum
2. Quantitative und qualitative Schlechterfüllung und Freizeichnung beim Grundstückkaufvertrag
3. Absichtliche Täuschung
4. Altlastensanierung – Kostentragung der Rechtsnachfolger
5. Grundstückkaufvertrag mit angefangener Baute
6. Grundstückkaufvertrag bedingt durch die Einholung und Erteilung einer Baubewilligung; Unmöglichkeit des Bedingungseintritts
7. Erschleichung einer Falschbeurkundung
8. Übergangsrechtliche Behandlung von altrechtlich begründeten, unbefristeten Kaufsrechten

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 2012 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Frühere Rechtsprechungsübersichten zum Kaufvertragsrecht finden sich für das Jahr 2011 in Jusletter 24. September 2012 (Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2011 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 24. September 2012), für das Jahr 2010 in Jusletter 3. Oktober 2011 (Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 3. Oktober 2011), für das Jahr 2008 und 2009 in Jusletter 26. Juli 2010 (Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht in den Jahren 2008 und 2009 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 26. Juli 2010), für das Jahr 2007 in Jusletter 13. Oktober 2008 (Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007, in: Jusletter 13. Oktober 2008), für das Jahr 2006 in Jusletter 12. November 2007 (Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006, in: Jusletter 12. November 2007), für das Jahr 2005 in Jusletter 19. Juni 2006 (Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 19. Juni 2006), für das Jahr 2004 in Jusletter 18. April 2005 (Markus Vischer, Das Kaufvertragsrecht in den «unpublizierten Entscheiden» des Bundesgerichts im Jahr 2004, in: Jusletter 18. April 2005) und für die Jahre 2000-2003 in Jusletter 18. Oktober 2004 (Angela Geisselhardt, Das Kaufvertragsrecht in den «unpublizierten Entscheiden» des Bundesgerichts (2000–2003), in: Jusletter 18. Oktober 2004).

II. CISG

1. Art. 51 CISG; teilweise Aufhebung des Vertrages; Vertragswidrigkeit der Ware; Verjährung; Beweislast

BGE 138 III 601; Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 (CB)

[Rz 2] Die schweizerische Verkäuferin A. schloss mit der indonesischen Käuferin B. einen Kaufvertrag über eine Spinnereianlage ab. Der Vertragsgegenstand bestand aus den in einem Schätzungsbericht aufgeführten Gegenständen sowie den Ventilatoren und dem Klimaanlagesystem, soweit es sich vernünftigerweise entfernen liess, und deren Wiederaufbau in Indonesien.

[Rz 3] Im Verfahren war insbesondere strittig, ob die Käuferin teilweise Rückzahlung der dritten Kaufpreisrate und Ersatz von diversen Kosten und Schäden aus Nichtlieferung bestimmter Bestandteile verlangen konnte. Das Kantonsgericht Zug kam zum Ergebnis, dass das Kaufobjekt nicht als einheitliche Sachgesamtheit zu betrachten sei, da die fehlenden Teile ohne Weiteres hätten ausgetauscht werden können, was eine Teilaufhebung des Vertrags nach Art. 49 i.V.m. Art. 51 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) erlaubt habe. Zudem entschied das Kantonsgericht, dass die Nichtlieferung der fraglichen Bestandteile eine negative Tatsache darstelle, welche vom Käufer nicht bewiesen werden könne. Die Beweislast für die erfolgte Lieferung falle demzufolge dem Verkäufer zu. Das Obergericht des Kantons Zug bestätigte dieses Urteil, worauf die Verkäuferin A. beim Bundesgericht Beschwerde erhob.

[Rz 4] Das Bundesgericht erwog, dass auf den vorliegenden Kaufvertrag das CISG anwendbar sei. Dessen Anwendbarkeit sei gemäss Art. 3 CISG auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Spinnereianlage am Bestimmungsort mit einem Grundstück hätte verbunden werden sollen oder weil die Verkäuferin Montagepflichten gehabt habe, da diese dem

Wert nach nicht den überwiegenden Teil der Pflichten der Verkäuferin dargestellt hätten (E. 2.2).

[Rz 5] Die Anwendung von Art. 51 CISG und damit die Möglichkeit der Teilaufhebung setze voraus, dass ein Kaufvertrag mehrere Waren erfasse, die je eine eigenständige wirtschaftliche Einheit bilden. Dies treffe nicht zu, wenn eine Maschine oder eine Produktionsanlage als eine aus verschiedenen Bestandteilen zusammengesetzte einheitliche Sachgesamtheit verkauft werde. Beim Inventar einer Spinnerei handle es sich um eine Sachgesamtheit und demzufolge sei auch kein Teilrücktritt vom Vertrag gemäss Art. 51 CISG erlaubt. Entgegen einer Minderheitsmeinung vermöge der Umstand, dass die Nutzung des fehlerfreien Teils der Anlage unabhängig vom mangelhaften Teil möglich ist bzw. der fehlende Teil der Anlage ohne Weiteres austauschbar ist, am Vorliegen einer einheitlichen Sachgesamtheit nichts zu ändern, weil damit deren Vertragswidrigkeit durch Nachbesserung behoben werde (E. 7.1, 7.4).

[Rz 6] Die Verkäuferin machte geltend, nach den Mängelrügen der Käuferin vom Juli/August 1998 sei bezüglich des von der Käuferin geltend gemachten Schadenersatzanspruchs für die nicht gelieferten Teile der Anlage gem. Art. 210 des Obligationenrechts (OR) die Verjährung eingetreten, und zwar selbst dann, wenn zwecks Vermeidung eines Widerspruchs zur zweijährigen Anzeigefrist gem. Art. 39 CISG von einer zweijährigen Verjährungsfrist seit Ablieferung der Ware auszugehen sei. Das Bundesgericht verwarf diese Rüge. Art. 210 Abs. 2 OR [neu Art. 210 Abs. 5 OR] bestimme, dass die Einrede des Käufers wegen vorhandener Mängel bestehen bleibe, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist. Nach dieser Regelung könne der Käufer bei der Anwendbarkeit des CISG verjährte Ansprüche aus einer Vertragsverletzung noch einredeweise geltend machen, wenn er diese dem Verkäufer gemäss Art. 39 CISG angezeigt habe (E. 7.5). Da von einer rechtzeitigen Rüge gem. Art. 39 CISG auszugehen war, konnte sich die Käuferin gegenüber der von den kantonalen Gerichten im Umfang von CHF 1'030'000.– gutgeheissenen Forderung auf Zahlung des restlichen Kaufpreises einredeweise auf Forderungen aus der von ihr behaupteten unvollständigen und damit vertragswidrigen Lieferung berufen. Damit konnte offen bleiben, ob diese Forderungen verjährt waren (E. 7.7).

[Rz 7] Weiter äusserte sich das Bundesgericht zur Verteilung der Beweislast, die zu den im CISG geregelten Gegenständen gehört. Die Vorinstanz hatte erwogen, die Nichtlieferung verschiedener Teile stelle eine negative Tatsache dar, deren Beweis nicht möglich sei. Selbst wenn die unvollständige Lieferung in den Herrschaftsbereich der Käuferin gelangt sei, sei sie damit nicht in der Lage, den Bestand der Vertragswidrigkeit zu beweisen. Demgegenüber habe es die Verkäuferin in der Hand gehabt, den Nachweis der vollständigen Lieferung durch die Einreichung von Packlisten, Frachtbriefen und ähnlichen Dokumenten zu erbringen. Da die Verkäuferin die Vollständigkeit der Lieferung leichter beweisen könne als die Käuferin deren Unvollständigkeit, sei der Beschwerdeführerin die Beweislast hinsichtlich der vollständigen Lieferung aufzuerlegen. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, dass insbesondere die Beweisnähe zu beachten sei, weshalb der Käufer, der die Ware vorbehaltlos übernommen und daran die Sachherrschaft erlangt habe, deren Vertragswidrigkeit zu beweisen habe, soweit er daraus Rechte ableite (BGE 130 III 258 E. 5.3 S. 264 ff. mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.245/2003 vom 13. Januar 2004 E. 3.1). Dieser Grundsatz gelte auch bezüglich einer von der Käuferin nach der vorbehaltlosen Übernahme der Waren geltend gemachten Unvollständigkeit der Lieferung (Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2004 vom 7. Juli 2004 E. 3.3 und 3.4). Aus dem angefochtenen Urteil gehe nicht hervor, dass die Käuferin bereits bei der Übernahme der Waren in Indonesien Vorbehalte angebracht hätte, so dass von vorbehaltloser Übernahme auszugehen sei. Danach sei einzig die Käuferin in der Lage gewesen, die Vollständigkeit der umfangreichen Lieferung zu prüfen und die entsprechenden Beweise zu sichern, weshalb sie gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die von ihr nachträglich geltend gemachte Unvollständigkeit der Lieferungen beweispflichtig sei. Weshalb ihr diese Beweisführung unzumutbar sein soll, sei nicht ersichtlich, zumal das Fehlen bestimmter Bestandteile, anders als zum Beispiel die unterlassene Verletzung eines Konkurrenzverbots, nicht zu den so genannten unbestimmten Negativa zu zählen sei (E. 8.1-8.4).

[Rz 8] Da die Vorinstanz aufgrund der unzutreffenden Beweislastverteilung nicht prüfte, ob die Käuferin die von ihr geltend gemachte unvollständige Lieferung beweisen konnte, war das angefochtene Urteil bezüglich der daraus abgeleiteten Forderungen der Käuferin aufzuheben und zur Sachverhaltsergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bemerkungen

[Rz 9] Das Urteil enthält verschiedene interessante Erwägungen zum CISG. Für die Frage der Verjährung des Anspruchs der Käuferin war nicht entscheidend, ob Art. 51 CISG Anwendung findet. Die Verjährung richtet sich auch bei Anwendung dieser Bestimmung nach Art. 210 OR und nicht nach Art. 127 OR. Art. 51 CISG regelt den Fall, dass der Verkäufer eine einheitliche Lieferung schuldet, aber eine zu rügende Vertragsverletzung gem. Art. 35 CISG begeht, indem er bloss einen trennbaren Teil der Ware liefert oder nur ein trennbarer Teil der Ware vertragsgemäss ist.[1] Zudem konnte die Käuferin auch bei eingetretener Verjährung einredeweise ihre Gegenforderung infolge vertragswidriger (weil unvollständiger) Lieferung geltend machen, da sie die Vertragswidrigkeit rechtzeitig gem. Art. 39 CISG angezeigt hatte.

[1] Vgl. Christoph Brunner, UN-Kaufrecht – CISG, Bern, 2004, Art. 51 CISG N 5.

[Rz 10] Das Bundesgericht hat im Übrigen die Anwendbarkeit von Art. 51 CISG wohl zu Recht verneint. Fehlt bei einer Sachgesamtheit wie vorliegend bei einer Produktionsanlage ein Einzelteil, so könnte bei einer Teilaufhebung des Vertrags hinsichtlich dieses Einzelteils der zurückzuzahlende oder vom Gesamtpreis abzuziehende Kaufpreisanteil nicht durch Ermittlung des Marktwerts des Einzelteils ermittelt werden, da der Preis der Sachgesamtheit kaum dem Preis der Summe der Einzelteile entsprechen dürfte. Der Umstand, dass der fehlende Teil der Anlage ohne Weiteres austauschbar war und einen Marktpreis hatte, kann daher nicht dazu führen, dass insoweit eine eigene wirtschaftliche Einheit vorliegen würde und Art. 51 CISG anwendbar wäre.[2]

[Rz 11] Da die Anwendbarkeit von Art. 51 CISG zu verneinen war, stellte sich die folgende Frage (E. 8.6): «Sollte die Beschwerdegegnerin [Käuferin] die von ihr behauptete Unvollständigkeit der Lieferung beweisen können, wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob in Anbetracht der Unzulässigkeit eines partiellen Vertragsrücktritts (vgl. E. 7.4 hiervor) in analoger Anwendung von Art. 76 CISG eine Schadensbestimmung entsprechend dem Marktwert der fehlenden Teile in Frage kommt oder ob der Beschwerdegegnerin gegebenenfalls ein Anspruch auf Minderung gemäss Art. 50 CISG zusteht.» Die Stellung dieser Frage lässt vermuten, dass sie nach Ansicht des Bundesgerichts wohl positiv zu beantworten ist. Jedenfalls hatte die Vorinstanz offenbar bereits festgehalten, dass der Marktpreis der nicht gelieferten Teile gestützt auf ein Gutachten bestimmt werden konnte (E. 7.2). Bei der Minderung kann der objektive Wert mit Mangel (Ist-Wert) durch Expertise festgestellt werden; hinsichtlich des Soll-Werts (objektiver Wert mit Mangel) besteht eine natürliche Vermutung, dass dieser Wert mit dem vereinbarten Kaufpreis übereinstimmt.[3] Gegebenenfalls besteht eine Vermutung, wonach der Minderwert mit den Kosten der Mängelbeseitigung identisch ist.

[Rz 12] Den Ausführungen des Bundesgerichts zur Beweislast ist grundsätzlich zuzustimmen. Indessen ist zusätzlich zu beachten, dass eine aus Treu und Glauben resultierende Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei bei der Abklärung des Sachverhalts, insb. hinsichtlich von Tatsachen, für die sie Beweismittel in Händen hält (z.B. bei Angaben im Frachtbrief bzgl. Zuwenig-Lieferungen[4]), die Beweisführung der beweisbelasteten Partei erleichtert.[5]

[Rz 13] Schliesslich ist anzumerken, dass der Entscheid interessante Ausführungen zur Frage der Relevanz einer behaupteten Verletzung ausländischer (indonesischer) Devisenvorschriften enthält. Insofern hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Recht bestätigt, wonach Devisenvorschriften ihrem Wesen nach nicht zu den Normen gerechnet werden, die nach schweizerischer Auffassung eine Sittenwidrigkeit begründen. Dies würde voraussetzen, dass die verletzte ausländische Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit (E. 6.5).

2. Beweislast nach Art. 42 Abs. 1 CISG (Belastung mit Schutzrechten Dritter)

Urteil des Bundesgerichts 4A_591/2011 vom 17. April 2012 (CB)

[Rz 14] Die X. AG (Beschwerdeführerin; «Käuferin») wurde von der Y. AG (Beschwerdegegnerin; «Verkäuferin») von 2002 bis anfangs 2005 mit 229'000 Warensicherungsetiketten beliefert. Danach wurde sie durch die A. AG beliefert. Die Käuferin schloss im Rahmen einer Klage vor dem Landgericht Frankfurt wegen Verletzung eines Geschmackmusterrechts im Jahr 2007 mit B. einen gerichtlichen Vergleich ab, indem sie sich verpflichtete, die Warensicherungsetiketten, welche sich noch in ihrem Besitz und/oder Eigentum befanden, auf eigene Kosten zu vernichten. Nach der Vernichtung von 317'295 Stücken verlangte sie von der Verkäuferin die anteilsmässigen Kosten, welche ihr durch das Gerichtsverfahren sowie die Vernichtung und Neuanschaffung der Etiketten entstanden seien. Die Verkäuferin lehnte eine Zahlung ab. Das Bezirksgericht wie auch das Kantonsgericht wiesen die Klage auf Zahlung ab.

[Rz 15] Zwischen den Parteien war primär umstritten, welche Tatsachen die Käuferin zu beweisen hatte. Die Käuferin rügte eine Verletzung von Art. 42 CISG, da die Vorinstanz ihr die Beweislast für den Nachweis überbunden habe, dass die Verkäuferin nicht vertragsgemässe Ware geliefert habe. Sie habe nur den Nachweis zu erbringen, dass ein Dritter ihr

[2] Noch anders Brunner (Fn. 1), Fn. 1178, u.a. unter Hw. auf den Schiedsspruch Nr. 7660 der Internationalen Handelskammer vom 23. August 1994 (CISG-online Nr. 129).

[3] Brunner (Fn. 1), Art. 50 CISG N 10.

[4] LG Tübingen 18. Juni 2003, IHR 2003, 236 (CISG-online Nr. 784), unter Hw. auf BGH 24. Oktober 2001, TranspR 2003, 156 (Die Angaben im Frachtbrief begründen unter Kaufleuten die tatsächliche Vermutung, dass die darin aufgeführten Waren tatsächlich zum Versand gebracht wurden. «Da die Waren in verschlossenen Behältnissen zum Versand gebracht wurden und es sich bei der Klägerin um eine kaufmännische Absenderin handelt, ist prima facie anzunehmen, dass die in dem Lieferschein und in der korrespondierenden Rechnung aufgeführten Waren in dem Behältnis enthalten waren (BGH, aaO.).»). Vgl. auch Art. 9 CMR (SR 0.741.611).

[5] Vgl. Brunner (Fn. 1), Art. 35 CISG N 24.

gegenüber ein Schutzrecht beansprucht habe. Die Verkäuferin war dagegen der Meinung, dass die Käuferin eine effektive Verletzung von Schutzrechten zu beweisen habe (E. 2.2).

[Rz 16] Das Bundesgericht erwog, den Käufer treffe nach auch in der Lehre unbestrittener Ansicht die Beweislast dafür, dass Schutzrechte oder -ansprüche Dritter geltend gemacht werden. Nicht erforderlich sei demnach, dass die geltend gemachten Schutzansprüche effektiv begründet seien. Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 42 CISG ergäbe, bestehen Ansprüche aus Rechtsgewährleistung indessen nur gegen jenen Verkäufer, in Bezug auf dessen Ware Ansprüche Dritter geltend gemacht werden. Hat der Käufer mehrere Lieferanten und bestreitet der Verkäufer, dass die Drittansprüche die von ihm gelieferte Ware betreffen, reicht der blosse Nachweis des Käufers, dass Schutzansprüche Dritter geltend gemacht wurden, nicht. Vorliegend war aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen unklar, ob unbestritten bzw. bewiesen war, dass sich die von B. geltend gemachten Ansprüche auf die von der Verkäuferin gelieferten Sicherheitsetiketten bezogen und nicht auf Sicherheitsetiketten, welche die Käuferin von der A. AG bezogen hatte (E. 2.3). Das Bundesgericht hob daher das vorinstanzliche Urteil auf (E. 2.4).

Bemerkungen

[Rz 17] Der Verkäufer hat nach Art. 42 Abs. 1 CISG Ware zu liefern, die frei von Rechten oder Ansprüchen Dritter ist, welche auf gewerblichem oder anderem geistigen Eigentum beruhen und die der Verkäufer bei Vertragsschluss kannte oder über die er nicht in Unkenntnis hätte sein dürfen. Verletzt der Verkäufer diese Pflicht, so stehen dem Käufer die allgemeinen Rechtsbehelfe gem. Art. 45 ff. CISG zu. Mit «Ansprüchen Dritter» sind in Wirklichkeit nicht bestehende, bloss behauptete Rechte Dritter gemeint. Das Bundesgericht bestätigte diese Interpretation zu Recht. Auf die objektive Begründetheit der Rechtsposition bzw. der Anspruchsverfolgung oder auch die Frage, ob Letztere offensichtlich unbegründet erfolgt, kommt es nicht an. Es ist jeweils Sache des Verkäufers, den Anspruch abzuwehren.[6]

[Rz 18] Eine Haftung aufgrund unbegründeter Ansprüche wird aber die Ausnahme sein, da es in einem solchen Fall vielfach an der nach Art. 42 Abs. 1 CISG erforderlichen Kenntnis bzw. grobfahrlässigen Unkenntnis des Verkäufers bei Vertragsabschluss fehlen dürfte.[7]

III. Simulation, Leistungsstörungen

1. Simulierter Kaufvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_429/2012 vom 2. November 2012 (CB)

[Rz 19] Der Verkäufer A.Y. (Beschwerdegegner) verkaufte der Käuferin (V. SA, vom Vater der Ehefrau B.Y. des Verkäufers gehalten) für USD 250'000.– einen zu importierenden Mercedes Benz G55. Der Kaufpreis wurde auf ein Konto der U. SA, einer vom Verkäufer A.Y. geführten Gesellschaft, einbezahlt. Dieses Konto wurde von der Ehefrau des Verkäufers (B.Y.) eröffnet und aufgrund des Formulars A wurde sie als wirtschaftlich berechtigte Person bezeichnet. Als Liefertermin vereinbarten die Parteien den 1. Mai 2008. Der Liefertermin wurde in der Folge zweimal hinausgeschoben und der Wagen wurde schlussendlich nicht geliefert. Die Käuferin (bzw. die Zessionarin der Forderung; Beschwerdeführerin) klagte auf Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises. Der Verkäufer machte in seiner Klageantwort geltend, dass gar nie ein Kaufvertrag zu Stande gekommen sei. Das Geschäft sei nur simuliert gewesen, um Devisenausfuhrbestimmungen des Herkunftslandes der Parteien («la Fédération de…») zu umgehen. Die erste und auch die zweite Instanz kamen in ihren Urteilen zum Schluss, dass zwar ein Kaufvertrag abgeschlossen worden sei, qualifizierten diesen jedoch als simulierten Vertrag.

[Rz 20] Nachdem sich das Bundesgericht mit prozessualen Fragen auseinandergesetzt hat (Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts; Zulässigkeit eines neuen Rechtsgutachtens), führte es aus, die Tatsachenfeststellung der Vorinstanzen ergäbe unumstösslich, dass die Parteien einen Kaufvertrag abgeschlossen hätten. Es sei jedoch zu klären, ob dieser nur simuliert war bzw. was der tatsächliche Wille der Parteien gewesen sei.

[Rz 21] Im vorliegenden Fall würden zahlreiche Tatsachenbeweise die Vermutung der Simulation stützen. So handle es sich beispielsweise beim Käufer des Wagens faktisch um den Vater der Ehefrau des Verkäufers (Beschwerdegegner), welcher Eigentümer und Präsident der Käuferin (V. SA) sei. Es sei zudem auffällig, dass die Rückzahlung der Gelder erst neun Monate nach dem Ablauf des verlängerten Liefertermins geltend gemacht worden sei, während dem die Scheidung der Ehegatten Y. gerade hängig war. Es lägen des Weiteren auch keine Anzeichen vor, dass der Verkäufer oder seine Ehefrau jemals beabsichtigt hätten, das Geld zwecks Erwerbs des Mercedes an den Garageninhaber R. weiterzuleiten. Vielmehr zeige sich anhand der vom Konto bezogenen Beträge, dass damit mutmasslich der Lebensstil des Ehepaars Y., insbesondere von B.Y., finanziert worden sei.

[Rz 22] Die Vorinstanz habe folglich keineswegs willkürlich angenommen, dass der Vertrag nur simuliert gewesen sei und habe zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer

[6] Brunner (Fn. 1), Art. 42 CISG N 4, Art. 41 CISG N 3.

[7] Vgl. Ingeborg Schwenzer in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl., München 2004, Art. 42 N 6.

über keinen Rechtstitel verfüge, welcher ihm die Rückforderung der USD 250'000.– ermöglichen würde (E. 4.3). Das Bundesgericht wies die Beschwerde somit ab (E. 5).

Bemerkungen

[Rz 23] Vorliegend waren sich offenbar beide Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages einig, dass die rechtlichen Wirkungen basierend auf der objektiven Bedeutung ihrer Aussagen gemäss Kaufvertrag gar nie eintreten sollten. Sie hatten mit dem Vertrag das Ziel, gegenüber Dritten den objektiven Anschein eines Rechtsgeschäfts zu erwecken, welches jedoch subjektiv nie gewollt war. Somit war der Vertrag inkompatibel mit dem effektiven Willen der Parteien und daher nichtig.

[Rz 24] Bei einem simulierten Rechtsgeschäft stellt sich die Frage, was der Inhalt des effektiv gewollten, dissimulierten Rechtsgeschäfts ist. Das Bundesgericht führte dazu generell aus, dieser effektiv gewollte Vertrag sei rechtsgültig, sofern die dafür gesetzlich vorgesehenen Form- und Inhaltsvorschriften eingehalten worden seien. Derjenige, der die Simulation behaupte, habe dafür den Beweis zu erbringen. Blosse Behauptungen und einfache Vermutungen genügten dafür jedoch nicht (E. 4.2). Indessen fehlen im besprochenen Entscheid Ausführungen dazu, was vorliegend der Inhalt des dissimulierten Geschäfts war bzw. was der Rechtsgrund der Zahlung war. Das Bundesgericht erwähnte bloss, dass der Beschwerdeführer über keinen Rechtstitel verfüge, welcher ihm die Rückforderung der USD 250'000.– ermöglichen würde. Unklar ist, ob im Verfahren der Anspruch auf Rückzahlung gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung geltend gemacht wurde und inwiefern dieser Anspruch unbegründet ist (z.B. aufgrund von Art. 63 OR). Das Bundesgericht scheint davon ausgegangen zu sein, dass die Zahlung der V. SA und somit indirekt des Schwiegervaters des Verkäufers «bei dissimulierter Betrachtung» der Bestreitung des Lebensunterhaltes der Ehegatten Y. und speziell der Ehefrau B.Y. diente (E. 4.3). Möglicherweise lag daher eine Schenkung vor. Das Vorliegen einer Schenkung würde einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ausschliessen (vgl. Art. 62, 63 OR).

2. Anwendbare Methode bei der Minderung

Urteil des Bundesgerichts 4A_222/2011 vom 31. Juli 2012 (MV)

[Rz 25] Z. schloss am 30. Juni 2005 mit der X. AG und Y. einen Vertrag über die Bewirtschaftung eines Restaurantbetriebs in Genf. Der Vertrag wurde für eine Vertragsdauer von 5 Jahren geschlossen und verlängerte sich jeweils stillschweigend um zwei weitere Jahre. Am 19. März 2009 kündigten die X. AG und Y. den Vertrag mit Z.

[Rz 26] Am 7. April 2009 rügte Z. verschiedene Mängel und verlangte deren Beseitigung. Weil die Mängel nicht behoben wurden, hinterlegte er ab Mai 2009 das monatlich geschuldete Entgelt. Am 29. Mai 2009 erhob Z. Klage gegen die X. AG und Y. und verlangte die Bestätigung der Hinterlegung, die Behebung der Mängel und eine Reduktion des geschuldeten Entgelts. Die letzte kantonale Instanz stellte verschiedene Mängel fest und verpflichtete die X. AG und Y., die durch einen Wasserschaden verursachten Mängel auf ihre Kosten zu beseitigen und ermächtigte Z. im Falle einer unterbleibenden Mängelbeseitigung, diese durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Ferner setzte es das von Z. monatlich geschuldete Entgelt herab.

[Rz 27] Gegen diesen Entscheid erhoben die X. AG und Y. zivilrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Sie rügten Willkür in der Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung der Art. 259b lit. b, 259d und 259g OR. Zudem verlangten sie die Freigabe des hinterlegten Entgelts.

[Rz 28] Das Bundesgericht befasste sich zunächst mit der Vertragsqualifikation. Es prüfte, ob es sich vorliegend um einen Mietvertrag (Art. 253 OR) oder um einen nichtlandwirtschaftlichen Pachtvertrag (Art. 275 OR) handelt. Es kam zum Schluss, dass wenn – wie vorliegend – ein öffentlich zugängliches und vollständig eingerichtetes Lokal zur selbständigen Bewirtschaftung überlassen werde, es sich um eine nichtlandwirtschaftliche Pacht handle, da der Verpächter seinem Vertragspartner nicht den Gebrauch irgendeiner Sache, sondern den Gebrauch einer nutzbaren Sache bzw. eines Rechts einschliesslich des Bezugs der daraus hervorgehenden Früchte bzw. Erträgnisse überlasse.[8]

[Rz 29] Das Bundesgericht erkannte, dass vorliegend aufgrund von Art. 288 Abs. 1 lit. b OR die dispositiven Bestimmungen über die Miete analoge Anwendung finden würden. Gemäss Art. 259a Abs. 1 OR könne der Mieter im Falle von Mängeln, die er weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen habe, oder wenn er im vertragsmässigen Gebrauch der Sache gestört werde, unter anderem verlangen, dass der Vermieter die Mängel beseitige oder den Mietzins verhältnismässig herabsetze. Zudem könne der Mieter, wenn der Vermieter die Mängel nicht innert angemessener Frist beseitige, die Beseitigung durch einen Dritten – auf Kosten des Vermieters – anordnen.

[Rz 30] Nach Art. 259d OR kann der Mieter vom Vermieter eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen. Das Bundesgericht erklärt, dass die Höhe der Herabsetzung wie im Kaufvertragsrecht durch die relative Berechnungsmethode festzusetzen sei. Der objektive Wert der mangelhaften Sache werde dabei mit dem objektivem Wert der mängelfreien Sache verglichen und der Mietzins im gleichen Verhältnis herabgesetzt. Die verhältnismässige Methode sei jedoch nicht immer einfach, insbesondere dann, wenn der Mangel nur mittelschwer sei. Deshalb verletze in diesen Fällen eine Ermessensentscheidung unter Berücksichtigung der allgemeinen

[8] E. 2.1 unter Berufung auf BGE 128 III 419, E. 2.1.

Lebenserfahrung, dem gesunden Menschenverstand und der Gerichtspraxis das Bundesrecht nicht.[9]

[Rz 31] Weil die Beschwerdeführer nicht aufzeigen konnten, inwiefern die Vorinstanz falsches Ermessen ausgeübt hätte, wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

Bemerkungen

[Rz 32] Für die Herabsetzung des Mietzinses wendet das Bundesgericht – wie auch für die Herabsetzung des Kaufpreises – in konstanter Praxis die relative Methode an, wobei es allerdings schnell auf eine Schätzung des reduzierten Mietzinses ausweicht.[10]

[Rz 33] Im Kaufvertragsrecht kritisieren verschiedene Autoren die relative Methode und geben der absoluten Methode den Vorzug.[11] Die absolute Methode läuft bei Gleichsetzung des Kaufpreises mit dem objektiven Wert des Kaufobjekts ohne Mängel oft auf eine Schätzung des reduzierten Kaufpreises für das Kaufobjekt mit Mängeln wie im Mietrecht hinaus bzw. auf die Frage, welchen Kaufpreis ein vernünftiger Käufer gezahlt hätte, wenn er um die Mängel des Kaufobjekts gewusst hätte.[12]

3. Strafrechtliche Erfassung von Leistungsstörungen beim Kaufvertrag

Urteil des Bundesgerichts 6B_663/2011 vom 2. Februar 2012 (MV)

[Rz 34] Ab April 2007 versteigerte X. über die Internetplattform ricardo.ch und eBay Mobiltelefone, Spielkonsolen und Gartenmöbel, die er nicht besass und in der Folge trotz Vorauszahlung nicht fristgerecht liefern konnte. Das Kreisgericht St. Gallen verurteilte X am 21. Januar 2010 wegen gewerbsmässigen Betrugs zu einer unbedingten Geldstrafe von 360 Tagesansätzen zu 30 Franken.

[Rz 35] Auf Berufung sowohl der Staatsanwaltschaft als auch des X. hin bestätigte das Kantonsgericht St. Gallen den erstinstanzlichen Schuldspruch und verurteilte X. zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, davon 16 bedingt. In seiner Begründung stellte das Kantonsgericht fest, dass das Verhalten von X. sämtliche Tatbestandsmerkmale des gewerbsmässigen Betrugs erfülle. Insbesondere kam es zum Schluss, dass die Täuschung im Sinne von Art. 146 des Strafgesetzbuches (StGB) bereits in der nicht fristgerechten Lieferung von Kaufgegenständen gründe, welche absichtlich bzw. eventualvorsätzlich herbeigeführt wurde. Gleichzeitig führe die nicht fristgerechte Lieferung zu einem Vermögensschaden im Sinne von Art. 146 StGB, auch wenn dieser im Falle einer verspäteten Lieferung nur von temporärer Natur sei. Nicht ausschlaggebend sei dabei, ob Ursache für die verspätete Lieferung Lieferprobleme waren und ob der Verkäufer die Waren tatsächlich habe liefern wollen.

[Rz 36] Gegen dieses Urteil gelangte X. mittels Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des Urteils, eventualiter die Neubeurteilung der Sache durch die Vorinstanz.

[Rz 37] In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kam das Bundesgericht zum Schluss, dass bereits eine vorübergehende Schädigung als Vermögensschaden im Sinne von Art. 146 StGB qualifiziert werden kann.[13] Das Bundesgericht hielt jedoch entgegen der Auffassung der Vorinstanz fest, dass nicht jede verzögerte Vertragserfüllung einen Vermögensschaden im Sinne von Art. 146 StGB mit sich bringe – und zwar auch dann nicht, wenn sie von vornherein feststand oder in Kauf genommen wurde und der Täter dennoch eine Vorauszahlung verlangt hat. Gemäss Bundesgericht muss der Käufer in diesen Fällen nach den Art. 102 ff. und Art. 190 f. OR vorgehen, welche die Folgen von Leistungsstörungen regeln. Geht dem Verkäufer der Erfüllungswille nämlich nicht grundsätzlich ab und kommt er seinen Pflichten im Falle eines Verzuges nach, fehlt es in der Regel sowohl an einem Vermögensschaden des Käufers als auch an einer Bereicherung des Verkäufers. Eine generelle strafrechtliche Erfassung von eventualvorsätzlich in Kauf genommenen Leistungsstörungen bei der Vertragsabwicklung wäre gemäss Bundesgericht nicht sachgerecht, da Leistungsstörungen oftmals nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden können und damit eine übermässige Pönalisierung des Wirtschaftsverkehrs einherginge.

[Rz 38] Da die Vorinstanz das täuschende Verhalten von X. sowie den Vermögensschaden bereits in der verspäteten Vertragserfüllung erblickte, hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut und wies die Angelegenheit zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

Bemerkungen[14]

[Rz 39] Die Ausführungen des Bundesgerichts betreffend das Vorhandensein eines Vermögensschadens sind nur schwierig nachvollziehbar. Das Bundesgericht führt einerseits aus, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche den

---

[9] E. 2.2 unter Berufung auf BGE 130 III 504, E. 4.1.

[10] Z.B. BGE 130 III 504, E. 4.1, m.w.N.

[11] Markus Vischer, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, 362 m.w.N., insbesondere auf Silvio Venturi, La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Freiburg, 1994, N 1097 ff.

[12] Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 135; Rolf Watter/Charlotte Wieser, Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen, in: Matthias Oertle/Mathias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 161 f.; s. zum Ganzen auch: Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, 200.

[13] E. 2.4.1 unter Berufung auf BGE 120 IV 122, E. 6b/bb.

[14] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani/Markus Vischer, Strafrechtliche Erfassung von Leistungsstörungen bei der Vertragsabwicklung, in: dRSK, publiziert am 16. März 2012, besprochen.

eingetretenen Schaden zwar beheben können, dies jedoch nicht zur Verneinung des Schadeneintritts führe. Zudem stellt das Bundesgericht fest, dass an der strafrechtlichen Qualifikation des Vermögensschadens sodann auch die Tatsache nichts ändere, dass der Ersatz effektiv geleitstet wurde. Andererseits stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass es an einem Vermögensschaden im Sinne von Art. 146 StGB fehle, wenn der Verkäufer, nachdem dieser in Verzug gesetzt wurde, trotzdem noch seiner Leistungspflicht nachkommt. Diese Aussagen widersprechen sich. Kommt der Verkäufer seiner Leistungspflicht nicht fristgerecht nach, kann der Käufer Schadenersatz für den eingetretenen Verzugsschaden geltend machen. Kommt der Verkäufer in der Folge seiner ursprünglichen Leistungspflicht sowie seiner Pflicht zur Leistung des Schadenersatzes doch noch nach, führt dies zwar zur Behebung des Schadens, jedoch nicht zur Verneinung des Schadeneintritts bzw. zur Verneinung des Vermögensschadens gemäss Art. 146 StGB.

[Rz 40] Dem Urteil des Bundesgerichts ist dennoch teilweise zuzustimmen. Indem das Kantonsgericht der eventualvorsätzlich in Kauf genommenen, verzögerten Vertragserfüllung strafrechtliche Relevanz zumisst und zwar unabhängig davon, ob diese auf Lieferprobleme oder aber auf den Lieferwillen des Verkäufers zurückzuführen ist, hat es den Anwendungsbereich von Art. 146 StGB derart ausgedehnt, dass in Zukunft allenfalls Sachverhalte erfasst würden, welche einer obligationsrechtlichen, nicht aber einer strafrechtlichen Beurteilung bedürfen. Ist der Wille zur fristgerechten Leistung grundsätzlich vorhanden, ist davon auszugehen, dass das Obligationenrecht den Sachverhalt abschliessend regelt und das Strafrecht nicht zum Zuge kommt. Fehlt es dem Verkäufer dagegen bereits bei Vertragsabschluss am Willen zur Leistung, muss das Tatbestandsmerkmal der Täuschung im Sinne von Art. 146 StGB in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht als erfüllt betrachtet werden.

IV. Für M&A Praxis relevante Entscheide

1. Übertragung von Stammanteilen – Natur und Form des Übernahmevertrages

Urteil des Bundesgerichts 4A_301/2012 vom 19. September 2012 (MV)

[Rz 41] Z., geschäftsführender Gesellschafter der A. GmbH, veräusserte mittels Übernahmevertrag vom 16. Mai 2008 die Gesamtheit der Stammanteile an X. Der Preis betrug CHF 776'000.–, wovon die Hälfte des Kaufpreises mit Unterzeichnung des Vertrages und die andere Hälfte am 31. Mai 2009 zu bezahlen war. Die Übertragung der Stammanteile erfolgte nach Bezahlung der Gesamtsumme des Kaufpreises. Einige Aufträge der A. GmbH, bezeichnet mit dem Namen «le Club B», sollten von der A. GmbH Z. übertragen werden und folglich vom Übernahmevertrag ausgeschlossen sein. Der Erwerber hatte die Möglichkeit des Zugangs zur Buchhaltung und dadurch die Möglichkeit der Beurteilung der Situation und des Geschäftspotentials der Gesellschaft («due diligence»). Des Weiteren wurde vereinbart, dass X. geschäftsführender Gesellschafter mit Einzelunterschriftsberechtigung werde und der Abtretende seinen bisherigen Status bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises beibehalte.

[Rz 42] Nach Abschluss des Vertrages überwies X. die erste Hälfte des vereinbarten Kaufpreises und nahm an den Aktivitäten der Gesellschaft mit Einzelunterschriftsberechtigung teil. Mit Schreiben vom 4. Januar 2009 teilte X. seinem Vertragspartner mit, dass er die Gesellschaft nicht mehr zu übernehmen wünsche. Er habe die Anzahl wiederholender Geschäftstätigkeiten unterschätzt und die Reichweite der anderen Geschäftstätigkeiten nicht begriffen, so dass ein «beträchtlicher Einsatz» von Z. notwendig bleibe. Am 2. März 2009 machte X. die Ungültigkeit des Übernahmevertrages aufgrund eines wesentlichen Irrtums geltend, mit der Begründung, dass Z. nicht vorgehabt hatte, ihm die Gesellschaft zu übertragen.

[Rz 43] Am 15. Mai 2009 klagte X. gegen Z. auf Rückerstattung des von ihm bezahlten Anteils von CHF 388'000.– des vereinbarten Kaufpreises unter Anrechnung von CHF 84'000.–. Mit Widerklage machte Z. die Zahlung des Restbetrages des vereinbarten Kaufpreises im Umfang von CHF 388'000.– geltend. Das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf hiess die Klage gut und wies die Widerklage ab. Der Cour de justice hob in der Folge das Urteil auf und verurteilte X, dem Z. CHF 388'000.– zu bezahlen. Gegen dieses Urteil gelangte X. mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

[Rz 44] Das Bundesgericht führte aus, dass Verträge über die Abtretung von Stammanteilen den Formvorschriften von Art. 785 OR unterliegen und im Übrigen die Abtretung von Stammanteilen als Gegenleistung zu einem Preis im Prinzip nichts anderes sei als ein Fahrniskauf nach Art. 187 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass die Parteien – indem sie sich auf eine spezielle Klausel betreffend «le Club B» geeinigt hätten, welcher nicht Gegenstand des Kaufs der Stammanteile der A. GmbH sei – auf den ersten Blick einen Vertrag sui generis im Sinne von BGE 128 III 18, E. 2.1,[15] geschlossen hätten. Ein weiteres Eingehen auf die Vertragsqualifikation sei jedoch nicht notwendig.

[Rz 45] Das Bundesgericht wies ferner darauf hin, dass nach Art. 785 Abs. 1 und 2 OR der Abtretungsvertrag über Stammanteile der schriftlichen Form bedürfe (Abs. 1) und dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden müssten wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile (Abs. 2). Letztere Bestimmung verweise auf Art. 777a Abs. 2 Ziff. 1 bis 5 OR, wonach in der Urkunde über die Zeichnung auf statutarische Bestimmungen über

[15] Recte BGE 129 III 18, E. 2.1.

Nachschusspflichten (Ziff. 1), Nebenleistungspflichten (Ziff. 2), Konkurrenzverbote für die Gesellschafter (Ziff. 3), Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft (Ziff. 4) sowie auf Konventionalstrafen (Ziff. 5) hingewiesen werden müsse. X. machte geltend, dass der unterzeichnete Vertrag vom 16. Mai 2008 keine Hinweise auf statutarische Bestimmungen enthalte und dieser Formfehler nach Art. 11 Abs. 2 OR die Ungültigkeit des Vertrages bewirke. Das Bundesgericht führte diesbezüglich aus, dass es sich dabei um eine neue rechtliche Argumentation handle, welche vor der Vorinstanz nicht vorgebracht worden sei. Da sich vorliegend die Argumentation nicht auf einen im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt stütze, liege kein Fall von Art. 99 des Bundesgerichtsgesetes (BGG) vor, weshalb X. mit seinem Argument nicht durchdringe.[16]

[Rz 46] Das Bundesgericht befasste sich weiter mit der Anfechtung des Vertrages aufgrund eines Grundlagenirrtums. Die Klärung darüber, was die Parteien im Moment des Vertragsschlusses im Sinn hatten, hänge von der Sachverhaltsfeststellung ab, wohingegen die Beurteilung darüber, ob der festgestellte Irrtum als ein wesentlicher anzusehen sei, eine Rechtsfrage darstelle.[17] Vorliegend verfange die Argumentation von X. nicht, weil sie durch den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt nicht gestützt werde.

[Rz 47] Weil das Bundesgericht auch die weiteren Argumente von X. zurückwies, wies es schlussendlich die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat.

Bemerkungen[18]

[Rz 48] Bei Unternehmenskaufverträgen wird zwischen Share Deal und Asset Deal unterschieden. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass der nach dem OR durchgeführte Asset Deal ein Vertrag sui generis sei. Im vorliegenden Urteil fügt das Bundesgericht immerhin an, dass das «nur auf den ersten Blick» so sei, und die juristische Qualifikation des Übernahmevertrages nicht weiter vertieft zu werden brauche. Was das Bundesgericht damit genau meint, ist unklar. Tatsache ist, dass der Übernahmevertrag zwischen Z. und X. vom 16. Mai 2008 primär ein Vertrag über die Gesamtheit der Stammanteile der A. GmbH und damit primär ein Share Deal ist. Er könnte nur insoweit den Charakter eines Asset Deal haben, als der «Club B» betroffen ist, und die Unterschrift von Z. als Unterschrift der A. GmbH «uminterpretiert» wird, denn die Parteien des Asset Deal wären im Gegensatz zum Share Deal nicht Z. und X., sondern die A. GmbH und Z.[19] So oder so ist dem Bundes Bundesgericht bezüglich Qualifikation des Asset Deals nicht zu folgen. Vielmehr ist der Asset Deal (wie der Share Deal) mit der herrschenden Lehre als (Fahrnis-)Kauf zu qualifizieren.[20]

[Rz 49] Die Abtretung von Stammanteilen einer GmbH sowie die Verpflichtung zur Abtretung bedürfen gemäss Art. 785 Abs. 1 OR der schriftlichen Form. In der Praxis wird oft vergessen, dass Art. 785 Abs. 2 OR zwingend verlangt, dass in den Abtretungsvertrag dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile (Art. 777a OR) aufzunehmen sind. Der Wortlaut von Art. 785 Abs. 2 OR legt nahe, dass im Abtretungsvertrag eine Verweisung auf die entsprechenden Statutenbestimmungen genügt. Erfüllt ein Abtretungsvertrag diese gesetzlichen Mindestanforderungen nicht, so ist er nichtig[21].

2. Aktienkaufvertrag – (kein) Rücktrittsrecht infolge Nebenpflichtverletzungen

Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2011 vom 16. Dezember 2011 (CB)

[Rz 50] Die Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin X. AG («Käuferin») schloss im Dezember 1995 einen Kaufvertrag mit dem Beschwerdegegner Y. («Verkäufer») über 25,1% der Inhaberaktien der F. AG ab. Die Parteien vereinbarten, dass der Kaufpreis nach dem Ertragswert der Beteiligung zu bestimmen sei und falls keine Einigung zustande kommen würde, jede Partei einen Gutachter zu bestimmen habe. Das Eigentum an den Aktien sollte «Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises» übergehen, die Mitgliedschaftsrechte jedoch bereits rückwirkend auf den 1. Januar 1995. Die Käuferin leistete eine Anzahlung von DM 50 Mio., konnte sich aber in der Folge mit dem Verkäufer nicht auf den Unternehmenswert einigen.

[Rz 51] Im Januar 2003 schlossen die Parteien eine «Zusatzvereinbarung», wonach sich der Verkäufer um den Verkauf des fraglichen Aktienpakets an einen Dritten zu bemühen hatte. Die Käuferin stimmte der Übertragung auf einen Dritten gegen Rückerstattung der Anzahlung zu. Die Parteien ernannten zudem ihre Parteigutachter und verständigten sich auf Prof. K. als Obergutachter.

[Rz 52] Schon bald erklärte die Käuferin jedoch, dass Prof. K. nicht neutral sei und er deshalb das Mandat niederlegen solle. Prof. K. unterbreitete dennoch ein Gutachten, gestützt auf welches der Verkäufer Nachzahlung des Restkaufpreises verlangte. Die Käuferin verweigerte die Zahlung und verlangte, dass der Verkäufer eine Anerkennung unterzeichne,

[16] E. 4 unter Berufung auf BGE 136 V 362, E. 4.1, und BGE 134 III 643, E. 5.3.2.

[17] E. 5 unter Berufung auf BGE 135 III 537, E. 2.2, und BGE 113 II 25, E. 1a.

[18] Dieser Entscheid wurde bereits von Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Übertragung von Stammanteilen – Natur und Form des Übernahmevertrages sowie Gewährleistungsrecht, in: dRSK, publiziert am 18. Dezember 2012, besprochen.

[19] S. zu «Uminterpretationen» bzw. Kunstgriffen bei schlechtem Vertragsdrafting nachstehend Rz. 55 ff., insbesondere Rz. 67 ff.

[20] Z.B. Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag, GesKR 2011, 81 ff. m.w.N.; Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, 335 ff., m.w.N.

[21] Z.B. BSK OR II-Oertle/du Pasquier, Art. 784 OR N 5, Art. 785 OR N 3 f.

wonach er die Unverwertbarkeit des Gutachtens von Prof. K. akzeptiere. Die Käuferin machte klar, dass sie sich nur auf ein klärendes Feststellungsverfahren einlassen werde, sofern der Verkäufer vorbehaltlos unterzeichne. Alternativ möge er die von der Käuferin geforderten Unterlagen herausgeben. Schliesslich forderte die Käuferin Schadenersatz wegen Nichtoffenlegung der Vorbefassung von Prof. K. und der nicht vollständigen Offenlegung der Interessenbindung. Da der Verkäufer diese Bedingungen nicht akzeptierte, erklärte die Käuferin den Rücktritt vom Vertrag und verlangte vom Verkäufer die Rückerstattung der Kaufpreisanzahlung. Die Käuferin unterlag mit diesem Begehren vor den kantonalen Vorinstanzen. Auch das Bundesgericht wies die von der Käuferin dagegen erhobene Beschwerde ab.

[Rz 53] Die Käuferin warf der Vorinstanz eine Bundesrechtsverletzung vor, indem sie ihr nicht analog zu Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR ein Rücktrittsrecht zuerkannt habe (E. 3). Aufgrund einer schwerwiegenden Verletzung von Nebenpflichten sei ihr eine erneute Durchführung des Bewertungsverfahrens nicht zumutbar. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob eine schwerwiegende Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht überhaupt eine Auflösung des Synallagmas rechtfertigen könnte. Gestützt auf die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sei aufgrund des Aktienkaufvertrags vom 7. Dezember 1995 und der Zusatzvereinbarung vom Januar 2003 keine Nebenpflicht ersichtlich, die der Verkäufer so schwerwiegend verletzt habe, dass das Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar wäre. Weder die Nichtanerkennung der Verwertbarkeit des Schiedsgutachtens noch die Nichtaushändigung der Unterlagen an den Privatgutachter der Beschwerdeführerin stelle eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht dar. Einzig die Einflussnahme des Beschwerdegegners auf den gemeinsam bestellten Schiedsgutachter sei als Nebenpflichtverletzung aus der Zusatzvereinbarung vom Januar 2003 zu werten: «Denn mit der Bestellung eines gemeinsamen Schiedsgutachters gemäss dieser Vereinbarung darf erwartet werden, dass keine der Parteien die Neutralität des Gutachters zu beeinträchtigen sucht.» Diese Pflichtverletzung berechtige die Beschwerdeführerin aber einzig, Schadenersatz zu verlangen, sei aber als Grundlage für einen Rücktritt vom Aktienkaufvertrag wegen Unzumutbarkeit der Fortführung desselben nicht tauglich. Die vorinstanzliche Verneinung eines Rücktrittsrechts war demnach nicht zu beanstanden (E. 3.2).

Bemerkungen

[Rz 54] Das Bundesgericht hat die Frage, ob selbst die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten in Ausnahmefällen im Rahmen von Art. 97, 107 ff. OR zur Vertragsauflösung berechtige, offen gelassen. Das Bundesgericht stellt in diesem Zusammenhang zu Recht fest, dass Art. 97 Abs. 1 OR an sich für alle Vertragsverletzungen nur eine Rechtsfolge vorsieht, nämlich den Schadenersatzanspruch des Gläubigers. In der Lehre wird aber dennoch zusätzlich ein Rücktrittsrecht im Sinne von Art. 107 ff. OR befürwortet, bei Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung, die das Vertrauensverhältnis der Parteien so stark erschüttert, dass eine Fortsetzung der Vertragsbindung nicht mehr als zumutbar erscheint (E. 3.1 mit Hinweisen zur Literatur). Dieser Ansicht ist zuzustimmen, wobei indessen nicht ausschlaggebend sein kann, ob die Nebenpflicht als leistungsbegleitende Nebenpflicht oder reine Verhaltenspflicht zu qualifizieren ist.[22] Als ausschlaggebend erscheint einzig, ob es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt oder nicht. Wann eine solche wesentliche Pflichtverletzung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich eine Orientierung an den zu Art. 25 CISG gebildeten Fallgruppen aufdrängt.[23] Weiter ist zu beachten, dass eine Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien, die eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar macht, nur bei noch nicht beidseits erfüllten Verträgen, bei Dauerschuldverhältnissen oder andauernden Pflichten grundsätzlich nur für die Zukunft («ex nunc») in Betracht kommt.[24] Auch aus diesen Überlegungen hätte man im vorliegenden Fall wohl folgern können, dass die vorab aus der Zusatzvereinbarung von 2003 abgeleiteten geltend gemachten Nebenpflichtverletzungen ohnehin nicht eine Auflösung des Aktienkaufvertrags hätten ermöglichen können.

3. Richterliche Kunstgriffe bei unübersichtlichen Vertragsgeflechten

Urteil des Bundesgerichts 4A_500/2011 vom 8. Mai 2012 (MV)

[Rz 55] Im Jahre 1984 erwarben C.X. und der Beschwerdegegner 1 ein Grundstück als Miteigentümer je zur Hälfte. Daraufhin gründeten sie gemeinsam die R. AG und räumten ihr ein selbstständiges, 100 Jahre dauerndes Baurecht am Grundstück ein. Der Baurechtszins sollte an einen bestimmten Zinssatz der Bank S. gebunden sein und auf einem Landwert von CHF 520.–/m2 berechnet werden.

[Rz 56] Ab Juni 1989 bestanden in der R. AG zwei Aktionärsgruppen: Die Gruppe A, bestehend aus dem Beschwerdegegner 1, seinem Sohn, und dem Beschwerdegegner 2, hielt 60% der Aktien, während die Gruppe B, bestehend aus C.X. und der X. AG 40% der Aktien hielt.

[Rz 57] Am 23. Juni 1989 wurde eine Änderung des Baurechtszinses beschlossen. Der Vertrag wurde von C.X. und dem Beschwerdegegner 1 – als Miteigentümer des Grundstücks – und der R. AG abgeschlossen und öffentlich beurkundet. Sie erhöhten den Landwert auf CHF 2100.–/m2. Er sollte jährlich an die Ortsüblichkeit oder die Veränderung der Konsumentenpreise angepasst werden.

---

[22] Vgl. dazu BSK OR I-Wiegand, Art. 97 OR N 32 ff.

[23] BSK OR I-Wiegand, Art. 107 OR N 4; vgl. auch Brunner (Fn. 1), Art. 25 CISG N 19, 23 (wesentliche Vertragsverletzung bei einer Verletzung von Neben- oder Zusatzpflichten).

[24] Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 OR N 58 mit Hinweisen.

[Rz 58] Am 31. Oktober 1990 wurde der Zins wieder angepasst. Allerdings wurde der Vertrag zwischen C.X. und dem Beschwerdegegner 1 geschlossen. Bald darauf verkaufte C.X. seine Aktien an der R. AG dem Beschwerdegegner 1 bzw. dem Beschwerdegegner 2. Im entsprechenden Aktienkaufvertrag vom 8. Februar 1991 wurde wieder eine Anpassung des Baurechtszinses bestimmt. Im Jahre 1993 trat C.X. seinen Miteigentumsanteil am Grundstück an seine Kinder ab (welche im vorliegenden Verfahren Beschwerdeführer sind). Ungeachtet dessen schlossen C.X. und der Beschwerdegegner 1 am 9. Mai 1995 einen weiteren Vertrag über die Anpassung des Baurechtszinses ab. Keiner der zwischen 1990 und 1995 geschlossenen Verträge wurde öffentlich beurkundet.

[Rz 59] Am 6. November 1996 teilte die R. AG den Grundeigentümern mit, dass sie von nun an den Baurechtszins auf einem Landwert von CHF 500.– berechnen würde. Dies sei aktuell ortsüblich. Die R. AG reduzierte ihre Zahlungen dementsprechend ab dem ersten Quartal 1997.

[Rz 60] Am 23. August 2004 erhoben die Beschwerdeführer Klage auf Zahlung der Differenzbeträge zwischen dem tatsächlich geleisteten Baurechtszins und den Beträgen, welche geschuldet gewesen wären, wenn die Berechnungsmethoden der zwischen 1990 und 1995 geschlossenen Verträge angewendet worden wären. Das Obergericht Zürich wies die Sache an die untere Instanz zurück und verlangte, dass geprüft werde, ob die Vertragsparteien die Absicht gehabt hätten, den Beschwerdegegner 1 zu verpflichten, dafür zu sorgen, dass die R. AG den Baurechtszins vertragskonform leiste. Am 17. Juni 2011 befand das Obergericht, der Beweis einer Haftung der Beschwerdegegner für die Zahlung der Baurechtszinse sei misslungen.

[Rz 61] Im Verfahren vor Bundesgericht rügten die Beschwerdeführer eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, welche den tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien verkannt habe, indem sie eine Verpflichtung seitens des Beschwerdegegners 1 verneinte. Das Bundesgericht wies die Rüge der Willkür mit der Begründung zurück, dass es den Beschwerdeführern nicht gelungen sei, die Unhaltbarkeit in der Beweiswürdigung der Vorinstanz aufzuzeigen.

[Rz 62] Die Beschwerdeführer machten geltend, dass sich der Beschwerdegegner 1 sowohl nach dem tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen als auch aufgrund der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip verpflichtet hätte, für die Baurechtszinsen aus Garantievertrag nach Art. 111 OR, ev. auch nach Art. 97 ff. OR, einzustehen.

[Rz 63] In casu ist laut Bundesgericht der Doppelrolle des C.X. beim Abschluss des Aktienkaufvertrages nach Vertrauensprinzip Rechnung zu tragen, denn er habe als Baurechtsgeber und als Verkäufer der Aktien gehandelt. Es sei klar, dass angesichts der vertraglich festgelegten Berechnungsweise und der weiteren Zusatzvereinbarungen, insbesondere der Vereinbarung vom 31. Oktober 1990, der Kaufpreis der Aktien mit Blick auf die Höhe des Baurechtszinses festgelegt worden war. Demnach seien Kaufpreis und Berechnungsweise des Baurechtszinses die wesentlichen Elemente für die Bestimmung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Aktienkaufvertrag. Auch gemäss den Ausführungen der Vorinstanz bestünde die Gegenleistung für die Aktien nicht nur im Zahlen des Kaufpreises, sondern auch in der Realleistung des Beschwerdegegners 1, für die vertragsgemässe Zahlung des Baurechtszinses durch die R. AG zu sorgen. Eine nachträgliche Abänderung des Zinses greife unzulässigerweise in dieses Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ein und bringe es aus dem Gleichgewicht.

[Rz 64] Nach Treu und Glauben sei nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner 1 persönlich für die künftige Zahlung des Baurechtszinses zu haften habe. Vielmehr habe er, kraft seiner beherrschenden Stellung bei der Baurechtsnehmerin, dafür zu sorgen, dass diese weiterhin den Baurechtszins gemäss den Bestimmungen des Aktienkaufvertrages leiste.

[Rz 65] Das Bundesgericht führte hierzu aus, dass wenn der Beschwerdegegner 1 sich dazu verpflichtet habe, dafür zu sorgen, dass die Baurechtsnehmerin den Zins künftig nach den Vorstellungen gemäss dem Kaufvertrag berechne, seine vertraglichen Pflichten verletze, wenn er seine beherrschende Stellung in der Baurechtsnehmerin nicht dazu einsetze, dass diese den Baurechtszins entsprechend der Vereinbarung akzeptiere.[25] Die Beschwerdegegner anerkannten, dass es der Beschwerdegegner 1 war, der den Anstoss zur Reduzierung des Baurechtszinses überhaupt gegeben hatte. Das Bundesgericht stufte dies als Pflichtverletzung ein. Für den daraus resultierenden Schaden habe der Beschwerdegegner 1 zu haften.

[Rz 66] Das Bundesgericht hiess die Beschwerde damit teilweise gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese über die Schadenersatzansprüche im Quantitativ sowie die solidarische Haftbarkeit des Beschwerdegegners 2 befinde.

Bemerkungen[26]

[Rz 67] Das vorliegende Urteil zeigt, wie wichtig es in M&A- (und sonstigen) Transaktionen ist, die verschiedenen Vertragsverhältnisse zu unterscheiden und für diese separate Verträge zu erstellen. Dabei ist einerseits den unterschiedlichen Rechtsnaturen der Verträge (z.B. Aktienkaufvertrag, Arbeitsvertrag, Darlehensvertrag, Baurechtsvertrag) und den unterschiedlichen Regelungsinhalten Rechnung zu tragen, aber anderseits auch den allenfalls bestehenden Interdependenzen, z.B. bei Nichterfüllung eines Vertrages. Dies wurde im vorliegenden Fall nicht beachtet. Das Bundesgericht

[25] E. 3.3 unter Berufung auf BGE 85 II 452, E. 2.

[26] Dieser Entscheid wurde bereits von Lara Elliott/Markus Vischer, Richterliche Kunstgriffe bei unüberschaubaren Vertragsgeflechten in M&A-Transaktionen, in: dRSK, publiziert am 30. Juli 2012, besprochen.

behalf sich mit dem Kunstgriff, nach Vertrauensprinzip in den Vereinbarungen zwischen Verkäufer und Käufer eine Verpflichtung des Käufers zu sehen, dafür zu sorgen, dass die vom ihm gekaufte Gesellschaft einen höheren Baurechtszins zahle.

[Rz 68] Dieser Kunstgriff brachte zwar das gewünschte Resultat, allerdings nur, weil das Bundesgericht die gesellschaftsrechtlichen Aspekte völlig ausser Acht liess.[27] Denn eine Erhöhung des Baurechtszinses ohne Gegenleistung ist gesellschaftsrechtlich kaum gültig (s.z.B. Art. 678 OR), so dass eine Klausel, auf einen solchen Erfolg hinzuwirken, wohl ebenfalls nichtig ist.[28]

[Rz 69] Interessant ist das vorliegende Urteil auch, weil das Bundesgericht seine Schlussfolgerung letztlich auf Art. 97 ff. OR und nicht auf Art. 111 OR abstützt, weil es unter Berufung auf Weber[29] die Auffassung vertritt, Art. 111 OR komme nicht zum Zuge, wenn die Erklärung des Promittenten sich primär auf ein eigenes Verhalten und nicht auf ein Verhalten eines Dritten beziehe.[30]

4. Herausgabe von verkauften Aktien durch Stellvertreter (Art. 400 Abs. 1 OR; BEG)

BGE 138 III 137; Urteil des Bundesgerichts 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012 (CB)

[Rz 70] Die Gebrüder A. und B. waren Aktionäre eines Familienunternehmens. Sie gehörten einem sogenannten «Verkäuferpool» an, dessen Mitglieder den Verkauf ihrer Titel anstrebten. In diesem Vorhaben vertrat A. die Mitglieder des Verkäuferpools gegenüber den restlichen Aktionären der Gesellschaft, welche diverse Entflechtungsofferten anboten. Nach Begutachtung dieser Offerten und Diskussion innerhalb des Verkäuferpools wurde entschieden, dass B. seine sämtlichen Aktien (1'833 Namenaktien, 40 Inhaberaktien und 1'075 Partizipationsscheine) zum fünffachen Nennwert und die restlichen Verkäufer einen Teil ihrer Namenaktien zum zehnfachen Nennwert verkaufen werden.

[Rz 71] Tatsächlich verkaufte der Vertreter A. allerdings nur die Namenaktien des B., und dies zu ihrem zehnfachen Nennwert. Dadurch erzielte er einen Zusatzgewinn von CHF 562'072.50 und konnte die Inhaberaktien und Partizipationsscheine des B. behalten. Er stellte dem B. eine Verkaufsabrechnung zu, wonach sämtliche Aktien zum fünffachen Nennwert verkauft worden seien. B. verlangte daraufhin gestützt auf den eigentlichen Kaufvertrag die Herausgabe der übriggebliebenen Aktien sowie der Differenz zwischen der erfolgten Auszahlung und dem eigentlichen Verkaufsbetrag. Die Klage des B. wurde vom Bezirksgericht abgewiesen, vom Obergericht aber gutgeheissen. A. focht als Beschwerdeführer das Urteil des Obergerichts an.

[Rz 72] Das Bundesgericht hielt fest, dass die Annahme der Vorinstanz, wonach es sich beim Verhältnis zwischen A. und B. um einen Auftrag handle, richtig sei. Die verkauften Titel seien im Eigentum des B. gestanden und dieser habe den A. als direkten Stellvertreter zum Verkauf derselben beauftragt (E. 3.2). A. habe zwar ohne Ermächtigung den Verkaufsvertrag abgeändert, es dürfe aber von einer stillschweigende Genehmigung des neuen Vertrags ausgegangen werden, da der Stellvertreter ein für den Vertretenen günstigeres Ergebnis erreichte (E. 5.1).

[Rz 73] Der vertragliche Anspruch auf Rückgabe der Aktien war im Lichte des Auftragsverhältnisses zu prüfen. Ein Beauftragter sei gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet, alles was ihm infolge seiner Geschäftsführung zugekommen ist, zu erstatten. Darunter würden auch indirekte Vorteile aus der Vertragsausführung fallen. Entscheidend sei bei dieser Einstufung, ob die Vermögenswerte in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen würden. Der Beauftragte solle durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren (E. 5.3).

[Rz 74] Da eine stillschweigende Genehmigung des B. zum vorteilhafteren Vertrag angenommen werden könne und der dabei erzielte Zusatzgewinn in einem direkten Zusammenhang mit dem Verkauf stehe, müsse A. den Differenzbetrag und die nicht verkauften Titel herausgeben. Das Bundesgericht wies folglich die Beschwerde des A. ab.

Bemerkungen

[Rz 75] Der Entscheid enthält einige interessante auftragsrechtliche Ausführungen zur Erstattungspflicht gem. Art. 400 Abs. 1 OR und zum Bucheffektengesetz (BEG; SR 957.1), berührt jedoch die Thematik des Kaufvertrags nur marginal.

[Rz 76] Der Stellvertreter A. hatte behauptet, der Auftraggeber B. habe genau denjenigen Erlös erhalten, den er nach dem Auftrag erhalten sollte. A. übersah jedoch, dass B. als Auftraggeber den von A. zu vorteilhafteren Bedingungen abgeschlossenen Kaufvertrag konkludent genehmigt hatte. Die Voraussetzung, dass eine Ablieferungspflicht des Beauftragten dann besteht, wenn ein innerer Zusammenhang zum konkreten Auftrag besteht, war erfüllt. Die herausverlangten Vermögenswerte standen in einem inneren Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrags, der gerade im Verkauf der

---

[27] S. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2010 vom 14. Juni 2010; dazu Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 3. Oktober 2011, Rz. 60 ff.

[28] Art. 157 OR, dazu z.B. BSK OR I-Pestalozzi, Art. 111 OR N 15; s. auch BGE 134 III 59 mit der Verneinung der Schadenersatzfähigkeit von Steuerbussen.

[29] BK-Weber, Art. 111 OR N 132.

[30] Differenzierend Markus Vischer, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 326, 330, 332, wonach es eine Auslegungsfrage ist, ob beim Versprechen einer eigenen Leistung eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung (also insbesondere eine Garantie i.S. von Art. 111 OR) oder eine verschuldensabhängige Verhaltenshaftung vorliegt.

Titel des B. bestand (E. 5.3.3). Zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss, zählen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Rabatte, Provisionen, Schmiergelder usw., wobei es keine Rolle spielt, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugutekommen soll oder nicht (BGE 132 III 460 E. 4.1).

[Rz 77] Wie gesehen bestätigte das Bundesgericht im Ergebnis auch das Urteil der Vorinstanz, wonach B. die Herausgabe der von A. nicht verkauften 40 Inhaberaktien und 1'075 Partizipationsscheine verlangen konnte. Diese stellten sammelverwahrte Bucheffekten dar, welche auf dem Bankdepot des A. eingebucht waren. Sammelverwahrte Wertpapiere, die einem Effektenkonto bei einer Verwahrungsstelle wie einer Bank gutgeschrieben sind, wurden mit Inkrafttreten des BEG (d.h. 1. Januar 2010) automatisch zu Bucheffekten. Dies hat zur Folge, dass eine Vindikation von sammelverwahrten Wertpapieren, die einem Effektenkonto bei einer Bank gutgeschrieben waren, ab dem Inkrafttreten des BEG am 1. Januar 2010 nicht mehr möglich ist. Die sachenrechtliche Beziehung des Hinterlegers zu den Urkunden wird indessen nicht aufgehoben, sondern lediglich sistiert. Sie lebt wieder auf, wenn die Wertpapiere von der Verwahrungsstelle herausgegeben werden (vgl. Art. 8 BEG). Demgemäss hatte B. nicht einen dinglichen Herausgabeanspruch, sondern einen obligatorischen Herausgabe- bzw. Übertragungsanspruch gem. Art. 400 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 24 BEG.

5. «Parent Guarantees» bei Aktienkaufverträgen

Urteil des Bundesgerichts 4A_235/2012 vom 26. Oktober 2012 (MV)

[Rz 78] Y.a. und Y.b. (Beschwerdegegner) schlossen am 27. März 2002 mit der A. Ltd. einen Vertrag über den Verkauf von 3'7315 Aktien der B. Ltd. Die erste Rate des Kaufpreises von CHF 140'000.– hatte die A. Ltd. am 30. November 2003 zu tilgen. In Art. 7 Abs. 2 des Vertrages vereinbarten die Parteien unter dem Titel «Sonstiges» Folgendes: «Die für die Käuferin unterzeichnenden X. und Z. sind zur Erfüllung dieses Vertrages nicht nur als Organe der Käuferin, sondern auch persönlich verpflichtet.»

[Rz 79] Da die A. Ltd. den Vertrag nicht erfüllte, verlangten Y.a. und Y.b. von X. gestützt auf vorgenannte Klausel die Bezahlung der ersten Kaufpreisrate von CHF 140'000.–. X. (Beschwerdeführer) bestritt eine entsprechende Verpflichtung. Am 30. Juni 2004 erteilte der Einzelrichter des Bezirks Horgen Y.a. und Y.b. in der von ihnen gegen X. angehobenen Betreibung provisorische Rechtsöffnung über den Betrag von CHF 140'000.– nebst Zins und Betreibungskosten. Die dagegen erhobene Klage von X. wurde sowohl vom Bezirksgericht Horgen als auch von den anderen kantonalen Instanzen abgewiesen, weshalb X. mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gelangte. X. verlangte die Aufhebung des Urteils des Obergerichts sowie die Feststellung, dass die Forderung von CHF 140'000.– nebst Zins zu 5 % seit 9. Januar 2001 und CHF 209.– Betreibungskosten, nicht besteht.

[Rz 80] X. warf der Vorinstanz vor, dass sie die Verpflichtung zu Unrecht als kumulative Schuldübernahme statt als formungültige Bürgschaft qualifiziert habe.

[Rz 81] Das Bundesgericht wies darauf hin, dass sowohl die Bürgschaft als auch die kumulative Schuldübernahme eine Verstärkung der Position des Gläubigers bewirken würden. Im Gegensatz zur Schuldübernahme, die formfrei gültig ist, verlange die Bürgschaft aber – zum Schutz der sich verpflichtenden Partei – strenge Formvorschriften.[31] Mit der Bürgschaft übernehme der Interzedent gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die kumulative Schuldübernahme (auch Schuldbeitritt oder Schuldmitübernahme) sei demgegenüber dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldübernehmer eine eigene, zur Verpflichtung eines Schuldners hinzutretende, selbständige Verpflichtung begründe, somit die Drittschuld persönlich und direkt mitübernehme.[32]

[Rz 82] Das Bundesgericht hielt fest, dass der Verpflichtende bei der Schuldübernahme nicht aber bei der Bürgschaft, regelmässig ein erkennbares eigenes Interesse am zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossenen Geschäft habe. Es werde verlangt, dass er von der Gegenleistung des Gläubigers direkt profitiere und dies für die Gegenpartei erkennbar sei.

[Rz 83] Ferner wies das Bundesgericht darauf hin, dass durch Auslegung des Sicherungsvertrages zu ermitteln sei, ob eine Bürgschaft oder eine kumulative Schuldübernahme vorliege. Der Inhalt des Vertrags bestimme sich dabei in erste Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibe dieser unbewiesen, seien die Erklärungen der Parteien anhand des Vertrauensprinzips auszulegen, wobei dem klaren Wortlaut Vorrang zukomme. Insbesondere geschäftsgewandte Vertragsparteien müssten einen klaren Wortlaut eines Sicherungsgeschäfts, in welchem präzise juristische Bezeichnungen verwendet werden, gegen sich gelten lassen. Um den gesetzlichen Formvorschriften des Bürgschaftsrechts zum Durchbruch zu verhelfen, sei jedoch in Zweifelsfällen für Bürgschaft zu entscheiden.[33]

[Rz 84] Das Bundesgericht schützte die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach es das persönliche Ziel von X. gewesen sei, zusammen mit Z., über die bereits gewonnene Aktienmehrheit bei der B. Ltd., möglichst viele weitere Aktien bei sich zu vereinigen. Bei dieser Sachlage habe die Vorinstanz

[31] E. 2.1 unter Berufung auf BGE 129 III 702, E. 2.2.

[32] E.2.1 unter Berufung auf BGE 129 III 702.

[33] E. 2.2 unter Berufung auf BGE 129 III 702.

zu Recht ein für den Schluss auf eine kumulative Schuldübernahme hinreichendes, auf das Aktienkaufgeschäft gerichtetes Eigeninteresse von X. bejaht. Weiter sei die Vorinstanz auch zu Recht davon ausgegangen, dass das Eigeninteresse von X. am Aktienkauf für die Y.a. und Y.b. erkennbar war.

[Rz 85] Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt habe, wenn sie erwog, dass der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 des Aktienkaufvertrages, wonach X. und Z. nicht nur als Organe der Käuferin, sondern auch persönlich zur Erfüllung dieses Vertrages verpflichtet seien, klar für eine kumulative Schuldübernahme spreche. Schliesslich hätten sich X. und Z. mit der gewählten Formulierung nicht hinter, sondern neben die Hauptschuldnerin gestellt und sich persönlich, mithin selbständig, zur Vertragsleistung verpflichtet.

Bemerkungen

[Rz 86] Bei Unternehmenskäufen tun die Parteien gut daran, sich zu vergewissern, dass die jeweilige Gegenseite genügend Substanz hat.[34] Dies ist oft nicht der Fall, gerade auf Käuferseite, wo oft sogenannte «Special Purpose Vehicles» auftreten.[35] Zur Absicherung der entsprechenden Risiken werden wie im vorliegenden Fall oft sog. «Parent Guarantees» in der Form eines kumulativen Schuldbeitritts oder einer Garantie im Sinne von Art. 111 OR eingesetzt,[36] bei denen sich wie im konkreten Fall oft das Problem der Abgrenzung zur Bürgschaft stellt. Entsprechend sind die eingesetzten Instrumente klar zu umschreiben, entgegen dem vorliegenden Fall am Besten in separaten Dokumenten, weil verschiedene Parteien zur Diskussion stehen.[37]

6. Herabsetzung einer Konventionalstrafe, die im Wegfall einer Forderung besteht (Art. 163 Abs. 3 OR)

BGE 138 III 746; Urteil des Bundesgerichts 4A_160/2012 vom 17. Oktober 2012 (CB)

[Rz 87] Im Jahre 1999 schloss die Käuferin (Beschwerdeführerin) mit dem Verkäufer (Beschwerdegegner) einen Zahnarztpraxisübernahmevertrag ab. Dieser wurde 2001 nach Unstimmigkeiten zwischen den Parteien, insbesondere infolge angeblich negativer Äusserungen des Verkäufers über die Käuferin gegenüber Patienten, modifiziert. Ziffern 3.1 und 3.2 der Änderungsvereinbarung sahen vor, dass die Zahlung des restlichen Kaufpreises von dem getreuen und vertragsmässigen Verhalten des Verkäufers abhängt und lauteten wie folgt:

[Rz 88] «3.1 In Abänderung von Ziff. 3 des Kaufvertrages vereinbaren die Parteien als Restzahlung aus der Praxisübernahme für die Jahre 2000 und 2001 den Betrag von CHF 690'000.–, zahlbar in zwei Raten wie folgt: CHF 350'000.– bis spätestens am 30. Juli 2001. CHF 340'000.– bis spätestens 28. Februar 2002. 3.2 Diese Zahlung steht unter der Bedingung, dass sich beide Parteien getreu und vertragsgemäss verhalten. Insbesondere wird Y. [Verkäufer] im Sinne von Ziff. 5 des Kaufvertrages dafür besorgt sein, dass die von ihm behandelten Patienten bei X. [Käuferin] eingeführt und von dieser weiter behandelt werden. Er wird sich jeglicher Abwerbung enthalten. Beide Parteien verpflichten sich, sich jeglicher Kritik an der Person oder an der Arbeit der anderen Partei zu enthalten. X. dankt Y. für die geleistete Arbeit und sichert zu, die übernommenen Patienten fachgerecht weiterzubehandeln.»

[Rz 89] Die Käuferin bezahlte die erste Rate von CHF 350'000.–. In der Folge übergab der Verkäufer der Käuferin jedoch nicht wie vereinbart alle Patientenakten und entfernte eine Datenbank-Software vom Computer. Erst als die Käuferin daraufhin die zweite Zahlung von CHF 340'000.– verweigerte und erklärte, dass sie nur bezahlen werde, sofern der Verkäufer alle zurückbehaltenen Sachen zurückgebe, lieferte dieser eine Backup-Kopie der Datenbank-Software, welche jedoch nicht ohne Weiteres einsehbar war, ab. Die Käuferin bezahlte die zweite Kaufpreisrate, welche am 28. Februar 2002 fällig geworden wäre, nicht.

[Rz 90] Die Klage des Verkäufers auf Zahlung wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz jedoch vollumfänglich gutgeheissen. Die Käuferin wurde zur Zahlung der restlichen CHF 340'000.– nebst Zins verurteilt. Das Bundesgericht hatte die Sache daraufhin zum ersten Mal zu beurteilen und kam im Unterschied zur Vorinstanz zum Schluss, dass Ziffer 3.2 Abs. 1 der Änderungsvereinbarung eine gültig vereinbarte Konventionalstrafe darstelle und der Verkäufer die Vereinbarung mehrfach verletzt habe, in dem er u.a. aus grundsätzlichen Überlegungen die Herausgabe gewisser Patientenakten verweigert habe, statt sich um die Einholung der

[34] S. zum aufschlussreichen Fall Jelmoli/Delek/Blenheim-(Problem-)Fall z.B. Markus Vischer, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, 1175; Ralph Malacrida, Front-End Loaded Versus Back-End Loaded: effiziente Vertragsgestaltung beim Unternehmenskauf, in: Matthias Oertle/Mathias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 16, Fn. 1; Rudolf Tschäni/Harold Frey, Streiterledigung in M&A-Transaktionen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, 36, Oliver Triebold, Deal Protection bei M&A-Transaktionen – Ausgewählte Aspekte, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XI, Zürich/Basel/Genf 2009, 226.

[35] Markus Vischer/Lucas Hänni, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP 2012, 620.

[36] Vischer/Hänni (Fn. 35), 619; s. auch Daniel Daeniker/Heinz Schärer, Ausstieg aus Unternehmenskaufverträgen wegen gescheiteter Finanzierung, in: Matthias Oertle/Mathias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 187.

[37] S. vorstehend Rz. 67.

Zustimmungen der betroffenen Patienten zu bemühen. Zudem habe er die Datenbank-Software entfernt. Aufgrund der vorhandenen Feststellungen sei indessen nicht beurteilbar, ob die Konventionalstrafe übermässig sei. Die Sache wurde zwecks Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen (vgl. BGE 135 III 433). Das Obergericht setzte die Konventionalstrafe von CHF 340'000.–[38] auf CHF 50'000.– herab und hiess die Klage im Umfang des Restbetrags (CHF 290'000) nebst Zins zu 5% seit dem 16. April 2002 gut.

[Rz 91] Das Bundesgericht hielt fest, dass das Gericht zwar gemäss Art. 163 Abs. 3 OR eine übermässig hohe Konventionalstrafe herabzusetzen habe, dabei jedoch aus Gründen der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit Zurückhaltung geboten sei. Eine Konventionalstrafe könne mithin nicht schon deshalb als übermässig bezeichnet werden, weil sie den Betrag übersteige, den der Gläubiger als Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern könnte (E. 1.2).

[Rz 92] Die Vorinstanz verkenne, dass es bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe weder um eine Schadensschätzung noch um eine Abschätzung des Schadenspotenzials gehe, wenn sie ausführe, die Vertragsverletzung sei marginal und das Schadenspotential begrenzt. Eine einzige Pflichtverletzung könne u.U. reichen um die volle Konventionalstrafe auszulösen. Ein effektiver Schaden sei dabei aber gerade nicht massgebend. Vielmehr soll mit der Konventionalstrafe die Einhaltung vertraglicher Pflichten, an denen ein Vertragspartner ein besonderes Interesse hat und deren Verletzung nicht gezwungenermassen zu einem prozessual nachweisbaren Schaden führt, garantiert werden. Der vereinbarte Betrag dürfe jedoch angesichts der konkreten Verfehlungen das Mass von Recht und Billigkeit nicht übersteigen. Namentlich das Verhalten der fehlbaren Partei, wie auch das Interesse der anderen Partei an der korrekten Vertragserfüllung, sei im Kontext mit den gesamten Umständen zu berücksichtigen. Grundlage für die Beurteilung des Parteiverhaltens bilde die von ihnen getroffene, vertragliche Vereinbarung (E. 4).

[Rz 93] Gemäss der Feststellung der Vorinstanz sei bis heute keine vollständige Herausgabe der Patientenakten erfolgt (E. 4.2.3), wobei bereits in der Nichteinholung der Zustimmung der betroffenen Patienten eine Pflichtverletzung zu sehen sei (E. 4.1). Der Verkäufer sei seiner Pflicht, seine Patienten bei der Käuferin einzuführen, zumindest teilweise nicht nachgekommen, nachdem er die Patienten, was nach Treu und Glauben vorausgesetzt werden dürfe, nicht einmal über den Wechsel informiert habe (E. 4.2.4-4.2.6). Nicht entscheidend sei, dass nicht nachgewiesen sei, ob bei einer korrekten Einführung der Patienten und einer reibungslosen Übergabe der Praxis tatsächlich mehr Patienten bei der Käuferin verblieben wären. Im Rahmen einer Konventionalstrafe sei kein Schaden nachzuweisen. Die Konventionalstrafe schütze das Interesse, durch die Einhaltung der Vereinbarung optimale Voraussetzungen für die Übernahme der Patienten zu schaffen (E. 5).

[Rz 94] Mit der unbefugten Mitnahme der anschliessend teilweise wieder zurückgebrachten Patientenakten und der Entfernung der Daten-Software habe der Verkäufer dem Vertragszweck direkt zuwidergehandelt (E. 5.1). Des Weiteren habe er zwar die Vereinbarung mit Bezug auf die Übernahme der Patienten nicht aktiv sabotiert, jedoch auch nicht die gebotenen Pflichten «getreu und vertragsgemäss» vorgenommen. So habe er beispielsweise nie ein Informationsschreiben an die Patienten versandt, was jedoch insofern in einem milderen Licht erscheine, als dass die Käuferin dies nicht konkret verlangt habe. Vielmehr sei die Einführung zunächst auch an ihrem Verhalten gescheitert (E. 5.2). Das Bundesgericht reduzierte unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände die Konventionalstrafe von CHF 340'000.– auf CHF 170'000.– (statt wie die Vorinstanz auf bloss CHF 50'000.–). Damit hiess das Bundesgericht in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Klage im Betrag von CHF 170'000.– gut.

[Rz 95] Zudem war umstritten, ab wann auf der Forderung des Verkäufers von CHF 170'000.– Zins geschuldet ist. Die Käuferin machte geltend, die Restforderung des Verkäufers sei aufgrund dessen Pflichtverletzung zunächst untergegangen; es werde dann aber infolge der Herabsetzung der Konventionalstrafe mittels Gestaltungsurteil eine neue Forderung begründet werde, so dass der Zins erst ab dann zu laufen beginne. Das Bundesgericht verwarf die Auffassung der vorherrschenden Lehre, welche die Herabsetzung als Gestaltungsurteil qualifiziert. Es erwog, dass die Konventionalstrafe von Anfang an nur in reduziertem Masse geschuldet sei, da der Vertragspartner aufgrund der gesamten Umstände bei Verfall der Konventionalstrafe nach Treu und Glauben nicht den vollen Betrag verlangen dürfe (E. 6).

Bemerkungen

[Rz 96] Der Entscheid ist aufschlussreich, weil er zur Frage, aufgrund welcher Kriterien das Gericht zu entscheiden hat, ob bzw. inwiefern es in Ausübung seines Ermessens eine Konventionalstrafe herabsetzen soll, interessante Ausführungen enthält. Die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Zürich, das zunächst befunden hatte, die Ziffern 3.1 und 3.2 der Änderungsvereinbarung enthielten weder eine auflösende Bedingung noch eine Konventionalstrafe und dass der Verkäufer die Vereinbarung gar nicht verletzt habe, setzte die Konventionalstrafe in ganz erheblichem Umfang auf CHF 50'000.– herab. Anders als die Vorinstanz beurteilte das Bundesgericht die Vertragsverletzung des Verkäufers nicht als bloss marginal. Für die Bemessung der Herabsetzung der Konventionalstrafe war für das Bundesgericht auch relevant, dass die Parteien offenbar in ihrer Vereinbarung zusätzlich für eine Verletzung des Konkurrenzverbots durch Eröffnung

[38] An sich betrug die Konventionalstrafe gemäss Ziffer 3.1 und 3.2 der Änderungsvereinbarung CHF 690'000.–; indessen war unter den Parteien bloss der Betrag der letzten Rate von CHF 340'000.– strittig, wodurch die Käuferin im Ergebnis eine Reduktion der Konventionalstrafe auf diesen Betrag akzeptierte.

einer Zahnarztpraxis im vom Konkurrenzverbot umfassten Gebiet in der Höhe von Fr. 250'000 vereinbart hatten; eine Verletzung dieses Konkurrenzverbots lag indessen nicht vor (vgl. E. 5.3).

V. Grundstückkauf

1. Freizeichnungsklauseln und Grundlagenirrtum

Urteil des Bundesgerichts 4A_492/2012 vom 22. November 2012 (MV)

[Rz 97] Am 28. April 2008 schloss Y. mit X. einen öffentlich beurkundeten Vertrag mit der Bezeichnung «vente à terme – emption» ab, in welchem Y. versprach, eine Liegenschaft mit Wohnhaus, die sich zu diesem Zeitpunkt im Eigentum von X. befand, zu einem Preis von CHF 302'500.– zu kaufen. Der Vertrag enthielt eine Freizeichnungsklausel.

[Rz 98] Am 4. Juni 2008 kaufte Y. das Grundstück. Anfangs 2009 reichte Y. den Behörden ein Bewilligungsgesuch für Renovationsarbeiten ein. Mit Schreiben vom 5. März 2009 lehnte das kantonale Amt für Raumentwicklung das Vorhaben mit der Begründung ab, dass das dauerhafte Bewohnen eines Gebäudes zu einer kompletten Zweckänderung führen würde, welche nicht mit der seit 1. Juli 1972 geltenden Rechtsordnung vereinbar sei. Kurz darauf klagte Y. am 20. März 2009 gegen X. auf Wiedereintragung des X. als Eigentümer im Grundbuch und Rückerstattung des Kaufpreises sowie auf Bezahlung von Schadenersatz. Mit Urteil vom 16. Dezember 2011 hiess das Kantonsgericht Waadt die Klage im Wesentlichen gut. Daraufhin erhob X. Berufung gegen dieses Urteil beim Zivilappellationshof des Kantonsgerichts Waadt, das die Berufung abwies. Gegen diesen Entscheid gelangte X. mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

[Rz 99] Das Bundesgericht führte aus, dass ein Vertrag nach Art. 23 OR für denjenigen unverbindlich sei, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR liege ein wesentlicher Irrtum unter anderem dann vor, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betrifft, der von einem Vertragspartner nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.[39] Das Bundesgericht hielt des Weiteren fest, dass nach Art. 197 Abs. 1 und 2 OR der Verkäufer bei einem Kaufvertrag der Käuferin für Mängel hafte, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche erheblich mindern (Abs. 1), auch wenn er die Mängel nicht gekannt hat (Abs. 2). Im Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache ermächtige Art. 205 Abs. 1 OR die Käuferin, den Kauf rückgängig zu machen oder Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern.

[Rz 100] Diese Regelung sei allerdings dispositiver Natur, weshalb die Parteien grundsätzlich Freizeichnungsklauseln vereinbaren könnten. Solche Freizeichnungsklauseln hätten im Allgemeinen die Funktion, dem Verkäufer zu ermöglichen, seine Gewährleistung nicht für die uneingeschränkte Qualität der Kaufsache erbringen zu müssen, weil er das Risiko von Mängeln selber nicht einschätzen könne. Insbesondere beim Verkauf von Altbauten bestehe regelmässig ein entsprechendes Bedürfnis, weshalb im Regelfall die Gewährleistung ausgeschlossen werde.[40]

[Rz 101] Liege eine mangelhafte Sache vor, habe die Käuferin die Wahl, ob sie den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 OR anfechten oder den Kauf nach Art. 205 Abs. 1 OR rückgängig machen möchte.

[Rz 102] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR die Käuferin einer Sache keinen Irrtum über eine notwendige Grundlage des Vertrages geltend machen könne, wenn sich die Kaufsache als mangelhaft erweise und die Haftung für diesen Mangel durch eine gültige Freizeichnungsklausel wegbedungen worden sei. Freizeichnungsklauseln im Allgemeinen könnten aufgrund eines Irrtums angefochten werden, falls die Voraussetzungen dafür erfüllt seien. Ferner sei eine Freizeichnungsklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.[41] Daraus folge, dass eine Freizeichnungsklausel bei Mängeln, die gänzlich ausserhalb dessen liegen, womit eine Käuferin vernünftigerweise rechnen musste, unwirksam sei.[42]

[Rz 103] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass in Anbetracht der durch die Parteien unterzeichneten Vertragsklauseln, die Möglichkeit, das Gebäude dauerhaft zu bewohnen, kein Element darstelle, dass Y. nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte. Demnach sei Y. nicht berechtigt gewesen, den Vertrag aufgrund eines Irrtums ungültig zu erklären. Folglich wies das Bundesgericht die Beschwerde von X. gut und hob das Urteil des Zivilappellationshofs des Kantonsgerichts Waadt auf.

Bemerkungen[43]

[Rz 104] Das Bundesgericht hält an seiner konstanten, aber viel kritisierten Rechtsprechung fest, die es der Käuferin bei Vorliegen einer mangelhaften Sache erlaubt, sich alternativ

[39] E. 3 unter Berufung auf BGE 136 III 528, E. 3.4.1, BGE 135 III 537, E. 2.2, und BGE 132 III 737, E. 1.3.

[40] E. 3 unter Berufung auf BGE 130 III 686, E. 4.3.1, S. 691.

[41] E. 5 unter Berufung auf BGE 135 III 410, E. 3.2.

[42] E. 5 unter Berufung auf BGE 130 III 686, E. 4.3.1.

[43] Dieser Entscheid wurde bereits von Markus Vischer/Scarlett Schwarzenberger, Grundstückkaufvertrag – Freizeichnungsklauseln und Grundlagenirrtum, in: dRSK, publiziert am 28. Februar 2013, besprochen.

entweder auf die Sachmängelhaftung oder auf einen Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zu berufen.[44]

[Rz 105] Des Weiteren bestätigt das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung, dass die Vereinbarung einer gültig zustande gekommenen Freizeichnungsklausel eine Berufung auf einen Grundlagenirrtum ausschliesst. Gemäss der etablierten Rechtsprechung des Bundesgerichts übernimmt eine Käuferin, welche einen Kaufvertrag mit einer Freizeichnungsklausel abschliesst, das Risiko, dass der Kaufsache gewisse Eigenschaften fehlen, wofür sie keine Gewährleistung erhalten hat. Nach der Regel von Treu und Glauben kann sie diese Eigenschaften folglich nicht mehr als ein notwendiges Element des Kaufvertrages betrachten und einen Grundlagenirrtum geltend machen.[45]

[Rz 106] Aufgrund der nach der Auffassung des Bundesgerichts oft unbilligen Resultate der Einschränkung oder Wegbedingung der gesetzlichen Gewährleistung in Art. 192 ff. und 197 ff. OR hat das Bundesgericht immer wieder mittels einer Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträge eingegriffen, um deren Folgen zu korrigieren. Dazu hat das Bundesgericht zwei Ansätze entwickelt, einerseits den Ansatz einer Kontrolle über die Auslegung der Freizeichnungsklausel und andererseits den Ansatz einer Kontrolle über Art. 199 OR. Das Bundesgericht führt somit mit den entwickelten Korrekturansätzen eine AGB ähnliche Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen durch.[46] In casu schützte das Bundesgericht die von den Parteien vereinbarte umfassende und auf den konkreten Fall ausgerichtete Freizeichnungsklausel und somit die Vertragsautonomie.

2. Quantitative und qualitative Schlechterfüllung und Freizeichnung beim Grundstückkaufvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_351/2010 und 4A_617/2011 vom 9. Februar 2012 (MV)

[Rz 107] Die Eheleute X waren Eigentümer zweier Nachbarliegenschaften an der E._____-Strasse. Am 19. August 2002 verkauften sie eine dieser Liegenschaften den Eheleuten Y mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag, in welchem das Grundstück gemäss Grundbuch beschrieben wird. Das Eigentum an der Liegenschaft wurde vertragsgemäss am 1. Oktober 2002 übertragen.

[Rz 108] Unerwähnt blieb, dass die Verkäufer vor Abschluss des Kaufvertrages bestimmte bauliche Massnahmen vorgenommen hatten, um die beiden Liegenschaften voneinander abzutrennen. Diese Massnahmen, für welche weder eine Bewilligung eingeholt wurde noch ein Eintrag ins Grundbuch erfolgte, resultierten unter anderem in der Absperrung eines Spiel- und Bastelraumes im Kellergeschoss der verkauften Liegenschaft. Zu diesem Raum hatten die Käufer keinen Zugang, so dass es als Gebäudeteil der Liegenschaft der Verkäufer erschien. Im April 2003 wurden die Käufer vom Schätzer der Gebäudeversicherung auf diesen Umstand aufmerksam gemacht.

[Rz 109] Daraufhin erhoben die Eheleute Y Klage u.a. auf Einräumung des Besitzes am fraglichen Raum, Rückgängigmachen der fraglichen baulichen Massnahmen und Berechtigung zur Ersatzvornahme. Die Verkäufer verlangten mit Widerklage die Eintragung einer Grunddienstbarkeit im Grundbuch zulasten der Liegenschaft der Käufer, welche den Fortbestand des fraglichen Raumes als Gebäudeteil ihrer eigenen Liegenschaft sichern sollte. Am 25. Juni 2008 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage gut und wies die Widerklage ab. Gegen dieses Urteil erhoben die Verkäufer Berufung beim Obergericht Zürich. Dieses verpflichtete die Verkäufer in der Folge in teilweiser Gutheissung der Klage, den Käufern Besitz am fraglichen Kellerraum einzuräumen. Im Übrigen wies es die Klage, aber auch die Widerklage, ab.

[Rz 110] Gegen diesen Entscheid gelangten beide Parteien mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[Rz 111] Die Käufer beriefen sich dabei auf eine Verletzung von Art. 97 ff., Art. 184 und Art. 197 ff. OR. Insbesondere brachten sie vor, die Verkäufer hätten es unzulässigerweise unterlassen, ihnen Besitz an der gesamten Kaufsache zu verschaffen, was eine Verletzung von Art. 184 Abs. 1 OR sei. Das Bundesgericht hat diese Argumentation mit der Begründung abgewiesen, der fehlende Zugang zum Kellerraum betreffe die Beschaffenheit eines durchaus vorhandenen Gebäudebestandteils, weshalb eine quantitativ unzureichende Vertragserfüllung nicht gegeben sei.

[Rz 112] Auch das eventualiter erhobene Argument der Käufer, dass der bauliche Zustand des Kellerraumes einen arglistig verschwiegenen und erst nachträglich entdeckten und damit von der Freizeichnungsklausel nicht erfassten Mangel darstelle, schützte das Bundesgericht nicht. Wenn die Käufer bei Vertragsschluss von der Vorstellung ausgingen, dass kein weiterer Raum zu dem auf dem Kaufgrundstück stehenden Gebäude gehöre, hatten sie keine nach Treu und Glauben schützenswerte Erwartung an den Zustand des ihnen damals unbekannten Gebäudeteils.

[Rz 113] Für den Fall aber, dass der bauliche Zustand des Kellerraumes tatsächlich einen Mangel darstellen sollte, stellte das Bundesgericht fest, dass es gültig von der Freizeichnungsklausel erfasst und die Gewährleistung vertraglich wegbedungen sei. Zum einen hätten die Käufer kein arglistiges Verschweigen nachgewiesen, zum anderen hätte die Vorinstanz festgestellt, dass die Käufer bei aufmerksamer Prüfung der Kaufsache vor dem Kauf den Mangel hätten entdecken können. Es sei auch keine vertragliche Zusicherung

[44] Dazu z.B. BSK OR I-Honsell, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR N 9.

[45] Z.B. BGE 126 III 59, E. 3, BGE 91 II 275, E. 2b, und Urteil des Bundesgerichts 4C.227/2003 vom 9. Dezember 2004, E. 5.1.

[46] Dazu auch nachstehend Rz. 115 und 125.

des Zuganges zum Kellerraum erfolgt. Die Umschreibung des Grundstücks im Grundbuch und der im Kaufvertrag aufgeführte Grundbuchplan liessen nicht auf einen solchen Zugang schliessen.

Bemerkungen[47]

[Rz 114] Ein Mangel i.S. von Art. 197 ff. OR liegt vor, wenn der Ist-Zustand vom Soll-Zustand abweicht, wobei nach der herrschenden Lehre von einem subjektiven Mangelbegriff auszugehen ist. Besteht allerdings keine Vereinbarung oder ist diese nicht eindeutig, so ist als Hilfskriterium der vorausgesetzte bzw. «normale» Zustand des Kaufgegenstands heranzuziehen, womit der Mangelbegriff subjektiv-objektiv wird.[48] Trotz fehlender Vereinbarung der Parteien durfte das Bundesgericht daher nach der hier vertretenen Auffassung einen Mangel i.S. von Art. 197 ff. OR nicht verneinen, da ein Zugang zu allen Räumen zum vorausgesetzten bzw. «normalen» Zustand eines gekauften (überbauten) Grundstücks gehört. Völlig unerheblich ist dabei, ob dies als quantitativer oder qualitativer Mangel qualifiziert wird.

[Rz 115] Den Käufern hätte deshalb die Berufung auf Art. 197 ff. OR nicht verwehrt werden dürfen. Daran ändert auch die vorhandene Freizeichnungsklausel nichts, da solche vom Bundesgericht einer AGB ähnlichen Kontrolle unterzogen werden und nicht gelten, wenn seitens des Verkäufers ein arglistiges Verschweigen des Mangels vorliegt (Art. 199 OR).[49] Vorliegend wussten die Verkäufer zweifellos um den fehlenden Zugang, wurde dieser Zustand doch von ihnen selbst in Verletzung baupolizeilicher Vorschriften geschaffen. Normalerweise bejaht das Bundesgericht in solchen Fällen eine Aufklärungspflicht[50] und lässt diese den Untersuchungsobliegenheiten des Käufers vorgehen.[51] Liegt aber ein arglistiges Verschweigen vor, kann den Käufern nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie selbst seien bei Vertragsschluss von der Vorstellung ausgegangen, es gehöre kein weiterer Raum zum fraglichen Gebäude, weshalb sie keine nach Treu und Glauben schützenswerte Erwartung an den Zustand des ihnen damals unbekannten Gebäudeteils gehabt hätten. Denn das ist die normale Folge eines arglistigen Verschweigens.

[Rz 116] Eine mangelhafte Erfüllung i.S. von Art. 197 ff. OR ist auch eine Schlechterfüllung i.S. von Art. 97 ff. OR. Das Bundesgericht wendet entgegen der herrschenden Lehre den Schadenersatzanspruch gemäss Art. 97 OR alternativ zu den Rechtsbehelfen von Art. 197 ff. OR an. Konsequenterweise müsste das Bundesgericht Art. 97 ff. OR insgesamt alternativ neben Art. 197 ff. OR zur Anwendung bringen mit der Folge, dass dem Käufer bei Schlechterfüllung gestützt auf Art. 97 ff. OR ein Nacherfüllungsanspruch, d.h. ein Nachbesserungsanspruch, zusteht.[52]

[Rz 117] Im konkreten Fall hat das Bundesgericht den einen Nacherfüllungsanspruch der Käufer, nämlich den Besitzverschaffungsanspruch, geschützt, weil es der Meinung war, es liege Nichterfüllung und nicht Schlechterfüllung vor. Allerdings sind nach der hier vertretenen Auffassung quantitative und qualitative Nichterfüllung nicht zu unterscheiden. Es sind vielmehr beides Anwendungsfälle von Art. 97 ff. OR. Entsprechend hätte das Bundesgericht angesichts der Mangelhaftigkeit des gekauften Grundstücks auch den weiteren Nacherfüllungsanspruch der Käufer, d.h. den Nachbesserungsanspruch der Käufer bezüglich Zugang zum Kellerraum nach Art. 97 ff. OR schützen müssen.

3. Absichtliche Täuschung

Urteil des Bundesgerichts 4A_721/2011 vom 3. Mai 2012 (MV)

[Rz 118] Am 3. April 2007 verkaufte X. (Verkäuferin) A.Y. und B.Y. (Käufer) das Grundstück C. zu einem Kaufpreis von CHF 780'000.–. In der Folge stellten die Käufer an der Liegenschaft ihrer Ansicht nach schwerwiegende Mängel fest. Diese betrafen insbesondere die Heizung, die aufgrund einer Sanierungsverfügung der Gemeinde vom 31. Mai 2005 bis Ende 2011 saniert werden musste. Mit Schreiben vom 8. Juni 2007 traten die Käufer vom Kaufvertrag zurück und verlangten die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung von CHF 30'000.–.

[Rz 119] Am 24. Oktober 2008 erhoben die Käufer beim Bezirksgericht Rheinfelden Klage mit den Begehren, die Verkäuferin zur Zahlung von insgesamt CHF 43'550.95 zu verurteilen. Während das Bezirksgericht die Klage abwies, hiess das Obergericht die Beschwerde teilweise gut und verurteilte die Verkäuferin zur Zahlung von CHF 33'277.40.

[Rz 120] Gegen diesen Entscheid gelangte die Verkäuferin mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[Rz 121] Das Vorbringen der Verkäuferin, wonach die Vorinstanz, indem sie das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung

[47] Dieser Entscheid wurde bereits von Lara Elliott/Markus Vischer, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, quantitative und qualitative Mängel und Freizeichnung beim Grundstückkauf, in: dRSK, publiziert am 20. Juni 2012, besprochen.

[48] Z.B. Vischer (Fn. 34),1169.

[49] Z.B. Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, SJZ 2012, 182 ff.; Philipp Chiani/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle?, in: dRSK, publiziert am 12. Januar 2012, Rz. 7; s. auch vorstehend Rz. 106, 115 und 125.

[50] Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_301/2010 vom 7. September 2010; dazu bereits Brunner/Vischer (Fn. 27), Rz. 74 ff., und Michele Casale/Markus Vischer, Unternehmenskauf, in: dRSK, publiziert am 17. Januar 2011.

[51] Z.B. Oliver Beldi, Die Auswirkungen der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmenskauf, in: Carl Baudenbacher/Juliane Kokott (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Basel 2011, 16; Markus Vischer, Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, 233.

[52] Zum Ganzen Vischer (Fn. 34),1170 ff.

bejahte, Art. 28 und 203 OR verletzt habe, wurde durch das Bundesgericht nicht geschützt. Die Verkäuferin argumentierte, dass vorliegend keine Täuschungsabsicht bestanden habe. Sie sei nicht zur Aufklärung verpflichtet gewesen, da sich die erforderliche Sanierung aus einer Gemeindeverordnung ergeben würde und die Käufer infolgedessen davon hätten Kenntnis haben müssen. Zudem könne man nur über etwas absichtlich täuschen, das den Vertragspartner in erkennbarer Weise vom Vertragsabschluss abhalten würde. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen, da die Käufer vom Vertrag zurücktreten wollten, weil das Gesamtpaket nicht mehr gestimmt habe und nicht bereits, als sie von der Sanierungspflicht der Heizung erfahren hätten. Das Bundesgericht hielt fest, dass ein Vertrag für den Getäuschten, der durch absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertragsabschluss verleitet wurde, auch dann nicht verbindlich sei, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher gewesen sei.[53] Zudem finde bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nach Art. 203 OR nicht statt.

[Rz 122] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass der Tatbestand der absichtlichen Täuschung voraussetze, dass der Vertragspartner durch positives Verhalten oder durch Schweigen absichtlich getäuscht wurde; wobei für die Täuschungsabsicht Eventualvorsatz genüge.[54] Das Verschweigen von Tatsachen sei insoweit verpönt, als eine Aufklärungspflicht bestehe. Die Frage des Vorliegens einer Aufklärungspflicht bestimme sich dabei aufgrund der Umstände im Einzelfall.[55] Erforderlich sei zudem, dass der Vertragspartner den Vertrag ohne das täuschende Verhalten nicht oder nicht mit dem entsprechenden Vertragsinhalt abgeschlossen hätte.[56]

[Rz 123] Gemäss Bundesgericht hätten die Käufer nach Treu und Glauben erwarten dürfen, dass sie vom Verkäufer über eine Sanierungspflicht der Heizung aufgeklärt würden, zumal eine solche Sanierung im Allgemeinen mit erheblichem Aufwand und hohen Kosten verbunden sei. Von dieser Aufklärungspflicht werde die Verkäuferin auch nicht durch die Tatsache entbunden, dass die Sanierungspflicht allenfalls aus einer allgemein-abstrakten Norm in einer Gemeindeverordnung abzuleiten gewesen wäre. Was die Täuschungsabsicht betreffe, so könne die Verkäuferin nicht erwarten, dass die Käufer im Wissen um die Sanierungsverfügung denselben Kaufpreis für das Grundstück bezahlt hätten wie ohne Kenntnis derselben. Durch ihr Schweigen habe sie daher zumindest in Kauf genommen, dass die Käufer in einen höheren Kaufpreis einwilligen, als sie dies bei Kenntnis der Sanierungsverfügung getan hätten. Aufgrund dessen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz, indem sie das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung bejahte, kein Bundesrecht verletzt habe.

[Rz 124] Das Bundesgericht wies auch die weiteren Argumente der Verkäuferin ab, weshalb es die Beschwerde – soweit überhaupt darauf eingetreten – abwies.

Bemerkungen

[Rz 125] Dieser Entscheid zeigt einmal mehr, dass das Bundesgericht die Hürde für die Bejahung einer absichtlichen Täuschung nicht sehr hoch setzt. Hintergrund ist meist, dass das Bundesgericht der Meinung ist, eine Freizeichnungsklausel zeitige unbillige Resultate.[57] Freizeichnungsklauseln werden so gewissermassen einer AGB ähnlichen Kontrolle unterworfen.[58]

4. Altlastensanierung – Kostentragung der Rechtsnachfolger

BGE 139 II 106; Urteil des Bundesgerichts 1C_231/2012 vom 19. November 2012 (MV)

[Rz 126] In der Deponie Illiswil in Wohlen wurde zwischen 1962 und 1975 Bauschutt, Hauskehricht, Schlacken, Strassen- und Klärschlamm sowie flüssige und ölige Industrieabfälle abgelagert. Eine im Jahre 2001 begonnene altlastrechtliche Untersuchung ergab, dass es sich um einen sanierungsbedürftigen Standort handelte. Das Berner Amt für Wasser und Abfall (AWA) erliess für die bis 2008 durchgeführten Massnahmen eine Kostenverfügung, wobei den heutigen sieben Grundeigentümern 10% der Kosten auferlegt wurde.

[Rz 127] Die Grundeigentümer erhoben bei der Bau-, Verkehrs-, und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) Beschwerde gegen diese Verfügung, welche diese in der Folge abwies. Die dagegen erhobene Beschwerde der Grundeigentümer wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern am 20. März 2012 ab. Gegen diesen Entscheid gelangten die Grundeigentümer mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

---

[53] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 136 III 528, E. 3.4.2, und BGE 121 II 161, E. 4.1, 165.

[54] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 136 III 528, E. 3.4.2.

[55] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 132 II 161, E. 4.1, und BGE 116 II 431, E. 3a.

[56] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 136 III 528, E. 3.4.2, und BGE 131 II 161, E. 4.1.

[57] Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückverträgen – Mangelhafte Sache und arglistiges Verschweigen von Mängeln, in: dRSK, publiziert am 7. Mai 2013; Markus Vischer/Scarlett Schwarzenberger, Freizeichnungsklauseln in Grundstückverträgen – Ungültigkeit aufgrund arglistigen Verschweigens, in: dRSK, publiziert am 23. April 2013; Chiani/Vischer (Fn. 49); Philipp Chiani/Markus Vischer, Arglistiges Verschweigen von Mängeln im Grundstückkauf, in: dRSK, publiziert am 30. August 2011; Michele Casale/Markus Vischer, Verschweigen einer drohenden Klage, in: dRSK, publiziert am 17. Januar 2011; s. aber auch Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückverträgen – Augen auf, Kauf ist Kauf, in: dRSK, publiziert am 22. Mai 2013; Vischer/Schwarzenberger (Fn. 43), Philipp Chiani/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, Voraussetzung für deren Ungültigkeit, in: dRSK, publiziert am 15. November 2011.

[58] Vischer (Fn. 49), 182 ff.

[Rz 128] Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass Art. 32d des Umweltschutzgesetzes (USG) vorsehe, dass der Verursacher die Kosten für die Sanierung belasteter Standorte zu tragen habe, jedoch werde der Verursacherbegriff nicht definiert. Für die Umschreibung des Verursacherbegriffs stelle die Rechtsprechung und Lehre weitgehend auf den polizeirechtlichen Störerbegriff ab.[59] Verursacher sei demnach nicht nur der Verhaltensstörer, d.h. derjenige, der den Schaden oder die Gefahr selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter verursacht habe, sondern auch der Zustandsstörer, d.h. derjenige, der über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt habe. Damit setzte das Bundesgericht den Störer- und den Verursacherbegriff gleich, wofür auch der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte von Art. 32d USG sprechen würden.

[Rz 129] Nach Ansicht des Bundesgerichts ergebe die Auslegung von Art. 32d USG, dass auch ein Standortinhaber, der das Grundstück bereits mit der Belastung erworben habe, zu den potenziell zahlungspflichtigen Personen gehöre, soweit er sich nicht nach Art. 32d Abs. 2 Satz 3 USG von der Haftung befreien könne, d.h. wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte. In casu handelte es sich bei den Grundeigentümern um direkte Nachkommen der Landwirte, die das Land seinerzeit zum Betrieb der Deponie zur Verfügung gestellt hatten und vor Ort aufgewachsen waren. Insofern hätten sie von dem Deponiebetrieb gewusst oder hätten bei der Anwendung der gebotenen Sorgfalt davon wissen müssen. Eine Haftungsbefreiung im Sinne von Art. 32d Abs. 2 Satz 3 USG komme damit nicht in Frage.

[Rz 130] Die Beschwerdeführer beanstandeten vor Bundesgericht den ihnen auferlegten Kostenanteil von insgesamt 10% als ermessensfehlerhaft. Bei der Festsetzung des Kostenanteils stützte sich das Verwaltungsgericht auf die gängige Praxis, wonach für den Verhaltensstörer einer Kostenquote von 60-90% und für den Zustandsstörer eine von 10-30% anfalle. Das Bundesgericht führte hierzu aus, dass für die Rechtsnachfolge einerseits zwischen Verhaltens- und Zustandsstörern und andererseits zwischen Singular- und Universalsukzession zu unterscheiden sei. So gehe die latente Kostenpflicht des Standortinhabers bei einer Handänderung ohne Weiteres auf den Erwerber über, wobei es sich dabei nicht um einen Fall der Rechtsnachfolge handle; die latente Kostenpflicht knüpfe vielmehr an die Rechtsbeziehung zum belasteten Standort an und entstehe somit originär beim neuen Eigentümer oder Inhaber. Dagegen verbleibe die Kostenpflicht des Verhaltensstörers im Falle der Singularsukzession als persönliche Schuld bei diesem und gehe nicht auf den Rechtsnachfolger über. Demgegenüber sei ein Übergang der Kostenpflicht des Verhaltensstörers im Falle der Universalsukzession möglich, wie beispielsweise bei Vermögens- oder Geschäftsübernahmen. Zudem könne die (latente) Kostenpflicht eines Verhaltensstörers gemäss Art. 560 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB) auf dessen Erben übergehen.

[Rz 131] In casu war nicht erstellt, ob den Grundeigentümern die Verursacherquote ihrer Rechtsvorgänger zugerechnet werden könne, da entsprechende Angaben fehlten. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass eine Kostenbeteiligung von 10% im Falle einer ausschliesslichen Haftung der Beschwerdeführer als Standortinhaber exzessiv erscheine, wenn ihnen dabei weder der Verursachungsanteil ihrer Rechtsvorgänger zugerechnet werden könne, noch durch den Deponiebetrieb oder die Sanierung selbst einen wirtschaftlichen Vorteil zugekommen sei oder in Zukunft zukommen könnte. Die Praxis, wonach 10-30% der Kosten auf den schuldlosen Zustandsstörer entfallen, bedürfe daher der Präzisierung: Ein derartiger Kostenanteil ergebe sich nämlich nicht bereits aus der Eigentümerstellung zum Zeitpunkt der Kostenverteilungsverfügung, sondern erscheine nur dann gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzutreten, wie wenn beispielsweise die betroffene Person schon im Zeitpunkt der Belastung für den Standort verantwortlich war und diese daher hätte verhindern können, wenn sie für den Verursachungsanteil ihres Rechtsvorgängers haftet (kraft Geschäftsübernahme oder als Erbe) oder durch die Belastung und/oder Sanierung einen (nicht unwesentlichen) wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe oder erlangen werde.

[Rz 132] Schliesslich hob das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache an das AWA zu weiterer Abklärung und neuem Entscheid zurück.

Bemerkungen[60]

[Rz 133] In casu hat das Bundesgericht zu einer zentralen altlastrechtlichen Thematik, nämlich der Frage, wer überhaupt Verursacher ist, ein Grundsatzurteil gefällt. Es betrifft die Kostentragungspflicht des sogenannten Zustandsstörers, d.h. des gegenwärtigen Inhabers eines Altlastengrundstücks, und damit die zentrale Frage der Haftung für Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungskosten.[61]

[Rz 134] Das Bundesgericht hielt in casu an seiner Rechtsprechung fest, wonach der Störer- und der Verursacherbegriff gleichzusetzen seien. Seiner Meinung nach würden der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte von Art. 32d USG dafür sprechen. Dies hat zur Folge, dass bei der Sanierung eines belasteten Grundstücks der Inhaber stets als Zustandsstörer und somit als Verursacher im Sinne des USG zu qualifizieren ist und folglich zu den potenziell zahlungspflichtigen

[59] E. 3.4.1 unter Berufung auf BGE 131 II 743, E. 3.1.

[60] Dieser Entscheid wurde bereits von Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Altlastensanierung, Kostentragung der Rechtsnachfolger, in: dRSK, publiziert am 23. September 2013, besprochen.

[61] Alain Griffel, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 29. November 2012 (1C_231/2012); BGE Publikation vorgesehen, URP 2013, 31.

Personen gehört. Diese Rechtsprechung wird in der Lehre denn auch kritisiert, neuerdings insbesondere durch Caluori.[62] Das Bundesgericht setzte sich zwar mit der These von Caluori – wonach der Verursacherbegriff im Altlastenrecht auf Personen zu beschränken sei, die Massnahmen durch ihr Verhalten verursacht hätten und denen als Standortinhaber der massnahmenverursachende Tatbestand aufgrund der Verantwortung über ihre Sache zugerechnet werden könne[63] – auseinander, lehnte diese jedoch ab.

[Rz 135] Bezüglich der Rechtsnachfolge führte das Bundesgericht – unter anderem mit Hinweis auf Liniger/Conrad[64] – aus, dass die Kostenpflicht des Verhaltensstörers in Fällen von Vermögens- oder Geschäftsübernahmen immer mittels Universalsukzession auf den neuen Erwerber übergehe. Diese Aussage (und damit auch die Meinung von Liniger/Conrad) ist nicht ganz korrekt und muss, wie das Bundesgericht nachstehend selber klarmachte, dahingehend korrigiert werden, dass nur bei Vermögens- oder Geschäftsübernahmen mittels Universalsukzession, zu Lebzeiten der Betroffenen also mittels Spaltung oder Vermögensübertragung im Sinne des Fusionsgesetzes die Aktiven und Passiven einer Gesellschaft und damit die Kostenpflicht des Verhaltensstörers (mittels (partieller) Universalsukzession) auf den Erwerber übergehen. Nicht der Fall ist dies dagegen bei im Wege der Singularsukzession durchgeführten Vermögens- und Geschäftsübernahmen.

[Rz 136] Richtig ist, dass sich die Problematik der Rechtsnachfolge nur beim Verhaltensstörer stellt, nicht jedoch beim Zustandsstörer.

[Rz 137] Was die Kostentragungspflicht des Zustandsstörers anbelangt, hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis, wonach 10-30% der Kosten auf den schuldlosen Zustandsstörer entfallen, dahingehend geändert, dass der gegenwärtige Eigentümer eines Altlastengrundstücks grundsätzlich keine Kosten zu tragen hat, ausser es bestehen besondere Gründe, die eine Kostenbelastung rechtfertigen. Liegen keine solchen besonderen Gründe vor, erscheint bereits eine Kostenbeteiligung im Umfang von 10% weit ausserhalb des Vertretbaren. Was die besonderen Gründe anbelangt, wird sich die Praxis in Zukunft an den vom Bundesgericht beispielartig aufgezählten drei Fällen zu orientieren haben.[65] Die Praxisänderung des Bundesgerichts, mit welcher die starre Kostenzuteilungsregel gekippt wurde, wird zukünftig eine differenzierte und einzelfallbezogene Betrachtung erlauben, weshalb das Urteil im Ergebnis zu begrüssen ist.

[Rz 138] In Anbetracht des Umstandes, dass bei Spaltungen und Vermögensübertragungen im Sinne des Fusionsgesetzes Aktiven und Passiven einer Gesellschaft, wozu auch eine allfällige Kostenpflicht als Verhaltensstörer gehört, mittels (partieller) Universalsukzession auf den Käufer übergehen, ist Käufern zu empfehlen, im Kaufvertrag die Haftung für allfällige Forderungen, die sich aus altlastenrechtlichen Sanierungsmassnahmen ergeben könnten, zu regeln.

5. Grundstückkaufvertrag mit angefangener Baute

Urteil des Bundesgerichts 4A_702/2011 vom 20. August 2012 (MV)

[Rz 139] Die nachmalige Verkäuferin, die X. GmbH, erwarb am 23. Januar 2008 ein Grundstück und begann alsdann mit dem Bau eines Einfamilienhauses. Noch vor Abschluss der Bauarbeiten schloss sie mit dem Beschwerdegegner Y. einen nicht datierten «Vorvertrag zum Abschluss eines Kaufvertrages». Darin wurde die Kaufsache als ein sich im Bau befindliches, freistehendes Einfamilienhaus gemäss Baubeschrieb und Plänen beschrieben. Wenig später, nämlich am 2. Oktober 2008, als das Haus im Rohbau fertiggestellt war, schlossen die Parteien einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das Grundstück. Zu diesem Zeitpunkt unterliessen es die Parteien allerdings, den genannten Baubeschrieb und die genannten Pläne zu unterzeichnen.

[Rz 140] Zwar waren zu diesem Zeitpunkt die Bauarbeiten weitgehend vollendet, diverse Umgebungsarbeiten waren jedoch noch ausstehend. Zudem bestand ein Niveauunterschied zwischen Garten und Oberkante Erdgeschoss von ca. 50 cm. Der Käufer bezahlte CHF 600'000.– des Kaufpreises von CHF 650'000.– und hielt den Restbetrag von CHF 50'000.– mit der Begründung zurück, der besagte Niveauunterschied stelle einen Mangel dar und das Haus sei im Übrigen wegen Nichtfertigstellung des Gartens (welcher eine Fläche von gut 625 m² hatte) unvollendet.

[Rz 141] Am 8. Januar 2009 betrieb die Verkäuferin den Käufer auf Zahlung des Restbetrages. Dieser erhob Rechtsvorschlag, zahlte aber am 28. Januar 2009 trotzdem weitere CHF 20'000.–. Die Verkäuferin erhob am 13. Juli 2009 Klage auf Zahlung der restlichen CHF 30'000.–, währenddessen der Käufer die Abweisung der Klage beantragte und widerklageweise die Zahlung von CHF 15'000.– geltend machte.

[Rz 142] Das Richteramt Solothurn Lebern wies mit Urteil vom 15. Dezember 2010 die Klage des Verkäufers ab und hiess die Widerklage des Käufers gut. Dieses Urteil wurde vom Obergericht des Kantons Solothurn am 18. Oktober 2011 bestätigt. Daraufhin reichte die Verkäuferin am 21. November 2011 beim Bundesgericht eine Beschwerde in Zivilsachen gegen das zweitinstanzliche Urteil ein.

---

[62] Corina Caluori, Der Verursacherbegriff im Altlastenrecht – eine kritische Analyse, URP 2011, 551 ff.; s. auch Griffel (Fn. 61), 34.

[63] Caluori (Fn. 62), 564 ff.

[64] Hans U. Liniger/Curdin Conrad, Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen, Quid iuris?, in: Matthias Oertle/Mathias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 229 ff., insbes. 237 ff.

[65] Griffel (Fn. 61), 34 f.

[Rz 143] In Bestätigung der früheren Rechtsprechung qualifizierte das Bundesgericht den vorliegenden Grundstückkaufvertrag als gemischten Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen. Es führte aus, dass die Mängelhaftung für das gesamte Bauwerk dem Werkvertragsrecht unterliege. Dies gelte auch insoweit, als die Baute bei Vertragsschluss bereits bestanden hatte.[66] Das Bundesgericht wies darauf hin, dass das Werkvertragsrecht nicht regle, was zu tun sei, falls sich der Unternehmer weigere, die Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen. In diesem Fall sei auf Art. 102 ff. OR zurückzugreifen.[67] Namentlich käme gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Art. 107 Abs. 2 Halbsatz 2 Variante 1 OR zur Anwendung. Der Besteller habe danach das Recht, auf seinen Nachbesserungsanspruch zu verzichten und Schadenersatz in der Höhe des Gegenwerts der unentgeltlichen Leistung zu verlangen, die der Unternehmer zur Verbesserung des Werkes hätte erbringen müssen.[68] Der aus Nichterfüllung der Nachbesserung geschuldete Schadenersatz entspräche mindestens dem Wert der ausgebliebenen Leistung, welcher sich wiederum nach den Verbesserungskosten bemesse, die zur Beseitigung des Mangels voraussichtlich aufzuwenden wären oder vom Besteller tatsächlich aufgewendet wurden. Dabei seien Kosten in Abzug zu bringen, die bei einer Nachbesserung durch den Unternehmer auf den Besteller gefallen wären.

[Rz 144] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt sei. Eine Nachfristansetzung nach Art. 107 Abs. 2 OR habe sich nach Art. 108 Ziff. 1 OR erübrigt. Die Beschwerde wurde deshalb, soweit überhaupt darauf einzutreten war, abgewiesen.

Bemerkungen[69]

[Rz 145] Rechtlich können Grundstückverkäufe mit angefangener Baute verschiedentlich ausgestaltet werden. Entweder bestehen zwei Verträge, nämlich einerseits ein Kaufvertrag und andererseits ein Werkvertrag. Oder es liegt ein gemischter Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen vor. Oder es besteht ein Kaufvertrag über eine zukünftige Sache. Die Vertragsqualifikation hat jeweils anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu erfolgen. Von Bedeutung sind insbesondere der Einfluss des Käufers auf den Prozess der Erstellung der Baute, der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges im Erstellungsprozess und die Ausgestaltung der Vergütung[70].

[Rz 146] Vorliegend hat das Bundesgericht unter Berufung auf frühere Urteile[71] einen gemischten Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen angenommen. Näher begründet hat es diese Qualifikation allerdings nicht. Es bleibt deshalb nach wie vor etwas unklar, wann nach Auffassung des Bundesgerichts ein gemischter Vertrag und wann ein Kaufvertrag über eine zukünftige Sache vorliegt. Bei einem gemischten Vertrag kommt bei Mängeln an der Baute Werkvertragsrecht zur Anwendung, nach dem Bundesgericht auch bei Mängeln an Bauteilen, die bei Vertragsabschluss bereits erstellt waren.[72]

[Rz 147] Bei Verzug des Unternehmers mit der Nachbesserung kann der Besteller nach Art. 107 ff. OR vorgehen. Insbesondere kann er auf die Nachbesserung verzichten und Schadenersatz verlangen, welcher sich nach dem Bundesgericht i.d.R. nach den Verbesserungskosten bemisst, die zur Beseitigung des Mangels voraussichtlich aufzuwenden wären oder effektiv vom Besteller aufgewendet wurden.[73]

6. Grundstückkaufvertrag bedingt durch die Einholung und Erteilung einer Baubewilligung; Unmöglichkeit des Bedingungseintritts

Urteil des Bundesgerichts 4D_122/2010 vom 10. Januar 2011 (CB)

[Rz 148] Die Beschwerdeführer X. und Y. («Käufer») schlossen am 13. Juni 2008 mit dem Beschwerdegegner Z. («Verkäufer») einen bedingten Kaufvertrag («acte de vente conditionnelle») über ein Grundstück (Landparzelle) ab. Sie machten ihren Kaufentscheid davon abhängig, ob sie eine definitive und ausführbare Baubewilligung bekommen würden. Die Parteien vereinbarten, dass die Käufer zu diesem Zweck bis am 15. August 2008 ein Baugesuch einzureichen hatten, ansonsten die Bedingung wegfallen und der Vertrag definitiv würde. Der Kaufpreis betrug CHF 110'000.–, wobei CHF 11'000.– als Anzahlung auf das Konto des Notariatsverbandes zu leisten war und die restlichen CHF 99'000.– bei Erhalt der Baubewilligung zur Zahlung innert 30 Tagen fällig werden sollten.

[Rz 149] Im Hinblick auf die Erlangung der Baubewilligung wandten sich die Käufer an ein Bauunternehmen, welches jedoch dem Notar am 17. Juli 2008 mitteilte, dass der Kaufvertrag aufzulösen sei; aufgrund fehlender Zugangs- und

66 E. 5 unter Berufung auf BGE 118 II 142, E. 1a.

67 E. 6.2 unter Berufung auf BGE 136 III 273, E. 2.3.

68 E. 6.2 unter Berufung auf BGE 136 III 273, E. 2.4, und BGE 126 III 230, E. 7a/bb.

69 Dieser Entscheid wurde bereits von Lara Elliott/Markus Vischer, Grundstückkaufvertrag mit angefangener Baute, in: dRSK, publiziert am 18. Dezember 2012, besprochen.

70 Zum Ganzen Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2011 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 24. September 2012, Rz. 68 ff.

71 Urteil des Bundesgerichts 4C.79/2006 vom 22. Juni 2006, E. 1, Urteil des Bundesgerichts 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003, E. 2.1, und BGE 118 II 142, E. 1a.

72 Urteil des Bundesgerichts 4C.190/2003 vom 28. November 2003, E. 2.2 und 4.2, Urteil des Bundesgerichts 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003, E. 2.2, und BGE 118 II 142, E. 1a.

73 S. dazu Vischer (Fn. 12), 134 f.

Parkiermöglichkeiten für Fahrzeuge sei es sinnlos, das Baugesuch einzureichen.

[Rz 150] Mit Schreiben vom 31. Juli 2008 erklärte Architekt D., dass der Zufahrtsweg zur Parzelle ein Gefälle von 30 bis 34% aufweise und auch das Schneefallrisiko zu beachten sei, da sich das Haus auf einer Höhe von 950 Metern über Meer befinden würde. Er erinnerte dabei an die Normen des Verbands der Strassen- und Verkehrsfachleute betreffend Maximalgefälle. Die einzige Lösung sei eine andere Wegstrecke zu finden und mit den beschwerten Grundeigentümern eine neue Dienstbarkeit einzutragen.

[Rz 151] Am 28. August 2008 überreichte ein Unternehmen dem Käufer X. ein Dossier, welches dieser zwecks Analysierung des Bauprojektes an die Standortgemeinde weiterleitete. Diese antwortete, dass das Bauprojekt für das Chalet dem Anschein nach den Bauvorschriften entspreche, die vorgeschlagene Wegstreckenführung jedoch aufgrund des zu starken Gefälles wohl nicht würde bewilligt werden können. Man solle doch mit den angrenzenden Grundeigentümern eine Lösung finden.

[Rz 152] Am 15. September 2008 verlangte der Verkäufer von den Käufern die Zahlung des restlichen Kaufpreises. Am 26. Januar 2009 erklärten die Käufer den Rücktritt vom Vertrag und verlangten ihre Anzahlung zurück. Der Verkäufer wies dieses Begehren zurück und verlangte stattdessen von den Käufern unter solidarischer Haftung den Betrag von CHF 16'981.– nebst Zins. Des Weiteren verlangte er, dass zu diesem Zweck die Anzahlung zu seinen Gunsten freizugeben sei.

[Rz 153] Mit Urteil vom 28. September 2009 wies das Regionalgericht Waadt Ost die Klage des Verkäufers ab und schützte die Vertragsauflösung durch die Käufer. Das Gericht begründete dies damit, dass es den Käufern aufgrund des Gefälles und der fehlenden Zufahrt nicht möglich gewesen sei, eine Baubewilligung erhältlich zu machen.

[Rz 154] Das Obergericht des Kantons Waadt schützte hingegen die darauffolgende Beschwerde des Verkäufers und anerkannte dessen vorinstanzliches Rechtsbegehren. Das Gericht stellte fest, dass als Bedingung für die Vertragsauflösung explizit im Vertrag festgehalten worden sei, dass die Käufer bis zum 15. August 2008 ein Baugesuch hätten einreichen müssen und der Vertrag nur hinfällig geworden wäre, falls sie anschliessend keine Baubewilligung erhalten hätten. Die Argumentation des Verkäufers, dass es nicht unmöglich gewesen wäre, eine Baubewilligung zu erhalten, sei daher zutreffend. Die Meinungen, welche es für unmöglich hielten, einen Zufahrtsweg auf der bestehenden Wegrechtsstrecke zu bauen, seien unbeachtlich für die Frage der Erhältlichkeit einer Baubewilligung. Auch die Aussage der Standortgemeinde, welche jedoch erst nach dem 15. August 2008 erfolgt sei, äussere sich nicht dahingehend, als dass eine Baubewilligung nicht hätte erteilt werden können.

[Rz 155] Das Bundesgericht wies die von den Käufern erhobene Beschwerde ab. Es stellte fest, dass die Käufer ihrer vertraglichen Pflicht, das Baubewilligungsgesuch bis am 15. August 2008 einzureichen, nicht nachgekommen seien, was diese auch nicht bestreiten würden. Die Käufer hätten jedoch vorgebracht, dass sie das Baugesuch nicht eigereicht hatten, da sie davon ausgehen mussten, dass dieses von den Gemeindebehörden nicht bewilligt worden wäre. Sie würden geltend machen, dass die Argumentation des Obergerichts, es sei nicht unmöglich gewesen, eine Baubewilligung zu erhalten, grob falsch («grossièrement erronée»), d.h. willkürlich, sei (E. 2.2).

[Rz 156] Das Bundesgericht erwog, dass Art. 157 OR, wonach ein bedingter Anspruch nichtig ist, wenn eine Bedingung in der Absicht beigefügt wird, eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung oder Unterlassung zu befördern, auf den vorliegenden Fall der behaupteten rechtlichen Unmöglichkeit des Bedingungseintritts (Erteilung Baubewilligung) nicht anwendbar sei. Falls aufgrund der diversen öffentlichrechtlichen Vorschriften im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Erhältlichkeit einer Baubewilligung unmöglich gewesen wäre, wäre auch die entsprechende Bedingung anfänglich rechtlich unmöglich gewesen. Vorliegend sei erstellt, dass die Parteien den Vertrag ohne die fragliche Bedingung nicht geschlossen hätten. Im Falle einer rechtlichen Unmöglichkeit der Baubewilligung wäre daher der Vertrag nichtig i.S.v. Art. 20 OR. Es sei jedoch am Käufer, die juristische Unmöglichkeit zu beweisen (E. 2.3).

[Rz 157] Das Bundesgericht führte weiter aus, vorliegend entscheidend sei die Frage, ob die Baubewilligung nicht erteilt werden könnte, sofern kein Parkplatz in der Nähe des Grundstücks erhältlich gemacht werden könnte. Die Vorinstanz habe zudem zu Recht und nicht willkürlich festgestellt, dass keine Indizien vorlägen, wonach ein Parkplatz auf einem angrenzenden Grundstück nicht hätte realisiert werden können. Auch dass ein Parkplatz im Vergleich zu einer direkten Hauszufahrt für die Käufer umständlicher und weniger bequem wäre, führe nicht zur Unmöglichkeit der Bedingung, eine Baubewilligung erhältlich machen zu können. Auch die Normen des Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute über das Maximalgefälle einer Strasse seien deshalb vorliegend irrelevant (E. 2.4).

[Rz 158] Weiter brächten die Käufer vor, dass das Baureglement der Gemeinde in Art. 51 dem Grundeigentümer vorschreibe, mindestens einen Parkplatz auf seinem Grundstück zu bauen. Man hätte daher eine Ausnahmebewilligung zum Bau eines Parkplatzes auf einem anderen Grundstück beantragen müssen, welche man im vorliegenden Fall jedoch voraussichtlich nicht bekommen hätte. Das Bundesgericht entgegnete, mit diesem Vorbringen sei nicht gerügt worden, inwiefern die Vorinstanz Art. 51 willkürlich ausgelegt habe. Auch würde eine allfällige Bewilligung eines Parkplatzes ausserhalb des fraglichen Grundstückes aufgrund der Tatsache, dass die Topografie keine direkte Zufahrt zulasse,

nicht gegen Bundesrecht verstossen. Des Weiteren hätten Zeugen bestätigt, dass Grundeigentümer ohne direkte Zufahrt zu ihrem Grundstück die Möglichkeit hätten, Parkplätze auf öffentlichem Grund zu benutzen. Folglich sei das Obergericht willkürfrei zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführer nicht rechtsgenüglich dargelegt hätten, dass die Erfüllung der Bedingung unmöglich sei und der Vertrag somit nicht mehr bestehen würde (E. 2.5).

Bemerkungen

[Rz 159] Der Entscheid zeigt, dass ein Käufer, der Nichtigkeit eines Vertrags aufgrund eines unmöglichen Bedingungseintritts infolge fehlender Erhältlichkeit einer Baubewilligung geltend macht, umfassend darlegen und beweisen muss, dass eine Baubewilligung tatsächlich nicht erhältlich gewesen wäre. Vorliegend misslang den Käufern dieser Beweis. Dies dürfte zu einem wesentlichen Teil darauf zurückzuführen sein, dass sie es versäumten, ein Baubewilligungsgesuch einzureichen. Erschwerte Bedingungen, wie im vorliegenden Fall das Einholen einer Ausnahmebewilligung zum Bau eines Parkplatzes auf einem anderen Grundstück oder die Benützung eines öffentlichen Parkplatzes, gelten gemäss dem Bundesgericht richtigerweise nicht als anfängliche, objektive rechtliche Unmöglichkeit der Erhältlichkeit einer Baubewilligung.

7. Erschleichung einer Falschbeurkundung

Urteil des Bundesgerichts 6B_39/2012 vom 24. Mai 2012 (MV)

[Rz 160] Im Juli 2003 unterstützte X. seinen Schwager beim Kauf einer Immobilie. Der Verkäufer und der Käufer hatten sich zu diesem Zeitpunkt bereits über einen Kaufpreis von CHF 725'000.– geeinigt. X. vereinbarte mit den Parteien, dass für seine Verhandlungen, die er mit der Bank betreffend Hypotheken führte, auf den Verkaufspreis zusätzlich eine fiktive Mäklerprovision von CHF 25'000.– zu seinen Gunsten addiert werde. In der Folge beurkundete der Notar im Grundstückkaufvertrag einen Kaufpreis von CHF 750'000.– anstatt CHF 725'000.–. Die CHF 25'000.–, die X. als Mäklerprovision anschliessend ausbezahlt wurden, hat X. indirekt an seinen Schwager retrozediert, indem er in der entsprechenden Immobilie diverse Maurerarbeiten ausführte.

[Rz 161] Das erstinstanzliche Gericht sprach X. der Erschleichung einer falschen Beurkundung schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 3 Tagesansätzen à CHF 50.–. Die von X. erhobene Berufung wurde vom Appellationsgericht abgewiesen.

[Rz 162] Gegen diesen Entscheid gelangte X. mittels Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht.

[Rz 163] X. macht eine Verletzung von Art. 253 Abs. 1 StGB, der Erschleichung einer falschen Beurkundung, geltend. Gemäss Art. 253 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer durch Täuschung bewirkt, dass ein Beamter oder eine Person öffentlichen Glaubens eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet, namentlich eine falsche Unterschrift oder eine unrichtige Abschrift beglaubigt. Dies gilt etwa für die notarielle Beurkundung eines falschen Kaufpreises in einem Grundstückkaufvertrag.[74] Der Gesetzestext verlangt nicht, dass derjenige, der den Notar täuscht, Vertragspartei ist; der Tatbestand von Art. 253 Abs. 1 StGB kann von jedermann erfüllt werden.

[Rz 164] Die Vorinstanz stellte eine falsche Beurkundung des Kaufpreises fest. Der beurkundete Kaufpreis von CHF 750'000.– entspreche nicht dem wirklichen Kaufpreis von CHF 725'000.–. Weiter entschied die Vorinstanz, dass durch die absichtliche Weitergabe falscher und kaum überprüfbarer Angaben mit dem Ziel, diese beurkunden zu lassen, der Notar absichtlich getäuscht wurde und damit ein Fall von Art. 253 StGB vorliege.

[Rz 165] X. behauptet hingegen, der subjektive Tatbestand von Art. 253 Abs. 1 StGB sei nicht erfüllt, da er keine Täuschungsabsicht gehabt hätte. Zudem seien weder die Bank als Hypothekargläubigerin noch der Fiskus benachteiligt worden.

[Rz 166] Das Bundesgericht wies darauf hin, dass der Tatbestand der Erschleichung einer falschen Beurkundung gemäss Art. 253 Abs. 1 StGB in subjektiver Hinsicht eine Täuschungsabsicht verlange. Nicht erforderlich sei hingegen eine Absicht, sich selbst einen Vorteil zu beschaffen oder den Interessen eines anderen zu schaden. Das Bundesgericht schützte die Ausführungen der Vorinstanz, wonach X., indem er dem Notar die nur schwierig zu überprüfende fiktive Mäklerprovision verheimlichte und damit eine falsche Beurkundung des Kaufpreises erwirkte, den Notar getäuscht habe. Das Vorbringen von X., wonach weder die Bank noch der Fiskus geschädigt worden seien, erachtete das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Verletzung von Art. 253 Abs. 1 StGB als irrelevant.

[Rz 167] Auch die weiteren Argumente von X. wies das Bundesgericht ab, weshalb es die Beschwerde – soweit überhaupt darauf eingetreten – abwies.

Bemerkungen

[Rz 168] Wer durch Täuschung bewirkt, dass ein Notar einen falschen Kaufpreis in einem Grundstückkaufvertrag beurkundet, macht sich strafbar und zwar unabhängig davon, ob der Kaufpreis zu hoch oder zu tief beurkundet wurde.[75] Typischerweise wird nicht ein zu hoher, sondern ein zu tiefer Kaufpreis beurkundet, um Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern einzusparen. Das Bundesgericht betont zwar, dass eine Schädigungs- oder Vorteilsabsicht des Täuschenden nicht erforderlich ist, hat jedoch im Entscheid 101

[74] E. 1.1 unter Berufung auf BGE 117 IV 181, und BGE 84 IV 163, E. 1a.

[75] S. auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_371/2007 vom 5. Oktober 2007, E. 5.3.

IV 145, E. 2b eine solche verlangt. Meist ist die Frage, ob überhaupt eine Schädigungs- oder Vorteilsabsicht vorliegt, nicht von grosser praktischer Relevanz, da der subjektive Tatbestand von Art. 253 StGB Vorsatz und Täuschungsabsicht verlangt und mit der Täuschungsabsicht wohl meist auch eine Schädigungs- oder Vorteilsabsicht einhergeht.

8. Übergangsrechtliche Behandlung von altrechtlich begründeten, unbefristeten Kaufsrechten

Urteil des Bundesgerichts 4A_198/2012 vom 2. Oktober 2012 (MV)

[Rz 169] Im Jahre 1986 schloss C. (Beschwerdegegnerin) im Rahmen der Abwicklung des Nachlasses ihres verstorbenen Vaters einen Erbteilungsvertrag mit ihrer Stiefmutter E.Y., in welchem letzterer drei Liegenschaften zugewiesen wurden. Die damaligen Parteien vereinbarten gleichzeitig ein unübertragbares, vererbliches Kaufsrecht auf unbestimmte Zeit zu Gunsten von C.

[Rz 170] E.Y. schenkte ihren Neffen A. (Beschwerdeführer 1) und B.X. (Beschwerdeführer 2) die drei Grundstücke am 28. August 2009. C. wurde mit Schreiben vom 10. November 2009 über die erfolgten Schenkungen informiert und übte ihr Kaufsrecht in der Folge am 28. Mai 2010 schriftlich aus. Kurz darauf verstarb E.Y. am 7. Juni 2010 und hinterliess unter anderen ihre Neffen A. und B.X. als Erben.

[Rz 171] Am 15. Juni 2010 klagte C. beim Regionalgericht Bern-Mittelland gegen die Neffen A. und B.X. auf Übertragung der streitigen Liegenschaften in ihr Alleineigentum sowie auf die Ausrichtung aller bis anhin aus den Liegenschaften bezogenen Erträge. Das Regionalgericht Bern-Mittelland wies die Klage mit Entscheid vom 23. Februar 2011 ab. Gegen diesen Entscheid erhob C. Berufung beim Obergericht des Kantons Bern, welches das erstinstanzliche Urteil aufhob und die Klage insoweit guthiess, als mit ihr die Übertragung der Liegenschaften ins Alleineigentum von C. verlangt wurde. Schlussendlich gelangten die Neffen A. und B.X. mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

[Rz 172] Das Bundesgericht hielt fest, dass es bis zur Gesetzesrevision von 1991 unbestrittenermassen möglich war, Kaufsrechte im Sinne einer obligatorischen Verpflichtung grundsätzlich auf unbestimmte Zeit zu vereinbaren,[76] wobei jedoch Art. 27 ZGB zu beachten war.[77] Nach dem neuen Recht dürften Kaufsrechte gemäss Art. 216a OR – der seit dem 1. Januar 1994 in Kraft ist – höchstens für zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden. Der Gesetzgeber habe jedoch die Frage, ob diese Befristung auch für die früher auf längere Zeit oder ohne feste Frist vertraglich begründeten obligatorischen Pflichten gelte oder nicht, nicht ausdrücklich geregelt. Es hielt ferner fest, dass es die Frage bis dato nicht abschliessend zu entscheiden hatte.[78]

[Rz 173] Das Bundesgericht führte aus, dass wenn es der Gesetzgeber in einer privatrechtlichen Gesetzesrevision unterlassen habe, den zeitlichen Anwendungsbereich zu regeln, Art. 1 bis 4 SchlT ZGB massgebend seien. Ausgangspunkt bilde dabei die in Art. 1 SchlT ZGB enthaltene Grundregel der Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung. Eine Rückwirkung und ein Eingriff in rechtsgeschäftlich erworbene Rechte sei nach Art. 2 SchlT ZGB ausnahmsweise zulässig, wenn die Rechtsänderung um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen aufgestellt worden sei. Zudem rechtfertige sich der Schutz der bisherigen Rechtslage gemäss Art. 3 SchlT ZGB dann nicht, wenn die entsprechenden Rechtswirkungen nicht vom Willen der Parteien abhänge, sondern sich bei einem Dauerschuldverhältnis direkt aus dem Gesetz ergebe, und es um die Wirkungen nach Eintritt der Rechtsänderung gehe.

[Rz 174] In Bezug auf Art. 2 SchlT ZGB hielt das Bundesgericht fest, dass die rechtspolitischen Motive, welche zur Gesetzesrevision geführt haben, zu ermitteln seien. Diesbezüglich stellte das Bundesgericht fest, dass die Gesetzesrevision nicht um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen erfolgte. Der Gesetzgeber hatte mit der Revision hauptsächlich zum Ziel, dogmatische Fragen zu klären und Auseinandersetzungen in der Lehre zu beseitigen. Eine Rückwirkung könne sich folglich nicht auf Art. 2 SchlT ZGB stützen.[79]

[Rz 175] In Bezug auf Art. 3 SchlT ZGB führte das Bundesgericht aus, dass diese Bestimmung nicht definiere, wann ein Rechtsverhältnis vorliege, dessen Inhalt durch das Gesetz umschrieben werde. Aus dem Gesetzestext ergebe sich vorab, dass es auf die Umschreibung des Inhalts und nicht des Bestands ankomme. Entscheidender Inhalt eines Kaufsrechts sei, dass die Ausübung der Option in einem späteren Zeitpunkt erfolge als deren Einräumung, weshalb die Gültigkeitsdauer bzw. die Bedingungen für die Ausübung des Rechts entscheidender Inhalt des Rechts seien. Die Befristung betreffe aber in erster Linie den Bestand des Rechts. Die dogmatische Unterscheidung zwischen Inhalt und Bestand helfe deshalb kaum weiter. Entscheidend sei vielmehr, dass die Dauer des Rechts bei einem Kaufsrecht einer der wesentlichsten Fragen sei, welche die wirtschaftliche Bedeutung des Kaufsrechts präge und welche die Parteien bei der Begründung zu klären hätten. Die Dauer eines Kaufsrechts hänge somit vom Willen der Parteien ab, weshalb sich eine Rückwirkung auch nicht auf Art. 3 SchlT ZGB stützen könne.[80]

[76] E. 3.1 unter Berufung auf BGE 126 III 421, E. 3a/a, BGE 121 III 210, E. 2, und BGE 102 II 243, E. 3.

[77] E. 3.1 unter Berufung auf BGE 126 III 421, E. 3c/dd.

[78] E. 3.2 unter Berufung auf BGE 126 III 421: Frage offengelassen, Fristenlauf so oder so erst ab 1. Januar 1994, und BGE 121 III 210: Frage ausdrücklich offengelassen.

[79] E. 3.4 unter Berufung auf BGE 126 III 421.

[80] E. 3.4 unter Berufung auf BGE 133 III 105, E. 2.3.4.

[Rz 176] Daraus folgerte das Bundesgericht, dass die in Art. 216a OR enthaltene Befristung der obligatorischen Wirkung des Kaufsrechts auf zehn Jahre auf altrechtliche begründete Kaufsrechte aufgrund der vorgenommenen Interessenabwägung und eines wertenden Entscheids keine Anwendung findet.

[Rz 177] Das Bundesgericht musste sich zudem mit der Frage befassen, ob Art. 216e OR, der eine dreimonatige Frist für die Ausübung eines Vorkaufsrechts vorsieht, analog auf Kaufsrechte anwendbar ist. Das Bundesgericht verneinte eine generelle analoge Anwendung von Art. 216e OR auf Kaufsrechte mit der Begründung, dass Vorkaufsrechte und Kaufsrechte sich ihrer Natur nach grundsätzlich unterscheiden. Vorkaufsrechte würden dem Berechtigten erlauben, den Kaufgegenstand zu erwerben, wenn ein bestimmtes Ereignis eintritt. Die Natur des Kaufsrechts bestehe demgegenüber darin, dass der Berechtigte nach seinem freien Willen während der Laufzeit der Option sein Recht ausüben könne. Kaufsrechte würden folglich den wesentlichen Teil ihrer wirtschaftlichen Funktion verlieren, wenn das Gesetz eine feste Laufzeit vorsehen würde. Die Parteien könnten sodann auch eine vertragliche Ausübungsfrist vereinbaren, wenn sie das Kaufsrecht an den Eintritt einer Bedingung knüpfen. Die Parteien hätten in casu keine Ausübungsfrist vereinbart, weshalb die Beschwerdegegnerin in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass sie für die Ausübung des Kaufsrechts nicht an eine bestimmte Frist gebunden sei.

[Rz 178] Folglich wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

Bemerkungen[81]

[Rz 179] Dem Bundesgericht ist darin zuzustimmen, dass Art. 2 SchlT ZGB im konkreten Fall nicht zum Zuge kommt. Allerdings sind bei der insgesamt gemäss Art. 1 bis 4 SchlT ZGB erforderlichen Interessenabwägung (welche das Bundesgericht zwar anspricht, aber zu wenig konsequent durchführt) nicht nur die rechtspolitischen Motive, welche zur Gesetzesrevision geführt haben, zu berücksichtigen, sondern alle öffentlichen Interessen an einer Rückwirkung, welche alsdann den entgegenstehenden Interessen der Rechtsunterworfenen, v.a. deren Vertrauensinteressen (welche das Bundesgericht anspricht), aber auch die gleichgerichteten öffentlichen Interessen (z.B. der allgemeinen Rechtsicherheit, welche das Bundesgericht auch anspricht) gegenüberzustellen.[82] Das bedingt einen wertenden Entscheid, wie das Bundesgericht zu Recht festhält.

[Rz 180] Dem Bundesgericht ist auch darin zuzustimmen, dass Art. 3 SchlT ZGB im konkreten Fall nicht für eine Rückwirkung spricht. Allerdings verheddert sich das Bundesgericht wie schon öfters in der Vergangenheit in der traditionellen Auslegung dieser Bestimmung, welche zwischen Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses zu unterscheiden sucht. Immerhin merkt dies das Bundesgericht, wenn es ausführt, dass eine Unterscheidung zwischen Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses mindestens im konkreten Fall nichts bringe. Denn es ist in der Tat so, dass sich logisch zwischen Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses nicht unterscheiden lässt, nachdem ein Rechtsverhältnis nur mit einem bestimmten Inhalt begründet werden kann, es also keinen Bestand ohne Inhalt und keinen Inhalt ohne Bestand eines Rechtsverhältnisses gibt.[83] Entsprechend ist, entgegen den traditionellen Bemühungen um eine mechanistische Auslegung von Art. 3 SchlT ZGB,[84] auch Art. 3 SchlT ZGB wertend auszulegen und ihm zu entnehmen, was ihm im Ergebnis auch das Bundesgericht entnimmt, nämlich dass rechtsgeschäftliche Rechtspositionen, d.h. rechtsgeschäftlich (mit einem bestimmten Inhalt) begründete Rechte vorbehältlich Art. 2 SchlT ZGB zu schützen sind und dass deshalb auf solche Positionen wie eben z.B. (mindestens implizit mit einer bestimmten Ausübungsfrist begründete) Kaufsrechte im Regelfall das neue Recht nicht anzuwenden ist, nachdem die Nichtrückwirkung die Regel und die Rückwirkung die Ausnahme ist.[85]

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. Er ist Leiter des Ressorts Nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.

---

* * *

---

[81] Dieser Entscheid wurde bereits von Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Übergangsrechtliche Behandlung von altrechtlichen begründeten, unbefristeten Kaufsrechten, in: dRSK, publiziert am 13. November 2012, besprochen.

[82] Zur geforderten Interessenabwägung z.B. BSK ZGB II-Vischer, Art. 2 SchlT ZGB N 3 ff.

[83] Z.B. BSK ZGB II-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N 11; s. aber immerhin auch BSK ZGB II-Vischer, Art. 2 SchlT ZGB N 6.

[84] Z.B. BSK ZGB II-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N 14 mit der Ablehnung einer solchen mechanistischen Auslegung von Art. 1-4 SchlT ZGB.

[85] Z.B. BSK ZGB II-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N 12 ff. mit Hinweis auch auf die Marginalie von Art. 1 SchlT ZGB «Regel der Nichtrückwirkung».