www.jusletter.ch

Christoph Brunner / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2013 – «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 2013 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert.

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Kaufrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2013 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 24. November 2014

Inhaltsübersicht

I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)
1. Aufhebung des Vertrags nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG; wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG
2. Ist ein Teilverzicht auf den Einwand der verspäteten Rüge der Vertragswidrigkeit möglich? Ein Entscheid zu Art. 39 CISG
3. Stillschweigender Ausschluss der Gewährleistung
II. Gewährleistungsrecht — Unternehmenskauf
1. Abgrenzung Gewährleistung und selbständige Garantie
2. Versprechen eines bestimmten Unternehmenswerts
3. Zeitpunkt des «Entdeckens» eines Mangels
III. Gewährleistungsrecht — Grundstückkauf
1. Freizeichnungsklausel: Verantwortlichkeit des Verkäufers bei Flächenangaben
2. Freizeichnungsklausel: Verantwortlichkeit des Verkäufers bei Angaben zur Erschliessung
3. Freizeichnungsklausel: Selbstverantwortung des Käufers
4. Willensmängel beim Vorvertrag
IV. Gewährleistung — Fahrnis (Minderung statt Wandelung)
V. Diverses
1. Vortäuschen eines Kommissionsverhältnisses bei Selbsteintritt
2. Grundstückkauf — Formerfordernis und ungerechtfertigte Bereicherung

I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)

1. Aufhebung des Vertrags nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG; wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG

Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 **vom 23. September 2013 (kommentiert von CB)**

[Rz 1] Eine in der Schweiz ansässige Stahlhändlerin (Verkäuferin; Klägerin; Beschwerdeführerin) schloss mit einer italienischen Herstellerin von Stahl sowie Stahlhalberzeugnissen (Käuferin; Beklagte; Beschwerdegegnerin) zwei Kaufverträge ab. Der erste Kaufvertag sah den Verkauf von rund 5'000 Metrische Tonnen («MT») Walzdraht mit einem Durchmesser von 6,5 mm («Walzdraht 6,5 mm») zu einem Preis von USD 1'050.— pro MT vor, wohingegen der zweite Kaufvertrag den Verkauf von rund 2'000 MT Walzdraht mit einem Durchmesser von 8 mm («Walzdraht 8 mm») zu USD 1'050.— pro MT vorsah.

[Rz 2] Die Zugfestigkeit des Walzdrahtes hatte nach der Spezifikation in beiden Kaufverträgen mindestens 400 Megapascal («MPA») zu sein.

[Rz 3] Zwei Wochen nach der Verschiffung des Drahtes und nachdem die Verkäuferin von der chinesischen Herstellerin das Walzwerkzertifikat erhalten hatte, teilte sie der Käuferin mit, dass 12 von 101 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 von 93 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufweisen würden. Daraufhin tauschten die Parteien E-Mails aus und es kam zu einer Vertragsänderung. Unbestritten war, dass zumindest für 592.851 MT Walzdraht 6.5 mm eine Preisreduktion von USD 30.— pro MT vereinbart wurde. Im Übrigen blieb die Vertragsänderung umstritten. In der Folge veranlasste die Käuferin die Änderung des Dokumentenakkreditivs hinsichtlich der genannten Preisreduktion; zudem verlängerte sie die Gültigkeitsdauer des Akkreditivs bis zum 10. August 2008.

[Rz 4] Der Walzdraht wurde am 22. August 2008 in Italien entladen. Am 3. September 2008

verlangte die Käuferin, Proben vom Walzdraht 8 mm nehmen zu dürfen. Der in der Folge im Auftrag der Käuferin erstellte Prüfungsbericht E. vom 8. September 2008 zeigte auf, dass die Zugfestigkeit des Walzdrahtes 8 mm bei rund 47% der Proben unter 400 MPA lag. Die Käuferin informierte sodann die Verkäuferin am 15. September 2008, dass sie den Walzdraht wegen Qualitätsmängeln nicht annehme und bezahle. Am 19. September 2008 fand zwischen den Parteien ein Treffen statt. Anlässlich dieses Treffens wies die Käuferin eine von der Verkäuferin angebotene Kaufpreisreduktion von USD 1'400'000.00 zurück. Die Käuferin teilte der Verkäuferin mit, dass sie den Walzdraht wegen Qualitätsmängeln nicht annehme.

[Rz 5] Daraufhin gab auch die Verkäuferin Ende September 2008 eine Untersuchung des gesamten Walzdrahtes in Auftrag. Der Prüfungsbericht vom 27. Oktober 2008 ergab, dass die Zugfestigkeit bei rund 83% der Proben des Walzdrahts 6.5 mm und 8 mm unter 400 MPA lag.

[Rz 6] Die Käuferin hob die Kaufverträge spätestens am 13. Januar 2009 auf und die Verkäuferin begann spätestens danach mit den angedrohten Deckungsverkäufen.

[Rz 7] Mit Eingabe vom 9. Februar 2010 reichte die Verkäuferin Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein. Sie beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr wegen unberechtigter Annahmeverweigerung des Walzdrahtes Schadenersatz von USD 4'956'630.32 zuzüglich Zins zu bezahlen. Der Schaden setze sich zusammen aus der Differenz zwischen den von der Beklagten geschuldeten Kaufpreisen und den in den Deckungsverkäufen erzielten Kaufpreisen, zuzüglich Lagerungskosten und Versicherungskosten.

[Rz 8] Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil vom 3. April 2010 ab. In Anwendung des CISG kam es zum Schluss, die Verkäuferin sei auch nach der zustande gekommenen Vertragsänderung verpflichtet gewesen, mit Ausnahme von 592.82 MT des Walzdrahtes 6.5 mm, Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern. Ebenso sei sie verpflichtet gewesen, den Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit von über 400 MPA zu liefern. Die Verkäuferin habe den Prüfungsbericht vom 27. Oktober 2008 akzeptiert, wonach rund 80% des Walzdrahtes eine Zugfestigkeit unter 400 MPA aufgewiesen habe. Da die Klägerin somit mehr als die akzeptierten 592.851 MT des Walzdrahts 6.5 mm mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA geliefert habe, liege eine Vertragsverletzung vor. Sodann qualifizierte das Handelsgericht die fehlende Zugfestigkeit von mindestens 400 MPA als wesentlich im Sinne von Art. 25 CISG und erachtete die von der Käuferin spätestens am 13. Januar 2009 erklärte Aufhebung der Kaufverträge als rechtzeitig im Sinne von Art. 49 Abs. 2 lit. b CISG. Entsprechend sei die Aufhebung der Verträge berechtigterweise erfolgt und es liege keine Pflichtverletzung der Käuferin vor, welche die Verkäuferin zu Schadenersatz berechtigen würde.

[Rz 9] Die von der Klägerin erhobene Beschwerde in Zivilsachen hiess das Bundesgericht gut und wies die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

[Rz 10] Die Verkäuferin stellte die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung und damit das Recht der Käuferin zur Vertragsaufhebung in Abrede. Zudem war sie der Auffassung, dass selbst wenn die absolute Wesentlichkeit bejaht würde, die Vertragsaufhebung nicht rechtzeitig erfolgt sei und rügte somit eine Verletzung von Art. 8, 25 und 49 CISG.

[Rz 11] Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG kann ein Käufer die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer gemäss Vertrag oder CISG obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Wesentlich ist eine Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen.

[Rz 12] Das Bundesgericht erwog zunächst, der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG sei restriktiv auszulegen, d.h. bei Zweifeln sei davon auszugehen, dass eine solche nicht vorliegt, zumal das CISG vom Vorrang der Vertragserhaltung ausgehe. Der Entscheid bedürfe einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls (E. 3.1.1.).

[Rz 13] Die Beeinträchtigung eines wesentlichen Gläubigerinteresses hänge nicht vom entstandenen Schaden ab (E. 3.1.2). Vielmehr sei es in erster Linie Sache der Parteien, im Vertrag die Bedeutung der Pflichten zu bestimmen. Fehlen nähere Festlegungen der Parteien, komme es auf den Vertragszweck an und wieweit dieser aus objektiver Sicht beeinträchtigt ist (E. 3.1.3).

[Rz 14] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass in der Regel nur Warenmängel von erheblichem Gewicht die Voraussetzungen von Art. 25 CISG erfüllen. Dies sei nach der Rechtsprechung insbesondere dann der Fall, wenn der Mangel dazu führt, dass die Ware praktisch unbrauchbar oder unverkäuflich oder ihr Weiterverkauf jedenfalls nicht zumutbar ist (E. 3.1.3). Dabei spiele es eine Rolle, ob der Käufer Händler oder Produzent bzw. Endabnehmer für die Ware ist. Es sei namentlich davon auszugehen, dass die Verwendbarkeit bzw. Veräusserbarkeit minderwertiger Ware für einen Produzenten oder Endabnehmer, der nicht mit den bezogenen Komponenten oder Materialien handelt, in der Regel zu verneinen sei und ein Warenmangel von erheblichem Gewicht vorliege (E. 3.1.3).

[Rz 15] Bezüglich des Zeitpunkts der Kenntnis oder der Erkennbarkeit des Gewichts der Vertragsinteressen sei auf denjenigen des Vertragsschlusses abzustellen (E. 3.1.4).

[Rz 16] Das Bundesgericht wandte für die Beurteilung, ob ein Vertragspunkt in diesem Zeitpunkt wesentlich ist, die Auslegungsregeln von Art. 8 CISG an. Dabei sei auf den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen. Wenn eine wirkliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, habe eine Auslegung nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips zu erfolgen. Die Erklärungen der Parteien seien normativ so auszulegen, «wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen von einer vernünftigen Person in gleicher Stellung wie die andere Partei verstanden worden wäre.» (E.3.2.2).

[Rz 17] Das Bundesgericht kam sodann — entgegen der Auffassung der Vorinstanz — zum Schluss, die Parteien hätten der Mindestzugfestigkeit von 400 MPA der Ware keine wesentliche Bedeutung zugemessen: laut Bundesgericht gab die Käuferin mit der Vertragsänderung, nach der für 592.851 MT Walzdraht 6,5 mm eine Mindestzugsfestigkeit von 400 MPA nicht geschuldet war, zu verstehen, dass sie bereit sei, eine darüber hinausgehende Quote mangelhafter Ware zu dem geringeren Preis zu akzeptieren. Somit habe sich bei Abschluss der Vertragsänderung aus der Position der Verkäuferin objektiv nicht erkennen lassen, dass für die Käuferin die Einhaltung der Zugfestigkeit von 400 MPA von absoluter Wichtigkeit war. Die Verkäuferin habe nicht ableiten müssen, die Käuferin habe für Ware von geringerer Zugfestigkeit keine Verwendung. Die Tatsache, dass die beiden Verträge ursprünglich eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA vorsahen und dass die Zugfestigkeit von 400 MPA ins Dokumentakkreditiv aufgenommen wurde, vermöge die «Wesentlichkeit» der Eigenschaft dieser Mindestzugfestigkeit für die Parteien nicht zu begründen.

[Rz 18] Es sei somit auch für eine vernünftige Person nicht erkennbar gewesen, dass die Einhaltung der Zugfestigkeit für die Käuferin wesentlich sei (E. 3.5). Aus diesem Grund erwog das Bundesgericht, eine «subjektive (absolute) Wesentlichkeit» sei zu verneinen (E. 4), das Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (E. 5).

Bemerkung

[Rz 19] Der Entscheid vermag nicht zu überzeugen. Zu kritisieren sind aber nicht die im Entscheid enthaltenen abstrakten rechtlichen Erwägungen, sondern deren Anwendung auf den Sachverhalt.

[Rz 20] Vorliegend war offenbar unbestritten, dass die Verkäuferin den Prüfungsbericht akzeptierte, wonach schliesslich rund 80% des Walzdrahtes 6,5 mm und 8 mm eine Zugfestigkeit unter 400 MPA aufgewiesen hat. Eine unbefangene objektive Vertragsauslegung des Erfordernisses einer Mindestzugfestigkeit bei Draht legt nahe, dass es sich dabei nach dem Parteiwillen um ein wesentliches bzw. zentrales Qualitätsmerkmal handelt.

[Rz 21] Das Bundesgericht stellte an sich zutreffend fest, dass eine parteiautonome Bestimmung der Parteien der Wesentlichkeit vorrangige Bedeutung hat (vgl. E. 3.1.2). Die genaue Festlegung der Mindestzugfestigkeit hätte aber eher für das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung gesprochen. So wurde etwa eine entsprechende vertragliche Abrede über die Wesentlichkeit in der Festlegung der genauen Stärke zu liefernder Aluminiumrollen gesehen[1].

[Rz 22] Weiter dürfte auch der Umstand, dass die Zugfestigkeit von 400 MPA ins Dokumentenakkreditiv aufgenommen worden ist und damit die Pflicht der Bank zur Bezahlung der Akkreditivsumme von dieser Eigenschaft des Walzdrahtes abhing, entgegen dem Bundesgericht (E. 3.4.2) eher ein Indiz darstellen, das für die Wesentlichkeit dieses Qualitätsmerkmals spricht.

[Rz 23] Anlässlich der Vertragsänderung erklärte die Käuferin, abgesehen von den rund 593 MT Walzdraht 6,5 mm, hinsichtlich derer die Parteien sich auf eine Preisminderung einigten, sei eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA vertraglich geschuldet. Der Umstand, dass die Käuferin gleichzeitig zu verstehen gab, dass sie bereit sei, eine darüber hinausgehende Quote mangelhafter Ware zu dem geringeren Preis zu akzeptieren, wurde vom Bundesgericht dahingehend gedeutet, die Käuferin habe damit zum Ausdruck gebracht, die Einhaltung einer Zugfestigkeit von 400 MPA sei nicht von absoluter Wesentlichkeit («absolut» meint ohne Rücksicht auf einen bestimmten Verwendungszweck) (E. 3.4.1).

[Rz 24] Diese Folgerung ist problematisch. Im Kontext betrachtet ist zu berücksichtigen, dass die Verkäuferin der Käuferin im Vorfeld der Vertragsänderung mitteilte, 12 von 101 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 von 93 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm würden eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufweisen. Dies entspricht einer Mangelhaftigkeit von 23 %. Demgegenüber ergab sich aus der schliesslich festgestellten Mangelhaftigkeit von rund 80 % des Walzdrahtes ein ganz anderes Bild. Bei einer derart massiven zusätzlichen Vertragswidrigkeit kann auch unter Berücksichtigung der erwähnten Äusserung der Käuferin kaum angenommen werden, sie sei einverstanden gewesen, auf den Einwand der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung *unabhängig vom Ausmass* der Vertragswidrigkeit zu verzichten. Eine solche Abweichung liegt wohl ausserhalb dessen, womit die Käuferin im Zeitpunkt der Vertragsänderung vernünftigerweise rechnen musste.

[Rz 25] Zudem hatte die Käuferin im Zeitpunkt der Vertragsänderung erklärt, dass sie den mangelhaften Walzdraht nicht für alle vorgesehenen Verwendungen brauchen könne (vgl. E. 3.3, 3.4.2). Dies deutet darauf hin, dass die Käuferin nur einen Teil des mangelhaften Drahtes selbst

[1] Arbitration award of the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 30. Oktober 1991, CISG-online 842, zit. bei Ulrich Schroeter, in Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), 6. Aufl., München 2013, Art. 25 N 45: Abweichung der Eigenschaften der gelieferten Aluminiumrollen (0,0118 inches) von vertraglicher Vereinbarung (0,0125 inches) als wesentliche Vertragsverletzung gewertet.

verwenden konnte. Der Umstand, dass die Käuferin aufgrund der vereinbarten Vertragsänderung bereit war, die kleine Menge von rund 593 MT des Walzdrahtes 6,5 mm mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA zu akzeptieren, also lediglich rund 8% des Gesamtgewichts, deutet auch darauf hin, dass nach dem Vertrauensgrundsatz *nicht* angenommen werden kann, die Käuferin habe mit der Vertragsänderung auf die Geltendmachung der Wesentlichkeit der Vertragswidrigkeit bei einer 80%-igen Mangelhaftigkeit verzichtet (auch insoweit anders das Bundesgericht in E. 3.4.1).

[Rz 26] Wie erwähnt bestätigte das Bundesgericht den (zutreffenden) Grundsatz, dass Warenmängel von erheblichem Gewicht im Sinne des Art. 25 CISG in der Regel nur dann vorliegen, wenn sie mit zumutbarem Aufwand in angemessener Frist nicht behoben werden können, so dass die Ware praktisch unbrauchbar oder unverkäuflich oder ihr Weiterverkauf durch den Käufer jedenfalls nicht zumutbar ist. Dabei sei die Verwendbarkeit bzw. Veräusserbarkeit minderwertiger Ware für einen Produzenten oder Endabnehmer, der nicht mit den bezogenen Komponenten oder Materialien handelt, in der Regel zu verneinen (E. 3.1.3). Ferner führte das Bundesgericht aus, das Ausmass eines möglichen Gläubigerschadens könne bei der Frage, welche Bedeutung die Parteien der Erfüllung einer Pflicht zugemessen haben, eine erhebliche Rolle spielen (E. 3.1.2).

[Rz 27] In Anwendung dieser Grundsätze hätte man wohl ebenfalls zum Ergebnis gelangen sollen, dass es für die Käuferin, eine Herstellerin von Stahl sowie Halberzeugnissen aus Stahl für das Bauwesen, infolge der Unverwendbarkeit des grössten Teils der Ware ein Weiterverkauf nicht zumutbar gewesen wäre.

[Rz 28] Der dem Entscheid zu Grunde liegende Sachverhalt enthält auch keinen Anhaltspunkt, dass die italienische Käuferin den gekauften Draht zu einem besseren Preis hätte weiterverkaufen können als die schweizerische Verkäuferin (selber eine Händlerin von Stahl). Der von der Verkäuferin geforderte Schadenersatz, der sich im Wesentlichen aus der Differenz zwischen den Kaufpreisen und den in den Deckungsverkäufen erzielten Kaufpreisen ergab, betrug USD 4.9 Mio. Der gesamte Kaufpreis für den Draht betrug unter Berücksichtigung der nachträglich vereinbarten Preisminderung für rund 593 MT Draht rund USD 7.3 Mio.; der Wertverlust betrug also über 67%. Ein Gläubigerschaden in diesem Ausmass muss aber in der Regel wohl als starkes Indiz einer wesentlichen Vertragsverletzung gelten.

[Rz 29] Im Ergebnis bedeutet das bundesgerichtliche Urteil, dass — ohne ersichtliche Stütze im Sachverhalt — angenommen wird, die italienische Käuferin hätte die mangelhafte Ware trotzdem gänzlich selber verwenden können. Soweit aber für die Käuferin die mangelhafte Ware nicht verwendbar war, hätte sie selber eine Verwertung suchen müssen, obschon dies für die schweizerische Verkäuferin als Stahlhändlerin wohl einfacher bzw. eher zumutbar war (eine Rücklieferung nach China stand ohnehin nicht zur Diskussion).

[Rz 30] Schliesslich erschiene es ohnehin als unbillig, der Käuferin das Risiko eines zwischenzeitlich erfolgten marktbedingten Preiszerfalls der mangelbehafteten Ware zu überbinden. Offenbar war der Stahlpreis zwischen Vertragsschluss und Erfüllung gesunken (vgl. E. B.), was wohl ein Hauptgrund der vorliegenden Streitigkeit war. Würde man das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung verneinen, könnte die Käuferin allenfalls vorbringen, der durch die Verkäuferin erzielte Weiterverkaufspreis (Deckungsverkauf) entspreche dem objektiven Wert der gelieferten mangelhaften Ware (Minderung[2]), so dass der Schadenersatzanspruch der Verkäuferin im Ergebnis auch so weitestgehend entfiele.

[2] Vgl. Christoph Brunner, UN-Kaufrecht — CISG, Bern 2004, Art. 50 N 9 f.

2. Ist ein Teilverzicht auf den Einwand der verspäteten Rüge der Vertragswidrigkeit möglich? Ein Entscheid zu Art. 39 CISG

Urteil des Bundesgerichts 4A_617/2012 **vom 26. März 2013 (kommentiert von CB)**

[Rz 31] Die Verkäuferin (Handelsgesellschaft mbH, Beschwerdegegnerin) mit Sitz in Deutschland und die Käuferin (X. Produkte AG, Beschwerdeführerin) mit Sitz in der Schweiz schlossen im Mai 2009 mehrere Verträge über den Verkauf und die Lieferung von Bio Suisse-zertifizierten Fruchtsäften und -ölen ab. Die Ware wurde anschliessend geliefert, war jedoch im Zeitpunkt der Lieferung nicht Bio Suisse-zertifiziert, da die Kontrollbescheinigungen, welche Voraussetzung für die Genehmigung von Bio Suisse sind, fehlten. Die Käuferin lagerte die Ware ein und rügte erst einige Monate später das Fehlen der Kontrollbescheinigungen. Die Verkäuferin räumte in einer E-Mail vom 7. August 2009 ein teilweises Eigenverschulden ein und reichte die Dokumente nach. Im Oktober 2009 forderte die Verkäuferin die Käuferin auf, die ausstehenden Rechnungen für die gelieferte Ware nun zu bezahlen. Die Käuferin antwortete, dass sie die Rechnungen begleichen werde, sobald die Kontrollbescheinigungen von Bio Suisse genehmigt worden seien. Im März 2010 erklärte die Käuferin, dass sie die Rechnungen nicht bestreite, sie diese jedoch erst nach dem Erhalt von weiteren Spezifikationen bezahlen werde. Nachdem die Käuferin im April 2010 auch diese Spezifikationen erhalten hatte, machte sie u.a. das Fehlen von Nährwertangaben geltend.

[Rz 32] Im Oktober 2010 reichte die Verkäuferin beim Handelsgericht St. Gallen eine Klage auf Bezahlung des Kaufpreises von EUR 37'632.00 nebst Zins ein. Die Käuferin beantragte Abweisung der Klage und erklärte Verrechnung mit einer behaupteten Schadenersatzforderung (Lagerkosten), welche ihr aufgrund der verspäteten Lieferung der Kontrollbescheinigungen zustehe. Die Verkäuferin replizierte, dass die Käuferin die Rüge der Vertragswidrigkeit erst lange nach der Lieferung erhoben habe und die Ware daher als genehmigt gelte. Die Käuferin erwiderte, dass das Verhalten der Verkäuferin rechtsmissbräuchlich sei, da sie sich erst in der Replik auf die verspätete Rüge der Vertragswidrigkeit berufe. Die Klage der Verkäuferin wurde vom Handelsgericht St. Gallen vollumfänglich gutgeheissen. In der Folge gelangte die Käuferin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und verlangte u.a. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids bzw. eventualiter die Rückweisung zwecks Neubeurteilung an die Vorinstanz.

[Rz 33] Die Anwendbarkeit des CISG war nicht bestritten. Auch die Feststellung der Vorinstanz, dass die verspätete Lieferung der Kontrollbescheinigungen eine Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 35 Abs. 1 CISG darstellte, die Verkäuferin aber nicht verpflichtet gewesen sei, weitere Dokumente zur Warenspezifikation zu liefern und die Kaufpreisforderung demzufolge nach Nachreichen der Kontrollbescheinigungen fällig geworden sei, wurde von der Käuferin nicht bestritten. Die Vorinstanz war jedoch auch zum Schluss gekommen, dass die Schadenersatzforderung der Käuferin aufgrund der verspäteten Rüge der Vertragswidrigkeit verwirkt sei und die Tatsache, dass die Verkäuferin sich bereit erklärt habe, die fehlenden Kontrollbescheinigungen nachzureichen, nicht zugleich bedeuten würde, dass sie in Bezug auf allfällige Schadenersatzansprüche auf den Verspätungseinwand verzichtet habe.

[Rz 34] Die Käuferin rügte, dass die Vorinstanz willkürlich angenommen habe, die Verkäuferin habe lediglich unter dem Vorbehalt, dass die Käuferin nach Erhalt der Bio-Zertifikate den Kaufpreis begleichen und keine weiteren Ansprüche geltend machen werde, auf den sofortigen Einwand der verspäteten Rüge der Vertragswidrigkeit verzichtet.

[Rz 35] Das Bundesgericht führt dazu aus, die Verkäuferin habe den Verspätungseinwand erst erhoben, als die Käuferin in ihrer Klageantwort die Verrechnung mit der Schadenersatzforderung

geltend machte. Es sei dabei der Vorinstanz zuzustimmen, wenn diese den Verspätungseinwand für berechtigt halte, da die Käuferin den Nachweis der rechtzeitigen Rüge der Vertragswidrigkeit nicht habe erbringen können. Damit fehlte es an einer Voraussetzung der Schadenersatzforderung, da die Käuferin bei verspäteter Rüge der Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 39 Abs. 1 CISG jegliche Rechtsbehelfe nach Art. 45 ff. CISG, insbesondere auch das Recht auf Schadenersatz nach Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG, verliere. Die Vorinstanz prüfte jedoch zugunsten der Käuferin, ob aus dem Verhalten der Verkäuferin allenfalls auf einen Verzicht des Verspätungseinwands geschlossen werden könne. Nachdem die Verkäuferin den Verspätungseinwand vorgebracht habe, habe die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen dürfen, dass die Verkäuferin einen umfassenden Verzicht bestreite. Die Käuferin habe ihrerseits den angeblichen Verzicht der Verkäuferin weder substantiieren, noch habe sie eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz aufzeigen können.

[Rz 36] Die Käuferin rügte des Weiteren eine Verletzung von Art. 39 CISG. Sie hält es für unzulässig, dass die Vorinstanz nur einen Teilverzicht auf den Einwand der verspäteten Rüge der Vertragswidrigkeit angenommen habe. Der Verzicht auf die Verspätungseinrede sei unteilbar und umfasse zwingend sämtliche Ansprüche bzw. Mängelrechte, so auch eine Schadenersatzforderung. Die Vorinstanz verletze den Vertrauensgrundsatz nach Art. 8 Abs. 2 CISG, wenn sie von einem Verzicht unter Vorbehalt ausgehe. Das Bundesgericht wies indessen diese Rüge ebenfalls ab.

Bemerkung[3]

[Rz 37] Das Bundesgericht stellt in diesem Entscheid zu Art. 39 CISG klar, dass nicht in jedem Fall ein konkludenter Gesamtverzicht des Verkäufers auf den Verspätungseinwand bei Rügen der Vertragswidrigkeit angenommen werden kann, falls dieser Nachbesserung anbietet und durchführt.

[Rz 38] Das Bundesgericht führt dabei zu Recht aus, dass Art. 39 Abs. 1 CISG dispositives Recht sei und eine Verkäuferin daher auf den Einwand der verspäteten Rüge der Vertragswidrigkeit explizit oder konkludent verzichten könne. Ein solcher Verzicht könne angenommen werden, falls eine Verkäuferin vorbehaltlos die Vertragswidrigkeit anerkenne, die Ware zurücknehme, sich zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung bereit erkläre bzw. sich vorbehaltslos auf eine sachliche Prüfung einlasse. In der blossen Aufnahme von Verhandlungen über die gerügten Mängel oder in der Zusage einer Nachbesserung bei gleichzeitigem Verlangen vollständiger Zahlung sowie auch bei erstmaliger Geltendmachung des Verspätungseinwands vor Gericht sei hingegen noch kein Verzicht zu sehen[4].

[Rz 39] Das Bundesgericht führt weiter aus, die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass sich die Verkäuferin und die Käuferin einig gewesen seien, dass die Kaufpreisforderungen vorbehaltlos bezahlt würden, sobald die Zertifikate vorlägen. Die Vorinstanz habe dabei eben gerade nicht das Vertrauensprinzip nach Art. 8 Abs. 2 CISG angewendet, sondern sich auf die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Verkäuferin und der Käuferin gestützt. Die Verkäuferin habe zwar

---

3 Dieser Entscheid wurde bereits von Christoph Brunner/Niklaus Hutzli, Kaufvertrag — Ist ein Teilverzicht auf den Einwand der verspäteten Rüge der Vertragswidrigkeit möglich?, in: dRSK, publiziert am 4. September 2013, besprochen.

4 E. 3.2.1, mit Hinweis auf Schwenzer,in Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG), 2010, Art. 39 N 33; Brunner, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, 2004, Art. 39 N 20.

ein Teilverschulden zugegeben, sich jedoch um die Behebung der Vertragswidrigkeit bemüht und die Bezahlung des Kaufpreises gefordert. Die Käuferin ihrerseits habe vor Einreichung der Klageantwort nie eine Schadenersatzforderung gegenüber der Verkäuferin vorgebracht. Deshalb sei die Beweiswürdigung der Vorinstanz vertretbar, wenn sie davon ausgehe, dass jedenfalls im Bezug auf die streitgegenständliche und bis zur Klageantwort nie thematisierte Schadenersatzforderung kein Verzicht auf den Verspätungseinwand erkennbar sei (E. 3.2.2).

[Rz 40] Den Ausführungen des Bundesgerichts ist zuzustimmen. Der Rechtsicherheit im internationalen Handel wäre es abträglich, wenn angenommen würde, ein Verkäufer, der trotz verspäteter Mängelrüge des Käufers vollständige Nachbesserung anbietet und leistet, damit zugleich und ohne weiteres auch auf den Einwand der verspäteten Rüge hinsichtlich einer bisher nicht thematisierten Schadenersatzforderung verzichten würde. Art. 39 CISG hat vorab die Förderung der Rechtssicherheit zum Zweck. Ein konkludenter Gesamtverzicht auf den Verspätungseinwand darf daher nur angenommen werden, wenn dem Verkäufer im Zeitpunkt des fraglichen konkludenten Verzichts alle Forderungen des Käufers bekannt waren und die Umstände es rechtfertigen.

3. Stillschweigender Ausschluss der Gewährleistung

Urteil des Bundesgerichts 4A_741/2012 **vom 26. März 2013 (kommentiert von CB)**

[Rz 41] Die B. GmbH (Beschwerdeführerin; Verkäuferin) schloss mit der A. AG einen Kaufvertrag über einen Occasion-Schaufelbagger der Marke Liebherr ab. Für die nahezu neue Maschine wurde ein Kaufpreis von CHF 90'000 vereinbart. Zuvor war der Bagger durch Kies im Hydraulikkreislauf beschädigt worden; Liebherr hatte jedoch bereits die entsprechenden Reparaturen vorgenommen. Die B. GmbH wurde über diesen Vorfall informiert und kaufte die Baumaschine laut Rechnung «en l'état, sans garantie».

[Rz 42] Später verkaufte die B. GmbH den Occasion-Bagger zu einem Preis von EUR 85'000 an die C. (Beschwerdegegnerin; Käuferin). Kurz darauf veräusserte C. die Maschine an die D. GmbH für EUR 119'000. Jedoch fiel die Maschine bereits eine Stunde nach Inbetriebnahme aufgrund einer erheblichen Störung im Hydraulikkreislauf aus. Daraufhin wurden von Liebherr am Bagger Reparaturen in Höhe von EUR 34'727 vorgenommen. C. übernahm zunächst diese Kosten für D. und versuchte eine Rückerstattung der Kosten von der B. GmbH zu erhalten.

[Rz 43] In der Folge liess C. der B. GmbH einen Zahlungsbefehl über CHF 70'000 inkl. 5% Zins zukommen und reichte anschliessend Klage auf Zahlung von EUR 34'727 inkl. 5% Zins beim erstinstanzlichen Gericht ein. Die Klage wurde gutgeheissen. Auf Berufung der C. verurteilte das Kantonsgericht Waadt die B. GmbH zur Bezahlung von EUR 24'805 inkl. 5% Zins. Daraufhin gelangte die B. GmbH mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[Rz 44] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[Rz 45] Die B. GmbH machte geltend, die Parteien hätten stillschweigend einen Ausschluss der Gewährleistung vereinbart. Da laut der Beschwerdeführerin der Marktpreis eines neuwertigen Occasion-Baggers zwischen EUR 135'600—221'000 liege und der vorliegend gezahlte Kaufpreis lediglich EUR 85'000 betrug, habe die Käuferin davon ausgehen müssen, dass es sich um einen geschädigten Bagger handelte, wofür die Gewährleistung vertraglich ausgeschlossen gewesen sei.

[Rz 46] Das Bundesgericht erwog, dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande gekommen sei, auf den das CISG anwendbar sei. Gemäss Art. 6 CISG könne die Gewährleistung ausgeschlossen werden; jedoch liege hier kein ausdrücklicher Ausschluss vor. Die Argumentation der

Beschwerdeführerin bezüglich des stillschweigenden Ausschlusses der Gewährleistung sei nicht überzeugend.

[Rz 47] Nur ein sehr grosser und erkennbarer Preisnachlass könne einen stillschweigenden Ausschluss der Gewährleistung vermuten lassen, vorausgesetzt der objektive Wert der Ware sei für die Parteien leicht erkennbar. Schon die ungenaue Angabe zum Marktpreis eines Occasion-Baggers (EUR 135'600—221'000) deute darauf hin, dass vorliegend diese Erkennbarkeit durch die Parteien nicht gegeben gewesen sei. Ein Gewährleistungsausschluss liesse sich auch nicht aus anderen Umständen vermuten (E. 4).

[Rz 48] Eventualiter machte die B. GmbH geltend, die Gewährleistung sei aufgrund eines generellen und im Gebrauchtmaschinenhandel üblichen Handelsbrauchs gemäss Art. 9 Abs. 2 CISG ausgeschlossen worden. Die Käuferin (C.) hatte während dem Verfahren anerkannt, dass Occasion-Baumaschinen nach eigener Erfahrung in der Regel ohne Garantie verkauft würden, wobei aber der Verkäufer angeben müsse, wenn die Maschine einen Unfall erlitten hat oder einen von ihm bekannten Mangel aufweist.

[Rz 49] Vorliegend hatte aber die B. GmbH die C. nicht über die von ihr bekannte Beschädigung informiert. Die Klausel «en l'État, sans garantie» konnte sich daher ohnehin nicht auf Mängel beziehen, deren Ursache in einem Umstand lag, den die B. GmbH hätte offen legen sollen. Zudem begründe der Umstand, dass diese Klausel im Vertrag zwischen A. AG und B. GmbH enthalten war, kein hinreichender Nachweis eines internationalen Handelsbrauchs im Sinne von Art. 9 Abs. 2 CISG (E. 5).

Bemerkung

[Rz 50] In Gewährleistungsausschlussklauseln oder Freizeichnungsklauseln wird die Haftung für Mängelgewährleistung oder Nichterfüllung entweder gänzlich ausgeschlossen oder in einer bestimmten Weise beschränkt. Unter dem CISG können derartige Klauseln, welche das Konventionsrecht abändern, unter Vorbehalt der dem nationalem Recht unterstehenden Inhaltskontrolle wirksam vereinbart werden (Art. 6). Besonders im Rahmen von AGB, aber auch bei Individualvereinbarungen, richtet sich die Einbeziehungs- und Auslegungskontrolle von derartigen Klauseln jedoch nach dem CISG. Dies wird vom vorliegenden Entscheid bestätigt.

[Rz 51] Überzeugend ist auch die Erwägung des Bundesgerichts, wonach ein stillschweigender Ausschluss der Gewährleistung bei Occasionsware grundsätzlich nur bei Vorliegen eines sehr grossen, für die Parteien ohne weiteres erkennbaren Preisnachlasses vermutet werden kann, wobei der objektive Wert der Ware ebenfalls leicht erkennbar sein muss. Sodann kann ein Preisnachlass nur ein Indiz hinsichtlich eines Gewährleistungsausschlusses sein, das durch weitere Umstände des Vertragsschlusses belegt sein sollte. Diese Rechtsprechung ist grundsätzlich zu begrüssen, sollte sich doch ein Gewährleistungsausschluss, der eine erhebliche Abweichung vom dispositiven Recht darstellt, jeweils mit hinreichender Klarheit aus dem Vertrag bzw. dem Verhalten der Parteien ergeben.

II. Gewährleistungsrecht — Unternehmenskauf

1. Abgrenzung Gewährleistung und selbständige Garantie

Urteil des Bundesgerichts 4A_220/2013 **vom 30. September 2013 (kommentiert von MV)**

[Rz 52] D. schloss mit der Käuferin Z. Holding AG (bzw. heute infolge Fusion X. AG) einen Akti-

enkaufvertrag über sämtliche Aktien der X. AG ab. Am Vollzugsdatum wurden Zug um Zug vom gesamten Kaufpreis von CHF 10'950'000 rund CHF 9'450'000 überwiesen und alle Aktien auf die Z. Holding AG indossiert.

[Rz 53] Gemäss Ziff. 4 (xvi) des Aktienkaufvertrages der Parteien «garantiert und sichert der Verkäufer der Käuferin bei Unterzeichnung des Vertrages sowie per Vollzugstag zu», dass «die AG zum Zeitpunkt des Vollzugs des Kaufvertrages über einen Bestellvorrat von mindestens CHF 24'000'000 verfügt, welcher in der Periode bis 18 Monate nach der Unterzeichnung dieses Vertrages ertragswirksam wird».

[Rz 54] Innert eines Jahres nach dem Vollzugsdatum sah sich die Käuferin durch das Verhalten des Verkäufers getäuscht und stellte eine Forderungsklage gegen den Verkäufer im Umfang von CHF 8'000'000. Verkäufer D. focht vor Bundesgericht einzig die unter dem Titel «Zusicherung/Garantie» zugesprochene Teilforderung von CHF 1'717'028 an.

[Rz 55] Das Bundesgericht befand, dass ein Versprechen des Verkäufers betreffend den Kaufgegenstand verschiedene Bedeutungen haben könne. Es könne insbesondere eine Zusicherung i.S. von Art. 197 des Obligationenrechts (OR) darstellen, bei der bestimmte tatsächliche oder rechtliche Eigenschaften des Kaufgegenstands garantiert würden. Diese müssten grundsätzlich im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorhanden sein. Würden diese Eigenschaften auf Zeit zugesichert, so werde von Haltbarkeits- oder Zuverlässigkeitsgarantien gesprochen. Solche Haltbarkeits- oder Zuverlässigkeitsgarantien würden auch als unselbständige Garantien bezeichnet. Demgegenüber liege eine selbständige Garantie nach Art. 111 OR vor, wenn der Verkäufer einen künftigen Erfolg verspricht, der über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Kaufgegenstands hinausgehe, weil er wesentlich noch von anderen künftigen Faktoren abhänge (E. 4.3.1).

[Rz 56] Der Wortlaut der streitgegenständlichen Vertragsklausel spreche laut Bundesgericht klar für eine selbständige Garantie nach Art. 111 OR (E. 4.4.3). Die Bestimmung müsse so verstanden werden, dass der Verkäufer sowohl einen Bestellvorrat von CHF 24'000'000 zusicherte als auch eine Garantie abgegeben habe, der Bestellvorrat werde innerhalb von 18 Monaten nach Vertragsabschluss ertragswirksam. Der Nebensatz mit der Formulierung «ertragswirksam wird» sichere laut Bundesgericht nicht eine bestimmte Eigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu, sondern etwas Künftiges. Einer solchen Auslegung der Vertragsklausel könne nicht entgegenstehen, dass den Interessen des Verkäufers nicht genügend Rechnung getragen werde. Ebenfalls unerheblich sei, dass die Parteien in Ziff. 5 des Aktienkaufvertrages eine Rechtsfolgeordnung unter dem Titel «Folgen von Verletzungen von Garantien und Gewährleistungen durch den Verkäufer» vereinbart hätten. In dieser Klausel modifizierten die Parteien die gesetzlichen Rechtsfolgen bei Mängeln des Kaufgegenstands und passten die gesetzlichen Gewährleistungsregeln an. Mit dem Vorbringen des Verkäufers übereinstimmend vereinbarten die Parteien insbesondere keine Kausalhaftung für künftige Erträge. Das Bundesgericht anerkannte, dass die abschliessende Regelung der Rechtsfolgen und die Modifikation der gesetzlichen Gewährleistungsregeln zwar für das Vorliegen einer Zusicherung in der strittigen Klausel spreche, der Konnex zwischen den beiden Klauseln jedoch nicht zwingend gegeben sei. Allein aufgrund der systematischen Auslegung könne daher nicht vom Wortlaut der strittigen Klausel abgewichen werden (E. 4.4.5).

Bemerkung[5]

[5] Dieser Entscheid wurde bereits von Fabian Glässer/Markus Vischer, Unternehmenskaufvertrag — Garantie, Zusicherung oder verwandtes Versprechen?, in: dRSK, publiziert am 27. Juni 2014, besprochen.

[Rz 57] Bei der Qualifikation der zur Frage stehenden Vertragsklausel knüpft das Bundesgericht wesentlich daran an, ob der Gegenstand der vertraglichen Zusicherung eine Eigenschaft des Kaufgegenstands oder aber ein davon unterscheidbarer künftiger Erfolg ist. Die Formulierung «[...] ertragswirksam wird» (und nicht etwa «geeignet ist, sich in den 18 Monaten [...] auszuwirken») sichere im vorliegenden Fall nicht eine bestimmte Eigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu. Vielmehr werde etwas Künftiges umschrieben, weshalb das Bundesgericht die betreffende Klausel als selbständige Garantie nach Art. 111 OR qualifizierte[6]. Dieser Schluss deckt sich mit der Lehre, führt diese doch den hier zur Frage stehenden Fall, nämlich das Versprechen eines bestimmten Umsatzes oder Ertrages, als Beispiel für eine selbständige Garantie nach Art. 111 OR auf[7]. Allerdings hätte man auch umgekehrt argumentieren und den Erfolg «Ertragswirksamkeit des Bestellvorrats» lediglich als Manifestation der garantierten bzw. zugesicherten Eigenschaft «Bestellvorrat von mindestens CHF 24'000'000 im Zeitpunkt des Vollzugs» und damit als der Eigenschaft untergeordnet bzw. von der Eigenschaft abhängig betrachten können, in welchem Fall eine Gewährleistung oder eine sogenannte Beschaffenheitsgarantie vorgelegen hätte[8]. Eine Beschaffenheitsgarantie ist eine selbständige Garantie nach Art. 111 OR, mit welcher wie bei einer Gewährleistung eine Eigenschaft des Kaufgegenstands in einem bestimmten Zeitpunkt garantiert wird[9].

[Rz 58] Sichern Versprechen keine Eigenschaften des Kaufgegenstands in einem bestimmten Zeitpunkt, sondern einen künftigen Erfolg unabhängig von den Eigenschaften des Kaufgegenstands, handelt es sich um «Nichtbeschaffenheitsgarantien», welche wie die Beschaffenheitsgarantien selbständige Garantien nach Art. 111 OR sind[10]. Was die Risikoverteilung angeht, sichert die selbständige Garantie den Promissar dabei gegen ein irgendwie geartetes Risiko ab. Dies bedeutet, dass es keine Rolle spielt, ob der Nichteintritt des Risikos vom Willen des Promittenten, vom Willen des Promissars, vom Willen eines Dritten oder vom Zufall abhängt[11].

[Rz 59] Das Bundesgericht teilt diese Auffassung nicht. Die selbständige Garantie stehe nur für Ereignisse zur Verfügung, die nicht vom Willen des Versprechers abhängen. In den Worten des Bundesgerichts sei für die Qualifikation einer selbständigen Garantie nach Art. 111 OR massgeblich, dass der Verkäufer einen künftigen Erfolg verspricht, der über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Kaufgegenstands hinausgeht, weil er wesentlich noch von anderen künftigen Faktoren abhängt, die — wie z.B. Konjunkturentwicklungen — von den Sacheigenschaften unabhängig sind und ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Verkäufers liegen[12].

[Rz 60] Sachgewährleistungen (Art. 197 ff. OR) sichern, wie bereits erwähnt, wie Beschaffenheitsgarantien Eigenschaften des Kaufgegenstands. Da es sich beim Sachgewährleistungsrecht grundsätzlich um dispositives Recht handelt[13], ist entgegen dem Bundesgericht im vorliegenden Ent-

---

6 E. 4.4.3.

7 So z.B. BSK OR I-Honsell, Art. 197 N 17; PeterGauch/Walter Schluep et. al, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz 3930.

8 Glässer/Vischer(Fn 5), Rz 9.

9 Glässer/Vischer(Fn 5), Rz 4; Markus Vischer, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 328.

10 Glässer/Vischer(Fn 5), Rz 4 f.; Vischer (Fn 9), 330.

11 Glässer/Vischer(Fn 5), Rz 2; Vischer (Fn 9), 326; SPR VII/2-Scyboz, 328; a.M. BK-Weber,Art. 111 OR N 132.

12 E. 4.3.1., m.H. auf BGE 122 III 426E. 4 und E. 5c sowie auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.260/2001vom 4. Januar 2002, E. 3a.

13 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_321/2012vom 14. Januar 2013, E. 4.2; BSK OR I-Honsell, vor Art. 197—210 N 4,

scheid[14] nicht zwingend, dass diese Eigenschaften im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden sind[15]. Sachgewährleistungen können daher Eigenschaften eines bestimmten Kaufgegenstands auf bestimmte Dauer bzw. für einen bestimmten Zeitpunkt vor oder nach dem Gefahrenübergang sichern. Das führt zur Annäherung bzw. zur beinahe gänzlichen Substituierbarkeit der Institute der Garantie und der Gewährleistung im Kaufvertrag.

[Rz 61] Allerdings bleiben gewichtige Unterschiede im Bereich des Verjährungsrechts, weshalb zu empfehlen bleibt, in Kaufverträgen und insbesondere in Unternehmenskaufverträgen mit Gewährleistungen zu arbeiten[16]. In diesem Fall sollte der Unternehmenskaufvertrag eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers bei Gewährleistungsverletzungen statuieren, was bei professionell redigierten Verträgen auch standardmässig gemacht wird[17]. Denn ansonsten ergeben sich bei der Geltendmachung von Mangelfolgeschäden (Art. 208 Abs. 3 OR) und bzw. generell von Schadenersatz (Art. 97 OR) Probleme, da dies Fälle einer Verschuldenshaftung sind[18].

2. Versprechen eines bestimmten Unternehmenswerts

Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2012 **vom 9. April 2013 (kommentiert von MV)**

[Rz 62] A. (Aktionär sowie Mitglied des Verwaltungsrates der Y. AG) und die X. AG schlossen am 24. Juni 2008 einen Kaufvertrag ab. Darin verpflichtete sich A., der X. AG 3'150 Namenaktien der Y. AG zum Preis von CHF 4'369'000 zu verkaufen. Der Kaufvertrag enthielt neben einer Bestimmung betreffend Sachgewährleistung (Ziff. III.2.d) auch eine den Kaufpreis nachträglich unter gewissen Voraussetzungen reduzierende Klausel (Ziff. I.4), welche wie folgt lautete: «Wenn unter Berücksichtigung der Abschreibungen [...] und den Sanierungsmassnahmen [...] im Jahr 2008 das Eigenkapital per 31. Dezember 2008 nicht mindestens CHF 0,8 Mio. betragen sollte, so hat der Verkäufer der Käuferin im Sinne einer Kaufpreisreduktion die Hälfte der Differenz zwischen dem per 31. Dezember 2008 ausgewiesenen Eigenkapital und CHF 0,8 Mio. [...] zu leisten». Am gleichen Tag schlossen A., die X. AG und die Y. AG einen Aktionärsbindungsvertrag (ABV), welcher ein Kaufrecht zugunsten der X. AG vorsah.

[Rz 63] Im September 2008 beabsichtigte A., seine restlichen 950 Namenaktien der X. AG an eine Drittpartei zu verkaufen, worüber er die X. AG informierte und ihr in der Folge das Aktienpaket gemäss ABV zum Kauf anbot. B. und C. von der X. Holding AG teilten dem A. am 5. Dezember 2008 schriftlich mit, dass die X. AG, wie zuvor am Telefon besprochen, beabsichtige, das Kaufrecht an den von ihm gehaltenen Aktien auszuüben. Am 2. Februar 2009 wurde A. mit einem Schreiben darauf hingewiesen, dass gemäss provisorischem Buchhaltungsabschluss der Y. AG für das Jahr 2008 ein Verlust von CHF 8'484'995.05 und ein negatives Eigenkapital von CHF 3'544'944.78 resultiere, womit seiner Meinung nach eine Kaufpreisreduktion gemäss der verein-

Art. 199 N 1.

14 E. 4.3.1.

15 Glässer/Vischer(Fn 5), Rz 10; Vischer (Fn 9), 328; Mirjam Meyer, Rechtsrisiken und Rechtsrisikomanagement bei M&A-Transaktionen unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2013, 150; BGE 122 III 426, E. 5c; BGE 88 II 410, E. 3a.

16 Vischer (Fn 9), 328 ff., m.w.H.

17 Vischer (Fn 9), 330; Markus Vischer, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht, SJZ 2009, 138; Wolfgang Zürcher, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg), Mergers & Acquisitions IX, Zürich 2007, 163.

18 Glässer/Vischer(Fn 5), Rz 10.

barten Reduktionsklausel im Betrag von CHF 2'172'472.39 fällig werde. Am 21. Juli 2009 klagte A. gegen die X. AG auf Bezahlung von CHF 2'822'857.15 nebst Zins, wobei er seine Forderung auf die Ausübung des im ABV enthaltenen Kaufrechts stützte. Er machte geltend, die von der X. AG geforderte Kaufpreisreduktion sei auf veränderte Rechnungslegungsgrundsätze der Y. AG zurückzuführen.

[Rz 64] Das Bundesgericht qualifizierte die Kaufpreisreduktionsklausel als selbständige Garantie, als Wertgarantie, nicht als Gewährleistung. Ein Verkäufer, der einen bestimmten Unternehmenswert verspreche, gehe eine eigenständige Verpflichtung im Sinne einer Garantie ein. Zusicherungen im Rahmen der Sachgewährleistung würden sich dagegen auf konkrete Eigenschaften des Kaufgegenstands im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beziehen (E. 6.4).

[Rz 65] Das Bundesgericht erwog, die Wertgarantie halte nur fest, dass das Eigenkapital mindestens CHF 0,8 Mio. betragen müsse. Hinweise auf einzuhaltende Rechnungslegungsstandards seien nicht ersichtlich. In casu ergäbe sich aus der Vertragspräambel, dass erhebliche Sanierungsmassnahmen getroffen werden mussten. Das Eigenkapital von CHF 0,8 Mio., welches im Vertrag garantiert wird, sei in der Präambel als Zielgrösse dargestellt, die es nach den verschiedenen Sanierungsschritten zu erreichen galt. Dies zeige eine rückwärtsgerichtete Sichtweise ausgehend von den bisherigen Zahlen. Folglich durfte A. nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Abschluss der X. AG nach den bis anhin von ihr angewandten unternehmerischen Grundsätzen zu erfolgen habe und eine Eigenkapitalgarantie nach bisheriger Rechnungslegung gemeint war (E. 5.5.3).

[Rz 66] Des Weiteren war strittig, ob der X. AG gemäss Ziff. III.2.d des Kaufvertrags gleichzeitig ein Minderungsanspruch aus Gewährleistung für vollständige und ausreichende Rückstellungen und der geltend gemachte Preisreduktionsanspruch aus der Wertgarantie zustehe. Im Hinblick auf die streitgegenständliche Rückstellung sei laut Bundesgericht davon auszugehen, dass diese nicht zweimal berücksichtigt werden dürfe. Im Ergebnis schulde der Kläger CHF 186'000 aus Gewährleistung, da die zugesicherte Rückstellung bei Vertragsabschluss nicht bestünde. Die Beschwerde des Klägers wurde entsprechend vom Bundesgericht teilweise gutgeheissen.

Bemerkung[19]

[Rz 67] Das Versprechen eines bestimmten Werts des verkauften Unternehmens im Unternehmenskaufvertrag ist relativ häufig. Meist erfolgt dieses Versprechen wie im vorliegenden Fall in der Form des Versprechens eines bestimmten Eigenkapitals zu einem bestimmten Zeitpunkt[20].

[Rz 68] Entgegen dem Bundesgericht kann der Wert eines Unternehmens sehr wohl eine zusicherungsfähige Gewährleistung i.S. von Art. 197 OR sein. Denn es ist von einem weiten Begriff der zusicherungsfähigen Eigenschaft i.S. von Art. 197 OR auszugehen[21], auch weil es sich beim Sachgewährleistungsrecht grundsätzlich um dispositives Recht handelt[22].

[Rz 69] Kann der Wert eines Unternehmens Gegenstand einer Gewährleistung sein, kann er auch Gegenstand einer Beschaffenheitsgarantie[23] sein, haben doch Gewährleistungen und Beschaf-

[19] Dieser Entscheid wurde bereits von Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Preisanpassungsklauseln und Gewährleistungsansprüche im Kaufvertrag, in: dRSK, publiziert am 7. August 2013, besprochen.

[20] Mark C. Hilgard, Berechnung des Schadens bei Verletzung einer Eigenkapitalgarantie beim Unternehmenskauf, BBl 2013 937.

[21] Schwarzenberger/Vischer(Fn 19), Rz 10; Vischer (Fn 8), 328; s. auch Meyer(Fn 14), 149, und BGE 88 II 410.

[22] S. Rz 60.

[23] Zum Begriff der Beschaffenheitsgarantie s. Rz 57.

fungsgarantien einen (weitgehend) deckungsgleichen Anwendungsbereich, sind also (beinahe) vollständig substituierbar[24].

[Rz 70] Entgegen dem Bundesgericht ist damit das Versprechen eines bestimmten Werts des verkauften Unternehmens im Unternehmenskaufvertrag nicht zwingend eine Nichtbeschaffenheitsgarantie[25], ja nicht einmal zwingend eine selbständige Garantie nach Art. 111 OR[26].

[Rz 71] Was bei einem solchen Versprechen im konkreten Einzelfall genau vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln[27].

[Rz 72] Zuzustimmen ist dem Bundesgericht dagegen, dass Positionen, welche gestützt auf ein Wertversprechen bereits zu einer Preisreduktion führten, i.d.R. nicht auch noch als Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden. Das ergibt sich in der Regel schon daraus, dass bei der Berücksichtigung einer Tatsache im Rahmen einer Preisanpassungsklausel kein Schaden mehr vorliegt, der unter dem im Rahmen des Gewährleistungsregimes meist gewählten einzigen Rechtsbehelf des Schadenersatzes[28] noch berücksichtigt werden könnte[29].

[Rz 73] Letztlich ergibt aber die Auslegung die Antwort auf diese Frage, ebenso wie die Auslegung die Frage auf das Verhältnis von Gewährleistungen und Garantien und Preisanpassungsklauseln gibt[30].

3. Zeitpunkt des «Entdeckens» eines Mangels

Urteil des Bundesgerichts 4A_321/2012 **vom 14. Januar 2013 (kommentiert von MV)**

[Rz 74] Am 3. März 2006 schloss A.D. mit F. einen bis zum 30. April 2007 befristeten Kaufrechtsvertrag ab, in welchem F. das Recht eingeräumt wurde, alle 200 Namenaktien der X.A. AG, die ihrerseits alleinige Gesellschafterin der X.B. GmbH ist, sowie 75% des Stammkapitals der X.C. GmbH zu kaufen. Nach Durchführung einer Due-Diligence-Prüfung entschloss sich F., das Kaufrecht auszuüben, wobei er den Kaufgegenstand in der Folge nicht persönlich, sondern über die zu diesem Zweck gegründete X. Holding AG zum Preis von CHF 4'375'000 erwarb. Nach Zahlung des Kaufpreises amtete F. fortan als einziges Verwaltungsratsmitglied der X.A. AG.

[Rz 75] Mit Schreiben vom 7. und 29. April 2008 an A.D. machte die X. Holding AG daraufhin geltend, dass im Zuge der Erstellung der Jahresabschlüsse 2007 der X.A. AG, der X.C. GmbH sowie der X.B. GmbH verschiedene «Mängel» entdeckt worden seien, welche die Zeit vor dem 31. Dezember 2006 beträfen und demnach unter die im Kaufvertrag vereinbarten «Vertragsgarantien» fallen würden. In Folge klagte die X. Holding AG gegen A.D. auf die Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 349'989.05 nebst Zins.

[Rz 76] Gemäss Bundesgericht sind auf den (i.c. unbestrittenermassen) vorliegenden Unterneh-

---

24 Vischer (Fn 9), 328; s. bereits Rz 60.

25 Zum Begriff der Nichtbeschaffenheitsgarantie s. Rz 58.

26 S. bereits Rz 60.

27 Schwarzenberger/Vischer(Fn 19), Rz 12.

28 Z.B. Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 130; Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009, N 742.

29 Schwarzenberger/Vischer(Fn 19), Rz 14; s. auch Meyer(Fn 15), 226.

30 Schwarzenberger/Vischer(Fn 19), Rz 15; a.M. Peter Honegger/Daniele Müller, Kaufpreisanpassung oder Gewährleistung?, in: Rudolf Tschäni (Hrsg), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, 41 ff., welche bezüglich Anwendung rein formallogische Argumente heranziehen.

menskaufvertrag nach ständiger Rechtsprechung die Gesetzesbestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR) anwendbar. Beim Share Deal (Erwerb von Aktien oder Anteilen), wie dieser vorliegend zur Diskussion stehe, beziehe sich die gesetzliche Gewährleistung nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern bloss auf den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien hafte der Verkäufer aufgrund von Art. 197 OR nur dann, wenn er dafür besondere Zusicherungen abgegeben habe (E. 4.2.).

[Rz 77] Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass die Bestimmungen über die kaufrechtliche Sachgewährleistung allgemein dispositiver Natur sind, womit die Parteien die Möglichkeit haben, die Folgen eines Mangels und das Verfahren für dessen Geltendmachung vertraglich abweichend zu regeln, soweit dabei nicht die Haftung für absichtliche Täuschung wegbedungen wird. Von dieser vertraglichen Gestaltungsmöglichkeit hätten die Parteien vorliegend Gebrauch gemacht.

[Rz 78] Weiter war die Auslegung des Begriffes der «Entdeckung» eines Mangels streitig. In Ziff. 6.4 des Kaufvertrages vom 30. April 2007 wurde vereinbart, dass die Käuferin Mängel innert dreissig Tagen nach Entdecken der Verkäuferin schriftlich mitzuteilen habe. Gemäss Bundesgericht sei entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben die Vertragsbestimmung in dem Sinne zu verstehen, dass es für die Entdeckung und somit für den Fristenlauf genügt, wenn die Käuferin nach der gebotenen Sorgfalt (d.h. bei ordentlicher Aufmerksamkeit im Geschäftsverkehr) vom Mangel «Kenntnis haben musste». Sichere Kenntnis des Mangels sei dagegen nicht erforderlich (E. 4.3.2.).

[Rz 79] Im Ergebnis war das Bundesgericht der Ansicht, F. habe den Mangel spätestens Ende 2007 «entdeckt», als er aufgrund seiner Rechtspflichten als Verwaltungsrat der X.A. AG Kenntnis von der Korrekturbuchung, und somit vom Mangel, haben musste. In für das Bundesgericht verbindlicher Weise hätte die Vorinstanz festgehalten, dass per 31. Dezember 2007 eine Korrekturbuchung in den Büchern der X.A. AG von CHF 169'892.16 erfolgt sei. Gemäss Bundesgericht hatte die Vorinstanz daraus zu Recht den Schluss gezogen, dass F. in seiner Funktion als alleiniges Verwaltungsratsmitglied auch für die Jahresrechnung 2007 verantwortlich war und somit eine solche Korrekturbuchung ordentlicherweise nicht ohne sein Wissen erfolgen konnte. Mit Schreiben vom 7. April 2008 wurde der Mangel folglich nicht rechtzeitig gerügt, weshalb jegliche Entschädigungspflicht entfalle.

Bemerkung[31]

[Rz 80] Das Bundesgericht hält im vorliegenden Urteil fest, dass auf Unternehmenskaufverträge in der Form von Aktienkäufen die Gesetzesbestimmungen des Fahrniskaufs (Art. 187 ff. OR) Anwendung finden. Kaufgegenstand sei aber nicht das Unternehmen selbst, sondern nur die verkauften Rechte, bei einer AG also die Aktien. Die herrschende Lehre[32] ist allerdings anderer Meinung und betrachtet das Unternehmen selbst als Kaufgegenstand[33]. Die Kontroverse ist allerdings nicht von grosser praktischer Bedeutung, weil beim Unternehmenskauf in der Form von Aktienkäufen regelmässig Zusicherungen abgegeben werden, welche das Bundesgericht dann

[31] Dieser Entscheid wurde bereits von Markus Vischer/Scarlett Schwarzenberger, Share Deal — Zusicherung, Garantie und «Entdeckung» des Mangels als auslösendes Ereignis für die Rügefrist, in: dRSK, publiziert am 2. April 2013, besprochen.

[32] Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 5 N 18.

[33] Z.B. Vischer/Schwarzenberger(Fn 31), Rz 14; Markus Vischer, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, 1168, m.w.H.

doch dem Gewährleistungsrecht unterstellt und so «honoriert»[34].

[Rz 81] Das Bundesgericht hält im vorliegenden Urteil weiter fest, dass die Bestimmungen der kaufrechtlichen Sachgewährleistung dispositiver Natur seien[35]. Wird in einem Unternehmenskaufvertrag eine abschliessende Vereinbarung über die Rechtsfolgen und die Modalitäten der Geltendmachung von Mängeln statuiert und somit von der durch das dispositive Recht gebotenen Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, ist die Qualifikation solcher Vertragsklauseln als Zusicherung oder selbständiges Garantieversprechen unerheblich[36]. Die Parteien setzen vielmehr vertragliches Recht, weshalb es um eine reine Vertrags- und nicht um eine Gesetzesauslegung geht[37].

[Rz 82] Gänzlich unberücksichtigt liess das Bundesgericht aber bei seiner «normativen und objektivierten Vertragsauslegung» nach Vertrauensprinzip[38] den Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung. Dieser Grundsatz besagt, dass wer in einem Vertrag vom dispositivien Recht abweichen will, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss[39]. Denn weil das dispositive Recht in der Regel die Interessen der Parteien in ausgewogener Weise wahrt, sollten Abweichungen vom dispositiven Recht nicht leichthin angenommen werden[40].

[Rz 83] Das Bundesgericht betonte im vorliegenden Entscheid zwar selbst, dass Art. 201 OR nur dann nicht zur Anwendung komme, wenn die Parteien eine abweichende Vereinbarung getroffen haben[41]. Eine deutliche Abweichung vom dispositiven Recht wurde aber im zu beurteilenden Fall nicht getroffen, da sich die Vertragsklausel im Wortlaut der «Entdeckung» eines Mangels und damit in demselben Wortlaut wie in Art. 201 Abs. 3 OR erschöpfte. Eine deutliche Abweichung hätte umso mehr erwartet werden dürfen, als die Parteien im vorliegenden Fall bei der Vertragsredaktion anwaltlich vertreten waren[42].

[Rz 84] Entsprechend hätte Art. 201 Abs. 3 OR, wonach ein Mangel erst dann als «entdeckt» gilt, wenn die Käuferin sichere Kenntnis vom Mangel hat, vom Bundesgericht berücksichtigt werden müssen[43].

[Rz 85] Das Urteil überzeugt daher nicht. Trotzdem ist den Parteien im Unternehmenskaufvertrag als Konsequenz aus dem Urteil zu raten, im Unternehmenskaufvertrag künftig klarer zu umschreiben, welches Ereignis die Rügefrist auslöst[44].

[Rz 86] Das sehr verkäuferfreundliche Urteil deckt sich in der Begründung und im Resultat mit einem ebenfalls sehr verkäuferfreundlichen Entscheid des Zürcher Handelsgerichts vom 22. Ok-

---

34 Z.B. Vischer/Schwarzenberger(Fn 31), Rz 14.

35 E. 4.2., m.H. auf Urteil des Bundesgerichts 4A_492/2012vom 22. November 2012, E. 3, und Urteil des Bundesgerichts 4C.103/1995 vom 27. März 1996, E. 2; s. auch Rz 60 und 68.

36 S. bereits Rz 60 und 69 zur (beinahe) gänzlichen Substituierbarkeit von Gewährleistungs- und Garantierecht.

37 E. 4.2; so auch Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich 2013, 196.

38 Zu Treu und Glauben als wichtigstem Auslegungsgrundsatz z.B. BGE 116 II 431E. 3a, sowie BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 35.

39 Z.B. BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 39.

40 BGE 115 II 264, E. 5a.

41 E.4.2.

42 S. auch Matthias Wolf/Simone Ehrsam, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf: Entdeckung des Mangels, GesKR 2013, 302.

43 BGE 117 II 425, E. 2; BGE 107 II 172, E. 1a.

44 Vischer/Schwarzenberger(Fn 31), Rz 17.

tober 2008, in welchem das Zürcher Handelsgericht zu hohe Anforderungen an die Substanzierung einer Mängelrüge stellte[45].

III. Gewährleistungsrecht — Grundstückkauf

1. Freizeichnungsklausel: Verantwortlichkeit des Verkäufers bei Flächenangaben

Urteil des Bundesgerichts 4A_622/2012 **vom 18. Januar 2013 (kommentiert von MV)**

[Rz 87] Zwei gesamthänderische Eigentümer einer im Kanton Genf gelegenen Villa beauftragten das Immobilienbüro W. AG mit dem Verkauf der Liegenschaft. Laut Angaben der W. AG verfügt das Gebäude (gemäss Grundbucheintrag) über eine Bodenfläche von 149 m2;. Die geschätzte Wohnfläche betrage 200 m2;. Die Liegenschaft befinde sich in der Landwirtschaftszone, weshalb die Möglichkeit zur baulichen Erweiterung der Wohnfläche um max. 100 m2; bestehe.

[Rz 88] Die Ehefrau F.X. schloss mit beiden gesamthänderischen Eigentümern daraufhin einen öffentlich beurkundeten Vertrag mit der Bezeichnung «promesse de vente» auf Abschluss eines Vertrags über den Kauf der Villa zum Kaufpreis von CHF 2'890'000 ab. Der Vertrag enthielt in Ziff. 5.5 eine Freizeichnungsklausel, welche jegliche Sachmängelhaftung der Verkäuferschaft ausschloss («La vente est conclue sans garantie de la part des vendeurs quant aux défauts matériels de la chose vendue.»). Art. 199 OR wurde dabei vorbehalten.

[Rz 89] Als F.X. nach Abschluss des Kaufvertrages das zur Liegenschaft gehörende Dossier übergeben wurde, stellte sie fest, dass das Erdgeschoss gemäss den kantonalen Gesetzesbestimmungen für Landwirtschaftszonen eine nutzbare Wohnfläche von insgesamt nur 196 m2; aufwies. F.X. war daher der Ansicht, von der Verkäuferschaft über die tatsächliche Fläche des Hauses getäuscht worden zu sein. Insbesondere brachte sie vor, dass die Verkäuferschaft absichtlich den Term «Wohnfläche» benutzt haben, um eine tatsächliche Wohnfläche von 200 m2; i.S. von Art. 77 des Genfer Gesetzes über Bauten und Installationen zu suggerieren. Vor Gericht berief sich F.X. auf die Sachmängelhaftung gemäss Art. 197 ff. OR und machte geltend, dass die Freizeichnungsklausel gemäss Art. 199 OR unbeachtlich sei.

[Rz 90] Das Bundesgericht führte aus, dass die Arglist i.S. von Art. 199 OR darin bestehen könne, dass das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft des Kaufgegenstands, ohne deren Vorhandensein die Käuferin den Vertrag nicht oder zumindest nicht mit dem entsprechenden Vertragsinhalt abgeschlossen hätte, verschwiegen werde. Das setzte voraus, dass der Verkäufer den Mangel tatsächlich kenne. Eine fahrlässige — selbst eine grob fahrlässige — Unkenntnis genüge nicht. Dabei sei nicht eine vollständige, in alle Einzelheiten gehende Kenntnis des Mangels erforderlich, sondern es genüge, wenn der Verkäufer über den Mangel soweit orientiert war, dass er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet war, die Käuferin darüber zu informieren. Das Verschweigen müsse vorsätzlich erfolgen. Eventualvorsatz genüge allerdings (E. 3.2.).

[Rz 91] Das Bundesgericht kam zum Schluss, F.X. habe nicht beweisen können, dass die Verkäufer beabsichtigten, die tatsächliche Wohnfläche des Grundstücks zu verschweigen. Den Verkäufern könne insbesondere nicht vorgeworfen werden, unter dem Begriff «Wohnfläche» falsche Angaben gemacht zu haben. Zwar hätten sie eine Berechnung der Wohnfläche ohne Berücksichtigung

[45] SJZ 2009, 298, s. dazu z.B. Vischer/Schwarzenberger(Fn 31), Rz 18.

der strikten Berechnungsvorgaben der kantonalen Bestimmungen vorgenommen, doch könne ihnen nicht unterstellt werden, dass sie den Begriff bewusst benutzt hätten, um eine Wohnfläche von 200 m2; gemäss den strikten Berechnungsvorgaben der kantonalen Bestimmungen vorzutäuschen.

Bemerkung[46]

[Rz 92] Das Bundesgericht unterzieht Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen einer ähnlichen Kontrolle wie AGB[47]. Ein Ansatz der Kontrolle ist dabei Art. 199 OR[48].

[Rz 93] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (auch im vorliegenden Fall) ist der Tatbestand von Art. 199 OR gegeben, wenn der Verkäufer einen wesentlichen Mangel trotz Vorliegen einer Aufklärungspflicht vorsätzlich oder eventualvorsätzlich verschweigt[49]. Der subjektive Tatbestand weist dabei — in Übereinstimmung mit strafrechtlichen Grundsätzen — ein Wissens- und ein Willenselement auf[50]. Kognitiv ist gefordert, dass der Verkäufer um den Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) weiss oder doch mindestens mit der Möglichkeit des Vorhandenseins des Mangels (und des Nichtwissens des Käufers) rechnet. Voluntativ ist gefordert, dass der Verkäufer sich bei Wissen um den Mangel (und um das Nichtwissen des Käufers) entschliesst, nicht aufzuklären (Vorsatz) bzw. sich bei Rechnen mit der Möglichkeit des Vorhandenseins des Mangels (und des Nichtwissens des Käufers) entschliesst, nicht nachzuforschen (und aufzuklären), weil es ihm gleichgültig ist, ob der Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) vorhanden ist oder nicht, er den Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) also in Kauf nimmt (Eventualvorsatz)[51]. Bei Eventualvorsatz wird auch von Eventualtäuschung gesprochen[52].

[Rz 94] Täuschungsanfällig sind insbesondere Grundstückskäufe, da sich leicht halbe Wahrheiten für ganze verkaufen lassen[53]. Die Arglist wurde vom Bundesgericht im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen daher oft bejaht, so z.B. bei Angabe eines zu grossen Flächenmasses im Kaufvertrag[54] oder bei Verschweigen von Tatsachen im Zusammenhang mit der Erschliessung[55]. Im Regelfall sind dies Fälle, in denen der Verkäufer tatsächliche Kenntnis vom Mangel hatte, den Käufer aber bewusst nicht aufklärte.

[Rz 95] Dies trifft auf den vorliegenden Fall gerade nicht zu. Den Verkäufern konnte laut Bundesgericht nicht vorgeworfen werden, wissentlich und willentlich falsche Angaben gemacht zu haben, da die im Prospekt angegebene Wohnfläche mit den Schätzungen eines unabhängigen Architekten, den F.X. (und ihr Ehegatte) für bevorstehende Renovationsarbeiten beizogen, über-

---

46 Dieser Entscheid wurde bereits von Markus Vischer/Scarlett Schwarzenberger, Freizeichnungsklauseln in Grundstücksverträgen — Ungültigkeit aufgrund arglistigen Verschweigens, in: dRSK, publiziert am 23. April 2013, besprochen.

47 Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen — Mangelhafte Sache und arglistiges Verschweigen von Mängeln, in: dRSK, publiziert am 7. Mai 2013, Rz 9; Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 182 ff.

48 Vischer(Fn 47), 182 ff.

49 E. 3.2 m.H. auf BGE 132 II 161, E. 4.1.

50 Vischer(Fn 47), 183.

51 Vischer/Schwarzenberger(Fn 46), Rz 11, m.w.H.; Vischer(Fn 47) 183, m.w.H.

52 Z.B. BK-Schmidlin, Art. 28 OR N 70.

53 BK-Schmidlin, Art. 28 OR N 41.

54 Z.B. BGE 81 II 138, E. 4.

55 Urteil des Bundesgerichts 4A_470/2012vom 23. Januar 2013, E. 2.1.

einstimmte[56].

2. Freizeichnungsklausel: Verantwortlichkeit des Verkäufers bei Angaben zur Erschliessung

Urteil des Bundesgerichts 4A_470/2012 vom 23. Januar 2013 (kommentiert von MV)

[Rz 96] X. war Eigentümer von mehreren im Kanton Waadt liegenden Grundstücken. Auf diesen Grundstücken galt es Dienstbarkeiten zu errichten, damit jene und weitere Parzellen mit Kanalisationsleitungen erschlossen werden konnten. Das Projekt der Anschliessung an die Kanalisation sah eine Kostenbeteiligung aller betroffenen Grundstückseigentümer vor. Zu einem späteren Zeitpunkt begründete X. auf seinen drei Grundstücken Stockwerkeigentum und verkaufte seine Stockwerkeigentumsanteile zwischen Juli 2006 und Februar 2007 mittels öffentlich beurkundeter Verträge an die Ehegatten A. und B., C. und D. sowie an die Streitgenossen E. und F. Die Kaufverträge enthielten alle eine Freizeichnungsklausel betreffend die Wegbedingung der Sachmängelhaftung. Da die Villen auf diesen Grundstücken noch nicht errichtet waren, unterzeichneten die Erwerber zudem einen Generalunternehmervertrag mit der Z. AG.

[Rz 97] X. informierte die Erwerber der Grundstücke weder über das Projekt zur Errichtung von Dienstbarkeiten noch über die ausstehende Forderung bezüglich der Kostenbeteiligung für die Ausstattung der Grundstücke mit einem Kanalisationssystem für den Wassergebrauch, welche X. trotz Mahnung nicht bezahlt hatte. Mit Schreiben vom 15. Juni 2007 informierte die Gemeinde, die auch Eigentümerin zweier betroffener Grundstücke war, die Erwerber über die Situation und drohte ihnen in einem späteren Schreiben mit der Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts. Schliesslich bezahlten die Erwerber der Gemeinde einen Betrag von insgesamt CHF 40'371.95. Diesen Betrag forderten die Erwerber auf dem Klageweg vor dem Genfer Zivilgericht von X. zurück, wo sie ihre Forderung in erster Linie auf die Sachmängelhaftung stützten.

[Rz 98] Das Bundesgericht qualifizierte die fünf abgeschlossenen Verträge als Grundstückkaufverträge im Sinne von Art. 216 ff. OR, da es sich um Miteigentumsanteile an Grundstücken in der Form von Stockwerkeigentum (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 des Zivilgesetzbuches [ZGB]) handle. Ferner wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Sachgewährleistungsbestimmungen des Fahrniskaufes aufgrund von Art. 221 OR analog auf Grundstückkaufverträge anwendbar seien. Der Verkäufer eines Grundstücks hafte dem Käufer demnach aufgrund von Art. 197 OR sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern würden (E. 2.1.).

[Rz 99] Zur Beurteilung, ob ein Mangel des Kaufgegenstands vorliegt, führte das Bundesgericht aus, dass die Frage der Erschliessung für die Nutzung des Kaufgegenstands zu ihrem vorausgesetzten Gebrauch, nämlich den Bau von Wohnungen, wesentlich sei. Die Verpflichtung der Erwerber, beträchtliche Summen an die Gemeinde zu bezahlen, um ihre Miteigentumsanteile entsprechend ihres Verwendungszwecks nutzen zu können, zeige, dass sich die verkaufte Sache nicht in einem Zustand befand, von dem die Erwerber der Stockwerkeigentümer nach Treu und Glauben gemäss dem Vertragszweck ausgehen durften. Weder die Grundstückkaufverträge noch die (mit einem Dritten abgeschlossenen) Generalunternehmerverträge hätten auf ein Problem in

[56] E. 3.7.

dieser Hinsicht hingedeutet. Eine Forderung der Gemeinde gegen die Erwerber stelle folglich einen Mangel des Kaufgegenstands dar.

[Rz 100] Zum arglistigen Verschweigen von Mängeln nach Art. 199 OR führte das Bundesgericht aus, dass X. sich des Problems bezüglich Anschluss an die Kanalisation bewusst war, hatte er doch zuvor mit der Gemeinde darüber diskutiert. Mit Unterzeichnung des Entwurfs des Dienstbarkeitsvertrages habe X. zum Ausdruck gebracht, damit einverstanden zu sein, dass sich die Erwerber der Grundstücke an den Kosten für die Ausstattung der Parzellen zu beteiligen haben. Dabei sei unerheblich, dass der Entwurf des Dienstbarkeitsvertrages nicht ins Grundbuch eingetragen worden sei. Indem X. die Erwerber weder über das Projekt zur Errichtung von Dienstbarkeiten noch über die darüber geführten Diskussionen mit der Gemeinde unterrichtet hatte, habe er ihnen den Anspruch der Gemeinde, und somit das Risiko für diese Kosten aufkommen zu müssen, arglistig verheimlicht. Folglich sei die Freizeichnungsklausel im vorliegenden Fall aufgrund von Art. 199 OR unwirksam. Die Beschwerde wurde entsprechend abgewiesen.

Bemerkung[57]

[Rz 101] Wie ausgeführt unterzieht das Bundesgericht Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen einer ähnlichen Kontrolle wie AGBund benützt dabei öfters Art. 199 OR[58].

[Rz 102] Auch im vorliegenden Fall bediente sich das Bundesgericht der Bestimmung von Art. 199 OR, ging dabei aber nicht sehr lehrbuchartig vor. Vielmehr stellte das Bundesgericht unmittelbar nach Erwähnen des Wortlauts von Art. 199 OR fest, dass der Verkäufer X. über das Problem mit dem Anschluss an die Kanalisation Bescheid wusste und künftige Kosten entsprechend in arglistiger Weise verheimlichte.

[Rz 103] Die Käufer liess es dabei mit einem zwischen zwei Gedankenstrichen eingeschobenen Teilsatz (Les acquéreurs «[...] — qui ne pouvaient pas en avoir conscience — [...]») etwas gar vorschnell aus jeder Verantwortung, obwohl es ihnen als Käufer unbebauter Grundstücke durchaus zuzumuten gewesen wäre, Erkundigungen über die Erschliessung der Grundstücke anzustellen, umso mehr, als es in der vom Verkäufer den Käufern abgegebenen Dokumentation Hinweise gab, dass es im Bereich der Kanalisation offene Fragen gab[59].

[Rz 104] Das ist bedauerlich, weil so die Käufer nicht ermuntert werden, vor Unterzeichnung eines Kaufvertrags eine vernünftige Due Diligence für den Kaufgegenstand vorzunehmen und den Kaufvertrag vernünftig zu gestalten[60].

3. Freizeichnungsklausel: Selbstverantwortung des Käufers

Urteil des Bundesgerichts 4A_648/2012 **vom 25. Februar 2013 (kommentiert von MV)**

[Rz 105] Am 29. Mai 2009 kaufte A. von der X. AG ein Mehrfamilienhaus zum Preis von CHF 7'750'000. Der öffentlich beurkundete Kaufvertrag beruhte auf einem Vorvertrag, den die Parteien am 7. April 2009 abgeschlossen hatten. Der Kaufvertrag enthielt in Ziff. 4.4 unter dem Titel «Gewährleistung» eine Vereinbarung, wonach «jede kaufrechtliche Gewährleistungspflicht der

57 Dieser Entscheid wurde bereits von Schwarzenberger/Vischer(Fn 46) besprochen.

58 S. Rz 92.

59 Schwarzenberger/Vischer(Fn 46), Rz 10.

60 Schwarzenberger/Vischer(Fn 46), Rz 11; Vischer(Fn 46), 185 ff.

Verkaufspartei für rechtliche und körperliche Mängel des Kaufgegenstandes» ausdrücklich aufgehoben wurde, sofern gesetzlich zulässig. Allfällige im Kaufvertrag enthaltene Zusicherungen der Verkaufspartei wurden ebenfalls vorbehalten. Mit Unterzeichnen des Kaufvertrages bestätigte A. zudem, dass er als Vertragspartei «Gelegenheit hatte, das Kaufsobjekt selber oder durch eine von ihm selber bestimmte Fachperson eingehend zu prüfen».

[Rz 106] Mit Schreiben vom 5. August 2009 an die X. AG erhob A. Mängelrüge und forderte Ersatz des Minderwerts des Kaufgegenstands. Er habe festgestellt, dass das Flachdach der Einstellhalle schadhaft sei und einen massiven und umgehenden Sanierungsbedarf aufweise, wobei der desolate Zustand des Flachdaches der Einstellhalle der X. AG seit längerer Zeit bekannt gewesen sei. Am 15. September 2010 reichte A. Klage ein und verlangte die Herabsetzung des Kaufpreises um mindestens CHF 150'000.

[Rz 107] Das Bundesgericht betonte in seinen Ausführungen zum arglistigen Verschweigen eines Mangels nach Art. 199 OR, dass den Verkäufer keine Aufklärungspflicht treffe, wenn er nach Treu und Glauben annehmen durfte, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne weiteres (d.h. bei gehöriger Aufmerksamkeit) hätte erkennen können (E. 3, m.H. auf BGE 116 II 431, E. 3a). Denn wird die Sachgewährleistung vertraglich ausgeschlossen, könne vom Käufer grundsätzlich erwartet werden, dass dieser vor Abschluss des Vertrages den Kaufgegenstand auf Mängel hin untersucht (E. 6, m.H. auf Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 1. Juli 2005, E. 2.1).

[Rz 108] Das Bundesgericht kam zum Schluss, A. habe im zu beurteilenden Fall sowohl im Vorvertrag wie auch im Kaufvertrag bestätigt, Gelegenheit zur eingehenden Prüfung des Kaufobjekts gehabt zu haben. Da nicht feststehe, dass die X. AG den A. von einer eingehenden Untersuchung des Kaufgegenstandes abgehalten hätte, sei das Unterlassen einer Prüfung der Sache auf Mängel durch A. der eigenen Risikosphäre zuzuschreiben. Aufgrund der Offensichtlichkeit der Mängel (Zeuge Q drückte es wie folgt aus: «Wenn es unten rinnt, besteht nicht der Verdacht, dass man oben die Decke sanieren muss, sondern es ist ein Fakt.») durfte die X. AG davon ausgehen, dass A. die Mängel an der Einstellhalle bei gehöriger Aufmerksamkeit ohne weiteres erkennen werde, weshalb diese trotz der diesbezüglichen Kenntnis der Mängel keine Aufklärungspflicht traf. Das Bundesgericht wies die Beschwerde im Ergebnis daher ab.

Bemerkung[61]

[Rz 109] Freizeichnungsklauseln haben, wie ausgeführt, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einer AGB-ähnlichen Kontrolle standzuhalten, damit sie gültig sind[62]. Einerseits wird geprüft, ob der gerügte Mangel überhaupt von der Freizeichnungsklausel erfasst ist. Weiter darf kein arglistiges Verschweigen i.S. von Art. 199 OR vorliegen[63]. Ein absichtliches Verschweigen von Mängeln des Kaufgegenstands i.S. von Art. 199 OR erfordert vom objektiven Tatbestand her eine Aufklärungspflicht und vom subjektiven Tatbestand her Vorsatz (oder Eventualvorsatz)[64]. Im Kaufrecht — und damit auch im Unternehmenskaufrecht — gibt es keine allgemeine vorvertragliche Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung. Handelt es sich aber um wesentliche Mängel am Kaufobjekt und weiss der Verkäufer darum, so hat er den Käufer grundsätzlich aufzuklären[65].

[61] Dieser Entscheid wurde bereits von Scarlett Schwarzenberger/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen — Augen auf, Kauf ist Kauf, in: dRSK, publiziert am 22. Mai 2013, besprochen.

[62] S. Rz 92 und 101.

[63] Vischer(Fn 47), 182 ff., s. auch Rz 92 und 101.

[64] Vischer(Fn 47), 183.

[65] S. Rz 92.

Diesem Grundsatz setzt das Bundesgericht im vorliegenden Fall Grenzen: Den Verkäufer treffe immer dann keine Pflicht zur Aufklärung, soweit er nach Treu und Glauben annehmen darf, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne weiteres erkennen werde. Ob im konkreten Fall eine Aufklärungspflicht besteht, hänge dabei von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten[66].

[Rz 110] Im zu beurteilenden Fall wurde das Vorliegen einer Ausklärungspflicht verneint. Das Bundesgericht führte hierzu aus, dass bei einem vertraglichen Ausschluss der Sachgewährleistung vom Käufer grundsätzlich erwartet werden könne, den Kaufgegenstand vor Abschluss des Vertrages auf Mängel hin zu untersuchen[67]. In einem früheren Urteil wurde zudem angefügt, dem Käufer sei es frei gestanden, bei Vertragsabschluss seine Zustimmung zur Freizeichnungsklausel zu verweigern, wenn ihm daran lag, die Haftung für sämtliche Mängel auf den Verkäufer abwälzen zu können[68].

[Rz 111] Dass vorliegend erhöhte Anforderungen an die gehörige Aufmerksamkeit des Käufers gestellt wurden, mag auf den ersten Blick verwundern, nimmt das Bundesgericht doch normalerweise nicht den Käufer, sondern den Verkäufer in die Pflicht und bejaht entsprechend schnell eine absichtliche Täuschung durch den Verkäufer[69].

[Rz 112] Im Ergebnis wurde dem Käufer A. vorliegend eine vorvertragliche Untersuchungsobliegenheit bzw. Untersuchungspflicht auferlegt[70]. Das ist zu begrüssen, werden die Käufer doch so ermuntert, vor Unterzeichnung eines Kaufvertrags eine vernünftige Due Diligence in den Kaufgegenstand vorzunehmen und den Kaufvertrag vernünftig zu gestalten[71].

4. Willensmängel beim Vorvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_297/2013 vom 4. September 2013 (kommentiert von MV)

[Rz 113] Y. und Z. interessierten sich für zwei Lokalitäten des Kabaretts V., um dort eine Diskothek zu eröffnen. Das Kabarett V. wurde durch die S. AG (früher X. AG) unter einer Bewilligung des Typs «Nachtclub mit Restauration», welche auch zum Betrieb einer Diskothek berechtigte, betrieben. Y. und Z. schlossen in Folge mit der S. AG einen Kaufvertrag über den Geschäftsbetrieb einer Diskothek ab. Für das Kabarett wurde ein Kaufpreis von CHF 180'000 vereinbart, während die Miete der Lokalität auf CHF 7'000 monatlich festgesetzt wurde. Eine erste Anzahlung über CHF 5'000 an den Kaufpreis sollte sofort entrichtet werden, eine weitere Zahlung von CHF 15'000 vor Ende 2008. Obwohl sie von Problemen mit der akustischen Isolation wussten, sicherten die Verwaltungsräte der S. AG Y. und Z. zu, dass das Lokal ab 1. Februar 2009 als Diskothek betrieben werden könne.

[Rz 114] Im Zuge der Übernahme des Etablissements stellte sich heraus, dass das Lokal nicht den

66 E. 3 unter Berufung auf BGE 105 II 75, E. 2a.

67 E. 6 m.H. auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005vom 1. Juli 2005, E. 2.1.

68 Urteil des Bundesgerichts 4A_272/2011vom 22. August 2011, E. 2.2.

69 Schwarzenberger/Vischer(Fn 61), Rz 8; Vischer/Schwarzenberger(Fn 46), Rz 9; s. auch Rz 94.

70 Schwarzenberger/Vischer(Fn 61), Rz 10; zur Diskussion einer vorvertraglichen Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht beim Unternehmenskauf z.B. Meyer(Fn 15), 151 ff., und Eric Olivier Meier, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich/St. Gallen 2010, 44, m.w.H.

71 Schwarzenberger/Vischer(Fn 61), Rz 12; s. schon Rz 103.

Normen entsprach und verschiedene Arbeiten an Lärmisolation, Elektrik und Küche erforderlich waren. Während den Instandsetzungsarbeiten hoben die Behörden am 31. Januar 2009 die Bewilligung für den Betrieb eines Nachtclubs sodann auf. Infolgedessen war die geplante Betriebsaufnahme per 1. Februar 2009 ausgeschlossen. Eine Wiedereröffnung erlaubte die Behörde nur nach Verbesserung des Schallschutzes und der Luftzufuhr. Daraufhin erklärten Y. und Z. den Rücktritt vom Vertrag und verlangten die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung von CHF 20'000. Der Geschäftsbetrieb wurde in der Folge an die T. AG für CHF 90'000 verkauft. Zugleich wurde ein Mietvertrag über die Räumlichkeiten mit derselben Drittpartei abgeschlossen. Daraufhin erhoben Y. und Z. Klage gegen die S. AG auf die Rückzahlung der bereits geleisteten CHF 20'000 nebst Zins. Nachdem sowohl das Zivilgericht Lausanne als auch das Obergericht das Bestehen dieser Forderung bestätigte, gelangte die S. AG als Beschwerdeführerin an das Bundesgericht.

[Rz 115] Das Bundesgericht hielt fest, dass im zu beurteilenden Fall ein Vorvertrag i.S. von Art. 22 OR vorliege. Der Vertrag enthalte die wesentlichen Elemente des Hauptvertrages, da Kaufpreis und monatlicher Mietzins festlegt worden seien. Zudem sei vereinbart worden, dass die Parteien die Zahlungsmodalitäten später im Hauptvertrag bestimmen würden. Das Eingehen eines Vorvertrages verpflichte die Parteien zum Abschluss des besagten Vertrags. Allerdings können Vorverträge — wie alle anderen Verträge auch — aufgrund von Willensmängeln ungültig sein. Auf einen Grundlagenirrtum i.S. von Art. 23 OR könne sich laut Bundesgericht eine Partei dann berufen, wenn sie sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt habe, der für sie notwendige Vertragsgrundlage war, und den sie zudem nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachten durfte (E. 3.2.2).

[Rz 116] Das Datum, ab welchem das Geschäft betrieben werden kann, sei laut Bundesgericht für den Entscheid, einen Vertrag einzugehen oder nicht, sowohl objektiv als auch subjektiv wesentlich. Denn wichtige Entscheidungen wie Personal zu rekrutieren, Bestellungen aufzugeben oder Budgetplanungen vorzunehmen, stünden unmittelbar mit dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Geschäfts in Verbindung. Das Bundesgericht erwog daher, dass die Berufung auf Grundlagenirrtum entgegen der klägerischen Vorbringen nicht Treu und Glauben widerspreche und keineswegs unstatthaft sei. Den Einwand der Klägerseite, Y. und Z. hätten von den für die Aufnahme des Betriebs notwendigen Arbeiten gewusst und erst im Anschluss ein Projekt für die Inneneinrichtung gestartet, wies das Bundesgericht zurück. Das vorinstanzliche Urteil wurde bestätigt, was die Kläger berechtigte, den Vorvertrag für ungültig zu erklären und die Rückzahlung der bereits geleistenen CHF 20'000 zu verlangen (E. 3.2.2).

Bemerkung[72]

[Rz 117] Das Bundesgericht qualifizierte den Hauptvertrag im zu beurteilenden Fall als Geschäftsübertragungsvertrag und Vertrag sui generis[73]. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Vielmehr handelt es sich beim Geschäftsübertragungsvertrag nach heute herrschender Lehre[74] um einen Fahrniskaufvertrag nach Art. 187 ff. OR, zumal auch Rechtsobjekte, die nach der Verkehrsauffassung oder dem Parteiwillen als Fahrnis gelten, Gegenstand des Fahrniskaufs sein können[75]. Die Diskussion über die Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrags ist jedoch in

[72] Dieser Entscheid wurde bereits von Martina Wäger/Markus Vischer, Geschäftsübertragungsvertrag — Qualifikation, in: dRSK, publiziert am 21. März 2014, besprochen.

[73] E. 3.2.1, m.H. auf BGE 129 III 18, E. 2.1.

[74] Tercier/Favre(Fn 28), N 516.

[75] Wäger/Vischer(Fn 72), Rz 12; Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag — Besprechung des Urteils

der Regel von geringer praktischer Bedeutung, erklärt doch das Bundesgericht regelmässig die kaufrechtlichen Bestimmungen — insbesondere das kaufrechtliche Sachgewährleistungsrecht — auf den Geschäftsübertragungsvertrag anwendbar[76].

[Rz 118] Nach ständiger Rechtsprechung stehen dem Käufer die kaufrechtlichen Rechtsbehelfe der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR und die Rechtsbehelfe bei Willensmängeln nach Art. 23 ff. OR alternativ zu[77]. Im zu beurteilenden Fall beriefen sich Y. und Z. auf die Bestimmungen zu den Willensmängeln. Das Bundesgericht unterstützte dies und hielt fest, dass neben Hauptverträgen auch Vorverträge i.S. von Art. 22 OR aufgrund von Willensmängeln ungültig sein können. Dieser Auffassung des Bundesgerichts ist ohne weiteres zu folgen.

IV. Gewährleistung — Fahrnis (Minderung statt Wandelung)

Urteil des Bundesgerichts 4A_252/2013 **vom 2. Oktober 2013 (kommentiert von CB)**

[Rz 119] Nach Besuch der Messe «Habitat et jardins» in Lausanne schlossen die Ehegatten Herr und Frau X (Käufer und Kläger) am 28. April 2008 mit einer französischen Gesellschaft Z (Verkäuferin und Beklagte) telefonisch einen Vertrag über den Kauf und die Lieferung eines Whirlpools ab. X bestellte einen blauen Whirlpool für CHF 41'500.—. Am 16. Mai 2008 erkundigte sich Herr X bei Z telefonisch, ob nicht ein anderer Whirlpool verfügbar sei, bei welchem es zu keinen Wartefristen käme. Z schlug daraufhin vor, anstelle des blauen einen beigen Whirlpool zu kaufen, der zu dieser Zeit noch an einer Messe in Frankreich ausgestellt war, welcher aber nach der Beendigung der Messe umgehend geliefert werden könne. Herr X nahm die Offerte an, machte aber deutlich, dass die Lieferung zwingend vor der Montage des Balkenwerks sowie des Dachs im Haus, für welches der Whirlpool vorgesehen sei, geliefert werden müsse. Die besagten Arbeiten stünden solange still.

[Rz 120] Am 4. Juni 2008 lieferte Z den beigen Whirlpool (Ausstellungsmodell), welcher mittels eines Krans in die absichtlich dafür angefertigte Beton-Alveole gehoben wurde. Ein Element der Holzumfassung des Whirpools wies einen Sprung auf. Des Weiteren weigerte sich der Elektriker den Whirlpool ans Stromnetz anzuschliessen, da die elektrische Vorrichtung nicht den schweizerischen Normen entsprach. Ebenfalls fehlte es an einer Bedienungsanleitung für den Whirlpool. Die Inbetriebnahme wurde verzögert.

[Rz 121] Nach sofortiger Rüge der Mängel durch Herrn X kam am 11. Juli 2008 ein Techniker auf Kosten der Z vorbei und ersetzte die elektrische Vorrichtung sowie eine Pumpe. Wie ein nachträglich erstelltes Gutachten ergab, bot die elektrische Vorrichtung keinen genügenden Schutz gegen das Risiko eines elektrischen Schlages.

[Rz 122] Am 14. Juli 2008 rügte Herr X weitere Mängel. Namentlich seien einige Schrauben komplett abgenutzt, der Filter sei völlig verunreinigt und stosse üble Gerüche aus und die Schutz-

4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, GesKR 2011, 81 ff.; Markus Vischer/Michele Casale, Unternehmenskauf — Natur des Geschäftsübertragungsvertrags und anwendbares Gewährleistungsrecht, in: dRSK, publiziert am 18. Juni 2010, Rz 4; Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18(4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. [Kläger und Beschwerdeführer] gegen B. AG [Beklagte und Beschwerdegegenerin]), SZW 2003, 335 ff.

76 Wäger/Vischer(Fn 72), Rz 13.

77 Z.B. BGE 127 III 83, E. 1b.

plane, Abdichtungen sowie der «Skimmer» enthielten Risse. All dies deute darauf hin, dass der Whirlpool wohl schon an Messen ausgestellt wurde und es sich dabei nicht wie in Lausanne bestätigt um ein neues Modell handle. Schliesslich erfülle das Gerät die schweizerischen Normen nicht und die Beleuchtung funktioniere nicht. X verlangte von Z wahlweise das Ersetzen dieses Whirlpools durch ein neues Gerät, die Rückerstattung aller bisherigen Beträge mitsamt Kosten für den Abtransport oder den Ersatz defekter Teile inkl. erheblicher Reduktion des Kaufpreises.

[Rz 123] Am 5. September 2008 schickte die Z erneut einen Techniker vorbei. Dieser konnte aber nicht alle Mängel beheben. Am 8. September 2008 verlangte Herr X von Z wahlweise die Kaufpreisreduktion um 30% oder die Lieferung eines neuen Whirlpools. Z bot an, den Techniker am 25. September erneut vorbeizuschicken, verweigerte jedoch die Ersatzlieferung.

[Rz 124] Am 19. September 2008 machte X Wandelung geltend mit der Begründung, dass der Whirlpool bereits an einer Messe betrieben wurde und nicht funktioniere. Er forderte die Rückerstattung der CHF 43'440.— sowie den Abtransport des Geräts auf Kosten der Z. Herr X erwähnte noch, dass die Fenster seines Hauses Anfang Oktober eingebaut würden und der Abtransport danach sehr viel schwieriger und kostspieliger sein werde. Auf das Angebot von Z, am 25. September nochmals einen Techniker vorbeizuschicken, ging X nicht ein.

[Rz 125] Am 1. Dezember 2008 erhoben Herr und Frau X Klage gegen Z vor dem Bezirksgericht Sion. Sie verlangten Wandelung, genauer die Rückerstattung von CHF 38'250.—, sowie den Abtransport des Whirlpools. Die Klage wurde am 30. Januar 2012 vollumfänglich gutgeheissen. Mit Berufung gelangte Z daraufhin ans Kantonsgericht, welches diese guthiess und die Klage abwies. Dagegen erhoben die Ehegatten X Beschwerde in Zivilsachen vor dem Bundesgericht.

[Rz 126] Als erstes hielt das Bundesgericht fest, dass ein Konsumentenvertrag vorliege, weshalb das CISG nicht zur Anwendung komme (Art. 2 lit. a CISG). Der Vertrag unterstehe schweizerischem Recht (Art. 120 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht [IPRG]) und es liege ein Kauf nach Art. 187 Abs. 1 OR vor.

[Rz 127] Die Käufer argumentierten, dass ein Kauf eines neuen und nicht eines gebrauchten Whirlpools vereinbart worden sei. Das Bundesgericht schloss sich aber der Meinung des Kantonsgerichts an, wonach die Käufer bewusst einen Kaufvertrag über einen gebrauchten Whirlpool abgeschlossen haben. Anlässlich des Telefonats vom 16. Mai 2008 erklärte Z erwiesenermassen, dass das Gerät an der Messe als Ausstellungsstück diente. Dass X keine Kaufpreisreduktion verlangte, wurde damit begründet, dass er mehr Wert darauf legte, den Whirlpool vor der Fertigstellung des Dachs geliefert zu erhalten, als auf Neuware zu warten. Es seien weder Irrtum noch Täuschung festzustellen. Somit entspreche der beige Whirlpool dem vereinbarten Vertragsgegenstand und sei nicht mangelhaft, nur weil es sich um ein Ausstellungsmodell statt um Neuware handle.

[Rz 128] Schliesslich musste das Bundesgericht die Frage behandeln, ob die Gesamtheit der Mängel am Whirlpool genüge, um eine Wandelung zu rechtfertigen. Nach Art. 205 Abs. 2 OR «steht es dem Richter frei, bloss Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen.» Somit entscheidet das Gericht nach Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB, ob dem Vertragsbruch das Fehlen eines wesentlichen Vertragselements zu Grunde lag; bei mehreren Mängeln müsse das Gericht deren Gesamtheit in Betracht ziehen. Das Bundesgericht stellte fest, dass nach allen Nachbesserungen durch Senden eines Technikers von Z noch drei Mängel übrig blieben. Davon sei aber nur die Gefahr eines elektrischen Schlags ein wesentlicher Mangel. Es wurde aber weder festgestellt, dass die Behebung dieses Mangels unmöglich, besonders schwer oder überaus kostspielig gewesen wäre. Die beiden restlichen Mängel, der

Sprung in der Holzumfassung und die fehlende Bedienungsanleitung, seien vernachlässigbar. Denn der Betrieb würde dadurch nicht ernsthaft beeinträchtigt. Zu beachten sei auch, dass der Whirlpool nur mit grosser Mühe und hoher Kostenverursachung wieder entfernt und abtransportiert werden könne. Grund dafür sei die feste Verankerung des Whirlpools im Haus. Obschon für diesen Zustand X verantwortlich sei, wolle er die Kosten für Entfernung sowie Transport nicht übernehmen.

[Rz 129] Das Bundesgericht kam unter Berücksichtigung aller Umstände zum Schluss, dass für eine Wandelungsklage nach Art. 205 Abs. 1 OR unzureichende Gründe vorlägen. Im Gegenteil hielt es dafür, eine Wandelung würde sich vorliegend als schwerwiegend unverhältnismässig erweisen. Über eine Minderung hatte das Bundesgericht nicht zu befinden, da nach der Vorinstanz die erhobenen Beweise nicht genügten, um den für die Berechnung des Minderwerts relevanten Sachverhalt festzustellen. Demnach wurde die Beschwerde abgewiesen.

Bemerkung

[Rz 130] Der Entscheid zeigt auf, dass ein Käufer sich jeweils gut überlegen muss, welche Gewährleistungsrechte er geltend machen will und ist gegebenenfalls gut beraten, auch entsprechende Eventualanträge zu stellen und entsprechende Sachvorbringen vorzutragen[78]. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Wandelungsklage angestellt worden ist, da es dem Gericht diesfalls gem. Art. 205 Abs. 2 OR frei steht, bloss Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen.

[Rz 131] Der Entscheid fasst die vorliegend gem. Art. 205 Abs. 2 OR anwendbaren Kriterien anschaulich zusammen (E. 4). Danach ist die Wandelung grundsätzlich zuzulassen, wenn dem Vertragsbruch das Fehlen eines wesentlichen Vertragselements zu Grunde liegt oder wenn die Sache für den Käufer unbrauchbar ist; bei Vorliegen mehrerer Mängeln sind diese in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Weiter gilt es die Interessen der Parteien und deren Verhalten zu berücksichtigen. Die Unannehmlichkeiten, welche die Wandelung für den Verkäufer nach sich ziehen müssen zu den Vorteilen, die der Käufer daraus zieht, verhältnismässig sein. Die Wandelung ist zudem eher zuzulassen, wenn der Verkäufer versucht hat, einen Mangel zu verstecken oder sonst ein schwerwiegendes Verschulden trifft. Gemäss der Beweislastregel von Art. 8 ZGB obliegt es dabei dem Käufer, die tatsächlichen Elemente vorzutragen und zu beweisen, welche die Wandelung rechtfertigen.

[Rz 132] Vorliegend ist das Bundesgericht zu Recht zum Schluss gelangt, dass nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Berücksichtigung sämtlicher Umstände die Wandelung nicht gerechtfertigt ist. Da es die Käufer versäumten, eventualiter eine Minderungsforderung substantiiert geltend zu machen und zu beweisen, konnte das Bundesgericht bzw. die Vorinstanz auch nicht Ersatz des Minderwerts zusprechen.

V. Diverses

1. Vortäuschen eines Kommissionsverhältnisses bei Selbsteintritt

Urteil des Bundesgerichts 4A_570/2012 vom 16. April 2013 (kommentiert von CB)

[78] Zur Frage des Wahlrechts des Käufers vgl. etwa CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 4—9.

[Rz 133] Am 1. Mai 2009 erwarb der Käufer (Käufer, Kläger, Beschwerdeführer) anlässlich einer von der Verkäuferin (Verkäuferin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) durchgeführten Versteigerung einen Personenwagen Lancia zu CHF 40'000 zuzüglich 12% Verkaufsprovision, insgesamt CHF 44'800. Am 7. August 2009 forderte der Käufer nach Konsultation eines Zollexperten mit E-Mail an die Verkäuferin die Rückabwicklung des Geschäfts sowie die Rücküberweisung des Kaufpreises, da Zoll und Steuern für die Wiedereinfuhr des Fahrzeuges in die EU 29% des Erwerbspreises zuzüglich Abwicklungskosten betrugen. Das Fahrzeug wurde bei der Verkäuferin nie abgeholt.

[Rz 134] Am 2. Februar 2010 reichte der Käufer beim erstinstanzlichen Gericht Klage gegen die Verkäuferin ein mit dem Begehren, diese sei zu verpflichten, ihm den Erwerbspreis nebst Zins zu bezahlen. Die Verkäuferin verlangte widerklageweise, der Käufer sei u.a. zu verurteilen, ihr eine Lagergebühr von CHF 15 pro Tag gemäss den Auktionsbedingungen zuzüglich MwSt und Zins zu bezahlen. Das erstinstanzliche Gericht wie auch das Obergericht des Kantons Bern wiesen die Klage mit Entscheiden vom 31. August 2011 bzw. 9. Mai 2012 ab und hiessen die Widerklage teilweise gut.

[Rz 135] Die vom Kläger erhobene Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat.

[Rz 136] Der Käufer machte vorab geltend, die Verkäuferin habe ein Kommissionsverhältnis anlässlich des Auktionskaufs lediglich vorgetäuscht, um neben dem Kaufpreis auch noch die Provision erhältlich zu machen. Es war unbestritten, dass der Lancia bereits im Jahre 2006 in die Schweiz eingeführt wurde und die Verkäuferin damit bereits im Moment der Versteigerung Eigentümerin des Fahrzeuges gewesen war.

[Rz 137] Mit der Vorinstanz hielt indessen das Bundesgericht dafür, der Käufer könne den Vertrag nicht infolge absichtlicher Täuschung anfechten. Der Käufer habe die Jahresfrist nach Art. 31 OR, die mit Kenntnisnahme der Eigentumsverhältnisse am Fahrzeug durch den Käufer zu laufen begonnen habe, nicht eingehalten. Aufgrund einer E-Mail des Käufers gehe hervor, dass dieser am 20. Mai 2009 über die Eigentumsverhältnisse am Lancia wusste. Da der Käufer die Anfechtung infolge absichtlicher Täuschung erst an seinem ersten Parteivortrag am 3. November 2010 geltend machte, habe er die Frist verwirkt.

[Rz 138] Weiter brachte der Käufer vor, die Vorinstanz habe Art. 425 ff. OR zu Unrecht angewendet, da die Verkäuferin nur vorgegeben habe, als Kommissionärin für einen Kommittenten zu handeln, obschon kein «anderer» vorhanden gewesen sei (mithin die Verkäuferin bereits vor der Auktion Eigentümerin des Lancia war) und es deshalb an einem Essentialium des Kommissionsvertrags fehle. Auch habe der Käufer damit rechnen dürfen, dass das Fahrzeug als sogenannte Rückware unter Mitwirkung des Kommittenten einfuhrumsatzsteuerbefreit in die EU zurückgeführt werden könne.

[Rz 139] Das Bundesgericht erwog, bei einer Kommission zum Einkauf von Waren, die einen Marktpreis haben, sei die Kommissionärin nach Art. 436 Abs. 1 OR befugt, die Ware als Verkäuferin selbst zu liefern, falls der Kommittent nicht etwas anders bestimmt hat. Teilt die Kommissionärin die Ausführung des Auftrags mit, ohne eine andere Person als Verkäufer zu nennen, so sei der Eintritt als Eigenhändlerin i.S.v. Art. 436 Abs. 1 OR zu vermuten (Art. 437 OR). Diesfalls könne die Kommissionärin, statt die Waren bei einem Dritten einzukaufen, diese selbst als Verkäuferin liefern.

[Rz 140] Der Käufer habe die Auktionsbedingungen und somit die Provision gekannt und sei bereit gewesen, diese zu bezahlen, unabhängig davon, wer der Verkäufer des Lancia war. Ausser-

dem sei aus dem Fahrzeugbeschrieb («Fahrzeug mit EU Zulassung», «EU Fahrzeugpapiere» und «in der Schweiz nicht verzollt») nicht ersichtlich, inwiefern nach Treu und Glauben eine kostenlose Überführung nach Deutschland angenommen werden könne, da eine fehlende Verzollung in der Schweiz nicht zugleich bedeute, dass das Fahrzeug woanders bzw. in Deutschland verzollt sei.

[Rz 141] Der Käufer brachte weiter vor, dass die Formulierung «rennbereit» im Fahrzeugbeschrieb als zugesicherte Eigenschaft zu qualifizieren sei und deshalb darauf geschlossen werden dürfe, dass mit dem Lancia an FIA-Rennen teilgenommen werden könne.

[Rz 142] Das Bundesgericht folgte dieser Begründung nicht und führte aus, der Käufer habe nach eigenen Aussagen schon mehrmals Fahrzeuge gekauft und kenne sich mit solchen Auktionen aus. Daher habe er wissen müssen, dass der Begriff «rennbereit» keine Qualifikation für die Teilnahme an Autorennen sei, für welche eine Lizenz benötigt werde, und dass für die Teilnahme an einem FIA-Rennen das Fahrzeug von der FIA homologiert sein müsse.

[Rz 143] Der Käufer machte ausserdem geltend, dass die Auktionsbedingungen auf den vorliegenden Fall keine Anwendung fänden, da die Verkäuferin nicht als Kommissionärin, sondern als einfache Verkäuferin gehandelt habe und demnach die Ziffer 6 der Auktionsbedingungen keine Bedeutung habe, wonach auf Fahrzeuge, die nicht fristgerecht abgeholt werden, eine Lagergebühr zu entrichten sei. Ausserdem seien die Lagergebühren ungewöhnlich hoch.

[Rz 144] Das Bundesgericht bestätigte, dass ein Kommissionsverhältnis durch Selbsteintritt vorliege und dass die Auktionsbedingungen zur Anwendung kämen. Bei der Aussage über die ungewöhnlich hohe Lagergebühr handle es sich um ein neues Begehren, weshalb darauf nicht eingetreten werden könne.

[Rz 145] Schliesslich brachte der Käufer vor, das Verhalten der Verkäuferin erfülle UWG-Tatbestände, da sie Fahrzeuge aus Eigenbeständen versteigere, ohne dass das Auktionspublikum dies wisse. Das Bundesgericht verwies darauf, dass der Selbsteintritt des Kommissionärs gesetzlich geregelt und unter den Voraussetzungen von Art. 436 Abs. 1 OR erlaubt sei.

Bemerkung

[Rz 146] Bei einer Auktion im Sinne einer öffentlich angekündigten, freiwilligen Versteigerung gem. Art. 229 Abs. 2 OR handelt es sich um einen Kauf, der durch Zuschlag des Versteigerers an den Meistbietenden zustande kommt. Der Einlieferer steht zum Versteigerer in der Regel in einem Kommissionsverhältnis (Art. 425 ff. OR). Der Versteigerer (Verkaufskommissionär) handelt damit in eigenem Namen für Rechnung des Einlieferers, der dem Versteigerer eine Verkaufskommission schuldet (Art. 425 Abs. 1 OR). Das Rechtsverhältnis zwischen dem Versteigerer und dem Ersteigerer, der dem Versteigerer nach den Auktionsbedingungen neben dem Kaufpreis oft ebenfalls eine «Provision» schuldet, ist im Vergleich zum erwähnten Rechtsverhältnis mit dem Einlieferer weniger einfach zu qualifizieren[79].

[Rz 147] Liefert der Versteigerer das Kaufsobjekt selbst von seinem Eigenbestand, sucht er einen

[79] Vgl. Joëlle Becker, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse : Représentation, relations contractuelles et responsabilité, Genf/Zürich/Basel 2011, Rz 442 ff. (Mäklervertrag; gar kein zusätzliches Rechtsverhältnis neben dem Kaufvertrag bzw. Qualifikation der Provision als zusätzliches Element des Kaufpreises bzw. Zuschlag zum Kaufpreis). Interessanterweise haben die grossen Auktionshäuser wie Sotheby's et Christie's die Käufer-Provision erst im Jahr 1975 eingeführt, offenbar als Reaktion auf die steigenden Transaktionskosten bzw. um die Verkaufskommissionen der Einlieferer (als wichtigste Kunden der Auktionshäuser) nicht erhöhen zu müssen (Becker(Fn 79), Rz 443 m.w.H.).

Erwerber für die Kaufsache wie ein normaler Verkäufer. In diesem Fall muss der Versteigerer zum Vornherein keine Aktivität für den Erwerber entfalten, um einen Kaufabschluss herbeizuführen, weshalb die Annahme eines Mäklervertrags im Sinne von Art. 412 OR nicht in Frage kommt[80].

[Rz 148] Trotzdem ist es grundsätzlich zutreffend, dass auch in dieser Konstellation die Parteien gültig die Bezahlung einer vom Ersteigerer zu bezahlenden «Provision» vereinbaren können. Von einer «Verkaufskommission» (so aber Entscheid, E. A.a) sollte hier allerdings nicht gesprochen werden, da eine solche nur vom Einlieferer geschuldet sein könnte, den es im Fall eines Selbsteintritts des Versteigerers ja aber gar nicht gibt. Richtigerweise ist die «Provision» in einem solchen Fall als zusätzliches Element des Kaufpreises zu qualifizieren (vgl. Art. 212 OR, wonach der Preis parteiautonom frei bestimmt werden kann)[81].

[Rz 149] Vorliegend war erstellt, dass dem Käufer anlässlich der Auktion die Auktionsbedingungen, die im Verkaufskatalog abgedruckt waren, zur Verfügung standen und ihm im Anschluss an die Versteigerung zudem eine Zuschlagsbestätigung ausgehändigt wurde, worin er mit seiner Unterschrift die Auktionsbedingungen der Verkäuferin als bindend anerkannt hat. Entsprechend gab der Käufer zu erkennen, dass er unabhängig davon, wer der Verkäufer des Lancia war, bereit war, für den Lancia einen bestimmten Betrag zuzüglich «Provision» — recte: Kaufpreiszuschlag — zu bezahlen (vgl. E. 4.4).

[Rz 150] Zweifelhaft ist indessen, ob sich dieses Ergebnis wie in der bundesgerichtlichen Begründung dargelegt (E. 4.3, 5.2) (auch) daraus ergibt, dass ein Kommissionsverhältnis mit Selbsteintritt vorliegen würde. Der Tatbestand des Selbsteintritts nach Art. 436 regelt je nach dem, ob es sich um eine Einkaufs- oder Verkaufskommission handelt, den Selbsteintritt des Kommissionärs wie folgt: Als Einkaufskommissionär kann er anstatt aus Dritt- aus eigenen Beständen liefern, als Verkaufskommissionär kann er anstatt das Kaufobjekt an einen Dritten zu veräussern, es für den Eigenbestand übernehmen.

[Rz 151] Vorliegend wurden diese zwei Arten Kommission, d.h. Einkaufs- bzw. Verkaufskommission, in ein und demselben Sachverhalt vermischt: Einerseits behauptete der Beschwerdeführer, es sei eine *Verkauf*skommission vorgetäuscht worden, in der er als Ersteigerer (Dritter), die Verkäuferin als Versteigerer (Verkaufskommissionär) und Einlieferer (Kommittent) handelte. Andererseits hält das Bundesgericht an der Konstellation einer *Einkauf*skommission fest (E. 4.3). Der Versteigerer dürfte aber in der Regel (und auch vorliegend) nicht als Einkaufskommissionär des Ersteigerers handeln; dies würde voraussetzen, dass der Versteigerer in eigenem Namen (auf Rechnung des Ersteigerers) das Kaufsobjekt erwerben soll.

[Rz 152] Da der Käufer eine Vortäuschung einer *Verkaufs*kommission geltend machte, hat das Bundesgericht zu Unrecht auf die Möglichkeit eines Selbsteintritts bei einer *Einkaufs*kommission abgestellt. Dagegen hätte eine Bejahung des Selbsteintritts bei einer *Verkaufs*kommission nicht erfolgen können, da es i.c. offensichtlich an der Erfüllung dieses Tatbestands fehlte: der Kommissionär (Versteigerer) und der Kommittent (Einlieferer) waren ein und dieselbe Person[82].

[Rz 153] Es scheint, als hätte das Bundesgericht aus Zweckmässigkeit den Tatbestand des Selbsteintritts einer *Einkaufs*kommission bejaht, um dem Umstand einer vermeintlichen Vortäuschung

---

80 Becker(Fn 79), Rz 461.

81 Becker (Fn 79), Rz 487 f.

82 Kritisch auch Martina Wäger/Markus Vischer, Kaufvertrag — Selbsteintritt des Kommissionärs, in: dRSK, publiziert am 13. August 2013, Rz 11 f.

eines *Verkaufs*kommissionsverhältnisses nicht Rechnung tragen zu müssen[83].

[Rz 154] Schliesslich stellte die Erfüllung aus Eigenbestand vorliegend in der Tat wohl kein Missbrauchstatbestand dar, da Art. 436 OR den Selbsteintritt im Fall einer Einkaufs- oder Verkaufskommission zulässt und nicht vorgebracht wurde, der Versteigerer erfülle die Käufe entgegen dem Anschein regelmässig aus Eigenbeständen. Die Verkäuferin hatte bloss anerkannt, «dass es immer wieder vorkomme, dass sie Fahrzeuge aus Eigenbeständen versteigere, ohne dass das Auktionspublikum dies wisse» (E. 6.1); von einer systematischen und «anscheinswidrigen» Erfüllung der Käufe aus Eigenbestand war also nicht die Rede.

2. Grundstückkauf — Formerfordernis und ungerechtfertigte Bereicherung

Urteil des Bundesgerichts 4A_29/2013 **vom 6. Juni 2013 (kommentiert von CB)**

[Rz 155] Die X. AG (Beschwerdegegnerin) kaufte ein Grundstück in Corsier und errichtete auf der Parzelle Nr. 1111 zwei Villen, welche aber nicht baubewilligungskonform waren. Es wurde ein das Nachbargrundstück überragender Anbau erstellt, was dazu führte, dass der Mindestabstand zur Parzelle Nr. 9999 nicht eingehalten wurde. Deshalb ordnete die Behörde den partiellen Abbruch des Gebäudes an.

[Rz 156] Bald darauf erwarben A. (Beschwerdeführer) und dessen Ehefrau B. die Parzelle Nr. 9999 und schlossen mit der X. AG einen einfach schriftlichen Vertrag ab. Darin wurde festgehalten, dass 350m^2 zu einem Preis von CHF 745 pro m^2 von A. an die X. AG verkauft werden. Ausserdem seien diverse Dienstbarkeiten zulasten der Parzelle von A. und B. zu errichten und die X. AG räume diesen dafür ein Wegrecht ein. Die Kosten der Beurkundung und Vermessung sollten von der X. AG getragen werden. Daraufhin teilten A. und B. der Baubewilligungsbehörde mit, dass sie ihre Parzelle zugunsten der Beschwerdegegnerin im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Beschränkung, die im Grundbuch anzumerken sei, reduzieren würden[84]. So wurde diese Änderung ins Grundbuch eingetragen und die Villen der Beschwerdegegnerin wurden nachträglich von der Behörde bewilligt. X. AG liess einen Entwurf eines öffentlich-beurkundeten Vertrags zwecks Umsetzung der schriftlichen Vereinbarung errichten. Infolge von Meinungsverschiedenheiten (insbes. wegen einer Zinsforderung von A.) kam es indessen nicht zur Unterzeichnung der Urkunde.

[Rz 157] Als die X. AG liquidiert wurde und A. erfuhr, dass der Verkauf der Parzelle Nr. 1111 anstand, machte er Schadenersatz im Umfang der zur Einräumung der Baubewilligung erforderlichen Rechte zu Lasten der Parzelle Nr. 9999 und zu Gunsten der Parzelle Nr. 1111 geltend.

[Rz 158] In der Folge liess A. der X. AG einen Zahlungsbefehl über CHF 345'000 zustellen und erhob Klage beim zuständigen Gericht in Genf. Die X. AG wurde vom erstinstanzlichen Gericht verurteilt, dem A. CHF 80'775 zuzüglich Zins zu zahlen. Die dagegen von der X. AG eingereichte Berufung beim Obergericht (Cour de justice) wurde gutgeheissen. Das Obergericht verwarf die

83 Kritisch auch Wäger/Vischer(Fn 82), Rz 11 f.

84 «Le 30 mars 2000, à l'intention de l'autorité administrative et en vue d'exécuter la convention, A. et B. ont souscrit une déclaration selon laquelle, en substance, ils acceptaient que pour l'application du coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol, leur parcelle n° 9999 fût réduite de 359 m^{2}au profit de la parcelle voisine n° 1111. La déclaration précisait que « cette restriction de droit public [ferait] l'objet d'une mention inscrite au registre foncier ».» (E. B.)

Begehren von A. auf Schadenersatz mit der Begründung, die X. AG sei nicht durch den Vertrag verpflichtet, weil der Vertrag die vorausgesetzten Formerfordernisse nicht erfülle, da der Grundstückkaufvertrag nicht öffentlich beurkundet worden war.

[Rz 159] Das Bundesgericht wies die vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde in Zivilsachen vollumfänglich ab.

[Rz 160] Das Bundesgericht erwog, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag als Grundstückkaufvertrag im Sinne von Art. 216 Abs. 1 OR zu qualifizieren sei. Somit sei zu dessen Gültigkeit eine öffentliche Beurkundung aller objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte nötig. Es stehe den Parteien frei, noch weitere Leistungen im Vertrag festzuhalten, jedoch sind auch diese genau auszuweisen und zu beurkunden.

[Rz 161] Vorliegend sei eine Globalvereinbarung geschlossen worden, da der Grundstückkauf und die weiteren Leistungen, wie die Errichtung oder Löschung von Dienstbarkeiten, die Errichtung des Wegrechts etc. nicht voneinander getrennt wurden. Dabei sei aber das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung von den Parteien nicht eingehalten worden und somit sei der Vertrag nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 214 Abs. 1 OR nichtig (E. 3.1).

[Rz 162] A. brachte vor, es sei rechtsmissbräuchlich, wenn eine Partei den Vertrag teilweise erfüllt, danach aber dessen Ungültigkeit geltend macht, obschon sie Kenntnis des Formmangels hat. Dagegen hielt das Bundesgericht fest, im einfach schriftlichen Vertrag hätten die Parteien ausdrücklich gemeinsam vorgesehen, einen öffentlich beurkundeten Vertrag abzuschliessen, durch den sie gültig gebunden sein sollten. Da die X. AG sodann einen entsprechenden Entwurf errichtete und dieser deshalb nicht unterzeichnet worden sei, weil A. und B. nunmehr mit dem Preis nicht mehr zufrieden gewesen seien, sei die Berufung der X. AG auf Formungültigkeit nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen (E. 3.2).

[Rz 163] Des Weiteren hielt das Bundesgericht fest, dass gemäss Art. 67 Abs. 1 OR der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach einem Jahr seit Kenntnis des Anspruchs verjährt sei. Kenntnis sei dann gegeben, wenn der Geschädigte von dem ungefähren Ausmass der Vermögenseinbusse und der Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung wusste. Zudem müsse die Person des Bereicherten bekannt sein. Vorliegend sei die Verjährungsfrist aber bereits Anfang 2003 abgelaufen (E. 4).

[Rz 164] Schliesslich sei die Berufung der X. AG auf die Verjährung nicht rechtsmissbräuchlich. Es gäbe keinen Grund zur Annahme, dass der Gläubiger auf raffinierte Art und Weise davon abgehalten worden sei, rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist zu handeln. Auch wenn der Schuldner, ohne arglistige Absichten, mit seinem Verhalten den Gläubiger eher dazu bewegt habe, während der Verjährungsfrist keine juristischen Vorkehrungen zu treffen, könne dadurch noch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden (E. 4).

[Rz 165] Das Bundesgericht wies die Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, ab.

Bemerkung

[Rz 166] Der Entscheid zeigt auf, dass A. gut beraten gewesen wäre, die öffentlich-rechtliche Erklärung, die zur Erteilung der Baubewilligung notwendig war, von der Unterzeichnung eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrags abhängig zu machen. Weiter ruft das Urteil in Erinnerung, dass Verjährungsfristen durch laufende Vertragsverhandlungen nicht suspendiert werden und die Berufung auf eine eingetretene Verjährung nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen offensichtlich rechtsmissbräuchlich sein kann.

[Rz 167] A. hätte aufzeigen müssen, dass die X. AG, anstatt ernsthaft und loyal zu verhandeln,

bloss vortäuschte, die Verhandlungen weiter zu führen, um A.'s Wachsamkeit einzuschläfern und ihn im Ergebnis daran zu hindern, seine Rechte rechtzeitig geltend zu machen (E. 4).

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.
Prof. Dr. Christoph Brunner, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Python & Peter und Titularprofessor an der Universität Bern. Er ist Leiter des Ressorts nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.
Für die Rechtsprechungsübersicht zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2012 siehe Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2012 — «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 2. Dezember 2013 (mit Hinweis auf Übersichten früherer Jahre).