www.jusletter.ch

Christoph Brunner / Markus Vischer

# Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2014 – «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 2014 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 2014 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 14. Dezember 2015

ISSN 1424-7410, http://jusletter.weblaw.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77 EDITIONS WEBLAW

## Inhaltsübersicht

I. Zuständigkeitsrelevante Erfüllungsortsvereinbarungen im internationalen Verhältnis
1. Gerichtsstandsrelevante Erfüllungsortsvereinbarungen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ)
2. Erfüllungsort von Dienstleistungsverträgen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ)
II. Unternehmenskauf
1. Aktientauschvertrag bei Aktienerwerb durch Übergabe eigener Aktien; Ungültigkeit einer Aufhebungsvereinbarung
2. Anfechtung Aktienkaufvertrag wegen absichtlicher Täuschung; Rückabwicklung nach Art. 82 OR
3. Aktienkaufvertrag; Veränderungen nach Bilanzstichtag; Expertise
4. Auflösung und Rückabwicklung eines Vorvertrages zu einem Geschäftsübertragungsvertrag infolge Grundlagenirrtums
5. Geschäftsübertragungsvertrag; Grundlagenirrtum
III. Grundstückkauf
1. Grundstückkaufvertrag; Haftung aus culpa in contrahendo
2. Grundstückkaufvorvertrag; Abgeltungsvereinbarung; Formungültigkeit
3. Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen; Verhältnis von Art. 199 zu Art. 200 Abs. 2 OR
4. Grundstückkaufvertrag; Sachgewährleistung; vom Käufer gekannter Mangel (Art. 200 Abs. 1 OR)
5. Klage auf Gewährleistung wegen Mängeln; unbeziffertes Rechtsbegehren; Mindestwertangabe; Verjährung
6. Grundstückkaufvertrag; Aktivlegitimation bei Gläubigermehrheit; Abgrenzung Einzelgläubigerschaft, gemeinschaftliche Gläubigerschaft und Teilgläubigerschaft; Miteigentümer eines Grundstücks als Teilgläubiger
7. Erfolgshonorar des Mäklers für Liegenschaftsverkauf; Auslegung des Wortlauts «Beibringung eines abschlusswilligen Kaufinteressenten»
8. Mängelhaftung; Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärmängeln; Unterbrechung der Verjährungsfrist; Schuldanerkennung
9. Gewährleistungsrechtlicher Mangelbegriff; Bedeutung baupolizeilicher Vorschriften; Minderung
IV. Fahrniskauf und Forderungskauf
1. Gewährleistungsausschluss (Kauf auf eigenes Risiko)
2. Occasionsfahrzeug; Sachgewährleistung (Zusicherung, Anpreisung)
3. Mängelrüge; Anforderungen an die Stichprobe
4. Unerheblicher Sachmangel i.S. von Art. 197 Abs. 1 OR
5. Forderungskauf; prozessual verspätet erhobene Verrechnungseinrede; Sittenwidrigkeit einer Darlehenszinsvereinbarung von mehr als 18%

# I. Zuständigkeitsrelevante Erfüllungsortsvereinbarungen im internationalen Verhältnis

## 1. Gerichtsstandsrelevante Erfüllungsortsvereinbarungen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ)

**Urteil des Bundesgerichts 4A_522/2013 vom 12. Mai 2014, publiziert als BGE 140 III 170 (MV)**[1]

[1] Für eine einlässliche Besprechung siehe: Davide Giampaolo/Markus Vischer, Abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen als verkappte Gerichtsstandsklauseln: Teleologische Reduktion von Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ?, in: dRSK, publiziert am 16. Juli 2014; Christoph Hurni, Zur Wirksamkeit gerichtsstandsrelevanter Erfüllungsortsvereinbarungen unter dem LugÜ (Urteil 4A_522/2013 vom 12. Mai 2014), in: ZBJV 2014, S. 531–534.

[Rz 1] Die B. AG (Bestellerin) plante ein neues Zentrallager an ihrem Sitz in Österreich. Im Hinblick darauf schloss sie mit der A. GmbH mit Sitz in Deutschland (Unternehmerin) Werkverträge ab. Die AGB der Unternehmerin enthielten eine Erfüllungsortsklausel mit folgendem Wortlaut: «*Bestimmt unsere Auftragsbestätigung nichts anderes, ist Erfüllungsort für den Leistungsgegenstand und für alle Zahlungen [...] unser jeweiliger Geschäftssitz, zurzeit W., Schweiz*». Später klagte die Unternehmerin den ausstehenden Werklohn beim Handelsgericht Zürich ein, welches jedoch die Gerichtsstandsrelevanz der Erfüllungsortsklausel verneinte und mangels Zuständigkeit nicht auf die Klage eintrat.

[Rz 2] **1.** Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. b i.V.m. Art. 5 Ziff. 1 lit. a Lugano-Übereinkommen (LugÜ) für Klagen aus Dienstleistungsverträgen die Gerichte am Ort in einem Vertragsstaat zuständig seien, an dem gemäss Vertrag die Dienstleistungen erbracht worden seien oder hätten erbracht werden müssen. Zuständig seien also – unter Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung über den Leistungsort – die Gerichte am Erfüllungsort der charakteristischen Vertragsleistung (E. 2.2.1 und 2.2.2). **2.** Erfüllungsortsvereinbarungen seien nur dann gerichtsstandsrelevant, wenn sie einen Bezug zur Vertragswirklichkeit hätten, d.h. die Leistung auch tatsächlich an dem vereinbarten Ort erbracht werde. Rein prozessual ausgerichtete, abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen hätten hingegen keine zuständigkeitsbegründende Wirkung (E. 2.2.2). **3**. Erfüllungsortsvereinbarungen seien nur dann gerichtsstandsrelevant, wenn durch sie der Erfüllungsort für alle vertraglichen Pflichten einheitlich bestimmt werde, weil nur damit die angestrebte Sach- und Beweisnähe sichergestellt werden könne (E. 2.2.3). **4.** Im Ergebnis stützte das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz, wonach für vorliegende Streitigkeit kein Gerichtsstand in Zürich gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ begründet worden sei. Denn der tatsächliche Erfüllungsort der charakteristischen Vertragsleistung liege ausserhalb der Schweiz (E. 2.3 und 2.4).

[Rz 3] **Bemerkung**: Mit vorliegendem Urteil spricht sich das Bundesgericht gegen die Möglichkeit eines Splittings des Erfüllungsortsgerichtsstands im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ aus, d.h. für unterschiedliche Vertragspflichten können nicht verschiedene Erfüllungsorte vereinbart werden. Folglich muss der Erfüllungsort für sämtliche Vertragspflichten einheitlich bestimmt werden. Da Erfüllungsortsvereinbarungen zuständigkeitsrechtlich unbeachtlich sind, wenn sie sich an dem irrelevanten Erfüllungsort für Geldschulden orientieren und/oder keinen Zusammenhang mit der Vertragswirklichkeit aufweisen, werden abweichende Erfüllungsortsvereinbarungen in den meisten Fällen nur dann gerichtstandsbegründende Wirkungen entfalten, wenn sie zugleich die Voraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 23 LugÜ erfüllen.

## 2. Erfüllungsort von Dienstleistungsverträgen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ)

**Urteil des Bundesgerichts 4A_113/2014 vom 15. Juli 2014, publiziert als BGE 140 III 418 (MV)**[2]

[Rz 4] Die A. SA mit Sitz in Polen produziert bestimmte Druckgussteile aus Aluminium und Magnesium. Die A. SA pflegte während vieler Jahre eine Zusammenarbeit mit B. mit Sitz in der Schweiz. In die Verträge zwischen den beiden Parteien wurde jeweils auch die C. GmbH, eine von B.

[2] Siehe auch: Nicola Togni/Markus Vischer, Bestimmung des Erfüllungsorts von Dienstleistungsverträgen nach den vertraglichen Vereinbarungen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ), in: dRSK, publiziert am 24. Oktober 2014; Jens Lehmann, Rechtsprechungsübersicht Internationales Privat- und Verfahrensrecht, in: AJP 2015, S. 375–376, S. 375 f.

gegründete Beratungs- und Vertriebsfirma, eingebunden. 2012 klagte B. aus der Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Parteien resultierende finanzielle Ansprüche beim Handelsgericht Zürich ein. Die von der A. SA erhobene Einrede der Unzuständigkeit wies das Handelsgericht mit Beschluss vom 13. Januar 2014 ab.

[Rz 5] **1.** Das Bundesgericht hielt fest, dass der Gerichtsstand bei Klagen aus Dienstleistungsverträgen i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ grundsätzlich übereinkommensautonom zu bestimmen sei. Dieser liege einheitlich für alle Klagen aus Vertrag am Ort der charakteristischen Vertragsleistung (E. 3.2). **2.** Der Erfüllungsort einer Dienstleistung sei nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ primär «nach dem Vertrag» zu bestimmen. Könne der Ort der Leistungserbringung nicht anhand der Vertragsbestimmungen ermittelt werden, sei hilfsweise der Ort der tatsächlichen (hauptsächlichen) Leistungserbringung heranzuziehen (E. 4.1). **3.** Das Bundesgericht hielt an der Praxis des EuGH fest, wonach zur Ermittlung des Erfüllungsorts auch Vertragsbestimmungen berücksichtigt werden können, die nicht unmittelbar und ausdrücklich einen Erfüllungsort bezeichnen (E. 4.4.1.). **4.** Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, dass die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zu Recht bejaht hatte (E. 7).

[Rz 6] **Bemerkung**: Mit vorliegendem Entscheid beantwortete das Bundesgericht die Frage, ob der Erfüllungsort eines Dienstleistungsvertrags im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ vertragsautonom oder anhand des Ortes der tatsächlichen Leistungserbringung zu ermitteln ist. Dabei entschied sich das Bundesgericht – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH – für erstere Lösung.

## II. Unternehmenskauf

### 1. Aktientauschvertrag bei Aktienerwerb durch Übergabe eigener Aktien; Ungültigkeit einer Aufhebungsvereinbarung

**Urteil des Bundesgerichts 4A_581/2012 vom 29. August 2013 (MV)**[3]

[Rz 7] Die X. AG schloss mit A., der Eigentümerin sämtlicher Aktien an der Z. AG, eine mit «*Kaufvertrag betreffend sämtliche Aktien der Z. AG*» betitelte Vereinbarung ab. Die Vereinbarung sah vor, dass die X. AG die Z-Aktien von A. durch Übergabe von eigenen Beteiligungspapieren an der X. AG erwerben sollte. Nach Abwicklung des Geschäfts focht A. diese Vereinbarung an, worauf in der Folge eine Aufhebungsvereinbarung unterzeichnet und die erfolgten Leistungen rückabgewickelt wurden. Später machte die X. AG die Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung wegen eines Willensmangels geltend und klagte auf Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe von Aktien an der X. AG.

[Rz 8] **1.** Das Bundesgericht qualifizierte die als «*Kaufvertrag*» betitelte Vereinbarung zwischen den Parteien als Tausch. Das Austauschverhältnis bestehe hinsichtlich der Beteiligungspapiere (E. 4. und 4.1). **2.** Das Bundesgericht wies darauf hin, dass ein Rechtsgeschäft nicht zugleich Kauf (Art. 184 ff. OR) und Tausch (Art. 237 ff. Obligationenrecht; OR) sein könne. Ein Tausch liege vor, wenn nach dem übereinstimmenden Parteiwillen die wechselseitige Übertragung von Besitz und Eigentum an bestimmten Sachen Inhalt der Hauptobligation beider Parteien bilde. Daran

[3] Siehe auch: Manuel Muehlestein/Markus Vischer, Kaufvertrag – Abgrenzung zum Tausch, Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs gegenüber dem Vindikationsanspruch, in: dRSK, publiziert am 28. Januar 2014; Michel Hopf, Bundesgerichtspraxis Gesellschaftsrecht 2013 – Unternehmenskaufverträge (1. Teil), in: ST 2014, S. 499–502, S. 502.

ändere der Umstand, dass die Parteien vorliegend den vereinbarten Leistungen einen Geldwert zum Zwecke der Bemessung der Austauschäquivalenz zugmessen haben, nichts (E. 4.2). **3.** Mit Blick auf den von der X. AG vertretenen Standpunkt, wonach ihr sowohl ein Vindikations- als auch ein Bereicherungsanspruch zustehe, bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach die Kondiktion subsidiär gegenüber der Vindikation ist (E. 2.3.1).

## 2. Anfechtung Aktienkaufvertrag wegen absichtlicher Täuschung; Rückabwicklung nach Art. 82 OR

**Urteil des Bundesgerichts** 4A_533/2013 **vom 27. März 2014 (MV)**[4]

[Rz 9] Mit zwei separaten Kaufverträgen verkaufte A. C. 25 Inhaberaktien der D. Holding AG. Im zweiten Aktienkaufvertrag wurde festgehalten, dass die Festlegung des Kaufpreises auf dem immens hohen, weltweiten Marktpotenzial der im Eigentum der Tochtergesellschaft E. AG stehenden Immaterialgüterrechten im Bereich der Solarzellentechnologie beruhe. Rund zwei Jahre nach Abschluss der Kaufverträge focht C. den zweiten Aktienkaufvertrag sowie die zwei zwecks Kaufpreistilgung abgeschlossenen Grundstückkaufverträge an und berief sich auf Nichtigkeit zufolge absichtlicher Täuschung.

[Rz 10] **1.** Das Bundesgericht hielt fest, dass der Tatbestand von Art. 28 OR erfüllt sei, wenn eine absichtliche Täuschung vorliege (wobei *dolus eventualis* genüge) und zusätzlich der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum kausal für den Abschluss des Vertrages gewesen sei (E. 3.1). **2.** Gemäss Art. 8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) trage der Getäuschte die Beweislast für die Voraussetzungen der Täuschung, wobei mit dem Nachweis der Täuschungshandlung der kausale Einfluss der Täuschungshandlung auf den Vertragsschluss vermutet werde (E. 3.1). **3.** Das Bundesgericht betonte, dass ein allenfalls fahrlässiges Verhalten des Getäuschten, die Täuschungshandlung nicht aufheben könne (E. 4.3). **4.** Die Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 28 OR erachtete das Bundesgericht im vorliegenden Fall als erfüllt, da C. durch eine Vielzahl unwahrer Angaben zu dem Solarzellenprojekt wie auch zu seiner eigenen Person ein eigentliches hochstaplerisches Konzept aufgebaut hatte (E. 3.4.7 und 3.6). **5.** Schliesslich wies das Bundesgericht darauf hin, die Vorinstanz habe festgestellt, dass A. im erstinstanzlichen Verfahren weder explizit noch sinngemäss die Einrede nach Art. 82 OR erhoben habe. Den Einwand von A., wonach die Vorinstanz die Rückabwicklung des unverbindlichen Aktienkaufvertrages Zug um Zug hätte anordnen sollen, wies das Bundesgericht zurück und führte aus, dass das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen sei (E. 6.2 und 6.3).

## 3. Aktienkaufvertrag; Veränderungen nach Bilanzstichtag; Expertise

**Urteil des Bundesgerichts** 4A_502/2013 **vom 18. Februar 2014 (CB)**

[Rz 11] Am 20. Februar 2003 schlossen X. (Beschwerdeführer) und Z. einen Kaufvertrag über die Aktien der damaligen X. AG (jetzt Y. AG, Beschwerdegegnerin) ab. Der Verkäufer X. verkaufte Z. die Aktien für einen symbolischen Betrag von CHF 20, da die X. AG überschuldet war. Im

[4] Siehe auch: Tabea Kunz/Markus Vischer, Anfechtung eines Aktienkaufvertrages wegen absichtlicher Täuschung und dessen Rückabwicklung nach Art. 82 OR, in: dRSK, publiziert am 20. August 2014; Jacques de Werra, Droit des contrats: Partie générale et contrats spéciaux, in: JdT 2015, S. 179–201, S. 179 ff.

Kaufvertrag wurde festgehalten, dass X. gegenüber der X. AG eine Kontokorrentforderung (Aktionärsdarlehen) zusteht. Ferner wurde eine Anpassung für den Fall vorbehalten, dass sich der Saldo der Debitoren, Kreditoren und angefangenen Arbeiten bis zum Vorliegen der revidierter Jahresrechnung 2002 verändern sollte.

[Rz 12] Mit Schreiben vom 16. Februar 2004 genehmigte Z. zwar den Kaufvertrag, machte jedoch unter Verweis auf die aus seiner Sicht bei Vertragsschluss unrichtig dargestellte Vermögenslage geltend, er werde weder eine neue Sicherheit für die Y. AG leisten noch irgendwelche Auszahlungen an den Verkäufer X. vornehmen. Dessen Kontokorrentforderung sei durch die Ausgleichung der Saldoänderungen bei den Debitoren, den Kreditoren und den angefangenen Arbeiten untergegangen und an deren Stelle sei eine Kontokorrentforderung der Y. AG gegen X. entstanden.

[Rz 13] **1.** Das Bundesgericht erwog, dass gemäss dem Aktienkaufvertrag die Kontokorrentforderung des Verkäufers X. Anpassungen unterliegen sollte, und zwar nach Massgabe davon, inwieweit die revidierte Jahresrechnung bei den Bilanzposten Debitoren, Kreditoren und angefangene Arbeiten vom provisorischen Jahresabschluss 2002 abweichen würde. Gemäss Feststellung der Vorinstanzen, welche sich auf ein gerichtliches Gutachten stützten, führten negative Saldoänderungen in diesem Umfang zum vollständigen Untergang der Kontokorrentforderung. Das Bundesgericht führte aus, bezüglich der Würdigung von Gutachten durch die kantonalen Instanzen sei zu beachten, dass ein Gericht in Fachfragen nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen dürfe. Es habe zu prüfen, ob sich auf Grund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheine dem Gericht die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, habe das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen können gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen. Vorliegend sei erwiesen, dass die Vorinstanz willkürfrei auf das Gutachten abstellen durfte (E. 4). **2.** Des Weiteren war streitig, ob ein später erfolgender Mittelzufluss aus einer Zahlung eines Dritten an die Y AG. (Reuegeldzahlung der M. AG betr. Nichtrealisierung einer Überbauung) für die Bestimmung der Kontokorrentforderung des X. hätte berücksichtigt werden sollen. Das Bundesgericht hielt fest, es handle sich um ein Ereignis, das nach dem Bilanzstichtag erfolgt sei, so dass es nach Buchführungsrecht nur zu berücksichtigen gewesen wäre, wenn die Ursache dafür vor dem Bilanzstichtag gelegen hätte. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Parteien solches im Kaufvertrag vereinbart hätten, was nicht der Fall sei. Die Reuegeldzahlung der M. AG sei gemäss Kaufvertrag für die Rückzahlung eines Pool-Darlehens verschiedener Darlehensgeber gedacht gewesen (E. 5, E. 7).

## 4. Auflösung und Rückabwicklung eines Vorvertrages zu einem Geschäftsübertragungsvertrag infolge Grundlagenirrtums

**Urteil des Bundesgerichts** 4A_297/2013 **vom 4. September 2013 (CB)**[5]

[5] Siehe auch: Adrien Gabellon, Vers la reconnaissance de l'engagement réciproque de conclure? Arrêt du Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_297/2013 du 4 septembre 2013, X. SA contre 1.Y et 2. Z., in: AJP 2015, S. 1210–1212 (zur Abgrenzung Vorvertrag – Hauptvertrag); Martina Wägner/Markus Vischer, Geschäftsübergang – Qualifikation, in: dRSK, publiziert am 21. März 2014; Pierre Wessner, Urteilsbesprechung 4A_297/2013, in: Droit du bail 2014, S. 11 f.

[Rz 14] Y. und Z. schlossen mit der S. AG einen Vorvertrag zur Übernahme eines Nachtlokals ab. Sie gingen davon aus, dass sie in der Lage sein würden, die Lizenz zur Führung eines Nachtlokals übernehmen zu können. Gemäss dem Vorvertrag leisteten sie eine Anzahlung. Aufgrund von baulichen Mängeln am Objekt wurde Y. und Z. indessen die Lizenz für den Nachtlokalbetrieb entzogen, worauf sie den Vorvertrag auflösen wollten und ihre Anzahlung zurückverlangten.

[Rz 15] **1.** Das Bundesgericht hielt fest, dass nach Art. 22 OR Verpflichtungen zum Abschluss eines künftigen Vertrages durch einen Vorvertrag begründet werden können. Dabei werden in diesem Vorvertrag bereits die wichtigsten Elemente festgehalten. Beim zu schliessenden Hauptvertrag handle es sich um einen sog. Geschäftsübertragungsvertrag (BGE 129 III 18, 21) (E. 3.2.1). **2.** Ein Vorvertrag könne – wie jeder andere Vertrag auch – unverbindlich werden, wenn Willensmängel vorliegen. Auf einen Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) könne sich die Partei berufen, die sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der für sie notwendige Vertragsgrundlage war, und den sie zudem nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte. Neben der subjektiven Wesentlichkeit sei damit erforderlich, dass der zu Grunde gelegte Sachverhalt auch objektiv, vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Vertrages erscheint.

[Rz 16] **2.** Vorliegend bestätigte das Bundesgericht, dass Y. und Z. den Vorvertrag zu Recht infolge Grundlagenirrtums angefochten hatten. Die S. AG habe vor Vertragsschluss erklärt, dass das Lokal ab einem bestimmten Zeitpunkt als Diskothek genutzt werden könne. Dies habe sich in der Folge aber als falsch erwiesen, da die Räumlichkeiten u.a. ungenügend gegen Schall isoliert waren, was der S. AG bei Vertragsschluss bekannt gewesen sei (E. 3.2.2). Es bestehe daher auch keine Schadenersatzpflicht von Y. und Z. gemäss Art. 26 OR (E. 3.2.4).

## 5. Geschäftsübertragungsvertrag; Grundlagenirrtum

**Urteil des Bundesgerichts** 4A_313/2013 **vom 6. November 2013 (CB)**

[Rz 17] Z. führte im Bahnhof Eaux-Vives in Genf eine Wechselstube. Am 19. Dezember 2006 schloss sie mit X. (Übernehmer bzw. «Käufer»; Beschwerdeführer) einen Vertrag über die Übergabe ihres Geschäftsbetriebs zum Preis von CHF 220'000. Dafür gewährte Z. dem X. ein Darlehen mit fixer Laufzeit (6% Zins p.a.). X. plante, die Wechselstube bis zu seiner Pension im Jahr 2021 zu führen und anschliessend weiter zu verkaufen.

[Rz 18] X. leistete im Hinblick auf das Darlehen drei Rückzahlungen im Totalbetrag von CHF 40'000 sowie Zinsen bis Ende 2009. Anfangs 2010 wurde X. darüber informiert, dass das Bahnhofsgebäude aufgrund eines Projekts zwischen 2011 und 2016 abgerissen werde. Daraufhin weigerte sich X., der Z. das noch ausstehende Darlehen zurückzuzahlen, worauf Z. die ausstehende Darlehensforderung einklagte.

[Rz 19] **1.** Der Beschwerdeführer Z. machte einen Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend. Er sei irrtümlicherweise davon ausgegangen, das Bahnhofsgebäude Eaux-Vives stehe unter Denkmalschutz und könne somit nicht abgerissen werden. Das Bundesgericht erwog, dass das Verbleiben im Bahnhofsgebäude auch dann nicht sicher gewesen wäre, wenn es unter Denkmalschutz gestanden hätte. Es wäre auch in diesem Fall wahrscheinlich gewesen, dass die Renovationsarbeiten die vorübergehende Schliessung des Bahnhofs zur Folge gehabt hätten (E. 3). **2.** Des Weiteren habe Z. einen Mietvertrag gehabt, der jährlich erneuert werden musste, so dass eine Nutzung und der geplante spätere Weiterverkauf der Wechselstube ohnehin nicht gesichert gewesen

sei. Aus diesen Gründen könne der Umstand, dass das Gebäude nicht unter Denkmalschutz stand, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr keine objektiv wesentliche Grundlage für den Vertrag gewesen sein. Das Bundesgericht vereinte daher das Vorliegen eines Grundlagenirrtums und wies die Beschwerde ab (E. 3).

## III. Grundstückkauf

### 1. Grundstückkaufvertrag; Haftung aus culpa in contrahendo

**Urteil des Bundesgerichts** 4A_229/2014 **vom 19. September 2014 (MV)**[6]

[Rz 20] C. trat mit F., Angestellter der D. AG (Immobiliengesellschaft), in Vertragsverhandlungen über den Erwerb einer Immobilie ein, welche im Eigentum der B. AG stand. Die B. AG und die D. AG waren Tochtergesellschaften der E. Group. Auf Anordnung der E. Group hin unterbrach die D. AG die Vertragsverhandlungen. Nach Wiederaufnahme der Verhandlungen arbeitete der Notar ein Verkaufsversprechen und einen definitiven Verkaufsvertrag aus, welche die D. AG aber nicht unterzeichnete. Ferner wurde der Notar darüber informiert, dass C. seit Beginn der Vertragsverhandlungen davon in Kenntnis gesetzt worden sei, dass die E. Group kein Interesse am Verkauf der Immobilie habe. In der Folge klagte A., nachdem ihm C. alle Rechte und Pflichten aus den Vertragsverhandlungen übertragen hatte, gegen die B. AG und machte eine Schadenersatzforderung aus *culpa in contrahendo* geltend.

[Rz 21] **1.** Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass ein Leistungsgegenstand, d.h. eine Kaufsache oder ein Werk, mangelhaft sei, wenn dieser vom Vertrag abweiche, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehle. Mithin beurteile sich ausschliesslich nach Massgabe des konkreten Vertragsinhalts (dem Kauf- oder Werkvertrag), ob ein Mangel vorliege oder nicht (BGE 114 II 239, E. 5a/aa) (E. 5.2). **2.** Allfällige Verstösse gegen baupolizeiliche Vorschriften seien jeweils im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren zu rügen, seien aber nicht geeignet, um in einem Zivilverfahren nach Erteilung der Baubewilligung eine mangelhafte Werkerstellung aufzuzeigen (E. 5.3). **3.** Da vorliegend kein übereinstimmender Parteiwille hinsichtlich der Rollstuhlgängigkeit festgestellt werden konnte, sei der Vertrag normativ auszulegen (E. 5.4). Im Endergebnis schützte das Bundesgericht die Auslegung der Vorinstanz, wonach keine Abweichung vom Vertrag festzustellen sei und somit kein Werkmangel vorliege (E. 5.5).

[Rz 22] **Bemerkung:** Das Bundesgericht definiert die Mangelhaftigkeit eines Leistungsgegenstands, sei es im Werk- oder im Kaufvertragsrecht, bisweilen als «Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit». Im vorliegenden Entscheid führte das Bundesgericht zusätzlich präzisierend aus, dass ein Leistungsgegenstand dann mangelhaft ist, wenn er «vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt» und bestätigt damit seine Praxis in Bezug auf die Definition des Begriffs der Mangelhaftigkeit.

6 Siehe auch: Oliver Dalla Palma/Markus Vischer, Haftung aus *culpa in contrahendo* bei formbedürftigen Grundstückkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 6. März 2015; Pascal Pichonnaz/Franz Werro, Contrat de vente immobilière – Grundstückkaufvertrag, in: DC 2015, S. 174–176, S. 176.

## 2. Grundstückkaufvorvertrag; Abgeltungsvereinbarung; Formungültigkeit

**Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2014 vom 17. Dezember 2014 (MV)**[7]

[Rz 23] Die B. AG war daran interessiert, auf der Parzelle von A. eine Filiale zu bauen und teilte A. daher mit, dass sie in Verkaufsverhandlungen eintreten möchte. Daraufhin bestätigte A. die Reservation der Parzelle. Im Hinblick auf den Grundstückkauf schlossen die Parteien einen nicht notariell beurkundeten «Vorvertrag zu einem Kaufvertrag mit Vollmacht» (Vorvertrag) ab. Der Vorvertrag enthielt u.a. eine Regelung bezüglich der Abgeltung bei Nichterwerb (Abgeltungsvereinbarung). Nach Einreichung des Quartierplans teilte die B. AG A. mit, dass das Bauvorhaben weder zeitlich noch wirtschaftlich umsetzbar sei. Daraufhin verlangte A. gestützt auf die Abgeltungsvereinbarung im Vorvertrag eine Entschädigung für die Reservation der Parzelle.

[Rz 24] **1.** Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass Vorverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit öffentlich zu beurkunden seien (E. 3.2). **2.** Seien Zusatzabreden losgelöst vom Grundstückkaufvertrag als sinnvolles Ganzes denkbar, seien diese nicht den Formvorschriften unterstellt (E. 3.2). **3.** Auch mit dem Vorvertrag verbundene Konventionalstrafen unterstehen dem Formzwang, falls diese Leistungspflichten bekräftigen, deren Eingehung die Einhaltung der Formvorschriften erfordern. Dies gelte jedoch nicht für Konventionalstrafen, welche einzig den Zweck haben, das negative Interesse abzugelten wie z.B. den Planungsaufwand (E. 3.2). **4.** In casu stützte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, welche die Eigenständigkeit der Abgeltungsvereinbarung verneint hatte und wies die Beschwerde von A., soweit es darauf eintrat, ab (E. 3.4.3). Zur Begründung führte das Bundesgericht im Wesentlichen aus, dass die Abgeltungsvereinbarung mit den Hauptpflichten des Vorvertrags und mit dem darin vorgesehenen Zeitplan eng verknüpft sei. Zudem sei die Entschädigung an die Bedingung geknüpft, dass der Erwerb der Liegenschaft nicht zustande komme und hänge folglich direkt mit dem Kaufvertrag bzw. dessen Nichtzustandekommen zusammen. Aus diesen Gründen bilde die Abgeltungsvereinbarung losgelöst vom Hauptvertrag kein sinnvolles Ganzes, womit die Eigenständigkeit der Klausel zu verneinen sei und daher nicht vom Hauptvertrag herausgelöst und formfrei geschlossen werden könne (E. 3.3).

## 3. Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen; Verhältnis von Art. 199 zu Art. 200 Abs. 2 OR

**Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014 (MV)**[8]

[Rz 25] Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag verkaufte A. den Eheleuten B. die Parzellen xxx und yyy. Der Kaufvertrag sah einerseits eine Freizeichnung des Verkäufers für Sach- oder Rechtsmängel und andererseits einen Vorbehalt gewisser öffentlich-rechtlicher Beschränkungen vor. Beide Parzellen befanden sich zur Zeit des Vertragsschlusses überwiegend in der Zone für öffentliche

7 Siehe auch: Annina Lippuner/Markus Vischer, Formungültige Abgeltungsvereinbarung eines Grundstückkaufvorvertrages, in: dRSK, publiziert am 6. März 2015; Jörg Schmid/Oliver Zbinden, Formfragen zur Reservationsabrede über ein Grundstück mit Abgeltungsvereinbarung – eine Reprise, in: BR 2015, S. 144–145; Jacques de Werra (Fn. 4), S. 184.

8 Siehe auch: Elena Koch/Markus Vischer, Die «falsche» Zone beim Grundstückskauf, Verantwortung des Käufers oder Arglist des Verkäufers?, in: dRSK, publiziert am 17. Oktober 2014; François Bianchi/Sarah Gros, Chronique de jurisprudence immobilière, in: Not@lex 2015, S. 14–17, S. 16 f.; Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli, Contrat de vente immobilière – Grundstückkaufvertrag, in: DC 2014, S. 305–306, S. 306; Peter Reetz/Martin Sohm/Lorena Franceschetti, Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht – Entwicklungen 2013—06/14 (njus.ch), Bern 2014, S. 18 ff.

Nutzung, welche die Unüberbaubarkeit zu privaten Zwecken vorsah. Da die nach Vertragsschluss von den Eheleuten B. beantragte Umzonung der beiden Parzellen nur hinsichtlich der Parzelle xxx gutgeheissen wurde, klagten die Eheleute B. gegen A. wegen Mangelhaftigkeit der Parzelle yyy. Das Regionalgericht Littoral und Val-de-Travers und das Kantonsgericht Neuenburg wiesen beide die Klage der Eheleute B. ab. In der Folge gelangten die Eheleute B. mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

[Rz 26] **1.** Das Bundesgericht hielt fest, dass der Verkäufer für Mängel, welche der Käufer kannte oder i.S.v. Art. 200 Abs. 2 OR bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit hätte kennen müssen, nicht einstehen müsse (E. 4.1). **2.** Verschweige der Verkäufer arglistig einen Mangel i.S.v. Art. 199 OR, obwohl ihn nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht treffe, sei es dem Verkäufer verwehrt, sich unter Berufung auf Art. 200 Abs. 2 OR auf die Fahrlässigkeit des Käufers zu berufen (E. 4.1). **3.** In casu kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Eheleute B. aufgrund des Vertrags nicht überprüfen mussten, ob die Parzellen bebaubar seien (E. 5.2). **4.** Da unbestritten gewesen sei, dass A. von der besonderen Zonenzuordnung Kenntnis gehabt habe und laut Bundesgericht nicht in gutem Glauben habe darauf vertrauen dürfen, dass sich die Eheleute B. selber über Zonenzuordnung informieren würden, erachtete das Bundesgericht den Tatbestand des arglistigen Verschweigens als erfüllt (E. 5.3.3).

[Rz 27] **Bemerkung**: Das Bundesgericht hat mit vorliegendem Urteil seine Praxis zur Überprüfung von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen bestätigt. Dadurch sollen die aus Sicht des Bundesgerichts oft unbilligen Resultate der Einschränkung der Wegbedingung der gesetzlichen Gewährleistung nachträglich korrigiert werden. Dabei unterzieht das Bundesgericht die Freizeichnungsklauseln einer AGB ähnlichen (verdeckten Inhalts-)Kontrolle und prüft u.a., ob der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Das Kriterium der Arglist ist laut Bundesgericht bei Verletzung einer Aufklärungspflicht erfüllt.

## 4. Grundstückkaufvertrag; Sachgewährleistung; vom Käufer gekannter Mangel (Art. 200 Abs. 1 OR)

### Urteil des Bundesgerichts 4A_445/2013 vom 2. Dezember 2014 (CB)[9]

[Rz 28] A., die Käuferin (Beschwerdeführerin), schloss 2005 einen Kaufvertrag mit B., C. und D. (Verkäufer) über ein Chalet im Wallis zu einem Preis von CHF 230'000 ab. Es wurde vereinbart, das Chalet werde im bestehenden Zustand, unter Ausschluss der Gewährleistung, mit Ausnahme von bekannten Mängeln, welche verschwiegen werden, verkauft («*Le chalet est vendu dans son état actuel, connu des parties, et sans garanties particulières, sauf pour des défauts connus qui auraient pu être cachés*»). Während den Vertragsverhandlungen besichtigte die Käuferin das Chalet mehrmals.

[Rz 29] **1.** Im Verfahren vor Bundesgericht war nur noch strittig, ob die Käuferin einen Gewährleistungsanspruch hat, weil sie bei Vertragsschluss nicht über eine 1989 von den Eltern der Verkäufer im Rahmen eines Schadenfalls erstellte Expertise informiert wurde, welche feststellte, dass das Fundament und die Verankerung des Chalets ungenügend war, wobei die Kosten zur Behebung der mangelnden Stabilität auf CHF 320'000 geschätzt wurden (E. 2.1). **2.** Gemäss den Feststellungen

9 Siehe auch: Pascal Pichonnaz, Contrat de vente – garantie en raison des défauts – CO 200 I (Kaufvertrag – Sachmängelhaftung – OR 200 I), in: BR DC online 2015 Nr. 261.

der Vorinstanz war der Käuferin diese Expertise zwar nicht bekannt, sie wusste jedoch, dass das Chalet unterschiedliche Niveaus und Risse aufwies, und dass dies eine Folge der unzureichenden Verankerung des Chalets war. Die Niveauunterschiede und Risse waren sichtbare Sekundärmängel, welche, wie die Käuferin wusste, vom primären Mangel des unzureichenden Fundaments herrührten. Gestützt auf diese Feststellungen erwog das Bundesgericht, dass die Käuferin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Primärschaden und dessen Schwere gekannt habe. Da sie das Chalet im Wissen um den Mangel gekannt habe, könne sie sich gem. Art. 200 Abs. 1 OR nicht auf Gewährleistungsrechte berufen. Bei einem vom Käufer bekannten und vorbehaltlos akzeptierten «*Mangel*» könne überdies nicht einmal von einem Mangel i.S.v. Art. 197 OR gesprochen werden (E. 2.2).

[Rz 30] **Bemerkung**: Für einen Haftungsausschluss bei Kenntnis des Mangels gem. Art. 200 Abs. 1 OR genügt eine Kenntnis blosser Symptome des Mangels nicht, vielmehr muss sich das Wissen des Käufers auf die in sachlicher und wirtschaftlicher Hinsicht volle Bedeutung und Tragweise des Mangels erstrecken.[10] Vorliegend wusste die Käuferin um die Niveauunterschiede und Risse. Fraglich mag dennoch sein, ob die Käuferin auch um die wirtschaftliche Tragweise des Mangels wusste.[11] Immerhin waren die damals geschätzten Kosten zur Behebung des Stabilitätsproblems ja bedeutend höher als der Kaufpreis. Nach der im Entscheid enthaltenen Sachverhaltsdarstellung hatte die Mitverkäuferin C. der Käuferin bei einer Gelegenheit erklärt, dass das Chalet sich bewege («*que le chalet bougeait*»). Vor diesem Hintergrund muss aber wohl doch im Ergebnis der Begründung des Bundegerichts zugestimmt werden. Bei einem «*sich bewegenden Chalet*» ist offensichtlich, dass dieses einen äusserst schwerwiegenden Mangel aufweist.[12]

## 5. Klage auf Gewährleistung wegen Mängeln; unbeziffertes Rechtsbegehren; Mindestwertangabe; Verjährung

### Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2013 vom 13. Februar 2014 (MV)[13]

[Rz 31] Die A. SA (Bestellerin) klagte gegen die X. AG (Unternehmerin) und verlangte u.a. einen «*montant de CHF 200'000 au minimum + intérêts...*» wegen Mangelhaftigkeit eines unbeweglichen Bauwerks (Anti-Vibrations-Platten). Mit Urteil vom 21. Februar 2013 stellte das erstinstanzliche Gericht fest, dass der Antrag für den Betrag, der über CHF 200'000 hinausgehe, verjährt sei.

[Rz 32] **1.** Das Bundesgericht erklärte, dass die Verjährung nur bis zur Höhe des in der Klage angegebenen Betrags unterbrochen werde (E. 4.2). **2.** Kenne der Gläubiger den genauen Betrag der Forderung noch nicht, müsse dieser die Verjährung entweder für den höchstmöglichen Betrag unterbrechen oder eine Handlung vornehmen, welche nicht voraussetze, dass der geforderte Betrag genau angegeben werden müsse, wie z.B. eine unbezifferte Forderungsklage (E. 4.2). **3.** Die A. SA habe einen Antrag für mindestens CHF 200'000 gestellt und ferner angemerkt, dass der tatsächliche Schaden wohl grösser sei und dass sie sich vorbehalte, den genauen Betrag später zu präzisieren. Folglich handle es sich um eine unbezifferte Forderung, womit die Verjährung für die ganze Forderung unterbrochen worden sei (E. 4.4).

---

10 CHK-M. Müller-Chen, 2. Aufl. 2012, Art. 200 N. 5.

11 Vgl. auch die kritische Anmerkung zu diesem Entscheid von Pascal Pichonnaz (Fn 9), allerdings im Hinblick auf die Unterscheidung Primärmangel – Sekundärmangel.

12 Dem Entscheid wohl ebenfalls zustimmend BSK OR I-Heinrich Honsell, 6. Aufl. 2015, Art. 200 N. 2.

13 Siehe auch: Mirdin Gnägi/Markus Vischer, Unbeziffertes Rechtsbegehren – Verjährung, in: dRSK, publiziert am 21. Mai 2014; Jacques de Werra (Fn. 4), S. 182 f.

## 6. Grundstückkaufvertrag; Aktivlegitimation bei Gläubigermehrheit; Abgrenzung Einzelgläubigerschaft, gemeinschaftliche Gläubigerschaft und Teilgläubigerschaft; Miteigentümer eines Grundstücks als Teilgläubiger

**Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2013 vom 3. März 2014, publiziert als BGE 140 III 150 (MV)**[14]

[Rz 33] A.X. und B.X., Miteigentümer eines Grundstücks, verkauften dieses an Y. und Z., welche das Grundstück wiederum zu je hälftigem Miteigentum erwarben. Nachdem ein Teil der Kaufpreisschuld getilgt wurde, blieb strittig, ob auch der Restbetrag von CHF 164'000 bezahlt worden sei. In der Folge betrieb A.X. die Käuferin Y. für den Betrag von CHF 82'000, während B.X. mit separatem Zahlungsbefehl denselben Betrag vom Käufer Z. forderte. Die Käufer machten geltend, dass die Verkäufer für sich allein keine Gläubigerstellung besitzen und daher gemeinsam die Betreibung für den gesamten Betrag hätten einleiten müssen.

[Rz 34] **1.** Das Bundesgericht hielt fest, dass eine Mehrzahl von Gläubigern an ein und derselben Forderung im Sinne einer Einzelgläubigerschaft, gemeinschaftlichen Gläubigerschaft oder Teilgläubigerschaft berechtigt sein können (E. 2.2). **2.** Bestehe eine *Einzelgläubigerschaft*, so sei jeder Gläubiger berechtigt, ohne Mitwirkung der anderen das Ganze zu verlangen und der Schuldner werde durch die Leistung an einen einzigen Gläubiger befreit. Der wichtigste Typus der Einzelgläubigerschaft sei die Solidargläubigerschaft (Art. 150 OR), die vor allem beim gemeinsamen Bankkonto von Bedeutung sei (E. 2.2.1). **3.** Bei der *gemeinschaftlichen Gläubigerschaft* stehe die gesamte Forderung den Gläubigern ungeteilt zu, und zwar so, dass alle Gläubiger die Forderung nur gemeinsam geltend machen können. Der Schuldner werde nur durch eine Gesamtleistung an alle Gläubiger befreit. Nach der Lehre entstehe eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft grundsätzlich nur dann, wenn unter den Gläubigern ein Gesamthandverhältnis bestehe (E. 2.2.2). **4.** Die *Teilgläubigerschaft* berechtige mehrere Gläubiger unabhängig voneinander pro rata an einer teilbaren Forderung. Jeder Gläubiger könne selbständig den ihm zustehenden Teil der Leistung verlangen und der Schuldner müsse den entsprechenden Teil an jeden Gläubiger separat leisten. Teilgläubigerschaft entstehe insbesondere, wenn mehrere Vertragsgenossen, unter denen kein Gesamthandverhältnis besteht, auf einer Vertragsseite kontrahieren. So seien etwa Miteigentümer, die ihre Liegenschaft als Ganzes verkaufen, Teilgläubiger, welche unabhängig voneinander je einen Teil der Kaufpreisforderung gegenüber der Käuferschaft geltend machen können (E. 2.2.3). **5.** Das Bundesgericht kam zum Schluss, man könne nicht darauf schliessen, dass die Verkäufer in Bezug auf die Kaufpreisforderung eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft bilden, geschweige denn gesamthänderisch berechtigt seien, nur weil das Grundstück als Ganzes veräussert worden sei (E. 2.3).

## 7. Erfolgshonorar des Mäklers für Liegenschaftsverkauf; Auslegung des Wortlauts «Beibringung eines abschlusswilligen Kaufinteressenten»

[Rz 35] **Urteil des Bundesgerichts 4A_439/2013 vom 3. Februar 2014 (CB)**[15]

---

14 Siehe auch: Davide Giampaolo/Markus Vischer, Grundstückkaufvertrag – Besteht unter Miteigentümern Teil- oder gemeinschaftliche Gläubigerschaft?, in: dRSK, publiziert am 10. Juni 2014; Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (Fn. 8), S. 305; François Bianchi/Sarah Gros (Fn. 8), S. 16; Jacques de Werra (Fn. 4), S. 184 f.

15 Siehe auch: Thomas Siegenthaler, Urteilsbesprechung 4A_439/2013, in: BR 2014, S. 313.

[Rz 36] Y. schloss einen «Vermittlungs- und Verkaufsvertrag» mit der X. (Mäklerin; Beschwerdeführerin) über den Verkauf ihrer Liegenschaft ab. Dabei wurde ein pauschales Erfolgshonorar für die X. vereinbart, welches mit Abschluss eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrages geschuldet war. Ferner war das volle Honorar geschuldet, wenn «*die Maklerin einen abschlusswilligen Kaufinteressenten beigebracht hat und der Auftraggeber [Y.] (aus welchen Gründen auch immer) nicht mehr verkaufen will*». Die Verhandlungen mit den Interessenten (v.a. einer Familie C.) blieben erfolglos, und es kam nicht zu einem Vertragsabschluss. Y. kündigte daraufhin den «Vermittlungs- und Verkaufsvertrag», worauf X. ihr CHF 40'000 in Rechnung stellte. Sie machte im Wesentlichen geltend, der Erfolgsfall sei eingetreten. Die Familie C. sei mit sämtlichen wesentlichen Vertragspunkten einverstanden gewesen, insbesondere auch mit dem Kaufpreis. Sie habe ihren Abschlusswillen überdies unterstrichen, indem sie die Finanzierungsbestätigung der Bank eingeholt habe. Die Familie C. habe nur deshalb den Vorvertrag nicht akzeptiert, in dem die Verkaufsbedingungen definiert waren, da Y. nicht bereit gewesen sei, auf den Änderungswunsch der Ehegatten C. einzugehen und eine Zahl- und Treuhandstelle einzusetzen.

[Rz 37] **1.** Das Bundesgericht nahm eine objektivierte (d.h. nach dem Vertrauensprinzip erfolgende) Auslegung des Begriffs «*abschlusswilliger Kaufinteressent*» vor, da kein tatsächlich übereinstimmender Parteiwillen festgestellt werden konnte. Es erwog, dass ein Kaufinteressent gemäss Wortlaut dann abschlusswillig sei, wenn er den Willen zum Vertragsabschluss habe. Entscheidend sei dabei, dass der Kaufinteressent bereit sei, die Bedingungen, wie sie von der Verkäuferin offeriert worden seien, zu akzeptieren. Ansonsten fehle ihm der Abschlusswillen (E. 3.4). **2.** Vorliegend stellte das Bundesgericht fest, dass die Familie C. nicht abschlusswillig gewesen sei, da sie sich weigerte, die verlangte Zahlungsmodalität zu akzeptieren und der Verkaufsabschluss auch nicht aus Gründen scheiterten, die beim Verkäufer bzw. Auftraggeber lagen. Es schützte damit das Auslegungsergebnis der Vorinstanz, welches zugunsten von Y. entschieden hatte (kein Erfolgshonorar). Entscheidend sei, dass Y. ihre Verkaufsbedingungen im Vorvertrag definiert hatte. Wenn die Ehegatten C. diese Bedingungen nicht akzeptierten, seien sie keine kaufbereiten bzw. «*abschlusswilligen*» Kaufinteressenten. Dabei sei nicht entscheidend, ob die Errichtung einer Zahl- und Treuhandstelle objektiv gesehen sinnvoll, zumutbar oder im Interesse der Käufer eventuell sogar geboten gewesen wäre. Die Y. habe ihre Verkaufsbedingungen gestellt und müsse nicht verkaufen, wenn diese nicht akzeptiert würden. Dies gelte auch, wenn sie eine Mäklerin eingeschaltet habe, die ein grösseres Interesse an einem Vertragsabschluss haben möge als sie selber. Sie könne nicht als «*verkaufsunwillig*» taxiert werden, wenn sie an ihren – der Mäklerin zum Voraus bekannten – Bedingungen festhalte (E. 4). Die Beschwerde der Mäklerin wurde abgewiesen.

[Rz 38] **Bemerkung:** Im Ergebnis erscheint das im Entscheid bestätigte Auslegungsergebnis des Erfordernisses der Beibringung eines abschlusswilligen Kaufinteressenten, wenn der «*Auftraggeber (aus welchen Gründen auch immer) nicht mehr verkaufen will*», als formalistisch und nicht wirklich schlüssig.[16] Die Familie C. hätte offenbar die Liegenschaft gekauft, wenn für den Restkaufpreis statt einer Direktzahlung an die Verkäuferin die Errichtung einer Zahl- und Treuhandstelle hätte vereinbart werden können. Dem Entscheid kann nicht entnommen werden, dass die von der Verkäuferin (und offenbar auch von der Mäklerin selbst) im Vorvertrag vorgeschlagene Direktzahlung des Restkaufpreises bereits bei Abschluss des Mäklervertrags als unumstössliche Bedingung fixiert worden wäre (vgl. E. 3.2, E. 4). Es ist dem Entscheid auch nicht zu entnehmen, welches schüt-

[16] Eher a.M. Thomas Siegenthaler (Fn. 15): «*Die Begründung ist in sich schlüssig. Ein anderes Auslegungsergebnis wäre aber auch möglich gewesen*».

zenswerte Interesse die Auftraggeberin (Verkäuferin) am Beharren auf dieser Zahlungsmodalität hatte. Soweit kein entsprechendes Interesse der Verkäuferin hätte nachgewiesen werden können, wäre eher davon auszugehen gewesen, dass die Verkäuferin nicht mehr verkaufen wollte und daher das Erfolgshonorar geschuldet gewesen wäre.

[Rz 39] Nach der oben genannten Vertragsklausel war das Erfolgshonorar gerade nicht wie gem. Art. 413 Abs. 1 OR vorgesehen nur dann geschuldet, wenn der Hauptvertrag zustande kommt. Gemäss Art. 413 Abs. 1 OR trifft den Auftraggeber keine Abschlusspflicht, weshalb in der (auch grundlosen) Weigerung des Vertragsschlusses mit einem interessierten Dritten in der Regel keine treuwidrige Verhinderung des Bedingungseintritts gem. Art. 156 OR zu sehen ist.[17]

## 8. Mängelhaftung; Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärmängeln; Unterbrechung der Verjährungsfrist; Schuldanerkennung

**Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014 (MV)**[18]

[Rz 40] Die Miteigentümer A.A. und B.A. einer Parzelle beauftragten die B. SA mit dem Verrichten von Maurer- und Gipserarbeiten. Nachdem die B. SA anfangs 2003 bereits den Verputz der Fassade nachbessern musste, entstanden im Juli 2005 neue Mängel an der Fassade. Die Unternehmerin dementierte diesbezüglich jegliche Verantwortung, insbesondere deshalb, weil die Ursache dieser Schäden in der mangelhaften Dichtung der Balkone, wodurch Wasser in die Fassade eindringen konnte, lag. Die Miteigentümer A.A. und B.A. reichten schliesslich ein Betreibungsbegehren in der Höhe von CHF 100'000 zzgl. Zins als Entschädigung für die Kosten zur Beseitigung der Mängel ein.

[Rz 41] **1.** Das Bundesgericht wies in Bezug auf die Mängelhaftung des Unternehmers auf die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärmängeln hin. Es führte weiter aus, dass es diese Unterscheidung auch im Kaufrecht vornehme (Urteil des Bundesgerichts 4C_321/2006 vom 1. Mai 2006, E. 4.3.1). Primärmängel existieren im Zeitpunkt derÜbergabe der Kaufsache bzw. der Abnahme eines Werkes, während Sekundärmängel erst nach Übergabe der Kaufsache resp. Abnahme eines Werkes aus einem Primärmangel entstehen (E. 3.3.1). Daraus leitete das Bundesgericht ab, dass es sich bei der Beschädigung der Fassade um einen Sekundärmangel handle, welcher sich aus der mangelhaften Dichtung der Balkone, dem Primärmangel, ergeben habe (E. 3.3.2). **2.** Betreffend die Unterbrechung einer Mängelrügefrist hielt das Bundesgericht fest, dass, jedes Verhalten des Schuldners, das vom Gläubiger nach Treu und Glauben im Verkehr als Bestätigung seiner rechtlichen Verpflichtung aufgefasst werden dürfe, als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR qualifiziere. Eine solche Anerkennung setze jedoch stets voraus, dass der Schuldner zumindest keine Kenntnis von der Existenz eines Mangels habe (E. 4.1). Da in casu die B. SA keine Kenntnis vom Primärmangel hatte, als er die Nachbesserung an den Fassaden durchführte, könne ausgeschlossen werden, dass er durch konkludentes Verhalten ihre Verpflichtung hinsichtlich des Primärmangels habe anerkennen wollen (E. 4.1–4.3).

---

17 BSK OR I-Caterina Ammann, 6. Aufl. 2015, Art. 413 N. 2; CHK-N. Bracher, 2. Aufl. 2012, Art. 413 N. 4.

18 Siehe auch: Katrin Speck/Markus Vischer, Contrat d'entreprise, prescription des droits de garantie – Werkvertrag, Verjährung von Mängelrechten, in: dRSK, publiziert am 4. September 2014; Pascal Pichonnaz, Du défaut primaire et du défaut secondaire et de l'incidence de cette distinction sur le délai de prescription, in: DC 2014, S. 285–287; Jacques de Werra (Fn. 4), S. 186 f.; Peter Reetz/Martin Sohm/Lorena Franceschetti (Fn. 8), S. 26 ff.

[Rz 42] **Bemerkung**: Das Bundesgericht kommt im vorliegenden Entscheid zum Schluss, dass Nachbesserungsarbeiten bezüglich eines Sekundärmangels nicht zwingend als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR betreffend einen Primärmangel zu deuten sind. Aus diesem Grunde konnten in casu die Mängelrechte in Bezug auf den Primärmangel trotz Nachbesserungsarbeiten betreffend den Sekundärmangel verjähren.

### 9. Gewährleistungsrechtlicher Mangelbegriff; Bedeutung baupolizeilicher Vorschriften; Minderung

**Urteil des Bundesgerichts 4A_173/2014 vom 10. Juni 2014 (MV)**[19]

[Rz 43] Die B. AG überbaute ihr Grundstück mit einer Mehrfamilienhaus-Überbauung. In der Folge schlossen die Parteien einen öffentlich beurkundeten «Kaufvertrag» über eine Wohnung ab. Anlässlich mehrerer Bausitzungen und Besprechungen wurden die Sonderwünsche von A. aufgenommen und planerisch umgesetzt. Bereits zwei Wochen nach dem Einzug rügte A. verschiedene Mängel. Als A. in der Folge von der B. AG verklagt wurde, machte dieser verrechnungsweise einen Minderungsanspruch wegen nicht invalidengerechter Erstellung der Baute geltend.

[Rz 44] **1.** Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass ein Leistungsgegenstand mangelhaft sei, wenn dieser vom Vertrag abweiche, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehle (E. 5.2). **2.** Allfällige Verstösse gegen baupolizeiliche Vorschriften seien jeweils im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren zu rügen, seien aber nicht geeignet, um in einem Zivilverfahren nach Erteilung der Baubewilligung eine mangelhafte Werkerstellung aufzuzeigen (E. 5.3). **3.** Da vorliegend kein übereinstimmender Parteiwille hinsichtlich der Rollstuhlgängigkeit festgestellt werden konnte, sei der Vertrag normativ auszulegen (E. 5.4). Im Endergebnis schützte das Bundesgericht die Auslegung der Vorinstanz, wonach keine Abweichung vom Vertrag festzustellen sei und somit kein Werkmangel vorliege (E. 5.5).

## IV. Fahrniskauf und Forderungskauf

### 1. Gewährleistungsausschluss (Kauf auf eigenes Risiko)

**Urteil des Bundesgerichts 4A_353/2014 vom 19. November 2014 (CB)**

[Rz 45] Die A. AG (Käuferin; Beschwerdeführerin) kaufte von B. (Verkäufer) ein Fahrzeug zum Preis von CHF 12'200. Im Inserat des Verkäufers waren u.a. folgende Angaben enthalten: « *Unfallwagen! Reparatur wurde nicht genau eruiert. Frontairbac [sic] ausgelöst. (Fahrbar.) Alle Kühler iO! Keine mechanische Prüfung. Fahrzeugkauf auf eigenes Risiko ab Platz ohne Garantie*». Der Verkäufer gab zudem an, er gehe von Instandstellungskosten von CHF 7'900 aus. Nach der Lieferung des Fahrzeugs rügte die A. AG verschiedene Mängel, erklärte den Rücktritt vom Vertrag und verlangte die Rückerstattung des Kaufpreises. Die Klage der Käuferin wurde vom Kantonsgericht Luzern abgewiesen; das Bundesgericht wies deren Beschwerde ebenfalls ab.

---

19 Siehe auch: Davide Giampaolo/David Henseler/Markus Vischer, Gedanken zum gewährleistungsrechtlichen (Werk-)Mangelbegriff, in: dRSK, publiziert am 19. Dezember 2014; Thomas Siegenthaler, Der Rollstuhl und der Vertrag, in: BR 2014, S. 281–282, S. 281 f.; Hubert Stöckli/Shirin Grünig, Neue Urteile, neue Gesetze – Privatrecht, in: Hubert Stöckli (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2015, Freiburg i.Üe. 2015, S. 179–193, S. 186; Peter Reetz/Martin Sohm/Lorena Franceschetti (Fn. 8), S. 21 f.

[Rz 46] **1.** Die Käuferin rügte mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde (die Streitwertgrenze von CHF 30'000 war nicht erreicht und eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a Bundesgerichtsgesetz (BGG) lag nicht vor), dass sie absichtlich vom Verkäufer getäuscht worden sei und dass dieser Umstand von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden sei (Verletzung des rechtlichen Gehörs; E. 4). **2.** Demgegenüber hielt das Bundesgericht fest, das Kantonsgericht habe sich durchaus damit befasst. Es habe ausgeführt, im Inserat sei darauf hingewiesen worden, dass das Fahrzeug ein Unfallwagen sei und dass die Reparaturkosten nicht genau eruiert worden seien («*Reparatur wurde nicht genau eruiert*»). Der Käuferin hätte auch aufgrund der beiliegenden Fotos bewusst werden müssen, dass es sich nicht um Bagatellschäden handelte und mit hohen Reparaturkosten zu rechnen war, damit das Auto wieder in Verkehr gesetzt werden könne. Somit könne dem Verkäufer aufgrund der gesamten Umstände kein arglistiges Verschweigen der Gewährsmängel vorgeworfen werden (E. 4.2).

[Rz 47] **Bemerkung**: Arglistiges Verschweigen eines Mangels kann schon dann angenommen werden, wenn eine Aufklärungspflicht verletzt ist. Indessen besteht keine Aufklärungspflicht, soweit der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Käufer werde den wahren Sachverhalt ohne weiteres erkennen.[20] Aufgrund des sehr klaren Wortlauts des Inserats kam der Verkäufer der Offenbarungspflicht nach, und von der Käuferin konnte eine eingehende Prüfung des Fahrzeugs vor dem Kauf erwartet werden. Die Freizeichnung kann auch nicht aufgrund der Angabe des Verkäufers zu den angenommenen Instandstellungskosten als widersprüchlich und damit missbräuchlich betrachtet werden[21], da diese Angabe im Kontext (insbes. dem Wortlaut des Inserats) nicht als Zusicherung i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR betrachtet werden konnte.

## 2. Occasionsfahrzeug; Sachgewährleistung (Zusicherung, Anpreisung)

### Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 (CB)[22]

[Rz 48] Der Käufer X. (Beschwerdeführer) schloss am 11. Juni 2010 mit der Verkäuferin Y. AG einen schriftlichen Kaufvertrag über ein Occasionsfahrzeug ab. Dem Kaufvertrag war nichts bezüglich Unfallfreiheit zu entnehmen. Unter «*Garantie*» vereinbarten die Parteien «*Ab Platz ohne Nachwährschaft, Veteraneneintrag bis 2013*». Gleichentags leistete der Käufer eine Anzahlung in der Höhe von CHF 45'000 und führte eine zweite Probefahrt durch. Am 3. Juli 2010 wurde X. das Fahrzeug übergeben. Unmittelbar danach stellte X. fest, «*dass das Bremsverhalten des Fahrzeugs mangelhaft ist und das Fahrzeug bei Autobahngeschwindigkeit einen instabilen Geradeauslauf aufweist*». Der Käufer rügte die Mängel sogleich bei der Verkäuferin. Ein Parteigutachten ergab, dass es sich um einen Unfallwagen handle und dieser unfachmännisch repariert worden sei. In der Folge klagte X. auf Rückabwicklung des Kaufvertrages. Seine Begehren wurden sowohl vom Landgericht Uri als auch vom Obergericht des Kantons Uri abgewiesen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ebenfalls ab.

---

20 BGE 116 II 431, 434; vgl. auch Art. 200 Abs. 2 OR.

21 Vgl. etwa CHK-M. Müller-Chen, 2. Aufl. 2012, Art. 199 N. 8.

22 Siehe auch: Cécile Pelet/Markus Vischer, Fahrniskauf: Abgrenzung von Anpreisungen und Zusicherungen, Gewährleistungsausschluss und Grundlagenirrtum, in: dRSK, publiziert am 18. September 2014; Andreas Galli, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Schweizerischen Zivilprozessrecht 2014 (Teil 1), in: AJP 2014, S. 1525–1544, S. 1543 f.; Jacques de Werra (Fn. 4), S. 183 f.

[Rz 49] **1.** Der Käufer rügte namentlich, die Vorinstanz habe die Angaben im Verkaufsinserat der Verkäuferin auf der Webseite H. zu Unrecht nicht als Zusicherung der Unfallfreiheit qualifiziert. Die Verkäuferin habe darin das Fahrzeug als «*Seltener Flachkühler 3.5 im Super Zustand*» bzw. «*sauberes Originales CH Fahrzeug*», dessen «*Leder und der Rest des Fahrzeugs [...] wie neu*» sei, beworben. Das Bundesgericht erwog, gem. Art. 197 OR hafte der Verkäufer dem Käufer 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 (Abs. 1). Der Verkäufer hafte auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung genüge für eine Zusicherung i.S. von Art. 197 Abs. 1 OR jede Erklärung, wonach die Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist, wenn der Käufer nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf. Demgegenüber fallen unverbindliche, reklamehafte Anpreisungen nicht unter den Begriff der Zusicherung (E. 4.1). Vorliegend habe die Vorinstanz die im Verkaufsinserat enthaltenen Angaben zutreffend als Anpreisung qualifiziert. Diese stellten keine Zusicherungen im Sinne von Art. 197 OR dar, sondern sollen als Reklame lediglich die Kauflust fördern (E. 4.2).

[Rz 50] **2.** Weiter bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Art. 199 OR, wonach eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht ungültig ist, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Ein arglistiges Verschweigen sei zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl eine Aufklärungspflicht bestehe, wie insbesondere bei Vertragsverhandlungen (E. 5.1). Da die Vorinstanz festgestellt hatte, dass Z., damals Organ der Verkäuferin, keinen Anlass hatte, daran zu zweifeln, dass es sich beim verkauften Fahrzeug nicht um einen Unfallwagen handelte, verneinte das Bundesgericht aber eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch die Verkäuferin (E. 5.2).

[Rz 51] **3.** Schliesslich verwarf das Bundesgericht auch die Rüge des Käufers, die Vorinstanz habe verkannt, dass die Unfallfreiheit des gekauften Fahrzeugs für ihn wesentliche Vertragsgrundlage im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR gewesen sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts versagt die Berufung auf Grundlagenirrtum, wenn der Irrtum mit fehlenden Eigenschaften der Kaufsache begründet wird, für welche der Verkäufer die Gewährleistung wegbedungen hat. Bei objektivierter Auslegung fällt ein Mangel dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste (E. 6.1). Vorliegend sei aufgrund der vertraglichen Klausel («*Ab Platz ohne Nachwährschaft, Veteraneneintrag bis 2013*») nicht ersichtlich, inwiefern die Unfallfreiheit von der generellen Formulierung der Freizeichnungsklausel ausgenommen sein sollte.

## 3. Mängelrüge; Anforderungen an die Stichprobe

### Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2013 vom 4. März 2014 (CB)

[Rz 52] Die Y. GmbH (Käuferin) bestellte bei der X. GmbH (Verkäuferin; Beschwerdeführerin) 12'000 Teeboxen aus Bambusholz mit bedrucktem Verkaufskarton und Aufteilung in acht Fächer. Die Boxen sollten für ein Weihnachts-Promotionsangebot der Käuferin mit Teebeuteln aufgefüllt und anschliessend im Detailhandel verkauft werden. Am 21. Oktober 2010 erhob die Käuferin eine Mängelrüge. Die Teeboxen würden extrem, nicht lebensmittelkonform, ausdünsten und seien durchgängig mit Schimmel befallen. Die Beschläge seien zum Teil verrostet und viele Verkaufskartons

würden Risse aufweisen. Die Teeboxen seien daher zum vorgesehenen Gebrauch untauglich. In der Folge wurde die Ware mehrmals besichtigt und es wurden die wesentlichen Befunde festgehalten.

[Rz 53] **1.** Die Vorinstanz (Handelsgericht des Kantons Aargau) nahm aufgrund verschiedener Proben und Untersuchungen der Ware an, die gelieferten Teeboxen seien mangelhaft und für den vorgesehenen Gebrauch untauglich (E. 5.1). Die Verkäuferin rügte, die Stichproben seien willkürlich erfolgt und könnten nicht für die ganze Warenlieferung gelten. Damit eine Stichprobe genügend sei, müsse nicht nachgewiesen werden, dass aus jeder Warenkiste Proben entnommen wurden. Die Rechtsprechung verlange bei einer grossen Anzahl gleicher Waren eine angemessene Zahl von Stichproben. Was angemessen sei, hänge von den jeweiligen Umständen ab. Wichtig sei dabei vor allem, dass nicht einzelne Proben willkürlich entnommen werden (E. 5.2.2). **2.** Vorliegend habe die Vorinstanz aufgrund der folgenden Aussage im Bericht des Interkantonalen Labors vom 17. November 2010 ohne weiteres von einer angemessenen Durchführung von Stichproben ausgehen dürfen: «*Von den ca. 12'000 Teeboxen wurden zahlreiche Teeboxen beurteilt. Die Proben wurden zufällig, von verschiedenen Palletten und aus verschiedenen Schachteln entnommen. Die Auswahl der Teeboxen erfolgte über die gesamte Sendung. [...] Bei allen Teeboxen fiel ein mehr oder weniger starker Geruch auf*». (E. 5.2.2)

## 4. Unerheblicher Sachmangel i.S. von Art. 197 Abs. 1 OR

### Urteil des Bundesgerichts 4D_64/2013 vom 10. Februar 2014 (CB)

[Rz 54] A. (Käufer; Beschwerdeführer) und die X. AG (Verkäuferin) schlossen einen Vertrag betreffend Lieferung, Montage, Programmierung und Instruktion einer Alarmanlage (Hauptalarmanlage) ab und einige Monate später einen weiteren Vertrag über eine Nebenalarmanlage. Der Preis betrug insgesamt CHF 4'600. Der Käufer machte in der Folge Mängel der Alarmanlagen geltend.

[Rz 55] **1.** Der Käufer brachte vor Bundesgericht mittels subsidiärer Verfassungsbeschwerde vor, dass jede Abweichung der Anlage von den Angaben der Verkäuferin, wonach nach Ablauf einer Wartezeit von drei Minuten ein Alarm ausgelöst werde, einen Sachmangel im Sinn von Art. 197 OR darstelle (E. 3.3.1). **2.** Das Bundesgericht hielt fest, bei den Angaben der Verkäuferin zur Dauer des Sleep-Modus handle es sich nicht um bei Vertragsschluss zugesicherte Eigenschaften im Sinne von Art. 197 OR (offenbar betrug die Dauer des Sleep-Modus zwischen drei bis fünf Minuten). Für die Funktionstüchtigkeit der Alarmanlage sei entscheidend, dass innert nützlicher Frist ein Alarm ausgelöst werde. Wenn nun bezüglich der Dauer der Wartezeit (Sleep-Modus) eine Unregelmässigkeit bestehe, die aber gering bleibe, werde der Wert oder die Tauglichkeit der Alarmanlage zum vorausgesetzten Gebrauch im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR nicht aufgehoben oder erheblich gemindert (E. 3.3.2).

[Rz 56] **Bemerkung:** Ein Sachmangel im engen Sinn (also unter Ausschluss von Zusicherungen) muss erheblich sein.[23] Liegt eine Zusicherung vor, so kommt es auf die Erheblichkeit nicht an.[24] In Ermangelung einer Vereinbarung (Zusicherung) kommt (ähnlich wie bei Art. 35 CISG) ein objektivierter Massstab zum Tragen, wonach die Sache zum gewöhnlichen Gebrauch (im Zweifel

[23] Vgl. dazu auch Urteil des Bundesgericht 4A_401/2011 vom 18. Januar 2012; Christoph Brunner/Markus Vischer, Jusletter 24. September 2012, Rz. 7 ff.

[24] BSK OR I-Heinrich Honsell, 6. Aufl. 2015, Art. 197 N. 18.

marktübliche und damit durchschnittliche Qualität) bzw. für einen bestimmten Verwendungszweck, der dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht wurde, tauglich sein muss.

## 5. Forderungskauf; prozessual verspätet erhobene Verrechnungseinrede; Sittenwidrigkeit einer Darlehenszinsvereinbarung von mehr als 18%

**Urteil des Bundesgerichts 4A_69/2014 vom 28. April 2014 (CB)**[25]

[Rz 57] C. hatte gegenüber der Bank E. AG und weiteren Gläubigern Schulden. Aus diesem Grund sollte seine Privatliegenschaft U. versteigert werden. Einige Tage vor der Versteigerung meldete sich die A. AG (Beschwerdeführerin) bei C. und erklärte ihm, eine Versteigerung könne verhindert werden. Am 5. April 2006 unterzeichneten C. und die A. AG eine Vereinbarung, worin festgehalten wurde, dass die A. AG die Forderung der Bank E. AG gegen C. mittels Kaufvertrag erworben habe und auf eine Versteigerung der Privatliegenschaft verzichte. Im Gegenzug räumte C. der A. AG einen Risikospezialzins ein sowie ein Kaufrecht an der Liegenschaft U. Zur Sicherung sämtlicher Forderungen gegenüber der A. AG reduzierte C. später mehrmals den Kaufrechtspreis und übertrug der A. AG mehrere Inhaberschuldbriefe, lastend auf dem Grundstück U. In der Folge machte C. u.a. die Nichtigkeit i.S. von Art. 20 OR des Vertrags vom 5. April 2006 geltend. Das Kantonsgericht Schwyz gab dem C. teilweise Recht und verurteilte die A. AG insbesondere zur Bezahlung von CHF 643'661.90 (Rückerstattung von Zinszahlungen; s. unten 2.).

[Rz 58] **1.** Die A. AG beanstandete vor Bundesgericht, dass die Vorinstanz die von ihr im Berufungsverfahren erhobene Verrechnungseinrede wegen Verspätung nicht geprüft habe. Das Bundesgericht erwog, eine materiell-rechtliche Einrede wie die Verrechnungseinrede könne nur berücksichtigt werden, wenn die Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge, mit denen sie begründet wird, novenrechtlich zulässig sind. Nach Art. 317 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO) werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b) (E. 3.1). Weil die A. AG ihre Novenberechtigung nicht dargetan habe, sei die Vorinstanz nicht auf die Verrechnungseinrede eingetreten (E. 3.2). Die Rüge gegen die Nichtberücksichtigung der Verrechnungseinrede erweise sich demnach als unbegründet (E. 3.3). **2.** Weiter focht die A. AG den Entscheid der Vorinstanz an, wonach hinsichtlich der Zinsabreden im Vertrag vom 5. April 2006 eine Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR vorliege, soweit der Zins über 18 % betrug. Sie verurteilte die A. AG in diesem Umfang wegen Teilnichtigkeit der Zinsvereinbarung zur entsprechenden Rückerstattung. Das Bundesgericht erwog, dass nach Art. 20 Abs. 1 OR ein Vertrag sittenwidrig sei, der gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstösst. Die gesetzlichen Zinsfussanordnungen seien zwar dispositiver Natur und die Parteien können die Höhe des Zinses grundsätzlich frei vereinbaren (vgl. Art. 73 Abs. 1 OR). Allerdings seien der Privatautonomie Schranken gesetzt: So bleiben einschränkende Zinsfussbestimmungen des öffentlichen Rechts vorbehalten (Art. 73 Abs. 2 OR). Sodann habe der Bundeszivilgesetzgeber den Bezug von Zinseszinsen beim Darlehen eingeschränkt (vgl.

[25] Vgl. auch Andreas Galli (Fn. 22), S. 1543.

E. 4.2). Ferner könnten Parteivereinbarungen am Verbot der Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) oder am Übervorteilungstatbestand (Art. 21 OR) scheitern (E. 6.3.2).

[Rz 59] Art. 14 Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) sieht vor, dass der vom Bundesrat festzulegende Höchstzinssatz in der Regel 15% nicht überschreiten soll. Dieser Erlass sei indessen vorliegend nicht anwendbar (Art. 7 Abs. 1 lit. a und e KKG). Dasselbe gelte für das interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957, welches einen Maximalzins von 18% (inkl. Provisionen, Auslagen und Kosten) vorsieht. Indessen dürfe dieses, auch wenn der entsprechende Kanton nicht beigetreten sei, zum Vergleich herangezogen werden.

[Rz 60] Ausgehend von diesen Grundsätzen habe die Vorinstanz den Zins von 42.88 % für die Monate Januar und Februar 2007 klarerweise als sittenwidrig erachtet. Sie habe aber auch den Zins für die beiden anderen Zeitabschnitte, soweit er über 18 % hinausging, als sittenwidrig befunden. Das Bundesgericht erwog, dass die Vorinstanz zu Recht so vorgegangen sei, da sie zum einen das mit der Kreditgewährung verbundene Verlustrisiko, zum andern aber auch die Bestellung verschiedener Realsicherheiten berücksichtigte. Es sei kohärent, wenn sie die Vorinstanz für alle drei hier betroffenen Zeiträume einheitlich von einer Höchstlimite von 18 % ausgegangen sei und den darüber hinausgehenden Zinssatz wegen Sittenwidrigkeit als sittenwidrig beurteilte.

---

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich. Der Autor dankt MLaw Dario N. Galli, Walder Wyss AG, Bern/Zürich, für seine wertvolle Mitarbeit am Beitrag.

Prof. Dr. Christoph Brunner, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Python & Peter (ab 1. Januar 2016 Partner der Kanzlei Peter & Partners) und Titularprofessor an der Universität Bern. Er ist Redaktor für nationales und internationales Kaufrecht sowie für internationale Handelsverträge bei Jusletter.