www.jusletter.ch

Christoph Brunner / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2015 – «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 2015 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 2015 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 17. Oktober 2016

Inhaltsübersicht

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

«Walzdraht II»: zur Gefahr der Aushöhlung des Vertragsaufhebungsrechts infolge wesentlicher Vertragsverletzung gemäss Art. 25 und 49 CISG

I. Unternehmenskauf

1. Aktienkaufvertrag; Auslegung einer Schuldanerkennung; Erfüllung einer Bedingung
2. Aktienkaufvorvertrag; Zustandekommen einer mündlichen Einigung
3. Absichtliche Täuschung des Verkäufers; Aufklärungs- und Untersuchungspflichten des Verkäufers
4. Aktienkaufvertrag; absichtliche Täuschung

II. Grundstückkauf

1. Vorvertrag zu einem Kaufvertrag; Vollstreckung
2. Freizeichnungsklausel und arglistiges Verschweigen (Art. 199, 200 Abs. 2 OR) bei einem Liegenschaftsverkauf
3. Freizeichnungsklausel; Kontrolle elektrischer Installationen; Nichtigkeit
4. Vorvertrag zu einem Kaufrechtsvertrag; Haftgeldklausel; Formungültigkeit
5. Konventionalstrafe; Formerfordernis; Herabsetzung einer Konventionalstrafe
6. Vorvertrag; Exklusivvereinbarung; Vertragsauslegung

III. Fahrniskauf

1. Gewährleistung beim Verkauf eines neuen BMW M3; Äusserung des Herstellers in der Werbung
2. «Bedingter» Verzicht auf die nachträgliche Erfüllung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR; Auslegung nach dem Vertrauensprinzip; Schadensnachweis und Art. 42 Abs. 2 OR
3. Beweislast für die Kaufpreiszahlung

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

«Walzdraht II»: zur Gefahr der Aushöhlung des Vertragsaufhebungsrechts infolge wesentlicher Vertragsverletzung gemäss Art. 25 und 49 CISG

Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 (CB)[1]

[Rz 1] Eine in der Schweiz ansässige Stahlhändlerin (Verkäuferin) schloss mit einer italienischen Herstellerin von Stahl sowie Stahlhalberzeugnissen für das Bauwesen (Käuferin) zwei Kaufverträge über 5'000 Metrische Tonnen («MT») Walzdraht mit einem Durchmesser von 6,5 mm und 2'000 MT Walzdraht mit einem Durchmesser von 8 mm ab. Gemäss der Spezifikation in beiden Kaufverträgen sollte die Zugfestigkeit des Walzdrahtes mindestens 400 Megapascal («MPA») sein. Es ist unbestritten, dass zumindest vereinzelte Nutzungen von Stahl eine Mindestzugfestigkeit bedingen.

[Rz 2] Die Bezahlung sollte mittels Dokumentenakkreditivs erfolgen; die Lieferung gemäss der Incoterms (2000)–Klausel CIF. Nach der Verschiffung der Ware in China erhielt die Verkäuferin

[1] Siehe (v.a. zu den akkreditivrechtlichen Aspekten dieses Entscheids) auch Thomas Koller, Ist die Pflicht des Verkäufers zur fristgerechten Andienung korrekter Dokumente beim Akkreditivgeschäft eine wesentliche Vertragspflicht gemäss Art. 25 CISG? Gleichzeitig mit Bemerkungen zum «chinesisch-italienisch-schweizerischen Walzdraht-Fall», in: IHR 3/2016, S. 89–100 (dazu unten bei Fn. 6); ferner die Zusammenfassungen (ohne Stellungnahmen) von Jörg Schmid/Christina Freyenmuth-Frey, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 Obligationenrecht, in: ZBJV 2016, S. 377 ff.; Thomas M. Mayer, Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz, in: SZIER 2015, S. 686 ff.; Noemi Stutz, Zulässigkeit der Vertragsaufhebung nach Wiener Kaufrecht, in: ius.focus 6/2015, Nr. 141.

von der chinesischen Herstellerin das Herstellungszertifikat («*Mill Test Certificate*»), welches gemäss Dokumentenakkreditiv die chemischen und mechanischen Eigenschaften (wohl auch die Zugfestigkeit) für jede Schmelznummer aufzuweisen hatte. Die Verkäuferin teilte (offenbar angesichts des Zertifikats) der Käuferin mit, dass 12 von 101 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm sowie 33 von 93 des Drahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufweisen würden. Die Parteien vereinbarten darauf eine Vertragsänderung mit einer Preisreduktion von USD 30.00 pro MT für Walzdraht 6,5 mm und Walzdraht 8 mm ohne Mindestzugfestigkeit von 400 MPA. Die Verkäuferin war aber auch nach der Vertragsänderung verpflichtet, abgesehen von 593 MT des Walzdrahtes 6,5 mm, weiterhin Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern (A.f.).

[Rz 3] Am Bestimmungsort in Italien gab die Käuferin mit Zustimmung der Verkäuferin eine Prüfung des Walzdrahtes in Auftrag. Der Prüfungsbericht zeigte auf, dass die Zugfestigkeit des Walzdrahtes 8 mm bei rund 47% der Proben unter 400 MPA lag. In der Folge teilte die Käuferin der Verkäuferin mit, dass sie den Walzdraht wegen Qualitätsmängeln nicht annehme. Daraufhin gab auch die Verkäuferin eine Untersuchung des gesamten Walzdrahtes in Auftrag. Die Untersuchung ergab, dass rund 83% der Proben des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm unter 400 MPA lag.

[Rz 4] Die Verkäuferin klagte gegen die Käuferin beim Handelsgericht Zürich auf Schadenersatz infolge ungerechtfertigter Annahmeverweigerung bzw. Vertragsaufhebung. Mit Entscheid vom 3. April 2013 wies das Handelsgericht die Klage ab. Mit Urteil 4A_264/2013 vom 23. September 2013 (Walzdraht I) hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Verkäuferin gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht zurück.[2] Mit Urteil vom 17. September 2014 schützte das Handelsgericht die Klage der Verkäuferin teilweise. Das Gericht verneinte ein Vertragsaufhebungsrecht der Beklagten. Gegen den Entscheid erhob die Käuferin Beschwerde an das Bundesgericht, welche abgesehen von der Korrektur einer geringfügigen Aktenwidrigkeit abgewiesen wurde.

[Rz 5] **1.** *Aufhebungsrecht der Käuferin wegen verspäteter Lieferung der Konnossemente*: Strittig war, ob die Käuferin die beiden Kaufverträge rechtmässig gestützt auf Art. 49 Abs. 1 CISG i.V.m. Art. 25 CISG aufgehoben hatte. Die Käuferin berief sich zunächst auf ein Aufhebungsrecht zufolge verspäteter Lieferung der Konnossemente (E. 5.). Das Bundesgericht bestätigte die Erwägung der Vorinstanz, die verspätete Lieferung der Dokumente stelle vorliegend nicht eine wesentliche Vertragsverletzung dar, weil die Parteien gemäss ihrem tatsächlichen Willen dem Zeitpunkt der Dokumentenvorlage keine wesentliche Bedeutung zugemessen hätten. Auch nach dem von der Käuferin (Beschwerdeführerin) selbst behaupteten (wirklichen) Willen im Sinn von Art. 8 Abs. 1 CISG sei nicht die verspätete Dokumentvorlage Grund für die Zurückweisung gewesen, sondern dass in jenem Zeitpunkt unklar gewesen sei, ob der Walzdraht und wie viel davon eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA aufweisen würde. Demzufolge habe die Beschwerdeführerin selber dem Zeitpunkt der Dokumentvorlage keine wesentliche Bedeutung zugemessen (E. 5.6.1.).

[Rz 6] **2.** *Wesentliche Vertragsverletzung infolge der Nichterfüllung des Erfordernisses der Mindestzugfestigkeit von 400 MPA*. Im Walzdraht I-Entscheid (Rückweisungsentscheid) hatte das Bundesgericht erwogen, die Verkäuferin habe sich die «vertraglich bestimmte absolute Wesentlichkeit auf-

[2] Siehe die Besprechung von Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2013 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 24. November 2014, N. 1 ff.

grund des Vertrauensprinzips» nicht anrechnen müssen. Die Vorinstanz hatte demnach weiter zu prüfen, «ob der Vertragszweck durch die mangelhafte Qualität in objektiver Hinsicht wesentlich beeinträchtigt worden sei» (E. 6).[3] Die Vorinstanz prüfte demgemäss die Verwendbarkeit des Walzdrahtes ohne eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA für die Herstellung normkonformer Betonstahlmatten durch die Käuferin. Da sie die Unbrauchbarkeit als nicht erwiesen erachtete und überdies verneinte, dass die Verkäuferin eine solche hätte voraussehen müssen, liess sie offen, ob die Käuferin auch Stahlhandel betreibe bzw. ihr zuzumuten gewesen wäre, den gekauften Draht weiterzuverkaufen. Insbesondere sei für die Verkäuferin im Sinne von Art. 25 CISG nicht voraussehbar gewesen, dass die Käuferin den Walzdraht infolge der grösstenteils fehlenden Mindestzugfestigkeit für die Herstellung ihrer Betonstahlmatten nicht verwenden konnte. Das Bundesgericht stützte die Begründung der Vorinstanz und verneinte, dass die Verkäuferin (subjektiv) Kenntnis einer Unbrauchbarkeit der Ware für die Käuferin hatte bzw. dass (objektiv) Erkennbarkeit im Sinn von Art. 25 CISG vorlag (E. 6.4).

[Rz 7] Hinsichtlich der Beweislastverteilung für die Vorhersehbarkeit des wesentlichen Nachteils im Sinne von Art. 25 CISG befand das Bundesgericht, selbst wenn die Verkäuferin (als vertragsbrüchige Partei) die Beweislast trüge, müsste die Käuferin zur substanziierten Bestreitung darlegen, welche Umstände darauf schliessen lassen, die Verkäuferin habe die Besonderheiten des Produktionsprozesses bei der Käuferin gekannt oder kennen müssen. Da es nach den Feststellungen der Vorinstanz an entsprechenden hinreichend substanziierten Behauptungen fehle, komme der Frage nach der Beweislastverteilung im Ergebnis keine Bedeutung zu (E. 6.4.3).

[Rz 8] Nicht zu beanstanden sei auch die Erwägung der Vorinstanz, der Käuferin wäre es zumutbar gewesen, innerhalb «*weniger Tage*» die Aussortierung der mangelhaften Walzdraht-Schmelznummern durchzuführen (E. 6.5).

[Rz 9] **3.** Neben weiteren Rügen verwarf das Bundesgericht auch den Einwand der Käuferin, aufgrund der Kombination verschiedener Vertragsverletzungen der Verkäuferin sei jedenfalls eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CSIG zu bejahen (E. 10). Mehrere Vertragsverletzungen begründeten nicht automatisch eine wesentliche Vertragsverletzung, machen diese aber wahrscheinlich. Auch ein Verzug mit der Erfüllung vertraglicher Leistungen von längerer Dauer oder in Kombination mit anderen Vertragsverletzungen könne in eine wesentliche Vertragsverletzung umschlagen. Jedoch könnten mehrere für sich nicht wesentliche Vertragsverletzungen nicht einfach gleichsam addiert werden. Vielmehr sei erforderlich, dass durch die Kombination der verschiedenen Vertragswidrigkeiten der Käuferin im Wesentlichen entgehe, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen und dies eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die Verkäuferin hätte voraussehen müssen (E. 10.1.). Vorliegend sei dies nicht der Fall: die Käuferin sei trotz der Verspätung an der Lieferung interessiert gewesen, das Aussortieren wäre möglich und nicht mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden gewesen und für die Verkäuferin sei nicht erkennbar gewesen, dass die Käuferin den Draht von zu geringer Zugfestigkeit in ihrer Produktion allenfalls nicht verwenden konnte (E. 10.2).

[Rz 10] **4.** Schliesslich schützte das Bundesgericht (abgesehen von einer minimalen Mengenkorrektur infolge einer Aktenwidrigkeit) auch die Berechnung der Vorinstanz des Schadenersatzes. Diese ging gestützt auf die Behauptungen der Verkäuferin davon aus, objektiv (das heisst abgesehen vom behaupteten speziellen Produktionsprozess bei der Käuferin) sei Walzdraht mit

[3] Siehe dazu die kritischen Bemerkungen von Brunner/Vischer (Fn. 2) N. 1 ff.

einer Mindestzugfestigkeit unter 400 MPA für die Herstellung normkonformer Betonstahlmatten nicht minderwertig; die Behauptung der Käuferin, der Walzdraht sei auf den Schrottwert (USD 547.00/MT) zu mindern, blieb vor der Vorinstanz ungenügend substanziiert. Da der Minderungsanspruch für derartigen Walzdraht aber nur im USD 30.00 pro MT übersteigenden Betrag bestritten sei, veranschlagte die Vorinstanz für jenen Walzdraht einen Preis von USD 1'020.00. In ihrer Berechnung ging die Vorinstanz davon aus, von einer Gesamtliefermenge von 6'989.743 MT seien 80% im Hinblick auf die Zugfähigkeit vertragswidrig gewesen, somit 5'591.7944 MT. Für diese Menge setzte sie den geminderten Preis von USD 1'020.00 ein. Daraus ergab sich ein geminderter Kaufpreis von USD 7'171'476.32 (5'591.7944 MT x USD 1'020.00 + 1'397.9486 MT x USD.00 1'050.00). Hiervon zog sie einen Betrag von USD 3'970'174.02 als potentiellen Erlös aus angemessenen und rechtzeitig getätigten Deckungsverkäufen ab, was einen Anspruch der Beschwerdegegnerin von USD 3'201'302.30 (USD 7'171'476.32 ./. USD 3'970'174.02) ergab (E. 11).

[Rz 11] **5.** *Schadenszins*: Das Bundesgericht bestätigte auch den vorinstanzlichen Entscheid, wonach Schadenszins ab Schadenseintritt geschuldet sei, unabhängig davon, ob die genaue Höhe des Anspruchs schon feststeht oder nicht. Bei einer Schadensberechnung nach Art. 75 CISG entstehe der Zinsanspruch in jenem Zeitpunkt, in dem das Deckungsgeschäft vorgenommen wird. Vorliegend stellte sie der (geminderten) Kaufpreisforderung aber nicht die Erlöse aus den von der Verkäuferin geltend gemachten tatsächlichen Deckungsverkäufen gegenüber, sondern einen (höheren) Durchschnittsmarktwert im Zeitraum Oktober/November 2008. Die Verkäuferin hätte angesichts der Erfüllungsverweigerung der Käuferin mit Schreiben vom 10. Oktober 2008 die Deckungsgeschäfte nicht erst im November 2008, sondern vorher, tätigen müssen. Konsequenterweise stellte die Vorinstanz für den Zinsenlauf auf den Zeitpunkt ab, in dem die Verkäuferin die Deckungsverkäufe hätte tätigen sollen (E. 12.2.).

[Rz 12] **Bemerkung:** Im Jusletter vom 24. November 2014 wurde bereits zum Walzdraht I-Entscheid die Auffassung vertreten, dieser vermöge im Ergebnis nicht zu überzeugen.[4] Der Walzdraht II-Entscheid, der naturgemäss von den Erwägungen des Bundesgerichts im Walzdraht I-Entscheid nicht abweichen konnte[5], bestätigt dieses Unbehagen. Thomas Koller hat in seiner eingehenden Analyse der akkreditivrechtlichen Aspekte des Entscheids zu Recht die Frage aufgeworfen, ob es wirklich sachgerecht war, die Schwelle der Wesentlichkeit so hoch anzusetzen, bzw. ob eine Verkäuferin, die solche Vertragsverletzungen begeht, wirklich Schutz vor der Vertragsaufhebung verdient.[6] In der Tat erscheint die ausgesprochen verkäuferfreundliche Grundhaltung der Walzdraht Entscheide als problematisch. Der Entscheid ist mit rund 31 A4-Seiten aussergewöhnlich lang. Der Umstand, dass er in Dreierbesetzung beschlossen und nicht in der amtlichen Sammlung publiziert wurde, dürfte ein Indiz sein, dass er auch aus Sicht des Bundesgerichts nicht Leitentscheidcharakter haben sollte. An dieser Stelle sollen nur einige wenige Aspekte herausgegriffen werden.

[Rz 13] Die Beurteilung der Schwere und Konsequenzen der Vertragswidrigkeit infolge der festgestellten Verletzung der vertraglich vereinbarten Mindestzugfestigkeit steht im Zentrum des Entscheids und stand auch nach Auftauchen des Problems aufgrund des Mill Test Certificate (Herstellungszertifikats) im Zentrum der Diskussionen zwischen den Parteien. Im Walzdraht I-Entscheid hatte das Bundesgericht entschieden, die Einhaltung einer Zugfestigkeit von 400 MPA

4 Brunner/Vischer (Fn. 2) N. 19 ff.

5 Vgl. E. 6 des Walzdraht II-Entscheids.

6 Koller (Fn. 1) S. 89 ff.

sei nicht von absoluter Wesentlichkeit («absolut» meint ohne Rücksicht auf einen bestimmten Verwendungszweck).[7] Im Walzdraht II-Entscheid war noch zu prüfen, ob die Vorinstanz die Frage, ob der Vertragszweck durch die mangelhafte Qualität in objektiver Hinsicht bzw. ob die Verwendbarkeit des Walzdrahtes ohne die stipulierte Mindestzugfestigkeit wesentlich beeinträchtigt wurde, rechtsfehlerfrei beantwortet hat.

[Rz 14] Es war unstreitig, dass gewisse Nutzungen von Stahl eine Mindestzugfestigkeit bedingen. Aufgrund des Umstandes, dass die Kaufverträge eine entsprechende Spezifikation enthielten, diese auch ins Dokumentenakkreditiv aufgenommen worden war und anlässlich der Vertragsänderung die Käuferin erklärte, 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, war für die Verkäuferin ohne Weiteres erkennbar, dass für die Käuferin die Mindestzugfestigkeit des Walzdrahts wichtig war. Zu ergänzen ist, dass sich die Verkäuferin mit der Vertragsänderung ausdrücklich verpflichtet hatte, den Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit von mindestens 400 MPA aus dem mit dem gleichen Schiff für andere Käufer verschifften Walzdraht auszusortieren, und dass sie diese Pflicht verletzt hatte (E. 9.).

[Rz 15] 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 83% des Walzdrahtes ein ganz anderes Bild. Eine derart massive zusätzliche Vertragswidrigkeit liegt ausserhalb dessen, womit die Käuferin im Zeitpunkt der Vertragsänderung vernünftigerweise rechnen musste, was auch für die Verkäuferin erkennbar sein musste. Die (im Entscheid seitenlang diskutierte) Frage, ob die Verkäuferin den Produktionsprozess der Käuferin gekannt hat oder hätte kennen müssen (vgl. E. 6, insbesondere E. 6.4), hätte daher wohl offen bleiben können. Praktisch spielt die Vorhersehbarkeit der wesentlichen Nachteile im Sinne von Art. 25 CISG nur dann eine Rolle, wenn sich die Bedeutung der jeweils verletzten Vertragspflicht nicht bereits zweifelsfrei aus dem Wortlaut des Vertrags oder den Vertragsverhandlungen ergibt.[8] Vorliegend dürfte sich die Bedeutung der Mindestzugfestigkeit spätestens aufgrund der Vertragsänderung ergeben haben.

[Rz 16] Ein schwerwiegender Mangel, der eine Vertragsaufhebung rechtfertigt, wird nur bejaht, wenn die Ware, abgesehen von einer Nacherfüllung durch den Verkäufer, durch den Käufer nicht in zumutbarer Weise absetzbar oder verwendbar ist. An die Unzumutbarkeit einer Weiterveräusserung oder -verwendung durch den Käufer dürfen indessen *keine überhöhten Anforderungen* gestellt werden, da das Vertragsaufhebungsrecht *nicht ausgehöhlt* werden sollte.[9] Vorliegend hätte für die Prüfung dieser Frage auch berücksichtigt werden müssen, dass die Verkäuferin offenbar nicht in der Lage war, den nicht konformen Walzdraht selbst auszusortieren und zudem die im Rahmen der Vertragsänderung eingegangene Pflicht, den Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit von mindestens 400 MPA aus dem mit dem gleichen Schiff für andere Käufer verschifften Walzdraht im Ankunftshafen auszusortieren, verletzte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Verkäuferin je angeboten hätte, die Aussortierung selbst vorzunehmen. Ob unter diesen Umständen

7 Siehe dazu die Kritik bei Brunner/Vischer (Fn. 2) N. 19 ff.

8 Siehe Christoph Brunner/Benjamin Leisinger, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 25 N. 10 mit Nachweisen.

9 Brunner/Leisinger (Fn. 8) Art. 25 N. 17.

eine Aussortierung innerhalb «*weniger Tage*» für die Käuferin tatsächlich zumutbar war, erscheint als fraglich, sind doch in diesem Zusammenhang *auch das* Verhalten der Verkäuferin und die ihr vertraglich auferlegten Pflichten zu berücksichtigen.

[Rz 17] Wie das Bundesgericht zutreffend festgehalten hat, spielt in diesem Zusammenhang auch eine Rolle, ob der Käufer Wiederverkäufer (Händler) oder Produzent bzw. Endabnehmer für die jeweilige Ware ist. Die Verwendbarkeit bzw. Veräusserbarkeit minderwertiger Ware für einen Produzenten oder Endabnehmer, der nicht mit den bezogenen Komponenten oder Materialien handelt, wird in der Regel zu verneinen sein.[10] Die Vorinstanz liess offen, ob die Käuferin auch Stahlhandel betreibe bzw. ihr zuzumuten gewesen wäre, den gekauften Draht weiterzuverkaufen, jedenfalls sei unbestritten, dass sie auch selbst hergestellten Walzdraht verkaufte (E. 6.1). Diese Frage offenzulassen, erscheint nicht als angebracht, da sämtliche relevanten Umstände zu berücksichtigen sind. Da nach dem Sachverhalt die Käuferin als Produzentin Stahl sowie Halberzeugnisse aus Stahl für das Bauwesen herstellt und die Verkäuferin Stahlhändlerin ist (E. A.a.), sollte der Umstand, dass die Käuferin auch selbst hergestellten Walzdraht verkaufte, wohl eher in den Hintergrund treten. Vorab wäre es für die Verkäuferin als Händlerin zumutbar gewesen, den vertragswidrigen Walzdraht bzw. die gesamte Lieferung weiter zu verkaufen.

[Rz 18] Vorliegend hätte also vieles dafür gesprochen, der Käuferin das Aufhebungsrecht zuzugestehen. Bei einer Vertragswidrigkeit von 83% des Walzdrahts unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Verkäuferin wusste, dass für die Käuferin die Zugfestigkeit wichtig war und gewisse Nutzungen eine Mindestzugfestigkeit bedingen, hätte dies kaum jemanden überrascht. Der erste Entscheid des Handelsgerichts hatte diesem Umstand zutreffend Rechnung getragen.

I. Unternehmenskauf

1. Aktienkaufvertrag; Auslegung einer Schuldanerkennung; Erfüllung einer Bedingung

Urteil des Bundesgerichts 4A_311/2014 vom 20. Januar 2015 (MV)

[Rz 19] Mit Aktienkaufvertrag vom 11. Dezember 2002 verkaufte B. (Verkäufer, Beschwerdegegner) A. (Käufer, Beschwerdeführer) sämtliche Aktien der C. AG zum Preis von CHF 1.00. Gleichentags anerkannte der Käufer in einer separaten Vereinbarung eine Schuld von CHF 2'400'000.00 gegenüber dem Verkäufer. Die Forderung sollte jedoch nur fällig werden, wenn der Käufer aus dem allfälligen Verkauf des Aktienpakets der C. AG resp. dem Verkauf der im Eigentum der C. AG stehenden Liegenschaften durch die C. AG einen Gewinn erzielt. Am 7. November 2008 reichte der Verkäufer eine Klage beim Bezirksgericht Lugano ein und beantragte die Verurteilung des Käufers zur Bezahlung einer noch unbezifferten Summe, zunächst beziffert auf CHF 1'880'000.00. Er machte geltend, dass die C. AG das letzte sich in ihrem Eigentum befindliche Grundstück an die D. AG, eine auf den Käufer oder seine Familie zurückführbare Gesellschaft, veräussert habe. Dadurch habe der Käufer böswillig die Erfüllung der vereinbarten Bedingung verhindert. Der Kaufpreis von CHF 8'120'000.00 sei nämlich offensichtlich tiefer

[10] E. 6.1 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_68/2009 vom 18. Mai 2009 E. 7.1; siehe auch Brunner/Leisinger (Fn. 8) Art. 25 N. 17 und Fn. 835.

als der Marktwert des Grundstücks von CHF 10'000'000.00. Die beiden Vorinstanzen haben die Klage gutgeheissen und den Käufer zur Bezahlung von CHF 1'863'315.00 verurteilt.

[Rz 20] **1.** Vor Bundesgericht war im Wesentlichen strittig, ob die Forderung aus der Schuldanerkennung bei einem Verkauf der Grundstücke durch die C. AG nur dann fällig wird, wenn der Käufer einen persönlichen, direkten Gewinn erzielt oder ob ein indirekter, durch seine Gesellschaft realisierter Gewinn ausgereicht (E. 3.). **2.** Die Vorinstanz sei nach Auslegung der Schuldanerkennung zum Schluss gelangt, dass die Schuld bereits bei Vorliegen eines indirekten Gewinns durch die Veräusserung der Grundstücke durch die C. AG fällig würde (E. 3.). **3.** Die Vorinstanz habe weiter erwogen, der Zweck der Vereinbarung sei es gewesen, dass der Beschwerdegegner in zwei genau bestimmten Fällen wenigstens teilweise den in das Immobiliengeschäft investierten Betrag hätte wiedererlangen können: (1) Verkauf des Aktienpakets der C. AG durch den Beschwerdeführer oder (2) Verkauf der C. AG gehörenden Grundstücke (E. 3.). **4.** Sobald im zweiten Fall der Gewinn von der Gesellschaft, nicht vom Beschwerdeführer als Alleinaktionär, «rechtlich» realisiert worden wäre, hätte es sich nur um den «ökonomischen und indirekten» Gewinn handeln können. Andernfalls hätte aus Sicht der Vorinstanz der Verkauf der Grundstücke durch die C. AG nie zur Fälligkeit der Forderung führen können (E. 3). **5.** Da das Bundesgericht entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers keine Verletzung von Art. 18 Obligationenrecht (OR) und Art. 8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) erkennen konnte, wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 4./5./7.).

2. Aktienkaufvorvertrag; Zustandekommen einer mündlichen Einigung

Urteil des Bundesgerichts 4A_677/2014 **vom 1. April 2015 (MV)**

[Rz 21] B. (Beschwerdegegner) beabsichtigte, seine Liegenschaft auf eine ihm gehörende AG zu übertragen. Um den dadurch anfallenden Grundstückgewinnsteuern zu entgehen, sollte die Liegenschaft aber zunächst auf eine nicht ihm gehörende AG übertragen werden. Durch Notar C. lernte der Beschwerdegegner den A. (Beschwerdeführer) – den Alleinaktionär der A.A. AG – kennen. Die Parteien planten, in einem ersten Schritt die Liegenschaft des Beschwerdegegners auf die A.A. AG zu übertragen. In einem zweiten Schritt sollte der Beschwerdeführer sämtliche Aktien der A.A. AG an den Beschwerdegegner verkaufen. Die Parteien hielten dies zwar schriftlich fest, unterzeichneten das Dokument (sog. Kaufvorvertrag) aber zur Vermeidung steuerrechtlicher Konsequenzen nicht. In der Folge unterzeichneten der Beschwerdegegner und die A.A. AG wie geplant den Grundstückkaufvertrag, wobei die Eigentumsübertragung am 21. Mai 2010 erfolgte. Als der Beschwerdegegner anfangs 2012 die Übertragung der Aktien der A.A. AG verlangte, weigerte sich der Beschwerdeführer, diese auf ihn zu übertragen. Beide Vorinstanzen hiessen die Klage des Beschwerdegegners gut und verurteilten den Beschwerdeführer zur Übertragung sämtlicher Namenaktien der A.A. AG auf den Beschwerdegegner.

[Rz 22] **1.** Im Verfahren vor Bundesgericht war strittig, ob eine mündliche Einigung im Hinblick auf den Kauf der Aktien der A.A. AG erzielt worden ist. **2.** Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, welche zum Ergebnis gelangt war, dass zwischen den Parteien mündlich ein tatsächlicher Konsens zustande gekommen war (E. 3.1.). **3.** Es hielt weiter fest, dass der Kaufvorvertrag – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – nicht der öffentlichen Beurkundung bedurft habe und daher gültig sei (E. 4.). **4.** Im Ergebnis bestätigte das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz und wies beide Beschwerden ab, soweit es darauf eintrat (E. 5.).

3. Absichtliche Täuschung des Verkäufers; Aufklärungs- und Untersuchungspflichten des Verkäufers

Urteil des Bundesgerichts 4A_291/2014 **vom 9. April 2015 (MV)**[11]

[Rz 23] B. (Verkäufer, Beschwerdegegner) war Alleinaktionär des Bauunternehmens C. AG. Am 17. April 2002 veräusserte er seine Aktien an drei Erwerber, u.a. an A. (Käufer, Beschwerdeführer). Nachdem die C. AG in Konkurs gefallen war, erhob der Käufer vor dem Bezirksgericht Lugano Klage gegen den Verkäufer und beantragte u.a., es sei der Verkäufer zu verurteilen, ihm den bereits bezahlten Kaufpreis zurückzuerstatten.

[Rz 24] **1.** Vor Bundesgericht rügte der Käufer, dass ihn der Verkäufer über die finanzielle Situation getäuscht habe (Sachverhalt Teil C./E. 4.2.). **2.** Das Bundesgericht führte aus, der Käufer leite die Kenntnis des Verkäufers von der effektiven finanziellen Situation der Gesellschaft hauptsächlich von der nach Vertragsschluss festgestellten Diskrepanz zwischen dem Wert der tatsächlichen Baustellen und dem in den Geschäftsbüchern angegebenen Wert ab (E. 4.3.). **3.** Zwar treffe gemäss Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz zu, dass die Bewertung der Baustellen und der Aussenstände in der Bilanz nicht den anerkannten Rechnungslegungsvorschriften entsprochen habe (E. 4.1.). **4.** Allerdings erscheine die Schlussfolgerung der Vorinstanz richtig, wonach die Bewertung der Baustellen eine delikate Frage gewesen sei. Dies widerspreche augenscheinlich der Argumentation des Käufers, wonach aufgrund des «riesigen Unterschieds» («*macroscopica differenza*») zwischen der realen ökonomisch-finanziellen Situation und der sich aus Geschäftsbüchern ergebenden Situation zwingend eine absichtliche Täuschung abgeleitet werden müsse. **5.** Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 4.3./5.).

[Rz 25] **Bemerkung:** Aus dem Umstand, dass die Geschäftsbücher nicht *de lege artis* geführt wurden und die Baustellen tiefer hätten bewertet werden müssen, kann – wie das Bundesgericht treffend urteilte – keine Täuschungsabsicht abgeleitet werden. Die finanzielle Situation der Gesellschaft wich (soweit nachvollziehbar) nicht erheblich von jener am Stichtag ab. Das Urteil des Bundesgerichts verdient Zustimmung. Es wäre stossend, wenn wegen kleineren finanziellen Abweichungen in Bezug auf die Bewertung von Aktiven automatisch auf einen Täuschungsvorsatz des Verkäufers geschlossen würde.

4. Aktienkaufvertrag; absichtliche Täuschung

Urteil des Bundesgerichts 4A_223/2015 **vom 17. August 2015 (MV)**

[Rz 26] Die A. Holding AG und B. Holding AG (gemeinsam die Käuferinnen, Beschwerdeführerinnen) kauften 80% der Aktien der F. AG von der C. AG, D. und E. (gemeinsam die Verkäufer, Beschwerdegegner). Der Aktienkaufvertrag enthielt u.a. die Bestätigung, dass die Bilanz, die Erfolgsrechnung und die Buchhaltung der F. AG richtig und vollständig sowie nach den allgemein anerkannten Buchführungs- und Bilanzierungsgrundsätzen geführt worden sind. Nachdem über die F. AG der Konkurs eröffnet wurde, klagten die Käuferinnen gegen die Verkäufer wegen absichtlicher Täuschung und verlangten eine Reduktion des Kaufpreises. Sie machten geltend, dass die Verkäufer sie absichtlich über den Wert der F. AG getäuscht hätten, indem sie das Warenla-

[11] Für eine einlässliche Besprechung siehe Dario Galli/Markus Vischer, Anfechtung eines Aktienkaufvertrags gemäss Art. 203 OR, in: dRSK, publiziert am 9. September 2016.

ger überbewertet und die Verbindlichkeiten aus einer Vereinbarung gegenüber der G. AG (sog. X.-Vereinbarung) nicht bilanziert hätten.

[Rz 27] **1.** Das Bundesgericht verneinte – wie schon zuvor die Vorinstanz – eine absichtliche Täuschung über den Wert des Warenlagers, da die Käuferinnen eine Überbewertung nicht nachweisen konnten (E. 3.4.5.). **2.** Massgeblich für die Gewährleistung sei gemäss Aktienkaufvertrag einzig der Jahresabschluss per 30. Juni 2009. Entgegen der Ansicht der Käuferinnen seien daher andere Listen, die im Hinblick auf die Lagerbewirtschaftung bei Testläufen erstellt wurden, sowie unterjährige Bewertungen grundsätzlich irrelevant (E. 3.4.1.). **3.** Auch in Bezug auf die Verbindlichkeiten gegenüber der G. AG sei keine absichtliche Täuschung auszumachen. Die Vorinstanz habe ohne Willkür zum Schluss kommen dürfen, dass die Käuferinnen vor Vertragsschluss Kenntnis von diesen Verbindlichkeiten gehabt haben, obwohl die X.-Vereinbarung nicht im Anhang 6.2.3. zum Aktienkaufvertrag, wo die Offenlegung gewisser Dokumente erwähnt wird, enthalten gewesen sei (E. 3.5.1./3.5.3.). **4.** Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[Rz 28] **Bemerkung:** Die absichtliche Täuschung sowie die Mangelhaftigkeit der Kaufsache sind durch den Käufer zu beweisen.[12] Dieses Urteil sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_291/2014 vom 9. April 2015[13] zeigen exemplarisch auf, dass die getäuschten Käufer in der Praxis häufig an diesem Beweis scheitern. Mithin ein Grund wird wohl darin zu erblicken sein, dass der Käufer über innere Tatsachen Beweis führen muss wie z.B. Kenntnis des Verkäufers vom Mangel oder absichtliche Unterlassung der Aufklärung durch den Verkäufer.[14]

II. Grundstückkauf

1. Vorvertrag zu einem Kaufvertrag; Vollstreckung

Urteil des Bundesgerichts 4A_640/2014 vom 17. April 2015 (MV)

[Rz 29] Bis zum Tod von H.X. im Jahr 2011 waren die Ehegatten F.X. (Beschwerdeführerin) und H.X. Eigentümer eines Landwirtschaftsbetriebs, welcher diverse Liegenschaften in der Schweiz und in Frankreich sowie Mobiliargegenstände (Maschinen und Einrichtungen) umfasste. Mit öffentlicher Urkunde vom 5. Juni 2003 haben die Ehegatten X. versprochen, die Gesamtheit dieser Güter für den Pauschalpreis von CHF 1'600'000.00 an Y. (Beschwerdegegner) zu verkaufen. Das Kaufsrecht war für alle Parteien unwiderruflich. Seine Wirkungen waren indessen *drei Bedingungen* unterstellt: Erhalt der definitiven Bewilligungen von den für das bäuerliche Bodenrecht zuständigen Behörden (1); Verkauf der Liegenschaften in Frankreich zu einem Preis, der von den Parteien innerhalb des Rahmens des Pauschalpreises von CHF 1'600'000.00 festgesetzt werden wird (2); Einigung der Parteien in Bezug auf die steuerliche Behandlung ihrer Dossiers durch die jurassischen und französischen Behörden. Verhandlung, deren Resultate bis zur Eintragung des Kaufs der in der Schweiz gelegenen Liegenschaften der Urkunde vorliegen müssen (3). Da die Ehegatten X. die versprochenen Verträge nicht abschliessen wollten, hat der Beschwerdegegner Klage vor dem Kantonsgericht des Kantons Jura erhoben. Dieses hat der Klage mit Urteil vom 13.

---

12 BGE 131 III 145 bzw. Urteil des Bundesgerichts 4C.324/2004 vom 11. Januar 2005 E. 8.1 = Pra 2005 S. 395; BK-Hans Giger, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf (Art. 184–215 OR), Bern 1979, Art. 199 N. 51.

13 Siehe die Besprechung oben N. 26 ff. sowie von Galli/Vischer (Fn. 11).

14 Vgl. ZK-Herbert Schönle/Peter Higi, Kauf und Schenkung, Lieferung 2, Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 203 N. 18; Galli/Vischer (Fn. 11) N. 10 ff.

November 2008 stattgegeben und die Ehegatten X. u.a. verurteilt, die sich aus dem Kaufsrecht ergebenden Verträge abzuschliessen. Eine gegen dieses Urteil von den Ehegatten X. erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht abgewiesen.[15] Am 22. Oktober 2013 hat der Beschwerdegegner ein Vollstreckungsgesuch eingereicht. Beide Vorinstanzen haben das Gesuch gutgeheissen.

[Rz 30] **1.** Im Verfahren vor Bundesgericht war strittig, ob die Bedingungen im Vorvertrag erfüllt sind (E. 2./3.). **2.** Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass sich die Parteien unwiderruflich den Verkauf des Landwirtschaftsbetriebs versprochen haben. Im öffentlich beurkundeten Vertrag gebe es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine der beiden Vertragsparteien die Möglichkeit haben sollte, dieses Versprechen zu widerrufen. Demzufolge seien diese Bedingungen keine wirklichen Suspensivbedingungen im Sinne von Art. 151 OR. Nur soweit sie sich in Bezug auf den Abschluss des oder der Endverträge auf den Ausgang der noch notwendigen Vorbereitungen beziehen und ihre Erfüllung von den zuständigen Verwaltungs- und Steuerbehörden abhängt, seien es Suspensivbedingungen (BGE 135 III 295 E. 5.3) (E. 4.). **3.** Sei eine Bedingung vereinbart worden und hänge ihre Erfüllung in einem gewissen Ausmass vom Willen einer der Parteien ab, so habe diese Partei grundsätzlich keine volle Freiheit, deren Erfüllung zu verweigern. Sie müsse im Gegenteil auf redlicher und nach den Regeln von Treu und Glauben entsprechender Weise handeln. Im Falle der Verletzung dieser Erfordernisse gelte die Bedingung gemäss Art. 156 OR als erfüllt (BGE 135 III 295 E. 5.2). **4.** Das Bundesgericht stellte fest, dass der Beschwerdegegner gemäss Sachverhaltsfeststellung mehrfach der Beschwerdeführerin ein Treffen vorgeschlagen habe, um die steuerlichen Aspekte des Verkaufs zu prüfen. Die Beschwerdeführerin habe diese Vorschläge stets abgelehnt und habe überdies auch nie die französischen Steuerbehörden angegangen (E. 4.). **5**. In Anbetracht dieses Verhaltens habe der Vollstreckungsrichter in Übereinstimmung mit Art. 156 OR davon ausgehen dürfen, dass diese Bedingung, obwohl sie nicht vollständig eingetreten sei, als erfüllt gelte, da ihr Eintritt von der Beschwerdeführerin wider Treu und Glauben verhindert worden sei. Dementsprechend gelte die Bedingung auch als erfüllt im Sinne von Art. 343 Zivilprozessordnung (ZPO) (E. 5.). **6.** Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

2. Freizeichnungsklausel und arglistiges Verschweigen (Art. 199, 200 Abs. 2 OR) bei einem Liegenschaftsverkauf

Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2015 vom 25. Juni 2015 (sowie 4A_715/2014 vom 25. Juni 2015) (CB)[16]

[Rz 31] Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag verkaufte A. (Verkäufer) den Ehegatten B. (Käufer) die Grundstücke xxx und yyy im Kanton Neuenburg sowie Miteigentumsanteile an den Zu-

15 BGE 135 III 295 = Pra 2009 S. 829 ff., besprochen von Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht in den Jahren 2008 und 2009 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 26. Juli 2010, N. 110 ff.; siehe ferner Markus Vischer, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 168 f. sowie Markus Vischer, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, in: AJP 2011, S. 1171 Fn. 29.

16 Siehe auch Dario Galli/Markus Vischer, Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 30. September 2015; Pascal Pichonnaz, Vente immobilière – Garantie pour les défauts – Zone d'affectation de la parcelle – Exclusion de garantie – Défauts connus par l'acheteur – CO 199, 200 (Grundstückkaufvertrag – Sachmängelhaftung – Fehlende Zonenkonformität – Wegbedingung der Haftung – Bekannte Mängel – OR 199, 200), in: BR DC online 2015, Nr. 569; Marzia Schilleci, Arglistig verschwiegene Nutzungsbeschränkung, in: ius.focus 8/2015, Nr. 195.

fahrtstrassen. Der Kaufvertrag bestimmte, dass gewisse öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (Nutzungsplan, Baulinien, baupolizeiliche Vorschriften) sowie gewisse zivilrechtliche Eigentumsbeschränkungen nicht im Grundbuch eingetragen sind und der Verkäufer diesbezüglich keine Haftung übernimmt. Zudem enthielt der Kaufvertrag eine umfassende Freizeichnungsklausel, in der jegliche Gewährleistung für offene sowie versteckte Sach- oder Rechtsmängel, unabhängig deren Erkennbarkeit, wegbedungen wurde. Vorbehalten blieben arglistig verschwiegene Mängel im Sinne von Art. 199 OR. In der Folge stellten die Ehegatten fest, dass das gesamte Grundstück yyy und ein Teil des Grundstücks xxx der Zone für öffentliche Nutzungen («ZöN») und nicht der Bauzone zugewiesen waren. Auf Gesuch der Ehegatten änderte die Gemeinde den Nutzungsplan ab und zonte das gesamte Grundstück xxx in die Bauzone ein. Demgegenüber verblieb das Grundstück yyy in der ZöN. Darauf klagten die Ehegatten B. gegen A. und warfen ihm vor, er habe die Zuordnung des Grundstücks yyy sowie die teilweise Zuordnung des Grundstücks xxx in die ZöN arglistig verschwiegen. Die Beklagten verlangten u.a. eine Minderung des Kaufpreises und Erstattung der Kosten für die Umzonung. Nachdem die Vorinstanz (Kantonsgericht Neuenburg) die Klage abgewiesen hatte, hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut und wies die Sache zurück an die Vorinstanz.[17] Darauf entschied die Vorinstanz neu und verurteilte den Verkäufer, den Käufern CHF 64'240.00 zu bezahlen. Dagegen erhoben der Verkäufer A. wie auch die Ehegatten B. Beschwerde an das Bundesgericht. Beide Beschwerden wurden abgewiesen.

[Rz 32] **1.** Aufgrund des Rückweisungsentscheids musste die Vorinstanz prüfen, ob der Verkäufer den Käufern die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hatte (Art. 199 OR). Im Rückweisungsentscheid hatte das Bundesgericht aber bereits festgehalten, dass die Freizeichnungsklausel, welche öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen vorbehielt, nicht geeignet sein konnte, den gutgläubigen Käufern, welche keine besonderen Rechts- oder Immobilienkenntnisse hatten, eine Pflicht zur Überprüfung der Zonenzuordnung der fraglichen Grundstücke aufzuerlegen. Allein aufgrund des vereinbarten Preises konnte jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass die Käufer damit hätten rechnen müssen, dass die Parzellen nicht bzw. nicht vollständig in der Bauzone lagen. Wesentlich sei vorliegend die Frage, ob die Käufer bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit die Zonenzugehörigkeit hätten kennen müssen. Werde diese Frage bejaht, müsse der Verkäufer nicht einstehen (Art. 200 Abs. 2 OR). Der Verkäufer rügte den neuen Entscheid der Vorinstanz, wonach die Käufer die Zonenzugehörigkeit zur ZöN nicht haben in Betracht ziehen müssen. Die Käufer, welche einen Unterstand für Motorräder bauen wollten, hätten sich über die rechtlichen Voraussetzungen für ein solches Bauprojekt erkundigen sollen, umso mehr der Kaufvertrag einen ausdrücklichen Gewährleistungsausschluss enthalten habe. Der im vorinstanzlichen Verfahren hinzugezogene gerichtliche Gutachter hatte aber auf die Unüblichkeit der Zonenzugehörigkeit der Parzellen in dieser Lage hingewiesen. Demgemäss befand das Bundesgericht, die Käufer hätten vorliegend nach Treu und Glauben diese unübliche Zonenzugehörigkeit nicht kennen müssen bzw. sich nicht erkundigen müssen, zumal sie weder rechtskundig noch in Immobiliengeschäften erfahren gewesen waren (E. 2.2.1.).

[Rz 33] **2.** Weiter erwog das Bundesgericht, die Vorinstanz habe zu Recht angenommen, der Verkäufer habe den Käufern die besondere Zonenzugehörigkeit hinsichtlich der Parzelle yyy ver-

17 Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014, besprochen von Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2014 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 14. Dezember 2015, N. 24 ff.

schwiegen und damit den Gewährsmangel arglistig verschwiegen (Art. 199 OR). Die Arglist sei dann zu bejahen, wenn der Verkäufer den Mangel kennt und mit der Möglichkeit, dass der Käufer den Mangel nicht entdeckt, rechnet und dieses Ergebnis akzeptiert, sollte es sich tatsächlich so ereignen. Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass der Verkäufer nicht bewiesen hatte, dass er die Käufer über die Zonenzugehörigkeit zur ZöN informiert hatte, obschon er hinsichtlich der Parzelle yyy davon Kenntnis hatte. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass der Verkäufer, wenn er über die Wichtigkeit einer Information für den Käufer nicht in Unkenntnis sein kann, *gute Gründe* haben muss, um annehmen zu können, der Käufer werde den Mangel selbst erkennen und der Einwand des arglistigen Verschweigens eines Mangels gemäss Art. 199 OR greife nicht.

[Rz 34] **3.** Hinsichtlich der Beschwerde der Ehegatten (Käufer) hatte die Vorinstanz festgehalten, dass unbewiesen blieb, dass der Käufer von der teilweisen Zugehörigkeit der Parzelle xxx zur ZöN wusste. Entsprechend war nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei der Berechnung des Minderwerts nur den entsprechenden Minderwert der Parzelle yyy berücksichtigt hatte.

[Rz 35] **Bemerkung:** Indem das Bundesgericht (wie die Vorinstanz) mehrfach betonte, dass die Käufer weder rechtskundig noch in Immobiliengeschäften erfahren gewesen waren, gibt es zu Recht zu erkennen, dass an die Sorgfaltspflicht der Käufer im B2B-Bereich höhere Anforderungen gestellt werden können. Ein Verkäufer kann dann viel eher nach Treu und Glauben befugt sein, anzunehmen, der Käufer müsse einen entsprechenden Mangel, soweit dieser für ihn von Bedeutung ist, aufgrund einer von ihm geschäftstypisch zu erwartenden Abklärungsobliegenheit bzw. *due diligence* Prüfung selbst erkennen.

3. Freizeichnungsklausel; Kontrolle elektrischer Installationen; Nichtigkeit

Urteil des Bundesgerichts 4A_155/2015 **vom 24. August 2015 (CB)**[18]

[Rz 36] Die K. AG (Käuferin) erwarb eine Liegenschaft (mit Restaurant, Bäckerei etc.) von einer Erbengemeinschaft (Verkäuferin). Der Kaufvertrag enthielt eine Freizeichnungsklausel. Zudem bestimmten die Schlussbestimmungen des Kaufvertrags, dass gemäss Ziff. 3 des Anhangs zur Verordnung vom 7. November 2001 über elektrische Niederspannungsinstallationen («NIV») die Niederspannungsinstallationen mit zehn- oder zwanzigjähriger Kontrollperiode bei einer Handänderung kontrolliert werden müssen, wenn seit der letzten Kontrolle mehr als fünf Jahre vergangen sind. Weiter vereinbarten die Parteien, dass die Erwerberin eine Kontrolle der Niederspannungsinstallation am Kaufobjekt erst nach der Eigentumsübertragung veranlassen wird und die Veräusserin von jeder Gewährleistung befreit wird. In der Folge machte die Käuferin gravierende Mängel an der Niederspannungsinstallation und Ersatz der Kosten für die Behebung der Mängel geltend. Die Mängel seien arglistig verschwiegen worden. Das Bezirksgericht sowie das Obergericht wiesen die Klage der Käuferin ab. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ebenfalls ab.

[Rz 37] **1.** Die Käuferin machte geltend, die Klausel, wonach die vorgeschriebene Kontrolle der elektrischen Niederspannungsinstallationen erst nach der Eigentumsübertragung durch die erwerbende Partei veranlasst werde und die veräussernde Partei in dieser Hinsicht von jeder Ge-

18 Siehe auch Thomas Siegenthaler/Hubert Stöckli, Grundstückkauf/Contrat de vente immobilière, in: BR 2016, S. 166; Harald Bärtschi, Freizeichnung beim Grundstückkauf, in: ius.focus 10/2015, Nr. 249.

währleistungspflicht befreit werde, sei nach Art. 20 OR nichtig. Das Bundesgericht erwog, vorliegend sei nach der Rechtsprechung zu Art. 20 Abs. 1 OR zu prüfen, ob die Vertragsklausel, wonach die Käuferin nach der Eigentumsübertragung den Sicherheitsnachweis einzuholen habe, gegen objektives Recht verstösst, und ob die Rechtsfolge der Nichtigkeit ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt. Wer für die Veranlassung der Kontrolle zuständig ist, lasse sich weder dem Wortlaut von Ziff. 3 NIV noch der Systematik der Verordnung bzw. des Anhangs zur Verordnung entnehmen.

[Rz 38] Die Kontrolle elektrischer Installationen diene sowohl dem Schutz des Eigentümers und dessen Sachen wie auch dem Schutz von Drittpersonen wie Gäste, Handwerker oder Rettungskräfte. Wer die Kontrolle veranlasse, sei dabei nicht relevant. In einem Fact-Sheet (7) äusserte sich das Bundesamt für Energie dahingehend, zuständig sei der Verkäufer. Ziel von Ziff. 3 des Anhangs zur NIV sei es, dass ein neuer Eigentümer, der die Geschichte des Gebäudes und der Installation nicht kenne, eine Anlage übernehme, die nachgewiesenermassen dem Stand der Technik und den Sicherheitsanforderungen der Verordnung entspreche; nur auf diese Weise könne er seiner Verantwortung als Installationsinhaber nach Art. 58 OR nachkommen. Dieser Zweck der Bestimmung, wie er vom Bundesamt für Energie nachvollziehbar ausgelegt werde, können indessen auch erreicht werden, wenn der Käufer für die Kontrolle zuständig ist. Die dadurch erfolgte kurze Verzögerung könne hingenommen werden, handle es sich bei der Kontrolle wegen Handänderung doch um eine ausserordentliche Kontrolle, da die Installationen nach dem ordentlichen Kontrollrhythmus (zehn- oder zwanzigjährige Kontrollperiode) noch nicht zu prüfen wären, würde kein Eigentümerwechsel stattfinden. Demgemäss stehe Ziff. 3 des Anhangs zur NIV einer privatrechtlichen Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, wonach der Käufer nach der Eigentumsübertragung die elektrischen Installationen kontrollieren lässt, nicht entgegen. Damit könne offen bleiben, ob einer Bestimmung in einem Anhang zu einer öffentlich-rechtlichen Verordnung überhaupt die Qualität einer Norm zukommt, die zur Nichtigkeit einer privatrechtlichen Vereinbarung führen kann (E. 3).

[Rz 39] **2.** Weiter rügte die Käuferin, die Vorinstanz habe zu Unrecht verneint, dass die Verkäuferin arglistig verschwiegen habe, dass eine Kontrolle der elektrischen Installationen überfällig sei, habe sie doch gewusst, dass gravierende Mängel vorhanden gewesen seien. Die gegen die Beweisabnahme bzw. Beweiswürdigung der Vorinstanz erhobenen Rügen erwiesen sich als unbegründet.

[Rz 40] **Bemerkung:** Die Frage, ob die Käuferin bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit den Mangel hätte kennen sollen (Art. 200 Abs. 2 OR und Verhältnis zu Art. 199 OR), wurde vorliegend nicht erörtert (vgl. dazu oben N. 38). Im Unterschied zum Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2015 vom 25. Juni 2015 dürfte diese Frage hinsichtlich eines Mangels bei den elektrischen Niederspannungsinstallationen eher zu bejahen sein, zumal ein solcher jedenfalls bei einem älteren Objekt kaum als «unüblich» beurteilt werden dürfte (vgl. oben N. 31 ff. [Unüblichkeit der Zonenzugehörigkeit der Parzellen]).

4. Vorvertrag zu einem Kaufrechtsvertrag; Haftgeldklausel; Formungültigkeit

Urteil des Bundesgerichts 4A_637/2014 **vom 15. September 2015 (MV)**[19]

[Rz 41] A. (Beschwerdeführer) und D. schlossen zusammen mit B. (Beschwerdegegner) eine in einfacher Schriftlichkeit verfasste Vereinbarung mit dem Titel «Abtretungsversprechen eines Kaufsrechts» ab. Darin vereinbarten sie, dass der Beschwerdegegner eine Anzahlung von CHF 100'000.00 zu bezahlen habe. Sie vereinbarten weiter, dass die Anzahlung ein vertragliches Reugeld für den Fall sei, dass die notarielle Urkunde betreffend die Abtretung des Kaufrechts nicht unterzeichnet werden sollte. Zwei Tage nach Vertragsschluss bezahlte der Beschwerdegegner vereinbarungsgemäss die Anzahlung. In der Folge teilte er jedoch dem Beschwerdeführer und D. mit, dass er nicht mehr am Erwerb des Kaufsrechts interessiert sei. Da der Beschwerdeführer und D. die Anzahlung nicht zurückzahlen wollten, klagte der Beschwerdegegner auf Rückzahlung der Anzahlung und berief sich dabei auf die Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Formungültigkeit. Die beiden Vorinstanzen hiessen seine Klage gut.

[Rz 42] **1.** Der Beschwerdeführer machte vor Bundesgericht geltend, dass die Nichtigkeit der Vereinbarung keinesfalls das darin enthaltene Reugeld betreffe und rügte weiter eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 ZGB (E. 4.). **2.** Das Bundesgericht erklärte, dass eine Nebenabrede, womit die Parteien die Hauptverpflichtung zu bekräftigen beabsichtigen und deren Abschluss sich als nichtig erweist, dem Schicksal der Hauptverpflichtung folgt (BGE 140 III 200 E. 5.3). Da vorliegend der Zweck des Reugelds genau der soeben beschriebene sei, sei das vereinbarte Reugeld nichtig (E. 5.). **3.** In Bezug auf den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs hielt das Bundesgericht fest: Um zu bestimmen, ob bei einem Grundstückverkauf ein Rechtsmissbrauch vorliegt, messe die Rechtsprechung dem möglichen Umstand besondere Bedeutung zu, dass die Parteien freiwillig und in Kenntnis des Formmangels den nichtigen Vertrag vollständig oder zumindest in der Hauptsache erfüllt haben. Vorliegend sei die wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung des Vorvertrags jedoch nicht erfüllt worden, da die Parteien den Abtretungsvertrag betreffend das Kaufsrecht in notarieller Form nicht unterzeichnet haben. Somit verhalte sich der Beschwerdegegner nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er sich auf die Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Formmangels berufe (E. 6./7.). **4.** Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[Rz 43] **Bemerkung:** Das Bundesgericht bestätigte im vorliegenden Urteil seine Praxis (BGE 140 III 200), wonach Klauseln in Vorverträgen, welche einen (mittelbaren) Erfüllungszwang in Bezug auf die formbedürftige Hauptverpflichtung bewirken, ebenfalls vom Formzwang erfasst sind.[20]

---

19 Siehe auch Dario Galli/Markus Vischer, Formungültiger Vorvertrag zu einem Kaufsrechtsvertrag, in: dRSK, publiziert am 26. August 2016.

20 Siehe auch Davide Giampaolo/Markus Vischer, Gültigkeit von Konventionalstrafen in formmangelbehafteten Vorverträgen zu Grundstückkäufen (Art. 216 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 OR)?; in: dRSK, publiziert am 27. Februar 2015; Jörg Schmid, Reservationsvereinbarung beim Grundstückkauf, Formmangel und Konventionalstrafe, in: BR 2014, S. 278 ff.; Marc Wolfer, Schweizerisches Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, Urteil vom 11. März 2014 i.S. A. c. B. SA, BGer 4A_413/2013 = BGE 140 III 200 (ital. Originalsprache)., in: AJP 2015, S. 962 ff.; Annina Lippuner/Markus Vischer, Formungültige Abgeltungsvereinbarung eines Grundstückkaufvorvertrages, in: dRSK, publiziert am 6. März 2015.

5. Konventionalstrafe; Formerfordernis; Herabsetzung einer Konventionalstrafe

Urteil des Bundesgerichts 4A_320/2015 **vom 11. November 2015 (MV)**

[Rz 44] B. (Verkäufer, Beschwerdegegner) verkaufte der A. AG (Käuferin, Beschwerdeführerin) mit öffentlich beurkundetem Vertrag eine Gewerbeliegenschaft, auf der u.a. ein beschädigtes Kaufobjekt stand. Diese Schäden waren beiden Parteien bekannt. Aus diesem Grund hatten die Parteien in einer in einfacher Schriftlichkeit verfassten Übereinkunft vereinbart, dass der Verkäufer zur Sicherstellung der voraussichtlich anfallenden Schadensbehebungskosten der Käuferin den Betrag von CHF 200'000.00 überweist. Im Gegenzug verpflichtete sich die Käuferin, allfällige Umbauarbeiten ohne Einwilligung des Verkäufers erst dann vorzunehmen, wenn ein Gerichtsexperte Art und Umfang der Schadensbehebung rechtskräftig festgelegt hat. Die Verletzung dieser Verpflichtung durch die Käuferin hat zur Folge, dass die Schadensbehebungspflicht des Verkäufers entfällt und die Käuferin dem Verkäufer innert zehn Tagen den Betrag von CHF 200'000.00 zu bezahlen hat. In der Folge behob die Käuferin die Schäden ohne Einwilligung des Verkäufers, worauf der Verkäufer die Käuferin aufforderte, ihm CHF 200'000.00 zu bezahlen.

[Rz 45] **1.** Die Käuferin berief sich vor Bundesgericht auf die Formungültigkeit der Vereinbarung und beanstandete weiter für den Fall der Gültigkeit der Vereinbarung, dass sie zu Unrecht zur Zahlung der Konventionalstrafe verurteilt worden sei (E. 2./5.). **2.** Das Bundesgericht erwog, der Einwand der Käuferin, dass die Vereinbarung mangels öffentlicher Beurkundung formungültig sei, sei rechtsmissbräuchlich. Die Käuferin habe diesen Einwand erstmals vor Bundesgericht erhoben und habe zudem den Grundstückkaufvertrag im Wesentlichen erfüllt sowie den Betrag von CHF 200'000.00 in Empfang genommen (BGE 140 III 200 E. 4.2). Die Frage der Formungültigkeit der Vereinbarung müsse jedoch nicht vertieft werden. Die Käuferin verkenne, dass sie im Falle der Formungültigkeit gerade keinen Rechtsgrund für das Behalten des überwiesenen Betrags hätte, sondern diesen gemäss Art. 62 Abs. 2 OR zurückzubezahlen hätte (E. 2.2.). **3.** Schliesslich verneinte das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 163 Abs. 2 und 3 OR. Die Käuferin habe unter allgemeiner Berufung u.a. auf «elementare Sicherheitsvorschriften im Baurecht» nicht darlegen können, inwiefern mit der fraglichen Konventionalstrafe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt worden sei (E. 5.3.). **4.** Das Bundesgericht erklärte weiter, dass aus Gründen der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit Zurückhaltung bei der Herabsetzung von Konventionalstrafen geboten sei. Ein richterlicher Eingriff rechtfertige sich nur, wenn der verabredete Betrag so hoch sei, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt (BGE 133 III 43 E. 3.3.1). Vorliegend habe die Käuferin kein solches Missverhältnis aufgezeigt, womit keine Verletzung von Art. 163 Abs. 3 OR vorliege (E. 5.4.). **5.** Das Bundesgericht wies die Beschwerde, soweit es darauf eintrat, ab.

6. Vorvertrag; Exklusivvereinbarung; Vertragsauslegung

Urteil des Bundesgerichts 4A_390/2015 **vom 18. November 2015 (MV)**[21]

[Rz 46] A. (Vermieter, Beschwerdeführer) schloss mit B.B. und C.B. (Mieter, Beschwerdegegner) am 22. Oktober 2004 einen befristeten Mietvertrag über die Liegenschaft D. ab. In einer Zusatzvereinbarung vereinbarten die Parteien, dass der Mietvertrag per 30. Juni 2006 aufgelöst werden könne, wobei die Mieter die Liegenschaft auf diesen Zeitpunkt für CHF 800'000.00 (Festpreiszusage bis 31. Dezember 2006) kaufen könnten. Weiter wurde eine Anzahlung in der Höhe von CHF 40'000.00 vereinbart. Im Gegenzug verpflichtete sich der Vermieter, bis am 31. Dezember 2006 keine weiteren Kaufinteressenten zu suchen. Nachdem der geplante Kauf der gemieteten Liegenschaft nicht zustande kam, entbrannte zwischen den Parteien im Wesentlichen ein Streit darüber, ob der Vermieter die CHF 40'000.00 aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzahlen muss.

[Rz 47] **1.** Vor Bundesgericht war die Qualifikation der Zahlung von CHF 40'000.00 umstritten. **2.** Das Bundesgericht qualifizierte die streitgegenständliche Zusatzvereinbarung nicht wie die Vorinstanz als Vorvertrag, sondern als eine sog. Punktation, d.h. als Fixierung eines im Verlauf von Vertragsverhandlungen erreichten Zwischenergebnisses. Zur Begründung führte es an, die Parteien seien davon ausgegangen, dass durch Abschluss der Zusatzvereinbarung noch keine Kaufverpflichtung vereinbart worden sei (E. 3.3). **3.** Die Verpflichtung des Vermieters, während zwei Jahren auf die Suche von anderen Kaufinteressenten zu verzichten, stelle eine Exklusivvereinbarung dar, wobei die CHF 40'000.00 die Gegenleistung hierfür seien (E. 3.4). **4.** Im Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass der Vermieter die CHF 40'000.00 nicht zurückzahlen müsse, da er während des fraglichen Zeitraums keinen Drittkäufer gesucht habe (E. 3.4). **5.** Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut.

[Rz 48] **Bemerkung:** Die Abgrenzung des Vorvertrags zu vorvertragsnahen Vertragstypen kann – wie das vorliegende Urteil aufzeigt – Schwierigkeiten bereiten. Indem die Vorinstanz die streitgegenständliche Vereinbarung mithilfe des Vertrauensprinzips als Vorvertrag qualifiziert hat, hat sie – wie das Bundesgericht treffend festhält – Bundesrecht verletzt. Denn die Auslegung nach Vertrauensprinzip darf nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner Partei gewollt ist (siehe auch E. 3.3.). Da beide Parteien davon ausgegangen waren, dass durch Unterzeichnung noch keine Kaufverpflichtung begründet worden war, konnte es sich bei der Vereinbarung nicht um einen Vorvertrag handeln, sondern wie das Bundesgericht richtigerweise festhielt, lediglich um eine Punktation, welche zudem eine Exklusivvereinbarung enthielt.

---

21 Siehe auch Dario Galli/Markus Vischer, Qualifikation einer Zusatzvereinbarung zu einem Mietvertrag, in: dRSK, publiziert am 25. Februar 2016; Siegenthaler/Stöckli (Fn. 18) S. 166 f.; Ylber Hasani, Vorvertrag und Exklusivvereinbarung, in: ius.focus 2/2016, Nr. 33.

III. Fahrniskauf

1. Gewährleistung beim Verkauf eines neuen BMW M3; Äusserung des Herstellers in der Werbung

Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2014 **vom 19. Januar 2015 (CB)**[22]

[Rz 49] Der Käufer («K.») kaufte von der Verkäuferin («V. AG») einen mit einem Doppelkupplungsgetriebe ausgestatteten Neuwagen «BMW M3» zum Preis von CHF 131'230.00. Die AGB zum Kaufvertrag bestimmten, dass bei Vorliegen eines erheblichen Mangels, welcher selbst nach wiederholten Reparaturen nicht behoben werden kann, der Käufer das Recht hat, eine Minderung des Kaufpreises zu verlangen oder vom Kaufvertrag zurückzutreten. Bei Rücktritt ist der Kaufpreis dem Käufer zurückzubezahlen, unter Abzug einer km-basierten Benutzungsentschädigung. Nachdem K. das Fahrzeug in Besitz nahm, stellte er verschiedene Mängel fest. Trotz mehreren durchgeführten Reparaturen konnte der Mangel am Doppelkupplungsgetriebe nicht behoben werden. Der Mangel bestand darin, dass das Gaspedal des Fahrzeugs im Antriebsmodus «D» bei niedriger Fahrtgeschwindigkeit, vor allem im Kreisverkehr, eine Reaktionsverzögerung von einer bis drei Sekunden aufwies. K. erklärte schliesslich den Rücktritt vom Vertrag. Während die erste Instanz die Klage abwies, hiess die zweite Instanz die Klage teilweise gut. Das Bundesgericht wies die Berufung der V. AG ab.

[Rz 50] **1.** Vor Bundesgericht machte die V. AG zunächst geltend, die Vorinstanz sei willkürlich von der Zusicherung einer «stufenlosen, komfortablen und sofortigen» Gangschaltung ausgegangen, indem sie einen Katalog von 2008 berücksichtigt habe, der K. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gar nicht bekannt gewesen sei. Das Bundesgericht verwarf diesen Einwand und erwog, die Vorinstanz habe willkürfrei festgestellt, dass die V. AG ein besonders effizientes und komfortables Schaltsystem zugesichert habe. Nach den Feststellungen der Vorinstanz habe der Katalog dem Verkaufspersonal der Verkäuferin als Argumentationshilfe gedient, K. habe die relevanten Internetseiten zum Fahrzeug sowie einen Katalog «BMW Media Information», welcher die Funktionsweise des Doppelkupplungsgetriebes beschrieb, studiert. Zudem habe K. diesen Katalog mit dem Verkäufer der V. AG beim Kauf besprochen. Auch der Gerichtsexperte habe u.a. festgehalten, dass das Doppelkupplungsgetriebe ein wesentliches Argument der Herstellerin und des Verkaufspersonals beim Vertrieb des Fahrzeugs gewesen sei (E. 4.2).

[Rz 51] **2.** Weiter rügte die V. AG, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihre Beweisofferte der Anhörung des späteren Käufers des Fahrzeugs abgelehnt habe. Diese Rüge war bereits deshalb unbehilflich, da es die V. AG unterlassen hatte, darzulegen, weshalb die Beweisofferte der Anhörung dieses Zeugen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO erst im Berufungsverfahren zulässig sein sollte. Zudem sei die Reaktionsverzögerung des Gaspedals vom beigezogenen gerichtlichen Gutachter hinreichend festgestellt worden (E. 4.3). Weiter habe die Vorinstanz ihr Ermessen nicht überschritten, als sie den Mangel des Schaltsystems als wesentlich qualifiziert habe (E. 5). Schliesslich war auch die Rüge der V. AG, K. habe zunächst Minderung erklärt und sei dabei zu behaften, nicht erfolgreich, da es die V. AG unterlassen hatte, substanziiert darzulegen, welche konkreten Konsequenzen sich im Falle der Minderung im Sinne von Art. 205 Abs. 1 OR ergeben würden.

---

22 Siehe auch Franz Werro, Contrat de vente – Défaut – CO 197 (Kaufvertrag – Mangel – OR 197), in: BR DC online 2015, Nr. 583.

[Rz 52] **Bemerkung:** Der Entscheid stellt klar, dass Äusserungen des Autoherstellers in der Werbung zu wesentlichen Eigenschaften eines Neuwagens, die vom Verkaufspersonal des Verkäufers verwendet werden, in der Regel Zusicherungen des Verkäufers im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR darstellen. Dies erscheint ohne Weiteres auch unter Berücksichtigung des Vertrauensprinzips als sachgerecht. Bemerkenswert ist weiter die Erwägung des Bundesgerichts, dass die V. AG sich nicht darauf berufen könne, dass K. zunächst Minderung verlangt habe und dabei zu behaften sei (kein *ius variandi*; Ausübung eines Gestaltungsrechts und damit Bindungswirkung), weil sie substanziierte Ausführungen zur Berechnung der Minderung im Sinne von Art. 205 Abs. 1 OR unterlassen hatte. Im Ergebnis ist dem Entscheid zuzustimmen, da ein Verkäufer sich nur dann auf die Unwiderruflichkeit berufen können sollte, wenn er ein schutzwürdiges Interesse an der Unwiderruflichkeit des zuerst ausgeübten Gewährleistungsanspruchs substanziiert darlegt und nachweist.[23]

2. «Bedingter» Verzicht auf die nachträgliche Erfüllung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR; Auslegung nach dem Vertrauensprinzip; Schadensnachweis und Art. 42 Abs. 2 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_691/2014 **vom 1. April 2015 (CB)**[24]

[Rz 53] Die Käuferin («K. GmbH») bestellte bei der Verkäuferin («V. AG») eine Etikettiermaschine und ein Kodierungsgerät, inklusive Installation, für insgesamt CHF 9'700.00. Die K. GmbH leistete eine Anzahlung von CHF 2'000.00. Aufgrund der zweiwöchigen Lieferfrist stellte die Verkäuferin der Käuferin eine Ersatz-Etikettiermaschine zur Verfügung. Diese funktionierte trotz Reparaturarbeiten seitens der Verkäuferin nicht zufriedenstellend. Vor Lieferung der bestellten Etikettiermaschine kündigte die Käuferin den Vertrag, erklärte, dass sie die Ersatz-Etikettiermaschine zum Abholen bereit halte und verlangte die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung. Darauf teilte die Verkäuferin der Käuferin wiederholt mit, falls sie an der Vertragsauflösung festhalte, werde eine Entschädigung von rund CHF 4'000.00 und zusätzlich CHF 40.00 pro Tag für das «Mietgerät» fällig. Die kantonalen Instanzen wiesen die Klage der Verkäuferin auf Bezahlung des Kaufpreises gegen Übergabe der Maschine und einer Nutzungsentschädigung für die Ersatzmaschine ab. Das Bundesgericht wies die Berufung der Verkäuferin ebenfalls ab.

[Rz 54] **1.** Die Vorinstanz stellte fest, die Käuferin habe nicht bewiesen, dass die Verkäuferin nicht in der Lage gewesen war, eine mangelfreie und bestellungskonforme Etikettiermaschine zu liefern. Die Käuferin sei deshalb nicht berechtigt gewesen, vom Vertrag zurückzutreten. Die Verkäuferin habe aber gemäss Art. 107 Abs. 2 OR auf die Erfüllung des Vertrags mittels Annahme der Maschine und Zahlung des Kaufpreises verzichtet, so dass sie nur noch Schadenersatz verlangen könne. Indessen habe sie den behaupteten Schaden weder hinreichend behauptet noch bewiesen (E. 2).

[Rz 55] **2.** Vor Bundesgericht beanstandete die Verkäuferin die Annahme der Vorinstanz, sie habe mittels einer wirksamen, unbedingten Erklärung auf die Erfüllung des Kaufvertrags verzichtet. Ihre Erklärung könne nicht als Verzicht auf die Erfüllung des Vertrags im Sinne von Art.

23 Vgl. BGE 128 III 70 E. 2; CHK-Markus Müller-Chen, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 205 OR N. 5.

24 Siehe auch Harald Bärtschi, Gebühr für Ersatzgerät bei Lieferverzögerung, in: ius.focus 6/2015, Nr. 140.

107 Abs. 2 OR betrachtet werden. Das Bundesgericht stellte fest, dass die Käuferin in Verzug war und die Annahme der Maschine kategorisch verweigerte. Die Verkäuferin sei daher berechtigt gewesen, gemäss Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR ohne Ansetzung einer Nachfrist auf die nachträgliche Erfüllung des Vertrags gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zu verzichten. Indem die Verkäuferin einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht habe, «falls» die Käuferin sich weiterhin weigern sollte, den Vertrag zu erfüllen, habe sie bei objektiver Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu verstehen gegeben, dass sie nicht länger auf Erfüllung (Zahlung des Kaufpreises und Übergabe der Maschine) beharre. Die Bedingung habe aufgrund der kategorischen Weigerung der Käuferin, die Maschine nicht abzunehmen, nicht ernsthaft verstanden werden können. Die Verkäuferin habe daher ein Gestaltungsrecht (Verzicht auf Realerfüllung) ausgeübt, welches unwiderruflich sei (E. 3).

[Rz 56] **3.** Weiter beanstandete die Verkäuferin, dass die Vorinstanz ihr keine Miete für die Überlassung der Ersatz-Etikettiermaschine zusprach. Mangels übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien verneinte das Bundesgericht das Zustandekommen eines Mietvertrags. Die Verkäuferin habe zwar die Unentgeltlichkeit der Überlassung des Ersatzgeräts nur bis zum Lieferzeitpunkt der bestellten Maschine versprochen. Aus dem Umstand, dass die Verkäuferin in verschiedenen Schreiben die Ersatz-Etikettiermaschine als «Mietgerät» bezeichnet habe und die Käuferin auf die Verwendung dieser Begriffe nicht reagiert habe, könne die Verkäuferin aber nicht ableiten, dass ein Mietvertrag durch konkludente Annahme zustande gekommen sei. Gemäss der Rechtsprechung könne eine detaillierte Rechnung nicht als im Sinne von Art. 6 OR stillschweigend angenommen gelten, wenn der Empfänger es während einigen Monaten unterlässt, die Rechnung zu bestreiten. Dasselbe gelte im Fall eines inkorrekten Kontoauszugs oder einer Rechnung (E. 5).

[Rz 57] **4.** Subsidiär machte die Verkäuferin Schadenersatz geltend, den sie infolge der verspäteten Rückgabe der Ersatzmaschine durch die Käuferin erlitten habe. Hätte sie die Maschine rechtzeitig zurückerhalten, hätte sie diese anderen Kunden zur Verfügung stellen können; entsprechend seien ihr pro Tag pauschal CHF 40.00 entgangen. Das Bundessgericht führte dazu aus, die Verkäuferin könne den Schadenersatz nur auf Art. 97 OR stützen. Eine Schätzung des nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens nach Ermessen des Richters gemäss Art. 42 Abs. 2 OR befreie den Gläubiger aber nicht, soweit möglich und zumutbar, tatsächliche Indizien nachzuweisen, aufgrund dessen der Bestand und Umfang des Schadens geschätzt werden kann. Wenn der Gläubiger diesen Nachweis nicht erbringt, ist Art. 42 Abs. 2 OR nicht anwendbar und der Schaden nicht bewiesen, selbst wenn die Existenz eines Schadens an sich als sicher gelten kann. Vorliegend hatte sich die Verkäuferin bloss auf Mietpreise von Konkurrenzunternehmen gestützt und weder eine anderweitige konkrete Vermietungsmöglichkeit noch die dabei erzielbare Miete nachgewiesen.

3. Beweislast für die Kaufpreiszahlung

Urteil des Bundesgerichts 4D_6/2015 **vom 22. Mai 2015 (MV)**[25]

[25] Siehe auch Dario Galli/Linda Bieri/Markus Vischer, Beweislast für die Kaufpreiszahlung, in: dRSK, publiziert am 19. August 2015; Stephanie Hrubesch-Millauer/Nicole Thommen, Personenrecht und Einleitungsartikel – ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015, in: AJP 2016, S. 852 f.; Jacques de Werra, Droit des contrats: Partie générale et contrats spéciaux, in: JdT 2016 II, S. 157 f.

[Rz 58] A. (Käufer, Beschwerdeführer) kaufte von der B. GmbH (Verkäuferin, Beschwerdegegnerin) einen Skoda Octavia. Unbestritten war, dass der Käufer anlässlich der Übergabe des Fahrzeugs eine Anzahlung von EUR 10'000.00 geleistet hatte. In der Folge stritten die Parteien jedoch über die Modalitäten der Zahlung des Restkaufpreises und ob der Käufer diesen am Tag der Anzahlung bereits vollständig in bar erbracht hatte. Schliesslich klagte die Verkäuferin auf Zahlung des Restkaufpreises. Während das Bezirksgericht Horgen die Klage abwies, wurde diese von der Vorinstanz gutgeheissen. Gegen dieses Urteil gelangte der Käufer mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht.

[Rz 59] **1.** Das Bundesgericht qualifizierte den Kaufvertrag im Umfang der Restschuld als Kreditkauf, da der Käufer nicht beweisen konnte, dass er den gesamten Kaufpreis im Zeitpunkt der Übergabe des Autos bezahlt hatte (E. 4.2 und 5.2). **2.** Es hielt weiter fest, dass – unabhängig von der Art des Kaufs – der Käufer die Zahlung des Kaufpreises zu beweisen habe. Keinesfalls müsse der Verkäufer beweisen, dass er den Kaufpreis nicht erhalten, sondern kreditiert habe (E. 4.2). **3.** Im Ergebnis wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat, da der Käufer die Kaufpreiszahlung nicht beweisen konnte und hierfür beweispflichtig war (E. 4.2).

[Rz 60] **Bemerkung**: Gemäss Art. 8 ZGB hat vorbehältlich gesetzlicher Ausnahmen derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Das Bundesgericht hielt in Übereinstimmung mit diesem Grundsatz richtigerweise fest, dass der Käufer – unabhängig von der Art des Kaufs – die Beweislast für die Zahlung des Kaufpreises trägt. Zu beachten ist, dass dieser Grundsatz auch beim Handkauf gilt, obwohl hier eine natürliche Vermutung für die Bezahlung gilt.

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

Prof. Dr. Christoph Brunner, Rechtsanwalt, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Peter & Partners International AG und Titularprofessor an der Universität Bern. Er ist Redaktor des Ressorts nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.