

Christoph Brunner / Markus Vischer / Dario Galli

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016

Der Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die im Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie die in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2016 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Die Initialen in den Titeln geben jeweils den/die Verfasser an.

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Kaufrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Markus Vischer / Dario Galli, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016, in: Jusletter 20. November 2017

Inhaltsübersicht

- I. Unternehmenskauf
 1. Eigentumsnachweis bei unverbrieften Aktien; Anforderungen an eine Zession; Rechtsmissbrauch
 2. Betriebskauf; Grundlagenirrtum; Irrtum über den Wert einer Sache
 3. Nachträgliches Parteiverhalten als Indiz für tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen
 4. Verwirkung des Maklerlohns wegen Verletzung der Treuepflicht
- II. Grundstückkauf
 1. Reduktion einer Konventionalstrafe auf 10% des Kaufpreises bei Nichtausübung des Kaufrechts für eine Wohnung
 2. Formmangel bei einheitlichen bzw. zusammengesetzten Verträgen
 3. Keine Formungültigkeit nach Art. 216 OR bei Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises zwecks Abgeltung von Pflegearbeit
 4. Wucher; Austausch von Leistung und Gegenleistung
 5. Übergang der Gefahr; rechtlicher Mangel; Minderung
 6. Kein Anspruch auf Maklerlohn wegen Fehlens des Kausalzusammenhangs
 7. Provisionsgarantie des Maklers
 8. Geltendmachung des Vorkaufsrechts im Miteigentumsverhältnis nur an einzelnen von mehreren Grundstücken
- III. Fahrniskauf
 1. Steigerungskauf über das Internet
 2. Mangelhafte Softwarelösung; Gläubigerverzug; Mängleinrede gemäss Art. 210 Abs. 5 OR
- IV. Diverses
 1. Fusion; Haftung für Sanierungskosten von Altlasten
 2. Vertragsverhandlungen; Bindungswirkung von Schiedsklauseln
 3. Kaufpreisanpassung; Schiedsgutachten; Aktienkaufvertrag
 4. Lizenzvertragsähnliche Vereinbarung; Weiterverwendung eines Konzernkennzeichens nach Ausscheiden aus dem Konzern

I. Unternehmenskauf

1. Eigentumsnachweis bei unverbrieften Aktien; Anforderungen an eine Zession; Rechtsmissbrauch

Urteile des Bundesgerichts 4A_314/2016 und 4A_320/2016 vom 17. November 2016 (MV/DG)¹

[Rz 1] A. und B. (gemeinsam die Verkäufer) schlossen mit Z. (Käufer, Beschwerdeführer 4A_320/2016) sowie der X. AG (Gesellschaft, Beschwerdeführerin 4A_314/2016) einen als «*Share Sale and Call Option Agreement*» bezeichneten Vertrag ab. Gestützt hierauf verkauften die Verkäufer dem Käufer 30 Inhaberaktien der Gesellschaft, wobei keine Aktientitel bzw. -zertifikate übergeben wurden. Zudem wurde der Gesellschaft gegenüber dem Käufer ein jederzeit ausübbares Kaufrecht an den 30 Inhaberaktien eingeräumt. Mit Klage vom 3. Januar 2012 beantrag-

¹ Vgl. auch MATHIEU BLANC, *Chronique de jurisprudence en matière de droit des sociétés*, Not@lex 2017, S. 113; Urs P. GNOS/DOMINIK HOHLER, *Gesellschaftsrecht. Entwicklungen 2016*, in: Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), njus.ch, Bern 2017, S. 111 ff.; OLIVIER HARI, *Droit des sociétés en 2016 – quo vadis?*, REPRAX 2017, S. 59 f.; WALTER A. STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, *Das Gesellschaftsrecht 2016/2017. Le droit des sociétés 2016/2017*, SZW 2017, S. 364 und 366; CHRISTOPH LANG/FLORIAN SCHNYDER, *Der Nachweis des Eigentums an nicht verbrieften Inhaberaktien*, GesKR 2017, S. 101 ff.; CHRISTIAN HAGEN/MARKUS VISCHER, *Eigentumsnachweis bei nicht ausgegebenen Aktien*, in: dRSK, publiziert am 22. Februar 2017; ALEX ATTINGER, *Übertragung nicht verbrieftter Inhaberaktien*, ius.focus 2017, Nr. 10.

te der Käufer der *Chambre patrimoniale cantonale* des Kantons Waadt, es sei die Gesellschaft zu verurteilen, ihm – zufolge Ausübung des Kaufrechts – CHF 141'230 für den Rückkauf der 30 Inhaberaktien zu bezahlen. Beide Vorinstanzen hiessen die Klage grundsätzlich gut.

[Rz 2] 1. Die Gesellschaft beantragte vor Bundesgericht die Abweisung der Klage im Wesentlichen mit der Begründung, dass das Eigentum an den 30 Inhaberaktien nicht auf den Käufer übertragen worden sei (Sachverhalt Teil C). 2. Das Bundesgericht erinnerte, die Übertragung nicht verbriefter Aktien folge den Regeln über die Zession gemäss Art. 164 ff. des Obligationenrechts (OR; SR 220) (E. 4.2.1). 3. Es führte weiter aus, dass die Verfügungsmacht des Verkäufers nur durch den Nachweis einer lückenlosen Zessionskette zwischen dem Verkäufer und dem/den Gründer(n) einer Gesellschaft erfolgen könne. Sei die Zessionskette (z.B. durch eine ungültige Übertragung) unterbrochen worden, könne diese nicht mit Wirkung *ex tunc* nachgeholt werden und der gutgläubige Erwerber sei nicht geschützt (E. 4.2.3). 4. Die Beweislast für den Nachweis der lückenlosen Zessionskette obliege dem Erwerber, wobei auch die Gesellschaft als *debitor cessus* den Erwerber nicht von diesem Nachweis entbinden könne. Demnach sei die Zusicherung der Gesellschaft, wonach die Verkäufer Eigentümer der 30 Inhaberaktien seien, irrelevant. (E. 4.2.3). 5. Das Bundesgericht stellte fest, dass dieser Nachweis dem Käufer nicht gelungen sei (E. 4.4). 6. Sodann hielt es fest, die Vorinstanz sei bundesrechtswidrig davon ausgegangen, dass der schriftlich abgeschlossene Vertrag die Anforderungen einer Zession (Art. 164 ff. OR) erfülle. Gemäss Parteiwillen habe der Vertrag bloss das Verpflichtungsgeschäft dargestellt und folglich sei die Zession der 30 Inhaberaktien nicht erfolgt (E. 4.3). 7. Das Bundesgericht erblickte schliesslich kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Gesellschaft darin, dass diese vom Käufer u.a. den Nachweis seines Eigentums an den 30 Inhaberaktien verlangt hat, obwohl sie entschieden hatte, keine Wertpapiere auszugeben. Der Käufer habe gewusst, dass keine Aktienzertifikate ausgegeben worden waren. Er habe sich folglich bewusst sein müssen, dass er für den Nachweis seiner Eigentumsstellung eine lückenlose Zessionskette nachweisen müsse. Misslinge ihm heute dieser Nachweis, könne er die damit verknüpften Rechtsfolgen nicht auf die Gesellschaft überwälzen (E. 5.2.2). 8. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Gesellschaft (Urteil 4A_314/2016) gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die eingeklagte Forderung vollständig ab. Die Beschwerde des Käufers (Urteil 4A_320/2016), welche sich nur auf die Berechnung des Kaufpreises bezog, wies es dagegen ab.

[Rz 3] **Bemerkung:** 1. Das Bundesgericht bestätigte die im Schrifttum vorherrschende Ansicht, dass bei unverbrieften Inhaber- oder Namenaktien ein (behaupteter) Aktionär sein Eigentum nur durch den Nachweis einer lückenlosen Zessionskette zwischen sich selbst und dem/den Gründer(n) erbringen kann (vgl. E. 4.2.3). 2. Besonders bedeutsam für die Praxis ist zweierlei: *Erstens* kann sich der beweispflichtige (behauptete) Aktionär von dieser Pflicht nicht durch Verweisung auf seine Anerkennung als Aktionär oder die Anerkennung früherer Eigentümer der fraglichen Aktien durch die Gesellschaft befreien. *Zweitens* ist im Rahmen von *Clean-Up*-Massnahmen² nicht der fehlerhafte Vorgang nachzuholen, sondern es ist vom letzten «fehlerfreien» Aktionär – gegebenenfalls vom Gründer – eine (Eventual-)Abtretung direkt an den Sollaktionär vorzunehmen.

² Zum Begriff: SAMUEL LIEBERHERR/MARKUS VISCHER, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, S. 301.

2. Betriebskauf; Grundlagenirrtum; Irrtum über den Wert einer Sache

Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2016 vom 11. August 2016 (MV/DG)³

[Rz 4] B. (Verkäufer, Beschwerdegegner) veräusserte gestützt auf eine als «Kaufvertrag» bezeichnete Vereinbarung seinen Garagenbetrieb an die A. AG (Käuferin, Beschwerdeführerin). Darin verpflichtete sich die Käuferin, gegen Bezahlung des Kaufpreises von CHF 280'000 diverse Aktiven der Garage zu erwerben bzw. Rechtsverhältnisse zu übernehmen. Im Gegenzug verpflichtete sich der Verkäufer, der Käuferin das Eigentum an den fraglichen Aktiven zu verschaffen bzw. die betreffenden Rechtsverhältnisse auf sie zu übertragen. Nach Vollzug des Kaufvertrags klagte die Käuferin beim Handelsgericht des Kantons Zürich u.a. auf Rückzahlung des Kaufpreises. Mit Urteil und Beschluss vom 21. Dezember 2015 im Verfahren HG140021 wies das Handelsgericht die Klage in Bezug auf den geltend gemachten Grundlagenirrtum mit der Begründung ab, dass ein Irrtum über den Wert des Kaufgegenstands kein wesentlicher sei.

[Rz 5] 1. Vor Bundesgericht rügte die Käuferin, die Vorinstanz habe die rechtlichen Grundlagen betreffend ihren Irrtum über den Wert des Garagenbetriebs falsch angewandt (E. 2). 2. Nachdem das Bundesgericht die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums rekapituliert hatte (E. 2.1), erinnerte es, dass nach der Rechtsprechung der Irrtum von Käufern gesellschaftlicher Beteiligungen über die finanzielle Lage der Gesellschaft wesentlich sein könne (E. 2.2). 3. Das Bundesgericht erwog, dass die Parteien mit dem Kaufvertrag die Übertragung des Garagenunternehmens als wirtschaftliche Einheit angestrebt hätten. Eine Fehlvorstellung über notwendige Grundlagen des Vertrags könne sich daher – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – grundsätzlich nicht allein auf Tatsachen beziehen, welche einzelne Vertragsgegenstände (z.B. gewisse Aktiven) betreffen, sondern auch auf das Unternehmen als solches (E. 2.3). 4. Zwar treffe es zu, dass der Kaufpreis ausgehandelt werde und insofern nicht selbst Gegenstand einer Fehlvorstellung sein könne. Der Kaufpreis sei jedoch entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht ohne Weiteres mit der Wertvorstellung gleichzusetzen, die eine Vertragspartei von der Kaufsache habe (E. 2.3). 5. Das Bundesgericht hielt im Ergebnis fest, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, dass der Wert einer Kaufsache nicht Gegenstand einer Fehlvorstellung sein könne und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück (E. 2.4/4).

[Rz 6] **Bemerkung: 1.** Im Verfahren vor Bundesgericht war im Wesentlichen strittig, ob sich die Käuferin über den Wert des Unternehmens geirrt haben konnte. Während die Vorinstanz diese Frage verneint hatte, ging das Bundesgericht – u.E. zu Recht – davon aus, dass enttäuschte Werterwartungen bei Unternehmenskäufen Gegenstand eines Grundlagenirrtums sein können. 2. Die Vorinstanz hatte unter Berufung auf INGEBORG SCHWENZER⁴ ausgeführt, ein Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstands sei lediglich dann wesentlich, wenn sich dieser aus einem Irrtum über eine andere Eigenschaft herleite.⁵ Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass ein

³ Vgl. auch PETER REETZ/MARTIN SOHM/CARLA BERGIANTI, Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht. Entwicklungen 07/2014–2016, in: Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), njus.ch, Bern 2017, S. 4 ff.; PASCAL PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, SJZ 2017, S. 187; LINUS CATHOMAS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstands, insbesondere beim Unternehmenskauf, SZW 2017, S. 112 ff.; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Irrtum über den Wert eines Unternehmens, in: dRSK, publiziert am 13. Oktober 2016; HARALD BÄRTSCHI, Irrtum beim Unternehmenskauf, ius.focus 2016, Nr. 281. Siehe in diesem Zusammenhang ferner TOBIAS HÜTTSCHE, Dos und Don'ts bei der Bewertung von KMU, EF 2017, S. 237 ff.

⁴ INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 37.37.

⁵ Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140021 vom 21. Dezember 2015 E. 4.1.3.1.

Irrtum ausschliesslich über den Wert der gegenseitigen Leistungen – sei es die Eigenleistungspflicht oder die synallagmatisch verknüpfte Gegenleistungspflicht – in der Regel lediglich das Motiv des Vertragsschlusses betrifft und somit nicht zur Aufhebung des Vertrags infolge Grundlagenirrtums berechtigt.⁶ 3. Nichtsdestoweniger kann sich ein Käufer über die Grundlagen der Kaufpreisberechnung irren, d.h. bei Unternehmenskäufen über den betriebswirtschaftlich ermittelten Unternehmenswert oder die Faktoren, welche diesen beeinflussen (*in casu* die fehlerhafte Berechnung der Erträge in den Erfolgsrechnungen für die Jahre 2006 bis 2011, vgl. E. 2.4). Diesfalls bezieht sich der Irrtum zugleich auch auf die finanzielle Lage der Gesellschaft und somit auf eine Eigenschaft des Unternehmens. Ist die Wertabweichung zwischen dem «fehlerhaft» und dem «korrekt» berechneten Kaufpreis bzw. Unternehmenswert so augenfällig und geht sie über die normale Bandbreite von Unternehmensbewertungen und Kaufpreisberechnungen hinaus, ist der Wertirrtum als wesentlich im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (sog. «qualifizierter» Wertirrtum) zu qualifizieren.⁷ 4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Vorinstanz der Irrtum über den Wert eines Unternehmens nicht *a priori* einen «unqualifizierten» Wertirrtum bzw. Motivirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 2 OR darstellt, sondern – wie das Bundesgericht in der Vergangenheit bereits mehrmals richtig entschieden hat – zur Vertragsauflösung infolge Grundlagenirrtums berechtigen kann, wenn erhebliche Wertabweichungen vorliegen.

3. Nachträgliches Parteiverhalten als Indiz für tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen

Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2016 vom 27. Juni 2016 (CB)

[Rz 7] B. (Einzelfirma, Verkäufer) betrieb einen Fabrikationsbetrieb für Förderanlagen. Gemäss einem nicht unterzeichneten Vertragsentwurf vom 14. Januar 2009 sollte der Maschinenpark und das Inventar von B. zu einem Pauschalpreis von CHF 55'000 der A. GmbH (Käuferin) verkauft werden. Nach dem 14. Januar 2009 nahmen die Parteien mehrere Erfüllungshandlungen vor; u.a. leistete die Käuferin eine Zahlung von CHF 10'000, verkaufte einen Teil des Inventars des Verkäufers und unternahm Schritte zur Übertragung einer Softwarelizenz. Am 13. März 2009 unterzeichneten die Parteien einen auf den 14. Januar 2009 rückdatierten Kaufvertrag «betreffend Verkauf Maschinenpark und Inventar». Der Kaufpreis wurde wiederum auf CHF 55'000 beziffert, wobei er abweichend vom Vertragsentwurf vom 14. Januar 2009 in CHF 20'000 für das Inventar und CHF 35'000 für den Erwerb von geistigem Eigentum aufgeteilt wurde. Anschliessend leistete die Käuferin eine weitere Zahlung von CHF 10'000 und die Parteien führten erfolglos weitere Vertragsverhandlungen bezüglich des geistigen Eigentums. Die Käuferin stellte sich auf den Standpunkt, die Parteien hätten sich einzig über die Übertragung des Inventars zum Preis von CHF 20'000 geeinigt. Vorinstanzlich wurde die Käuferin zur Zahlung von CHF 35'000 verurteilt.

[Rz 8] 1. Die Vorinstanz schloss in der Beweiswürdigung aufgrund des nachträglichen Parteiverhaltens auf einen tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien. Sie stützte sich bezüglich des Kaufpreises auf den Vertragsentwurf vom 14. Januar 2009, wonach der Kaufpreis für den Maschinenpark und das Inventar der Einzelfirma des Verkäufers «pauschal Fr. 55'000» betrage, und

⁶ Vgl. HUBERT STÖCKLI, Das Synallagma im Vertragsrecht, Habil. Freiburg 2006 = AISUF Band 271, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 145.

⁷ URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 445.

berücksichtigte auch, dass im Vertrag vom 13. März 2009 der Kaufpreis von den Parteien wiederum auf CHF 55'000 beziffert wurde. 2. Das Bundesgericht verwarf die Rüge der Beschwerde führenden Käuferin, die Vorinstanz habe willkürlich gehandelt, wenn sie aufgrund der erfolgten Erfüllungshandlungen auf einen Kaufpreis von CHF 55'000 geschlossen habe. Nachträgliches Parteiverhalten könne im Rahmen der Beweiswürdigung auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen. Demgegenüber sei nachträgliches Parteiverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung (E. 4.2). Das Bundesgericht erkannte, dass die Vorinstanz in der Beweiswürdigung zu Recht vom nachträglichen Parteiverhalten auf einen tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien hinsichtlich des Kaufpreises von CHF 55'000, wie er sich aus dem damals vorgelegenen Vertragsentwurf ergab, geschlossen habe, und wies die Beschwerde der Käuferin folglich ab (E. 4.3.).

[Rz 9] **Bemerkung:** Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung, wonach nachträgliches Parteiverhalten (insbesondere Erfüllungshandlungen der Parteien, Art und Weise der Vertragsabwicklung, Korrespondenz nach Vertragsschluss) bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung ist und höchstens auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen kann.⁸ Unter Umständen ist aber zu prüfen, ob ein nachträgliches Parteiverhalten nicht bloss auf einem bereits bei Vertragsschluss bestehenden Missverständnis beruht und daher nicht den tatsächlichen Willen einer Partei reflektiert.⁹ Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens – bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses – die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten.

4. Verwirkung des Maklerlohns wegen Verletzung der Treuepflicht

Urteil des Bundesgerichts 4A_529/2015 vom 4. März 2016 (CB)¹⁰

[Rz 10] Der Verkauf der Aktien der Hotelbetreiberin Y. AG (Verkäuferin) an eine ursprüngliche Kaufinteressentin war gescheitert. X. (Mäkler) sollte für die Verkäuferin (Auftraggeberin) weitere Kaufinteressenten vermitteln. Da die Verkäuferin mit der ursprünglichen Kaufinteressentin in einem Konflikt stand, erteilte sie dem Mäkler die Anweisung, keinen Vertrag mit der ursprünglichen Kaufinteressentin oder mit einer von dieser beherrschten Gesellschaft zu vermitteln. Der Mäkler war zuvor durch die ursprüngliche Kaufinteressentin mandatiert gewesen. In der Folge informierte der Mäkler die Verkäuferin, er habe eine neue Kaufinteressentin gefunden. Tatsächlich kaufte diese die Aktien im eigenen Namen, aber auf Rechnung einer Gesellschaft, deren wirtschaftlich Berechtigte die ursprüngliche Kaufinteressentin war. Nachdem die Verkäuferin davon Kenntnis erhalten hatte, klagte sie gegen den Mäkler erfolgreich auf Rückzahlung des bereits bezahlten Maklerlohns von CHF 1.7 Mio.

⁸ Vgl. BGE 140 III 86 E. 4.1 S. 90 f. = Pra 2014 Nr. 79 S. 587 f.; 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 129 III 675 E. 2.3 S. 680; 118 II 365 E. 1 S. 366; 107 II 417 E. 6 S. 418.

⁹ Vgl. WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015, N. 29 zu Art. 18 OR.

¹⁰ Vgl. auch ANDREAS SCHNEUWLY, Verwirkung des Maklerlohns wegen Treuwidrigkeit, ius.focus 2016, Nr. 118.

[Rz 11] **1.** Vor Bundesgericht machte der vor der Vorinstanz unterlegene Mäkler geltend, nach dem Wortlaut des Vertrags habe er dann Anspruch auf seinen Lohn, wenn die Aktien an einen von der Verkäuferin genehmigten Käufer oder an einen anderen vom Mäkler benannten Käufer verkauft werden (E. 3). **2.** Das Bundesgericht rekapitulierte die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung (E. 3.1) und führte aus, dass eine rein wörtliche Auslegung einer Vertragsbestimmung, bei der die anderen Vertragsbestimmungen nicht berücksichtigt würden, nicht im Einklang mit den Grundsätzen der normativen Vertragsauslegung stehe. Nach Treu und Glauben müsse die Vertragsbestimmung so verstanden werden, dass die Vermittlung einer von der Verkäuferin anerkannten Käuferin Bedingung für den Anspruch auf Mäklerlohn sei (E. 3.2). **3.** Gemäss Art. 415 OR verwirkt der Mäkler seinen Anspruch auf Lohn und Ersatz der Aufwendungen, wenn er in einer Weise tätig wird, die dem Vertrag widerspricht. Dieser Tatbestand erfasse Fälle, in denen der Mäkler seine Treuepflicht verletzt, indem er zum Nachteil seines Auftraggebers im Interesse der Gegenpartei handelt. Aus der Treuepflicht ergebe sich die Pflicht, die Interessen des Auftraggebers wahrzunehmen und Weisungen zu befolgen, welche diese Treuepflicht konkretisieren. Dazu zählten insbesondere Weisungen über die Eigenschaften der Gegenpartei. Der Tatbestand müsse restriktiv ausgelegt werden. Er sei auf Ausnahmesituationen zugeschnitten, welche es erlauben, den Mäkler um seinen Lohnanspruch zu bringen, ohne dass der Auftraggeber einen Schaden nachweisen muss (E. 4.1). **4.** Weil der Mäkler vom Konflikt zwischen der Verkäuferin und der ursprünglichen Kaufinteressentin gewusst und weisungswidrig dabei geholfen habe, dass die ursprüngliche Kaufinteressentin dank spezieller Vorkehrungen dennoch die Aktien erwerben konnte, habe er seine Treuepflicht gegenüber der Verkäuferin in schwerwiegender Weise verletzt und seinen Anspruch auf Lohn und Ersatz seiner Aufwendungen verwirkt (E. 4.2.5). **5.** Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (E. 8).

[Rz 12] **Bemerkung:** Art. 415 OR geht grundsätzlich von der Zulässigkeit der Tätigkeit für beide Parteien des Hauptvertrags aus, da dies sogar im Interesse der Parteien des Hauptvertrags sein kann. Indessen setzt Art. 415 OR einem derartigen Tätigwerden für beide Seiten Schranken, wenn der Mäkler vertragswidrig für beide Parteien tätig wird oder sich entgegen Treu und Glauben von beiden Parteien Lohn versprechen lässt.¹¹ Vorliegend ergab sich, dass gestützt auf eine normative Vertragsauslegung bereits die erste Hypothese von Art. 415 OR erfüllt war (vertragswidriges Tätigwerden für beide Hauptvertragsparteien). Die Frage, ob der Mäklerlohn auch aufgrund der zweiten Hypothese von Art. 415 OR verwirkt war (Fälle der Doppelmäklerlei; Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben aufgrund einer Interessenkollision), konnte daher offen gelassen werden. Vorliegend hätte dem Mäkler jedenfalls klar sein müssen, dass die Zulässigkeit zumindest zweifelhaft war und er daher den Auftraggeber hätte vorgängig entsprechend informieren müssen.¹²

¹¹ Vgl. NICOLAS BRACHER, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319–529 OR), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 1 f. zu Art. 415 OR.

¹² Vgl. BGE 111 II 366 E. 2 S. 369.

II. Grundstückskauf

1. Reduktion einer Konventionalstrafe auf 10% des Kaufpreises bei Nichtausübung des Kaufrechts für eine Wohnung

Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2016 vom 14. Dezember 2016, publiziert als BGE 143 III 1 (CB)¹³

[Rz 13] Ein Ehepaar (Käufer) schloss im September 2008 einen öffentlich beurkundeten Vorvertrag über den Kauf einer sich im Bau befindlichen Stockwerkeigentumseinheit zum Preis von CHF 1'305'000 ab. Nach dem Vorvertrag waren die Käufer berechtigt, bis am 20. Januar 2010 ein Kaufrecht auszuüben. Die Käufer leisteten vereinbarungsgemäss eine Anzahlung von CHF 261'000. Der restliche Anteil des Kaufpreises von CHF 1'044'000 war am Tag der Unterzeichnung des Kaufvertrags zu bezahlen. Gemäss dem Vorvertrag waren die Käufer im Fall der Nichteinhaltung dieses Vertrags zur Zahlung einer Konventionalstrafe von CHF 261'000 verpflichtet. Im Jahr 2009 zahlten die Käufer der Verkäuferin CHF 15'950 für von ihnen gewünschte Zusatzarbeiten. Die Käufer konnten die Wohnung nicht am vereinbarten Termin beziehen, und es kam zu Unstimmigkeiten bezüglich der Kosten für die Zusatzarbeiten. Am 18. Januar 2010 informierten die Käufer die Verkäuferin über den Erhalt des Hypothekarkredits und dass sie bereit seien, den Saldo des Kaufpreises jederzeit zu begleichen. Am selben Tag antwortete die Verkäuferin, dass sie nicht mehr bereit sei, den Käufern das Stockwerkeigentum zu verkaufen. Am 19. Januar 2010 informierten die Käufer die Notarin über diese Situation. Die Käufer zahlten in der Folge den ausstehenden Anteil des Kaufpreises nicht, übten das Kaufrecht nicht aus und der Kaufvertrag wurde nicht unterzeichnet. Am 26. Januar 2010 erklärte sich die Verkäuferin als vom Vorvertrag befreit, da das Kaufrecht nicht formell ausgeübt worden sei. Zudem habe keine Einigung über die Zusatzkosten erzielt werden können, was Voraussetzung für den Kaufabschluss gewesen sei, und stellte den Käufern in Aussicht, die geleistete Anzahlung schnellstmöglich zurück zu erstatten.

[Rz 14] Die Käufer klagten zunächst auf Übertragung des Stockwerkeigentums. Diese Klage wurde von den Genfer Gerichten abgewiesen, weil die Käufer nicht alles unternommen hätten, um den Kaufpreis rechtzeitig an die Notarin zu bezahlen. Damit sei die Verkäuferin zu Recht vom Vertrag zurückgetreten. Mit Schreiben vom 30. Juli 2012 berief sich die Verkäuferin auf die vereinbarte Konventionalstrafe und weigerte sich, den Käufern die Anzahlung zurückzubezahlen.

[Rz 15] Die Käufer klagten sodann gegen die Verkäuferin und die Notarin, die den Vorvertrag beurkundet hatte, auf Zahlung von CHF 261'000 (Rückerstattung Anzahlung) unter solidarischer Haftbarkeit sowie gegen die Verkäuferin auf Zahlung von CHF 15'950 (Rückerstattung der bezahlten Zusatzkosten). Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage gegen die Notarin ab und verpflichtete die Verkäuferin zur vollständigen Rückerstattung der Anzahlung wie auch der Zusatzkosten. Das erstinstanzliche Gericht hielt fest, die Konventionalstrafe von 20% des Kaufpreises (CHF 261'000) sei zwar gültig, die Verkäuferin habe aber mit ihrem Schreiben vom 26. Januar 2010 auf deren Geltendmachung verzichtet. Das Genfer Obergericht (*Cour de Justice*) verpflichtete die Verkäuferin bloss zu einer teilweisen Rückerstattung der Anzahlung und reduzierte die

¹³ BGE 143 III 1 enthält nur die E. 4. Vgl. auch PASCAL PICHONNAZ/FRANZ WERRO, La réduction d'une peine conventionnelle en cas de paiement d'acomptes, BR 2017, S. 157 ff.; FRANÇOIS BOHNET *et al.*, Extrait de l'arrêt de la I^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral dans la cause X. contre 1. A. Y. 2. B. Y., Z. (recours en matière civile) 4A_268/2016 du 14 décembre 2016; publication prévue aux ATF, SZZP 2017, Nr. 1925 S. 118 f.; FLAVIO ELLER, Überhöhte Konventionalstrafe beim Wohnungskauf, ius.focus 2017, Nr. 32.

Konventionalstrafe von 20% auf 10% des Kaufpreises (CHF 130'500); im Übrigen bestätigte sie den erstinstanzlichen Entscheid.

[Rz 16] 1. Die Verkäuferin rügte vor Bundesgericht die Verletzung von Art. 163 Abs. 3 OR, wonach das Gericht übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen hat. Das Bundesgericht bestätigte einleitend, dass diese Norm des *ordre public* dem Schutz der schwächeren Partei diene und als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots zwingendes Recht darstelle. Wenn der Schuldner die vollständige Abweisung des Begehrens auf Zahlung der Konventionalstrafe beantrage, müsse er nicht auch eine Reduktion beantragen, da ein solches Reduktionsbegehren im vollständigen Abweisungsantrag implizit enthalten sei. Indessen trage der Schuldner die objektive Behauptungslast sowie die Beweislast hinsichtlich der Übermässigkeit bzw. des Missverhältnisses zwischen der Konventionalstrafe und dem verursachten Schaden und trage damit die Konsequenzen bei fehlender Geltendmachung der Voraussetzungen bzw. Vorlage entsprechender Beweise. Im Rahmen der Beurteilung der erforderlichen Sachvorbringen gemäss Art. 163 Abs. 3 OR habe indessen das Gericht keinen zu strengen Massstab anzuwenden; es sei hinreichend, wenn der Schuldner in seinen Eingaben vorbringe, dass er die Konventionalstrafe bestreite und diese als überhöht betrachte (E. 4.1). Vorliegend hätten die Käufer im kantonalen Verfahren vorgebracht, nach der notariellen Praxis sei eine Konventionalstrafe von 10–15% üblich, was genügend sei (E. 4.2).

[Rz 17] 2. Das Bundesgericht prüfte, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten hat, indem sie die Konventionalstrafe von 20% auf 10% des Kaufpreises reduziert hatte. Bei der Reduktion der Konventionalstrafe handle es sich um einen Ermessensentscheid, bei welchem die Gerichte Zurückhaltung üben müssten, da die Parteien im Prinzip die Konventionalstrafe in beliebiger Höhe bestimmen können (Art. 163 Abs. 1 OR). Eine Herabsetzung sei angezeigt, wenn die Konventionalstrafe so hoch ist, dass sie das vernünftige Mass überschreitet und nicht mehr mit Recht und Billigkeit vereinbar ist. Dies liege namentlich vor, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen der vereinbarten Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an seiner Forderung besteht. Die Beurteilung müsse sämtliche konkreten Umstände im Zeitpunkt der Vertragsverletzung berücksichtigen, insbesondere die Natur und Dauer des Vertrags, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, der wirtschaftlichen Situation der Parteien und speziell derjenigen des Schuldners. Zudem seien auch allfällige sich aus dem Vertrag ergebende Abhängigkeitsverhältnisse sowie die Geschäftserfahrenheit der Parteien zu berücksichtigen. Praxisgemäss übe das Bundesgericht bei der Prüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz Zurückhaltung aus (E. 5.1). Die Vorinstanz habe die vereinbarte Konventionalstrafe unter Berücksichtigung des Verschuldens der Käufer und des Schadens, den die Verkäuferin erlitten hatte und von ihr selbst im Betrag von CHF 83'000 beziffert wurde, als übermässig befunden. Sie habe weiter erwogen, dass die vorangegangenen Unstimmigkeiten nicht nur von einer Partei zu vertreten gewesen seien und die Verkäuferin den Schaden mittels Verlängerung der Ausübungsfrist für das Kaufrecht bis zur Klärung der Unstimmigkeiten hätte abwenden können. Die Vorinstanz sei daher zum Schluss gekommen, eine auf 10% des Kaufpreises herabgesetzte Konventionalstrafe sei unter Billigkeitsgesichtspunkten bei Weitem ausreichend für die Deckung des von der Verkäuferin erlittenen Schadens, auch um den Strafcharakter der Strafe zu bewahren und die Vertragsparteien davon abzuhalten, ihre Verpflichtungen nicht einzuhalten (E. 5.2). Das Bundesgericht wies die von der Verkäuferin erhobene Rüge der willkürlichen Sachverhaltsdarstellung durch die Vorinstanz ab (E. 5.3).

[Rz 18] 3. Weiter verwarf das Bundesgericht die Rüge der Käuferin, Art. 163 Abs. 3 OR könne gar nicht zur Anwendung gelangen, da die Konventionalstrafe bereits geleistet worden sei. Gemäss Art. 162 OR sei die Abrede, dass Teilzahlungen im Falle des Rücktritts dem Gläubiger verbleiben sollen, nach den Vorschriften über die Konventionalstrafe zu beurteilen. Unbehelflich sei auch die Rüge, zur Herabsetzung sei ein einfaches Missverhältnis nicht ausreichend; vielmehr sei ein krasses Missverhältnis erforderlich. Wenn auch ein krasses Missverhältnis Übermässigkeit begründe, hänge diese stets von den konkreten Umständen ab (E. 5.3.3). Schliesslich könne auch von einer Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz keine Rede sein. Diese habe namentlich zu Recht betont, dass die Verkäufer ihren Schaden hätten abwenden können, wenn sie den Käufern eine Fristerstreckung gewährt und nicht im Schreiben vom 18. Januar 2018 den Käufern mitgeteilt hätten, sie würden einen Verkauf ablehnen. Der Entscheid der Vorinstanz war somit nicht zu beanstanden (E. 5.4.3) und das Bundesgericht wies die Beschwerde als unbegründet ab (E. 6).

[Rz 19] **Bemerkung:** Der Entscheid zeigt illustrativ, dass im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens einer übermässigen Konventionalstrafe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR sämtliche Umstände zu berücksichtigen sind. Das Bundesgericht stellt zutreffend fest, dass zwar bei Vorliegen eines krassen Missverhältnisses zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Gläubigers grundsätzlich das Kriterium der Übermässigkeit zu bejahen ist, die Übermässigkeit aber im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände auch gestützt auf andere Gründe vorliegen kann, selbst wenn kein krasses Missverhältnis vorliegt. Im vorliegenden Entscheid war insbesondere von Bedeutung, dass die Käufer im kantonalen Verfahren nachgewiesen hatten, dass nach der notariellen Praxis eine Konventionalstrafe von 10–15% üblich ist und der von der Verkäuferin bezifferte Schaden wesentlich geringer war als die vereinbarte Konventionalstrafe. Insofern ist allerdings zu beachten, dass nach der Rechtsprechung ein Indiz für ein Übermass nicht der eingetretene, sondern der nicht nachweisbare, aber wahrscheinliche Schaden ist.¹⁴ In den Akten gab es aber offenbar keinen Hinweis, dass ein solcher wahrscheinlicher Schaden in wesentlich höherem Ausmass vorliegen könnte. Weiter fiel bei der Billigkeitsentscheidung stark ins Gewicht, dass die Verkäuferin die Käufer durch ihr Verhalten (insbesondere Schreiben vom 18. Januar 2018) geradezu verleitet hatte, das Kaufrecht nicht auszuüben (bzw. zu verstehen gab, sie würde eine solche Ausübung nicht anerkennen), wodurch (nach Nichtausübung des Kaufrechts) der Vorvertrag hinfällig und die Konventionalstrafe fällig wurde. Unter diesen Umständen hätte man (im vorinstanzlichen Verfahren) möglicherweise gar zum Ergebnis kommen können, dass die Konventionalstrafe überhaupt nicht geschuldet ist (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR), weil die Nichterfüllung (wesentlich) durch das Verhalten der Verkäuferin verursacht wurde (so im Ergebnis der Entscheid der 1. Instanz).

2. Formmangel bei einheitlichen bzw. zusammengesetzten Verträgen

Urteil des Bundesgerichts 4A_282/2016 vom 6. Oktober 2016 (CB)¹⁵

¹⁴ Vgl. KATJA ROTH PELLANDA, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 18 m.w.H. zu Art. 163 OR.

¹⁵ Vgl. auch REETZ/SOHN/BERGIANTI (Fn. 3), S. 3 f.; ANDREAS SCHNEUWLY, Formmangel bei zusammengesetzten Verträgen, *ius.focus* 2017, Nr. 31.

[Rz 20] A. und die B. AG unterzeichneten einen «Kaufvertrag für Occasionsfahrzeuge sowie Vorvertrag für Kauf Doppelseinfamilienhaus Haus xx in U». Gemäss diesem nicht öffentlich beurkundeten Dokument war A. Käufer der Liegenschaft und Verkäufer der Fahrzeuge; die B. AG Verkäuferin der Liegenschaft und Käuferin der Fahrzeuge. Sie vereinbarten, dass der Kaufpreis der Fahrzeuge (CHF 150'000) im Umfang von CHF 130'000 an den Kaufpreis der Liegenschaft (CHF 650'000) angerechnet werden sollte. Die restlichen CHF 20'000 sollten in Form von Gegengeschäften beglichen werden, indem A. nach Übergabe der Fahrzeuge in diesem Betrag mit vereinbarten Prozenten Produkte bei der B. AG beziehen konnte (entsprechende Gutschrift der B. AG zugunsten von A.). Des Weiteren sollte im Fall des Nichtzustandekommens des Grundstückkaufvertrags wegen nicht rechtzeitiger Fertigstellung des Doppel-EFH der Betrag von CHF 130'000 per sofort zur Zahlung in WIR fällig werden. In der Folge wurde das Doppel-EFH nicht rechtzeitig fertiggestellt, der Grundstückkaufvertrag kam nicht zustande (wofür A. nicht verantwortlich war; E. 3.5) und A. forderte die Zahlung von CHF 130'000 in WIR. Die B. AG berief sich jedoch auf Nichtigkeit des Vertrags. Das erstinstanzliche Gericht gab der Klage von A. statt und verpflichtete die B. AG auf Zahlung von CHF 130'000 in WIR. Auf Berufung von B. AG wies das Obergericht des Kantons Luzern die Klage ab und verpflichtete A., innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils die beiden Fahrzeuge bei der B. AG abzuholen. A. erhob Beschwerde.

[Rz 21] 1. Das Bundesgericht hielt fest, es sei unbestritten, dass der Vorvertrag über den Grundstückkaufvertrag mangels öffentlicher Beurkundung formnichtig sei. Die Vereinbarung über den Fahrzeugkauf habe auf diesen Vertrag Bezug genommen, indem die Anrechnung eines Teils des Fahrzeugkaufpreises auf den Grundstückkaufpreis vorgesehen gewesen sei (E 3.1). Somit sei zu prüfen, ob der Formmangel die Ungültigkeit des gesamten Vertrags nach sich ziehe und damit auch den als Fahrniskauf an sich nicht formbedürftigen Autokauf umfasse. 2. Unter Berücksichtigung von Art. 20 Abs. 2 OR und Anwendung des Vertrauensprinzips sei somit der mutmassliche bzw. hypothetische Wille der Parteien zu ermitteln. Dabei müsse danach gefragt werden, welche Vereinbarung die Parteien unter den konkreten Umständen in Kenntnis des Mangels getroffen hätten. Die inhaltliche Bezugnahme der beiden Vertragstexte spräche dafür, dass es sich nicht einfach um zwei separate Vereinbarungen handeln würde, die in derselben Urkunde behandelt worden seien. Die B. AG sollte zwei Fahrzeuge, A. eine Immobilie erwerben, ohne die dafür sonst üblichen Eigenmittel aufbringen zu müssen. Dementsprechend könne davon ausgegangen werden, dass eine Abhängigkeit zwischen den beiden Verträgen bestehe. 3. Gemäss der Vorinstanz war die Bestimmung, wonach die B. AG das Recht verliere, den Betrag von CHF 130'000 durch Anrechnung auf den Liegenschaftspreis zu tilgen, und verpflichtet sei, diesen in WIR zu leisten, als Konventionalstrafe zu betrachten und daher formbedürftig. Das Bundesgericht befand, A. habe sich in der Beschwerde nicht hinreichend mit dieser Erwägung auseinandergesetzt. Zwar erfolge nominell keine Veränderung des Kaufpreises, die alternative Erfüllungsmodalität (in WIR statt durch Anrechnung auf den Kaufpreis für die Liegenschaft) stelle aber gemäss der Vorinstanz für die B. AG wirtschaftlich eine grössere Belastung dar (E. 3.4). 4. Das Bundesgericht verwarf sodann auch den Einwand von A., die Berufung der B. AG auf den Formmangel sei rechtsmissbräuchlich. Der bei Grundstückkaufverträgen vorgesehene Formzwang diene u.a. dem Schutz der Parteien vor dem übereilten Abschluss derartiger Verträge. Vorliegend könne der behauptete Rechtsmissbrauch nicht mit der von der Vorinstanz zurückgewiesenen Behauptung, dass zwei separate Verträge bestanden hätten, begründet werden (E. 3.5). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[Rz 22] **Bemerkung:** Schliessen die Parteien einen einheitlichen Vorvertrag ab, der den Kauf eines Grundstücks und Fahrnis zum Gegenstand hat, untersteht nach der Rechtsprechung das ganze Geschäft dem Formzwang, wenn es sich nach dem Vertragsinhalt um einen «einheitlichen Vertrag» handelt, indem das weitergehend Versprochene (insbes. Fahrnis) die Gegenleistung für den Preis oder für die Überlassung des Grundeigentums darstellt.¹⁶ Die öffentliche Urkunde muss alle Leistungen aufführen, die als Gegenleistung zur Übertragung des Grundeigentums versprochen werden. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts genügt für die Unterwerfung unter den Formzwang hingegen nicht, wenn die eine Verpflichtung bloss Anlass zur andern ist, zwei Verträge bspw. in kausaler Abhängigkeit zueinander stehen: Entscheidend ist die Einheit des Vertrags, welche sich allein nach dem Vertragsinhalt beurteilt und äussere Umstände und Abhängigkeiten unberücksichtigt lässt.¹⁷

[Rz 23] Tritt zum kaufvertraglichen Austauschverhältnis ein geschlossenes Leistungspaar – das für sich ein vollkommen zweiseitiges Vertragsverhältnis darstellt – hinzu, so sollte dieses dem Formzwang nicht unterstehen, da weder die kaufvertragliche Leistung noch die Gegenleistung als objektiv-wesentliche Hauptpunkte beeinflusst werden. Bei diesen zusammengesetzten Verträgen fällt richtigerweise nur das kaufvertragliche Äquivalenzverhältnis unter die Formvorschrift. Die Erfassung des anderen Leistungspaares durch den Formzwang käme einer zweckwidrigen und damit unzulässigen Ausdehnung des Wortlautes von Art. 216 Abs. 1 OR bzw. Art. 657 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) gleich. Das gilt auch dann, wenn die zweite mit dem Kaufvertrag verknüpfte Vereinbarung für eine oder beide Parteien Voraussetzung oder Bedingung für den Abschluss des Kaufvertrages bildet. Eine solche Bedingtheit einer Vereinbarung durch eine andere ist natürlich «subjektiv-wesentlich», sie berührt aber nicht das Äquivalenzverhältnis des Kaufvertrages als solches.¹⁸

[Rz 24] Vorliegend entscheidend war die Frage, ob selbst bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrages über die Liegenschaft von einem «einheitlichen» Vertrag auszugehen war, oder ob nicht vielmehr nach dem Parteiwillen zumindest in diesem Fall ein eigenständiger, trennbarer Kaufvertrag über die Fahrzeuge vorlag. Die Vorinstanz und das Bundesgericht gingen von einem einheitlichen Vertrag aus, offenbar im Wesentlichen aufgrund der Annahme, die für diesen Fall vereinbarte Zahlung durch WIR in der Höhe von CHF 130'000 für die Fahrzeuge beeinflusse das Äquivalenzverhältnis des Grundstückkaufvertrages, da sie eine Konventionalstrafe darstelle. Ob diese Annahme zutreffend ist, ist zumindest diskutabel. Vielmehr scheint es, dass vorliegend ohne Weiteres von zwei separaten Leistungspaaren hätte ausgegangen werden können bzw. müssen, mit der Folge, dass der Kaufvertrag über die Fahrzeuge nicht formbedürftig war und daher als gültig hätte betrachtet werden müssen.¹⁹

¹⁶ Siehe etwa MARKUS BINDER, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184–318 OR), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 19 f. m.w.H. zu Art. 216 OR.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_140/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 135 III 295 E. 3.2 S. 299; 113 II 402 E. 2a S. 403 ff., je m.w.H.

¹⁸ Siehe WOLFGANG WIEGAND/CHRISTOPH BRUNNER, Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 4.

¹⁹ Vgl. WIEGAND/BRUNNER (Fn. 18), S. 8.

3. Keine Formungültigkeit nach Art. 216 OR bei Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises zwecks Abgeltung von Pflegearbeit

Urteil des Bundesgerichts 4A_355/2015 vom 6. Januar 2016 (CB)

[Rz 25] Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag verkaufte C. (Verkäufer) eine Liegenschaft im Kanton St. Gallen an seine Tochter B. (Käuferin). Der Kaufpreis von CHF 500'000 sollte durch Übernahme einer bestehenden Grundpfandschuld im Umfang von CHF 150'000 und durch Banküberweisung im Betrag von CHF 350'000 getilgt werden. In der Folge gingen auf dem Konto des Verkäufers eine Zahlung der Käuferin von CHF 350'000 ein und vom selben Konto eine Zahlung von CHF 50'000 auf ein Hypothekarzinskonto der Käuferin ab. A. (Schwester der Käuferin) stellte sich auf den Standpunkt, die Überweisung von CHF 50'000 des Verkäufers an die Käuferin habe eine «verdeckte Zahlung» im Zusammenhang mit der Begleichung des Kaufpreises der Liegenschaft dargestellt; der von den Parteien gewollte (dissimulierte) Kaufpreis habe CHF 450'000 betragen und nicht CHF 500'000, wie öffentlich beurkundet wurde. Demgegenüber machte die Käuferin geltend, der Kaufpreis von CHF 500'000 sei effektiv gewollt und vereinbart gewesen; die Zahlung von CHF 50'000 stehe mit dem Grundstückkauf nicht im Zusammenhang, sondern sei eine Abgeltung für die jahrelange Pflege der Mutter gewesen. A. klagte gegen die Käuferin insbesondere auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags. Die Gerichte des Kantons St. Gallen wiesen die Klage ab.

[Rz 26] 1. Vor Bundesgericht rügte A. namentlich eine willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Diese hatte festgehalten, es bestehe aufgrund des öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrags eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der darin enthaltene Kaufpreis von CHF 500'000 auch dem Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsprochen habe. A. obliege somit der Gegenbeweis dafür, dass der effektive gemeinsame Wille ein anderer als der beurkundete war. Dieser Gegenbeweis habe A. jedoch weder mit dem eingereichten Bankbeleg noch dem Einvernahmeprotokoll erbringen können. Aus dem Bankbeleg für sich gehe nichts über den Rechtsgrund der Zahlung hervor. Er lege keinen Beweis darüber ab, dass es sich bei der Zahlung um eine Rückzahlung gehandelt habe. Auch aus der Gleichzeitigkeit beider Zahlungen ergebe sich nichts Entsprechendes. Folglich verwarf das Bundesgericht auch diesen Einwand von A. Weiter habe sich aus der Einvernahme der Käuferin ergeben, dass der Vater ihr das Geld als Abgeltung für die Pflege der Mutter gegeben und er den Zeitpunkt der Zahlung bestimmt habe. 2. Das Bundesgericht wies die Willkürzüge und auch die Beschwerde als unbegründet ab. A. stütze sich hauptsächlich auf die Tatsache, dass die Zahlung des Vaters an die Schwester (Käuferin) zeitnah mit der Zahlung der Schwester an den Vater geflossen ist. Darin wolle sie den Nachweis sehen, dass der Vater mit seiner Zahlung einen Teil des Kaufpreises rückvergütet habe. Angesichts der Beweiswürdigung durch die Vorinstanz war indessen dieses Vorbringen unbehelflich. Dabei war auch relevant, dass gar nicht bestritten war, dass der Vater die Zahlung an die Schwester (B.) als Entschädigung für die Pflege der Mutter geleistet hatte. Entsprechend habe die Vorinstanz willkürfrei annehmen können, dass es nicht der Wille der Parteien war, mit der Zahlung von CHF 50'000 den Kaufpreis teilweise zurückzuerstatten.

[Rz 27] **Bemerkung:** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein im Sinne von Art. 216 OR formungültiger Vertrag nichtig; der Formmangel ist von Amtes wegen zu beachten, und auch Dritte, die am Vertrag nicht beteiligt sind, aber vom Mangel betroffen werden, können sich auf die Nichtigkeit berufen. Demgegenüber geht ein Teil der Lehre unter Berücksichtigung des Formzwecks (hauptsächlich Übereilungsschutz) – zu Recht – nicht von absoluter Nichtigkeit formungültiger Verträge, sondern von einer Ungültigkeit *sui generis* oder relativen Nichtigkeit aus, die

nur von den Parteien geltend gemacht werden kann und durch Erfüllung grundsätzlich heilbar ist.²⁰ Eine Heilung des Formmangels bei Erfüllung sollte nur ganz ausnahmsweise, bei Geltendmachung durch eine Partei, ausgeschlossen sein, wenn der Schutzzweck der Formvorschrift die Beachtung der Form von Amtes wegen verlangt.²¹ Zwar nimmt das Bundesgericht bei Berufung auf Formmängel häufig Rechtsmissbrauch an, insbesondere dann, wenn beide Parteien den Vertrag in Kenntnis des Mangels freiwillig und irrtumsfrei erfüllt haben.²² Dieser Ansatz setzt voraus, dass die Partei, die sich auf die Ungültigkeit beruft, sich rechtsmissbräuchlich (widersprüchlich) verhält, weil sie ja den Vertrag erfüllt hat. Er ist daher in einer Situation wie der vorliegenden, wo eine betroffene Drittperson sich auf die Formungültigkeit beruft, nicht hilfreich. Mit anderen Worten wäre die Klage der Schwester A. von vornherein aussichtslos gewesen (und möglicherweise unterblieben), wenn auch das Bundesgericht – wie ein massgebender Teil der Lehre²³ – nicht von absoluter Nichtigkeit ausginge (siehe auch die Bemerkungen zum Urteil 4A_282/2016, oben Rz. 22 ff.).

4. Wucher; Austausch von Leistung und Gegenleistung

Urteile des Bundesgerichts 6B_895/2015 und 6B_921/2015 vom 29. September 2016, publiziert als BGE 142 IV 341 = Pra 2017 Nr. 83 (MV/DG)²⁴

[Rz 28] U. (Strafanzeigerin, Beschwerdegegnerin) erwarb auf Vorschlag ihrer langjährigen Freundin A. (Beschuldigte, Beschwerdeführerin Urteil 6B_895/2015) hin, im Jahr 2004 die damals von A. und deren Ehemann gemietete Immobilie. A. und ihr Ehemann zahlten U. fortan einen monatlichen Mietzins. A. überredete U. rund vier Jahre nach dem Kauf der Liegenschaft, diese ihrem Sohn B. (Beschuldigter, Beschwerdeführer Urteil 6B_921/2015) zu verkaufen. Im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag verpflichtete sich B., einen Kaufpreis von CHF 200'000 zu bezahlen und U., A. sowie deren Ehemann die Liegenschaft lebenslänglich zu einem monatlichen Mietzins von CHF 1'000 zu vermieten. Der Nettoerlös aus dem Kaufvertrag wurde auf das Konto von U. überwiesen. Gemäss Absprache zwischen A. und U. sollte dieses Kapital für Arbeiten am Gebäude dienen. U. bewohnte zusammen mit A. und deren Ehemann die Liegenschaft bloss wenige Monate, bevor sie im November 2008 Strafanzeige erstattete und ihre Bevormundung verlangte. Während dieser Zeitperiode kamen A. und deren Ehemann für sämtliche Kosten, insbesondere Verpflegungskosten und Miete, auf. Mit Urteil vom 20. April 2015 sprach der Strafappellationshof des Kantonsgerichts Waadt – wie schon zuvor das Strafgericht des Bezirks «*la Broye et Nord vaudois*» – A. und B. des Wuchers gemäss Art. 157 des Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) zum Nachteil der U. schuldig.

[Rz 29] **1.** Das Bundesgericht erinnerte, dass eine Schenkung keinen Wucher darstelle, da es an der Gegenleistung mangle (E. 2). **2.** Es erwog, der Kaufpreis von CHF 200'000 stelle keine Gegenleistung im Sinne von Art. 157 StGB für das erworbene Eigentum dar, da es von Anfang an für Arbeiten an der Immobilie bestimmt gewesen sei (E. 3). **3.** Auch die Einräumung der lebensläng-

²⁰ Siehe CHK-BINDER (Fn. 16), N. 19 f. m.w.H. zu Art. 216 OR.

²¹ CHK-BINDER (Fn. 16), N. 20 m.w.H. zu Art. 216 OR; siehe insbesondere WIEGAND/BRUNNER (Fn. 18), S. 1 und 6.

²² Siehe etwa CHK-BINDER (Fn. 16), N. 21 zu Art. 216 OR.

²³ So CHK-BINDER (Fn. 16), N. 20 zu Art. 216 OR.

²⁴ Vgl. auch EWA SZCZOGIEL/MARKUS VISCHER, Wuchertatbestand im Straf- und im Zivilrecht, in: dRSK, publiziert am 31. Januar 2017.

lichen Miete an A., deren Ehemann und U. stelle keine Gegenleistung im Sinne von Art. 157 StGB dar. B. habe sich vertraglich verpflichtet, die Immobilie zum Gebrauch zu überlassen (Art. 253 OR). Dadurch hätten die Parteien schlichtweg vereinbart, dass U. die Liegenschaft auch weiterhin gebrauchen könne und an B. lediglich «nacktes» Eigentum übertrage (E. 3). 4. Das Bundesgericht hielt ferner fest, auch die Naturalleistungen (Kost, Logis usw.) stellten keine Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums dar, da diese U. bereits vor Abschluss des Kaufvertrags versprochen worden seien (E. 3). 5. Auch die monatliche Miete von CHF 1'000 stelle keine Gegenleistung dar, da A. und ihr Ehemann diese an den neuen Eigentümer B. und nicht mehr an U. entrichtet hätten (E. 4). 6. Im Ergebnis sprach das Bundesgericht A. und B. von der Anschuldigung des Wuchers frei, da diese wirtschaftlich betrachtet weder eine Gegenleistung erbracht noch eine solche versprochen hätten (E. 5).

[Rz 30] **Bemerkung:** 1. Art. 157 StGB setzt ausdrücklich den Austausch von Leistung und Gegenleistung voraus. Somit kann dieser Straftatbestand nur im Rahmen von zweiseitigen entgeltlichen Verträgen erfüllt werden. 2. Vor diesem Hintergrund ist das vorliegende Urteil u.E. nicht korrekt, wonach weder die Zahlung des Kaufpreises noch die Gewährung der Miete als Gegenleistung für den Erwerb anzusehen sind. 3. Als Leistungen des Täters gelten nämlich sämtliche entgeltlichen Zuwendungen im Rahmen eines Austauschverhältnisses. Darunter fällt klarerweise auch die Kaufpreiszahlung. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts ist für die Qualifikation als Gegenleistung für den Erwerb des Eigentums an der Liegenschaft irrelevant, was U. mit dem Geld nach Vollzug des Kaufs zu machen beabsichtigte, zumal die Zweckbindung auch nicht im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag festgehalten war. Auch die Einräumung der Miete stellt eine Gegenleistung dar, da U. damit – entgegen dem Bundesgericht – erstmals die Liegenschaft gebrauchen konnte. Vorher hatte sie nur das «nackte» Eigentum daran, weil die Liegenschaft nach dem Erwerb weiterhin von A. und deren Ehemann bewohnt worden war.

5. Übergang der Gefahr; rechtlicher Mangel; Minderung

Urteil des Bundesgerichts 4A_383/2016 vom 22. September 2016 (MV/DG)²⁵

[Rz 31] Die Gemeinde W. erteilte die Baubewilligung für eine durch die X. SA (Verkäuferin, Beschwerdeführerin) erstellte Überbauung. Die Baubewilligung schränkte die Bewohnbarkeit der Galerien in den Dachwohnungen nicht ein. Jedoch verlangte die Feuer- und Elementarschadensversicherung des Kantons Waadt (ECA) als Bedingung für die Erteilung der Baubewilligung, dass sich die Verglasung in den Galerien der Maisonette-Dachwohnungen nicht öffnen lässt. Z. (Käufer, Beschwerdegegner) erwarb mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 18. März 2009 eine Maisonette-Wohnung. Nach Unterzeichnung des Kaufvertrags verfügte die Gemeinde W., dass die ECA-Bedingung in der Galerie der vom Käufer erworbenen Wohnung nicht eingehalten worden sei. In der Folge erteilte die Gemeinde W. bloss eine partielle Wohnbewilligung, in welcher festgehalten wurde, dass die Galerie nicht bewohnbar sei. Da der Käufer die Wohnung nicht gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass das Dachgeschoss nicht bewohnbar ist, klagte er beim

²⁵ Vgl. auch REETZ/SOHN/BERGIANTI (Fn. 3), S. 4; PASCAL PICHONNAZ, Weitere Entscheide/Autres arrêts, BR 2017, Nr. 457 S. 170; HUBERT STÖCKLI/THOMAS SIEGENTHALER/ROGER ANDRES, Neue Urteile und laufende Gesetzgebungsprojekte – Privatrecht, in: Hubert Stöckli, Schweizerische Baurechtstagung 2017, Freiburg 2017, Nr. 25 S. 213; LINDA BIERI/MARKUS VISCHER, Sachmängel und Gefahrübergang beim Kauf von Stockwerkeigentum, in: dRSK, publiziert am 23. Januar 2017; YANNICK HIRSCHI, Gefahrenübergang beim Grundstückskauf, ius.focus 2016, Nr. 282.

Zivilgericht des Kantonsgerichts Waadt u.a. auf Rückabwicklung des Kaufvertrags. Das Zivilgericht des Kantonsgerichts Waadt verurteilte den Verkäufer zur Zahlung des Minderwerts in Höhe von CHF 158'588 zzgl. Zinsen, da gemäss Gutachten bloss eine Fläche von 122.40 Quadratmeter (statt 157.60 Quadratmeter wie in den Plänen und in der Reservationsvereinbarung angegeben) bewohnbar war. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht in Zivilsachen des Kantonsgerichts Waadt ab.

[Rz 32] 1. Im Verfahren vor Bundesgericht war im Wesentlichen strittig, ob der Mangel, welcher zum Widerruf der Baubewilligung geführt hat, im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bereits bestanden hatte. 2. Das Bundesgericht führte aus, die Sachgewährleistung sei nur anwendbar, wenn der Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zumindest im Keim existiert habe (E. 3.3). 3. Es erwog, die ECA-Bedingung und die Erfordernisse des kantonalen Baurechts an die natürliche Belüftung seien schon vor Erteilung der Baubewilligung auf nicht behebbare Weise unvereinbar gewesen. Durch die Erteilung der partiellen Wohnbewilligung sei die Baubewilligung *ex tunc* aufgehoben worden. Daraus schloss das Bundesgericht, dass der Mangel, welcher in der zu geringen bewohnbaren Fläche bestehe, in jedem Fall vor Abschluss des Grundstückkaufvertrags aufgetreten sei. Der Käufer könne sich somit auf Art. 197 ff. OR berufen (E. 3.4). 4. Da die Bezifferung des Minderwerts der Wohnung nicht strittig war, prüfte das Bundesgericht diese Frage nicht und wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 7/8).

[Rz 33] **Bemerkung:** 1. Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels ist, vorbehältlich einer anderen Vereinbarung,²⁶ unbestrittenermassen der Gefahrübergang.²⁷ Tritt der Mangel erst nach dem Gefahrübergang auf, finden die Gewährleistungsvorschriften, vorbehältlich einer anderen Vereinbarung, keine Anwendung und der Verkäufer haftet nach anderen Regeln, z.B. nach den allgemeinen Nichterfüllungsregeln (Art. 97 OR).²⁸ 2. Gemäss Art. 220 OR gehen, vorbehältlich einer anderen Vereinbarung, Nutzen und Gefahr erst mit Übernahme, d.h. mit Besitzesantritt des Grundstücks auf den Käufer über, sofern dafür ein bestimmter Zeitpunkt vertraglich festgelegt wurde.²⁹ 3. Im vorliegenden Fall musste das Bundesgericht sich nicht dazu äussern, in welchem Zeitpunkt Nutzen und Gefahr übergegangen sind. Der frühestmögliche Zeitpunkt des Gefahrübergangs war der Abschluss des Grundstückkaufvertrags. Das Bundesgericht hielt richtigerweise fest, dass der Mangel auf jeden Fall früher eingetreten war. Das Kaufobjekt war nämlich seit seiner Entstehung mangelhaft, da die Galerie aufgrund rechtlicher Vorschriften unbewohnbar war. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass ursprünglich eine Baubewilligung irrtümlicherweise ohne Einschränkungen erteilt worden war, zumal diese mit Wirkung *ex tunc* widerrufen wurde.

²⁶ MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 328, unter Hinweis u.a. auf BGE 88 II 410 E. 3a S. 414 f.; teilweise a.M. BGE 122 III 426 E. 5c S. 430.

²⁷ Statt vieler HEINRICH HONSELL in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015, N. 11 zu Art. 197 OR.

²⁸ Vgl. nur RAINER SCHUMACHER/ERICH RÜEGG, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, § 5 Rz. 163.

²⁹ MARKUS VISCHER, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, in: Jusletter 26. Juli 2004, Rz. 2 und 9; ALFRED KOLLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015, N. 4 m.w.H. zu Art. 220 OR.

6. Kein Anspruch auf Mäklerlohn wegen Fehlens des Kausalzusammenhangs

Urteil des Bundesgerichts 4A_75/2016 vom 13. September 2016 (CB)³⁰

[Rz 34] Die C. GmbH erwarb ein Hotel, das sie in eine Residenz mit einzelnen Wohneinheiten umbaute. Für den Verkauf dieser Wohneinheiten beauftragte sie eine Mäklerin auf nicht exklusiver Basis mit dem Verkauf. Als Entschädigung für die Mäklerin wurde eine Vermittlungsprovision von 3% des Verkaufspreises vereinbart. B., Geschäftsführer der C. GmbH, kaufte selbst eine Wohnung und beauftragte dieselbe Mäklerin seinerseits, diese Wohnung weiter zu verkaufen. Der Ehegatte einer Käuferin von zwei anderen Wohneinheiten in der Residenz hatte bereits vor Erteilung des Auftrags an die Mäklerin durch B. sein Interesse am Kauf der Wohnung von B. bekundet. Nachdem diese Verhandlungen zunächst scheiterten, bekundete der Ehegatte bei der Mäklerin erneut sein Interesse an der Wohnung. Andere Interessenten bekundeten ebenfalls ihr Interesse. Die Wohnung wurde ein Jahr später ohne Mitwirkung der Mäklerin nach einem zufälligen Treffen zwischen B. und dem Ehegatten in Gemeinschaftsräumen der Residenz zum Preis von CHF 3'700'000 an den Sohn des Ehegatten (Käufer) verkauft. Die Mäklerin beanspruchte für diesen Verkauf eine Kommission von CHF 115'800, weil ihre früheren Verhandlungen mit dem besagten Ehegatten zum Vertragsabschluss geführt hätten. Die kantonalen Genfer Instanzen wiesen die Klage der Mäklerin ab.

[Rz 35] 1. Vor Bundesgericht rügte die Mäklerin, die kantonale Vorinstanz habe den Mäklervertrag unzutreffend als Vermittlungsvertrag (*«courtage de négociation»*) statt als Nachweisvertrag (*«courtage d'indication»*) qualifiziert. Das Bundesgericht führte aus, beim Nachweisvertrag verpflichte sich der Mäkler bloss, dem Auftraggeber eine oder mehrere konkret bestimmte Abschlussgelegenheiten nachzuweisen, wohingegen bei einem Vermittlungsvertrag der Mäkler weitergehend verpflichtet sei, auf die Abschlussbereitschaft des Interessenten hinzuwirken (z.B. durch Teilnahme und Vermittlung an den Vertragsverhandlungen oder Redaktion des Vertrags). Die Vorinstanz habe namentlich aufgrund der Handlungen der Mäklerin nach Vertragsschluss in für das Bundesgericht bindender Weise befunden, dass die Parteien sich (tatsächlich) auf einen Vertrag geeinigt haben, der diesen Handlungen entspreche. Damit liege ein Vermittlungsvertrag vor (E. 3). 2. Weiter rügte die Mäklerin, die Vorinstanz habe Art. 413 OR verletzt, indem sie den Kausalzusammenhang zwischen den von ihr ausgeführten Handlungen im Hinblick auf den Verkauf der Wohneinheit an den Ehegatten und dem effektiven Verkauf an dessen Sohn verneint habe. Das Bundesgericht erwog, Voraussetzung des Mäklerlohns sei die Ausübung der vereinbarungsgemässen Mäklertätigkeit, der Abschluss des Hauptvertrags und das Vorliegen eines entsprechenden Kausalzusammenhangs. Nach der Rechtsprechung müsse der Abschluss des Kaufvertrags nicht notwendig die direkte Folge der Mäklertätigkeit sein. Ein psychologischer Zusammenhang zwischen den Bemühungen des Mäklers und der Entscheidung des Dritten sei hinreichend, wobei der Zusammenhang trotz eines Abbruchs der Verhandlungen (bei einem späteren Weiterverhandeln durch den Auftraggeber) bestehen könne. Nicht entscheidend sei, dass der Mäkler nicht bis zum Ende der Verhandlungen beteiligt oder dass ein anderer Mäkler ebenfalls involviert gewesen ist. Ein Verhandlungsunterbruch führe indessen dann zu einem Ausschluss des Mäklerlohns, wenn dieser definitiv ist und die späteren Verhandlungen auf einer ganz neuen Basis weiterge-

³⁰ Vgl. auch FRANZ WERRO, Weitere Entscheide/Autres arrêts, BR 2017, Nr. 467 S. 176 f.; STEPHANIE STOHWASSER, Anspruch auf Maklerlohn, ius.focus 2016, Nr. 285.

führt werden (E. 4.1). 3. Mit Bezug auf den konkreten Fall hielt das Bundesgericht zunächst fest, allein der Umstand, dass der Sohn des Ehegatten und nicht dieser selbst den Hauptvertrag abgeschlossen habe, könne den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen. Vorliegend sei relevant, dass der Ehegatte die Wohnung von B. bereits vor dem Tätigwerden der Mäklerin gekannt hatte. Der Preis sei das zentrale Element gewesen, mit dem die Mäklerin die Entscheidung des Ehegatten beeinflussen können. Die Mäklerin habe den Interessenten nicht überzeugen können, das Objekt zum Preis von CHF 3'860'000 zu kaufen; die Verhandlungen konnten innerhalb des vereinbarten Zeitraums nicht zu einem Abschluss gebracht werden. Später sei es ohne Beteiligung der Mäklerin zum Vertragsabschluss gekommen, weil dieser auf der Basis des Verhandlungsergebnisses mit einem anderen Interessenten, der sich in letzter Sekunde zurückgezogen habe, zustande gekommen sei. Dieses Verhandlungsergebnis habe sich aber wesentlich von der seinerzeitigen Verhandlungsbasis mit der Mäklerin unterschieden, indem der Kaufpreis neu nur noch CHF 3'700'000 betragen habe und das Kaufobjekt zusätzlich zwei Parkplätze umfasse. Die Vorinstanz habe daher den Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit der Mäklerin und dem Abschluss des Hauptvertrags zu Recht verneint. Die Beschwerde der Mäklerin wurde folglich abgewiesen.

[Rz 36] **Bemerkung:** Der Entscheid zeigt, dass dem Gericht bei der Beurteilung des Vorliegens eines hinreichenden Kausalzusammenhangs ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zusteht, wobei das Bundesgericht in die Ausübung des Ermessens durch die Vorinstanz nicht leichtthin eingreift. Ein psychologischer Zusammenhang zwischen der Mäklertätigkeit und dem Kaufabschluss wird gemeinhin bejaht, wenn durch die Tätigkeit des Mäklers ein für die Abschlussbereitschaft des Dritten mitbestimmendes Motiv gesetzt wurde. Über die Frage, ob die Mäklerin vorliegend ein solches mitbestimmendes Motiv gesetzt hatte, konnte man sich gewiss füglich streiten. Interessant ist auch, folgende Erwägung des Bundesgerichts im Entscheid BGE 72 II 421 E. 3 S. 421 f. in Erinnerung zu rufen: *«Zwar kommt es beim Mäklervertrag wesentlich auf den Erfolg an und sind Mass und Umfang der Tätigkeit des Mäklers, sofern wenigstens durch sie ein für die Abschlussbereitschaft des Dritten mitbestimmendes Motiv gesetzt wurde, für die Bemessung seines Lohnes nicht ausschlaggebend. Deshalb hat der Mäkler denn auch selbst dann Anspruch auf den ungeschmäleren Lohn, wenn der Auftraggeber die von jenem in Gang gebrachten Unterhandlungen selber in die Hand nimmt und es erst ihm gelingt, den Vertrag auf der Basis der vom Mäkler angeknüpften Beziehungen zum Abschluss zu bringen.»* Vorliegend war für das Bundesgericht wohl entscheidend, dass die Beziehungen zum Ehegatten ganz ursprünglich nicht von der Mäklerin geknüpft wurden und die Bedingungen des Kaufs sich zwischenzeitlich, insbesondere aufgrund der Verhandlungen mit einem Dritten, wesentlich geändert hatten.

7. Provisionsgarantie des Mäklers

Urteil des Bundesgerichts 4A_309/2016 vom 31. August 2016 (CB)³¹

[Rz 37] X. (Auftraggeber) ist Eigentümer einer Liegenschaft im Kanton Genf. Im Hinblick auf den Verkauf dieser Liegenschaft schloss er mit der Z. AG (Mäklerin) einen Mäklervertrag ab. Als Kaufpreis für die Liegenschaft wurde ein Kaufpreis von CHF 7'900'000 und eine Provision von 5%

³¹ Vgl. auch WERRO (Fn. 30), Nr. 470 S. 178; YANNICK HIRSCHI, Garantierte Provision des Maklers, ius.focus 2016, Nr. 313.

auf den ersten CHF 500'000 und 3% auf den Restbetrag vereinbart. Die Provision war auch dann geschuldet, wenn der Auftraggeber einen von der Mäklerin vermittelten solventen Kaufinteressenten zurückweist. Als sich ein Kaufinteressent bereit erklärte, die Liegenschaft zu einem Preis von CHF 7'880'000 zu erwerben, teilte die Mäklerin dies unverzüglich dem Verkäufer mit. Die Mäklerin erklärte sich bereit, entsprechend dem tieferen Angebot ihre Provision für den Verkauf auf CHF 230'000 zu reduzieren, vorausgesetzt, dass diese im Gegenzug am Tag des Verkaufs der Liegenschaft bezahlt werde. Der Eigentümer schlug das Angebot mit der Begründung aus, dass er kein geeignetes Ersatzobjekt gefunden habe und auch die Provision nicht vor dem Zahlungseingang entrichten wolle. In der Folge klagte die Mäklerin gegen den Eigentümer auf Bezahlung von CHF 230'000 zzgl. Zins. Erstinstanzlich wurde die Klage von den Genfer Gerichten abgewiesen, in zweiter Instanz aber gutgeheissen.

[Rz 38] 1. Das Bundesgericht erwog, gemäss Art. 413 Abs. 1 OR sei das Zustandekommen des Hauptvertrags potestative Suspensivbedingung für die Entstehung des Mäklerlohnspruchs. Ausserhalb des Tatbestands einer treuwidrigen Verhinderung des Bedingungseintritts nach Art. 156 OR treffe den Auftraggeber keine Abschlusspflicht, könne dieser also gar willkürlich auf den Abschluss des Hauptvertrags verzichten, ohne dass der Mäklerlohn geschuldet sei. Indessen sei diese Regelung dispositiver Natur; die Parteien können eine Provisionsgarantie vereinbaren, wonach der Mäklerlohn auch dann geschuldet ist, wenn der Hauptvertrag nicht geschlossen wird (E. 2.1). 2. Für den Mäklervertrag bestehe von Gesetzes wegen keine Formvorschrift, aber in Fällen, in denen die Schriftlichkeit eines Vertrags ausdrücklich oder konkludent vorbehalten werde, gelte die Vermutung, dass sich die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichten wollten. Der Vorbehalt der einfachen Schriftlichkeit werde vermutet, wenn die eine Partei der anderen einen Vertragsentwurf zur Unterzeichnung zusendet (E. 2.2). *In casu* sei das Vorliegen eines solchen Formvorbehaltes nicht streitig, wohl aber, ob die Formvorschrift erfüllt worden sei. Die Mäklerin bringe vor, der Vertrag, der eine Provisionsgarantie enthalte, sei vom Auftraggeber unterzeichnet worden, während der Auftraggeber dies verneine. Vor Bundesgericht rügte der Auftraggeber, die Vorinstanz habe den Sachverhalt willkürlich und somit rechtsfehlerhaft festgestellt, indem sie davon ausgegangen sei, dass er den fraglichen Vertrag unterschrieben habe, obwohl beide Parteien nur einen von der Mäklerin unterzeichneten Vertrag eingereicht hätten. Das Bundesgericht verneinte das Vorliegen von Willkür: Die Tatsache, dass die Mäklerin nicht in der Lage gewesen sei, einen von beiden Parteien unterschriebenen Vertrag einzureichen, schliesse nicht aus, durch andere Mittel beweisen zu können, dass der Auftraggeber den Vertrag unterzeichnet habe. Vorliegend hätten beide Parteien in verschiedenen Briefwechseln auf diesen Vertrag verwiesen. Weiter habe auch nicht erklärt werden können, weshalb die Mäklerin ihre Tätigkeit hätte aufnehmen sollen, wenn sie kein beidseitig unterschriebenes Vertragsexemplar erhalten hätte. Die beidseitige Unterzeichnung des Vertrags sei deshalb als erwiesen und der Vertrag als formgültig abgeschlossen zu betrachten (E. 3.5). 3. Weiter ging das Bundesgericht auf die Rüge des Auftraggebers ein, die Vorinstanz verkenne, dass zwischen den Parteien in Bezug auf den Verkaufszeitpunkt gar keine Einigung zustande gekommen und damit auch keine Provision geschuldet sei. Die Mäklerin habe dem Eigentümer einen solventen Kaufinteressenten vermittelt, der die Liegenschaft habe erwerben wollen. Der Auftraggeber sei mit der leichten Reduktion des Kaufpreises einverstanden gewesen und die Mäklerin habe ihre Kommission auch entsprechend reduziert. Der Eigentümer habe indessen einseitig auf den Verkauf der Liegenschaft verzichtet, obwohl ein Vertragsentwurf vorbereitet und ein Termin beim Notar festgesetzt worden sei. Der Verkauf der Liegenschaft sei mithin nicht aufgrund einer Uneinigkeit bezüglich des Verkaufszeitpunkts oder eines wesentli-

chen Vertragsbestandteils gescheitert, weshalb der Auftraggeber dem Mäkler die vereinbarte Provision in der Höhe von CHF 230'000 schulde. Das Bundesgericht wies die Beschwerde folglich ab.

[Rz 39] **Bemerkung:** Bemerkenswert ist, dass es vorliegend der Mäklerin gelang, den Beweis für die Erfüllung der einfachen Schriftform zu erbringen (beidseits unterschriebener Mäklervertrag), obschon sie nur in der Lage war, einen bloss von ihr, aber nicht dem Auftraggeber unterschriebenen Mäklervertrag vorzulegen. Dies gelang ihr aufgrund der Würdigung des nachträglichen Parteiverhaltens, indem beide Parteien in separaten Schreiben auf den unterschriebenen Vertrag Bezug genommen hatten. Dabei hatte der Auftraggeber das Fehlen eines unterschriebenen Vertrags – im Unterschied zu seiner Position nachträglich im Verfahren – nicht bestritten bzw. eben implizit anerkannt. Selbst wenn im damaligen Zeitpunkt objektiv kein beidseitig unterschriebener Vertrag vorgelegen hätte, müsste man das Parteiverhalten wohl als nachträglichen beidseitigen Verzicht auf das Schriftformerfordernis interpretieren. Ein vertraglicher Formvorbehalt kann jederzeit – auch durch konkludentes Handeln – formfrei aufgehoben werden; auch Abänderungen eines Formvorbehalts sind formfrei bzw. durch konkludentes Handeln möglich.³²

8. Geltendmachung des Vorkaufsrechts im Miteigentumsverhältnis nur an einzelnen von mehreren Grundstücken

Urteil des Bundesgerichts 5A_1006/2015 vom 2. August 2016 (CB)³³

[Rz 40] Im Frühling 2012 schlossen B.B. und C.B. (Verkäufer) mit Dritten einen einheitlichen Kaufvertrag über sechs in einer Gemeinde des Kantons Wallis gelegene Parzellen. A. ist Miteigentümerin dreier dieser Parzellen, namentlich eines Wohnhauses, des zugehörigen Hausplatzes und des Hausgartens. An den beiden letztgenannten wollte A. ihr gesetzliches Vorkaufsrecht ausüben (Art. 682 Abs. 1 ZGB). Der Kaufvertrag enthielt einen Passus, dem zufolge die verkauften Parzellen eine wirtschaftliche Einheit bildeten, für die das Vorkaufsrecht nur gemeinsam ausgeübt werden könne. Folglich widersetzten sich die Verkäufer der teilweisen Ausübung des Vorkaufsrechts. Die Walliser Gerichte wiesen die hiergegen erhobene Klage von A. ab.

[Rz 41] 1. Vor Bundesgericht beantragte A., sie sei im Grundbuch als Alleineigentümerin von Hausplatz und Hausgarten einzutragen und zur Zahlung von CHF 12'758.95 an die Verkäufer (Beschwerdegegner) zu verurteilen. 2. Das Bundesgericht erinnerte zunächst daran, dass sich durch das Gesetz bestimme, wann ein Vorkaufsfall vorliege. Die Beschwerdegegner seien deshalb nicht fähig, diesen eigenmächtig durch vertragliche Vereinbarung mit Dritten auszuschliessen (E. 4.2/4.3). Der Ausschluss oder Verzicht könne gemäss Art. 681b ZGB nur mit der Vorkaufsberechtigten selbst vereinbart werden (E. 6.3.1). 3. Im deutschen Recht sei der Fall, dass der Vorkaufsverpflichtete den Gegenstand zusammen mit weiteren, vom Vorkaufsrecht unberührten Gegenständen zu einem Gesamtpreis veräussert, in § 467 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geregelt. Sofern der Vorkaufsverpflichtete nachweisen könne, dass die Trennung der Ge-

³² Vgl. INGBORG SCHWENZER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015, N. 10 zu Art. 16 OR.

³³ Vgl. auch JÖRG SCHMID/CÉLINE BUSSMANN, Vorkaufsrecht beim Miteigentum und Umschreibung des Vorkaufsfalls, BR 2017, S. 160 f.; DENIS PIOTET/MATTHIEU VERNAZ, Chronique de jurisprudence civile, Not@lex 2017, S. 78; THIERRY DUBOIS/SOPHIE MARTIN, Chronique de jurisprudence immobilière, Not@lex 2017, S. 71 f.; PIUS KOLLER, Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis, in: dRSK, publiziert am 30. November 2016; FABIAN GLÄSSER, Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis, ius.focus 2016, Nr. 253.

gegenstände für ihn nachteilig wäre, könne er ausnahmsweise die Erstreckung des Vorkaufs auf alle Gegenstände verlangen. Die kantonalen Gerichte wendeten diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall analog an (E. 5). Das Bundesgericht erwog ausführlich Gesetzgebungsgeschichte und *ratio* von § 467 BGB sowie die schweizerische Regelung des Vorkaufsrechts und gelangte gegenteilig zum Schluss, dass die analoge Anwendung nicht zulässig sei. Es begründete dies damit, dass die deutsche Regelung die Interessen des Vorkaufsverpflichteten bevorzuge, während der schweizerische Gesetzgeber eher auf der Seite des Berechtigten stehe, was sich etwa aus der offenen Formulierung von Art. 216c OR ergebe (E. 6.3.2). 4. Darüber hinaus biete die schweizerische Gesetzgebung den Miteigentümern bereits in Art. 655a Abs. 2 ZGB (in Kraft seit dem 1. Januar 2012) die Möglichkeit, Grundstücke, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, durch dauerhafte gemeinsame Zweckbestimmung zu unselbständigen Grundstücken zu verknüpfen und die Ausübung des Vorkaufsrechts so auszuschliessen. Der Wille der Miteigentümer, von dieser Möglichkeit vorliegend keinen Gebrauch zu machen, sei demnach zu berücksichtigen (E. 6.3.3). 5. Schliesslich befand das Bundesgericht, dass auch in tatsächlicher Hinsicht dem Begehren der Vorkaufsberechtigten nichts entgegenstehe, da ihr Interesse am Alleineigentum von Hausgarten und Hausplatz das Interesse der Verkäufer an einem möglichst hohen Gesamtverkaufspreis überwiege (E. 7.1/7.2./7.3). 6. Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht gutgeheissen und zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Visp zurückgewiesen.

[Rz 42] **Bemerkung:** Die Begründung des Entscheids ist überzeugend. Für die Praxis bedeutet er, dass im Fall von Miteigentümergeinschaften an Grundstücken Handlungsbedarf besteht, wenn ausgeschlossen werden soll, dass ein Miteigentümer das gesetzliche Vorkaufsrecht an einem einzelnen Grundstück ausüben kann und damit einen gesamtheitlichen Verkauf dieses Grundstücks, das mit anderen Grundstücken eine wirtschaftliche Einheit bildet, verhindern kann. Vorliegend hätten die Verkäufer (ebenfalls Miteigentümer am Hausplatz und Vorgarten) mit der Miteigentümerin A. vorgängig vereinbaren müssen, dass die Grundstücke betreffend Hausplatz und Hausgarten als unselbständige Grundstücke im Grundbuch anerkannt werden und einem bestimmten anderen Grundstück (Hauptgrundstück) zugewiesen werden. Gemäss Art. 655a Abs. 2 ZGB können das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer und der Aufhebungsanspruch nicht geltend gemacht werden, wenn die Verknüpfung zu einem dauernden Zweck erfolgt. Grundbuchtechnisch wird auf dem Blatt des unselbständigen Grundstücks in der Abteilung «Eigentum» statt des Namens des Eigentümers die Bezeichnung des Hauptgrundstücks eingetragen (Art. 95 der Grundbuchverordnung [GBV; SR 211.432.1]; vgl. E. 3/6/6.3.3).

III. Fahrniskauf

1. Steigerungskauf über das Internet

Urteil des Bundesgerichts 4A_451/2016 vom 8. November 2016 (CB)³⁴

[Rz 43] Die A. GmbH mit Sitz in Wien (Verkäuferin) ist ein auf Fotografien spezialisiertes Auktionshaus. Bei einer von dieser durchgeführten Online-Auktion ersteigerte der Schweizer Einzel-

³⁴ Vgl. auch IVO SCHWANDER, Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht, SRIEL 2017, S. 405; DANIEL GIRSBERGER/DIRK TRÜTEN, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht/Le point sur le droit international privé, SJZ 2017, S. 89; FLAVIO PETER/PATRICK SCHMIDT, Versteigerungen über das Internet, ius.focus 2016, Nr. 326.

unternehmer B. (Käufer), der eine Galerie für Kunstfotografie betreibt, sieben Fotografien. Die gestellte Rechnung über EUR 42'516 blieb unbeglichen. Nach Mahnungen leitete die A. GmbH ein Betreibungsverfahren ein. B. erhob Rechtsvorschlag. Zwecks definitiver Rechtsöffnung reichte die A. GmbH beim Handelsgericht Zürich Klage ein; der beklagte B. liess sich diesbezüglich nicht vernehmen. Das Handelsgericht Zürich wies im Verfahren HG160010 die Klage dennoch ab. Es schloss aus der Tatsache, dass die Online-Auktion über die Internetplattform eines in New York ansässigen Betreibers abgewickelt wurde, auf die Anwendbarkeit des US-amerikanischen Kaufrechts. Dieses sehe keine Vorleistungspflicht des Käufers vor, weshalb die A. GmbH selber hätte Erfüllung anbieten müssen, um Ansprüche gegen B. geltend machen zu können. Den Eventualantrag, B. sei unter Ansetzung einer Nachfrist zur Zahlung des Kaufpreises gegen Übergabe der Fotografien am Sitz der A. GmbH zu verurteilen, wies das Handelsgericht ebenfalls ab, mit der Begründung, es handle sich nach Massgabe des US-amerikanischen Kaufrechts um einen Versendungskauf, womit der Beklagte nicht verpflichtet werden könne, die Fotografien abzuholen.

[Rz 44] 1. Vor Bundesgericht rügte die A. GmbH (Beschwerdeführerin), die Vorinstanz habe gemäss Art. 96 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) in ihrem Entscheid das falsche ausländische Recht angewendet und dadurch das anwendbare materielle österreichische Recht verletzt. 2. Dazu bestätigte das Bundesgericht zunächst die Feststellung der Vorinstanz, dass das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf («CISG»; SR 0.221.221.1) nicht zur Anwendung komme, da Versteigerungen nach Art. 2 lit. b CISG von dessen Anwendungsbereich ausgenommen seien (E. 2.1). 3. Die Vorinstanz hatte zur Bestimmung des anwendbaren Rechts Art. 118 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) i.V.m. Art. 3 Abs. 3 des Haager Übereinkommens betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht von 1955 («Haager Übereinkommen 1955»; SR 0.221.211.4) herangezogen (E. 2.2). Die Kollisionsnorm unterstelle internationale Kaufverträge durch Versteigerung dem Recht desjenigen Staats, in dem die Versteigerung stattfindet (E. 2.3). Das Bundesgericht stellte hierzu allerdings unter Verweisung auf Literatur und Rechtsprechung richtig, dass es bei Online-Auktionen nicht möglich sei, den Ort der Auktion zu bestimmen. Insbesondere könne nicht von der für kommerzielle Angebote verbreiteten Top-Level-Domain «.com» auf eine Beziehung des Geschäfts zum Betreiber der Plattform geschlossen werden. Es sei daran festzuhalten dass für Versteigerungen durch das Internet mangels Rechtswahl die allgemeine Regel von Art. 3 Abs. 1 des Haager Übereinkommens 1955 gelte, wonach der Kaufvertrag dem innerstaatlichen Recht des Landes unterstehe, in dem der Verkäufer zu dem Zeitpunkt, in dem er die Bestellung empfängt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Die A. GmbH habe im massgebenden Zeitpunkt ihren gewöhnlichen Aufenthalt unbestritten in Wien gehabt, womit das österreichische Recht Anwendung finde (E. 2.4). 4. Da das Bundesgericht nicht von Amtes wegen als erste und letzte Instanz zugleich ausländisches Recht anwende, hiess es die Beschwerde gut und wies die Sache zur Neuerteilung an das Handelsgericht Zürich zurück.

[Rz 45] **Bemerkung:** Das Bundesgericht hatte bereits in einem Entscheid von 2008 festgehalten, dass falls die Versteigerung im Internet erfolge, es nicht möglich sei, einen konkreten Ort der Versteigerung zu bestimmen.³⁵ Eine Regel, wonach als Ort der Versteigerung der Sitz des Plattform-

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_58/2008 vom 28. April 2008 E. 2; vgl. E. 2.4 des besprochenen Entscheids; vgl. auch MARC AMSTUTZ/MARKUS WANG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, N. 11 zu Art. 118 IPRG.

Betreibers zu gelten hätte, würde wohl auch regelmässig zu praktischen Schwierigkeiten führen, wenn dieser Sitz unklar ist bzw. für die Benutzer der Online-Plattform unerheblich ist. Die klare Regel, wonach auf das innerstaatliche Recht des Landes abzustellen ist, in dem der Verkäufer zu dem Zeitpunkt, an dem er die Bestellung empfängt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist daher zu begrüssen. Im Übrigen drängt sich die Frage auf, warum die Vorinstanz die A. GmbH nicht aufgefordert hatte, im Hinblick auf den Fall, dass das Gericht von einem Versandkauf ausgehen sollte, ihre Rechtsbegehren zu klären.³⁶ Damit hätte es wahrscheinlich sich und den Parteien erhebliche Weiterungen und Kosten ersparen können.

2. Mangelhafte Softwarelösung; Gläubigerverzug; Mängelinrede gemäss Art. 210 Abs. 5 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_446/2015 vom 3. März 2016 (MV/DG)³⁷

[Rz 46] Die Y. SA (Käuferin, Beschwerdegegnerin) verwendete eine durch die X. AG (Verkäuferin, Beschwerdeführerin) vermarktete Softwarelösung. Am 12. Juli 2010 schlossen die Parteien einen Vertrag betreffend die Installation der neuesten Version ab. Dabei vereinbarten sie u.a. ein Reparaturrecht. Nach Installation der Software rügte die Käuferin mehrmals diverse Mängel. Die Verkäuferin versuchte daraufhin verschiedentlich, die neue Software zu reparieren. Die Käuferin gewährte ihr jedoch keinen Zutritt zu ihren Geschäftsräumen und löste schliesslich den Vertrag auf. Die Verkäuferin widersetzte sich dieser Vertragsauflösung. Sie wies die Käuferin darauf hin, dass sie sich im Verzug befinde und setzte ihr deshalb eine 14-tägige Frist an, um Terminvorschläge zu machen, wann sie die neue Software installieren könne. Da die Käuferin diesen Vorschlag ablehnte, erklärte die Verkäuferin, dass sie gestützt auf Art. 107 OR auf die nachträgliche Erfüllung des Vertrags verzichte und machte Schadenersatz in Höhe von CHF 61'560 (positives Vertragsinteresse) geltend. Die Käuferin erhob ihrerseits die Mängelinrede gemäss Art. 210 Abs. 2 aOR (heute Art. 210 Abs. 5 OR) und beantragte die Abweisung der Klage. Das Zivilgericht des Bezirks «*la Broye et Nord vaudois*» wies die Klage der Verkäuferin ab. Das Appellationsgericht in Zivilsachen des Kantonsgerichts Waadt wies das hiergegen von der Verkäuferin erhobene Rechtsmittel ab.

[Rz 47] 1. Die Verkäuferin rügte vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 210 Abs. 2 aOR (heute Art. 210 Abs. 5 OR). Die Käuferin habe den Vertrag nicht auflösen können, ohne ihr Frist zur Reparatur zu setzen, da die Parteien ein Reparaturrecht vereinbart hätten (E. 3). 2. Das Bundesgericht führte aus, es sei zulässig, vertraglich ausschliesslich ein Reparaturrecht zu vereinbaren.

³⁶ Vgl. zur gerichtlichen Fragepflicht etwa CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art.1–149 ZPO, Bern 2012, N 4 f., 14 und 33 zu Art. 56 ZPO. Als Mittel der materiellen Prozessleitung steht die Fragepflicht dabei auch im Dienste der Beschleunigung und der effizienten Gestaltung des Prozesses. Sie bezieht sich auch auf Rechtsbegehren. Anlass zur Fragepflicht besteht insbesondere dann, wenn der Standpunkt einer Partei für den Fall der bloss teilweisen Begründetheit ihres Begehrens unklar ist. Vorliegend hätte aufgrund der Umstände (Anwendung von ausländischem Recht, unklare Rechtswahl) auch nicht angenommen werden können, es liege eine die Fragepflicht auslösende Mangelhaftigkeit einer Prozesshandlung vor.

³⁷ Vgl. auch REETZ/SOHN/BERGIANTI (Fn. 3), S. 6 f.; FRANZ WERRO, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2016, S. 303; THOMAS BÜCHLI, 1^{re} Cour de droit civil, 4A_446/2015, 3 mars 2016, X. AG c/ Y.; arrêt non publié dans le RO., Anwaltsrevue 2016, S. 340; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Lieferung einer mangelhaften Softwarelösung, in: dRSK, publiziert am 16. August 2016; GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Gläubigerverzug bei Softwareüberlassung auf Dauer, in: dRSK, publiziert am 16. August 2016.

In einem solchen Fall sei der Käufer jedoch verpflichtet, die Durchführung der Reparatur zu ermöglichen (sog. Obliegenheit). Die Verletzung dieser Obliegenheit führe *ex lege* zum Verzug des Käufers (Art. 91 OR) und schliesse aus, dass der Verkäufer seinerseits in Verzug geraten könne (E. 3.3.2). 3. Es erwo, die Käuferin sei verpflichtet gewesen, alle nötigen Massnahmen zu treffen, damit die Verkäuferin die mangelhafte Software hätte reparieren können. Die Käuferin habe der Verkäuferin jedoch nie Zugang zu ihren Geschäftsräumlichkeiten gewährt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne in einem solchen Fall die Käuferin, welche sich infolge Verletzung ihrer Obliegenheit im Verzug befunden habe, nicht die Mängelreede gemäss Art. 210 Abs. 2 aOR (heute Art. 210 Abs. 5 OR) erheben (E. 3.5). 4. Im Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass die Verkäuferin gemäss Art. 95 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR rechtsgültig auf die Erfüllung des Vertrags verzichtet und daher Anspruch auf Schadenersatz habe. 5. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde vollumfänglich gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Berechnung der Höhe des Schadenersatzes an die Vorinstanz zurück. (E. 3.6/4).

[Rz 48] **Bemerkung: 1.** Ein Käufer kann auch nach Eintritt der Verjährung seine nicht mehr gerichtlich durchsetzbaren Sachgewährleistungsansprüche gegenüber den Ansprüchen des Verkäufers (etwa die Kaufpreisklage) einredeweise geltend machen, wenn er die Mängel gemäss Art. 201 OR rechtzeitig gerügt hat («Anspruch vergeht, Einrede besteht»). Wird die Mängelreede vom Gericht gutgeheissen, zeitigt diese – als sog. *Wandlungseinrede* – die gleichen Rechtsfolgen wie wenn der Käufer vor Ablauf der Verjährung den Vertrag gewandelt hätte. 2. Das Bundesgericht hat u.E. richtigerweise entschieden, dass ein Käufer die Mängelreede nur dann geltend machen kann, wenn er sich nicht im Verzug befindet. Zur Begründung führte das Bundesgericht an, dass der Gläubigerverzug den Schuldnerverzug ausschliesse. Gläubiger- resp. Annahmeverzug liegt u.a. vor, wenn ein Käufer eine Mitwirkungshandlung (*in casu* Gewährung des Zutritts zu den Geschäftsräumlichkeiten) ungerechtfertigterweise verweigert. 3. Die Geltendmachung der Mängelreede setzt somit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts notwendigerweise zweierlei voraus: *Erstens* muss der vertrags- und gesetzeskonform handelnde Käufer dem Verkäufer die Mängel rechtsgültig angezeigt haben. *Zweitens* darf sich der Käufer zum Zeitpunkt der Klageerhebung resp. während des Prozesses nicht im Verzug befinden, d.h. die Kaufsache muss aufgrund des Verhaltens des Verkäufers immer noch mangelhaft sein. 4. Gleiches gilt – wie das Bundesgericht richtig festgehalten hat – auch in jenen Fällen, in denen die Verjährungsfrist von Art. 210 OR noch nicht abgelaufen ist (vgl. E. 3.5). Es wäre nämlich genau so stossend, wenn ein Käufer, der die vertraglich vereinbarte Reparatur einer Sache verhindert, bspw. den Kaufvertrag wandeln könnte.

IV. Diverses

1. Fusion; Haftung für Sanierungskosten von Altlasten

Urteil des Bundesgerichts 1C_18/2016 vom 6. Juni 2016 (MV/DG)³⁸

³⁸ Vgl. auch PETER HÄNNI, Weitere Entscheide/Autres arrêts, BR 2017, Nr. 381 S. 122; NESA ZIMMERMANN, 77. DEP 2016, 496–508 (6.6.2016/a; 1C_18/2016) – Art. 32d LPE. Assainissement des sites pollués. Transmission de l'obligation de supporter les coûts par succession universelle (fusion). Répartition des coûts., RDAF 2017 I, S. 440 ff.; DENIS OLIVER ADLER, Aktuelle Entwicklungen im Altlastenrecht: Neue Urteile des Bundesgerichts – insbesondere zum Verursacherbegriff (Zweckveranlassung und Haftung des Bundes bei der Sanierung von Schiessanlagen), zur Erbenhaftung und zum Übergang der Verursacherhaftung im Rahmen einer Fusion, URP 2016, S.

[Rz 49] Die D. AG (ehemals firmierend als C. AG) hatte im Rahmen ihres einstigen Fabrikbetriebs zwischen 1949 und 1962 das Grundwasser unter einem Grundstück in Zuchwil (SO) verunreinigt, weshalb dieses Mitte 2010 als sanierungsbedürftiger Standort im Sinne der Altlastenverordnung (AltIV; SR 814.680) qualifiziert wurde. Im Jahr 1968 war die D. AG aufgelöst und im Handelsregister gelöscht worden nachdem sie mit der A. AG (Verkäuferin, Beschwerdeführerin) fusioniert hatte. Die Verkäuferin veräusserte im Jahr 2012 das Grundstück in Zuchwil (SO) an die B. AG (Käuferin, Beschwerdegegnerin). Im Januar 2015 erliess das Bau- und Justizdepartement des Kantons Solothurn eine Kostenverteilungsverfügung. Darin wurde die Verkäuferin als Verhaltensstörerin und die Käuferin als Zustandsstörerin in Bezug auf das sanierungsbedürftige Grundstück bezeichnet. Die Verkäuferin sollte 80% und die Käuferin 20% der angefallenen Untersuchungskosten (CHF 87'964.95) sowie der künftigen Sanierungskosten (ca. CHF 3'600'000) tragen. Die hiergegen von der Verkäuferin erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn im Dezember 2015 ab.

[Rz 50] **1.** Die Verkäuferin machte vor Bundesgericht u.a. geltend, eine allfällige Kostentragungspflicht sei im Rahmen der Fusion 1968 nicht auf sie übergegangen. Sie hafte nicht für Schulden, die in der massgeblichen Bilanz nicht aufgeführt gewesen seien (E. 4.1). **2.** Das Bundesgericht erwog, bei der Rechtsnachfolge müsse zwischen Verhaltens- und Zustandsverursacher einerseits und zwischen Singular- und Universalsukzession andererseits unterschieden werden. Im Rahmen einer Universalsukzession – wozu die altrechtliche Absorptionsfusion gemäss Art. 748 aOR zu zählen sei – könne die Kostenpflicht des Verhaltensverursachers auf den Rechtsnachfolger übergehen. Dabei gingen auch Verbindlichkeiten auf die übernehmende Gesellschaft über, die nicht in der massgeblichen Bilanz aufgeführt gewesen seien (E. 4.2). **3.** Die Haftung für eine erfolgte oder anhaltende Verunreinigung als Ursprung einer Altlast gehe bei einer (altrechtlichen) Fusion auf die übernehmende Gesellschaft über. Dies gelte selbst dann, wenn zum Zeitpunkt der Fusion noch gar keine rechtliche Haftungsgrundlage bestanden habe. Die Kostentragungspflicht sei folglich von der D. AG auf die Verkäuferin übergegangen (E. 4.3). **4.** Im Ergebnis wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 8).

[Rz 51] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht hielt vorliegend fest, dass eine altlastenrechtliche Kostenpflicht von Gesellschaften im Rahmen einer Universalsukzession zufolge einer altrechtlichen Fusion (Art. 748 aOR) stets auf die übernehmende Partei übergeht, und zwar unabhängig davon, ob im Zeitpunkt der Rechtsnachfolge schon eine Haftungsgrundlage bestanden hat. Diese Aussage gilt sinngemäss auch bei Universalsukzessionen nach Fusionsgesetz (FusG; SR 221.301) wie Fusionen oder Vermögensübertragungen.³⁹ **2.** Bemerkenswerterweise unterscheidet sich diese Rechtsprechung klar von der bundesgerichtlichen Praxis hinsichtlich der Universalsukzession zufolge Erbgangs bei natürlichen Personen. In einem lediglich anderthalb Monate vor dem vorliegenden Entscheid ergangenen Urteil befand das Bundesgericht, dass die Kostentragungspflicht des Verhaltensverursachers nur auf die Erben übergehe, wenn zum Zeitpunkt des Erbgangs eine Rechtsgrundlage für die Sanierungspflicht bestanden habe und die damit zusammenhängende Kostentragungspflicht voraussehbar gewesen sei.⁴⁰ Das Bundesgericht wendet somit bei der alt-

523 ff.; PHILIP CARR/MARKUS VISCHER, Haftung für Sanierungskosten von Altlasten bei Rechtsnachfolge, in: dRSK, publiziert am 16. September 2016.

³⁹ SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Altlastensanierung, in: dRSK, publiziert am 23. September 2013, Rz. 10.

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 1C_418/2015 vom 25. April 2016 E. 6.3 f.

lastenrechtlichen Kostentragungspflicht im Anwendungsbereich der Universalsukzession bei natürlichen und juristischen Personen unterschiedliche Massstäbe an. 3. Als Schlussfolgerung für die M&A-Praxis ergibt sich aus dem vorliegenden Urteil in erster Linie, dass die Haftung für altlastenrechtliche Sanierungsmassnahmen jeweils im Vertragswerk über die Transaktion geregelt werden sollte.⁴¹ Mit einer entsprechenden vertraglichen Regelung kann freilich nicht über die öffentlich-rechtliche Kostentragungspflicht verfügt, wohl aber das damit zusammenhängende Risiko alloziert werden.⁴²

2. Vertragsverhandlungen; Bindungswirkung von Schiedsklauseln

Urteil des Bundesgerichts 4A_84/2015 vom 18. Februar 2016, publiziert als BGE 142 III 239 (MV/DG)⁴³

[Rz 52] Im Frühling 2012 nahmen die Z. Limited (Verkäuferin, Beschwerdegegnerin) und die X. Co. (Käuferin, Beschwerdeführerin) Verhandlungen betreffend den Verkauf von Eisenprodukten auf. Die beiden Gesellschaften standen zum ersten Mal in einer geschäftlichen Beziehung. Am 16. Mai 2012 unterzeichneten die Parteien einen Kaufvertrag. Die Verkäuferin liess der Käuferin gleichentags einen Entwurf für einen Rahmenvertrag zukommen mit der Bitte, diesen unterzeichnet zu retournieren. Dieser Entwurf enthielt, im Gegensatz zum Kaufvertrag, eine Schiedsklausel. Die Käuferin ergänzte die Schiedsklausel mit den Worten «ICC France» und «Paris» und retournierte den Entwurf. Die Verkäuferin bestand darauf, dass der Sitz des Schiedsgerichts in Lugano ist und schickte einen neuen Entwurf an die Käuferin, welcher die gleiche Schiedsklausel wie der erste Entwurf enthielt. In der Folge nahmen beiden Parteien noch Änderungen am Vertragsentwurf vor, ohne aber die Schiedsklausel zu ändern. Da der Rahmenvertrag nicht unterzeichnet wurde, erfüllten die Parteien auch den Kaufvertrag nicht. Daraufhin leitete die Verkäuferin gegen die Käuferin ein Schiedsverfahren ein und machte Schadenersatz geltend.

[Rz 53] 1. Die Käuferin rügte vor Bundesgericht, dass sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig erklärt habe (E. 3). 2. Das Bundesgericht erinnerte, dass das gültige Zustandekommen des Hauptvertrags keine Voraussetzung für die Gültigkeit einer darin enthaltenen Schiedsklausel sei (sog. *Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung*; E. 3.2.1). 3. Es hielt aber fest, dass der blosser Austausch von Vertragsentwürfen grundsätzlich nicht genüge, um einen Bindungswillen betreffend die darin enthaltene Schiedsklausel anzunehmen (E. 3.2.1). 4. Ausnahmsweise könne aber der Austausch von Entwürfen, den Willen der Parteien, die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zu vereinbaren, zum Ausdruck bringen, wenn sie die Schiedsklausel anpassten, sie aber in den Folgentwürfen unverändert liessen (E. 3.2.1). 5. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass

⁴¹ SCHWARZENBERGER/VISCHER (Fn. 39), Rz. 13.

⁴² HANS U. LINIGER/CURDIN CONRAD, Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 229 und 236 f.

⁴³ Vgl. auch XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration, SRIEL 2017, S. 447 ff.; PHILIPPE SCHWEIZER, Extrait de l'arrêt de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause X. Co. contre Z. Limited (recours en matière civile) 4A_84/2015 du 18 février 2016; publication prévue aux ATF, SZPP 2016, Nr. 1854 S. 354 ff.; FLAVIO LANGENEGGER/MARKUS VISCHER, Bindungswirkung einer Schiedsklausel vor Abschluss des Hauptvertrags, in: dRSK, publiziert am 28. Juni 2016; NATHALIE VOSER/JAMES MENZ, Can parties be bound to arbitration before signing a contract?, in: Practical Law Arbitration, publiziert am 31. März 2016; FLAVIO PETER, Eigenständigkeit der Schiedsklausel, ius.focus 2016, Nr. 78.

die Schiedsvereinbarung die formellen und materiellen Anforderungen von Art. 178 Abs. 1 und 2 IPRG erfülle und wies die Beschwerde entsprechend ab (E. 3.3.2/3.3.1/7).

[Rz 54] **Bemerkung: 1.** Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach der Austausch von Entwürfen unter Umständen einen Konsens betreffend die darin enthaltene unveränderte Schiedsklausel begründen kann – selbst wenn der Hauptvertrag nicht zustande kommt – ist u.E. abzulehnen.⁴⁴ **2.** In der Praxis werden im Laufe einer Verhandlungsphase in der Regel mehrere Vertragsentwürfe ausgetauscht und dabei die einzelnen Vertragsklauseln in kurzen Abständen geändert, fallengelassen und ersetzt (sog. *gewachsener Vertrag*).⁴⁵ Dabei werden gewisse Punkte bewusst oder unbewusst vorübergehend offengelassen und später wieder aufgenommen, z.B. weil ein anderer Punkt vorübergehend an Wichtigkeit gewinnt oder aus taktischen Gründen. **3.** Müssten die Parteien jedes Mal, wenn sie eine Klausel vorübergehend unverändert lassen, damit rechnen, dass ein (Schieds-)Gericht daraus einen Konsens in Bezug auf diese Klausel ableitet, würde dem tatsächlichen Parteiwillen in aller Regel nicht Rechnung getragen und das Vertrauensprinzip überspannt. Vielmehr zeichnen sich diese Konstellationen dadurch aus, dass die Parteien erst am Schluss der Verhandlungsphase entscheiden, ob sie dem gewachsenen Vertrag integral zustimmen.⁴⁶ **4.** Soll einzelnen Klauseln (bspw. einer Schiedsklausel) vor Vertragsschluss Bindungswirkung zukommen, müssen die Parteien dies – wie in der Praxis üblich – explizit etwa im verbindlichen Teil eines *Letter of Intent* bzw. einer sonstigen Vorfeldvereinbarung vereinbaren. **5.** Aufgrund dieses Verdikts aus Lausanne ist den Parteien naheulegen, einen entsprechenden Vorbehalt auf jedem ausgetauschten Vertragsentwurf anzubringen, falls sie vor Abschluss des Hauptvertrags nicht an eine allenfalls darin enthaltene Schieds-, Gerichtsstands- oder Rechtswahlklausel gebunden sein wollen.⁴⁷

3. Kaufpreisanpassung; Schiedsgutachten; Aktienkaufvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016 (MV/DG)⁴⁸

[Rz 55] A. (Verkäuferin, Klägerin, Widerbeklagte, Beschwerdeführerin) und B. (Käuferin, Beklagte, Widerklägerin, Beschwerdegegnerin) schlossen einen Aktienkaufvertrag ab, der eine Schiedsklausel zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich enthielt. Die Käuferin sollte zunächst einen provisorischen Kaufpreis bezahlen. Dieser sollte anhand einer vertraglich vereinbarten Methode später neu berechnet werden, wobei eine allfällige Differenz auszugleichen war. Zu diesem Zweck hatte die Käuferin der Verkäuferin eine Schlussabrechnung auszuhändigen. Sollte die Verkäuferin mit der Schlussabrechnung nicht einverstanden sein, müsste sie mittels Widerspruchsanzeige Einspruch erheben. Für den Fall des Widerspruchs sollte ein Schiedsgutachter beigezogen werden, der verbindlich über die Kaufpreisanpassung entscheidet. Die Parteien konnten sich

⁴⁴ A.M. SIMON GABRIEL/JODOK WICKI, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, ASA Bulletin 2009, S. 238.

⁴⁵ EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 126; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 484 ff.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 202.

⁴⁶ Ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), Rz. 485.

⁴⁷ GL.M. VOSER/MENZ (Fn. 43), Rz. 22; PETER (Fn. 43), Nr. 78.

⁴⁸ Vgl. auch PHILIP CARR/MARKUS VISCHER, Sinn und Unsinn von Schiedsgutachten bei M&A-Streitigkeiten, in: dRSK, publiziert am 29. August 2016; SIMON GABRIEL, Schiedsgericht versus Schiedsgutachter, in: dRSK, publiziert am 20. April 2016.

in der Folge nicht auf den Kaufpreis einigen und ein Schiedsgutachter setzte den Ausgleichspreis, den die Käuferin der Verkäuferin zu zahlen hat, auf EUR 2'473'613 fest. Da sich die Käuferin dieser Forderung widersetzte, leitete die Verkäuferin ein Schiedsverfahren ein und klagte auf Zahlung dieses Betrags. Die Käuferin machte ihrerseits geltend, die Verkäuferin habe keine den vertraglichen Anforderungen entsprechende Widerspruchsanzeige eingereicht, weshalb die von der Käuferin präsentierte Schlussrechnung verbindlich geworden sei. Das Schiedsgutachten sei demzufolge unbeachtlich. Die Käuferin beantragte die Abweisung der Klage und verlangte von der Verkäuferin widerklageweise eine Zahlung von EUR 1'354'000. In seinem Schiedsspruch schützte das Schiedsgericht den Standpunkt der beklagten Käuferin und hiess die Widerklage gut.

[Rz 56] **1.** Vor Bundesgericht rügte die Verkäuferin, das Schiedsgericht habe die Bestimmungen über die Zuständigkeit (Art. 190 Abs. 2 IPRG) verletzt. Nach Ansicht der Verkäuferin hätte das Schiedsgericht das gemäss Aktienkaufvertrag erstellte Schiedsgutachten nicht mit dem Argument ignorieren dürfen, die Anforderungen an die Widerspruchsanzeige seien nicht erfüllt gewesen (E. 3.2). **2.** Das Bundesgericht hielt einleitend fest, wer einen Verfahrensmangel wie z.B. die Unzuständigkeit eines Schiedsgerichts erst im Rechtsmittelverfahren rüge, obwohl dieser Mangel bereits während des Schiedsverfahrens hätte vorgebracht werden können, handle treuwidrig und rechtsmissbräuchlich (E. 3.1). **3.** Es erwog, die Verkäuferin habe die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht beanstandet. Im Gegenteil sei es gar sie gewesen, die das Schiedsgericht zur Durchsetzung des vom Schiedsgutachter bezifferten Betrages von EUR 2'473'613 angerufen habe. So hätte die Verkäuferin denn auch nie bestritten, dass das Schiedsgericht über die Wirksamkeit des Schiedsgutachtens entscheiden könne. Somit sei der Verkäuferin verwehrt, sich im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht auf die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu berufen (E. 3.2). **4.** Dementsprechend trat das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde ein (E. 4).

[Rz 57] **Bemerkung: 1.** Aktienkaufverträge enthalten oftmals Preisanpassungsmechanismen, damit Gewinne und Verluste zwischen dem Bilanzstichtag oder dem Verpflichtungsgeschäft (*Signing*) und dem Vollzug (*Closing*) dem Verkäufer zugerechnet werden können.⁴⁹ Für den Fall, dass sich die Parteien nicht über eine allfällige Preisanpassung einigen können, sehen Aktienkaufverträge regelmässig den Beizug eines Schiedsgutachters vor. Davon erhoffen sich die Parteien eine rasche Streiterledigung durch einen kompetenten Experten.⁵⁰ **2.** Allerdings ist unklar, in welchem Umfang einem Schiedsgutachter Entscheidungskompetenz zukommt. Strittig ist, ob ein Schiedsgutachter neben Tat- auch Rechtsfragen verbindlich beantworten kann.⁵¹ **3.** Dies ist im M&A-Bereich besonders heikel, da die Parteien den Schiedsgutachter regelmässig mit der Beantwortung von Bewertungs- und Rechnungslegungsfragen betrauen, welche neben Tatfragen oftmals auch Rechtsfragen beinhalten. **4.** Problematisch ist zudem, dass Schiedsgutachten keine Rechtskraft zukommt und diese daher der Zwangsvollstreckung nicht zugänglich sind.⁵² **5.** Aus diesen Gründen verlängern Schiedsgutachten tendenziell die Streiterledigung im M&A-

⁴⁹ HAROLD FREY/DOMINIQUE MÜLLER, Preisanpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskäufen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 193 f.

⁵⁰ FREY/MÜLLER (Fn. 49), S. 208.

⁵¹ Einlässlich CARR/VISCHER (Fn. 48), Rz. 18 m.w.H.

⁵² BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 161.

Bereich.⁵³ Parteien sollten sich daher gut überlegen, ob sie im Rahmen von M&A-Transaktionen einen Schiedsgutachter einsetzen wollen.

4. Lizenzvertragsähnliche Vereinbarung; Weiterverwendung eines Konzernkennzeichens nach Ausscheiden aus dem Konzern

Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2015 vom 13. Januar 2016 (MV/DG)⁵⁴

[Rz 58] Mit Aktienkaufvertrag vom 9. April 2003 verkaufte die Von Roll Holding AG (zusammen mit der Von Roll Water Holding AG die Verkäuferinnen, Beschwerdeführerinnen) der vr invest ag (zusammen mit ihren Tochtergesellschaften vonRoll itec ag, vonRoll hydroservices ag und vonRoll hydro (suisse) ag die Käuferinnen, Beschwerdegegnerinnen) sämtliche Aktien der Von Roll Infratec Holding AG (*Target*). Die Parteien vereinbarten, dass das *Target* berechtigt ist und bleibt, ohne zeitliche und/oder räumliche Einschränkungen den Firmenbestandteil «Von Roll» mit einem individualisierenden Zusatz beizubehalten. Mit Zusatzvereinbarung vom 7. September 2006 kamen die Parteien überein, dass die Käuferinnen den Firmenbestandteil «von Roll» ausschliesslich in Verbindung mit den Zusätzen «infratec», «hydro», «casting» und «itec» je mit oder ohne etwaigen weiteren individualisierten Zusatz als Firma und/oder Marke verwenden können. Mit Urteil 4A_553/2014 vom 17. Februar 2015 befasste sich das Bundesgericht zum ersten Mal mit vorliegendem Sachverhalt. Gegenstand des Urteils bildete die Frage, ob sich das von den Verkäuferinnen verwendete Kennzeichen «VON ROLL WATER» gehörig von den vertraglich zugestandenen Firmen und Marken der Käuferinnen, insbesondere vom Kennzeichen «VON ROLL HYDRO» unterscheidet. Damals hatte das Bundesgericht erwogen, dass das Obergericht des Kantons Solothurn die massgebenden vertraglichen Bestimmungen unzutreffend objektiviert ausgelegt habe. Es hatte daher das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese die vertraglich zugesicherte gehörige Unterscheidbarkeit der strittigen Kennzeichen unter analoger Anwendung kennzeichenrechtlicher Grundsätze – insbesondere des Sinngehalts – erneut beurteilen kann (Rückweisungsurteil 4A_553/2014 E. 2.2.3). Nach erfolgter Rückweisung wies das Obergericht des Kantons Solothurn die Klage der Verkäuferinnen mit Urteil vom 7. Juli 2015 ab. Demgegenüber hiess es die Klagen der Käuferinnen gut und verbot den Verkäuferinnen, die Firma «Von Roll Water Holding AG» zu führen und verpflichtete sie zudem, die Marke «VON ROLL WATER» zu löschen. Hiergegen gelangten die Verkäuferinnen mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

[Rz 59] 1. Das Bundesgericht stellte fest, dass die Vorinstanz unter Berücksichtigung kennzeichenrechtlicher Grundsätze geprüft hatte, ob eine Verwechslungsgefahr zwischen der Firma «Von Roll Water Holding AG» bzw. der Marke «VON ROLL WATER» einerseits und den Firmen «vonRoll hydroservices ag» und «vonRoll hydro (suisse) ag» bzw. der prioritätsälteren Marke «VON ROLL HYDRO» andererseits bestehe. Dabei sei sie zum Schluss gelangt, dass der von den Ver-

⁵³ Gl.M. GABRIEL (Fn. 48), Rz. 19.

⁵⁴ Vgl. auch BARBARA K. MÜLLER/PATRICK R. SCHUTTE, Kennzeichenrecht. Entwicklungen 2016, in: Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), njus.ch, Bern 2017, S. 57 f.; IVAN CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, JdT 2017 II, S. 166 f.; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Weiterverwendung eines Konzernkennzeichens nach Ausscheiden aus dem Konzern, in: dRSK, publiziert am 23. Mai 2016; RETO ARPAGAU/SARAH LEUZINGER, Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Kennzeichen durch Vertragsauslegung unter Einbezug von kennzeichenrechtlichen Grundsätzen, ius.focus 2016, Nr. 71. Siehe in diesem Zusammenhang auch JACQUES DE WERRA, Lizenzvertrag und Konkurs: Welcher Schutz besteht für den Lizenznehmer, EF 2017, S. 475

käuferinnen verwendete Zusatz «WATER» sich nicht hinreichend vom Zusatz «HYDRO» unterscheidet (E. 2/2.1). 2. Das Bundesgericht erwo, dass sich die hinreichende Unterscheidbarkeit der von den Parteien geführten Zeichen nach den vertraglichen Vereinbarungen und nicht nach immaterialgüterrechtlichen Grundsätzen bestimme. Gemäss vertraglicher Vereinbarung seien nicht nur identische, sondern auch ähnliche Zusätze verboten. Dadurch solle eine Verwechslungsgefahr aufgrund der verwendeten Zusätze vermieden werden. Es bestätigte sodann seine im Rückweisungsurteil 4A_553/2014 gemachten Ausführungen, wonach im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung die kennzeichenrechtlichen Grundsätze beizuziehen seien. Das vertragliche Erfordernis der gehörigen Unterscheidbarkeit der Zeichen sei daher nicht auf das Schrift- und Klangbild beschränkt, sondern es sei auch der Sinngehalt zu berücksichtigen (E. 2.2.1). 3. Das Bundesgericht prüfte, ob die Vorinstanz durch ihr Vorgehen diese Grundsätze verletzt hatte und verneinte dies. Die Vorinstanz habe richtigerweise darauf abgestellt, dass sich die von den Verkäuferinnen verwendeten Zusätze deutlich von dem den Käuferinnen zugestandenen Zusatz «HYDRO» zu unterscheiden hätten. Sie habe festgestellt, dass sich die Zusätze «WATER» und «HYDRO» zwar im Wortklang und im Schriftbild unterschieden, der Sinngehalt hingegen identisch sei, da «WATER» die englische und «HYDRO» die altgriechische Übersetzung von «Wasser» sei. Daher unterscheide sich der Zusatz «WATER», der lediglich eine Übersetzung mit identischem Sinngehalt darstelle, nicht genügend vom Zusatz «HYDRO». Folglich seien die Verkäuferinnen nach den abgeschlossenen Vereinbarungen nicht berechtigt, die Marke «VON ROLL WATER» bzw. die Firma «Von Roll Water Holding AG» zu führen (E. 2.2.2/2.2.3). 4. Das Bundesgericht wies daher in diesem Punkt die Beschwerde ab (E. 2.2.3 *in fine*).

[Rz 60] **Bemerkung:** 1. Vorliegend entbrannte zwischen den Parteien im Nachgang zur M&A-Transaktion ein langjähriger kennzeichenrechtlicher Konflikt. Dieser war auf die Vereinbarung der Parteien zurückzuführen, wonach die ausscheidende Konzerntochter weiterhin das Konzernzeichen «VON ROLL» – als Firma und Marke – benutzen darf. 2. Bei dieser streitgegenständlichen Regelung handelt es sich um eine Vereinbarung lizenzvertragsähnlicher Natur und nicht um eine Abgrenzungsvereinbarung.⁵⁵ Eine Abgrenzungsvereinbarung ist nämlich eine einvernehmliche Regelung zweier Markeninhaber zwecks Abwendung eines Konflikts betreffend den Einsatzbereich ihrer Zeichen.⁵⁶ Demgegenüber wird in lizenzvertragsähnlichen Vereinbarungen – wie *in casu* – einer Partei (häufig einer ausscheidenden Konzerntochter) erlaubt, ein Zeichen, an welchem die Lizenzgeberin die marken- und firmenrechtliche Priorität hat, auch künftig (nach Ausscheiden aus dem Konzern) in ihrer Firma, Marke und Domain zu verwenden.⁵⁷ 3. Dieses Urteil zeigt exemplarisch die Gefahr und Problematik lizenzvertragsähnlicher Vereinbarungen betreffend die Weiterverwendung eines Konzernkennzeichens auf. Eine Lizenzgeberin muss sich bewusst sein, dass sie ihre Rechtsstellung in Bezug auf das Konzernstammzeichen relativ stark einschränkt.⁵⁸ Dies kann unter Umständen dazu führen, dass die Lizenzgeberin ihr eigenes Stammzeichen kaum noch verwenden kann, obwohl dies bei Vertragsschluss gar nie angedacht war. Vorliegend wurden den Verkäuferinnen gewisse Nutzungen (bspw. «WATER») des Konzernstamm-

⁵⁵ ANNATINA MENN, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 17. Februar 2015 «Von Roll Hydro» | «Von Roll Water», sic! 2015, S. 634; a.M. JACQUES DE WERRA, «Von Roll Hydro» | «Von Roll Water» – Bundesgericht vom 17. Februar 2015, sic! 2015, S. 390.

⁵⁶ BGE 138 III 304 E. 6 S. 317 f.; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Kennzeichenrecht, SIWR Band III/1, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 714.

⁵⁷ MENN (Fn. 55), S. 635.

⁵⁸ GL.M. MENN (Fn. 55), S. 637.

zeichens untersagt, obwohl diese Nutzungen den Käuferinnen gar nicht vorbehalten sind. 4. Solche lizenzvertragsähnliche Klauseln bedürfen daher einer sorgfältigen und kritischen Redaktion, wobei zu berücksichtigen ist, dass sich im Laufe der Jahre eine unvorhergesehene Dynamik entwickeln kann. Empfehlenswert wäre u.E., ein *Phasing out* zu vereinbaren, d.h. der ausscheidenden Konzerntochter nur während eines kurzen (unterjährigen) Zeitraums die Verwendung des Konzernzeichens zu erlauben, damit diese ihre Umfirmierung vorbereiten kann. Zu lange darf der ausscheidenden Konzerntochter die Weiterverwendung des Kennzeichens jedoch nicht gestattet werden, da andernfalls die Gefahr droht, dass sich der Wirtschaftsverkehr an die identische Firma ohne Bezug zum ursprünglichen Konzern gewöhnt und nachhaltig Fehlvorstellungen über nicht mehr existierende Konzernverhältnisse entstehen. Denkbar ist zudem, den Nutzungsbereich des Stammzeichens der Lizenznehmerin territorial oder auf einzelne Produktions- und/oder Marktbereiche zu begrenzen.

Dr. MARKUS VISCHER, Rechtsanwalt, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, ist Doktorand an der Universität Fribourg.

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 *Resorts nationales und internationales Kaufrecht* sowie *internationale Handelsverträge* bei Jusletter.