

Markus Vischer / Dario Galli*

Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags

Besprechung des Urteils 4A_62/2017 des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 2017

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Absichtliche Täuschung
 2. Konkludente Genehmigung des Geschäftsübertragungsvertrags
 3. Ausübung des Anfechtungsrechts in Widerspruch zu Treu und Glauben
- III. Erläuterungen
 1. Absichtliche Täuschung über einen künftigen Sachverhalt
 - 1.1 Vorbemerkung
 - 1.2 Täuschung über eine künftige, ungewisse Tatsache
 - 1.3 Täuschung über die Verfügungsmacht, ein Mietverhältnis zu übertragen
 - 1.4 Opfermitverantwortung
 - 1.5 Vertrauensgrundsatz
 2. Teilungültigkeit von mit Willensmängeln behafteten Verträgen
 - 2.1 Analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR bei Willensmängeln
 - 2.2 Der Parteiwille bei Art. 20 Abs. 2 OR
 - 2.3 Recht zur Geltendmachung der Teilungültigkeit
 3. Genehmigung eines Vertrags bei modifizierter Teilungültigkeit

Kernsätze

1. Kommt ein Unternehmenskauf durch eine absichtliche Täuschung zustande, können Fortführungshandlungen in Bezug auf das gekaufte Unternehmen nach dem Vertrauensprinzip im Rahmen der normativen Auslegung gemäss Art. 18 Abs. 1 OR nicht als konkludente Genehmigung des Vertrags gemäss Art. 31 OR angesehen werden.
2. Die Rechtsfolgen einer absichtlichen Täuschung, die bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft, können entweder aus Art. 20 Abs. 2 OR analog oder alternativ aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) abgeleitet werden.

I. Sachverhalt

X. verkaufte mit Geschäftsübertragungsvertrag vom 30. Oktober 2012 Z. die Geschäftseinrichtung seines Bäckerei-Konditorei-Tearooms «xxx» für CHF 150'000. Art. 8 des Geschäftsübertragungsvertrags machte die Gültigkeit des Vertrags von der Übertragung des Mietvertrags über den Tearoom auf Z. abhängig. Bei Unterzeichnung leistete Z. eine Anzahlung von CHF 20'000.¹

Im Zuge der Verhandlungen mit der Hausverwaltung, welche B. – die Vermieterin – vertrat, erfuhr Z., dass B. einige Monate vor Abschluss des Geschäftsübertragungsvertrags den Mietvertrag über den Tearoom wegen Zahlungsrückstands von X. gekündigt hatte. Am 23. Januar 2013 schloss Z. mit B. einen neuen Mietvertrag über den Tearoom mit Wirkung per 1. Februar 2013 ab. Mit Schreiben vom 28. Januar 2013 teilte die Treuhänderin von Z. X. mit, dass der Geschäftsübertragungsvertrag durch eine absichtliche Täuschung zustande gekommen sei. Die Treuhänderin warf X. insbesondere vor, Z. nicht über die Kündigung des Mietvertrags informiert zu haben und teilte X. mit, dass die vereinbarte Zahlung nicht zu leisten ist. Z. trug am 29. Januar 2013 sein Einzelunternehmen im Handelsregister ein, nahm zwei Tage später die Räumlichkeiten des Tearooms in Besitz und betreibt seither den Tearoom.²

Mit Eingabe vom 28. Oktober 2013 klagte X. gegen Z. auf Zahlung von CHF 130'471.90 zuzüglich Zinsen. Mit Urteil vom 28. Januar 2016 hiess die Kammer für vermögensrechtliche Angelegenheiten des Kantons Waadt («*Chambre patrimoniale cantonale*») die Klage von X. gut. Am 11. November 2016 gab die Berufungskammer in Zivilsachen des Waadtländer Kantonsgerichts («*Cour d'appel civile*») der Berufung von Z. statt und wies die Klage von X. vollumfänglich ab.³ Hiergegen gelangte X. mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte u.a., es sei das Urteil der ersten

¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 Sachverhalt Teil A.

² Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 Sachverhalt Teil A.

³ Urteil publiziert unter der Geschäftsnummer HC-2016-1113.

* Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., und MLaw Dario Galli sind Rechtsanwälte bei Walder Wyss AG, Zürich.

Inстанz zu bestätigen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.⁴

II. Erwägungen und Entscheid

1. Absichtliche Täuschung

Die Vorinstanz erblickte im Umstand, dass X. Z. die Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsrückstands verschwiegen hat, eine absichtliche Täuschung. Im Verfahren vor Bundesgericht rügte X., dass die Vorinstanz zu Unrecht den kausalen Charakter dieser Täuschung angenommen habe. Nach Ansicht von X. habe die etwaige Unkenntnis von Z. betreffend die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses weder einen Einfluss auf den Vertragsschluss noch auf den Preis des zu übertragenden Geschäfts gehabt.⁵ Das Bundesgericht schützte die Auffassung der Vorinstanz. Werde die vertragsschliessende Partei durch absichtliche Täuschung der anderen Partei zum Vertragsabschluss verleitet, so sei der Vertrag für sie gemäss Art. 28 Abs. 1 OR auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher gewesen sei.⁶ Gemäss Art. 8 des Geschäftsübertragungsvertrags habe sich X. ausdrücklich verpflichtet, die Übertragung des Mietverhältnisses auf Z. zu veranlassen. X. habe also eine inexistente Tatsache angedeutet, nämlich dass er im Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäftsübertragungsvertrags Mieter der Geschäftsräumlichkeiten war. Z. hätte, so das Bundesgericht, den Geschäftsübertragungsvertrag nicht mit diesem Inhalt unterzeichnet, wenn er nicht in irreführender Weise von X. bestärkt worden wäre.⁷

2. Konkludente Genehmigung des Geschäftsübertragungsvertrags

Weiter rügte X. im Verfahren vor Bundesgericht, die Vorinstanz habe Art. 31 OR verletzt. Z. habe den Geschäftsübertragungsvertrag konkludent genehmigt und zwar durch Unterzeichnung des Mietvertrags über den Tearoom, zusätzlich durch Inbesitznahme der Räumlichkeiten und Inbetriebnahme des Tearooms im Februar 2013.⁸

Mit diesem Argument drang X. nicht durch. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass das Opfer einer absichtlichen Täuschung den Vertrag entweder für ungültig erklären oder ihn ausdrücklich oder konkludent genehmigen könne. Mangels Ungültigerklärung binnen der einjährigen Verwirkungsfrist seit Entdeckung der Täuschung gelte der Vertrag als genehmigt.⁹ Das Bundesgericht stellte fest, im Schreiben seiner Treuhänderin vom 28. Januar 2013 mache Z. ausdrücklich eine absichtliche Täuschung geltend. Die Vorinstanz habe darin zu Recht eine Ungültigerklärung des Geschäftsübertragungsvertrags erblickt. Wie die Ausübung aller Gestaltungsrechte, sei auch die Ungültigerklärung vom 28. Januar 2013 grundsätzlich unwiderruflich. Allerdings wäre diese Handlung unwirksam, wenn Z. zuvor den Geschäftsübertragungsvertrag genehmigt hätte. Das Bundesgericht erwog, Z. habe die Täuschung von X. aufgrund seines Kontakts zur Hausverwaltung entdeckt. Dennoch habe Z. am 23. Januar 2013, d.h. fünf Tage bevor er den Geschäftsübertragungsvertrag für ungültig erklärt habe, den Mietvertrag über den Tearoom unterzeichnet. Allein aus diesem Verhalten lasse sich auf der Grundlage des Vertrauensprinzips nicht die Bereitschaft von Z. ableiten, den Geschäftsübertragungsvertrag zu genehmigen.¹⁰

3. Ausübung des Anfechtungsrechts in Widerspruch zu Treu und Glauben

X. beanstandete vor Bundesgericht schliesslich, dass Z. sein Recht, den Geschäftsübertragungsvertrag für ungültig zu erklären, nicht nach den Regeln von Treu und Glauben ausgeübt habe. Denn Z. betreibe den Tearoom und profitiere von den Einrichtungen, den Kunden sowie vom guten Ruf, ohne jedoch den Preis hierfür zu bezahlen.¹¹

Mit diesem Einwand drang X. vor Bundesgericht durch. Jede absichtliche Täuschung, so das Bundesgericht, erlaube dem Getäuschten, den Vertrag auf Grundlage von Art. 28 OR für ungültig zu erklären. Dieses Prinzip gelte jedoch nicht ausnahmslos. Betreffe die absichtliche Täuschung eine Abrede von gänzlich untergeordneter Bedeutung («*clause très accessoire*»), müsse der Richter prüfen, ob das Opfer der Täuschung den Vertrag nicht trotzdem zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen hätte. Gleiches gelte, wenn der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte, aber mit einem anderen Inhalt (*dolus incidens*), und eine vollständige Ungültigerklärung des Vertrags stossend erscheine («*paraît choquante*»). Diesfalls könne der Richter die

⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 Sachverhalt Teil B und C.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 2 und 2.2.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 2.1.

⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 2.3.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 3.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 3.1.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 3.2.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 4.

Ungültigerklärung verweigern und sich darauf beschränken, die Leistungen des Getäuschten zu reduzieren und zwar so weit, wie diese Partei den Vertrag abgeschlossen hätte, wenn sie nicht irregeführt worden wäre. Die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR komme in solchen Fällen in Betracht. Im Allgemeinen müsse das Recht, den Vertrag für ungültig zu erklären, nach den Regeln von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ausgeübt werden.¹²

Das Bundesgericht erwog, Z. habe den Geschäftsübertragungsvertrag einige Tage vor Inbesitznahme der Räumlichkeiten für ungültig erklärt. Eine vollständige Ungültigerklärung des Geschäftsübertragungsvertrags, die das Recht des Getäuschten beinhalte, die geleistete Anzahlung zurückzufordern und die Zahlung des Restkaufpreises zu verweigern, scheine im vorliegenden Fall gegen die Regeln von Treu und Glauben zu verstossen. Zum Zeitpunkt als Z. den Geschäftsübertragungsvertrag für ungültig erklärt habe, habe er gewusst, dass er trotzdem von den zum Tearoom zugehörigen und X. gehörenden Objekten sowie von den immateriellen Vermögenswerten (*Goodwill*), die an den Betrieb gekoppelt sind, profitieren würde. Unter solchen Umständen könne nur eine partielle Ungültigerklärung in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR in Betracht kommen, die darin bestehe, die Leistung von Z., d.h. den Kaufpreis, um den Betrag zu reduzieren, den Z. bezahlt hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre. Indem die Vorinstanz jeglichen Anspruch von X. gegenüber Z. verneint habe, habe sie Bundesrecht verletzt. Die Beschwerde sei deshalb teilweise gutzuheissen und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.¹³

III. Erläuterungen

1. Absichtliche Täuschung über einen künftigen Sachverhalt

1.1 Vorbemerkung

Das referierte Urteil drehte sich im Kern um die Frage, ob X. über seine Verfügungsmacht in Bezug auf die Erfüllung der im Geschäftsübertragungsvertrag¹⁴ enthaltenen Verpflichtung, den Mietvertrag über den Tearoom nach Vertragsschluss – d.h. in der Zukunft – auf Z. zu übertragen, getäuscht hat. Dieser Frage hat sich

das Bundesgericht nicht gewidmet. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob über künftige, ungewisse Tatsachen getäuscht werden kann. Bei der Beantwortung dieser Frage kann auf die Rechtsprechung und Doktrin zum strafrechtlichen Betrugstatbestand (Art. 146 Abs. 1 StGB) zurückgegriffen werden, da nach hier vertretener, aber nicht unbestrittener Auffassung die *zivil- und strafrechtliche Täuschung identisch* sind.¹⁵

1.2 Täuschung über eine künftige, ungewisse Tatsache

Nach der h.L. kann nur über (innere oder äussere) *Tatsachen* getäuscht werden.¹⁶ Darunter sind *objektiv feststellbare Zustände oder Ereignisse* tatsächlicher oder rechtlicher Art zu verstehen.¹⁷ Daraus folgt, dass die Tatsachen entweder in der Vergangenheit oder Gegenwart liegen müssen.¹⁸ Mit anderen Worten existieren Tatsachen, die der Zukunft angehören, noch nicht.¹⁹ Über künftige Tatsachen kann somit prinzipiell nicht getäuscht werden.²⁰ CHRISTOF RIEDO hat jedoch einlässlich dargelegt, dass über künftige Ereignisse getäuscht werden kann, wenn der Wahrheitswert der Aussage im Zeitpunkt der Äusserung bereits objektiv fixiert ist.²¹ Diese Meinung hat HERMANN BECKER bereits im Jahre 1945 vertreten, als er ausführte, dass in der Behauptung von etwas Künftigem Tatsachen eingeschlossen sein könnten, die bereits in der Gegenwart vorhanden sind.²² Das heisst, über künftige Tatsachen kann dann getäuscht werden, wenn über gegenwärtige Tatsachen getäuscht wird (*Prognosebasis*), die geeignet sind, dass der Getäuschte auf ihrer Grundlage auf ein zukünftiges Ereignis schliesst (*Prognoseregel*).²³

Mit Bezug auf den vorliegenden Fall kann daher gefolgert werden, dass in der Verpflichtung, den Geschäftsmietvertrag zu übertragen, auch Tatsachen eingeschlossen sind, die in der Gegenwart, d.h. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, bereits vorhanden waren. Zu denken ist an die Existenz des Mietverhältnisses. Besteht dieses bei Vertragsschluss nicht oder nicht mehr, kann der Verkäufer seine vertragliche Verpflichtung *a priori* nicht

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 4.1.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 4.2.

¹⁴ Die Rechtsnatur des Geschäftsübertragungsvertrags – auf Französisch «*contrat de remise de commerce*» und auf Italienisch «*contratto di cessione d'azienda*» genannt – ist umstritten, vgl. z.B. PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 484 oder MARKUS VISCHER, *Unternehmensübertragungsvertrag*, GesKR 2011, 81–87, 83 f.

¹⁵ Einlässlich MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, 1393–1404, 1401 f.

¹⁶ Statt vieler BK-SCHMIDLIN, OR Art. 28 N 12 ff.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1.1, nicht publiziert in: BGE 143 III 495; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 4.

¹⁸ BK-BECKER, OR Art. 28 N 3.

¹⁹ HANS MERZ, *Die Revision der Verträge durch den Richter*, ZSR 1942 II, 393a–508a, 421a.

²⁰ CHRISTOF RIEDO, *Die Gegenwart der Zukunft. Zur Möglichkeit der Täuschung über künftige Tatsachen*, in: Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2017, 203–215, 205; in der Tendenz auch BK-KRAMER, OR Art. 18 N 306.

²¹ RIEDO (FN 20), 208; vgl. auch BGE 102 IV 84 E. 3 S. 86.

²² BK-BECKER, OR Art. 28 N 3 *in initio*.

²³ Einlässlich RIEDO (FN 20), 207; ähnlich BK-KRAMER, OR Art. 18 N 306.

erfüllen. In diesem Fall täuscht der Verkäufer über die Prognosebasis, was zur Folge hat, dass der Käufer in der Gegenwart irrtümlicherweise folgert, dass der Verkäufer den Mietvertrag nach Vertragsschluss auf ihn übertragen wird (= Prognoseregel).

1.3 Täuschung über die Verfügungsmacht, ein Mietverhältnis zu übertragen

Verpflichtet sich eine Partei, in der Zukunft eine bestimmte Rechtshandlung vorzunehmen (*Prognosebasis*), ist ihr Versprechen geeignet, dass die Gegenpartei bei Vertragsschluss darauf schliesst, dass die sich verpflichtende Partei in der Lage ist, diese Handlung in der Zukunft vornehmen zu können (*Prognoseregel*). An der Prognosebasis und der Prognoseregel gebriecht es jedoch, wenn die sich verpflichtende Partei offenkundig keine *Verfügungsmacht* besitzt. Bezüglich der hier interessierenden Konstellation stellt sich daher die Frage, ob ein Geschäftsmieter die Verfügungsmacht besitzt, den Mietvertrag integral auf den Erwerber zu übertragen bzw. das daraus entspringende Mietrecht zu «verkaufen».²⁴

Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Verträgen bedingt nach allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen die Zustimmung des Vertragspartners.²⁵ Bei Geschäftsmietverträgen relativiert der Gesetzgeber diesen Grundsatz und ordnet an, dass der Vermieter die Zustimmung zur Vertragsübertragung nur aus wichtigen Gründen verweigern darf (Art. 263 Abs. 2 OR). Für einen Vermieter ist es schwierig, einen solchen *wichtigen Grund* anzurufen und den Vertragsübergang zu verhindern.²⁶ Folglich können Geschäftsmieter *de facto* über Geschäftsmietverträge verfügen und entsprechend können Geschäftsmieter auch über die Verfügungsmacht, den Geschäftsmietvertrag zu übertragen, täuschen.

1.4 Opfermitverantwortung

Wie dargelegt, hat das Bundesgericht zu Recht in der Verhaltensweise von X. eine absichtliche Täuschung erblickt. Allerdings muss man sich wie beim strafrechtlichen Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB) auch bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung stets fragen, ob diese Täuschung *arglistig* gewesen ist. Denn nur qualifizierte, d.h. arglistige Täuschungen, nicht aber einfa-

che Täuschungen, sind tatbestandsmässig im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR.²⁷

Bei der Untersuchung, ob eine Täuschung arglistig und damit tatbestandsmässig gemäss Art. 28 Abs. 1 OR ist, muss das *Verhalten beider Parteien* – d.h. des Täuschenden und des Getäuschten – *gewürdigt* und zueinander in Relation gesetzt werden, weil die Interessen der Parteien im Spannungsfeld des gegenseitigen Vertrauens²⁸ stehen.²⁹ Das bedeutet, dass zwischen dem Wissen und Wissen-Müssen des Täuschenden einerseits und dem Wissen und Wissen-Müssen des Getäuschten andererseits abgewogen werden muss.³⁰ Im Zentrum dieser Abwägung stehen die *Täuschungsintensität* beim Täuschenden und die *Opfermitverantwortung* beim Getäuschten.³¹ Zwar hat das Bundesgericht kürzlich verneint, dass bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung eine Opfermitverantwortung des Getäuschten zu berücksichtigen sei.³² Diese Auffassung des Bundesgerichts ist jedoch unzutreffend. Wie zahlreiche Urteile belegen, stellt das Bundesgericht seit Jahrzehnten unter Hinweis auf das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) Überlegungen zur Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung an.³³ Ob eine Täuschung arglistig ist, beurteilt sich, auf eine einfache Formel gebracht, am Kriterium der *Sozialadäquanz*. Solange sich der Täuschende sozialadäquat verhält, ist die Täuschung in der Regel nicht arglistig, und solange sich der Getäuschte sozialadäquat verhält, ist im Regelfall

²⁷ Gl.M. BGE 27 II 558 E. 3 S. 566; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG150067 vom 9. Februar 2017 E. 3.2.2 und 3.2.5; VISCHER/GALLI (FN 15), 1398 ff.; KUKO OR-BLUMER, Art. 28 N 2; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art. 28 N 5; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972, 31 (Anm. 122) und 36 (Anm. 153); a.M. Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.3 *in initio*, nicht publiziert in: BGE 143 III 495; CHK-KUR, OR Art. 28 N 8; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 1 und 12; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, Rz. 14.120; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 541; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 859.

²⁸ BK-MERZ, ZGB Art. 2 N 17.

²⁹ VISCHER/GALLI (FN 15), 1402 und 1404.

³⁰ MARKUS VISCHER, Der Einsatz des Strafrechts im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung. Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, 541–554, 551.

³¹ VISCHER/GALLI (FN 15), 1402 und 1404.

³² Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE 143 III 495.

³³ VISCHER/GALLI (FN 15), 1398 ff. Insbesondere widerspricht sich das Bundesgericht im in FN 32 erwähnten Urteil, wenn es einerseits ausführt, es gebe «zivilrechtlich keine Opfermitverantwortung» (E. 3.3 *in initio*) andererseits aber – in unseres Erachtens zu absoluter Weise – festhält, dass eine Partei (d.h. der «Täuschende») keine Aufklärungsarbeit leisten müsse, wenn die Gegenpartei (d.h. der «Getäuschte») einen Experten beiziehe (E. 3.4.2.3 *in fine*).

²⁴ Vgl. hierzu EVELYNE BURK/VÉRONIQUE MANAVI/MARKUS VISCHER, Übertragung des Sammelstiftungsgeschäftes der Providentia. Ein Fallbeispiel (2. Teil), ST 2004, 179–186, 184 m.w.H.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_30/2017 vom 4. Juli 2017 E. 4.1.

²⁶ MATTHIAS MINDER, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Diss. Zürich 2009, Rz. 683 (= ZStP 221); strittig ist, ob Art. 263 OR die Übertragung des Mietvertrags im Rahmen einer Geschäftsübernahme voraussetzt (siehe dazu Rz. 366 ff.).

eine Opfermitverantwortung des Getäuschten zu verneinen.³⁴

Unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist bezüglich des besprochenen Urteils Folgendes anzumerken: Schliessen zwei Parteien einen Vertrag ab, kann jede Partei von der Annahme ausgehen, dass die jeweils andere Vertragspartei die Verfügungsmacht besitzt, um die ihr auferlegten vertraglichen Pflichten zu erfüllen. Entsprechend war es Z. nicht zumutbar, z.B. bei B. (d.h. der Vermieterin), diesbezügliche Abklärungen zu treffen. Z. hat sich mit anderen Worten sozialadäquat verhalten, womit seine Opfermitverantwortung entfällt.

1.5 Vertrauensgrundsatz

Der Umstand, dass auch die zivilrechtliche absichtliche Täuschung arglistig sein muss und somit immer das Verhalten beider Parteien gewürdigt sowie zueinander in Relation gesetzt werden muss, lässt sich auch aus dem *Vertrauensgrundsatz* herleiten. Der Vertrauensgrundsatz stammt aus dem Strassenverkehrsrecht und besagt, dass jeder Verkehrsteilnehmer darauf vertrauen darf, dass die anderen Verkehrsteilnehmer die Strassenverkehrsregeln beachten und sich ordnungsgemäss verhalten.³⁵ Bedeutung erlangt der Vertrauensgrundsatz aber auch überall dort, wo sich das Verhalten mehrerer Personen überschneidet und koordiniert werden muss.³⁶ Entsprechend hält GERHARD FIOLOKA fest, dass der Vertrauensgrundsatz als «Strukturprinzip des Rechts» gedeutet werden könne.³⁷

Nach richtiger Ansicht von MANUEL JAUN bildet der Vertrauensgrundsatz das komplementäre Gegenstück zum Handeln nach Treu und Glauben. Jedermann kann darauf vertrauen, dass sich das Gegenüber korrekt und vernünftig verhält.³⁸ Der Vertrauensgrundsatz dient, ebenso wie die Opfermitverantwortung, einer adäquaten Risikoallokation im rechtsgeschäftlichen Verkehr.³⁹ Bei Täuschungen beantwortet der Vertrauensgrundsatz die Frage, inwieweit der Täuschende berechtigterweise darauf vertrauen kann, dass der Getäuschte die Täuschung erkennt.⁴⁰ Zwar darf sich nur derjenige auf den Vertrauensgrundsatz berufen, der sich selbst ordnungsgemäss

verhält.⁴¹ Da im schweizerischen Recht allerdings jede Person selbst- und eigenverantwortlich ihre Interessen im Geschäftsverkehr wahrnimmt, sind einfache Lügen nicht tatbestandsmässig gemäss Art. 28 Abs. 1 OR.⁴²

2. Teilungültigkeit von mit Willensmängeln behafteten Verträgen

2.1 Analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR bei Willensmängeln

Sind eine oder mehrere Vertragsklauseln mangelhaft, so sind nur diese nichtig, sofern nicht anzunehmen ist, dass nach dem – gemäss der h.L. hypothetischen⁴³ – Parteilwillen der Vertrag ohne sie nicht abgeschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Art. 20 Abs. 2 OR verkörpert das Prinzip der Teilnichtigkeit (siehe z.B. aber auch Art. 163 Abs. 3 OR und Art. 406b OR).⁴⁴

Das Prinzip der Teilnichtigkeit ist Ausfluss des Grundsatzes der geltungserhaltenden Reduktion. Die geltungserhaltende Reduktion wird jeweils durch Korrektur des Synallagmas erreicht.⁴⁵ Bei teilweise mangelhaften synallagmatischen Verträgen besteht die geltungserhaltende Reduktion in einer Reduktion der nicht charakteristischen, synallagmatisch verknüpften Vertragsleistung, d.h. der Geldzahlung, im Sinne einer Minderung. In aller Regel ist nämlich die charakteristische Leistung mangelhaft. Zur Ausbalancierung des Synallagmas wird daher die nicht charakteristische Gegenleistungspflicht reduziert (vgl. z.B. Art. 205 Abs. 2, Art. 259d, Art. 368 Abs. 2 OR). Allgemein ausgedrückt hat der Gesetzgeber in Art. 20 Abs. 2 OR positivrechtlich das *favor negotii*-Prinzip verankert.

Zwar hat das Bundesgericht seit BGE 78 II 216 stets betont, dass bei Willensmängeln Art. 20 Abs. 2 OR analog angewendet werden könne. Allerdings wendet es Art. 20 Abs. 2 OR nur beim Grundlagenirrtum konsequent analog an, d.h. ohne gleichzeitigen Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben. Dies lässt sich daran ausmachen, dass das Bundesgericht im Laufe der Jahre den allgemeinen Irrtumskriterien folgend eine Rechtsprechung betreffend die Teilbarkeit eines mit einem Irrtum be-

³⁴ VISCHER/GALLI (FN 15), 1404.

³⁵ Statt vieler KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Besonderer Teil, Band II/2: Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung, Zürich 1989, § 25 Rz. 489 ff.

³⁶ NATHALIA BAUTISTA PIZARRO, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht, Diss. Bonn, Zürich/St. Gallen 2017, 25 ff. (= Studien zum Strafrecht 77).

³⁷ BSK SVG-FIOLOKA, Art. 26 N 16.

³⁸ MANUEL JAUN, Haftung für Sorgfaltpflichtverletzung, Habil. Bern 2007, 433 (= ASR 738).

³⁹ Siehe betreffend SVG HANS OSWALD, Der Vertrauensgrundsatz als Grundregel für das Verhalten im Strassenverkehr (SVG 26), SJZ 1963, 281–286, 282.

⁴⁰ Vgl. auch HEIDI SÄGESSER, Opfermitverantwortung beim Betrug, Diss. Bern 2013, Rz. 378 (= ASR 799).

⁴¹ MICHEL VERDE, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 270 (= LBR 87).

⁴² VISCHER/GALLI (FN 15), 1400; vgl. auch ALEXANDER NIKITINE, Management Buy-out – Vorvertragliche Aufklärungspflichten der Manager, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 239–277, 259.

⁴³ Statt vieler BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 63.

⁴⁴ «*Utile per inutile non vitiatur*», vgl. ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER, OR Art. 20 N 62.

⁴⁵ BGE 123 III 292 E. 2e/aa S. 298; HUBERT STÖCKLI, Das Synallagma im Vertragsrecht, Habil. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 71 (= AISUF 271).

hafteten Vertrags entwickelt hat.⁴⁶ Bei durch absichtliche Täuschung zustande gekommenen Verträgen leitet das Bundesgericht die geltungserhaltende Reduktion hingegen primär aus dem Rechtsmissbrauchsverbot her und stützt sich nur sekundär auf Art. 20 Abs. 2 OR analog.⁴⁷ Diese Vorgehensweise ist abzulehnen. Dogmatisch richtig ist es, die Rechtsfolgen einer absichtlichen Täuschung, die bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft, nur aus Art. 20 Abs. 2 OR analog abzuleiten und eine modifizierte Teilungültigkeit im Sinne einer *geltungserhaltenden Reduktion* anzunehmen.⁴⁸ Zuzugeben ist allerdings, dass auch die vom Bundesgericht gewählte Vorgehensweise – gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben – zu demselben Resultat führt, weil die Rechtsfolge von Art. 2 Abs. 2 ZGB durchaus die Annahme einer modifizierten Teilungültigkeit erlaubt. Oder anders ausgedrückt: Die Berufung auf Ganzungültigkeit wäre in Fällen – wie dem vorliegenden –, wo der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft, rechtsmissbräuchlich, nicht aber die Berufung auf modifizierte Teilungültigkeit.

2.2 Der Parteiwille bei Art. 20 Abs. 2 OR

a. Tradierte Auffassung

Nach der h.L. hat die Untersuchung, ob der Vertrag auch ohne die mangelhafte Klausel abgeschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR), anhand des *hypothetischen Parteiwillens*, d.h. gestützt auf das Vertrauensprinzip, zu geschehen.⁴⁹ Das Bundesgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen.⁵⁰ Die Ansicht der h.M. ist inkohärent. Nach der h.M. müssen Verträge subjektiv-objektiv⁵¹ gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ausgelegt werden.

Folgt man diesbezüglich also der h.M., muss auch die Vertragsauslegung gemäss Art. 20 Abs. 2 OR subjektiv-objektiv erfolgen.⁵² Wieso es sich bei der Vertragsauslegung im Rahmen von Art. 20 Abs. 2 OR anders als bei allen anderen Vertragsauslegungen verhalten soll, leuchtet uns nicht ein. Die Auffassung der h.M. lässt sich (vordergründig) einzig damit erklären, dass ihrer Ansicht nach der Vertrag lückenhaft ist, wenn eine oder mehrere Vertragsklauseln ungültig sind. Entsprechend dürfte die h.M. Art. 20 Abs. 2 OR nicht als Instrument der Vertragsauslegung, sondern der Lückenfüllung ansehen.⁵³ Nun verhält es sich aber so, dass man die (objektive) Vertragsauslegung und die Vertragsergänzung rein logisch gar nicht voneinander trennen kann. Sie gehen mit anderen Worten ineinander über. Denn die Feststellung, was die Parteien vereinbart hätten (= Auslegung), beinhaltet rein logisch auch immer die Feststellung, wie die Parteien das diesbezügliche Regelungsdefizit ausgefüllt hätten (= Lückenfüllung).⁵⁴ Fraglich ist indes, ob das Konzept der subjektiv-objektiven Auslegung mangels Praktikabilität und aus dogmatischen Gründen nicht ohnehin zugunsten einer einheitlichen Auslegung gestützt auf das Vertrauensprinzip aufzugeben ist.⁵⁵

b. Subjektiv-objektive Auslegung

Stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen eines teilweise mit Willensmängeln behafteten Vertrags, ist bei kohärenter Anwendung der von der h.M. postulierten subjektiv-objektiven Vertragsauslegung in einem *ersten Schritt* der *wirkliche Parteiwille* mittels empirischer Auslegung festzustellen (= Rekonstruktion des Parteiwillens).⁵⁶ Der wirkliche Parteiwille muss also Leitgrundsatz der Auslegung gemäss Art. 20 Abs. 2 OR sein, d.h. es muss das Ziel verfolgt werden, den wirklichen Parteiwillen möglichst genau festzustellen.⁵⁷ Es ist nicht abwegig, dass Beweise

⁴⁶ BGE 130 III 49 E. 3.2 S. 56 f.; BK-SCHMIDLIN, OR Art. 23/24 N 418.

⁴⁷ Exemplarisch Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2017 vom 22. November 2017 E. 4.1.

⁴⁸ KARL SPIRO, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 1952, 449–533, 505 f.; PAUL PIOTET, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, ZSR 1957 I, 97–131, 128; ROLAND HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, Rz. 331 (= AISUF 65). Ähnlich verhält es sich bei der übermässigen Bindung, bei welcher das Bundesgericht die Rechtsfolgen aus Art. 27 Abs. 2 ZGB statt aus Art. 20 Abs. 2 OR ableitet (kritisch MARKUS VISCHER, BGer 4A_45/2017: Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation, AJP 2017, 1129–1135, 1132).

⁴⁹ BK-KRAMER, OR Art. 19/20 N 348 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 27), Rz. 700; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, Art. 19/20 N 98; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 63 f.; BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. A., Bern 2018, Rz. 1108; KOLLER (FN 27), Rz. 13.68 und 13.81; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 90; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. A., Zürich 1979, 227; HENRI DESCHENAUX, La revision des contrats par le juge, ZSR 1942 II, 509a–636a, 615a; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 580.

⁵⁰ Z.B. BGE 123 III 292 E. 2d S. 297; BGE 120 II 35 E. 4a S. 41; BGE 114 II 159 E. 2c S. 163 f.

⁵¹ Statt von «objektiver Auslegung» (z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_604/2011 vom 22. Mai 2012 E. 3.4 oder HEINRICH HONSELL,

Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 335–350, 348) wird in der Regel von «objektiver Auslegung» (statt vieler BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 49), vereinzelt auch von «objektiver Auslegung» (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 11), gesprochen. Die Begriffe bedeuten unseres Erachtens jedoch dasselbe (vgl. aber ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST/ROMAN PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rz. 240).

⁵² Siehe KARL OFTINGER, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 1939 I, 178–209, 181 f.

⁵³ BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 90; BGE 138 III 29 E. 2.3.3 S. 39; anders BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 65.

⁵⁴ MARKUS VISCHER, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425–435, 432.

⁵⁵ Siehe BERNHARD STEHLE, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, 257–263, 257 ff.

⁵⁶ Gl.M. BGE 143 III 558 E. 4.1.1 S. 562; Urteil des Bundesgerichts 4A_282/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.1; BGE 131 III 467 E. 1.2 S. 470; wohl gl.M. GEORG JOSEPHHAL, Die Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 BGB und Art. 20 Abs. 2 OR), Masch. Diss. Basel 1933, 54 und 57.

⁵⁷ Gl.M. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, Rz. 32.41; KUKO OR-HERZOG,

existieren (z.B. Korrespondenz zwischen den Parteien, Vertragsentwürfe usw.), aufgrund derer darauf geschlossen werden kann, welche Bedeutung die in Frage stehende ungültige Vertragsklausel für die Parteien gehabt hat. Verschiedentlich ordnen die Parteien sogar explizit an, dass der Richter eine geltungserhaltende Reduktion vornehmen soll. Zu denken ist an die in vielen Verträgen enthaltenen «*salvatorischen Klauseln*»⁵⁸ oder ähnliche Bestimmungen (z.B. «Soweit gesetzlich zulässig, vereinbaren die Parteien ...»⁵⁹). Dass der wirkliche Parteiwille auf eine geltungserhaltende Reduktion abzielt, signalisieren auch die standardmässig in M&A-Verträgen vereinbarten «*Sole Remedy Klauseln*».⁶⁰ Damit tun die Parteien ihren Willen kund, dass bei Mängeln einzig Schadenersatz als einheitlicher Rechtsbehelf – teilweise ergänzt durch die Minderung (selbst wenn im Extremfall der Kaufpreis auf null reduziert wird) – geltend gemacht werden kann. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass in M&A-Transaktionen eine Rückabwicklung des Vertrags praktisch kaum zu realisieren ist.

Ist kein wirklicher Wille auszumachen, ist in einem *zweiten Schritt* – und das möglichst individuell anhand der Tatsachen des konkreten Vertragsschlusses – der *hypothetische Parteiwille* normativ festzustellen (= Konstruktion des Parteiwillens).⁶¹ Der hypothetische Parteiwille besitzt dieselbe Bedeutung wie der vom Bundesgericht in der Vergangenheit oftmals verwendete Ausdruck «*mutmasslicher Parteiwille*».⁶² Abzulehnen ist die Auffassung, dass der hypothetische Wille möglichst objektiv festgestellt werden soll.⁶³ Das Argument, ein hypothetisches Handeln der Parteien könne nie mit Sicherheit festgestellt werden, weswegen immer auf ein normatives Kriterium abzustellen sei, verfängt nicht.⁶⁴ Es lassen sich immer – sofern ein Vertrag schriftlich geschlossen wurde und weitere schriftliche Korrespondenz vorliegt – In-

dizien im konkreten Fall finden, welche auf einen individualisierten hypothetischen Willen schliessen lassen. Würden die konkreten Umstände gänzlich ausser Acht gelassen, würde zudem das Prinzip der Privatautonomie verletzt. Entsprechend ist auch die Auffassung abzulehnen, wonach innerhalb der normativen Auslegung eine normative «*verobjektivierte*» Auslegung stattzufinden habe, wenn der hypothetische Parteiwille nicht individuell konkretisiert werden könne.⁶⁵

2.3 Recht zur Geltendmachung der Teilungültigkeit

Nach der h.M. können der Drohende,⁶⁶ Täuschende⁶⁷ und Übervorteilende⁶⁸ (sowie auch der Verwender einer gegen Art. 8 UWG verstossenden AGB-Klausel⁶⁹) die Teilungültigkeit eines Vertrags nicht geltend machen. Zur Begründung wird häufig das Argument angeführt, diese Personen hätten durch ihr treuwidriges Verhalten selbst die Situation geschaffen, weswegen sie die vollständige Ungültigkeit des Vertrags akzeptieren müssten.⁷⁰ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.⁷¹ Kommt ein Vertrag durch einen wie auch immer gearteten Willensmangel oder Übervorteilung zustande oder wird Art. 8 UWG verletzt, können sich beide Parteien – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – auf Art. 20 Abs. 2 OR analog und damit auf die Teilungültigkeit berufen.⁷² Die von der h.M. vorgenommene idealistisch-moralisierende Einschränkung des Rechts zur Geltendmachung der Teilungültigkeit ist dogmatisch nicht haltbar. Art. 20 Abs. 2 OR schützt nicht die eine Partei vor der anderen, sondern den gemeinsamen Parteiwillen⁷³ und damit die

Art. 20 N 16; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art. 20 N 66; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 63 und 64a («tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen»); VON TUHR/PETER (FN 49), 227 («Rekonstruktion eines Vertrages»); BGE 131 III 467 E. 1.3 S. 470.

⁵⁸ Gl.M. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 91; a.M. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 27), Rz. 695 *in initio*.

⁵⁹ Siehe diesbezüglich auch NOEMI BHALLA/ISAAK MEIER/NICOLAS MÜLLER, Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich/Basel/Genf 2018, 515–546, 539 oder Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 und 4A_448/2017 vom 12. April 2018 Sachverhalt Teil A.a.

⁶⁰ Statt vieler MARKUS VISCHER, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 129–140, 136 ff.

⁶¹ BK-KRAMER, OR Art. 19/20 N 363; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 63; KUKO OR-HERZOG, Art. 20 N 16.

⁶² Gl.M. BGE 143 III 558 E. 4.1.1 S. 562 («mutmassliche bzw. hypothetische Parteiwille»); BERGER (FN 49), Rz. 1108; SCHWENZER (FN 57), Rz. 39.08; VISCHER (FN 54), 432; PIOTET (FN 48), 110.

⁶³ A.M. BGE 123 III 292 E. 3 S. 300; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 27), Rz. 700; HÜRLIMANN (FN 48), Rz. 213; SCHWENZER (FN 57), Rz. 32.41; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, Art. 19/20 N 103.

⁶⁴ A.M. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG140166 vom 16. Februar 2017 E. 3.2.

⁶⁵ BK-KRAMER, OR Art. 19/20 N 366.

⁶⁶ BGE 125 III 353 E. 3 S. 356; BERGER (FN 49), Rz. 1064.

⁶⁷ CLAIRE HUGUENIN/OLIVER DREYER, Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstössen, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich/Basel/Genf 2018, 1197–1216, 1207.

⁶⁸ BGE 92 II 168 E. 6c S. 179; BGE 84 II 107 E. 4 S. 112; offengelassen in BGE 123 III 292 E. 2f S. 300.

⁶⁹ HUBERT STÖCKLI, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, 171–184, 177; a.M. MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, 964–976, 974.

⁷⁰ BGE 125 III 353 E. 3 S. 356 f.; HÜRLIMANN (FN 48), Rz. 328; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 27), Rz. 892; BK-SCHMIDLIN, OR Art. 29/30 N 32; BK-KRAMER, OR Art. 21 N 51.

⁷¹ Gl.M. KARL OFTINGER, Betrachtungen über die *laesio* im schweizerischen Recht, in: Ernst von Caemmerer *et al.* (Hrsg.), Festschrift für Pan. J. Zepos, II. Band, Athen/Freiburg i. Br./Köln 1973, 535–553, 552 f.; ENRICO MAZZOLA, Verhältnis und Abgrenzung von Art. 20 und 21 OR, Masch. Diss. Basel 1971, 103; BUCHER (FN 49), 235; teilweise gl.M. HUGUENIN (FN 27), Rz. 592; betreffend Grundlagenirrtum siehe z.B. BK-SCHMIDLIN, OR Art. 25 N 27; HALUK TANDOGAN, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Diss. Genf 1952, 261; PIOTET (FN 48), 120.

⁷² A.M. HÜRLIMANN (FN 48), Rz. 328 und 332; BK-SCHMIDLIN, OR Art. 29/30 N 32; TANDOGAN (FN 71), 264; BERGER (FN 49), Rz. 1064 und 1078; SCHWENZER (FN 57), Rz. 32.55 und 39.09.

⁷³ Richtig BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 64.

Vertragsfreiheit.⁷⁴ Können sich bei direkter Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR beide Parteien auf die Teilungültigkeit berufen,⁷⁵ muss dieses Recht – anders als bei der Totalungültigkeit⁷⁶ – beiden Parteien gleichermaßen zugestanden werden, wenn der Vertrag mit einem Willensmangel behaftet oder der Tatbestand der Übervorteilung erfüllt ist (Art. 20 Abs. 2 OR analog⁷⁷).

3. Genehmigung eines Vertrags bei modifizierter Teilungültigkeit

X. argumentierte vor Bundesgericht vergebens, Z. habe den Geschäftsübertragungsvertrag u.a. durch Unterzeichnung des Mietvertrags konkludent genehmigt.⁷⁸ Dem Bundesgericht ist beizupflichten. Eine konkludente Genehmigung gemäss Art. 31 OR wird etwa dann angenommen, wenn der Getäuschte den Kaufgegenstand verbraucht oder veräussert, nicht aber bei blossem Gebrauch (vgl. auch Art. 207 Abs. 3 OR).⁷⁹

Die Grenzziehung zwischen Gebrauch und Verbrauch ist – abgesehen von klaren Fällen – schwierig. Kommt ein Unternehmenskauf durch eine absichtliche Täuschung des Verkäufers zustande, können Handlungen in Bezug auf die Fortführung des Unternehmens (z.B. operativer Betrieb des gekauften Unternehmens, Abschluss von Verträgen, Einholen von Bewilligungen, Begleichung von Schulden, Ausschüttung von Dividenden, Kapitalerhöhungen usw.) nicht als konkludente Genehmigung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 OR gelten und somit einer modifizierten Teilungültigkeit entgegenstehen. Es handelt sich um *Gebrauchshandlungen*. Anders verhält es sich jedoch, wenn der getäuschte Käufer das Unternehmen liquidiert oder dieses z.B. im Zuge einer Absorptionsfusion nach FusG auflöst. Diesfalls handelt es sich um Verbrauchshandlungen, mit denen der Vertrag konkludent genehmigt wird.

Anzufügen bleibt, dass die Aussage des Bundesgerichts, wonach konkludente Genehmigungshandlungen nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden müssen (vgl. E. 3.2), zu kurz greift.⁸⁰ Gemäss ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 18 Abs. 1 OR bei der Auslegung einseitiger Willenserklärungen analog

anwendbar.⁸¹ Dies gilt nicht nur in Bezug auf Willenserklärungen, sondern auch betreffend *konkludente Willensäusserungen*. Somit sind konkludente Willensäusserungen – nach dem Dogma der h.M. – auch subjektiv-objektiv auszulegen,⁸² obwohl ein wirklicher Wille häufig schwierig zu beweisen sein dürfte.⁸³

⁷⁴ Bezüglich Nichtigkeit EDWIN SCHWEINGRUBER, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern 1930, 180 f. und 201.

⁷⁵ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 70.

⁷⁶ Statt vieler VON TUHR/PETER (FN 49), 329.

⁷⁷ Betreffend die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auf Willensmängel und Übervorteilung BK-SCHMIDLIN, OR Art. 23/24 N 409 m.w.H.; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21 N 16.

⁷⁸ Abzugrenzen ist die Genehmigung vom Wandelungsverzicht, dazu z.B. BK-GIGER, OR Art. 207 N 40.

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.25/2000 vom 29. Juni 2000 E. 3b; BK-SCHMIDLIN, OR Art. 31 N 121.

⁸⁰ Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4C.25/2000 vom 29. Juni 2000 E. 3b; BGE 108 II 102 E. 2a S. 105.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013 E. 8.5 m.w.H.

⁸² Gl.M. ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18 N 23.

⁸³ In diesem Sinne wohl BK-KRAMER, OR Art. 1 N 10, 20 und 120.