www.jusletter.ch

Christoph Brunner / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006

«unpublizierte» und «publizierte» Entscheide

Der nachstehende Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die im Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2006 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert.

Rechtsgebiet(e): Kaufvertrag / CISG

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006, in: Jusletter 12. November 2007

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77

www.weblaw.ch editions

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung
II. CISG
1. Vertragsaufhebung; Verrechnung
2. Beschaffungsrisiko des Verkäufers, Haftung für Zulieferer
III. Mängelrechte
1. Sachgewährleistungsausschluss («tel que vu et se trouvant à ce jour»); verspätete Mängelrüge
2. Aktienkaufvertrag: Wegfall der Gewährleistungsrechte; Berechnung des Minderwerts; Konkurrenzverbot
3. Willensmängel und Sachgewährleistung; Mängelrüge und absichtliche Täuschung
4. Verjährung der Klagen auf Gewährleistung (Art. 210 OR); Beratungsvertrag neben Kaufvertrag
IV. Herabsetzung der Entschädigung für ein nachträglich nicht ausübbares Kaufrecht nach den Bestimmungen der Konventionalstrafe
V. Erwerb von Aktien gilt nicht als Konsumgut; Unanwendbarkeit der konsumentenkreditrechtlichen Schutzbestimmungen
VI. Immobilien-Leasingvertrag; fehlende Formbedürftigkeit; Kaufrecht i.S.v. Art. 216 Abs. 2 OR

I. Vorbemerkung

1 Frühere Rechtsprechungsübersichten zum Kaufvertragsrecht finden sich für das Jahr 2005 in Jusletter 19. Juni 2006 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2004 in Jusletter 18. April 2005 (Markus Vischer) und für die Jahre 2000-2003 in Jusletter 18. Oktober 2004 *(Angela Gei*sselhardt).

II. CISG

1. Vertragsaufhebung; Verrechnung

Urteil 4C.314/2006 vom 20. Dezember 2006

2 Die Parteien schlossen am 15. Dezember 1994 und am 4. Mai 1995 zwei Kaufverträge über Maschinen ab. Die Verkäuferin (Klägerin) verlangte klageweise die Annahme der aus dem zweiten Kaufvertrag noch offenen Positionen gegen Bezahlung des Restkaufpreises nebst Zins sowie Ersatz des ihr aus der verspäteten Leistung entstandenen Schadens. Da die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten des CISG hatten, war das CISG anwendbar.

3 Die Käuferin (Beklagte) machte geltend, dass sie den zweiten Kaufvertrag wirksam aufgehoben habe. Sie hatte der Verkäuferin angeboten, den Kaufpreis zu zahlen, den sie ihr nach Verrechnung mit Gegenforderungen aus dem ersten Kaufvertrag ihrer Ansicht nach effektiv noch schuldete. Die Klägerin hatte dieses Angebot nicht angenommen, sondern darauf beharrt, dass ihr der gesamte, nach Vertrag noch geschuldete Kaufpreis zustehe. Zu prüfen war demnach, ob die Käuferin wirksam die Verrechnung erklären durfte und die Verkäuferin das Angebot zu Unrecht nicht angenommen hatte.

4 Die Leistungen aus dem Kaufvertrag waren in Ermangelung einer anderweitigen Abrede der Parteien Zug um Zug zu erbringen, so dass die Verkäuferin die Übergabe der Ware von der Bezahlung des effektiv geschuldeten Kaufpreises in voller Höhe abhängig machen konnte (Art. 58 Abs. 1 CISG; E. 2.1). Die Käuferin war berechtigt, den zweiten **Kaufvertrag aufzuheben**, wenn die Verkäuferin das Angebot gegen Bezahlung des geschuldeten Kaufpreises zu liefern von **Gegenleistungen abhängig gemacht hat** (hier das Verlangen des gesamten Kaufpreises), **auf die sie keinen Anspruch hat**. Nach Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG ist der Käufer berechtigt, den Vertrag aufzuheben, wenn der Verkäufer innert der angesetzten Nachfrist nicht liefert oder erklärt, dass er nicht innerhalb dieser Frist liefern werde. Eine Erfüllungsverweigerung ist auch anzunehmen, wenn der Verkäufer die Erfüllung von im Vertrag nicht enthaltenen Bedingungen abhängig macht[1].

5 Das Bundesgericht hielt fest, dass die Frage der **Verrechnung vom CISG nicht geregelt sei**, jedenfalls soweit sich nicht Ansprüche aus demselben Vertrag gegenüberstehen (E. 2.2.1). Massgebend war damit das anwendbare nationale Recht, nach Art. 148 Abs. 2 IPRG das Recht der Hauptforderung (deren Tilgung mit der Verrechnung bezweckt ist). Damit kam gestützt auf Art. 118 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Haager Übereinkommens vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht schweizerisches internes Recht zur Anwendung (Recht des Verkäuferlandes). Die Vorinstanz war zu Recht zum Schluss gekommen, dass der Käuferin eine Gegenforderung aus dem ersten Kaufvertrag zustand, da die gelieferte Maschine mangelhaft war und umgerüstet werden musste (E. 2.2.2). Da die Verkäuferin die Mangelhaftigkeit der gelieferten Maschine anerkannte, kam es nicht darauf an, ob die Käuferin form- und fristgerecht Mängelrüge erhoben hatte (E. 2.2.3). Die Voraussetzungen der Verrechnung waren damit grundsätzlich gegeben.

6 Aufgrund der geltend gemachten Verrechnung hatte die Käuferin der Verkäuferin für die ausstehende Lieferung aus dem zweiten Kaufvertrag bloss CHF 368'269.70 statt der verlangten CHF 500'000.- angeboten. Hinsichtlich der Mängelbehebungskosten aus dem ersten Kaufvertrag hatte die Vorinstanz allerdings bloss festgestellt, dass sich diese auf «mindestens» CHF 52'000.- belaufen würden. Um aber zur Vertragsaufhebung berechtigt zu sein, hätte die Käuferin den effektiv (nach Verrechnung) geschuldeten Kaufpreis anbieten müssen, was vorausgesetzt hätte, dass sich die verrechnete Gegenforderung auf mindestens CHF 131'730.30 belaufen hätte. Damit war das angefochtene Urteil aufzuheben und zur Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die kantonale Instanz zurückzuweisen (E. 2.2.4).

Bemerkung

7 Anders als die Vorinstanz hat das Bundesgericht zu Recht befunden, dass es nicht genügt, festzustellen, dass die

[1] E. 2.1; vgl. Brunner, UN-Kaufrecht – CISG (Bern, 2004), Art. 49 CISG N 6.

Käuferin im Grundsatz Anspruch darauf hatte, verrechnungsweise Mängelbehebungskosten gegenüber der Verkäuferin geltend zu machen. Weil die Verkäuferin verlangt hatte, dass ihr der gesamte, nach Vertrag noch geschuldete Kaufpreis zu bezahlen oder zu hinterlegen sei, hatte die Vorinstanz wohl eine zur Vertragsaufhebung berechtigende Erfüllungsverweigerung der Verkäuferin angenommen, wenn die Käuferin berechtigt war, auch nur schon mit einer relativ kleinen Gegenforderung aus dem ersten Kaufvertrag zu verrechnen. Indessen setzt eine Vertragsaufhebung durch den Käufer zunächst voraus, dass eine **Nichterfüllung** des Verkäufers vorliegt (vgl. Art. 45, 49 CISG). Vorliegend war die Verkäuferin verpflichtet, die Lieferung der Ware Zug um Zug gegen Bezahlung des gesamten, nach Verrechnung noch geschuldeten Kaufpreises zu liefern (Art. 58 Abs. 1 Satz 2 CISG). An einer Nichterfüllung seitens der Verkäuferin fehlte es also dann, wenn die Käuferin nicht den effektiv geschuldeten Kaufpreis in voller Höhe angeboten hat.

8 Das CISG regelt die Frage der **Verrechnung** nicht ausdrücklich. Gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG muss bei **Lücken im Übereinkommen** zuerst nach den allgemeinen Grundsätzen, die dem CISG zugrunde liegen, entschieden werden. Nur bei Fehlen solcher Grundsätze darf auf das gemäss IPR anwendbare nationale Recht zurückgegriffen werden. Im besprochenen Urteil hat das Bundesgericht für konventionsinterne Zahlungsansprüche, die sich aus demselben Vertrag gegenüberstehen, die Frage des Bestehens einer internen Lücke offen gelassen (da vorliegend verschiedene Verträge zur Diskussion standen). Die Verrechnung kann bei Zahlungsansprüchen, die der Konvention unterstehen, als allgemeines Prinzip aus dem Synallagma der gegenseitigen Verpflichtungen (vgl. Art. 85 Satz 2, Art. 86 Abs. 1 Satz 2 CISG) bzw. dem Zug um Zug Prinzip (Art. 58, Art. 81 Abs. 2 CISG) hergeleitet werden, jedenfalls soweit die Ansprüche aus demselben Vertrag folgen[2]. Die Verrechnung von derartigen konventionsinternen Ansprüchen muss bloss geltend gemacht werden und unterliegt sonst keinen besonderen Voraussetzungen[3]. Die Einschränkung, wonach das CISG auf die Verrechnung konventionsinterner Ansprüche nur anwendbar ist, wenn derselbe Vertrag betroffen ist, ist im Lichte von Art. 8.1 UNIDROIT Prinzipien (2004) (nur) dann gerechtfertigt, wenn die Verrechnungsforderung (die Forderung des Verrechnenden bzw. die Verpflichtung der anderen Partei) hinsichtlich ihres Bestehens und Betrages nicht bestimmt ist[4]. Die UNIDROIT Prinzipien können sowohl bei Auslegungszweifeln als auch zur Füllung interner Lücken als Auslegungs- und Begründungshilfe herangezogen werden[5].

Im Übrigen ist der Entscheid des Bundesgerichts in der Sache überzeugend. Wünschenswert wäre allerdings, dass unser höchstes Gericht im Anwendungsbereich des CISG konsequent die dem CISG eigene **Terminologie** wählt, die teilweise von derjenigen des OR abweicht. Im besprochenen Entscheid verwendet das Bundesgericht durchwegs den Begriff Rücktritt (zurücktreten) anstatt des Begriffs Vertragsaufhebung (Art. 49 CISG). Nach internem Schweizer Recht wird der Begriff Rücktritt im Zusammenhang mit Art. 109 OR verwendet, welcher hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen nicht mit der Vertragsaufhebung nach Art. 49 CISG (oder Art. 64 CISG) deckungsgleich ist. Zudem wäre es wünschenswert, wenn konsequent die Abkürzung CISG (anstatt WKR, wie im besprochenen Entscheid) verwendet würde (wie etwa im Urteil 4C.474/2004 vom 5. April 2005, Jusletter 19. Juni 2006, Rz. 3 ff.)[6]. 9

2. Beschaffungsrisiko des Verkäufers, Haftung für Zulieferer

Urteil 4C.92/2006 vom 12. Juni 2006

Die Verkäuferin (Beklagte) informierte ihre langjährige Geschäftspartnerin (Käuferin; Klägerin), dass ein Unternehmen in Italien ca. 70 Tonnen Triethylen Tetramin (TETA) zum Verkauf anbiete. Nach diversen Gesprächen sandte die Käuferin der Verkäuferin eine Kaufbestätigung über 60 Tonnen netto zu. In der Folge war es der Verkäuferin nicht möglich, das TETA beim italienischen Lieferanten erhältlich zu machen. Die Käuferin hatte die Ware bereits an einen Abnehmer weiterverkauft, der die notwendigen Deckungskäufe tätigte und die Preisdifferenz in Rechnung stellte. Die Verkäuferin bestritt daraufhin, dass ein Vertrag zwischen ihr und der Käuferin zu Stande gekommen sei und weigerte sich, den Haftungsschaden der Klägerin zu ersetzen. 10

Auf Berufung der Klägerin anerkannte das Bundesgericht zunächst, dass zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen war, wies aber in Bezug auf die Frage, wer für die vereinbarte TETA-Lieferung das **Beschaffungsrisiko** zu tragen hat, die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurück (Urteil 4C.474/2004 vom 5. April 2005). Die Vorinstanz erkannte, «*obwohl es sich beim Kaufgegenstand um einen Restposten handle, liege ein Gattungskauf vor.* 11

---

[2] Vgl. Magnus, in Staudinger (2005), Art. 81 CISG N 15; Brunner (Fn 1), Art. 4 CISG N 52 (noch ohne die letztgenannte Präzisierung); je m.Nw.

[3] Brunner (Fn 1).

[4] Art. 8.1 Abs. 2 UNIDROIT Prinzipien (2004) *(Voraussetzungen der Aufrechnung)* lautet: *(1) Wenn zwei Parteien einander Geld oder andere Leistungen derselben Art schulden, so kann jede von ihnen (die «aufrechnende Partei») ihre Verpflichtung gegen eine solche ihres Gläubigers (der «anderen Partei») aufrechnen, wenn zum Zeitpunkt der Aufrechnung (a) die aufrechnende Partei zur Erfüllung ihrer Verpflichtung berechtigt ist; (b) die Verpflichtung der anderen Partei hinsichtlich ihres Bestehens und Betrages bestimmt und die Leistung fällig ist. (2) Beruhen die Verpflichtungen beider Parteien auf demselben Vertrag, kann die aufrechnende Partei ihre Verpflichtung auch gegen eine Verpflichtung der anderen Partei aufrechnen, die hinsichtlich ihres Bestehens oder ihrer Höhe nicht bestimmt ist.*

[5] Brunner (Fn 1), Art. 7 CISG N 9 m.Nw.

[6] Vgl. auch Koller, Probleme des Zusammenwirkens von UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Recht, in Jusletter 21. Juni 2004.

Ausser einem Hinweis in der Einkaufsbestätigung auf einen gemeinsamen Verkauf deute nichts auf eine gemeinsame Tragung des Beschaffungsrisikos hin, zudem sei nichts Entsprechendes behauptet worden. Mangels Anhaltspunkten, die darauf schliessen liessen, dass etwas Spezielles vereinbart gewesen sei, trage die Beklagte das Beschaffungsrisiko.» Somit hiess die Vorinstanz die Schadenersatzklage der Käuferin gut.

12 In ihrer Berufung machte die Verkäuferin geltend, es liege kein Gattungskauf vor und es ergebe sich aus dem gemeinsamen Verkauf, dass der Verlust hälftig zu teilen sei. Das Bundesgericht bemerkte, dass es zwar zutreffend sei, dass sich das Geschäft einem Stückkauf nähere, da es sich beim Restposten um eine beschränkte Gattungsschuld handle. Jedoch sei die Frage der rechtlichen Qualifikation der Schuld unerheblich, da Grund der Leistungsstörung einzig das Verhalten des Lieferanten war (E. 1.4): «*Damit ist einzig massgeblich, wer das Risiko der Nichtleistung des Lieferanten zu tragen hat. Die Haftung für den Zulieferanten ist Teil des allgemeinen Beschaffungsrisikos und trifft daher den Verkäufer. Dieser wird grundsätzlich nicht entlastet, wenn ihn sein Zulieferant im Stich lässt (…). Will ein Schuldner für derartige Leistungshindernisse, die seinem Risikobereich zuzurechnen sind, die Verantwortung nicht übernehmen, muss er sich durch eine Selbstbelieferungsklausel freizeichnen (…). Zu prüfen bleibt mithin, ob die Klägerin aufgrund der gesamten Umstände erkennen musste, dass die Beklagte das Risiko für die Lieferung nicht übernehmen wollte.*» Aufgrund der im angefochtenen Entscheid enthaltenen tatsächlichen Feststellungen gelang der Verkäuferin dieser Nachweis jedoch nicht. Das Bundesgericht wies deshalb die Berufung der Verkäuferin ab, soweit darauf einzutreten war.

Bemerkung

13 Das diesem Urteil vorangehende Urteil des Bundesgerichts vom 5. April 2005 ist in der Rechtsprechungsübersicht 2005 besprochen worden (Jusletter 19. Juni 2006, Rz. 3 ff.). In der Bemerkung wurde darauf hingewiesen, dass der Verkäufer von Gattungsware das Beschaffungsrisiko zu tragen hat und deshalb auch die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer vertraglichen Beschränkung dieses Risikos. Im nachfolgenden Verfahren ist der Verkäuferin dieser Nachweis nicht gelungen. Zutreffend wenn auch eher knapp ist die Ausführung des Bundesgerichts, dass die Qualifizierung der Lieferpflicht des Restpostens als Gattungs- oder Stückschuld nicht entscheidend ist, da die **Haftung für den Zulieferanten Teil des allgemeinen Beschaffungsrisikos** ist und daher den Verkäufer trifft (E. 1.4). Selbst bei einer Stückschuld trägt nämlich der Verkäufer grundsätzlich das Risiko, die Sache erhältlich zu machen (Beschaffungsrisiko beschränkt auf die individuell bezeichnete Sache), wenn er die Sache nicht bereits bei Vertragsschluss in Besitz hat[7].

14 Die Behauptung der Verkäuferin, es habe eine **Übung** bestanden, wonach sie das Beschaffungsrisiko erst übernehme, nachdem der Verkauf (von ihr) schriftlich (explizit) bestätigt worden sei, wurde vom Bundesgericht als nicht bewiesen zurückgewiesen. In der Berufung machte die Verkäuferin weiter geltend, der im Zusammenhang mit der Preisangabe enthaltene Hinweis in der Einkaufsbestätigung der Käuferin auf einen «**gemeinsamen Verkauf**» sei im Sinne einer gemeinsamen Tragung des Beschaffungsrisikos zu deuten. Allerdings konnte die Verkäuferin diese Rüge im Verfahren nicht hinreichend substanziieren. Das Bundesgericht führte aus (E. 1.6): «*Zwar könnte in dem Hinweis auf den gemeinsamen Verkauf ein Indiz dafür gesehen werden, dass die Beklagte das Beschaffungsrisiko nicht allein zu tragen hatte. Wenn die Vorinstanz dieses Indiz für sich allein nicht für hinreichend erachtete, hat sie indessen kein Bundesrecht verletzt, zumal die Beklagte nichts Entsprechendes behauptet hatte. Genügte der Hinweis in der Kaufbestätigung für die Annahme, dass beide Parteien das Beschaffungsrisiko gemeinsam tragen, wäre überdies eine Rückweisung zur Ergänzung des Sachverhalts nicht notwendig gewesen.*» So bleibt die Frage, was mit dem Hinweis auf einen «gemeinsamen Verkauf» gemeint war – aus Sicht des neugierigen Lesers des Urteils leider – unbeantwortet.

III. Mängelrechte

1. Sachgewährleistungsausschluss («*tel que vu et se trouvant à ce jour*»); verspätete Mängelrüge

Urteil 4C.273/2006 vom 6. Dezember 2006

15 In diesem Urteil bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Wirksamkeit der Wegbedingung der Gewährleistung sowie zur Ausübung der Mängelrüge (E. 2.1, 3). Der Kläger erwarb eine Wohnung (Stockwerkeinheit) für CHF 430'000.- Der Kaufvertrag bestimmte, dass die Wohnung wie gesehen und im derzeitigen Zustand verkauft werde («*tel que vu et se trouvant à ce jour*»), wobei die auszuführenden Nachbesserungen zu Lasten der Verkäuferschaft gingen. Daneben traten die Verkäufer dem Käufer die Sachmängelrechte für versteckte Mängel ab. In der Folge machte der Kläger diverse Mängel u.a. der Lüftung und Bodenplatten geltend.

16 Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass nach dem **tatsächlichen übereinstimmenden Willen** der Parteien die Verkäufer (Beklagten) jegliche Gewährleistung für versteckte Mängel wegbedungen hatten. Im Rahmen der Berufung konnte daher diese Feststellung der Vorinstanz nicht überprüft werden (E. 2.2); nach der neuen Beschwerde in Zivilsachen können

[7] Vgl. Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (2004), Art. 79 CISG N 19 und (demnächst) Brunner, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, § 8 III.2., VI.2.4 a).

tatsächliche Feststellungen nur mit der Begründung angefochten werden, sie seien offensichtlich unrichtig (willkürlich) oder beruhten auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG, namentlich einer Missachtung der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien und einer Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (vgl. Art. 97, 105 BGG). Das Bundesgericht fügte aber an, dass ohnehin nicht ersichtlich sei, inwiefern die Annahme der Verkäufer unzutreffend wäre, wonach der Anwendungsbereich des Gewährleistungsausschlusses auch die fraglichen Mängel erfasst.

17 Zudem bestätigte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, dass die Mängelrüge verspätet erhoben wurde. Es bemerkte, dass Art. 201 OR strikte anzuwenden sei[8]. Der Käufer berief sich auf einen Entscheid, wo die Verkäufer anlässlich eines Treffens der Parteien anerkannten, ein von der Käuferschaft geltend gemachtes Problem betreffend Schalldämmung durch eine Expertise klären zu lassen und im Fall, dass diese zu ihrem Nachteil ausfallen sollte, die entsprechenden Kosten zu übernehmen. Insoweit war die Berufung der Verkäufer auf eine verspätete Geltendmachung der Mängelrüge durch den Käufer nicht statthaft, da mit dem Prinzip von Treu und Glauben unvereinbar (E. 3.2 mit Hinweis auf das Urteil 4C.82/2001 vom 4. September 2001, E. 3c). Dieser Fall war indessen vorliegend nicht relevant, da die Verkäufer nach Vertragsschluss bloss im Zusammenhang mit den von ihnen zu tragenden Kosten gewisser Abschlussarbeiten intervenierten.

2. Aktienkaufvertrag: Wegfall der Gewährleistungsrechte; Berechnung des Minderwerts; Konkurrenzverbot

Urteil 4C.33/2004 / 4C.357/2005 vom 8. Februar 2006

18 Der Eigentümer A. (Verkäufer) der Aktiengesellschaft X. Ltd. mit Sitz in Zürich verkaufte seine Aktien mit Aktienkaufvertrag vom 12. Dezember 1995 an B zu einem maximalen Kaufpreis von CHF 660'000.- (Käufer). In Art. 6 des Aktienkaufvertrages gab der Verkäufer zahlreiche Zusicherungen und Garantien ab und zwar mit Bezug auf die Gesellschaft, die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft, die Vertrags- und Rechtsverhältnisse etc. Insbesondere sicherte der Verkäufer dem Käufer eine bestimmte Höhe der Kreditoren zu. Weiter ging der Verkäufer im Aktienkaufvertrag ein Konkurrenzverbot für eine gewisse Zeit nach der Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags ein. Der Käufer machte in der Folge geltend, dass der effektive Kreditorenbestand höher als der zugesicherte Kreditorenbestand sei. Weiter machte er eine Verletzung des Konkurrenzverbots durch den Verkäufer geltend.

19 Das Bundesgericht hielt wie schon die Vorinstanz fest, dass in der Genehmigung der Jahresrechnung anlässlich der Generalversammlung der verkauften Gesellschaft nach dem Vollzug des Aktienkaufvertrages durch den Käufer in seiner Rolle als Aktionär kein Verzicht des Käufers auf dessen Gewährleistungsrechte aufgrund der Zusicherung des Verkäufer zu den Kreditoren (eine Position der genehmigten Jahresrechnung) zu sehen sei. Es handle sich dabei auf der einen Seite um die Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs und auf der anderen Seite um die Mängelrechte des Käufers und damit um unterschiedliche Rechte, die unter unterschiedlichen Voraussetzungen geltend zu machen seien (E. 2.3).

20 Das Bundesgericht schützte weiter die Berechnung des Minderwerts durch die Vorinstanz. Diese hatte festgestellt, dass der effektive Kreditorenbestand um CHF 62'168.37 über dem zugesicherten Kreditorenbestand lag und somit eine «Kreditorenmanko» von CHF 62'168.37 bestand. Die Vorinstanz hatte alsdann das Kreditorenmanko ins Verhältnis zum (bilanziellen) Eigenkapital (Substanzwert) der verkauften Gesellschaft von CHF 281'543.- gesetzt und geschlossen, der Minderwert der verkauften Gesellschaft stehe im gleichen Verhältnis zum Kaufpreis von CHF 660'000.- und betrage demnach CHF 145'734.-[9]. Das Bundesgericht führte aus, dass diese relative Berechnungsweise nicht mit der sogenannten relativen Methode zur Berechnung des Minderwerts zu verwechseln sei, da es nicht mehr darum gehe, den Minderwert unter Berücksichtigung des vertraglich vereinbarten Preis-Wert-Gefälles zu berechnen, sondern um die Berücksichtigung der Besonderheiten der Unternehmungsbewertung. Diese relative Berechnungsweise trage der Tatsache Rechnung, dass die Parteien einen höheren Kaufpreis als den Substanzwert der verkauften Gesellschaft vereinbart und dem Kaufpreis somit nicht nur Substanzwert-, sondern auch Ertragswertüberlegungen zugrundegelegt hätten. Den Fehler der Vorinstanz, der Bestimmung des «Kreditorenmankos» einen anderen zeitlichen Stichtag als der Berechnung des bilanziellen Eigenkapitals zugrunde zu legen, hielt das Bundesgericht aus prozessualen Gründen für nicht relevant (E. 2.4).

21 In Bezug auf das Konkurrenzverbot hielt das Bundesgerichts fest, dass es zwar richtig sei, dass «das Konkurrenzverbot als Voraussetzung für seine Gültigkeit noch in einem weiteren Vertrag hätte vereinbart werden müssen, wenn [der Verkäufer] in die Dienste der [verkauften Gesellschaft] eingetreten wäre». Da der Verkäufer aber nicht in die Dienste der verkauften Gesellschaft eingetreten war, sei für die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes das Zustandekommen einer arbeitsvertraglichen Abrede nicht Voraussetzung und somit das im Aktienkaufvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot gültig (E. 2.5).

[8] E. 3.1; vgl. dazu auch unsere Bemerkungen in Jusletter vom 19. Juni 2006, Rz. 17 ff., 55.

[9] Der Minderwert bezüglich des Kaufpreises wurde also wie folgt berechnet: CHF 62'168.37 (Kreditorenmanko) ÷ CHF 281'534.- (Substanzwert bzw. Eigenkapital) = Minderwert ÷ CHF 660'000 (Kaufpreis), d.h. 0.22 × CHF 660'000 = CHF 145'741.28.

Bemerkung

22 Dieser insbesondere für M&A-Anwälte sehr interessante Entscheid beantwortet als Erstes eine der Fragen aus dem grossen, bis jetzt von der Lehre kaum behandelten, aber in der Praxis sehr relevanten Fragenkomplex, inwieweit Post-Closing Handlungen des Käufers (oder seiner Vertreter) als Aktionär und als Verwaltungsrat der gekauften Gesellschaft zu einer Beeinträchtigung seiner Gewährleistungs- und anderen Rechte gemäss dem Aktienkaufvertrag führen. Das Bundesgericht kommt zum u.E. richtigen Schluss, dass die Genehmigung der Jahresrechnung der gekauften Gesellschaft (betreffend eine Pre-Closing-Periode) durch den Käufer in seiner Rolle als neuer Aktionär in einer Generalversammlung die Gewährleistungsrechte des Käufers gemäss dem Aktienkaufvertrag nicht beeinträchtigt.

23 Des Weiteren bestätigt das Bundesgericht soweit ersichtlich erstmalig, dass der Minderwert nicht losgelöst von den dem Kaufpreis zugrundeliegenden Verkehrswertüberlegungen und Bewertungsmethoden berechnet werden kann[10]. Massgebend sind die Verkehrswertüberlegungen und Bewertungsmethoden, auf die sich die Parteien, vielleicht sogar explizit[11], geeinigt haben, oder die Verkehrswertüberlegungen und Bewertungsmethoden, welche die Parteien als vernünftig und korrekt handelnde Personen unter den gegebenen Umständen vereinbart hätten[12].

24 Weiter enthält der Entscheid interessante Ausführungen zum in einem Aktienkaufvertrag vereinbarten Konkurrenzverbot. Ihnen ist allerdings insofern nicht zu folgen, als selbst dann, wenn der Verkäufer Arbeitnehmer des verkauften Unternehmens bleibt (oder neu wird), die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots des Verkäufers in einem Aktienkaufvertrag nicht von der Wiederholung des Konkurrenzverbots in einem anderen Vertrag abhängt. Vielmehr ist das im Aktienkaufvertrag vereinbarte und damit kaufvertragliche Konkurrenzverbot (grundsätzlich) gültig und teilt ein eigenes rechtliches Schicksal, so wie auch ein in einem Arbeitsvertrag mit dem Verkäufer allfällig vereinbartes (arbeitsvertragliches) Konkurrenzverbot ein eigenes rechtliches Schicksal teilt[13]. Ein (gegebenenfalls durch Auslegung zu bereinigender) Widerspruch hinsichtlich des Bestandes eines Konkurrenzverbots des Verkäufers zwischen Kauf- und Arbeitsvertrag könnte sich ohnehin nur dann ergeben, wenn der mit dem Käufer abgeschlossene Kaufvertrag hinsichtlich der Konkurrenzverbotsabrede auch die Gesellschaft begünstigt (Vertrag zugunsten Dritter).

[10] So schon die Lehre, z.B. Vischer, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, 362 ff.

[11] Siehe z.B. Vischer, Sachgewährleistung, 363 f.

[12] Z.B. Vischer, Sachgewährleistung, 362.

[13] Ruggli/Vischer, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2006, 297 f.

3. Willensmängel und Sachgewährleistung; Mängelrüge und absichtliche Täuschung

Urteil 4C.387/2005 vom 30. Januar 2006

25 Im Rahmen eines Verkaufs aller Inhaberaktien der A. SA zu dem am 4. Dezember 2001 vertraglich vereinbarten Preis von CHF 1'250'000.- an die B. AG einigten sich die Parteien über eine Zusatzvereinbarung, wonach die Käuferin Warenzeichenanmeldungen und das Copyright an allen bestehenden Produktkonzepten zum Preis von CHF 600'000.- erwerben sollte. Die Tilgung der Schuld sollte mittels monatlicher Ratenzahlungen durch die Käuferin erfolgen, die erstmals am 1. März 2002 fällig waren und mit einer Bürgschaft des Klägers über CHF 600'000.- abgesichert wurden. In der Bürgschaft verpflichtete sich der Kläger für den Fall, dass die Hauptschuldnerin mit einer Teilzahlung im Verzug geraten sollte, die gesamte Restschuld innert 10 Tagen zu bezahlen.

26 In der Folge wurde die erste fällige Teilzahlungsrate aus der Zusatzvereinbarung zum Kaufvertrag nicht beglichen, was dazu führte, dass der Verkäufer (Beklagter) daraufhin die Bürgschaftsforderung von CHF 600'000.- gegen den Kläger in Betreibung setzte, wogegen dieser Rechtsvorschlag erhob und das Verfahren seinen Gang nahm.

27 Der Kläger rügte als Erstes, die Vorinstanz habe verkannt, dass der Bürgschaftsvertrag infolge absichtlicher Täuschung ungültig sei. Das Bundesgericht stellte fest, dass diese Rüge nicht zu hören sei, weil der Kläger Zahlungen aus der Bürgschaft auch mit dem Argument verweigert hatte, die Käuferin habe den Kaufpreis gemindert und er habe Verrechnung erklärt. Damit aber habe der Kläger den Bürgschaftsvertrag genehmigt (E. 3.1 und E. 3.2).

28 Ergänzend rügte der Kläger, dass die Vorinstanz Art. 197 ff. OR verletzt habe, indem sie die von ihm zur Verrechnung gestellte Forderung aus einem Minderungsanspruch der Hauptschuldnerin abgewiesen habe (E. 4.2).

29 Das Bundesgericht entschied, dass die Vorinstanz Art. 203 OR verletzt hat, indem sie die behauptete Verrechnungsforderung des Klägers mit der Begründung abwies, die Mangelrüge sei verspätet erfolgt (E. 4.3). Denn der Vertrag gälte im Sinne von Art. 201 Abs. 2 OR nur dann als genehmigt, wenn keine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 203 OR vorliegt. Die vom Kläger behauptete Täuschung (Art. 28 OR) könne entgegen der Erwägung der Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht nur zur Unverbindlichkeit des Vertrages führen, die hier zufolge sinngemässer Genehmigung nicht mehr in Betracht fallen könne. Die behauptete Täuschung habe vielmehr im Rahmen der Sachgewährleistung ausserdem zur Folge, dass der Käufer nicht gehalten ist, die Mängelrüge bei Gefahr der Genehmigungsfiktion innert tunlicher Frist zu erheben. Nach Ansicht des Bundesgerichts hat die Vorinstanz genau dies verkannt, indem sie die für den zur Verrechnung gestellten Minderungsanspruch erforderliche

Mängelrüge als verspätet und den Kaufvertrag im Sinne von Art. 201 Abs. 2 OR als genehmigt ansah.

30 Das Bundesgericht entschied deshalb, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache im Sinne des Eventualantrags des Klägers zur Ergänzung des rechtserheblichen Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bemerkung

31 Das Bundesgericht entschied schon mehrmals, dass die Geltendmachung von kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen eine Berufung auf Willensmängel ausschliesse (z.B. BGE 127 III 83, 85 f; siehe auch unsere Bemerkungen in Jusletter vom 19. Juni 2006, Rz. 43). Im wiedergegebenen Entschied dehnte es diese Rechtsprechung auch auf den Bürgen aus, der den Bürgschaftsvertrag nicht mehr wegen Willensmängel anfechten kann, wenn er Sachgewährleistungsansprüche des Käufers mit den Ansprüchen aus der Bürgschaft verrechnen will. Das Bundesgericht hielt ausserdem ein weiteres Mal[14] fest, dass bei absichtlicher Täuschung keine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Mängelrüge stattfindet (Art. 203 OR).

4. Verjährung der Klagen auf Gewährleistung (Art. 210 OR); Beratungsvertrag neben Kaufvertrag

Urteil 4C.200/2006 vom 20. September 2006

32 Die Käuferin (Klägerin) bezog von der Verkäuferin (Beklagte) Bodenbeläge, die sie zur Sanierung des Bodens eines Hochregallagers eines Schlachthofbetriebs verwendete. Nach erfolgreich verlaufenen Tests auf Teilen der Bodenfläche im Jahr 1996 und in einer ersten Etappe im Jahr 1998 sanierte die Klägerin in drei weiteren Etappen von März bis Mai 1999 den Rest des Bodens mit einem von der Beklagten gelieferten Produkt. Bei der Sanierung im Jahre 1999 wurde ein anderer Belag (Coniflor R/R) als für die Testfläche im Jahre 1996 und die erste Etappe im Jahre 1998 verwendet. Bei dem im Jahre 1999 eingebrachten Belag zeigten sich schon bald grossflächige Ablösungen und Aufwalkungen, da er der mechanischen Belastung durch das Befahren mit Gabelstaplern nicht gewachsen war. Auf Verlangen des Schlachthofbetriebs ersetzte die Klägerin den ganzen Boden und verlangte später von der Verkäuferin Schadenersatz, da sie gegenüber dem Schlachthofbetrieb zum Ersatz des Bodens verpflichtet gewesen sei.

33 Die Klägerin machte geltend, die Beklagte sei für den Haftungsschaden verantwortlich. Ein Mitarbeiter der Beklagten habe am 8. März 1999 mündlich, mit schriftlicher Bestätigung am 9. März 1999, von der Verwendung des Belags, der bei den Testflächen 1996 und in der ersten Etappe 1998 aufgrund einer Beratung durch einen Mitarbeiter der Beklagten verwendet worden war, abgeraten und zwei andere Produkte (Coniflor H/R bzw. Coniflor R/R) empfohlen. Die Klägerin habe sich daraufhin für das eine dieser Produkte (Coniflor R/R) entschieden, das der mechanischen Belastung indes nicht standgehalten habe. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hiess die Klage teilweise gut. Auf Berufung der Beklagten hob das Bundesgericht das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Klage infolge Verjährung ab.

34 Das Bundesgericht folgte der Argumentation der Klägerin nicht, zwischen den Parteien sei neben dem Kaufvertrag ein Beratungsvertrag zustande gekommen, auf welchen grundsätzlich Auftragsrecht anzuwenden sei, so dass die ordentliche zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR gelte und nicht die einjährige Frist gemäss Art. 210 OR. Es führte dazu namentlich aus: «*Dass bei einem Kaufvertrag von Seiten des Verkäufers Ratschläge erteilt und auch Empfehlungen abgegeben werden, ist nicht aussergewöhnlich. Einem Käufer kann durchaus daran gelegen sein, sich zunächst über bestimmte Eigenschaften eines Produktes zu informieren, bevor er sich zum Kauf entschliesst. Solange sich die entsprechende Information, die mit einer Kaufempfehlung verbunden sein kann, im üblichen Rahmen bewegt, gehört sie zu der einem Abschluss vorausgehenden Vertragsverhandlung, deren Inhalt – wie im vorliegenden Fall – Bestandteil des Kaufvertrages werden kann. Indem die Vorinstanz die Zusicherung einer Eigenschaft annahm, musste sie sich auf Äusserungen des Verkäufers beziehen, die vor dem eigentlichen Vertragsabschluss gemacht wurden. Die Beratung und Empfehlung der Beklagten war untrennbar mit dem Kauf der Bodenbeläge verbunden und beschränkte sich im Wesentlichen auf eine mündliche Empfehlung, welche anderntags schriftlich bestätigt wurde, worauf sich die Klägerin für eines der vorgeschlagenen Produkte entschloss. Diese Elemente gehören zu den Grundlagen des nachfolgenden Kaufvertrages und werden von den Regeln des Kaufrechtes umfassend abgedeckt.*» Somit lag auch keine Verletzung einer Zusatz- oder Nebenpflicht vor, die nicht dem Sachmängelrecht zuzurechnen gewesen wäre[15].

35 Die kurze einjährige Verjährungsfrist gem. Art. 210 Abs. 1 OR gilt für alle Ansprüche aus Sachmängeln, also neben der Wandelung und der Minderung auch für Schadenersatz. Dies gilt auch dann, wenn der Schadenersatzanspruch neben (oder anstelle von) Art. 208 Abs. 2 und 3 OR auf Art. 97 OR abgestützt wird (E. 3.1). Da die Verjährungsfrist mit Ablieferung der Sache beginnt und die Verlegung des fraglichen Bodenbelags im Mai 1999 erfolgte, war die Schadenersatzforderung der Käuferin verjährt, da vor dem August 2001 keine verjährungsunterbrechende Handlungen vorgenommen worden waren (E. 3.2).

[14] Siehe BGE 4C.324/2004 vom 11. Januar 2005 (= BGE 131 III 145) und Urteil 4C.7/2005 bzw. 4C.11/2005 vom 30. Juni 2005, rapportiert durch uns Jusletter 19. Juni 2006, Rz 14 ff. und Rz. 20 ff.

[15] Vgl. dazu auch Brunner (Fn 1), Art. 4 CISG N 20.

IV. Herabsetzung der Entschädigung für ein nachträglich nicht ausübbares Kaufrecht nach den Bestimmungen der Konventionalstrafe

Urteil 4C.172/2006 vom 30. Oktober 2006 (BGE 133 III 43)

36 Die Eheleute Y. (Kläger) schlossen mit dem Beklagten einen öffentlich beurkundeten Kaufrechtsvertrag über eine Wohn- und Geschäftsliegenschaft mit Restaurant ab. Der Preis für die Einräumung des für die Dauer von 10 Jahren eingeräumten Kaufrechts betrug CHF 100'000.-; der Kaufpreis bei Ausübung des Kaufrechts CHF 890'000.-. Die Entschädigung für das Kaufrecht von CHF 100'000.- sollte bei Ausübung des Kaufrechts an den Kaufpreis angerechnet werden, sonst aber beim Beklagten verbleiben. Die Parteien schlossen daneben für die Dauer von ebenfalls 10 Jahren einen Mietvertrag über die Liegenschaft ab. Kurze Zeit nach Mietantritt und Bezahlung der Entschädigung für das Kaufrecht kamen die Eheleute in Zahlungsrückstand, so dass der Vermieter den Mietvertrag kündigte und das Kaufrecht aufgrund einer entsprechenden Klausel im Kaufrechtsvertrag aufgehoben wurde.

37 Das Bundesgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz, das den Betrag von CHF 100'000, der von den Eheleuten als Entschädigung für die Einräumung des Kaufrechts bezahlt worden war, um zwei Drittel auf CHF 33'000 herabgesetzt hatte.

38 Auch der Beklagte ging davon aus, dass es sich bei den CHF 100'000.- um ein Angeld handle, da es auf den Kaufpreis für die Liegenschaft hätte angerechnet werden sollen. Soll das Angeld für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages beim Empfänger verbleiben, hat es die Bedeutung einer im Voraus bezahlten Konventionalstrafe (E. 3.2). Da die Kläger allerdings die CHF 100'000.- nicht bei Vertragsschluss am 20. Oktober 2003 leisten mussten, sondern in zwei Raten bis am 15. November 2003, war diese Zahlung nicht als Angeld zu behandeln, sondern «eher als das grundsätzlich in zwei Raten zu leistende Entgelt für die Einräumung des Kaufrechts (beziehungsweise als Teilzahlung an den Kaufpreis im Falle der Ausübung des Kaufrechts), das bei Vertragsrücktritt beim Gläubiger verbleiben soll» (E. 3.2.2). Das Bundesgericht führt dazu aus, die Bestimmungen über die Konventionalstrafe fänden aber auch dann Anwendung, wenn kein bei Vertragsschluss zu leistendes Haftgeld vorliegt, sondern eine gewöhnliche Teilzahlung, die bei Vertragsrücktritt dem Gläubiger verbleibt. Ohne weitere Begründung ging das Bundesgericht davon aus, dass die Entschädigung für das Kaufrecht als (indirekte) Teilzahlung hinsichtlich des erst noch abzuschliessenden Kaufrechtsvertrags über die Liegenschaft betrachtet werden kann, da die Entschädigung im Falle der Ausübung des Kaufrechts an den Kaufpreis für die Liegenschaft angerechnet worden wäre.

39 Das Bundesgericht bejahte die bisher offen gelassene Frage, ob eine **bereits geleistete Konventionalstrafe nachträglich herabgesetzt werden kann**. Nur eine freiwillige, in Anerkennung der Verpflichtung, insbesondere in Kenntnis der Herabsetzungsgründe vorbehaltlos geleistete Zahlung kann den Ausschluss des Herabsetzungsrechts von übermässig hohen Konventionalstrafen i.S.v. Art. 163 Abs. 3 OR bewirken (E. 3.4, 3.5).

40 Das Urteil bestätigt die **Kriterien**, die im Rahmen der komplexen Interessenabwägung bei der Beurteilung der Übermässigkeit, d.h. eines krassen Missverhältnisses zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, zu berücksichtigen sind (E. 3.3.2): «*Dazu gehören insbesondere die Art und Dauer des Vertrages, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Zu berücksichtigen sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrungen der Beteiligten. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertigt sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern (…).*»

41 Erwähnenswert ist die Erwägung des Bundesgerichts, dass der **Gläubiger im Prozess** eine **Mitwirkungsobliegenheit** hat. Grundsätzlich ist das Interesse des Gläubigers an der Beibehaltung der vollen Konventionalstrafe konkret im Zeitpunkt der Vertragsverletzung zu beurteilen (E. 4.2). Das Missverhältnis zwischen dem (zu diesem Zeitpunkt) tatsächlichen bzw. wahrscheinlichen und dem von den Parteien als möglich vorausgesehenen Schaden kann einen Herabsetzungsgrund bilden. Die Angemessenheit der Konventionalstrafe ist nicht allein im Hinblick auf den tatsächlich entstandenen Schaden zu beurteilen, sondern es ist bei Würdigung der gesamten Umstände auch das Schadensrisiko, dem der Gläubiger im konkreten Fall ausgesetzt war, zu berücksichtigen. Unterlässt es der Gläubiger, die ihm möglichen Angaben zum tatsächlichen Schaden oder zum konkreten Schadensrisiko zu machen, die der Schuldner aus eigener Kenntnis nicht beibringen kann, ist das Gericht nicht gehalten, abstrakt von einem möglichst hohen Schaden auszugehen, da sich das Schadensrisiko nicht unabhängig von den konkreten Umständen abschätzen lässt (E. 4.3).

42 Schliesslich bleibt anzumerken, dass das Bundesgericht zur Frage, ob die Verknüpfung zwischen Mietvertrag und Kaufrechtsvertrag zulässig war, nicht Stellung genommen hat (vgl. Art. 254 OR betreffend nichtiger Koppelungsgeschäfte). Es führte an, diese Frage brauche nicht entschieden zu werden, «*sofern die Herabsetzung durch die Vorinstanz bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist, da die Kläger gegen den angefochtenen Entscheid kein Rechtsmittel ergriffen haben*» (E. 3.1).

V. Erwerb von Aktien gilt nicht als Konsumgut; Unanwendbarkeit der konsumentenkreditrechtlichen Schutzbestimmungen

Urteil 5P.336/2006 vom 27. November 2006

43 Die Parteien schlossen einen Kaufvertrag betreffend die Aktien an der D AG ab. Zur Finanzierung des Geschäftes gewährten die Verkäufer dem Käufer ein Darlehen in der Höhe des Kaufpreises; der Kaufpreis wurde also als Darlehen stehen gelassen. Die Verkäufer setzten alsdann die aufgelaufenen Darlehenszinsen in Betreibung. Die Vorinstanz verweigerte die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung mit der Begründung, das Darlehen sei infolge Verstosses gegen altrechtliches Abzahlungsrecht ungültig. Das Bundesgericht hiess die staatsrechtliche Beschwerde gut und hob das kantonale Urteil auf.

44 Das Bundesgericht erwog, dass die Anwendung von abzahlungsvertragsrechtlichen und konsumentenkreditrechtlichen Schutzbestimmungen[16] nur in Frage kommt, wenn es um die Finanzierung eines Konsumgutes geht. Der **Erwerb von Aktien** und damit die Unternehmung **gelten gerade nicht als Konsumgüter**, womit sie ungeachtet ihrer tatsächlichen Qualifizierung nicht als solche zu behandeln sind (E. 4.2).

VI. Immobilien-Leasingvertrag; fehlende Formbedürftigkeit; Kaufrecht i.S.v. Art. 216 Abs. 2 OR

Urteil 4C.109/2006 vom 30. Juni 2006 (BGE 132 III 549)

45 In diesem Grundsatzurteil zur Formbedürftigkeit des Immobilien-Leasingvertrages hielt das Bundesgericht fest, dass dieser kein Vertrag auf Eigentumsübertragung darstellt, welcher gemäss Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB der öffentlichen Beurkundung bedürfte (E. 2.1). Insbesondere sind auch die Vertragsklauseln, welche die Rechtslage nach Ablauf der Leasingdauer regeln, nicht formbedürftig; eine Ausnahme besteht nur insoweit, als dem Leasingnehmer ein Kaufsrecht im Sinn von Art. 216 Abs. 2 OR eingeräumt wird, das Leasingobjekt zu einem vorausbestimmten Preis zu Eigentum zu übernehmen (E. 2.2).

46 Beim typischen Immobilien-Leasingvertrag erwirbt die Leasinggesellschaft nach den Wünschen und Bedürfnissen des Leasingnehmers eine gewerblich oder industriell nutzbare Immobilie, um diese dem Leasingnehmer anschliessend langfristig gegen einen periodisch zu entrichtenden, einen an den steuerlichen Abschreibungssätzen orientierten Amortisationsanteil enthaltenden und ungeachtet der Gebrauchsfähigkeit des Leasingobjektes zu zahlenden Leasingzins zu Nutzung und Gebrauch zu überlassen, wobei der Leasingnehmer das Leasingobjekt am Ende der ordentlichen Leasingdauer zum Preis der nicht amortisierten Investitionskosten kaufen, auf dieser Basis weiterleasen oder zurückgeben kann (E. 1).

47 Der Immobilien-Leasingvertrag ist vom Grundstückkaufvertrag, der die Eigentumsübertragung gegen Bezahlung eines Kaufpreises zum Inhalt hat, zu unterscheiden. Nach Ablauf der Leasingdauer ist der Leasingnehmer nicht Eigentümer des Leasingobjektes. Das Bundesgericht führt dazu aus (E. 2.1.2/2.1.3): «*Dem Leasingnehmer stehen in der Regel drei Optionen offen, nämlich der Abschluss eines Anschlussvertrages bzw. die Rückgabe oder Übernahme des Leasingobjektes. Nur die Übernahme des Leasingobjektes zu einem vorher bestimmten Restkaufpreis führt zum Übergang des Eigentums. Insofern enthält der Immobilien-Leasingvertrag zwar ein Kaufsrecht, welches dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung untersteht (Art. 216 Abs. 2 OR). Allerdings ist dieses Kaufsrecht nur Teil eines wesentlich umfassenderen Wahlrechts des Leasingnehmers (…). Aus diesen Gründen kann der Immobilien-Leasingvertrag als Ganzes nicht als Vertrag auf Eigentumsübertragung (…) qualifiziert werden.*»

48 Die Möglichkeit der Übernahme des Leasingobjektes zu einem zum Voraus bestimmten «Restwert» ist als Kaufsrecht zu qualifizieren. Die Wahl dieser Option führt zur Eigentumsübertragung. Diese Klausel ist nach Art. 216 Abs. 2 OR öffentlich zu beurkunden, was im vorliegenden Fall nach den Feststellungen der Vorinstanz auch geschehen war (E. 2.2.2).

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss & Partner, Zürich.

Dr. Christoph Brunner, LL.M., ist Konsulent in der Anwaltskanzlei Python & Peter, Bern/Genf, und Leiter des Ressort Nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.

---

* * *

[16] Das Bundesgericht beurteilte die Frage nach den Art. 226a ff. OR betr. Abzahlungsvertrag, die durch das KKG vom 23.3.2001 aufgehoben wurden, bzw. nach dem aKKG vom 8.10.1993 (vgl. E. 4.1); nach dem KKG dürfte die Rechtslage nicht anders sein.