

Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2019

Dieser Beitrag enthält eine Zusammenfassung und Kommentierung der wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2019. Berücksichtigt wurden die in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide sowie die im Internet abrufbaren «unpublizierten Entscheide». Die Initialen in den Titeln geben jeweils den oder die Verfasser an.

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Kaufrecht; Privatrecht; Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2019, in: Jusletter 7. Dezember 2020

Inhaltsübersicht

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

Kein Ausschluss des CISG bei Rechtswahl zugunsten des «schweizerischen Rechts» im Rahmen eines Submissionsverfahrens; Verhältnis zwischen CISG und Irrtum über Eigenschaften der Kaufsache (Grundlagenirrtum) nach OR («elektronische Stromzähler»-Fall)

II. Unternehmenskauf

1. Aktienkaufvertrag; Erhalt einer Bewilligung; Leistungspflicht oder Suspensivbedingung?
2. Vorkaufsrecht an vinkulierten Namenaktien; Ablehnung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien durch den Verwaltungsrat
3. Kauf eines Grundstücks (inkl. Hotel- und Restaurationsbetrieb) zu Gesamteigentum; Verhinderung des Eintritts einer Bedingung wider Treu und Glauben (Art. 156 OR); Schiedsgutachten
4. Anwendung der Wucherstrafnorm auf einen Stammanteilkaufvertrag

III. Grundstückkauf

1. Kaufvertrag über ein Immobiliengeschäft; Earn out-Klausel; Auslegung von Suspensivbedingungen
2. Merkantiler Minderwert bei Immobilien
3. Grundlagenirrtum bei zusammengesetztem Vertrag (Miet- und Kaufvertrag)
4. Rechtzeitige Mängelrüge bei versteckten Mängeln (Art. 201 Abs. 3 OR)
5. Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht; Ausnahmen zur Unwiderrufbarkeit von Gestaltungsrechten

IV. Diverses

Leasingvertrag über einen Porsche; kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche; Willensmängel

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

Kein Ausschluss des CISG bei Rechtswahl zugunsten des «schweizerischen Rechts» im Rahmen eines Submissionsverfahrens; Verhältnis zwischen CISG und Irrtum über Eigenschaften der Kaufsache (Grundlagenirrtum) nach OR («elektronische Stromzähler»-Fall)

Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019, publiziert als BGE 145 III 383 (CB)¹

[1] Die IWB Industrielle Werke Basel, eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Basel² (Käuferin) bezog nach Durchführung eines Submissionsverfahrens bei einer Gesellschaft

¹ Vgl. auch THOMAS KOLLER, «Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts» im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Recht, in: Jusletter 11. Mai 2020; ULRICH G. SCHROETER, Irrtumsanfechtung nach nationalem Recht und Anforderungen an Ausschlussvereinbarungen bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts (CISG) – Zugleich Anmerkung zu Schweizerisches Bundesgericht, 28. Mai 2019 – 4A_543/2018, IHR 2019, S. 231 ff. (zit: SCHROETER, Irrtumsanfechtung); (zum vorinstanzlichen Entscheid) ULRICH G. SCHROETER, Grenzfragen des Anwendungsbereichs und international einheitliche Auslegung des UN-Kaufrechts (CISG) – Zugleich Anmerkung zu Appellationsgericht Basel-Stadt vom 24. August 2018 – ZB.2017.20 (AG.2018.557), IHR 2019, S. 133 ff. (zit: SCHROETER, Grenzfragen); DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anwendbarkeit des CISG auch bei einem Irrtum über Eigenschaften des Kaufgegenstands, in: dRSK, publiziert am 27. Januar 2020; JACQUES DE WERRA, Swiss Commercial Contracts: Review of Recent Case Law, in: Jusletter 9. Dezember 2019, Rz. 18 ff.; VIOLA HEUTGER, Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz, SRIEL 2019, S. 691 ff., S. 694 ff.; MARTIN RAUBER, Anwendbarkeit des CISG, Kommentar zu 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019, in: swissblaw 2019, publiziert am 22. Juli 2019. – Der Entscheid ist auch publiziert in CISG-online Nr. 4463.

² Siehe CHRISTIAN MENSCH, Autsch, das wird teuer für die IWB: Stromzähler-Debakel endete vor Bundesgericht, bz vom 21. Juli 2019, <https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/autsch-das-wird-teuer-fuer-die-iwb-stromzaehler-debakel-endete-vor-bundesgericht-135285755> (besucht am 16. November 2020).

(Verkäuferin) mit Sitz in Slowenien sowie deren Tochtergesellschaft in der Schweiz elektronische Drehstromzähler. Die Parteien schlossen über mehrere Jahre bis letztmals im Dezember 2009 für die einzelnen Lieferungen Kaufverträge ab. Die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Käuferin enthielten eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts.

[2] Im August 2012 informierte die slowenische Verkäuferin die Käuferin über die Möglichkeit von Haarbildungen und daraus resultierenden Messfehlern (sog. «Whiskers»-Problem) bei einem Typ der Drehstromzähler. Darauf erklärte die Käuferin den Verkäuferinnen im Juli 2013, dass sie sämtliche Verträge über die Drehstromzähler zufolge Irrtums für unverbindlich halte und forderte diese auf, den Kaufpreis zuzüglich Zinsen gegen Herausgabe der Stromzähler zurückzuerstatten.

[3] Die Verkäuferinnen kamen dieser Aufforderung nicht nach. Auf Klage der Käuferin verurteilte das Zivilgericht Basel-Stadt die Verkäuferinnen zur Zahlung von CHF 328'695.95 zuzüglich Zins Zug um Zug gegen die Herausgabe der Stromzähler sowie zur Zahlung von CHF 50'000 zuzüglich Zins. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (Berufungsinstanz) hob den erstinstanzlichen Entscheid auf und wies die Klage vollumfänglich ab.³ Die dagegen erhobene Beschwerde der Käuferin wies das Bundesgericht ab.

[4] 1. Vor Bundesgericht war zunächst die Frage der Anwendbarkeit des CISG statt des internen schweizerischen Rechts (OR) streitig. In der Berufungsinstanz unterlag die Käuferin mit der Begründung, die zweijährige Anzeigefrist seit Übergabe der Ware nach Art. 39 Abs. 2 CISG sei nicht eingehalten worden. Im Unterschied zum erstinstanzlichen Gericht liess die Berufungsinstanz die keiner vergleichbaren Frist unterliegende Irrtumsanfechtung des Kaufvertrags der Käuferin gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR (Grundlagenirrtum) nicht zu.

[5] Eine erste Frage betraf die Grundvoraussetzung der Internationalität gemäss Art. 1 Abs. 1 CISG («Kaufverträge über Waren zwischen Parteien [...], die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben»). Vorliegend war nur die in Slowenien ansässige Muttergesellschaft, nicht aber ihre schweizerische Tochtergesellschaft, in einem anderen Staat niedergelassen als die Käuferin. Das Bundesgericht führte dazu aus, eine Unterstellung des gesamten Vertrages unter das CISG dränge sich auf, um eine einheitliche Lösung zu finden. Auch die Lehre bejahe die Internationalität im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG zu Recht bereits, wenn bei einer Beteiligung mehrerer Personen auf einer Seite des Vertrages wenigstens eine davon ihre Niederlassung in einem anderen Vertragsstaat habe (E. 3.2.1).

[6] Zweitens bestätigte das Bundesgericht die ausführliche vorinstanzliche Begründung, wonach die Anwendbarkeit des CISG nicht daran scheitern könne, dass die Käuferin die Verkäuferinnen mittels Submissionsverfahrens und Ausschreibung sowie in Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe ausgewählt hatte. Die in Art. 2 CISG aufgezählten Ausschlussgründe seien als abschliessend zu betrachten; die genannten Umstände könnten weder unter den Ausschluss von Käufen «bei Versteigerungen» (Art. 2 lit. b CISG) noch von Käufen «aufgrund von Zwangsvollstreckungs- oder anderen gerichtlichen Massnahmen» (Art. 2 lit. c CISG) fallen (E. 3.3).⁴

[7] Ausführlich behandelte das Bundesgericht alsdann die heikle Frage, ob die Parteien das CISG nach Art. 6 CISG durch eine (konkludente) Rechtswahl des OR ausgeschlossen haben. Gemäss

³ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. August 2018, ZB.2017.20/AG.2018.557 (abrufbar auf Swisslex; publiziert in IHR 2019, S. 101 ff., sowie in CISG-online Nr. 3906).

⁴ Dazu eingehend SCHROETER, Grenzfragen (Fn. 1), S. 134 f.

Art. 6 CISG können die Parteien die Anwendbarkeit des CISG wegbedingen oder teilweise von seinen Bestimmungen abweichen. Mit der herrschenden Rechtsprechung und Lehre hielt das Bundesgericht fest, dass die Wahl des Rechts eines Vertragsstaats vermutungsweise keinen impliziten Ausschluss des CISG darstelle, da dieses Bestandteil des nationalen Rechts sei. Für konkludente Ausschlüsse seien vielmehr weitere Anhaltspunkte notwendig, die klar und unzweideutig auf eine Wahl des unvereinheitlichten Rechts schliessen lassen (E. 4.1).

[8] Die Käuferin bestritt nicht, dass eine Klausel lautend auf «schweizerisches Recht» an sich keine Vereinbarung des OR bedeutet, da das CISG eben integraler Bestandteil des schweizerischen Rechts bildet. Indessen machte sie geltend, dass aus den in ihren allgemeinen Einkaufsbedingungen verwendeten Begriffen «Verzug», «zugesicherte Eigenschaften», «Garantie/Mängelbehandlung» sowie «gesetzliche Gewährleistungsansprüche» folge, dass die Parteien die Anwendung des OR vereinbart hätten. Das Bundesgericht bestätigte die Erwägungen der Vorinstanz, der Verweis auf «gesetzliche Gewährleistungsansprüche» beziehe sich auf objektives Recht im Gegensatz zu den vertraglichen Vereinbarungen, und nicht solche gemäss OR als Gesetz im Gegensatz zu solchen gemäss CISG als Staatsvertrag. Auch seien die in den Allgemeinen Einkaufsbedingungen verwendeten Begriffe «Verzug», «zugesicherte Eigenschaften», «Garantie/Mängelbehandlung» nicht unvereinbar mit dem CISG. Der Begriff «Garantie» finde sich ausdrücklich im CISG (Art. 36 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 CISG), nicht aber im Kaufrecht des OR. Die Begriffe der allgemeinen Einkaufsbedingungen könnten gesamtheitlich betrachtet keiner Rechtsordnung eindeutig zugeordnet werden, womit sie nicht auf einen impliziten Ausschlusswillen des CISG hinweisen würden (E. 4.3.3).

[9] Das Bundesgericht verwarf auch das Argument der Käuferin, dass der Kontext des Submissionsverfahrens mitsamt der Pflicht zur Gleichbehandlung der Anbieter zum Schluss führen müsse, dass sich die Rechtswahl nur auf internes Recht beziehen konnte. Das auf den Vertrag anwendbare Recht müsse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht feststehen, da das anwendbare Recht nicht zu den *essentialia negotii* gehöre.⁵ Da das auf den Vertrag anwendbare Recht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht feststehen müsse, könne aus der Gleichbehandlungspflicht nichts zugunsten einer impliziten Rechtswahl abgeleitet werden (E. 4.3.3).

[10] Schliesslich verwarf das Bundesgericht auch die Rüge der Käuferin, die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen, aus dem Prozessverhalten der Verkäuferinnen, namentlich der Argumentation gestützt auf das OR vor erster Instanz, einen nachträglichen Ausschlusswillen abzuleiten. Wenn beide Seiten auf Grundlage eines bestimmten nationalen Rechts (in der Regel der *lex fori*) argumentieren, könne darin nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung eine nachträgliche Ausschlussvereinbarung höchstens dann erblickt werden, wenn erstellt sei, dass die

⁵ Ein Vorschlag zum Abschluss eines Vertrages stelle ein Angebot gemäss Art. 14 Abs. 1 CISG zum Vertragsschluss dar, wenn ihm einerseits ein Rechtsbindungswille zu entnehmen sei und er andererseits soweit bestimmt sei, als er die Ware bezeichnet und die Menge sowie den Preis festsetze oder deren Festsetzung ermögliche (E. 4.3.3. m.H.a. Urteil des Bundesgerichts 4C.474/2004 vom 5. April 2005 E. 2.1). Siehe dazu eingehend den Entscheid des App.Ger BS (Fn. 3), E. 3.6.3 S. 15: «Im Submissionsverfahren gelten die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung der Anbieter (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. b Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; § 1 lit. d Gesetz über öffentliche Beschaffungen [BeG, SG 914.100]). Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass im Zeitpunkt des Zuschlags feststehen müsse, ob der Vertrag dem OR oder dem CISG unterliegt, oder dass auf den Vertrag unabhängig davon, welche Anbieterin den Zuschlag erhält, dasselbe Recht Anwendung finden muss. Im Zeitpunkt des Zuschlags müssen nur die wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen (BGE 134 II 297 E. 4.2 S. 304; [...]). Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen sowie allfällige wesentliche Nebenbestimmungen [...]. Über im Submissionsverfahren nicht festgelegte Parameter können sich die Parteien auch nach dem Zuschlag einigen (vgl. BEYELER, a.a.O., N 2847 ff.). [...]».

Parteien die Anwendbarkeit des CISG gesehen und dennoch das unvereinlichte Recht übereinstimmend zur Grundlage ihrer Argumentation genommen haben. Ob die Parteien sich der Anwendbarkeit des CISG zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Verfahrens überhaupt bewusst waren, könne dem angefochtenen Urteil nicht eindeutig entnommen werden und werde von der Käuferin nicht genügend konkret behauptet (E. 4.4).⁶ Demgemäss sei das CISG anwendbar.

[11] 2. Beim zweiten Thema des Entscheids ging es um die Frage, ob dem CISG unterstehende Kaufverträge durch Rückgriff auf internes Recht aufgrund Irrtums über Eigenschaften der Kaufsache angefochten werden können. Das Bundesgericht verneinte diese Frage mit der Vorinstanz und der herrschenden Lehre. Der Vorbehalt zugunsten des kollisionsrechtlich berufenen (internen) Rechts für die Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen nach Art. 4 CISG gelte nur soweit, als das Übereinkommen die Angelegenheit nicht ausdrücklich selbst regle. Der Begriff «ausdrücklich» bedeute in diesem Zusammenhang nicht etwa, dass das Übereinkommen allfällige Abweichungen jeweils als solche bezeichnen müsse, sondern es reiche, wenn es für einen Sachverhalt eine abschliessende Regelung bereithalte. Vor diesem Hintergrund sei entscheidend, ob eine Sachfrage vom CISG mit einer zumindest «funktional äquivalenten» Lösung geregelt worden ist. Die rechtliche Behandlung von Willensmängeln und deren Folgen werde grundsätzlich vom CISG nicht geregelt, aber eben nur soweit als das CISG insofern nicht eine «funktional äquivalente» Regelung bereithalte (E. 5.3).

[12] Keine «funktional äquivalente» Regelung enthalte das CISG zu Willensmängeln, die auf Erklärungshandlungen, d.h. eines Erklärungsirrtums im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR oder auf schuldhafter Irreführung, namentlich Drohung oder Täuschung, beruhen. Dagegen enthalte das CISG mit seinen Normierungen zur vertraglichen Beschaffenheit der Kaufsache, die auch den Kenntnisstand des Käufers berücksichtigen (vgl. Art. 35 Abs. 3 CISG), eine dem Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) funktional äquivalente Regelung. Daran ändere auch nichts, dass es der Käuferin nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung möglich sei, sich alternativ zu den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen (Art. 197 ff. OR) auf Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) zu berufen.⁷ Denn nach Art. 7 Abs. 1 CISG sei das Übereinkommen autonom auszulegen, womit nationalrechtliche dogmatische Kategorien und Terminologien untauglich seien.

[13] 3. Ohne Erfolg blieb schliesslich auch der Einwand der Käuferin gegen den vorinstanzlichen Entscheid, ein Schadenersatzanspruch gestützt auf das CISG, auf Art. 41 OR oder auf *culpa in contrahendo* sei nicht rechtsgenügend behauptet bzw. substantiiert worden. Das Bundesgericht liess diese Frage offen, da die Käuferin gegen weitere Erwägungen der Vorinstanz, insbesondere

⁶ Vgl. dazu auch den Entscheid des App.Ger BS (Fn. 3), E. 3.6.4 S. 15: «Da die Berufungsbeklagte keine Ansprüche aus Leistungsstörungen geltend machte, hatten die Berufungsklägerinnen keinen Anlass, sich dazu zu äussern, ob sich solche nach dem OR oder nach dem CISG gerichtet hätten. Gemäss der Darstellung der Berufungsklägerinnen in der Klageantwort war auf die Klage gegen die Berufungsklägerin 1 mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Klageantwort Ziff. 10 ff.) und wäre die Klage abzuweisen gewesen, weil die Berufungsklägerin 1 nicht Vertragspartei war, weil kein Grundlagenirrtum vorlag, weil die Berufung auf einen Grundlagenirrtum ausgeschlossen war (Klageantwort Ziff. 228230) und weil eine allfällige Forderung der Berufungsbeklagten durch Verrechnung untergegangen war (Klageantwort Ziff. 285 ff.). Aus dem Umstand, dass die Berufungsklägerinnen diese Kaskade von Einwänden nicht noch mit dem Argument ergänzt haben, dass das CISG anwendbar wäre, wenn angenommen würde, die Berufungsklägerin 1 sei auch Vertragspartei gewesen, kann nicht geschlossen werden, die Berufungsklägerinnen hätten die Anwendbarkeit des CISG auch für diesen Fall ausschliessen oder einen entsprechenden Ausschluss bestätigen wollen.»

⁷ E. 5.3.3 m.H.a. BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f., und BGE 114 II 131 E. 1 S. 133 ff.

dass die Käuferin die Rüge der Vertragswidrigkeit nach Art. 39 Abs. 2 CISG verspätet erhoben habe, nichts vorgebracht habe (E. 6).

[14] **Bemerkung: 1.** Das Urteil wurde zu Recht als Leitentscheidung bezeichnet.⁸ Es setzt die nach Art. 7 Abs. 1 CISG gebotene autonome Auslegung mittels einer einheitsrechtlich-methodischen Vorgehensweise konsequent und vorbildlich um und bestätigt – wie bereits der einlässlich begründete vorinstanzliche Entscheid – die Meinung der herrschenden internationalen Lehre.

[15] 2. Aus praktischer Sicht hervorzuheben ist zum einen, dass das Bundesgericht die hohen Anforderungen an den *Nachweis einer stillschweigenden Ausschlussvereinbarung im Sinne von Art. 6 CISG* bestätigt. Für einen konkludenten Ausschluss reicht die Wahl des Rechts eines Vertragsstaats vermutungsweise nicht; vielmehr sind weitere Anhaltspunkte notwendig, die *klar und unzweideutig* auf eine Wahl des unvereinheitlichten Rechts unter Abwahl des CISG schliessen lassen (E. 4.1). Das Urteil bestätigt diesen Ansatz auch für die Frage des Vorliegens einer *nachträglichen Einigung* durch übereinstimmendes Prozessverhalten, wenn beide Seiten auf Grundlage eines bestimmten nationalen Rechts (in der Regel der *lex fori*) argumentieren. Dabei sind für die Annahme eines nachträglichen impliziten Ausschlusses im Sinne eines gleich hohen Standards (wie bei einer anfänglichen Ausschlussvereinbarung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses) ebenfalls hinreichend konkrete Anhaltspunkte erforderlich, die einen einvernehmlichen Willen unzweideutig zum Ausdruck bringen (E. 4.4.1). In Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung und Lehre geht das Bundesgericht davon aus, dass ein Ausschlusswille nicht hypothetisch sein darf und deshalb voraussetzt, dass das Erklärungsbewusstsein und der Erklärungswille insofern unzweideutig zu Tage tritt (E. 4.4.3). Das Ergebnis des vorinstanzlichen Entscheids, welches den Ausschlusswillen der Verkäuferinnen angesichts der von den Parteien diskutierten faktischen und rechtlichen Standpunkte verneinte, erscheint als überzeugend.⁹

[16] 3. Zum andern ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht im Einklang mit der herrschenden Lehre bestätigt, dass dem CISG unterstehende Kaufverträge nicht durch Rückgriff auf internes Recht aufgrund Irrtums über Eigenschaften der Kaufsache (Berufung auf Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) angefochten werden können. Es trifft zu, dass – wie im vorinstanzlichen Entscheid erwähnt – nur mit dem Ausschluss der Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaften der Kaufsache, die mit dem CISG bezweckte Rechtseinheit gewährleistet werden kann. Die alternative Zulassung der Willensmängelanfechtung würde insbesondere die zum Zweck rascher Abwicklung sinnvollen restriktiveren Voraussetzungen der Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit der Ware (Art. 38 f. CISG) aushebeln und die mit dem CISG angestrebte internationale Rechtsvereinheitlichung in einem Kernbereich des Kaufrechts aushöhlen.¹⁰ Entscheidend ist, dass die Rechtsbehelfe des CISG den zu beurteilenden Sachverhalt abschliessend regeln, wobei unerheblich ist, ob ein nationales unvereinheitlichtes Recht im Vergleich zum CISG für die konkret gegebene Situation einen anderen Ansatz entwickelt hat.¹¹

[17] Zuzustimmen ist dem Bundesgericht, wenn es festhält, dass «kein zwingendes rechtspolitisches Bedürfnis erkennbar [sei], das die konkurrierende Anfechtung nach innerstaatlichem Recht

⁸ SCHROETER, Irrtumsanfechtung (Fn. 1), S. 235; zustimmend auch KOLLER (Fn. 1), Rz. 18 m.w.N.

⁹ Vgl. dazu den Auszug aus dem Urteil des App.Ger. BS bei Fn. 6.

¹⁰ Entscheid des App.Ger BS (Fn. 3), E. 5.3 S. 25; ebenso KOLLER (Fn. 1), Rz. 16.

¹¹ BGE 145 III 383 E. 5.4 S. 391.

fordern würde».¹² Das CISG sehe eine Vertragsaufhebung im Interesse der effizienten Streitbeilegung nur als *ultima ratio* vor, da im für den internationalen Handel typischen Überseeverkehr die Vertragsaufhebung wegen der Notwendigkeit des Rücktransports der Ware bzw. der Einlagerung und anderweitigen Veräusserung für die Verkäuferin ausserordentlich belastend sei.¹³ Dazu ist indessen anzumerken, dass es bei einer rechtspolitischen Beurteilung der Alternativen nicht primär um die Frage «Vertragsaufhebung ja oder nein» geht, sondern um die Frage der Anwendbarkeit der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten gemäss Art. 38 f. CISG (inkl. der zweijährigen Präklusionsfrist gemäss Art. 39 Abs. 2 CISG), welche bei einer Berufung auf Grundlagenirrtum bekanntlich entfällt. Wie anderswo ausführlich dargelegt, sollte dem Argument, im internationalen Verhältnis sei ein aufwendiger Rücktransport der Ware über die Grenze möglichst zu vermeiden, im Rahmen einer umfassenden Prüfung der Interessenlage von Verkäufer und Käufer jedenfalls bei Massenware keine übergeordnete Bedeutung zukommen.¹⁴

[18] Zentral ist der Zweck der Art. 38 f. CISG: Im Interesse der Rechtssicherheit und v.a. des Verkäufers, innert nützlicher Frist Klarheit darüber zu schaffen, ob vertragsgemäss erfüllt wurde und ob allfällige Mängel dem Risikobereich des Käufers entstammen, weil sie bei Gefahrübergang auch nicht im Keim bestanden haben (vgl. Art. 36 CISG). Je länger der Zeitablauf seit Übergabe der Ware, desto grösser das Risiko, dass ein Mangel erst infolge des Gebrauchs der Ware durch den Käufer entstanden ist, und umso unklarer die Beweislage.¹⁵ Damit dieser Regelungsgedanke nicht ausgehebelt wird, müssen die entsprechenden Rechtsbehelfe des CISG bei Sacheigenschaften abschliessend Geltung beanspruchen. Wichtig ist weiter der Aspekt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Die Risikoverteilung unter den Vertragsparteien sollte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses klar erkennbar sein. Die Käuferin, die sich weitergehend absichern will, muss im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf die vertragliche Statuierung einer längeren Garantiefrist bestehen, welche die Rügebefristung gemäss Art. 39 Abs. 2 CISG und die Anspruchsverjährung gemäss Art. 210 Abs. 1 OR entsprechend verlängert.¹⁶ Natürlich kann man sich fragen, ob rechtspolitisch der erwähnte Zweck der kurzen Fristen (die Schaffung baldiger Klarheit und Vermeidung von Beweisschwierigkeiten) nicht auch nach OR eine alternative Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaften der Kaufsache generell ausschliessen sollte.¹⁷

[19] Die Trennlinie zwischen OR und CISG im Bereich der Rechtsbehelfe bei Streitigkeiten über Eigenschaften der Kaufsache war angesichts der herrschenden Lehre zum CISG seit Längerem klar und ist nun durch das besprochene Urteil überzeugend bestätigt worden.¹⁸ Wie erwähnt ist

¹² Id., E. 5.3.2, u.H.a. ULRICH MAGNUS, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2018, Art. 4 CISG N 50.

¹³ Ibid.

¹⁴ Siehe CHRISTOPH BRUNNER/DAVID MÖCKLI, Das Vertragsaufhebungsrecht des Käufers aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung des Verkäufers bei Beschaffenheitsmängeln, in: Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.), Brücken bauen. Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 75 ff., S. 80 ff. und 101.

¹⁵ Siehe etwa CHRISTOPH BRUNNER/LEONORA MARTI-SCHREIER, in: Christoph Brunner (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 38 CISG N 3; CHRISTOPH BRUNNER/FLAVIO PETER, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn 2019, Art. 38 CISG N 3.

¹⁶ Vgl. KOLLER (Fn. 1), Rz. 38; generell BRUNNER/PETER (Fn. 15), Art. 39 CISG N 18 ff.

¹⁷ Während die bundesgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich von der Alternativität der Rechtsbehelfe (Sachmängelgewährleistung und Grundlagenirrtum) ausgeht, schliesst sie bei Gattungsschulden eine Willensmängelanfechtung wegen Grundlagenirrtums aus, wenn der Verkäufer schlechte Ware liefert, es sei denn, die Gattung als Ganzes sei mangelhaft (siehe die Nachweise bei KOLLER [Fn. 1], Rz. 9 ff. und 20 ff.).

¹⁸ A.M. GALLI/VISCHER (Fn. 1), Rz. 9 f. Siehe dazu die krit. Anm. von KOLLER (Fn. 1), Rz. 27 ff.

nach dem bundesgerichtlichen Leitentscheid eine Berufung der Käuferin auf unvereinheitlichtes Recht hinsichtlich Drohung oder Täuschung (im Unterschied zum Irrtum über Sacheigenschaften) konkurrierend möglich.¹⁹ Der Täuschende bzw. Drohende muss für ein arglistiges, deliktähnliches Verhalten eintreten, das vom CISG nicht geregelt ist.²⁰

[20] 4. Schliesslich sei die Frage aufgeworfen, ob die Käuferin, die es bei Vertragsschluss versäumt hat, sich eine längere vertragliche Garantiefrist einräumen zu lassen, völlig schutzlos ist, wenn sich erst nach mehr als zwei Jahren nach Übergabe zeigt, dass die Geräte einen schweren Mangel aufweisen. Auch nach dem CISG ist die Käuferin nicht völlig schutzlos. Nach Art. 40 CISG kann sich der Verkäufer nicht auf Art. 38 f. CISG berufen, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die er kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte und die er dem Käufer nicht offenbart hat. Für die Bösgläubigkeit des Verkäufers ist ein grob fahrlässiges Verschweigen des Mangels ausreichend. Konstruktionsfehler hat der selbst herstellende Verkäufer regelmässig zu kennen, insbesondere wenn vergleichbare Mängel zuvor bei der Herstellung ähnlicher Ware aufgetreten sind.²¹ Vorliegend hatte die Käuferin vorgebracht, das «Whiskers-Problem» sei aus Sicht des Verkehrskreises der Verkäuferinnen zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen genügend erkennbar gewesen. Daher hätte die Käuferin eine Grobfahrlässigkeit der Verkäuferinnen möglicherweise beweisen können.²² Selbst bei Anwendung von Art. 40 CISG wären die Rechte der Käuferin aber noch durch die anwendbare Verjährungsfrist zeitlich limitiert gewesen. Um die Anwendung der Zweijahresfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR zu verhindern, hätte die Käuferin wohl versuchen müssen, eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 210 Abs. 6 OR nachzuweisen, da die Fünfjahresfrist gemäss Art. 210 Abs. 2 OR (bestimmungsgemässe Integration in ein unbewegliches Werk) kaum anwendbar sein dürfte.²³ So hätte die Käuferin eine grundsätzlich eventualvorsätzliche²⁴ Verletzung einer Aufklärungspflicht²⁵ der Verkäuferinnen nachweisen müssen.²⁶

¹⁹ Rz. 12.

²⁰ Dazu eingehend KOLLER (Fn. 1), Rz. 27 ff.

²¹ CHRISTOPH BRUNNER/MATTHIAS REY, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn 2019, Art. 40 CISG N 2 m.N.

²² Vgl. dazu den Entscheid des App.Ger BS (Fn. 3), E. 6.

²³ Vgl. SIMON ROTH, Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk, AJP 2014, S. 773 ff., S. 776 f.

²⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_94/2013 vom 29. August 2013 E. 3.2: «[...] La négligence même grave ne suffit en principe pas. La doctrine réserve le cas où l'entrepreneur évite volontairement d'être mieux informé (Gauch, op. cit., n°2092).»

²⁵ Grundsätzlich ist eine Aufklärungspflicht zu bejahen, wenn der Verkäufer annehmen muss, ein ihm bekannter Mangel könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln oder erheblich beeinträchtigen (Urteil des Bundesgerichts 4C.26/2000 vom 6. September 2000 E. 2a/bb). Beim Abschluss von Verträgen über länger dauernde oder persönliche Leistungen sind höhere Anforderungen an die Aufklärungspflicht zu stellen als bei einmaligen Austauschverträgen. Weiter entfällt eine Aufklärungspflicht auch dann nicht, wenn sich die Gegenpartei über die verschwiegene Tatsache hätte Kenntnis verschaffen können. Keine Offenbarungspflicht besteht dagegen, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, die Gegenpartei werde den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen (BGer, a.a.O.).

²⁶ Vgl. MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184–318 OR), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 210 OR N 9; Urteil des Bundesgerichts 4A_301/2010 vom 7. September 2010 E. 3.2/3.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_94/2013 vom 29. August 2013 E. 3.2.

II. Unternehmenskauf

1. Aktienkaufvertrag; Erhalt einer Bewilligung; Leistungspflicht oder Suspensivbedingung?

Urteil des Bundesgerichts 4A_271/2019 vom 14. November 2019 (MV/DG)²⁷

[21] Am 17. Februar 2011 kaufte die Kapitalgesellschaft V eine sich im Eigentum der Autonomen Republik Karakalpakistan befindliche Baumwollgarnproduktionsanlage. Die Baumwollgarnproduktionsanlage lag in Manguit, Usbekistan. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag enthielt verschiedene zu erfüllende Bedingungen, die Investitionen in die Produktionsanlage und die Schaffung von Arbeitsplätzen zum Gegenstand hatten. Das Eigentum an der Baumwollgarnproduktionsanlage sollte V nach Vereinbarung der Parteien erst übertragen werden, nachdem die hierfür zuständige Behörde bestätigt hat, dass alle Bedingungen gemäss Kaufvertrag erfüllt sind. Sämtliche Aktien der V wurden von der W Ltd. mit Sitz in Grossbritannien (nachfolgend: Gesellschaft) gehalten. X (Kläger, Beschwerdeführer, nachfolgend: Verkäufer) war Alleinaktionär der Gesellschaft (Sachverhalt Teil A).

[22] Am 17. Juni 2013 schloss der Verkäufer mit der Z SA (Beklagte, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin), die ihren Sitz in Luxemburg hatte, einen Vorvertrag ab über den Verkauf aller Aktien der Gesellschaft. Gestützt auf diesen Vorvertrag überwies die Käuferin dem Verkäufer am 5. August 2013 eine Anzahlung von USD 1'000'000 (nachfolgend: Anzahlung). Am 7. Juli 2014 unterzeichneten die Parteien den endgültigen Kaufvertrag (nachfolgend: Aktienkaufvertrag) betreffend den Verkauf aller Aktien der Gesellschaft an die Käuferin. Der Verkäufer verpflichtete sich gemäss diesem Aktienkaufvertrag, bis spätestens 1. September 2014 die notwendige behördliche Bewilligung für V zu erlangen. Der Kaufpreis wurde auf USD 14'000'000 festgesetzt, wobei die Anzahlung an den Kaufpreis angerechnet werden sollte. Der Restbetrag sollte nach Erhalt der behördlichen Bewilligung für die Übertragung der Aktien fällig und in zwei Raten bezahlt werden. Die Aktien der Gesellschaft sollten der Käuferin anteilmässig innert 30 Tagen nach Erhalt der Zahlungen übertragen werden. Die Parteien unterstellten den Aktienkaufvertrag Schweizer Recht. Als Gerichtsstand vereinbarten sie Genf. Am 29. September 2015 wurde V die im Kaufvertrag vom 17. Februar 2011 vorgesehene behördliche Bewilligung erteilt. Der Verkäufer informierte die Käuferin jedoch nicht, dass er die Bewilligung erhalten hatte (Sachverhalt Teil B).

[23] Am 29. Februar 2016 trat die Käuferin vom Aktienkaufvertrag zurück. Sie begründete den Vertragsrücktritt damit, dass der Verkäufer die notwendige behördliche Bewilligung für V nicht wie vereinbart bis 1. September 2014 erhalten habe. Die Käuferin verlangte die Rückleistung der Anzahlung. Der Verkäufer teilte der Käuferin in der Folge mit, dass die behördliche Bewilligung für V bereits am 1. August 2014 erteilt worden sei, weshalb er die Zahlung des Restbetrages des Kaufpreises von USD 13'000'000 zuzüglich einer Vertragsstrafe in der Höhe von USD 3'232'000 fordere (Sachverhalt Teil C).

[24] Am 15. Juli 2016 klagte die Käuferin gegen den Verkäufer u.a. auf Zahlung von USD 1'000'000. Der Verkäufer beantragte die Abweisung der Klage. Mit Urteil vom 11. September 2018 hiess das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf die Klage gut und verpflichtete den Verkäufer zur Zahlung von USD 1'000'000. Der Verkäufer reichte daraufhin Be-

²⁷ Vgl. auch CARMEN SPICIGER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Leistungspflicht oder Suspensivbedingung?, in: dRSK, publiziert am 31. Juli 2020.

rufung ein beim zweitinstanzlichen Gericht des Kantons Genf («*Cour de Justice*»). Mit Entscheid C/14309/2016 ACJC/490/2019 vom 3. April 2019 wies dieses Gericht die Berufung ab und bestätigte den Entscheid der Erstinstanz (Sachverhalt Teil D). Der Verkäufer gelangte in der Folge mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte die Abweisung der Klage (Sachverhalt Teil E). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 6).

[25] 1. Die Vorinstanz, so das Bundesgericht, habe den Aktienkaufvertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Gemäss Vorinstanz hätten die Parteien den Aktienkaufvertrag nach Art. 151 OR unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, dass die notwendige behördliche Bewilligung für V bis spätestens 1. September 2014 erteilt würde. Da die Bewilligung nicht innert der vereinbarten Frist erteilt wurde, sei der Aktienkaufvertrag nicht gültig zustande gekommen. Der Verkäufer müsse daher die Anzahlung an die Käuferin zurückzahlen (E. 3).

[26] 2. Der Verkäufer habe sich gemäss Wortlaut des Aktienkaufvertrags verpflichtet, «bis spätestens 1. September 2014 eine staatliche Genehmigung zu erlangen, die durch die erforderlichen Dokumente bestätigt werden muss». Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergebe, dass dem Verkäufer hiermit eine Leistungspflicht auferlegt worden sei. Es gebe deshalb – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – keinen Grund, diese Klausel als Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR zu qualifizieren, deren Nichterfüllung ein Dahinfallen des Aktienkaufvertrags bewirke. Der Verkäufer sei vielmehr nach dem 1. September 2014 mit der Erfüllung seiner Pflicht zur Einholung der behördlichen Bewilligung für V nach Art. 102 Abs. 2 OR in Verzug gewesen, wobei aber die Pflicht zur Einholung der Bewilligung fortbestanden habe (E. 5).

[27] 3. Der Gläubiger könne bei Schuldnerverzug auch ohne Ansetzung einer Nachfrist vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR zurücktreten, sofern einer der Tatbestände von Art. 108 OR erfüllt sei. Keine Nachfristansetzung sei insbesondere erforderlich, wenn sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergebe, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen solle (Art. 108 Ziff. 3 OR). Der Gläubiger müsse in diesem Fall gemäss Art. 107 Abs. 2 OR unverzüglich nach Eintritt des vereinbarten Zeitpunkts vom Vertrag zurücktreten. Vorliegend seien jedoch vom 1. September 2014 bis zur Rücktrittserklärung am 29. Februar 2016 insgesamt 18 Monate vergangen. Die Käuferin habe den Rücktritt somit nach Art. 107 Abs. 2 OR offensichtlich verspätet erklärt (E. 6).

[28] 4. Der Verkäufer habe während der gesamten 18 Monate der Käuferin weder mitgeteilt, dass er das Dokument vom 1. August 2014, das seiner Ansicht nach die Erteilung der Bewilligung für V bescheinige, noch dass er am 29. September 2015 eine «staatliche Genehmigung» erhalten habe. Den Restbetrag des Kaufpreises habe der Verkäufer erst als Reaktion auf die Rücktrittserklärung der Käuferin gefordert. Er habe auch keine Widerklage betreffend den Restkaufpreis erhoben. Dieses Vorgehen deute darauf hin, dass der Verkäufer nie beabsichtigt habe, die Aktien der Gesellschaft an die Käuferin zu übertragen. Weiter deute dieses Vorgehen darauf hin, dass der Verkäufer die Unzulässigkeit des Vertragsrücktritts durch die Käuferin nur geltend machte, um die Anzahlung nicht zurückerstatten zu müssen. Das Verhalten des Verkäufers sei offensichtlich rechtsmissbräuchlich und nach Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht zu schützen. Die Käuferin sei daher gültig vom Aktienkaufvertrag zurückgetreten und der Verkäufer sei gemäss Art. 109 Abs. 1 OR zur Rückerstattung der Anzahlung verpflichtet, weshalb die Beschwerde im Resultat abzuweisen sei (E. 6).

[29] **Bemerkung: 1.** Das vorliegende Bundesgerichtsurteil dreht sich im Kern um die Rechtsnatur der Klausel im Aktienkaufvertrag, wonach der Verkäufer eine Bewilligung für V zu erhalten habe. Handelt es sich hierbei um eine Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR, deren

Nichterfüllung ein Dahinfallen des Aktienkaufvertrags bewirkt, oder um eine Leistungspflicht des Verkäufers, deren Nichterfüllung den Verkäufer in Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR bringt?²⁸

[30] Bei einer aufschiebenden Bedingung im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR handelt es sich um eine Vertragsbestimmung, durch welche die Parteien die Wirkungen des Vertrags vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig machen (Art. 151 Abs. 1 OR). Ein aufschiebend bedingter Vertrag entfaltet seine Wirkungen nach Art. 151 Abs. 2 OR erst mit Eintritt der vereinbarten Bedingung. Wurde für den Eintritt einer Bedingung ein bestimmter Spätestzeitpunkt vereinbart und tritt die Bedingung bis dahin nicht ein, gilt die Bedingung als nicht eingetreten, weshalb der Vertrag alsdann keine Wirkungen entfaltet.²⁹

[31] 2. Das Bundesgericht entschied im Gegensatz zur Vorinstanz, dass es sich beim Erhalt der Bewilligung für V nicht um eine Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR, sondern um eine Leistungspflicht des Verkäufers handle, deren Nichterfüllung den Verkäufer in Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR bringe.

[32] a. Ob eine Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR oder eine Leistungspflicht des Verkäufers vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Das Bundesgericht legt Verträge bekanntlich subjektiv-objektiv aus, was in jüngster Zeit v.a. von CHRISTOPH MÜLLER kritisiert wurde, der für eine nur objektive Auslegung plädiert.³⁰ Bei der objektiven Auslegung ist der hypothetische Vertragswille massgebend, wie er sich aufgrund des Vertrauensprinzips ergibt.³¹

[33] b. Ausgangspunkt der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist sicher der Wortlaut. Er ist aber entgegen der etwas apodiktischen Aussage im hier kommentierten Urteil (vgl. E. 5) nicht allein massgebend. *In casu* blendet der gewählte Wortlaut nämlich die Tatsache aus, dass die Erteilung der Bewilligung für V durch die Behörde Usbekistans nicht gänzlich vom Willen des Verkäufers abhängt. Entsprechend sind auch andere Auslegungselemente heranzuziehen, wie z.B. das teleologische Element.³²

[34] c. Ein gerade im M&A-Bereich nicht zu unterschätzendes Auslegungselement sind auch die Verkehrssitten bzw. Handelsbräuche.³³ Die Erteilung einer behördlichen Bewilligung wird in einem Unternehmenskaufvertrag in der Regel als *Closing Condition* ausgestaltet. Damit sind Bedingungen für den Vollzug des Unternehmenskaufvertrags und insbesondere dessen Hauptpflichten, nämlich die Lieferung des Kaufgegenstands gegen die Zahlung des Kaufpreises gemeint, nicht Bedingungen, die den ganzen Unternehmenskaufvertrag zu einem bedingten Vertrag machen.³⁴ Damit tragen die Parteien der Tatsache Rechnung, dass die Erteilung einer behördlichen Bewilligung in der Regel mindestens teilweise ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien liegt.

²⁸ Zu dieser sich in der Praxis häufig stellenden Streitfrage, z.B. MARKUS WIDMER/RENATO COSTANTINI/FELIX R. EHRAT, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Vor Art. 151–157 OR N 11.

²⁹ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 3993; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 1316.

³⁰ CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.

³¹ BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666.

³² Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_449/2019 vom 16. April 2020 E. 6.3; ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar, Bern 1986, Art. 18 OR N 35.

³³ Zu diesem Auslegungselement im Allgemeinen z.B. BK-KRAMER (Fn. 32), Art. 18 OR N 29.

³⁴ Siehe dazu PHILIPP CHIARI/MARKUS VISCHER, *Suspensivbedingungen in Kaufverträgen*, in: dRSK, publiziert am 12. Januar 2012, Rz. 9 f.; ROLF WATTER/YVES SCHNELLER, *Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen*

Aus diesem Grund wollen die Parteien in der Regel keine Haftung für die Erteilung der Bewilligung, also für den Erfolg übernehmen, sondern sich lediglich zu einem sorgfältigen Tätigwerden (*Best Efforts*) betreffend die Schaffung günstiger Voraussetzungen für den Eintritt des Erfolgs (z.B. durch die Einreichung eines sorgfältig ausgearbeiteten Gesuchs um Erteilung der Bewilligung) verpflichten.

[35] **d.** Entsprechend wäre es im vorliegenden Fall näher gelegen, im Einklang mit dem Auslegungselement der Verkehrssitten bzw. Handelsbräuche in der M&A-Branche (Rz. 34), in der Erteilung der Bewilligung für V durch die Behörde Usbekistans eine *Closing Condition* zu sehen, die bis 1. September 2014 (*Long-Stop* oder *Drop-Dead Date*) hätte eintreten müssen. Hätte der Verkäufer entgegen den Verkehrssitten bzw. Handelsbräuchen eine Erfolgshaftung übernehmen wollen, hätte dies im Wortlaut des Aktienkaufvertrags deutlicher zum Ausdruck kommen müssen. In diesem Fall hätte es sich alsdann nicht um das Versprechen einer gänzlich vom eigenen Willen abhängigen eigenen Leistung gehandelt, sondern um das Versprechen einer fremden Leistung, also um eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR.³⁵

2. Vorkaufsrecht an vinkulierten Namenaktien; Ablehnung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien durch den Verwaltungsrat

Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019, publiziert als BGE 145 III 351 (MV/DG)³⁶

[36] Die C AG (nachfolgend: Muttergesellschaft) ist Hauptaktionärin der A AG (Beklagte und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Gesellschaft) und hält 997 der insgesamt 1'400 vinkulierten, nicht börsenkotierten Namenaktien. Bis ins Jahr 1999 war E Alleinaktionär der Muttergesellschaft. Mit Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 veräusserte E die Aktien der Muttergesellschaft an G und an Sohn F, der heute, nach dem Ausscheiden von G, Alleinaktionär und einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrates der Muttergesellschaft ist. Im Kaufvertrag wurde B, der Tochter von E bzw. der Schwester von F (Klägerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend:

in M&A-Verträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions IX*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 221 ff., S. 255 ff.

³⁵ Siehe zur notwendigen Differenzierung des Versprechens einer eigenen und einer fremden Leistung in einem M&A-Vertrag z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_500/2011 vom 8. Mai 2012 E. 3.3; MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff., S. 327, 330 und 331 f.

³⁶ Vgl. auch DOMINIQUE MÜLLER/FLAVIO DELLI COLLI, Aspekte der Vinkulierung von nicht börsenkotierten Namenaktien, GesKR 2020, S. 140 ff.; DORA PERIC/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Körperschaftsrechtliche Grenzen vertraglicher Vorkaufsrechte, in: dRSK, publiziert am 16. Januar 2020; MERENS DERUNGS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Verhaltenspflichten des Verwaltungsrats, SZW 2019, S. 697 ff.; STEFAN KNOBLOCH/DARIO GALLI, BGE 4A_623/2018 – Zustimmung des VR zur Übertragung von Aktien; Übernahme vinkulierter Namenaktien zum wirklichen Wert; Durchsetzung von vertraglichen Vorkaufsrechten, RR-VR 2/2019, S. 11 f.; BEAT DENZLER/MICHAEL HOCHSTRASSER, BGE 4A_623/2018: Stolpersteine bei der Ausübung von Vorkaufsrechten an Aktien – Aktivlegitimation der Erwerberin, escape clause, Durchgriff, AJP 2019, S. 1077 ff.; PATRICK JANSHEKAR, Zustimmung zur Übertragung von Namenaktien und Eintragung im Aktienbuch, ius.focus 2019, Nr. 253; SIMONE SCHÜRCH, Escape clause, business judgment rule et transparence inversée (2/2), LawInside 2019, Nr. 814; SIMONE SCHÜRCH, Escape clause, business judgment rule et transparence inversée (1/2), LawInside 2019, Nr. 810; DOMINIK RIEDER, Ablehnung eines Aktien-erwerbers und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch, in: dRSK, publiziert am 26. September 2019; siehe ferner RALPH MALACRIDA, Aktienkauf: Vorkaufsrecht vs. *Escape Clause*, GesKR 2020, S. 262 ff.

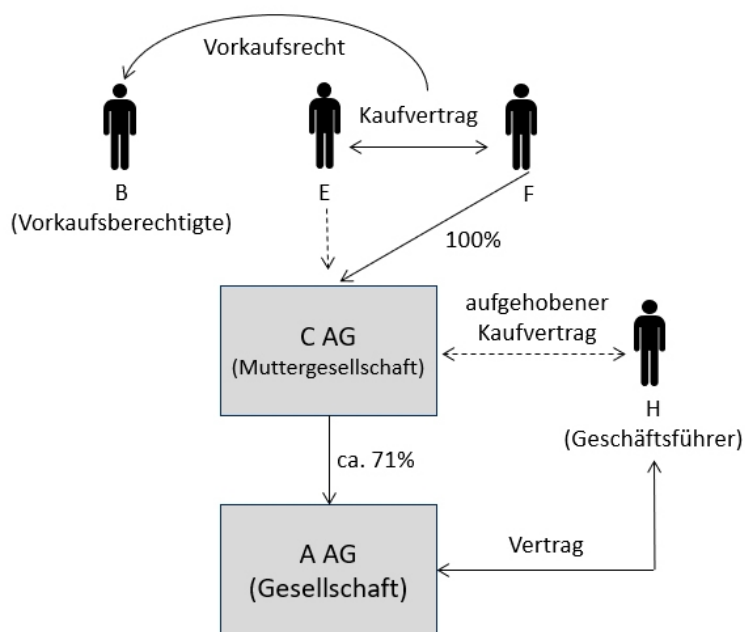
Vorkaufsberechtigte) ein Vorkaufsrecht an den Aktien der Gesellschaft bei Verkauf dieser Aktien eingeräumt (Sachverhalt Teil A.a).

[37] Mit Kaufvertrag vom 1. Juli 2013 verkaufte die Muttergesellschaft die Aktien der Gesellschaft an I und an H, den Geschäftsführer der Gesellschaft (nachfolgend: Geschäftsführer). In der Folge erklärte die Vorkaufsberechtigte gegenüber F, dass sie ihr Vorkaufsrecht ausübe. Daraufhin unterzeichneten die Muttergesellschaft, I und der Geschäftsführer eine Aufhebungsvereinbarung bezüglich des Kaufvertrags vom 1. Juli 2013. Da ihr die der Muttergesellschaft gehörenden Aktien der Gesellschaft nicht übergeben wurden, klagte die Vorkaufsberechtigte beim Bezirksgericht Plessur gegen die Muttergesellschaft auf Herausgabe und Übertragung der Aktien der Gesellschaft. Das Bezirksgericht und das Kantonsgericht Graubünden hiessen die Klage gut. Die Muttergesellschaft akzeptierte das Urteil des Kantonsgerichts, deponierte die Aktien der Gesellschaft blanko indossiert beim Verwaltungsrat der Gesellschaft und beantragte die Übertragung der Aktien der Gesellschaft an die Vorkaufsberechtigte (Sachverhalt Teile A.b und A.c).

[38] Am 2. Mai 2016 verweigerte der Verwaltungsrat der Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung der Aktien der Gesellschaft an die Vorkaufsberechtigte und deren Eintragung ins Aktienbuch. Der Verwaltungsrat der Gesellschaft erklärte zudem, dass die Gesellschaft das statutarische Ankaufsrecht ausübe und die Aktien auf Rechnung des Geschäftsführers erwerben werde. Am 16. Juni 2016 nahm die Gesellschaft das Angebot des Geschäftsführers für die Aktien der Gesellschaft an (Sachverhalt Teil A.d).

[39] Daraufhin klagte die Vorkaufsberechtigte gegen die Gesellschaft auf Zustimmung zur Übertragung der Aktien der Gesellschaft von der Muttergesellschaft und auf ihre Eintragung als Aktionärin ins Aktienbuch. Sowohl das Regionalgericht Plessur als auch das Kantonsgericht Graubünden (Urteil ZK2 17 37 vom 11. Oktober 2018) hiessen die Klage gut. Das Bundesgericht hiess dagegen die von der Gesellschaft erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut und wies die Klage ab (Sachverhalt Teile B und C/E. 5).

[40] Der Sachverhalt lässt sich vereinfacht grafisch wie folgt darstellen:



[41] **1.** Vor Bundesgericht war u.a. die Frage umstritten, ob die der Muttergesellschaft und Mehrheitsaktionärin vertraglich auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der Aktien der Gesellschaft auf die Gesellschaft erstreckt werde. Die Vorinstanz, so das Bundesgericht, habe die Klage der Vorkaufsberechtigten u.a. mit diesem Argument gutgeheissen und entschieden, dass die Gesellschaft der Vorkaufsberechtigten die Aktionärseigenschaft verschaffen müsse (E. 4 Ingress/Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 17 37 vom 11. Oktober 2018 E. 9).

[42] **2.** Mit der Erfüllung des vertraglichen Vorkaufsanspruchs der Vorkaufsberechtigten würde eine körperschaftliche Bestimmung – die Vinkulierung – ausgehebelt. Grundsätzlich gelte ein vertragliches Vorkaufsrecht nur zwischen den Parteien, die es vereinbart hätten. Dem vertraglichen Vorkaufsrecht gehe jede Wirkung gegenüber der juristischen Person, der Aktiengesellschaft, ab. Es sei strikt zwischen der körperschaftsrechtlichen und der vertragsrechtlichen Ebene zu unterscheiden, weshalb in der Lehre auch Möglichkeiten diskutiert würden, um die vertraglichen Rechte auf indirektem Weg (z.B. mittels einer Konventionalstrafe) zu sichern und durchzusetzen. Dessen habe sich auch die Vorkaufsberechtigte bewusst sein müssen. Denn das Vorkaufsrecht im Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 sei u.a. betreffend die Aktien der Gesellschaft eingeräumt worden, wobei die Statuten der Gesellschaft von 1997 eine Vinkulierungsbestimmung enthielten. Die Vorkaufsberechtigte habe den Vertrag vom 17. Februar 1999 zur Kenntnis genommen, wie sie mit ihrer Unterschrift bestätigt habe. Sie habe somit erkennen müssen bzw. hätte erkennen können, dass die Vinkulierungsbestimmung ihrem Vorkaufsrecht entgegenstehen könnte (E. 4.3.1).

[43] **3.** Der Vorwurf der Vorinstanz wie auch der Vorkaufsberechtigten gehe im Kern dahin, dass es die Muttergesellschaft als beherrschende Aktionärin in der Hand hätte, im Verwaltungsrat (allenfalls durch dessen Neubestellung durch eine von ihr bestimmte Generalversammlung) für eine Durchsetzung des Vorkaufsrechts der Vorkaufsberechtigten bzw. einen Verzicht auf den Aktienankauf auf Rechnung des Geschäftsführers zu sorgen und so die mit dem Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (siehe Rz. 37) ausgesprochene Verpflichtung zu erfüllen. Dies würde voraussetzen, dass die Muttergesellschaft als beherrschende Aktionärin gegenüber den solchermaßen gewählten Mitgliedern des Verwaltungsrates ein Weisungsrecht hätte. Im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, ob sich die Aktionäre durch einen Vertrag die Verwaltungsratsmitglieder in dem Sinne untertan machen könnten, dass der Verwaltungsrat hinsichtlich seiner essenziell körperschaftlichen Entscheide rechtswirksam auf die Befolgung von solchen Beschlüssen oder Vertragsklauseln verpflichtet werden könnte. Die Organperson, die in Befolgung von Stimmbindungen in einem Aktionärbindungsvertrag die Interessen der Gesellschaft missachte, treffe die persönliche Verantwortlichkeit. Analoge Überlegungen müssten auch gelten, wenn es um Weisungen des Mehrheitsaktionärs zur Durchsetzung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtungen gehe. Grenze der Befolgung solcher Weisungen sei jedenfalls das Gesellschaftsinteresse (E. 4.3.1).

[44] **4.** Die der Muttergesellschaft auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der Aktien der Gesellschaft könne nicht auf die Gesellschaft erstreckt werden. Die Begründung der Vorinstanz halte vor Bundesrecht nicht stand (E. 4.3.3).

[45] **Bemerkung: 1.** Der vorliegende Entscheid illustriert die Schwierigkeit der Durchsetzung vertraglicher Vorkaufsrechte an vinkulierten, nicht börsenkotierten Namenaktien.³⁷ Das Bundesge-

³⁷ Einlässlich: MALACRIDA (Fn. 36), S. 262 ff.

richt hielt richtigerweise fest, dass Vorkaufsrechte an Aktien lediglich zwischen den Vertragsparteien gelten.³⁸

[46] **a.** Vertragliche Vorkaufsrechte berechtigen eine Partei (Vorkaufsberechtigte), mittels Erklärung von einer anderen Partei (Vorkaufsbelastete) einen vertraglich bestimmten oder bestimmbaren Gegenstand (z.B. Aktien oder ein Grundstück) zu erwerben.³⁹ Das vertragliche Vorkaufsrecht gilt nur zwischen den Vertragsparteien (Rz. 45).⁴⁰ Bei nicht börsenkotierten, vinkulierten Namenaktien kann die fehlende Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung des Eigentums an den Aktien die Eigentumsübertragung (d.h. den Vollzug des Vorkaufsrechtsvertrags) verhindern (Art. 685c Abs. 1 OR).

[47] **b.** Das Risiko, dass der Vollzug eines Vorkaufsrechtsvertrags bzw. eines Kaufvertrags infolge fehlender Zustimmung der Gesellschaft scheitert, kann durch verschiedene Massnahmen minimiert werden: So kann sich der Vorkaufsbelastete verpflichten, die Vinkulierung aufzuheben oder die Parteien vereinbaren, frühzeitig die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien an den Vorkaufsberechtigten einzuholen.⁴¹ Ferner können gewissen Autoren zufolge die Statuten dahingehend geändert werden, dass anstelle des Verwaltungsrates die Generalversammlung für die Erteilung der Zustimmung zur Aktienübertragung zuständig ist.⁴² Damit hat es der Mehrheitsaktionär selbst in der Hand, der Eigentumsübertragung an den Aktien zuzustimmen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine solche Übertragung der Befugnisse vom Verwaltungsrat zur Generalversammlung im Einklang mit dem Paritätsprinzip steht.⁴³

[48] 2. Die Vorkaufsberechtigte klagte gegen die Gesellschaft. Aus diesem Grund musste das Bundesgericht nicht eine allfällige Haftung von F gegenüber der Vorkaufsberechtigten prüfen. Ob F gegenüber der Vorkaufsberechtigten haftet, kann mangels Schilderung der relevanten Fakten im Urteil nicht beurteilt werden.⁴⁴ Kaufverträge über nicht börsenkotierte, vinkulierte Namenaktien können betreffend die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien (i) explizit oder

³⁸ Gl.M. DENZLER/HOCHSTRASSER (Fn. 36), S. 1080; RIEDER (Fn. 36), Rz. 25; siehe auch MÜLLER/DELLI COLLI (Fn. 36), S. 145.

³⁹ Siehe zur Rechtsnatur des Vorkaufsrechtsvertrags z.B. MARKUS VISCHER, Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR 2014, S. 82 ff., S. 83.

⁴⁰ URS SCHENKER, Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 245 ff., S. 265.

⁴¹ Siehe zur Aufhebung der Vinkulierung im Zusammenhang mit verpfändeten Aktien z.B. ROLAND FISCHER/HANNES KIESER, Die Privatverwertung von Pfandrechten an Aktien, GesKR 2019, S. 355 ff., S. 357 f.; siehe zur frühzeitigen Erteilung der Zustimmung der Gesellschaft z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_440/2017 vom 3. April 2018 (besprochen von LEA ALTERMATT/MARKUS VISCHER, Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien als Gestaltungserklärung, in: dRSK, publiziert am 28. Juni 2018).

⁴² MARKUS BÖSIGER, Die Organisation der geschlossenen AG, REPRAX 2017, S. 131 ff., S. 141 *in initio*; SHELBY DU PASQUIER/MATTHIAS WOLF/MATTHIAS OERTLE, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 685a OR N 9.

⁴³ Zum Paritätsprinzip z.B. HELKE DRENCKHAN, § 58 Zuständigkeiten und Paritätsprinzip, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, Rz. 58.2.

⁴⁴ A.M. wohl DENZLER/HOCHSTRASSER (Fn. 36), S. 1080, die eine solche Haftung annehmen.

implizit bedingt⁴⁵, (ii) *ex lege* suspensiv bedingt⁴⁶ oder (iii) unbedingt⁴⁷ sein. Erfüllt ein Verkäufer einen solchen Kaufvertrag nicht, kann – sofern er bedingt ist – eine treuwidrige Vereitelung des Eintritts der Bedingung oder – sofern er unbedingt ist – eine nachträgliche (verschuldete oder unverschuldete) Unmöglichkeit vorliegen.⁴⁸ Je nach Konstellation kann der Verkäufer gegenüber dem Käufer schadenersatzpflichtig werden.

3. Kauf eines Grundstücks (inkl. Hotel- und Restaurationsbetrieb) zu Gesamteigentum; Verhinderung des Eintritts einer Bedingung wider Treu und Glauben (Art. 156 OR); Schiedsgutachten

Urteil des Bundesgerichts 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019 (MV/DG)⁴⁹

[49] Mit Kaufvertrag vom 16. Mai 1986 verkaufte C.A seinen Söhnen B.A (Kläger und Beschwerdegegner) und A.A (Beklagter und Beschwerdeführer) ein Grundstück. Die Söhne übernahmen das Grundstück mit dem darauf befindlichen Hotel- und Restaurationsbetrieb zu Gesamteigentum. Hinsichtlich der Regelung der Rechtsbeziehungen unter den Söhnen verwies der Kaufvertrag auf die Vereinbarung, welche die Söhne am gleichen Tag schlossen (nachfolgend: Vereinbarung). Darin hielten sie fest, dass gegenwärtig A.A den Hotel- und Restaurationsbetrieb allein betreibe und sich B.A am Unternehmen nicht beteilige, weswegen B.A seinem Bruder A.A eine obligatorische Nutzniessung an seinem internen Anteil von $\frac{1}{2}$ am Grundstück gewähre. Die Nutzniessung sei beschränkt, bis sich B.A am Hotel- und Restaurationsbetrieb beteilige. Bis dahin übernehme A.A einstweilen sämtliche anfallenden Kosten. B.A verpflichtete sich, innerhalb von 24 Monaten seit Eintritt in die Unternehmung 50% der durch A.A geleisteten Amortisationen und 50% der Kosten von wertvermehrenden Erneuerungen an A.A zurückzuvorgüten. Sollten sich beide Parteien über den Preis nicht einigen können, so werde dieser durch eine fachkundige Treuhandstelle definitiv festgestellt (Sachverhalt Teil A.a).

[50] Spätestens ab 1. Januar 2007 führte A.A auf dem Grundstück keinen Hotel- und Restaurationsbetrieb mehr, sondern vermietete das Hotel und das Restaurant separat an Dritte. Mit Schreiben vom 7. Januar 2007 erklärte B.A seinem Bruder die Beteiligung an 50% des Hotel- und Restaurationsbetriebs ab 1. Januar 2007 (Sachverhalt Teil A.c). Im daraufhin vor dem Handelsgericht des Kantons Bern von B.A gegen A.A anhängig gemachten Verfahren HG 12 43 war u.a. strittig, ob B.A ab 1. Januar 2007 hälftig am Reingewinn des Grundstücks beteiligt sei. Nachdem das Handelsgericht diese Frage grundsätzlich bejaht hatte, gelangte A.A mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teile B.b und C/E. 6).

⁴⁵ MALACRIDA (Fn. 36), S. 269; PETER BALDI, Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Diss. Zürich 1975, S. 77.

⁴⁶ Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZF 05 16 vom 7. Juli 2005 E. 6, in: PKG 2006, S. 29 ff., S. 29; SANDRO GERMANN, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2014 = SSHW Band 327, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 1511; FLORIAN MARXER, Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht, Diss. Zürich 2007 = SSHW Band 263, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 188; HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, Habil. Basel 1997, S. 199; wohl auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 6 Rz. 211.

⁴⁷ MALACRIDA (Fn. 36), S. 264 und 269; BALDI (Fn. 45), S. 84 ff.

⁴⁸ Betreffend Unmöglichkeit: HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 12 Rz. 365.

⁴⁹ Vgl. auch MAGDA AREF/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der fingierte Bedingungseintritt und das Schiedsgutachten, SZW 2020, S. 209 ff.; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Rechtsnatur des Schiedsgutachtens, in: dRSK, publiziert am 19. August 2019.

[51] 1. Der Vorinstanz zufolge sei die A.A von B.A eingeräumte obligatorische Nutzniessung am Grundstück bis zur Beteiligung von B.A am Hotel- und Restaurationsbetrieb befristet gewesen. Da dieser Eintritt bei Vertragsabschluss ungewiss gewesen sei, habe es sich um eine Bedingung gehandelt. Nachdem A.A den Eintritt der Bedingung durch die Einstellung des Hotel- und Restaurationsbetriebs verhindert habe, sei die Bedingung im Zeitpunkt der Eintrittserklärung nach Art. 156 OR als erfüllt zu betrachten. Gemäss Vorinstanz habe daher die alleinige Nutzniessung durch A.A am 1. Januar 2007 geendet und B.A habe ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf die Hälfte des Gewinns am Grundstück (E. 3 Ingress).

[52] 2. Eine Bedingung, so das Bundesgericht, gelte als erfüllt, wenn ihr Eintritt von einem Teil wider Treu und Glauben verhindert werde (Art. 156 OR). Art. 156 OR sei eine Konkretisierung von Art. 2 ZGB. Nur treuwidriges Verhalten im Sinne von Art. 2 ZGB falle unter den Regelungsbereich der Norm, nicht jedes Vereiteln bzw. Herbeiführen des Bedingungseintritts. Die Parteien hätten keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern. Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben erfordere nicht, dass die Parteien ihre eigenen Interessen dafür opferten. Ein Verhalten von A.A gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 156 OR sei entgegen der Vorinstanz nicht zu erkennen. Sie erkenne ja selbst, dass eine Einstellung des Hotel- und Restaurationsbetriebs ökonomisch Sinn gemacht habe (E. 3.2.1/3.2.2).

[53] 3. Vielmehr sei eine Lücke in der Vereinbarung anzunehmen, weil die Parteien die längerfristige Entwicklung nicht bedacht hätten. Weil beide Parteien übereinstimmend von der Gültigkeit der Vereinbarung ausgingen, sei die Vereinbarung zu ergänzen, unabhängig davon, ob der zu ergänzende (objektiv unwesentliche) Punkt bei Vertragsabschluss für eine Partei subjektiv wesentlich gewesen sei. Sei ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so habe der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen würden – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Vertragswillens habe der Richter sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrags zu orientieren (E. 3.3.1/3.3.2).

[54] Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass die Parteien vereinbart hätten, dass sich B.A anteilig an den Verwaltungskosten von A.A beteiligt hätte, weshalb B.A mit Wirkung ab 1. Januar 2007 nach Abzug seiner Beteiligung an den Verwaltungskosten von A.A zu 50% an der Nutzung beteiligt gewesen sei. Das entspreche im Resultat der Schlussfolgerung der Vorinstanz (E. 3.3.3).

[55] 4. Hinsichtlich des Begehrens von B.A um Herausgabe des Gewinns sei die Rüge von A.A nicht zu hören, dass die Vorinstanz zu Unrecht die wertvermehrenden Investitionen nicht berücksichtigt habe und deren Höhe durch eine fachkundige Treuhandstelle im Sinne eines Schiedsgutachtens verbindlich festzustellen sei. Denn die Ansicht von A.A, wonach es im Hinblick auf ein Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 ZPO keiner substantiierten Behauptungen bedürfe, sei nicht korrekt (E. 5.1/5.2).

[56] Das Bundesgericht begründete dies wie folgt: Zu Recht bestreite A.A nicht, dass es sich bei der in der Vereinbarung vom 16. Mai 1986 vorgesehenen Preisfestlegung durch eine fachkundige Treuhandstelle um ein Schiedsgutachten handeln würde. Die Botschaft bezeichne das Schiedsgutachten als «eigenes prozessuales Institut». Systematisch sei das Schiedsgutachten bei den Beweismitteln geregelt und zwar im 5. Abschnitt des Kapitels zusammen mit dem Beweismittel des gerichtlichen Gutachtens. Zutreffend werde deshalb in der Lehre festgestellt, mit dem Schiedsgutachten werde einerseits auf die Abnahme der im Gesetz vorgesehenen Beweismittel verzichtet. Andererseits werde ein Teil des Zivilprozesses, nämlich das Beweisverfahren, gleichsam «privati-

siert» und so aus dem Verfahren herausgebrochen. Entsprechend bestimme Art. 189 Abs. 1 ZPO, dass das Schiedsgutachten «streitige Tatsachen» verbindlich feststellen solle. Ob eine Tatsache streitig sei, lasse sich aber nur aufgrund der entsprechenden Behauptungen und Bestreitungen der Parteien erkennen. Entsprechend hätte A.A nicht auf substantiierte Tatsachenbehauptungen verzichten und sich einfach auf ein Schiedsgutachten berufen dürfen (E. 5.3).

[57] **Bemerkung:** 1. Das Bundesgericht erinnert zu Recht daran, dass die Parteien bezüglich des Eintritts einer Bedingung nur eine Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben haben, aber keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern. Es ruft weiter in Erinnerung, dass die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben nicht erfordert, dass die Parteien ihre eigenen Interessen opfern.⁵⁰

[58] 2. Das referierte Bundesgerichtsurteil enthält weiter interessante Ausführungen zur *Lückenfüllung*. Das Bundesgericht erinnert daran, dass es irrelevant ist, ob der zu ergänzende objektiv unwesentliche Vertragspunkt bei Vertragsabschluss subjektiv wesentlich gewesen ist, wenn die Parteien heute an der Gültigkeit des Vertrags festhalten. Das ist sicher richtig, darf aber nicht im Umkehrschluss als prinzipielles Votum verstanden werden, dass mit Bezug auf einen objektiv wesentlichen Punkt, mindestens bei einem reinen Auslegungsstreit, keine Vertragsergänzung möglich ist.⁵¹ Dabei ist anzufügen, dass schon Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, was überhaupt ein objektiv wesentlicher Punkt im Sinne der Konsenslehre ist.⁵² Ebenso darf aus den Ausführungen des Bundesgerichts zum Vorgehen bei der Vertragserfüllung nicht ein grundsätzliches *Dictum* abgeleitet werden, dass bei der Lückenfüllung in erster Linie dispositives Recht anzuwenden und eine Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Vertragswillen nur vorzunehmen ist, wenn solches Recht fehlt. Vielmehr ist es nach der hier vertretenen Auffassung umgekehrt: Dispositives Recht ist nur anzuwenden, wenn es vom Parteiwillen getragen ist.⁵³ Es ist zudem nicht in jedem Fall eine Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Vertragswillen vorzunehmen, sondern nur, wenn diesbezüglich kein wirklicher Parteiwille festzustellen ist.⁵⁴

[59] 3. Interessant am vorliegenden Urteil sind aber v.a. die Ausführungen zum *Schiedsgutachten*. Mit aller Deutlichkeit und zu Recht hält das Bundesgericht fest, dass ein Schiedsgutachten substantiierte Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen der Parteien nicht ersetzt.⁵⁵ Es betont, dass Schiedsgutachten in der ZPO bei den Beweismitteln eingeordnet sind und streitige Tatsachen voraussetzen. Ob daraus geschlossen werden kann, dass Schiedsgutachten sich nur zu streitigen Tatsachen und nicht auch zu streitigen Rechtsfragen äussern dürfen, ist fraglich. Nach der hier vertretenen Auffassung können sich Schiedsgutachten nicht zu streitigen Rechtsfragen äus-

⁵⁰ Siehe dazu im Allgemeinen: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 29), Rz. 4018 ff.; BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT (Fn. 28), Art. 156 OR N 5; siehe auch MARKUS VISCHER, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, S. 491 ff.

⁵¹ Umstritten, so aber z.B. HUGUENIN (Fn. 29), Rz. 303 f.; MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, S. 964 ff., S. 967 f.

⁵² Siehe dazu z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf, Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff., S. 474 f. m.H. u.a. auf INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 29.03; ARIANE MORIN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 2 OR N 2; PETER JÄGGI, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1973, Art. 2 OR N 3.

⁵³ Umstritten, so aber z.B. HUGUENIN (Fn. 29), Rz. 312 ff.; MARKUS VISCHER, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, S. 425 ff., S. 432.

⁵⁴ Umstritten, so aber z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungsgültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 227 f.

⁵⁵ Zustimmend auch AREF/VON DER CRONE (Fn. 49), S. 221 f.

sern.⁵⁶ Ebenso wenig kann aus den Ausführungen des Bundesgerichts, wonach es sich bei der Preisfestsetzung durch eine fachkundige Treuhandstelle um ein Schiedsgutachten handle, ein prinzipielles Votum dafür gesehen werden, dass die Preisfestsetzung eine Tatsachen- und keine Rechtsfrage ist.⁵⁷

4. Anwendung der Wucherstrafnorm auf einen Stammanteilkaufvertrag

Urteil des Bundesgerichts 6B_918/2018 vom 24. April 2019 (MV/DG)⁵⁸

[60] Im August 2013 führten X und Y (Beschuldigte, Beschwerdegegner) als damalige Teilhaber der B GmbH (nachfolgend: Gesellschaft) Vertragsverhandlungen mit A (Straf- und Zivilkläger, Beschwerdeführer), der für den Betrieb eines Take-Aways auf der Suche nach Räumlichkeiten war (Sachverhalt Teil A). In die Abwicklung des Geschäfts war auch C involviert. Gemäss vorinstanzlichen Feststellungen sei C derjenige gewesen, der an die Beschuldigten herantreten sei, Termine ausgemacht habe, Unterlagen entgegengenommen habe, bei den Besprechungen dabei und für die Beschuldigten stets Ansprechperson gewesen sei (E. 2.2.1).

[61] Die Staatsanwaltschaft warf den Beschuldigten im Wesentlichen vor, sie hätten den Straf- und Zivilkläger bei den Vertragsverhandlungen arglistig über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft getäuscht. Die Gesellschaft sei aufgrund des im Geschäftsjahr 2013 erzielten Bilanzverlusts von CHF 43'972.94 überschuldet gewesen. Mit dem Verkauf der Gesellschaft an den Straf- und Zivilkläger hätten sie ihre Stammanteile an der Gesellschaft verkauft, die dieser für den Betrieb eines Imbisses nicht benötigt hätte. Eventualiter warf die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten vor, sie hätten die Unerfahrenheit des Straf- und Zivilklägers bezüglich der kaufmännischen, sprachlichen und kulturellen hiesigen Gepflogenheiten ausgebeutet. Die Beschuldigten hätten dem Straf- und Zivilkläger eine Gesellschaft verkauft, die für den Betrieb eines Imbisses nicht notwendig gewesen wäre. Unter Berücksichtigung des realen Marktwerts der Gesellschaft und in Anbetracht deren Überschuldung stehe der Kaufpreis von CHF 95'000 in einem offensichtlichen wirtschaftlichen Missverhältnis (Sachverhalt Teil A).

[62] Das Kantonale Wirtschaftsstrafgericht Bern erklärte die Beschuldigten am 3. Mai 2016 des Betrugs schuldig und verpflichtete sie, dem Straf- und Zivilkläger CHF 70'000 zu zahlen (Sachverhalt Teil B). Gegen dieses Urteil erhoben die Beschuldigten Einsprache. Das Obergericht des Kantons Bern sprach die Beschuldigten mit Urteil SK 16 265 + 266 vom 20. März 2018 frei vom Vorwurf des Betrugs, evtl. Wuchers. Die Zivilklage des Straf- und Zivilklägers wies es ab (Sachverhalt Teil B). Der Straf- und Zivilkläger gelangte mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Er beantragte u.a., es sei das Urteil der Vorinstanz bezüglich der Freisprüche aufzuheben und die Beschuldigten seien wegen Wuchers schuldig zu sprechen und zu verurteilen, ihm

⁵⁶ Umstritten, so aber z.B. AREF/VON DER CRONE (Fn. 49), S. 221 f.; ANGELA BAUMELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachten» über die Bestimmung des Aktienwerts, in: dRSK, publiziert am 31. Januar 2019, Rz. 23; DARIO GALLI/MICHAEL KÜNDIG/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, S. 424 ff., S. 425 ff.; a.M. z.B. 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/St. Gallen 2010, S. 191 ff., S. 212 ff.

⁵⁷ Umstritten, so aber z.B. GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Fn. 56), S. 427 f., wonach die Preisfestsetzung eine Rechtsfrage sei; a.M. z.B. NADJA ERK, Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärbindungsvertrag, REPRAX 2017, S. 146 ff., S. 154 f., der zufolge eine Wertbestimmung eine Tatfrage ist.

⁵⁸ Vgl. auch SOPHIE REGENFUSS/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anwendung der Wucherstrafnorm auf eine M&A-Transaktion, in: dRSK, publiziert am 23. September 2019.

CHF 70'000 zu zahlen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Sachverhalt Teil C/E. 3).

[63] 1. Der Straf- und Zivilkläger rügte im bundesgerichtlichen Verfahren, dass die Vorinstanz Art. 157 StGB verletze, da sie entgegen ihren eigenen Sachverhaltsfeststellungen zum Schluss gelange, er sei nicht unerfahren und der Kaufpreis sei nicht unverhältnismässig gewesen. Er habe die Stammanteile einer überschuldeten GmbH zum Preis von CHF 95'000 gekauft. Wie die Erstinstanz feststelle, sei er aufgrund seiner Herkunft und seiner marginalen Deutschkenntnisse nicht in der Lage gewesen, den von ihm unterzeichneten Vertrag richtig einzuschätzen. Er gelte damit als unerfahren im Sinne von Art. 157 StGB. Die Beschuldigten hätten entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht einfach darauf vertrauen dürfen, dass C ihn korrekt informiere und insbesondere so informiert habe, dass er das offensichtliche Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung habe erkennen können (E. 2.1).

[64] 2. Die Vorinstanz habe bezüglich des Wuchers erwogen, der Straf- und Zivilkläger habe im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen bereits seit neun Jahren in der Schweiz gelebt. Er sei im Gastronomiebereich tätig und in der Arbeitswelt integriert. Die Unerfahrenheit des Straf- und Zivilklägers im kaufmännischen Geschäftsverkehr und dessen rudimentäre Deutschkenntnisse seien durch die Anwesenheit von C kompensiert worden. Zudem sei das Rechtsgeschäft nicht besonders komplex. Die Beschuldigten hätten C und damit dem Straf- und Zivilkläger Unterlagen ausgehändigt, die es ihnen ermöglicht hätten, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu beurteilen. Der Straf- und Zivilkläger habe sich daher bei den Vertragsverhandlungen nicht in einer wesentlichen Schwächesituation befunden. Eine Unerfahrenheit im Sinne von Art. 157 Ziff. 1 Abs. 1 StGB habe nicht vorgelegen. Ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung der Beschuldigten und der Gegenleistung des Straf- und Zivilklägers habe nicht bestanden. Die Beschuldigten seien daher von der Anschuldigung des Wuchers freizusprechen (E. 2.3).

[65] 3. Das Bundesgericht erinnerte daran, gemäss Art. 157 Ziff. 1 Abs. 1 StGB werde wegen Wuchers bestraft, wer die Zwangslage, die Abhängigkeit, die Unerfahrenheit oder die Schwäche im Urteilsvermögen einer Person dadurch ausbeute, dass er sich oder einem anderen für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren oder versprechen lasse, die zur Leistung wirtschaftlich in einem offenen Missverhältnis stünden (E. 2.4).

[66] 4. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei Unerfahrenheit im Sinne von Art. 157 Ziff. 1 StGB gegeben, wenn der Geschädigte sich im betreffenden Geschäftsbereich ganz allgemein nicht auskenne. Bei kaufmännisch schwierigen Geschäften sei allerdings weniger auf eine «durchschnittliche» Erfahrung, als vielmehr auf einen der Geschäftsart typischen Informationsmangel auf Seiten des Geschädigten abzustellen. Der Tatbestand des Wuchers, so das Bundesgericht, weise gewisse Parallelen zur Übervorteilung gemäss Art. 21 OR auf. Werde ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden sei, so könne der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen. Unerfahrenheit im Sinne von Art. 21 OR sei nach Rechtsprechung und Lehre nicht als allgemeine Unfähigkeit zu verstehen, ein Geschäft richtig zu würdigen; es genüge, wenn eine Partei die Tragweite eines ihr vorgeschlagenen Geschäfts nicht zu erfassen vermöge. Auf Art. 21 OR könne sich berufen, wer beim Abschluss eines bestimmten Vertrags die Erfahrung und die Kenntnisse nicht habe, die zur Beurteilung der konkreten, vom Vertrag betroffenen Verhältnisse notwendig gewesen wären. Der

Anwendungsbereich von Art. 21 OR dürfte faktisch weiter gehen als der Tatbestand des Wuchers im Sinne von Art. 157 StGB (E. 2.4.1).

[67] **a.** Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen verfüge der Straf- und Zivilkläger über eine rudimentäre Schulbildung und sehr bescheidene Deutschkenntnisse sowie über keinerlei Geschäftserfahrung. Die Vorinstanz habe weiter erstellt, es deute nichts darauf hin, dass er eine Vorstellung von der Übernahme und der Führung eines eigenen Betriebs in der Gastronomiebranche gehabt habe. Der Straf- und Zivilkläger habe weder etwas von Buchführung verstanden noch eine genaue Vorstellung davon gehabt, welche Bewilligungen für das Führen eines Gastronomiebetriebs nötig seien. Weiter sei er nicht in der Lage gewesen zu erkennen, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt des Kaufs überschuldet gewesen sei. Aus seinen Aussagen ergebe sich zudem, dass er vor dem Vertragsschluss keine unabhängigen Informationen eingeholt habe, sondern einzig C vertraut habe (E. 2.4.2).

[68] **b.** Angesichts dieser tatsächlichen Feststellungen sei, so das Bundesgericht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz eine Unerfahrenheit des Straf- und Zivilklägers im Sinne von Art. 157 Ziff. 1 StGB gegeben. Indem die Vorinstanz erwogen habe, durch die Anwesenheit von C sei die Unerfahrenheit des Straf- und Zivilklägers kompensiert worden, sie mithin dem Straf- und Zivilkläger das Wissen bzw. die Handlungen von C anrechnet, obwohl dessen konkrete Rolle unklar blieb, subsumiere sie die festgestellten Tatsachen unzutreffend und verletze dadurch Bundesrecht. Die Vorinstanz habe festgehalten, der Straf- und Zivilkläger sei gemeinsam mit C aufgetreten und die Beschuldigten hätten C und damit dem Straf- und Zivilkläger Unterlagen ausgehändigt, die es ihnen ermöglicht hätten, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu beurteilen. Das gemeinsame Auftreten und das Aushändigen der Unterlagen bedeuten im Zusammenhang mit dem Tatbestand des Wuchers aber nicht, dass beim Straf- und Zivilkläger trotz der vorerwähnten, von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen keine Unerfahrenheit im Sinne von Art. 157 Ziff. 1 StGB vorliege und dass er über die Risiken des Geschäfts hinreichend aufgeklärt wurde, insbesondere auch weil die Rolle von C unklar blieb. Das Wissen und die Handlungen von C seien vorliegend nicht dem Straf- und Zivilkläger anzurechnen. Die Willenserklärung, die den Vertrag zustande brachte, ging allein vom Straf- und Zivilkläger aus. Er sei denn auch alleinige Vertragspartei und nicht etwa er zusammen mit C. Die Beschwerde erweise sich in diesem Punkt als begründet (E. 2.4.2).

[69] **5.** Das Bundesgericht führte aus, dass die Beurteilung, ob die Gegenleistung zur Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis stehe, nach objektiven Kriterien zu erfolgen habe. Bei der Bewertung der Leistungen sei vom realen Markt- bzw. Verkehrswert auszugehen, der sich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten bei Berücksichtigung aller Faktoren des Einzelfalles ergebe. Offenbar sei das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, wenn es in grober Weise gegen die Massstäbe des anständigen Verkehrs verstosse und die Grenzen dessen, was unter Berücksichtigung aller Umstände im Verkehr üblich sei und als angemessen gelte, erheblich überschritten seien. Die Lehre bejahe dies, wenn die Differenz zwischen dem Marktwert und der angebotenen Leistung in einem reglementierten Bereich 20% übersteigt, in den übrigen Bereichen jedenfalls ab einer Differenz von mehr als 35% (E. 2.4.3).

[70] **a.** Bezüglich des Werts der Gesellschaft habe die Vorinstanz festgestellt, diese sei sowohl per 31. Dezember 2011 als auch per 31. Dezember 2012 und im Zeitpunkt der Übergabe an den Straf- und Zivilkläger überschuldet gewesen und durch die Beschuldigten nicht gewinnbringend geführt worden. Die Beschuldigten hätten dem Straf- und Zivilkläger zwar einen Betrieb mit bestehender Kundschaft, Namen, Logo, Marketinginstrumenten (Webseite, Facebook-Seite) und ei-

ner Aussenstuhlbewilligung übergeben. Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen hätten die Beschuldigten der Gesellschaft jedoch zusätzliches Kapital in Form von Darlehen zukommen lassen müssen. Die Vorinstanz habe die Einschätzung der Erstinstanz geteilt, wonach der Verkaufspreis von CHF 95'000 überhöht gewesen sei. Allerdings habe die Gesellschaft über alle notwendigen Gastgewerbebewilligungen verfügt, inklusive einer Aussenstuhlbewilligung. Ferner erscheine nachvollziehbar, dass die Beschuldigten ein Schlüsselgeld verlangt hätten. Es könne somit laut Vorinstanz nicht gesagt werden, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufs an den Straf- und Zivilkläger wertlos und der Preis von CHF 95'000 völlig überrissen gewesen sei (E. 2.4.4).

[71] **b.** Die Beschwerde erweise sich auch in diesem Punkt als begründet. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz war die Gesellschaft im massgeblichen Zeitpunkt überschuldet. Selbst wenn der Vorinstanz beizupflichten sei, dass die immateriellen Güter einen gewissen Wert hatten und der Straf- und Zivilkläger aufgrund der vorhandenen notwendigen Bewilligungen seinen Betrieb sogleich eröffnen konnte und nicht zuwarten musste, liege ein offenkundiges Missverhältnis zum Verkaufspreis von CHF 95'000 vor. Bei der Frage, ob die Gegenleistung zur Leistung wirtschaftlich in einem offenkundigen Missverhältnis stehe, beziehe die Vorinstanz sodann zu Unrecht ein, dass die Beschuldigten für die Stammanteile der Gesellschaft selbst CHF 40'000 bezahlt hätten. Massgebend für den Vergleich der Leistungswerte sei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, d.h. der Zeitpunkt, in dem Leistung und Gegenleistung fixiert werden. Dies scheinen auch die Beschuldigten zu verkennen, wenn sie ausführen, die Berechnung des Werts der Gesellschaft habe nicht zu dem anlässlich des Verkaufs geschätzten Sach- oder Substanzwert zu erfolgen, sondern in prospektiver Beurteilung zum Zukunftsertragswert (E. 2.4.5).

[72] **Bemerkung: 1.** Diesem Strafurteil liegt ein als Gesellschaftskauf (*Share Deal*) strukturierter Unternehmenskauf zugrunde.⁵⁹ Zu entscheiden hatte das Bundesgericht die Frage, ob sich die beiden Beschuldigten, d.h. die Verkäufer, des Wuchers (Art. 157 Ziff. 1 StGB) schuldig gemacht haben, indem sie dem Straf- und Zivilkläger die Stammanteile an der überschuldeten Gesellschaft (siehe E. 2.4.4/2.4.5) zum Preis von CHF 95'000 verkauft haben. Für die M&A-Praxis ist das Urteil aus zwei Gründen interessant:

[73] **a.** Erstens wandte das Bundesgericht erneut das Strafrecht auf einen Unternehmenskauf an⁶⁰ und urteilte – soweit ersichtlich – erstmals, dass eine Vertragspartei zu einer M&A-Transaktion wegen Unterzeichnung und Vollzug des Transaktionsvertrags den objektiven Tatbestand des Wuchers (Art. 157 Ziff. 1 StGB) erfüllt habe.⁶¹

[74] **b.** Zweitens gibt das referierte Urteil einen Denkanstoss für die Vertragsgestaltung. M&A-Verträge, insbesondere Aktienkauf- und Geschäftsübertragungsverträge, enthalten häufig eine

⁵⁹ Siehe zu den unterschiedlichen Transaktionsmodellen z.B. Urs SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 19 ff.

⁶⁰ Siehe für einen anderen Anwendungsfall z.B. DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anwendung des Strafrechts auf M&A-Transaktionen?, in: dRSK, publiziert am 8. Januar 2016; siehe ferner betreffend Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft ohne eine wirtschaftliche Gegenleistung: BGE 142 IV 341 = Pra 2017, Nr. 83, S. 833 ff., wo das Bundesgericht den Schuldspruch wegen Wuchers aufhob (kritisch: CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016, in: Jusletter 20. November 2017, Rz. 28 ff.).

⁶¹ Kritisch zur Anwendung des Strafrechts auf privatrechtliche Verträge im Allgemeinen: Urteil des Bundesgerichts 6B_663/2011 vom 2. Februar 2012 E. 2.4.1; 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, S. 541 ff., S. 553 f.

Sole Remedy-Klausel.⁶² In den meisten Verträgen schliessen die Parteien damit nur das Recht auf Wandelung (Art. 205 OR) und das Recht auf Auflösung des Vertrags aufgrund eines Grundlagerrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) aus.⁶³ Da gemäss vorherrschender Auffassung der Rechtsbehelf der absichtlichen Täuschung nicht wegbedungen werden kann,⁶⁴ bedingen die Parteien in der Regel mittels der *Sole Remedy*-Klausel das Recht auf Auflösung des Vertrags gestützt auf Art. 28 Abs. 1 OR nicht weg.⁶⁵ Allerdings ist es möglich – und zwar selbst dann, wenn der Rechtsbehelf der absichtlichen Täuschung nicht wegbedungen werden kann –, die Rechtsfolgen der absichtlichen Täuschung im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion ökonomisch gleich auszugestalten wie die Rechtsfolgen des einheitlichen Rechtsbehelfs (*Sole Remedy*).⁶⁶

[75] Nicht wegbedungen wird in M&A-Verträgen nach unserem Kenntnisstand der Rechtsbehelf der Übervorteilung. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass auch der Rechtsbehelf der Übervorteilung nach einer weit verbreiteten Auffassung nicht wegbedungen werden kann.⁶⁷ Ein weiterer Grund dürfte sein, dass die Übervorteilung eines Vertragspartners zu einem M&A-Vertrag (*in praxi* wohl regelmässig die Anteile erwerbende Partei) – soweit ersichtlich – in der Doktrin noch nicht diskutiert worden ist. Aufgrund dieses Urteils sollten die Parteien in der *Sole Remedy*-Klausel mindestens festhalten, dass auch die Rechtsfolgen einer Übervorteilung ökonomisch gleich auszugestalten sind wie die Rechtsfolgen des einheitlichen Rechtsbehelfs.

[76] 2. In der Vergangenheit nahm das Bundesgericht bereits mehrfach zum Verhältnis zwischen der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) und dem Betrug (Art. 146 StGB) Stellung.⁶⁸ Im besprochenen Urteil äusserte sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – zum zweiten Mal, wenn auch etwas vage, zum Verhältnis zwischen der Übervorteilung (Art. 21 OR) und dem Wucher (Art. 157 StGB). Es hielt wie schon im Urteil 6P.37/2007, 6S.82/2007, 6P.38/2007, 6S.84/2007, 6P.39/2007 und 6S.85/2007 vom 24. August 2007 fest, dass der «[...] Anwendungsbereich von Art. 21 OR [...] faktisch weiter gehen [dürfte] als der Tatbestand des Wuchers im Sinne von Art. 157 StGB [...]». Es ist nicht ganz klar, was unter dieser Aussage zu verstehen ist. Nach hier vertretener Auffassung sind der Anwendungsbereich von Art. 21 OR und jener von Art. 157 StGB – wie auch der Anwendungsbereich von Art. 28 OR und jener von Art. 146 StGB⁶⁹ – weitestgehend gleich.⁷⁰

⁶² Zu dieser Klausel z.B. VISCHER/GALLI (Fn. 54), S. 228.

⁶³ Z.B. SIMON MEYER, *Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf*, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band 313, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 593.

⁶⁴ Z.B. INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 28 OR N 24.

⁶⁵ Siehe MEYER (Fn. 63), Rz. 593.

⁶⁶ So z.B. MARKUS VISCHER, *Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf*, SJZ 2005, S. 233 ff., S. 238; MARKUS VISCHER, *Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen*, SJZ 2001, S. 361 ff., S. 367.

⁶⁷ Z.B. ERNST A. KRAMER, *Berner Kommentar*, Bern 1991, Art. 21 OR N 15.

⁶⁸ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_286/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 3.4 m.w.H.

⁶⁹ Gl.M. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1401.

⁷⁰ Wohl gl.M. CLAUDIO STOCKER, *Wucher und Läsion*, Diss. Freiburg 2010, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 189; BERNARD BERTOSSA, *Lesion et usure: Un couple bien étrange*, in: Société genevoise de droit et de législation (Hrsg.), *Le contrat dans tous ses états*, Bern und Genf 2004, S. 125 ff., S. 125 und 127; BK-KRAMER (Fn. 67), Art. 21 OR N 64; ENRICO MAZZOLA, *Verhältnis und Abgrenzung von Art. 20 und 21 OR*, Diss. Basel 1970, S. 29 f.; VICTOR RICKENBACH, *Der Wucher nach Art. 157 des schweizerischen Strafgesetzbuches und sein Verhältnis zum Art. 21 des Obligationenrechts*, Diss. Basel 1953, S. 56; HERMANN HUG, *Der Wucher im schweizerischen Strafrecht*, Diss. Zürich 1937, S. 73; siehe auch PHILIPPE WEISSEBERGER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 157 StGB N 1, der Art. 157 StGB als «strafrechtliches Gegenstück» zu Art. 21 OR ansieht; a.M. MARTIN SCHUBARTH, in: *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch Besonderer Teil, 2. Band: Delikte gegen das Vermögen* (Art. 137–172), Bern 1990,

[77] 3. Das referierte Urteil ist aus zwei Gründen ein Fehlurteil:

[78] a. Erstens ist nicht nachvollziehbar, wieso das Bundesgericht das Wissen von C dem Straf- und Zivilkläger nicht zugerechnet hat (siehe E. 2.4.2). Im Vertretungsrecht gilt nämlich das Prinzip der Wissenszurechnung.⁷¹ Vor diesem Hintergrund hätte das Wissen von C dem Straf- und Zivilkläger zugerechnet werden müssen. Irrelevant ist dabei, welche Motive C als Vertreter hatte und wer die Willenserklärung zum Abschluss des Kaufvertrags abgab (siehe E. 2.4.2). Dem Bundesgericht kann somit nicht gefolgt werden, falls es im besprochenen Urteil das im Vertretungsrecht geltende «eherne Prinzip» der Wissenszurechnung in Frage stellen wollte.

[79] b. Zweitens ist die Begründung des Bundesgerichts dogmatisch unhaltbar, weshalb ein offenes Missverhältnis zwischen den Leistungswerten (d.h. Kaufpreis und Wert der Gesellschaft) vorliegen soll. Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass der Wert der Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufs nur mittels der Substanzwertmethode, nicht aber mit der Ertragswertmethode zu bestimmen sei (siehe E. 2.4.5 *in fine*). Damit widerspricht das Bundesgericht seiner ständigen Rechtsprechung, wonach bei der Bewertung von Unternehmen ein Methodenpluralismus zu befolgen sei.⁷² Folglich hätten, wie von den Beschuldigten vorgebracht, auch künftige Erträge bei der Bewertung der Gesellschaft berücksichtigt werden müssen.

III. Grundstückskauf

1. Kaufvertrag über ein Immobiliengeschäft; Earn out-Klausel; Auslegung von Suspensivbedingungen

Urteil des Bundesgerichts 4A_267/2019 vom 5. September 2019 (MV/DG)⁷³

[80] Zu Beginn der 1980er Jahre schlossen sich Ingenieur A1 und Architekt B (Beklagter, Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer) zusammen, um einen Hotel- und Restaurantkomplex (nachfolgend: Komplex Z) zu bauen. Hierfür erwarben sie ein Grundstück in Miteigentum mit der Aufteilung von zwei Dritteln für den Käufer und von einem Drittel für A1. Im Jahre 1985 verstarb A1 (Sachverhalt Teil A.a).

[81] Die Erbinnen von A1 (Ehefrau A2 und Töchter A3A5; Klägerinnen und Beschwerdeführerinnen, nachfolgend: Erbinnen) wollten sich alsdann aus dem noch unvollendeten Bauprojekt zurückziehen. Am 18. September 1985 schlossen der Käufer und die Erbinnen eine diesbezügliche Vereinbarung (nachfolgend: Vereinbarung) ab (Sachverhalt Teil A.b).

[82] Gemäss Ziff. 3 der Vereinbarung übernahm der Käufer unter gewissen Bedingungen den Anteil von A1, einschliesslich der damit verbundenen Rechte und Pflichten, sofern A2 weiter-

Art. 157 StGB N 9; wohl a.M. auch PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 757; keine Stellungnahme: Botschaft vom 23. Juli 1918 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch, BBl 1918 IV 1, 35 f.; siehe ferner JEAN-RAOUL-HENRI BENOIT, L'usure en matière pénale, Diss. Bern 1952, S. 9: «La morale réproouve l'usure, et le droit positif a sanctionné cette réprobation spécialement au moyen des art. 21 CO et 157 CP: le premier donne au lésé la possibilité de rescinder le contrat usuraire dans le délai d'un an; le second punit l'usurier. Le premier établit l'équité, le second la justice.»

⁷¹ Statt vieler: BGE 140 III 86 E. 4.1 S. 91 = Pra 2014, Nr. 79, S. 588.

⁷² TOBIAS HÜTTCHE/GIORGIO MEIER-MAZZUCATO, Unternehmensbewertung und Rechtsprechung, Anwaltsrevue 2018, S. 319 ff., S. 319 f. m.w.H.

⁷³ Vgl. auch MEIKE PAULETZKI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Auslegung von Suspensivbedingungen, in: dRSK, publiziert am 30. April 2020.

hin den Betrag von CHF 500'000 für die Zahlung allfälliger Rechnungen im Zusammenhang mit dem Komplex Z bereithielt und eine persönliche Garantie von CHF 100'000 zur Verfügung stellte. Der Käufer verpflichtete sich im Falle eines späteren Verkaufs des Komplexes Z bzw. einer positiven Entwicklung dieses Immobiliengeschäfts zu folgenden Rückerstattungen (Ziff. 3 lit. e Vereinbarung):

- an die Erbinnen: die von A1 getätigten Investitionen; und
- an A2: CHF 500'000 sowie die unter ihrer persönlichen Garantie geleisteten Beträge (Sachverhalt Teil A.c).

[83] Mit notarieller Urkunde vom 20. Juni 2011 übertrug der Käufer sein gesamtes Geschäftsvermögen, einschliesslich des Komplexes Z, an die von ihm neu gegründete B AG. Der Käufer übertrug anschliessend sämtliche Aktien der B AG an die V AG, deren Alleinaktionär er ist (Sachverhalt Teil B).

[84] In der Folge gelangten die Erbinnen an das Bezirksgericht Martigny und Saint-Maurice (Erstinstanz) und forderten u.a., der Käufer sei zu verpflichten, A2 CHF 500'000 und ihnen allen CHF 469'760.80 zu zahlen. Mit Urteil vom 21. November 2016 wies die Erstinstanz die Klage ab. Dieses Urteil wurde vom Kantonsgericht Wallis (Vorinstanz) mit Entscheid vom 26. April 2019 bestätigt. Daraufhin gelangten die Erbinnen mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und forderten, das vorinstanzliche Urteil sei u.a. dahingehend abzuändern, dass der Käufer den Erbinnen CHF 430'000 und A2 CHF 500'000 zu zahlen habe. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat (Sachverhalt Teil C/E. 5).

[85] 1. Zuerst untersuchte das Bundesgericht, ob die erste Bedingung («späterer Verkauf») der Rückerstattungsverpflichtung gemäss Vereinbarung erfüllt sei. Der Vorinstanz zufolge löse nur ein Verkauf an einen Dritten und nicht eine interne Verschiebung im Vermögen des Käufers die Rückerstattungspflicht gemäss Vereinbarung aus. Sie habe ihre Meinung mit einer Auslegung der Vereinbarung einerseits nach dem wirklichen Willen der Parteien und andererseits nach dem hypothetischen Willen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip begründet. Nachdem die Erbinnen nur die eine Begründung angingen, dringen sie betreffend die erste Bedingung an sich nicht durch. Zudem sei den Erbinnen bezüglich ihrer Argumentation gestützt auf das Vertrauensprinzip so oder so nicht zu folgen. Sie würden schlicht überhaupt keine Umstände und Indizien darlegen, die darauf schliessen liessen, dass unter den Begriff «Verkauf» in der Vereinbarung auch eine interne Verschiebung im Vermögen des Käufers zu subsumieren wäre (E. 3 Ingress/3.1/3.2/3.4, erster Teil).

[86] 2. Bereits angesichts dessen sei es nicht notwendig, sich mit dem weiteren Erfordernis eines gewinnbringenden Verkaufs und der gerügten Beweislastverletzung im Sinne von Art. 8 ZGB (E. 3.4, zweiter Teil), mit der gerügten Durchgriffstheorie (E. 3.5) und in diesem Zusammenhang ebenfalls mit der Rüge, der Käufer habe den Eintritt der ersten Bedingung nach Art. 156 OR treuwidrig verhindert (E. 3.6), auseinanderzusetzen. Hinsichtlich der letzten Rüge sei jedenfalls die Bösgläubigkeit des Käufers schwer zu erkennen, da das angerufene Risiko eines Kontrollverlusts der Erbinnen über das übertragene Vermögen, das eine Rückerstattung rechtfertigen würde, auf keiner objektiven Grundlage beruhe. Vielmehr sei die Vereinbarung mit dem Komplex Z vom Käufer auf die B AG übergegangen, weshalb die Erbinnen ihre Rechte weiterhin geltend machen können (E. 3.6).

[87] 3. Anschliessend prüfte das Bundesgericht, ob die zweite Bedingung («positive Entwicklung dieses Immobiliengeschäfts») der Rückerstattungsverpflichtung gemäss Vereinbarung erfüllt sei. Wiederum beruhe die Meinung der Vorinstanz, buchhalterisch läge infolge der in der Vergangenheit hinsichtlich des Komplexes Z erlittenen Verluste keine positive Entwicklung des Komplexes Z vor, auf einer Doppelbegründung. Wiederum würden die Erbinnen nur die zweite Begründung, erneut gestützt auf eine Auslegung der Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip, angehen, weshalb sie an sich auch bezüglich der zweiten Bedingung nicht durchdringen. Erneut sei den Erbinnen bezüglich ihrer Argumentation gestützt auf das Vertrauensprinzip so oder so nicht zu folgen. Es lägen keine Gründe vor, welche die buchhalterische Betrachtungsweise der Vorinstanz allein bezüglich des Komplexes Z und nicht bezüglich des Gesamtvermögens vom Käufer infrage stellen würden (E. 4).

[88] **Bemerkung:** 1. Das vorliegende Urteil hat eine *Earn out*-Klausel zum Gegenstand. *Earn out*-Klauseln sind Klauseln in Kaufverträgen, aufgrund derer der Käufer dem Verkäufer einen von bestimmten nachträglichen Ereignissen abhängigen Kaufpreis zahlt.⁷⁴ *Earn out*-Klauseln enthalten damit die Verpflichtung des Käufers zu einer Kaufpreiszahlung unter bestimmten Bedingungen.⁷⁵ Üblich ist die Vereinbarung von suspensiven Bedingungen.⁷⁶

[89] 2. Im vorliegenden Fall standen zwei aufschiebende Bedingungen zur Diskussion, nämlich die Bedingung des späteren Verkaufs des Komplexes Z und die Bedingung der damaligen positiven Entwicklung des Komplexes Z.

[90] 3. Die Formulierung von *Earn out*-Klauseln in Kaufverträgen stellt hohe Anforderungen an die Vertragsgestaltung.⁷⁷ Geschieht dies wie *in casu* nicht genügend präzise, sind *Earn out*-Klauseln in hohem Masse streitanfällig,⁷⁸ was der vorliegende Fall exemplarisch demonstriert.

[91] Es wäre deshalb am Vertragsgestalter gelegen, die beiden Bedingungen präziser zu umschreiben. Dass das Bundesgericht es angesichts der Vagheit beider Bedingungen ablehnte, ihren Eintritt zu bejahen, ist nachvollziehbar, insbesondere auch, was die erste Bedingung angeht. Dabei legte es die Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip aus und wandte dabei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an, die in einer vergleichbaren Situation – nämlich der Ausübung eines Vorkaufsrechts beim Grundstückkauf – in Art. 216c Abs. 1 OR vorgesehen ist, auch wenn bei der *Earn out*-Klausel nur die Kaufpreiszahlungspflicht und nicht wie beim Vorkaufsrecht der ganze

⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_731/2017 vom 12. November 2018 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2017 vom 11. Januar 2018 Sachverhalt Teil A; MARKUS VISCHER, *Earn out*-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, S. 509 ff., S. 509; für Beispiele von Kaufverträgen mit *Earn out*-Klauseln: Urteil des Bundesgerichts 2C_731/2017 vom 12. November 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2018 vom 2. November 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2017 vom 11. Januar 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_536/2017 vom 3. Juli 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_539/2016 vom 6. März 2017; Urteil des Bundesgerichts 6B_189/2016 vom 13. Mai 2016; Urteil des Bundesgerichts 6B_881/2014 vom 3. August 2015; Urteil des Bundesgerichts 6B_885/2014 vom 3. August 2015; Urteil des Bundesgerichts 6B_863/2014 vom 3. August 2015.

⁷⁵ VISCHER (Fn. 74), S. 509; siehe Art. 151 ff. OR zu den Bedingungen im technischen Sinne.

⁷⁶ VISCHER (Fn. 74), S. 509; siehe Art. 151 ff. OR zu den aufschiebenden Bedingungen.

⁷⁷ WOLFGANG PETER, *Purchase price adjustment arbitrations*, in: Gabrielle Kaufmann-Kohler/Alexandra Johnson (Hrsg.), *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, ASA Special Series No. 24, May 2005, S. 55 ff., S. 63; ROLF WATTER/MATTHIAS GSTOEHL, *Preisankpassungsklauseln*, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VI*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 33 ff., S. 49; VISCHER (Fn. 74), S. 511.

⁷⁸ Z.B. SCHENKER (Fn. 59), S. 250; siehe zu den Manipulationsmöglichkeiten des Käufers bei *Earn out*-Klauseln auch ROLF WATTER, *Unternehmensübernahmen: Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Fusion und verwandter Tatbestände*, Habil. Zürich 1990, Rz. 500.

Kaufvertrag suspensiv bedingt ist.⁷⁹ Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise führt im Rahmen von Art. 216c OR dazu, dass die Einbringung eines Grundstücks in eine vom Einbringer kontrollierte Gesellschaft in der Regel kein Vorkaufsfall ist.⁸⁰

2. Merkantiler Minderwert bei Immobilien

Urteil des Bundesgerichts 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019, publiziert als BGE 145 III 225 (CB)⁸¹

[92] Im Jahr 2001 schlossen drei Ehepaare mit einer Generalunternehmerin je einen Vertrag über die Erstellung von drei nebeneinanderliegenden Einfamilienhäusern in Küsnacht (Kanton Zürich). Im fünften Jahr nach Fertigstellung der Häuser kam es infolge heftiger Regenfälle im August 2007 zu einem Wassereintrich. Nachdem die Ehepaare bei der Generalunternehmung schriftlich Mängelrüge erhoben und sie erfolglos zu deren Behebung sowie zum Schutz vor allfälligen weiteren Schadensfällen aufgefordert hatten, liessen sie im Sinne einer Ersatzvornahme ein Hochwasserschutzkonzept realisieren. Ein Ehepaar verkaufte sein Einfamilienhaus im Laufe des Verfahrens (August 2012) für CHF 3'200'000 an Dritte, die über den Wassereintrich informiert worden waren. Einige Jahre später, aber immer noch während des kantonalen Verfahrens (Oktober 2016), schätzte ein Gutachter den Verkehrswert dieser Liegenschaft auf CHF 3'000'000.

[93] Auf Klage der drei Ehepaare verurteilten die kantonalen Instanzen die Generalunternehmerin für die Kosten der Nachbesserungsarbeiten sowie solidarisch mit deren Geschäftsführer, der gestützt auf ausservertragliche Haftung belangt wurde, für weitere Schadenspositionen. Abgewiesen wurde dagegen die Forderung in der Höhe von rund CHF 1'000'000 für Schaden aus merkantilem Minderwert. Vor Bundesgericht war einzig die Frage des Bestandes und gegebenenfalls der Höhe des geltend gemachten Schadens aus merkantilem Minderwert streitig.

[94] 1. Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass es sich noch nie über die Anerkennung eines merkantilen Minderwerts bei Immobilien als ersatzfähigen Schaden konkret geäussert habe. Es definierte den Begriff wie folgt: «Unter dem merkantilen Minderwert versteht man die durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache, die unabhängig von deren technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung eintritt. Dieser merkantile Minderwert orientiert sich am subjektiven Empfinden potenzieller Käufer, wobei der Grund, weshalb der Markt mit einem nicht technisch begründeten Preisabschlag reagiert, ohne Belang ist. Während diese Wertminderung sich regelmässig – etwa bei einer beschädigten Sache – mit dem Verdacht verborgener Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung der Sache erklären lässt, sind

⁷⁹ VISCHER (Fn. 74), S. 511; siehe zum Charakter des Vorkaufsrechts als suspensiver Kaufvertrag z.B. VISCHER (Fn. 39), S. 83.

⁸⁰ VISCHER (Fn. 39), S. 84 bezüglich Aktien, m.H. u.a. auf Urteil des Bundesgerichts 5A_121/2013 vom 2. Juli 2013 E. 3.2, und Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010 vom 15. April 2010 E. 3, beide bezüglich eines Grundstücks; zweites Urteil bestätigt in BGE 143 III 480 E. 5.6.2 S. 491 ff.

⁸¹ Vgl. auch WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Der merkantile Minderwert bei Grundstücken: 4A_394/2018, HAVE 2019, S. 260 ff.; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/DANIEL PFÄFFLI, Aktualitäten im Haftpflichtrecht, in: Anne-Sylvie Dupont/Helmut Heiss/Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR 2019, S. 83 ff., S. 97 ff.; VITO ROBERTO/BURIM PAVATAJ, Merkantiler Minderwert, AJP 2019, S. 985 ff.; THOMAS SIEGENTHALER, BGE 145 III 225 vom 20. Mai 2019, BR 2019, S. 339 ff.; MARKUS VISCHER, BGE 4A_394/2018 (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Minderwert, AJP 2019, S. 842 ff.; CHRISTOPH MÜLLER/ESTELLE VUILLEUMIER, Dépréciation mercantile d'un bien immobilier – Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_394/2018 du 20 mai 2019, HAVE 2019, S. 268 ff.; ANDREAS SCHNEUWLY, Merkantiler Minderwert, ius.focus 2019, Nr. 169.

auch andere wertmindernde Faktoren rein psychologischer Art denkbar. Ob der merkantile Minderwert als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren oder dem Bereich der Minderung zuzuordnen ist, ist in der Lehre umstritten [...]» (E. 3.1). Die letzte Frage liess das Bundesgericht offen,⁸² anerkannte aber die grundsätzliche Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts.

[95] In einem Entscheid von 2017, in dem es um die schadensrechtlichen Folgen eines Brands bei der Errichtung eines Panoramarestaurants ging, hatte das Bundesgericht bereits erwogen, dass ein merkantiler Minderwert prinzipiell bei allen Sachen eintreten könne, für die aufgrund ihrer Eigenart die Möglichkeit erhöhter Schadenanfälligkeit typisch sei, bei denen also die Befürchtung verborgener Schäden oder Mängel für den weiteren Gebrauch der Sache von Bedeutung sei. In diesem Fall gelang dem Geschädigten indessen der Schadensnachweis nicht.⁸³

[96] 2. Das Bundesgericht wies unter Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung darauf hin, dass der im merkantilen Minderwert liegende Schaden im Zeitablauf immer geringer werde, bis er schliesslich verschwinde, es sei denn, er sei inzwischen durch eine konkrete Auswirkung des Minderwerts auf den Vermögensstand des Eigentümers festgelegt worden. Dies lasse sich damit erklären, dass das Misstrauen des Marktes mit der Zeit abnehme bzw. das schadenstiftende Ereignis langsam vergessen gehe, bis es bei der Bewertung gar keine Rolle mehr spiele. Bei Immobilien werde davon ausgegangen, dass der merkantile Minderwert nach höchstens 15 Jahren ganz verschwinde (E. 3.2.1).

[97] Die Berücksichtigung von zukünftigen Entwicklungen im Rahmen der Schadensermittlung betreffe nicht nur zum Urteilszeitpunkt noch nicht entstandene Schadensposten, sondern auch Schäden, die wie beim merkantilen Minderwert voraussehbaren Änderungen ausgesetzt sind. Die antizipierte Entwicklung dieser Schadensart, wonach ein solcher Schaden nach allgemeiner Auffassung stets kleiner werde bis er in verhältnismässig kurzer Zeit ganz verschwinde, sei zu berücksichtigen. Dies entspreche den (in E. 3/4.1) dargestellten Grundsätzen des schweizerischen Schadensrechts und führe – im Gegensatz zum starren Abstellen auf einen allgemeinen Zeitpunkt für die Bestimmung des Schadens – zu einem sachgerechten Ergebnis (E. 4.1.4).

[98] 3. Das Bundesgericht erwog, bei der Behandlung des merkantilen Minderwerts sei je nach Art der betroffenen Sache zu differenzieren. Während bei Motorfahrzeugen die Bundesgerichtspraxis zu Recht seit langem eine *abstrakte* Schadensberechnung zulasse,⁸⁴ sei bei Immobilien für den Ersatz eines merkantilen Minderwertes nur eine *konkrete* Schadensberechnung zulässig (E. 4.2).

[99] Im Gegensatz zu Immobilien beruhe die Veränderung des Schadens aus merkantilem Minderwert bei Autos im Zeitablauf nicht primär darauf, dass das Vertrauen des Marktes in die Sache mit der Zeit wieder zunehme bzw. das schadenstiftende Ereignis vergessen gehe. Dass die Bedeutung des merkantilen Minderwertes für die Bewertung eines Fahrzeuges mit der Zeit abnehme, sei vielmehr in erster Linie darauf zurückzuführen, dass das Fahrzeug (wie bei anderen Konsumgütern) im Zeitablauf an Wert einbüsse, bis es schliesslich zum Gebrauch ungeeignet sei, weshalb

⁸² E. 3.1, u.H.a. HERIBERT TRACHSEL, Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht, BR 2017, S. 333 ff., S. 336 f. und 337 ff. Vgl. auch VISCHER (Fn. 81), S. 849, Anm. 12 (m.N.), wonach die Frage, ob im Gewährleistungsrecht ein merkantiler Minderwert zu ersetzen ist, eine Frage der (verschuldensunabhängigen) Minderung ist und sie sich entsprechend nicht erst im Rahmen des Schadenersatzrechts bei der Prüfung stellt, ob der merkantile Minderwert ein unter Umständen nur verschuldensabhängig zu ersetzender Mangelfolgeschaden ist. – Aufgrund der nachstehend dargelegten schadensrechtlichen Besonderheiten des merkantilen Minderwerts erscheint indessen fraglich, ob dieser tatsächlich dem Bereich der Minderung zugeordnet werden kann.

⁸³ E. 3.1 *in fine*, m.H.a. Urteil des Bundesgerichts 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 4.3.1/4.3.3.1.

⁸⁴ Bei Motorfahrzeugen wird der merkantile Minderwert seit langem anerkannt (vgl. E. 3.1 m.H.a. BGE 64 II 137 und BGE 84 II 158).

die merkantile Wertminderung ebenfalls unbedeutend werde. Obschon nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein Unfallwagen in der Regel einen tieferen Wiederverkaufswert besitze als ein unfallfreies Auto, liege nicht bei jedem reparierten Unfallauto ein merkantiler Minderwert vor. Da bei Instandsetzung gegebenenfalls abgenutzte Bauteile durch neue ersetzt werden, sei bei neueren Fahrzeugen ein merkantiler Minderwert tendenziell eher zu rechtfertigen. Ob eine merkantile Wertminderung vorliegt, sei vielmehr in jedem konkreten Fall zu prüfen, wobei insbesondere das Alter des Fahrzeuges und die Art der erfolgten Reparaturen zu berücksichtigen seien (E. 4.2.2).

[100] Für den Erwerb einer Immobilie und deren Bewertung durch den Markt seien eine Vielzahl von Faktoren – wie z.B. Lage und Ausbaustandard – von Bedeutung. Weiter seien Immobilien besonders wertvolle Güter, die für den Eigentümer und dessen Angehörige bzw. – bei Geschäftsimmobilien – für das Geschäft eine besondere Bedeutung haben. Deshalb dürfte ein allfälliger merkantiler Minderwert bei der Entscheidung, über eine Immobilie zu verfügen, gewöhnlich nur eine untergeordnete Rolle spielen. Das in der Lehre gegen das Erfordernis einer konkreten Schadensberechnung anzutreffende Argument, der Geschädigte würde andernfalls vor die Wahl gestellt werden, entweder sofort zu verkaufen oder auf den Ersatz zu verzichten, lasse sich folglich kaum auf Immobilien übertragen. Der vorübergehenden Natur eines Schadens aus merkantilem Minderwert werde bei Immobilien am besten dadurch Rechnung getragen, dass dessen Ersatz auf den Fall zu beschränken sei, dass eine konkrete Vermögensverminderung nachgewiesen werde. Ein konkreter – im Reinvermögen des Geschädigten bleibender – Schaden könne in erster Linie dadurch entstehen, dass die Immobilie verkauft werde.

[101] Bezogen auf den konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, die Ehepaare, welche ihre Häuser nicht verkauft hatten, hätten keine Dispositionen über ihre Liegenschaften getroffen und könnten auch nicht aus anderen Gründen konkret einen bleibenden unveränderlichen Schaden in ihrem Reinvermögen nachweisen. Folglich hätten sie keinen Anspruch auf den Ersatz eines allfälligen merkantilen Minderwertes. Beim Ehepaar, welches sein Haus verkauft habe, komme zwar eine konkrete Schadensberechnung in Frage. Allerdings habe es nicht nachgewiesen, inwiefern ein Schaden aus merkantilem Minderwert entstanden sei. Da der im August 2012 erzielte Kaufpreis von CHF 3'200'000 den im Oktober 2016 geschätzten Verkehrswert von CHF 3'000'000 übersteige, sei kein Schaden ersichtlich.

[102] **Bemerkung: 1.** Der in Fünferbesetzung ergangene Entscheid zum merkantilen Minderwert bei Immobilien enthält eine ausführliche Begründung, welche auch rechtsvergleichende Hinweise auf die Rechtslage in Deutschland und Österreich enthält. Der Grund für die zurückhaltende Zusprechung des merkantilen Minderwerts bei Immobilien nur bei Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen (namentlich eines konkreten und nicht bloss abstrakten Schadensnachweises) dürfte in erster Linie darin liegen, dass bei Immobilien die Berechnung höchst unsicher bzw. spekulativ ist. Wie zutreffend hervorgehoben wurde, ist die Beurteilung merkantiler Minderwerte von Immobilien insbesondere mangels statistisch verifizierter Bewertungsansätze weitaus schwieriger als bei Motorfahrzeugen, wo aufgrund des liquiden Marktes für Gebrauchtwagen anerkannte Schätzungskriterien bestehen, welche als Orientierungshilfen dienen können.⁸⁵

[103] 2. Die hohen Anforderungen an den Nachweis eines merkantilen Minderwerts, insbesondere die Unzulässigkeit einer abstrakten Berechnung, kann bei Immobilien also damit begründet

⁸⁵ ROBERTO/PAVATAJ (Fn. 81), S. 992.

werden, dass die Bestimmung des Verkehrswerts typischerweise von vielen Faktoren abhängt und sehr unsicher ist. So kann der Verkaufspreis erheblich über oder unter dem Schätzwert liegen.⁸⁶ Die Unsicherheit wird durch den Umstand verstärkt, dass der merkantile Minderwert bei Immobilien im Normalfall wie im Entscheid erwähnt mit dem Zeitablauf immer geringer wird und auf null sinkt. Nicht langlebige Sachen, wie normale⁸⁷ Fahrzeuge oder andere Konsumgüter, unterliegen dagegen einer zeitbedingten Wertverminderung, welche die auch hier theoretisch bestehende Abnahme des merkantilen Minderwerts mit dem Zeitablauf als irrelevant erscheinen lässt. Allerdings ist auch zu beachten, dass im Einzelfall der merkantile Minderwert bei Immobilien durch Zeitablauf gerade nicht sinkt, sondern sogar zunehmen kann, etwa bei Bodenkontaminationen oder Verwendung von potenziell gesundheitsschädigenden Materialien.⁸⁸

[104] 3. Der Entscheid zeigt, dass selbst im Fall, dass die mit einem merkantilen Minderwert behaftete Immobilie verkauft wird und somit die konkrete Berechnung im Prinzip zur Anwendung gelangt, die Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts verneint wird, weil wegen des über dem Schätzwert liegenden Verkaufspreises kein Schaden ersichtlich ist.⁸⁹ Keine Beachtung schenkte das Bundesgericht dem Umstand, dass der Gutachter im kantonalen Verfahren den merkantilen Minderwert im Zeitpunkt des Verkaufs auf rund 8.5% des damaligen Verkehrswertes, d.h. ca. CHF 270'000, geschätzt hatte.⁹⁰ Umgekehrt ist indessen nicht bei allen Verkäufen zu Preisen unter dem Schätzwert ohne Weiteres anzunehmen, der tiefere Verkaufspreis sei auf einen merkantilen Minderwert zurückzuführen.⁹¹ Der konkrete Schadensnachweis müsste aber bei einem Verkaufspreis unter dem Schätzpreis verbunden mit einem Gutachten, das den kausalen Beitrag des merkantilen Minderwerts belegt, grundsätzlich gelingen.

[105] 4. Die dem Entscheid zugrunde liegende Differenzierung zwischen Immobilien und Motorfahrzeugen und der Ausschluss der abstrakten Schadensberechnung bei Immobilien wurde in der Literatur teilweise kritisiert, da die bei Immobilien notwendige konkrete Berechnung bedeute, dass der Geschädigte einen merkantilen Minderwert nur geltend machen könne, wenn er den Verlust realisiert, aus dem merkantilen Minderwert also eine bleibende Vermögensverminderung entstehe.⁹² Der Einwand, der merkantile Minderwert nehme sowohl beim Fahrzeug als auch bei der Liegenschaft im Laufe der Zeit ab,⁹³ ist jedoch wie gesehen nicht stichhaltig, da bei Fahrzeugen (und anderen nicht langlebigen Konsumgütern) dieser Aspekt aufgrund der Entwertung durch Zeitablauf in den Hintergrund rückt und als irrelevant erscheint. Die Differenzierung überzeugt daher aufgrund der bei Immobilien (nicht aber bei Konsumgütern) gebotenen Berücksichtigung der typischerweise erfolgenden Abnahme des merkantilen Minderwerts durch

⁸⁶ Siehe etwa ROBERTO/PAVATAJ (Fn. 81), S. 991: «So kann der Verkaufspreis erheblich über dem Schätzwert liegen, etwa wenn ein bestimmter Käufer bereit ist, einen Liebhaberpreis zu zahlen, oder andere Gründe vorliegen, weshalb er genau diese Liegenschaft erwerben will. Umgekehrt kann der Preis auch deutlich unter dem Schätzwert liegen, wenn in der fraglichen Zeitspanne, in welcher ein Käufer gesucht wird, wenige Interessenten bestehen oder sich das Marktumfeld ändert. Die Zusprennung eines merkantilen Minderwerts kann kaum von diesen Zufälligkeiten abhängen.»

⁸⁷ ROBERTO/PAVATAJ (Fn. 81), S. 991, weisen zu Recht darauf hin, dass etwa Oldtimer oder Luxusautos ebenfalls langlebig sein können.

⁸⁸ Siehe ROBERTO/PAVATAJ (Fn. 81), S. 990.

⁸⁹ Rz. 101.

⁹⁰ Vgl. E. 2.2.1.

⁹¹ ROBERTO/PAVATAJ (Fn. 81), S. 991.

⁹² Vgl. etwa die kritischen Bemerkungen von ROBERTO/PAVATAJ (Fn. 81), S. 990 ff., und VISCHER (Fn. 81), S. 848 f.

⁹³ ROBERTO/PAVATAJ (Fn. 81), S. 990.

Zeitablauf. Diese Lösung dürfte auch mit Art. 42 Abs. 2 OR in Einklang stehen⁹⁴ und dem im Schadenersatzrecht geltenden Bereicherungsverbot.⁹⁵

[106] Zudem kann das Erfordernis eines konkreten Nachweises des merkantilen Minderwerts bei Immobilien auch damit begründet werden, dass es bei Immobilien in der Regel wohl an einem «Marktpreis» (im Sinne der nachstehend genannten Bestimmungen) fehlt. Im Kaufrecht ist gemäss Art. 191 Abs. 3 OR und Art. 215 Abs. 2 OR (ähnlich: Art. 76 CISG) eine abstrakte Schadensberechnung zulässig, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat. Unter Marktpreis ist hier der Preis zu verstehen, der unter Angebot und Nachfrage für eine Ware an einem bestimmten Ort zu der bestimmten Zeit infolge regelmässiger Geschäftsabschlüsse erzielt wird. Liegen nur gelegentliche Geschäftsabschlüsse vor, so kann noch nicht von einem Marktpreis gesprochen werden.⁹⁶ Dies deckt sich mit der oben erwähnten Feststellung, dass die Beurteilung merkantiler Minderwerte von Immobilien mangels statistisch verifizierter Bewertungsansätze weitaus schwieriger ist als bei Motorfahrzeugen.

[107] 5. Aus praktischer Sicht entscheidend ist die Frage, ob es aus Sicht des Geschädigten Möglichkeiten gibt, den konkreten Nachweis des merkantilen Minderwerts bei Immobilien anders als durch einen Verkauf (verbunden mit einem Gutachten) nachzuweisen. Der Entscheid verlangt den Nachweis eines konkreten, im Reinvermögen des Geschädigten bleibenden Schadens und nennt den Verkauf als Hauptbeispiel («in erster Linie»; E. 4.2.3). Damit wird ein anderer konkreter Nachweis keineswegs ausgeschlossen. Besteht etwa eine Befürchtung verborgener Schäden oder Mängel wie im Fall eines Brands bei der Errichtung eines Restaurants, so sollte der Käufer/Besteller berechtigt sein, vom Verkäufer/Unternehmer die Einräumung einer Herstellergarantie mit hinreichend langer Garantiefrist verlangen zu können bzw. die Kosten für eine solche Garantie durch einen Dritten oder für eine entsprechende Versicherungsabdeckung als konkreten Schaden geltend zu machen.⁹⁷

⁹⁴ In diesem Sinne FELLMANN/BURGER (Fn. 81), S. 267: «Die Lösung des Problems liegt in Art. 42 OR, der die Festsetzung des Schadens regelt. Realisiert der Geschädigte seinen Verlust nämlich nicht, weil er die minderwertige Sache behält, lässt sich der merkantile Minderwert «ziffernmässig» nicht nachweisen. Der Richter hat ihn daher gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» abzuschätzen. [...] Bei seiner Schätzung muss er von der allgemeinen Lebenserfahrung ausgehen und ermitteln, was in solchen Fällen üblicherweise geschieht. Nach der hier vertretenen Auffassung versteht es sich von selbst, dass er bei diesen Überlegungen auch berücksichtigen muss, dass der (im Moment zwar noch bestehende) Schaden stets kleiner und etwas später ganz verschwinden wird.»

⁹⁵ Siehe dazu den Entscheid E. 5.1: «Es wäre stossend, dem Geschädigten einen solchen beträchtlichen Ersatz für einen Schaden zuzusprechen, von dem aufgrund seiner Eigenart anzunehmen ist, dass er in absehbarer Zeit nicht mehr bestehen wird. Ein solcher abstrakter Ersatz würde einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten gleichkommen. Nach den vorstehenden Ausführungen ist ein allfälliger Schaden vielmehr nur ersatzfähig, wenn er sich im konkreten Fall als ein bleibender unveränderlicher Schaden im Reinvermögen des Geschädigten auswirkt.»

⁹⁶ STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 215 OR N 10 m.H.a. BGE 89 II 214 E. 5c S. 220 f.

⁹⁷ Vgl. auch SIEGENTHALER (Fn. 81), S. 341.

3. Grundlagenirrtum bei zusammengesetztem Vertrag (Miet- und Kaufvertrag)

Urteil des Bundesgerichts 4A_335/2018 vom 9. Mai 2019 (CB)⁹⁸

[108] Die Genfer Immobiliengesellschaft A SA (Verkäuferin/Vermieterin) schloss am 3. Dezember 2010 mit B1 (Käuferin/Mieterin), nach Verhandlungen mit deren Vater B2, einen Vorvertrag über den Kauf einer im Rohbau stehenden Stockwerkeigentumswohnung von 130m² in Genf und zugleich einen Mietvertrag über diese Wohnung ab. Beide Verträge waren auf drei Jahre bis zum 30. April 2014 befristet. B1 war berechtigt, auf eigene Kosten bauliche Veränderungen vorzunehmen, damit die Wohnung während der drei Jahre bewohnbar war. Der Zweck der beiden Verträge bestand darin, dass B1 die Wohnung drei Jahre als Mieterin bewohnen sollte, um die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR,⁹⁹ eines Gesetzes zum Erhalt der Wohnfläche in der Stadt Genf, zu erfüllen und anschliessend Eigentümerin der Wohnung werden zu können.

[109] Gemäss Art. 39 Abs. 2 LDTR wird die Bewilligung verweigert, wenn ihrer Erteilung ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.¹⁰⁰ Art. 39 Abs. 3 LDTR lautet wie folgt: «Um eine fortschreitende Nutzungsänderung eines Mietgebäudes zu verhindern, wird das Interesse eines Mieters, der seine Wohnung seit mindestens drei Jahren tatsächlich bewohnt, am Erwerb der besagten Wohnung, nur dann als überwiegend angesehen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind: 60% der bestehenden Mieter stimmen diesem Erwerb formell zu; in diesem Fall muss den verbleibenden Mietern jedoch garantiert werden, dass sie nicht gezwungen werden, ihre Wohnung zu kaufen oder diese zu verlassen.»¹⁰¹

[110] Der Kaufvorvertrag sah einen Verkaufspreis von CHF 2'700'000 vor, wobei bereits Anzahlungen von CHF 270'000 und CHF 1'080'000 geleistet wurden. Er stand unter der Resolutivbedingung der Erteilung der Verkaufsbewilligung gemäss Art. 39 Abs. 3 LDTR durch die zuständige Behörde. Im Falle eines Nichteintritts der Bedingung sah der Kaufvorvertrag vor, dass er ohne jegliche Entschädigungsansprüche der Parteien nichtig werden würde. Die endgültige Verkaufsurkunde sollte 30 Tage nach Inkrafttreten der Verkaufsgenehmigung, spätestens jedoch bis zum 30. April 2014, abgeschlossen werden.

[111] Der Mietzins wurde von der zuständigen Genfer Behörde festgelegt und belief sich auf monatlich CHF 1'121 zuzüglich Nebenkosten von CHF 200. Der Mietvertrag schloss die Anwendung von Art. 260a Abs. 3 OR ausdrücklich aus und sah in Art. 66 der besonderen Mietbedingungen vor, dass B1 als Mieterin bei Vertragsende keinerlei Entschädigung für einen allfälligen Mehrwert

⁹⁸ Vgl. auch THIERRY DUBOIS/MANON NICOLE, *Chronique de jurisprudence immobilière*, Not@lex 2020, S. 37 ff., S. 37 f.; ELENA KOCH/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Grundlagenirrtum beim zusammengesetzten Vertrag*, in: *DRSK*, publiziert am 19. Dezember 2019; ALFRED KOLLER, *Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge*, *AJP* 2020, S. 562 ff.; PASCAL PICHONNAZ, *Commentaire de l'arrêt du TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019*, *BR* 2019, S. 333 ff.; AURÉLIE GANDOY, *TF 4A_335/2018 (09.05.2019)*, *DB* 2019, S. 35 ff.; ANDREAS SCHNEUWLY, *Irrtum bei zusammengesetzten Verträgen*, *ius.focus* 2019, Nr. 220.

⁹⁹ «Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (LDTR).»

¹⁰⁰ Französischer Originalwortlaut: «2 Le département refuse l'autorisation lorsqu'un motif prépondérant d'intérêt public ou d'intérêt général s'y oppose. L'intérêt public et l'intérêt général résident dans le maintien, en période de pénurie de logements, de l'affectation locative des appartements loués.»

¹⁰¹ Übersetzung des französischen Originalwortlauts: «3 Afin de prévenir le changement d'affectation progressif d'un immeuble locatif, le désir d'un locataire, occupant effectivement son logement depuis 3 ans au moins, d'acquérir ledit logement n'est présumé l'emporter sur l'intérêt public que si les conditions suivantes sont réunies: 60% des locataires en place acceptent formellement cette acquisition; dans ce cas cependant, les locataires restants devront obtenir la garantie de ne pas être contraints d'acheter leur appartement ou de partir.»

der Wohnung aufgrund von ihr mit Zustimmung der Vermieterin getätigten baulichen Massnahmen geltend machen könne.

[112] Am 8. Januar 2013 stellte das Bundesgericht in seinem Urteil 1C_357/2012 fest, dass die Praxis der Genfer Behörde in Bezug auf Art. 39 Abs. 3 LDTR gesetzeswidrig sei. Durch die automatische Erteilung der Bewilligung einzig unter der Voraussetzung, dass die Bedingung von Art. 39 Abs. 3 LDTR erfüllt ist, verstosse sie gegen die gebotene Interessensabwägung, welche in Art. 39 Abs. 2 LDTR vorgeschrieben sei. Am 13. Juni 2013 teilte die A SA der B1 mit, im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil vom 8. Januar 2013 sei die Genfer Behörde verpflichtet, ihre Praxis zu ändern, so dass nun eine Verkaufsbewilligung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht erteilt werden würde. In der Folge unterliess es die A SA, die Verkaufsbewilligung zu beantragen.

[113] Am 5. März 2014 erklärte B1 der A SA, dass sie sowohl den Mietvertrag als auch den Kaufvorvertrag infolge absichtlicher Täuschung für ungültig erkläre. Sie tätigte keine weiteren Mietzinszahlungen, gab jedoch die Wohnung nicht an die A SA zurück. Am 5. Februar 2015 klagte sie auf Feststellung der Ungültigkeit der Verträge sowie Schadenersatz, insbesondere für die bis zu diesem Zeitpunkt getätigten Sanierungs- und Renovierungsarbeiten in der Höhe von CHF 623'320.33. Die A SA forderte widerklageweise eine Entschädigung für den «widerrechtlichen» Verbleib der B1 in der Wohnung von CHF 6'200 pro Monat seit dem 1. Mai 2014.

[114] Das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf («*Tribunal de première instance*») verurteilte die A SA zur Zahlung einer Entschädigung von CHF 315'000 für die Sanierungs- und Renovierungsarbeiten aufgrund analoger Anwendung von Art. 260a Abs. 3 OR und B1 zur Zahlung von CHF 1'321 pro Monat ab dem 1. Mai 2014 für den «unerlaubten» Verbleib in der Wohnung. Das Genfer Berufungsgericht («*Cour de justice*») erhöhte die an B1 zu leistende Entschädigung auf CHF 500'000, bestätigte aber im Übrigen das erstinstanzliche Urteil. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der A SA ab.

[115] 1. Zunächst qualifizierte das Bundesgericht die vertragliche Beziehung der Parteien als einen zusammengesetzten Vertrag, der aus zwei voneinander abhängigen Verträgen bestehe, dem Kaufvorvertrag und dem Mietvertrag. Gemäss der Rechtsprechung liege ein zusammengesetzter Vertrag vor, wenn die verschiedenen Verpflichtungen der Parteien keine unabhängigen Verträge nach Massgabe des Parteiwillens darstellen, sondern miteinander verbunden und gegenseitig voneinander abhängig seien. Durch den zusammengesetzten Vertrag werden mehrere getrennte, aber voneinander abhängige Verträge zusammenführt. Ein zusammengesetzter Vertrag müsse als Einheit und wie ein einziger Vertrag behandelt werden. In der Regel könne er nur selten vollständig den Regeln eines gesetzlich geregelten Vertrages unterworfen werden. Vielmehr sei für jede einzelne Rechtsfragen (z.B. Kündigung) der vertragliche Regelungsschwerpunkt zu bestimmen, dem dann der zusammengesetzte Vertrag als Ganzes für die betreffende Rechtsfrage zu unterstellen sei (E. 4.1).

[116] 2. In einem nächsten Schritt prüfte das Bundesgericht, ob der zusammengesetzte Vertrag wirksam für ungültig erklärt wurde. Die Vorinstanz hatte für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass beide Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses davon ausgegangen waren, dass die Genfer Behörde ihre damalige Praxis nicht ändern und die Genehmigung zum Verkauf erteilen würde, sobald die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR erfüllt sind. Nach dem Bundesgericht musste daher angenommen werden, dass sich die Käuferin/Mieterin (B1) subjektiv bezüglich eines zukünftigen Ereignisses irrte, nämlich über die Sicherheit, eine Genehmigung zu erhalten bzw. dass die Genfer Behörde ihre Praxis nicht ändern würde (subjektive Wesentlich-

keit), und dass sich die A SA im gleichen Irrtum befunden habe (objektive Wesentlichkeit). Selbst wenn sich die A SA nicht im selben Irrtum befunden hätte, sei für sie jedenfalls nach Treu und Glauben erkennbar gewesen, dass die Bestimmung im Kaufvorvertrag, welche bei Nichterteilung der Genehmigung die Auflösung des Vertrags ohne Entschädigung vorsieht, und Art. 66 der besonderen Mietbedingungen, welcher in diesem Fall jegliche Entschädigung für einen allfälligen Mehrwert aufgrund von der Mieterin getätigten baulichen Massnahmen ausschliesst, für B1 ohne die angenommene sichere Erteilung der Genehmigung unannehmbar gewesen wäre, da ihr die Wohnung im Rohbau übergeben wurde und sie grössere Arbeiten in die Wohnung investieren musste, um die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR zu erfüllen. Das Bundesgericht teilte daher die Auffassung der Vorinstanz, wonach der zusammengesetzte Vertrag aufgrund eines Grundlagenirrtums ungültig sei (E. 5.1.2/3).

[117] 3. Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Irrtumsanfechtung bestätigte das Bundesgericht seine Praxis, wonach ein Vertrag, der mangels Genehmigung für ungültig erklärt wird (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR), grundsätzlich *ex tunc* ungültig ist und die bereits erbrachten Leistungen nach Art. 641 Abs. 2 ZGB (Vindikation) bzw. Art. 62 ff. OR (ungerechtfertigte Bereicherung) zurückzugeben sind. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellten jedoch Dauerverträge dar, die gemäss analoger Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR¹⁰² grundsätzlich *ex nunc* aufgelöst würden. Auf bereits erbrachte Leistungen bleibe der Vertrag grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der Ungültigkeitserklärung unverändert gültig (E. 5.2.1). Die Frage, ob die Irrtumsanfechtung eines zusammengesetzten Vertrages *ex tunc* oder *ex nunc* Wirksamkeit entfalte, müsse nach dem Regelungsschwerpunkt des Vertragsverhältnisses bestimmt werden. Vorliegend hatte die Vorinstanz festgestellt, dass nach dem Parteiwillen B1 die Wohnung erwerben und nicht Mieterin werden sollte; das Mietverhältnis war bloss Mittel zum Zweck (Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR). Der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses liege damit im Erwerb der Wohnung, so dass die Ungültigkeitserklärung aufgrund eines wesentlichen Irrtums zur Unverbindlichkeit des zusammengesetzten Vertrages *ex tunc* führe. Dies gelte auch für den Mietvertrag; der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Unverbindlichkeit sei für den zusammengesetzten Vertrag einheitlich zu bestimmen (E. 5.2.2/3).

[118] 4. Bezüglich der strittigen Frage der Entschädigung für den Wohnungsausbau lag nach dem Bundesgericht der Regelungsschwerpunkt in einem faktischen Vertragsverhältnis ähnlich einem Mietvertrag, so dass die Regeln des Mietvertragsrechts (Art. 253 ff. OR) ergänzend anwendbar seien. Entgegen der Vorinstanz sei es somit nicht notwendig, den Vertrag mittels Anwendung des Grundsatzes der *clausula rebus sic stantibus* anzupassen.

[119] Das Bundesgericht prüfte in der Folge die Anwendung von Art. 260a Abs. 3 OR, welcher voraussetzt, dass (i) der Vermieter den Änderungen vorgängig schriftlich zugestimmt hat, (ii) die Mietsache einen objektiv bestimmbaren Mehrwert aufweist und (iii) dieser Mehrwert erheblich ist. Die Höhe der Entschädigung könne aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Falls angepasst werden. Zu beachten sei etwa ein reduzierter Mietzins, von dem der Mieter als Gegenleistung profitiert habe oder die vermiedene Erhöhung des Mietzinses, die er hätte zahlen müssen, wenn der Vermieter die Arbeiten durchgeführt hätte oder besondere Vorteile, die

¹⁰² Art. 320 Abs. 3 OR bestimmt: «Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages vom einen oder andern aufgehoben wird.»

die Renovierung bzw. der Umbau mich sich bringe. Die Höhe der Entschädigung sei vom Gericht nach Recht und Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB festzusetzen, wobei der Vorinstanz ein weiter Ermessensspielraum zustehe und das Bundesgericht diese Festsetzung nur mit Zurückhaltung durch seine eigene ersetze. Die Vorinstanz hatte eine – im Vergleich zu den effektiven Kosten von CHF 623'320.33 reduzierte – Entschädigung in der Höhe von CHF 500'000 als angemessen erachtet, da der Architekt, der die Reparaturarbeiten in der Nachbarswohnung durchführte, um sie bewohnbar zu machen, anlässlich der Zeugenbefragung die dort angefallenen Kosten auf ca. CHF 500'000 beziffert hatte. Damit trug die Vorinstanz dem Umstand Rechnung, dass die Ausbauarbeiten der B1 von der A SA als luxuriös kritisiert worden waren. Da die A SA keine fundierten Argumente zur angeblichen Verletzung des Ermessensspielraums der Vorinstanz vorbrachte, wies das Bundesgericht die Beschwerde gegen die Entschädigung in Höhe von CHF 500'000 ab (E. 6).

[120] 5. Zu beurteilen war überdies die Höhe der Entschädigung für die Benutzung der Wohnung in der Zeit zwischen dem 30. April 2014 bis zur Räumung der Wohnung, da B1 die Wohnung nach Ablauf des Mietvertrages am 30. April 2014 nicht verlassen hatte. Während die Vorinstanz der A SA monatlich CHF 1'321 zuerkannte, verlangte die A SA eine Erhöhung auf CHF 6'200. Das Bundesgericht erwog, der Regelungsschwerpunkt liege auch insofern in einem mietvertragsähnlichen faktischen Vertragsverhältnis. Gemäss der Rechtsprechung habe der Vermieter, falls ihm die Mietsache nach Beendigung des Vertrages vom Mieter vorenthalten wird, einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe des Mietzinses, wobei ein faktisches Vertragsverhältnis ähnlich dem Mietvertrag angenommen werde. Der Vermieter könne daneben auch zusätzlichen Schaden nach Art. 102 ff. OR geltend machen. Der von der Vorinstanz zugesprochene Betrag von monatlich CHF 1'321 entspreche dem im ungünstigen Mietvertrag vereinbarten Mietzins. Angesichts der Tatsache, dass die A SA nun zur Zahlung einer Entschädigung für die Wertsteigerung der Wohnung von CHF 500'000 nebst Zins an die B1 zu zahlen habe, scheine der behördlich festgesetzte Betrag der «Miete» von CHF 1'321 die Wertsteigerung der Wohnung nicht zu berücksichtigen. Die A SA argumentierte, die Nachbarn der B1, welche mit dem gleichen Problem der Bewilligung konfrontiert waren, würden gemäss einem Mietvertrag vom 30. April 2014 nunmehr einen Mietzins von CHF 6'200 bezahlen. Indessen hatte die Vorinstanz festgestellt, dass die A SA mit den Nachbarn, die auf den Erwerb der Wohnung verzichteten, einen separaten Vertrag geschlossen hatte und dieser im Verfahren nicht eingereicht worden war. Es blieb damit unklar, welche Gegenleistungen die Nachbarn erhalten hatten, und der Mietvertrag mit den Nachbarn hatte nach der Vorinstanz keinerlei Beweiswert, was das Bundesgericht nicht beanstandete (E. 7).

[121] **Bemerkung: 1.** Dem Entscheid liegt die zentrale Frage zu Grunde, unter welchen Voraussetzungen eine Partei einen Vertrag infolge eines Grundlagenirrtums über die zukünftige Erteilung einer behördlichen Genehmigung anfechten kann, wenn es nach Vertragsabschluss zu einer *Änderung der Bewilligungspraxis* kommt. Der Entscheid bestätigt die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt wirksam ist, wenn die sich auf Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, und die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war.¹⁰³

¹⁰³ Vgl. etwa AHMET KUT, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 23–24 OR N 29 m.N.

[122] Der Umstand, dass B1 die Unverbindlichkeit der Verträge wegen absichtlicher Täuschung erklärt hatte und eine solche unbewiesen blieb, schadete ihr nicht, da es genügte, dass sie sich implizit auf Willensmängel berufen hatte. Die Vorinstanz konnte aufgrund des Grundsatzes «*iura novit curia*» die Begründung ersetzen und auf Grundlagenirrtum erkennen.¹⁰⁴

[123] Der Entscheid bestätigt auch die Rechtsprechung, wonach ein erheblicher Grundlagenirrtum über eine rechtliche Situation (sog. unechter Rechtsirrtum oder Rechtslageirrtum) möglich ist, weil sich die irrende Partei dabei eine falsche Vorstellung über Tatsachen gemacht hat und nicht bloss eine Rechtsregel irrig angewendet hat (Rechtsirrtum).¹⁰⁵ Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin (A SA) vorgebracht, die Klägerin (B1) habe sich in einem unbeachtlichen Rechtsirrtum befunden, der nicht als Grundlagenirrtum im Sinne der Art. 23 f. OR angesehen werden könne. Das Bundesgericht verwarf dieses Argument mit der Begründung, dass die künftige Tatsache, auf die sich die irrende Partei beziehe, vorliegend die Gewissheit der Klägerin sei, dass eine Verkaufsgenehmigung erteilt würde. Diese Gewissheit habe auf der damaligen Praxis der zuständigen Genfer Behörde beruht und sei vor Vertragsschluss vom beurkundenden Notar bestätigt worden. Dabei handle es sich also um eine Tatsache (Praxis der Behörde besteht auch in der Zukunft) und kein Recht.¹⁰⁶

[124] 2. Eine zentrale Frage war, ob die Käuferin/Mieterin (B1) das *Risiko einer Nichterteilung der Bewilligung vertraglich übernommen hatte*. Die Verkäuferin/Vermieterin (A SA) berief sich wie erwähnt auf die Bestimmung im Kaufvorvertrag, welche bei Nichterteilung der Genehmigung die Auflösung des Vertrags ohne Entschädigung vorsah, und Art. 66 der besonderen Mietbedingungen, welcher in diesem Fall jegliche Entschädigung für einen allfälligen Mehrwert aufgrund von der Mieterin getätigten baulichen Massnahmen ausschloss. Diese Frage hat das Bundesgericht im Ergebnis zu Recht verneint, indem es erwog, für die Käuferin/Mieterin (B1) seien diese Bestimmungen nur in Erwartung der sicheren Erteilung der Genehmigung annehmbar gewesen.¹⁰⁷ Dies bedeutet, dass B1 mit der Annahme dieser Vertragsbestimmungen das Risiko einer *Praxisänderung* der Behörde nicht übernommen hatte. Eine Partei, die sich im Rahmen eines Kaufvertrags vertraglich zur Einholung einer Bewilligung verpflichtet, übernimmt das Risiko der Nichterteilung der Bewilligung infolge einer Gesetzes- oder Praxisänderung grundsätzlich nicht, jedenfalls in Ermangelung klarer gegenteiliger Anhaltspunkte.¹⁰⁸ In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass gerade beim Irrtum über eine in der Zukunft liegende Entwicklung zu beachten ist, dass durch die Berufung auf Irrtum nicht die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung zwischen den Parteien unterlaufen werden darf. Insoweit können nur solche Umstände als relevant angesehen werden, die von beiden Parteien als notwendige Grundlage des Vertrages angesehen wurden oder redlicherweise angesehen werden mussten, und ohne deren Vorliegen der Vertrag nicht oder nicht in dieser Weise zustande gekommen wäre.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Siehe Entscheid E. 5.

¹⁰⁵ KUT (Fn. 103), Art. 23–24 OR N 28; BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2013, Art. 23/24 OR N 214 ff.

¹⁰⁶ Siehe Entscheid E. 5.1.3.3.

¹⁰⁷ Vgl. Rz. 116.

¹⁰⁸ Siehe CHRISTOPH BRUNNER, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-performance in international arbitration, Alphen aan den Rijn 2009, S. 132 f.

¹⁰⁹ INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, Rz. 37.31 ff.

[125] 3. Der Entscheid überzeugt auch hinsichtlich der Rechtsfolgen der Unverbindlichkeitserklärung. Als schlüssig erscheinen zunächst die Ausführungen zum zusammengesetzten Vertrag, der wie gesehen als Einheit bzw. einziger Vertrag behandelt werden muss.¹¹⁰ Das Bundesgericht bestimmte den Regelungsschwerpunkt des Vertragsverhältnisses, um festzustellen, ob die Unverbindlichkeit infolge Grundlagenirrtums den Regeln zum einfachen Schuldvertrag (Auflösung *ex tunc*) oder jenen des Dauerschuldverhältnisses (Auflösung *ex nunc*) unterliegt. Da der Schwerpunkt im geplanten Verkauf der Wohnung (Kaufvorvertrag) und nicht im Mietvertrag lag, war der zusammengesetzte Vertrag einheitlich *ex tunc* ungültig. Aufgrund des bereits in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses waren indessen die Unwirksamkeitsfolgen teleologisch zu beschränken, durch Rückgriff auf ein mietvertragsähnliches faktisches Vertragsverhältnis.¹¹¹

[126] 4. Für den Praktiker ist schliesslich die folgende Erwägung des Bundesgerichts zum Thema «*Fristenwahrung und vorausgesetzte Kenntnis des Anwalts einer neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts*» von Interesse. Die Beschwerdeführerin beanstandete, die angeblich anwaltschaftlich vertretene Gegenpartei (B1) habe die Verträge verspätet, d.h. nicht innerhalb der Jahresfrist gemäss Art. 31 Abs. 1 OR angefochten. Das Schreiben, mit dem die B1 die Verträge für unverbindlich erklärte, datierte vom 5. März 2014, währenddem das Bundesgerichtsurteil, das die neue Praxis der Genfer Behörde einleitete, vom 8. Januar 2013 datierte. Das Bundesgericht verwarf diesen Einwand mit der Begründung, dass das Datum des Urteils nicht mit dem Datum der öffentlichen Bekanntmachung des Urteils übereinstimme und zudem dieses Urteil auch nicht in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide veröffentlicht worden sei und daher den Anwälten nicht bekannt sein müsse.¹¹² In BGE 134 III 534 hatte das Bundesgericht zum Thema Haftung des Anwalts (Art. 398 Abs. 2 OR) bereits erwogen, dass grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung ein Anwalt eine neue Rechtsprechung kennen müsse. Von ihm könne demgegenüber nicht verlangt werden, dass ihm über das Internet zugängliche, «nicht publizierte» Bundesgerichtsentscheide oder alle Urteile und Aufsätze, die in den zahlreichen juristischen Zeitschriften der Schweiz veröffentlicht worden sind, bekannt seien.

4. Rechtzeitige Mängelrüge bei versteckten Mängeln (Art. 201 Abs. 3 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 (MV/DG)¹¹³

[127] Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 2. Juli 2010 (nachfolgend: Kaufvertrag) verkaufte die B AG (Verkäuferin, Beklagte und Beschwerdegegnerin) der A AG (Käuferin, Klägerin, Beschwerdeführerin) ein Grundstück. Die Verkäuferin hatte sich in diesem Kaufvertrag u.a. dazu

¹¹⁰ Siehe Rz. 115.

¹¹¹ Rz. 117/119.

¹¹² Entscheid E. 5.1.3.4: «[...] Non seulement, la date de l'arrêt ne correspond pas à la date de la communication publique de l'arrêt, mais cet arrêt n'est pas publié au recueil officiel des ATF, et donc n'est pas censé connu des avocats, et il ne ressort d'ailleurs pas des faits qu'à ce moment-là, la demanderesse était assistée d'un avocat.»

¹¹³ Vgl. auch DUBOIS/NICOLE (Fn. 98), S. 38; ARNOLD F. RUSCH, BGer 4A_399/2018: Ist eine kaufrechtliche Mängelrüge innert elf Tagen «sofort» erfolgt?, AJP 2019, S. 740 ff.; HUBERT STÖCKLI, Etwas mehr «souplesse» bei der Mängelrüge, BR 2019, S. 127 f.; JESSICA MÜLLER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Rechtzeitige Mängelrüge, in: dRSK, publiziert am 23. April 2019; STEPHANIE STOHWASSER, Grundstückverkauf mit Bauleistungspflicht, ius.focus 2019, Nr. 87.

verpflichtet, bis 31. Oktober 2010 (Übergang von Nutzen und Gefahr per 1. November 2010) neue Ablaufleitungen bis zum Sammelschacht erstellen zu lassen und zu zahlen (Sachverhalt Teil A).

[128] Die Ablaufleitungen sind jedoch nicht erneuert worden (Sachverhalt Teil A): Die Käuferin hatte am 6. Januar 2014 aufgrund eines Rückstaus der Abwasserleitungen die C AG beigezogen, um die Leitungen zu spülen und zu entstopfen. Gemäss vorinstanzlichen Feststellungen hatte die Käuferin am 10. Januar 2014 Kenntnis vom Mangel gehabt, und zwar gestützt auf die Abklärungen der C AG vom 6. Januar 2014. Die C AG habe ihr bestätigt, dass die Grundleitungen ab Fallstrang bis Kontrollschacht alte, ausgewaschene Betonleitungen seien, die offene Muffen aufweisen würden, was immer wieder zu Verstopfungen führen könne. Die Käuferin rügte den Mangel elf Tage nach Kenntnis des Mangels (E. 3.1).

[129] Mit Urteil vom 11. Mai 2016 hiess das Kantonsgericht Nidwalden die von der Käuferin erhobene Klage grösstenteils gut. Das Kantonsgericht verpflichtete die Verkäuferin u.a., der Käuferin CHF 34'935.65 zu zahlen (Sachverhalt Teil B.a). In Gutheissung der von der Verkäuferin erhobenen Berufung hob das Obergericht des Kantons Nidwalden dieses Urteil auf und wies die Klage der Käuferin ab (Sachverhalt Teil B.b). Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Käuferin dem Bundesgericht u.a. den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben (Sachverhalt Teil C). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut (E. 5).

[130] 1. Im bundesgerichtlichen Verfahren war u.a. die Qualifikation des Kaufvertrags bzw. der darin enthaltenen Pflicht zur Erstellung von Ablaufleitungen strittig (E. 2). Wie die Vorinstanzen (Sachverhalt Teil B.b) qualifizierte auch das Bundesgericht den streitgegenständlichen Vertrag als reinen Kaufvertrag (E. 2/2.1/2.2/2.3).

[131] 2. Vor Bundesgericht war weiter strittig, ob die Käuferin den Mangel rechtzeitig gerügt hat (E. 3).

[132] a. Der Käufer müsse einen Mangel «sofort» melden (Art. 201 Abs. 3 OR). Bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt sei, müsse auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art der Mängel, abgestellt werden. Entscheide in anderen Fällen seien deshalb nur mit Zurückhaltung heranzuziehen. Allgemein könne aber gesagt werden, dass die Rügefrist kurz zu bemessen sei, wenn es sich um einen Mangel handle, bei dem die Gefahr bestehe, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen könne (E. 3.2).

[133] b. Die Vorinstanz habe nicht festgestellt, dass es sich um einen Schaden gehandelt habe, der sich hätte verschlimmern können, und solches sei auch nicht ersichtlich. Es sei zutreffend, dass das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist grundsätzlich als angemessen erachte bzw. es habe eine Erklärungsfrist von «etwa einer Woche» zugestanden. Konkret habe diese allgemeine Formulierung dann aber oft keine Rolle gespielt, da es sich nicht um Sachverhalte gehandelt habe, bei denen diese Frist knapp überschritten und deshalb die Rüge als verspätet bezeichnet worden wäre. Das Bundesgericht habe schon in einem früheren Entscheid auf die Lehre hingewiesen, die für eine grosszügigere Handhabung der Rügefrist plädiert, und festgehalten, bei der Anwendung solle man eine gewisse Flexibilität («souplesse») an den Tag legen (E. 3.2).

[134] c. Vorliegend könne berücksichtigt werden, dass zwischen dem 10. Januar 2014 und dem 21. Januar 2014 zwei Wochenenden lagen und somit letztlich nur sechs Arbeitstage (bzw. acht, falls man den ersten und den letzten Tag mitzähle) zur Verfügung standen. Vor allem aber spreche die Interessenlage gegen eine allzu grosse Strenge. Zwar stelle die fehlende Renovation einen Mangel der verkauften Liegenschaft dar. Doch könne berücksichtigt werden, dass der Mangel nicht entstanden sei, weil die Renovation der Leitungen schlecht ausgeführt wurde, sondern weil

die Verkäuferin eine im Kaufvertrag klar zugesicherte Verpflichtung schlicht ignorierte. Insgesamt erscheine daher die Rügefrist als noch eingehalten (E. 3.2). Das Bundesgericht hiess daher die Beschwerde teilweise gut. Da die Vorinstanz die Folgen der rechtzeitigen Geltendmachung der Mängel noch nicht beurteilt hatte, wies das Bundesgericht die Sache an sie zur Neuurteilung zurück (E. 5).

[135] **Bemerkung: 1.** Die Parteien schlossen vorliegend einen Vertrag über den Kauf und Verkauf einer Liegenschaft und die Erstellung von Ablaufleitungen. Die Qualifikation solcher Verträge ist umstritten (siehe auch Rz. 145).¹¹⁴ Alle mit dem vorliegenden Fall befassten Gerichte qualifizierten den Kaufvertrag als reinen Kauf (siehe E. 2.3). Das referierte Urteil dreht sich im Kern jedoch um die Frage, ob die Käuferin den versteckten Mangel (= unterlassene Erneuerung der Ablaufleitungen) rechtzeitig gerügt hat.¹¹⁵

[136] 2. Der Käufer muss einen versteckten Mangel «sofort nach der Entdeckung» rügen, ansonsten gilt der Mangel als genehmigt (Art. 201 Abs. 3 OR).¹¹⁶ Wann ein Mangel noch als «sofort» im Sinne von Art. 201 Abs. 3 OR gerügt gilt, definiert der Gesetzgeber nicht.¹¹⁷ Das Wort «sofort» («immédiatement» bzw. «subito») ist somit auslegungsbedürftig. Unbestritten ist nach heute vorherrschender Auffassung in der Doktrin einzig, dass dem Käufer eine gewisse Bedenkzeit zusteht.¹¹⁸

[137] a. Ob eine Rüge im Einzelfall «sofort» erfolgt ist, muss somit jeweils unter Berücksichtigung der Umstände beurteilt werden. Bei dieser Beurteilung ist u.a. die Art des versteckten Mangels bedeutsam: Handelt es sich um einen sich fortentwickelnden Mangel, bei dem durch Zuwarten ein grösserer Schaden entstehen kann, ist die Rügefrist kürzer zu bemessen als bei einem sich nicht fortentwickelnden Mangel.¹¹⁹

[138] b. Als Richtwert betreffend die Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge im Sinne von Art. 201 Abs. 3 OR galt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bis anhin was folgt:

- Eine zwei bis drei Kalendertage nach sicherer Kenntnis des Mangels abgesetzte Rüge gilt als rechtzeitig erfolgt.¹²⁰

¹¹⁴ PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 347 ff.; LARA ELLIOT/MARKUS VISCHER, Grundstückkaufvertrag mit angefangener Baute, in: dRSK, publiziert am 18. Dezember 2012, Rz. 9 f.; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Grundstückkauf mit angefangener Baute, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 233 ff.; JÜRIG SCHMID, Kauf von Grundstücken mit angefangener Baute, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 267 ff.

¹¹⁵ Siehe zum Mangelbegriff z.B. MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1 ff.

¹¹⁶ HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 99; siehe zur Zulässigkeit der vorsorglichen Mängelrüge z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_293/2017 vom 13. Februar 2018 E. 2.2.3.

¹¹⁷ Siehe BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 35.

¹¹⁸ Statt vieler: GAUCH (Fn. 114), Rz. 2141; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 201 OR N 16 («sous réserve d'un bref délai de réaction»); HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 201 OR N 77a; HANNES ZEHNDER, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 2000, S. 545 ff., S. 547; kritisch hingegen HANS GIGER, Berner Kommentar, Bern 1979, Art. 201 OR N 82, dem zufolge verdeckte Mängel spätestens am folgenden Werktag gerügt werden müssen; a.M. wohl PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Obligationenrecht – Besondere Verhältnisse, SPR VII/1, Basel 1977, S. 91; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 201 OR N 35 und 37; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Bern 1934, Art. 201 OR N 21.

¹¹⁹ Zu alledem: BGE 118 II 142 E. 3b S. 148.

¹²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 E. 2.2; BGE 98 II 191 E. 4 S. 198 *in fine*.

- Das Bundesgericht hat aber auch eine vier Kalendertage nach sicherer Kenntnis des Mangels erfolgte Rüge als rechtzeitig qualifiziert, wenn dazwischen ein Sonntag lag.¹²¹
- In verschiedenen Urteilen hat das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist als angemessen erachtet.¹²² Dies hat dazu geführt, dass in der Lehre eine Rügefrist von sieben bis zehn Kalendertagen als üblich bezeichnet wird.¹²³
- Als zu spät galten gemäss Bundesgericht hingegen Rügen, die 14 Kalendertage nach Kenntnis des Mangels abgesetzt wurden.¹²⁴

[139] 3. Diese restriktive Haltung des Bundesgerichts (Rz. 138) ist aufgrund der harschen Rechtsfolgen aus Sicht des Käufers in der Lehre auf Kritik gestossen (siehe auch die Nachweise in E. 3.2).¹²⁵ Das Bundesgericht führt im referierten Urteil denn auch richtigerweise aus, dass es keine *ratio legis* gäbe, die zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertige (siehe E. 3.2). Aus diesem Grund hat das Bundesgericht den elf Kalendertage nach Kenntnis gerügten Mangel als «sofort» und damit als rechtzeitig qualifiziert.

[140] 4. Es stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht im referierten Urteil wirklich die akzeptierte Rügefrist um drei Kalendertage verlängert hat (d.h. neu elf statt sieben Kalendertage). Oder mit anderen Worten: Es stellt sich die Frage, inwieweit dieses Urteil verallgemeinerungsfähig ist. Das Bundesgericht hat im vorliegenden Urteil nämlich stark die Interessen der Parteien berücksichtigt. Die Verkäuferin hatte die Renovationsarbeiten nicht schlecht, sondern überhaupt nicht ausgeführt. Dies sprach gemäss Bundesgericht gegen eine allzu grosse Strenge. Weiter betonte das Bundesgericht, dass zwischen dem Datum der Kenntnis des Mangels und dem Rügedatum zwei Wochenenden und somit letztlich nur sechs Werkzeuge lagen (bzw. acht, falls der erste und letzte Tag mitgezählt werden). Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Rüge inskünftig wirklich nur noch die Werkzeuge und nicht mehr die Kalendertage zu berücksichtigen sind.

[141] 5. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht auch inskünftig den Käufern eine längere Rügefrist von neu elf Kalendertagen zugestehen wird und ob vorliegendes Urteil damit wirklich ein Silberstreifen am Horizont ist.

¹²¹ BGE 76 II 221 E. 3 S. 225.

¹²² Urteil des Bundesgerichts 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3 u.H.a. Urteil des Bundesgerichts 4C.143/1996 vom 12. November 1996 E. 2d.

¹²³ GAUDENZ G. ZINDEL/BERTRAND G. SCHOTT, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 370 OR N 16 m.w.H.

¹²⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2018 vom 11. September 2018 E. 5.2.3 (18 Kalendertage); Urteil des Bundesgerichts 4D_4/2011 vom 1. April 2011 E. 4.1 (22 Kalendertage); Urteil des Bundesgerichts 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 E. 2.2 (über einen Kalendermonat); Urteil des Bundesgerichts 4A_367/2009 vom 2. November 2009 E. 1.2 (sechs Kalenderwochen); Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2003 vom 17. November 2003 E. 3.3.1 (20 Kalendertage); BGE 118 II 142 E. 3b S. 148 (fünf Kalenderwochen).

¹²⁵ Statt vieler: JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1755a.

5. Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht; Ausnahmen zur Unwiderrufbarkeit von Gestaltungsrechten

Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019 (CB)¹²⁶

[142] Die A. AG schloss mit dem Ehepaar B. einen öffentlich beurkundeten Vertrag über die schlüsselfertige Erstellung und die Übertragung des Eigentums an einer Stockwerkeigentumseinheit ab (sog. Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan). Nachdem sich abzeichnete, dass die A. AG die Wohnung nicht fristgerecht wie vereinbart bis am 30. November 2012 erstellen wird, erklärte das Ehepaar B. zunächst am 1. Oktober 2012 die Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR (wegen mangelhafter Planung der Fassade) und teilte der A. AG mit, dass die Arbeiten auf Kosten und Gefahr der A. AG Dritten übertragen würden. Nachdem die A. AG die Rechtmässigkeit dieses Vorgehens bestritt, erklärte das Ehepaar B. am 29. Oktober 2012 den Verzicht auf die nachträgliche Leistung und machte Schadenersatz wegen Nichterfüllung gemäss Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR geltend.

[143] Auf Klage des Ehepaars verpflichtete das Kantonsgericht Luzern wie bereits die erste Instanz die A. AG zur Zahlung von Schadenersatz im Umfang von CHF 279'110.75 wegen Nichterfüllung. Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde der A. AG wies das Bundesgericht ab. Das Urteil des Bundesgerichts enthält interessante Erwägungen zur Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen (Kaufvertrag oder Werkvertrag) (1.) und zu echten und unechten Ausnahmen zum Grundsatz der Unwiderrufbarkeit von Gestaltungsrechten (2.).

[144] **Bemerkungen:** 1. Strittig war zunächst die Frage, ob sich das Ehepaar B. auf Art. 366 Abs. 1 OR stützen konnte. Das Besondere an den Rechtsbehelfen des Art. 366 OR ist, dass sie vor Eintritt des Ablieferungstermins ergriffen werden können. Der Besteller muss den Ablieferungstermin nicht abwarten, wenn sich klar abzeichnet, dass der Unternehmer seine Werkleistung nicht rechtzeitig oder nicht mängelfrei erbringt bzw. wird erbringen können. Der Unternehmer kann also bereits mit der Herstellung des Werks, nicht erst mit dessen Ablieferung, in Verzug geraten.¹²⁷ Insofern besteht ein Unterschied zum Kaufrecht, wo der Verzug grundsätzlich erst bei verspäteter Lieferung eintritt. Allerdings besteht auch im Kaufrecht die Möglichkeit des Käufers, vor Eintritt des Liefertermins aufgrund einer antizipierten Vertragsverletzung des Verkäufers auf die Erfüllung zu verzichten.¹²⁸

[145] Das Bundesgericht erwog, für jede Rechtsfrage sei gesondert zu prüfen, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen (Kaufvertrag oder Werkvertrag) sie zu beurteilen ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei beim Verkauf eines Grundstückes mit einer Neubaute zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) zu unterscheiden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium sei die *Herstellungspflicht*. Ein Kauf über eine künftige Sache sei etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess

¹²⁶ Vgl. auch DUBOIS/NICOLE (Fn. 98), S. 40; KEIVAN MOHASSEB/HANS CASPAR VON DER CRONE, Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten, SZW 2019, S. 428 ff.; ERIK LANZ/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Verzug beim Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht, in: dRSK, publiziert am 19. August 2019.

¹²⁷ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 123), Art. 366 OR N 1.

¹²⁸ Vgl. BGE 110 II 141 E. 1 S. 143 ff. = Pra 1984, Nr. 210, S. 566 ff.; WOLFGANG WIEGAND, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 108 OR N 2; LUC THÉVENOZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 107 OR N 40; vgl. auch Art. 72 CISG; Art. 7.3.3 UNIDROIT Prinzipien.

ausübt, d.h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber sei von einem gemischten Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers. Da die Vorinstanz festgehalten hatte, dass die Wohnung nach den individuellen Wünschen des Ehepaars B. erstellt werden sollte, war die Frage der rechtzeitigen Vornahme der Arbeiten gestützt auf Werkvertragsrecht zu beurteilen (E. 2).

[146] 2. Das Thema der echten und unechten Ausnahmen zum Grundsatz der Unwiderrufbarkeit von Gestaltungsrechten stellte sich vor dem Hintergrund, dass das Ehepaar B. am 1. Oktober 2012 zunächst die Ersatzvornahme erklärte und am 29. Oktober 2012 auf die nachträgliche Leistung verzichtete und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangte. In ihrer Beschwerde berief sich die A. AG auf einen früheren Entscheid, in dem das Bundesgericht festhielt, die Erklärung der Ersatzvornahme erfolge durch Ausübung eines unwiderruflichen Gestaltungsrechts.¹²⁹

[147] Als Gestaltungsrecht bezeichnet man die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen zu verändern.¹³⁰ Als rechtsänderndes Gestaltungsrecht gilt etwa das Minderungsrecht (Art. 205 OR; Art. 368 Abs. 2 OR); als rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht die Verzichtserklärung auf nachträgliche Leistung (Art. 107 Abs. 2 OR; Art. 368 Abs. 1 OR), das Rücktrittsrecht (Art. 109 OR; Art. 366 Abs. 1 OR) oder Wandlungsrecht (Art. 205/208 OR). Gestaltungsrechte sind grundsätzlich bedingungsfeindlich, unwiderruflich und unverjährbar.¹³¹ Zu diesem Grundsatz gibt es indessen unechte und echte Ausnahmen, was der vorliegende Entscheid anschaulich illustriert.

[148] 3. Das Bundesgericht ging im vorliegenden Entscheid primär von einer *unechten Ausnahme* aus. Es sei fraglich, ob im Sinn der Vorinstanz davon ausgegangen werden könne, dass das Ehepaar B. am 1. Oktober 2012 ein Gestaltungsrecht ausübte, welches es dann im Schreiben vom 29. Oktober 2012 widerrief. Mit der Mitteilung vom 1. Oktober 2012, zur Ersatzvornahme zu schreiten, habe das Ehepaar B. auch den Verzicht auf die Erfüllung (Leistung) durch die A. AG erklärt. Dieser Leistungsverzicht sei das Gestaltungsgeschäft. Mit der Mitteilung vom 29. Oktober 2012 habe das Ehepaar B. erneut erklärt, dass es auf die Leistung durch die A. AG verzichte. Es habe weiterhin am Vertrag festgehalten (kein Rücktritt); nur habe es neu Schadenersatz aus Nichterfüllung verlangt. Am Verzicht auf Vertragserfüllung habe die zweite Erklärung somit nichts geändert. Was sich geändert habe, sei lediglich der daraus abgeleitete Anspruch; vorerst der Ersatz der Kosten des Drittunternehmers, dann Schadenersatz aus Nichterfüllung (E. 5.3.2).

[149] Dazu ist anzumerken, dass der Ersatzanspruch gemäss Art. 107 Abs. 2 OR alle Aufwendungen umfasst, die zur Erlangung des beabsichtigten Leistungserfolgs vernünftigerweise erforder-

¹²⁹ BGE 126 III 230 E. 7a/aa S. 233: «L'exécution par substitution, au sens de l'art. 366 al. 2 CO, suppose que le maître renonce à faire réparer l'ouvrage par l'entrepreneur ou à laisser ce dernier continuer les travaux. Cette manifestation de volonté formatrice et irrévocable, qui n'est pas soumise à l'exigence d'une forme spéciale et qui peut intervenir au moment de la fixation ou après l'expiration du délai de grâce prévu par la disposition citée, a pour effet de modifier les droits et obligations des parties relativement à la prestation de l'entrepreneur: le maître renonce définitivement à exiger de celui-ci qu'il procède lui-même à l'exécution des travaux (réparation ou achèvement de l'ouvrage) et il en confie le soin à un tiers (ou le fait lui-même) aux frais et risques de l'entrepreneur; ainsi, l'obligation de faire, qui incombait à l'origine à l'entrepreneur en vertu du contrat d'entreprise (art. 363 CO), se transforme en une obligation de payer les frais de l'exécution par substitution à laquelle viendra s'ajouter, suivant les circonstances, l'obligation de payer des dommages-intérêts (cf. art. 98 al. 1 *in fine* CO).»

¹³⁰ Siehe BGE 128 III 70 E. 2 S. 75; MOHASSEB/VON DER CRONE (Fn. 126), S. 429 f. m.N.

¹³¹ HUGUENIN (Fn. 29), Rz. 76.

lich sind. Typischerweise umfassen diese Aufwendungen auch die Kosten, die durch eine werkvertragliche Ersatzvornahme entstehen.¹³² Das Bundesgericht ging daher zu Recht vom Fehlen eines Widerspruchs bzw. im Ergebnis von einer unechten Ausnahme zum Grundsatz der Unwiderruflichkeit von Gestaltungserklärungen aus. Das Ehepaar B. hatte am 1. Oktober 2012 den Verzicht auf die Erfüllung durch die A. AG erklärt, und dann diesen Verzicht am 29. Oktober bestätigt. Somit lag kein relevanter Widerspruch vor. Dem Besteller muss es möglich sein, innerhalb der Kategorie «Verzicht auf weitere Erfüllung» statt Aufwendungsersatz gemäss Art. 366 Abs. 1 OR (technisch kein Schadenersatzanspruch)¹³³ unter dem Titel Schadenersatz (Ersatz des positiven Interesses) gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zu verlangen. Durch die Änderung des daraus abgeleiteten Anspruchs erleidet der Unternehmer keinen erheblichen Nachteil.¹³⁴

[150] 4. Selbst wenn man vorliegend den fehlenden Widerspruch ausblendet, hätte eine echte Ausnahme vom Grundsatz der Unwiderruflichkeit vorgelegen, und zwar aus zwei Gründen. *Ers-* *tens* ist ein Widerruf zulässig, wenn die Gegenpartei die Rechtmässigkeit des erklärten Gestaltungsrechts bestreitet und damit zum Ausdruck bringt, dass sie an der Vertragserfüllung festhalten will. Der Gegenpartei fehlt es in diesem Fall an einem schützenswerten Interesse.¹³⁵ Dies kann auch damit begründet werden, dass der Erklärende durch den (mittels gegenteiliger Erklärung erfolgenden) Widerruf der von der Gegenpartei bestrittenen Gestaltungserklärung ein Konsens über die Nichtausübung des ursprünglich ausgeübten Gestaltungsrechts besteht.¹³⁶ *Zweitens* wird der Wechsel von einem nicht bestehenden zu einem bestehenden Anspruch als zulässig erachtet (sog. unechtes *ius variandi*).¹³⁷ *In casu* hatte die Vorinstanz argumentiert, dass die Voraussetzungen für die Ersatzvornahme am 1. Oktober 2012 nicht erfüllt gewesen seien, weshalb das Ehepaar B. berechtigt gewesen sei, sich am 29. Oktober 2012 umzuentcheiden und Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen.¹³⁸ Diese (zusätzliche) Argumentation wurde vom Bundesgericht nicht beanstandet.¹³⁹

¹³² MOHASSEB/VON DER CRONE (Fn. 126), S. 435 m.H.a. ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bern 2000, Art. 107 OR N 173.

¹³³ Siehe BGE 126 III 233; bestätigt in BGE 141 III 259; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 123), Art. 366 OR N 39.

¹³⁴ In diesem Sinn auch MOHASSEB/VON DER CRONE (Fn. 126), S. 435.

¹³⁵ Siehe BGE 128 III 70 E. 2 S. 75 f.: «Der – hier allein interessierende – Grundsatz der Unwiderruflichkeit erleidet Ausnahmen, die sich teils unmittelbar aus dem Gesetz und teils aus dessen teleologischer Auslegung ergeben, wobei in diesem Zusammenhang wiederum massgebend ist, ob und wie weit ein Schutzbedürfnis der Gegenpartei besteht [...]. So kann eine Anfechtungserklärung analog der Regel von Art. 9 OR zurückgenommen werden [...] oder wegen Verstosses gegen Treu und Glauben ungültig sein (Art. 2 ZGB und Art. 25 Abs. 1 OR). Möglich ist ferner, dass die Erklärung ihrerseits wegen eines Willensmangels unwirksam ist [...]. Schliesslich ist ein Zurückkommen auf die Anfechtungserklärung nach der Lehre zulässig, wenn der Erklärungsgegner das Gestaltungsrecht oder dessen wirksame Ausübung bestreitet, weil dann nur der von ihm für richtig gehaltene Zustand hergestellt wird [...]. Dieser mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung ist beizustimmen.»

¹³⁶ MOHASSEB/VON DER CRONE (Fn. 126), S. 433.

¹³⁷ Dazu MOHASSEB/VON DER CRONE (Fn. 126), S. 432.

¹³⁸ E. 5.3.1.

¹³⁹ Siehe E. 5.3.2: «Namentlich wurde in BGE 126 III 230 E. 7a/aa zwar die Erklärung der Ersatzvornahme als unwiderruflich bezeichnet, deren Voraussetzungen waren aber in diesem Fall eben gerade gegeben und der Vertragsgegner hatte nicht deren Unwirksamkeit geltend gemacht.» Vgl. auch MOHASSEB/VON DER CRONE (Fn. 126), S. 434.

IV. Diverses

Leasingvertrag über einen Porsche; kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche; Willensmängel

Urteil des Bundesgerichts 4A_398/2018 und 4A_400/2018 vom 25. Februar 2019 (MV/DG)¹⁴⁰

[151] A (Leasingnehmer, Kläger) leaste am 5. April 2012 einen Porsche bei der B AG (Leasinggeberin, Beklagte), die diesen von der C AG (Verkäuferin) erworben hatte. In der Folge forderte der Leasingnehmer die bezahlten Leasingraten aus mehreren Gründen zurück, insbesondere weil er im November 2013 zufällig von einem Garagisten erfahren hatte, dass der Porsche – entgegen seiner bisherigen Annahme – aus dem Jahre 2009 und nicht aus dem Jahre 2011 stammte. Die Leasinggeberin nahm das Fahrzeug zurück, bestritt jedoch sämtliche Ansprüche und erhob eine Gegenforderung für neun unbezahlt gebliebene Leasingraten, Entschädigung aus vorzeitiger Auflösung des Leasingvertrags, Instandstellungs-, Rückführungs- und Betriebskosten (Sachverhalt Teil A).

[152] Am 26. Mai 2016 beehrte der Leasingnehmer beim Handelsgericht des Kantons Zürich, die Leasinggeberin sei u.a. zu verpflichten, ihm CHF 215'559.50 zu zahlen. Die Leasinggeberin widersetzte sich der Klage und verlangte widerklageweise u.a. CHF 83'618.57. Mit Urteil HG160112 vom 30. Mai 2018 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage ab. Die Widerklage hiess es teilweise gut und verurteilte den Leasingnehmer u.a., der Leasinggeberin CHF 38'537.89 zu zahlen (Sachverhalt Teil B).

[153] Gegen diesen Entscheid erhoben beide Parteien Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht (Sachverhalt Teil C). Der Leasingnehmer beantragte im Verfahren 4A_398/2018 im Wesentlichen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. Mai 2018 sei aufzuheben und die Leasinggeberin sei u.a. zu verpflichten, ihm CHF 215'559.50 zu zahlen (Sachverhalt Teil C.a). Die Leasinggeberin beantragte dem Bundesgericht im Verfahren 4A_400/2018 im Wesentlichen, das Urteil des Handelsgerichts vom 30. Mai 2018 sei betreffend die teilweise abgewiesene Widerklage aufzuheben und der Leasingnehmer u.a. zu verpflichten, ihr CHF 83'228.98 zu zahlen (Sachverhalt Teil C.b). Das Bundesgericht wies die Beschwerden in den Verfahren 4A_398/2018 und 4A_400/2018 ab, soweit es darauf eintrat (E. 8/12).

[154] 1. Im Verfahren vor Bundesgericht rügte der Leasingnehmer, die Vorinstanz habe unter offensichtlicher bzw. unvollständiger Sachverhaltsfeststellung verkannt, dass die Verkäuferin ihm das Baujahr 2011 zugesichert habe. Nach den Erwägungen der Vorinstanz, so das Bundesgericht, seien die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche (Art. 197 ff. OR) der Leasinggeberin gegenüber der Verkäuferin, auf die sich der Leasingnehmer berufe, bereits verjährt. Ausserdem habe der Leasingnehmer gemäss Vorinstanz vom Baujahr 2009 des Porsches gewusst oder hätte zumindest bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hiervon wissen müssen. Eine entsprechende Zusicherung für das Baujahr 2011 sei nicht hinreichend substantiiert und mit Beweismitteln belegt worden. Die Vorinstanz habe schliesslich angefügt, die Ansprüche seien auch verwirkt, da der Leasingnehmer die Sache nicht rechtzeitig im Sinne von Art. 201 Abs. 1 OR geprüft habe (E. 3/3.1).

¹⁴⁰ Vgl. auch SAMIR ISIS/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Willensmängel und Gewährleistung betreffend den Leasinggegenstand, in: dRSK, publiziert am 5. Juli 2019.

[155] 2. Der Leasingnehmer bestreite den Schluss der Vorinstanz, dass er den Mangel gekannt habe respektive hätte kennen müssen und eine Zusicherung nicht bewiesen sei. Der Leasingnehmer setze sich in seiner Beschwerde indessen mit keinem Wort mit den Schlussfolgerungen der Vorinstanz auseinander, allfällige Ansprüche seien ohnehin verjährt sowie verwirkt. Doch wenn die geltend gemachten Ansprüche, sofern sie denn bestehen sollten, verjährt oder verwirkt sind, entfalle das Rechtsschutzinteresse des Leasingnehmers an der Beurteilung seiner gehörig begründeten Rüge (E. 3.2).

[156] Die Rüge des Leasingnehmers, so das Bundesgericht, führe im Übrigen ohnehin ins Leere: Nach dem zwischen dem Leasingnehmer und der Leasinggeberin abgeschlossenen Vertrag bleibe das Fahrzeug – wie für den Leasingvertrag charakteristisch – im Eigentum der Leasinggeberin. Der Leasingnehmer sei demnach nicht Käufer des Leasingobjekts. Er berufe sich denn auch nicht auf seine eigenen kaufrechtlichen Ansprüche, sondern vielmehr auf diejenigen der Leasinggeberin als Käuferin gegenüber der Verkäuferin. Die Vorinstanz habe sich nicht im Einzelnen damit befasst, ob der Leasingnehmer hierzu überhaupt berechtigt sei. Es sei indessen weder dargetan noch ersichtlich, weshalb dem Leasingnehmer, der am Erwerb des Leasingobjekts unbeteiligt sei, Ansprüche der Leasinggeberin zustehen sollten. Die Leasinggeberin habe ihre Ansprüche nicht im Sinne von Art. 164 OR an den Leasingnehmer abgetreten, weshalb sich die Frage nicht stelle, ob dies zulässig wäre. Damit bestehe keine rechtliche Grundlage, auf die sich der Leasingnehmer berufen könnte. Der Rüge sei bereits aus diesem Grund der Boden entzogen. Immerhin habe die Vorinstanz die Ansprüche im Ergebnis richtig abgewiesen (E. 3.2).

[157] 3. Denn der Leasingnehmer rüge zwar eine offensichtlich unrichtige respektive unvollständige Sachverhaltsfeststellung. Jedoch lege er nicht dar, welche Tatsachenbehauptungen die Vorinstanz auf willkürliche Art und Weise übersehen haben solle. Insofern eine analoge Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsnormen möglich sein sollte, sei entgegen dem, was der Leasingnehmer anzunehmen scheine, die Subsumtion von Tatsachen unter den Begriff Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR und Art. 200 Abs. 2 OR eine Rechtsfrage (E. 2).

[158] a. Die Vorinstanz habe auch kein Bundesrecht verletzt, wenn sie in den Anpreisungen des Porsches als «Neuwagen» und «Ausstellungsfahrzeug» durch die Leasinggeberin keine konkrete Zusicherung für das Baujahr 2011 gesehen habe (E. 2).

[159] b. Ferner sei die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen, dass der Leasingnehmer das Baujahr 2009 kannte oder es zumindest bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen (vgl. Art. 200 Abs. 2 OR). Denn der Leasingnehmer bestreite vor Bundesgericht auch nicht, die EWG-Zulassungsbescheinigung gelesen zu haben, die ihm mit der Übergabe des Fahrzeugs ausgehändigt worden sei und in der das Datum «14.09.2009» unter der Rubrik Zulassungsbescheinigung vermerkt war. Die Argumentation des Leasingnehmers greife zu kurz, wenn er dafür halte, er habe als Erwerber, der mit amtlichen Dokumenten aus der Europäischen Union nicht vertraut sei, annehmen können, dass beim Kauf eines Fahrzeugs derselben Serie jeweils die gleiche Bescheinigung mit dem gleichen Datum ausgehändigt würde, auch wenn diese in unterschiedlichen Jahren hergestellt wurden. So hätte der Leasingnehmer, der offenbar Wert auf das Herstellungsjahr lege, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 200 Abs. 2 OR zumindest seine Annahme bezüglich des Jahrgangs hinterfragen und etwas unternehmen müssen, wie sich beispielsweise bei der Leasinggeberin oder der Verkäuferin nach dem tatsächlichen Herstellungsjahr zu erkundigen. Die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass ihm das korrekte Herstellungsjahr bekannt war oder hätte sein müssen (E. 3.2).

[160] 4. Der Leasingnehmer rügte im bundesgerichtlichen Verfahren weiter, die Vorinstanz habe Art. 24 OR und Art. 28 OR verletzt, indem sie Willensmängel betreffend den Leasingvertrag verneint habe (E. 4). Das Bundesgericht stellte fest, dass der Leasingnehmer hingegen nichts gegen den vorinstanzlichen Schluss einwende, dass er den Leasingvertrag im Sinne von Art. 31 OR genehmigt habe. Nach den Erwägungen der Vorinstanz habe der Leasingnehmer die angeblichen Mängel gemäss eigenen Angaben im November 2013 entdeckt. Die Vorinstanz habe daraus geschlossen, dass der Leasingnehmer den Leasingvertrag konkludent im Sinne von Art. 31 Abs. 1 OR genehmigt habe, indem er die Leasingraten weiterhin vorbehaltlos während rund sieben Monaten bis Mai 2014 bezahlt habe. Da der Leasingnehmer sich nicht mit diesem Schluss der Genehmigung auseinandersetze, der jedenfalls nicht offensichtlich gegen Bundesrecht verstosse, erübrige es sich grundsätzlich mangels Rechtsschutzinteresses, auf die Rügen zu den verneinten Willensmängeln einzugehen (E. 4/4.1).

[161] Im Übrigen seien die Rügen, so das Bundesgericht, auch unbegründet. Der Leasingnehmer berufe sich, um einen Willensmangel darzutun, lediglich auf Tatsachenbehauptungen, die im vorinstanzlichen Entscheid keine Stütze fänden. Nachdem sich herausgestellt habe, dass der Leasingnehmer das Baujahr kannte bzw. bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, scheitere die Anfechtung aufgrund Grundlagenirrtums. Das Bundesgericht führte aus, der Leasingnehmer erblicke einen weiteren Willensmangel in seiner angeblich fehlenden Kenntnis betreffend diverse Vorbesitzer des Porsches, die diesen jahrelang hätten herumstehen lassen. Inwiefern der Besitzerwechsel, der nicht dazu führte, dass der Porsche benutzt respektive in Verkehr gesetzt wurde, mit einem zusätzlichen Wertverlust verbunden sein sollte, sei weder ersichtlich noch dargetan; insoweit wäre dem Irrtum zumindest die objektive Wesentlichkeit abzuspochen. Da der Leasingnehmer die «EWG-Zulassungsbescheinigung» mit dem Baujahr des Porsches erhalten habe und er einzig der Verkäuferin, nicht aber der Leasinggeberin, Täuschungshandlungen- und Unterlassungen vorwerfe, die er überdies nicht rechtsgenügend konkretisiere, habe die Vorinstanz auch zu Recht eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) verworfen (E. 4.2).

[162] **Bemerkung: 1.** Nach Ansicht des Leasingnehmers war der Leasinggegenstand, d.h. der Porsche, mangelhaft. Aus diesem Grund machte er u.a. Gewährleistungsansprüche aus Kaufvertrag (E. 3.1/3.2) und Willensmängel (E. 4.1/4.2) betreffend den Leasingvertrag geltend. Mangels Rechtsschutzinteresses in beiden Belangen äusserte sich das Bundesgericht nur im Sinne einer Eventualbegründung zu den Rügen des Leasingnehmers. Nach Lektüre des vorinstanzlichen und referierten Urteils gewinnt man den Eindruck, dass der Leasingnehmer sich primär auf kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche berief und nur sekundär den Leasingvertrag wegen Willensmängeln anfecht. Diese Vorgehensweise ist vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Praxis problematisch, wonach infolge Geltendmachung von kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen der fragliche Vertrag genehmigt wird und man sich entsprechend nicht mehr auf Willensmängel berufen kann.¹⁴¹

[163] 2. *Grundlagenirrtum.* Der Leasingnehmer behauptete vor Bundesgericht, dass seine fehlende Kenntnis betreffend diverse Vorbesitzer des Porsches, die diesen jahrelang hätten herumstehen lassen, einen Grundlagenirrtum darstelle (E. 4.2). Das Bundesgericht verneinte das Vorliegen ei-

¹⁴¹ Z.B. BGE 127 III 83 E. 1b S. 86; siehe auch BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (Fn. 64), Art. 31 OR N 17.

nes Grundlagenirrtums mit dem Argument, dass der Besitzerwechsel zu keinem zusätzlichen Wertverlust führe (E. 4.2). Anzumerken ist zweierlei:

[164] **a.** Erstens fällt auf, dass das Bundesgericht sich gar nicht mit dem vom Leasingnehmer vorgebrachten Argument des Herumstehens des Porsches auseinandersetzt, sondern sich vorwiegend auf den Besitzerwechsel fokussiert.

[165] **b.** Zweitens trifft die Aussage des Bundesgerichts zwar zu, dass ein Wertverlust des Porsches infolge Besitzerwechsels (und auch Herumstehens) nicht ohne Weiteres ersichtlich sei, weswegen es an der objektiven Wesentlichkeit des Irrtums fehle. Allerdings ist ein Wertverlust infolge Besitzerwechsels und Herumstehens eines Fahrzeugs nicht *a priori* ausgeschlossen. Die Anzahl der Vorbesitzer des Porsches und die Dauer, während welcher der Porsche unbenutzt blieb, können wertbeeinflussende Faktoren darstellen, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Gegenstand eines Grundlagenirrtums sein können.¹⁴² Zu denken ist beispielsweise an Standschäden, die bei unbenutzten Fahrzeugen auftreten können.¹⁴³

[166] **3. Absichtliche Täuschung.** Der Leasingnehmer behauptete vor Bundesgericht weiter, dass er absichtlich über das Baujahr des Porsches getäuscht worden sei (E. 4.2 *in fine*). Das Bundesgericht und die Vorinstanz haben eine absichtliche Täuschung zu Recht mit dem Argument verworfen, dass der Leasingnehmer die EWG-Zulassungsbescheinigung mit dem Baujahr erhalten habe. Nicht stichhaltig ist hingegen das Argument des Bundesgerichts und der Vorinstanz, wonach keine absichtliche Täuschung vorliege, weil der Leasingnehmer die Täuschungs- und Unterlassungshandlungen nur der Lieferantin vorwerfe, mit der er keinen Vertrag habe. Eine absichtliche Täuschung kann gemäss Art. 28 Abs. 2 OR nämlich auch durch Dritte erfolgen. Ergo genügt der Umstand, dass der Leasingnehmer der Lieferantin Handlungen nach Art. 28 OR vorwirft, für sich genommen nicht, um eine absichtliche Täuschung betreffend den Leasingvertrag generell auszuschliessen.¹⁴⁴

[167] **4. Genehmigung des mit Willensmängeln behafteten Leasingvertrags.** Das Bundesgericht bestätigte seine ständige Rechtsprechung zur Aufhebung von Willensmängeln durch Genehmigung des fraglichen Vertrags.¹⁴⁵ Die Genehmigung eines mit Willensmängeln behafteten Vertrags kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen. Konkludent genehmigt der Getäuschte einen solchen Vertrag etwa, indem er die eigene Leistung vorbehaltlos und freiwillig erbringt oder einen ihm bekannten Willensmangel in einem hängigen Prozess nicht geltend macht.¹⁴⁶ Die konkludente Genehmigung darf aber nicht leichthin angenommen werden, sondern nur, wenn aus dem Verhalten des Getäuschten hervorgeht, dass er sich der Rechtsfolgen bewusst ist und weiss, dass er den Vertrag trotz Willensmängeln genehmigt.¹⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist das Bundesgericht richtigerweise von einer konkludenten Genehmigung des Leasingvertrags durch den Leasingnehmer ausgegangen, weil dieser freiwillig und vorbehaltlos während sieben Monaten die Leasingraten weiterbezahlt hat (E. 4.1).

¹⁴² Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2018 vom 27. Juni 2018 (besprochen von JOSIANE WEDER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Grundlagenirrtum über wertbeeinflussende Faktoren, in: dRSK, publiziert am 29. Oktober 2018).

¹⁴³ Vgl. dazu z.B. BGE 116 II 431 E. 3 S. 434.

¹⁴⁴ Vgl. zum Ganzen: CLAIRE HUGUENIN, Die absichtliche Täuschung durch Dritte – Art. 28 Abs. 2 OR, SJZ 1999, S. 261 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_340/2011 vom 13. September 2011 E. 3.1; BGE 108 II 102 E. 2a S. 104.

¹⁴⁶ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 64), Art. 31 OR N 17.

¹⁴⁷ Vgl. BK-SCHMIDLIN (Fn. 105), Art. 31 OR N 120 f.

[168] **5. Kaufrechtlicher Mangelbegriff.** Ein Sachmangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR liegt vor, wenn der Kaufgegenstand körperliche oder rechtliche Mängel aufweist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder wesentlich mindern (= Variante 1) oder wenn eine durch den Verkäufer zugesicherte Eigenschaft des Kaufgegenstands fehlt (= Variante 2).¹⁴⁸ Die Art des Sachmangels ist besonders im Rahmen von Art. 200 Abs. 2 OR bedeutsam: Der Ausschluss der Sachmängelgewährleistungsansprüche für den Fall, dass der Käufer den Mangel bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen,¹⁴⁹ gilt nicht, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft zugesichert hat.

[169] Das Bundesgericht schützte die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Bezeichnungen «Neuwagen» und «Ausstellungsfahrzeug» nicht Zusicherungen für das Baujahr 2011 seien und verneinte folgerichtig das Vorliegen eines Sachmangels im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR (Variante 2) infolge Verletzung einer Zusicherung (E. 3.2; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160112 vom 30. Mai 2018 E. 3.3.2.4). Nicht beantwortet haben das Bundesgericht und die Vorinstanz die Frage, ob der Umstand, dass der Porsche Baujahr 2009 statt 2011 hat, einen Sachmangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR (Variante 1) infolge Vorliegens eines körperlichen oder rechtlichen Mangels darstellt. Die mit der Sache befassten Gerichte haben jedoch allfällige Sachmängelgewährleistungsansprüche für den Fall, dass das Baujahr 2009 statt 2011 einen Sachmangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR (Variante 1) darstellen sollte, mit folgendem überzeugenden Argument verneint: Der Leasingnehmer, der offensichtlich Wert auf das Baujahr legte, war im Besitz der EWG-Zulassungsbescheinigung, auf der das Baujahr 2009 vermerkt war (E. 3.2; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160112 vom 30. Mai 2018 E. 3.3.2.3). Da der Leasingnehmer bei Anwendung gebotener Aufmerksamkeit diesen «Mangel» hätte entdecken können, verwirkten seine allfälligen Sachmängelgewährleistungsansprüche (Art. 200 Abs. 2 OR).

[170] **6. Geltendmachung kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistungsansprüche durch den Leasingnehmer.** Auch nach Abschluss des Leasingvertrags bleibt der Leasinggegenstand im Eigentum des Leasinggebers.¹⁵⁰ Trotzdem berief sich der Leasingnehmer auf die kaufrechtlichen Ansprüche der Leasinggeberin (E. 3.2). In der Praxis tritt der Leasinggeber oftmals dem Leasingnehmer seine kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Verkäufer gemäss Art. 164 OR ab, sodass der Leasingnehmer im Falle eines Sachmangels direkt gegen den Verkäufer vorgehen kann. Ob und in welchem Umfang eine solche Abtretung zulässig ist, ist in der Rechtsprechung und Lehre, insbesondere betreffend das Wandelungs- und Minderungsrecht, umstritten.¹⁵¹ Nach einer weit verbreiteten Auffassung ist das Wandelungs- und Minderungsrecht als Gestaltungsrecht nicht abtretbar.¹⁵² Mangels vertraglicher Abrede zwischen dem Leasingnehmer und der Leasinggeberin hatte das Bundesgericht sich vorliegend nicht mit der Zulässigkeit der Abtretung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche auseinanderzusetzen.

¹⁴⁸ BK-GIGER (Fn. 118), Art. 197 OR N 60; siehe auch VISCHER (Fn. 115), S. 1 ff.

¹⁴⁹ Siehe zum Mass der Aufmerksamkeit z.B. DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Anfechtung eines Aktienkaufvertrags gemäss Art. 203 OR*, in: dRSK, publiziert am 9. September 2016; MAX KELLER/KURT SIEHR, *Kaufrecht*, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 80 f.

¹⁵⁰ BGE 118 II 150 E. 4b S. 153.

¹⁵¹ Vgl. zum Ganzen: PETER KURT FATZER, *Sachgewährleistung beim Finanzierungsleasing von mobilen Investitionsgütern*, Diss. Zürich 1999, S. 38 ff.; siehe auch MARKUS HESS/PETER KRUMMENACHER, *Sachgewährleistung und Gefährtragung beim Leasing*, in: Alfred Koller (Hrsg.), *Leasingrecht – Ausgewählte Fragen*, Bern 2007, S. 79 ff., S. 111 f.

¹⁵² BGE 114 II 239 E. 5a/aa S. 247; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 70), Rz. 3424; diese Ansicht lehnt z.B. HONSELL (Fn. 116), S. 467, ab.

[171] a. Da umstritten ist, ob kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrechte mittels Zession abgetreten werden können, fragt sich, ob dem Leasingnehmer auf anderem Wege die Möglichkeit eingeräumt werden kann, direkt gegen den Verkäufer vorzugehen. Dies ist zu bejahen. Denkbar sind die folgenden zwei rechtlichen Konstrukte:¹⁵³

- *Vollmacht zur Geltendmachung der Sachmängelrechte*: Bei dieser Ermächtigungskonstruktion räumen Leasinggesellschaften den Leasingnehmern in den AGB eine Prozessvollmacht ein, die den jeweiligen Leasingnehmer zur Geltendmachung von Sachmängelrechten als direkter Stellvertreter verpflichtet und befähigt.¹⁵⁴
- *Echter Vertrag zugunsten Dritter*: Die AGB der Leasinggesellschaften können ferner eine Begünstigungsklausel enthalten, die als echter Vertrag zugunsten Dritter gemäss Art. 112 OR zu qualifizieren ist. Der Leasingnehmer kann in der Folge die kaufrechtlichen Sachmängelrechte selbstständig geltend machen, sofern sich die Begünstigungsklausel eindeutig auch auf diese Gestaltungsrechte erstreckt.¹⁵⁵

[172] b. Damit der Leasingnehmer bei einem mangelhaften Leasingobjekt gegenüber dem Leasinggeber wirksam geschützt ist, ist zudem die analoge Anwendung kaufrechtlicher Gewährleistungsnormen auf den Leasingvertrag in Betracht zu ziehen.¹⁵⁶

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

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, ist Associate in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

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

¹⁵³ Siehe dazu FATZER (Fn. 151), S. 44 ff.

¹⁵⁴ Vgl. FATZER (Fn. 151), S. 50.

¹⁵⁵ FATZER (Fn. 151), S. 52.

¹⁵⁶ Siehe auch E. 3.2 des referierten Urteils, wo das Bundesgericht ausführte: «Insofern eine analoge Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsnormen möglich sein sollte [...]».