

Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

## **Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2020**

---

Dieser Beitrag enthält eine Zusammenfassung und Kommentierung der wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2020. Berücksichtigt wurden die in der Amtlichen Sammlung publizierten 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 2020, in: Jusletter 29. November 2021

## Inhaltsübersicht

- I. Unternehmenskauf
  1. Schadloshaltungsklausel; Bankgarantieabrede; objektive Auslegung des Aktienkaufvertrags  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_186/2020 vom 30. Juli 2020 (MV/DG)
  2. Garantieverprechen im Sinne von Art. 111 OR betreffend Dividenden  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_24/2020 vom 26. Mai 2020 (CB)
  3. Simulierter Geschäftsübertragungsvertrag; Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB)  
Urteil des Bundesgerichts 6B\_1406/2019 vom 19. Mai 2020, amtlich publiziert als BGE 146 IV 258 = Pra 2021 Nr. 30 (MV/DG)
  4. Absichtliche Täuschung bei unterlassener Offenlegung von Warning Letters bei einem Share Deal  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_445/2019 vom 18. Februar 2020 (CB)
- II. Grundstückkauf
  1. Arglistige Täuschung über unbewilligte Bauarbeiten; zivilrechtliche Opfermitverantwortung  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_437/2020 vom 29. Dezember 2020 (MV/DG)
  2. Gültigkeit eines Gewährleistungsausschlusses; Rechtzeitigkeit der Mängelrüge  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_261/2020 vom 10. Dezember 2020 (CB)
  3. Vertragliche Pflicht des Käufers zur Zahlung der Grundstückgewinnsteuer; keine aus Treu und Glauben fließende Nebenpflicht der Verkäuferin, die Grundstückgewinnsteuer zu optimieren  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2020 vom 3. September 2020 (MV/DG)
  4. Erfüllung der Kaufpreiszahlungspflicht  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_279/2019 vom 19. Februar 2020 (MV/DG)
- III. Fahrniskauf
  1. Arglistiges Verschweigen von Mängeln eines Oldtimers; Aufklärungspflicht des Verkäufers und «Selbstverantwortung» des Käufers  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_514/2020 vom 2. November 2020 (CB)
  2. Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei Orangen; Sachmängelhaftung verneint  
Urteil des Bundesgerichts 4D\_7/2020 vom 5. August 2020 (MV/DG)
- IV. Diverses
  1. Aktionärbindungsvertrag; Nicht-Abberufung des Geschäftsführers: eigenes Leistungsversprechen oder Garantie  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_450/2019 und 4A\_460/2019 vom 18. Mai 2020 (MV/DG)
  2. M&A-Beratervertrag; Verletzung der Exklusivitätsklausel  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_449/2019 vom 16. April 2020 (MV/DG)

### I. Unternehmenskauf

#### 1. Schadloshaltungsklausel; Bankgarantieabrede; objektive Auslegung des Aktienkaufvertrags

**Urteil des Bundesgerichts 4A\_186/2020 vom 30. Juli 2020 (MV/DG)<sup>1</sup>**

[1] U, ein ehemaliger Agent der W AG, klagte gegen die W AG und forderte diverse Beträge in Höhe von CHF 738'500 zuzüglich Zinsen (Sachverhalt und Erwägungen Teil 1).

[2] Z, Alleinaktionär der W AG (nachfolgend: Verkäufer), verkaufte mit schriftlicher Vereinbarung vom 3. Dezember 2007 (nachfolgend: Aktienkaufvertrag) sämtliche Aktien der W AG an

---

<sup>1</sup> Vgl. auch JUDITH ROTHEN/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Leistungs- und Sicherungsversprechen in Aktienkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 7. Juni 2021.

die X AG (nachfolgend: Käuferin). Art. 6 des Aktienkaufvertrags hielt betreffend die durch U angestrebte Forderungsklage fest: «Angesichts des potenziellen Verfahrensrisikos, das sich aus der von U gegen die W AG erhobenen Forderungsklage ergibt, verpflichtet sich der Verkäufer, dieses Risiko gegenüber der Käuferin zu garantieren, indem er eine erstklassige Bankgarantie in Höhe von CHF 850'000 stellt, die solange aufrechterhalten wird, bis ein endgültiges und rechtskräftiges Urteil ergeht, die jedoch in jedem Fall und ohne weitere Bedingung bis spätestens 28. Februar 2012 vollständig freigegeben wird. Sollte die W AG in diesem Verfahren unterliegen, wird die genannte Garantie bis zu den ihr in Rechnung gestellten Beträgen ordnungsgemäss freigegeben.» (Sachverhalt und Erwägungen Teil 2).

[3] Am 30. Juli 2008 unterzeichneten die Parteien ein Vollzugsprotokoll, das die Pflicht des Verkäufers zur Stellung einer Bankgarantie bestätigte. Die Käuferin sollte die Prozesskosten tragen, wurde jedoch ermächtigt, am 31. Dezember eines jeden Jahres vom Verkäufer eine Rückerstattung zu verlangen. Gleichentags gab die Bank V AG auf Anweisung des Verkäufers eine Garantie auf erstes Verlangen zugunsten der Käuferin für «jeden Betrag bis zu maximal CHF 850'000» ab, gültig bis 28. Februar 2012. Bis 31. Dezember 2011 erstattete der Verkäufer der Käuferin die Kosten, die der W AG aufgrund ihrer gerichtlichen Auseinandersetzung mit U erwachsen waren, und welche die Käuferin gemäss Aktienkaufvertrag übernehmen musste. Der Prozess zwischen W AG und U endete am 17. März 2016, wobei die W AG verurteilt wurde, U CHF 363'000 zuzüglich Zinsen und weiterer Kosten zu zahlen (Sachverhalt und Erwägungen Teil 2).

[4] Am 17. Februar 2017 reichte die Käuferin vor dem erstinstanzlichen Gericht des Kantons Genf eine Forderungsklage gegen den Verkäufer ein. Sie stützte die Klage auf Art. 6 des Aktienkaufvertrags und das Vollzugsprotokoll. Das Gericht wies die Klage am 20. Dezember 2018 ab. Die Genfer *Cour de Justice* bestätigte am 18. Februar 2020 das erstinstanzliche Urteil (Sachverhalt und Erwägungen Teil 3).

[5] Gegen dieses Urteil erhob die Käuferin Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht. Der Verkäufer beantragte, die Beschwerde sei zurückzuweisen (Sachverhalt und Erwägungen Teil 4).

[6] 1. Gemäss Bundesgericht beziehe sich vorliegend der Rechtsstreit auf die Auslegung von Art. 6 des Aktienkaufvertrags und des Vollzugsprotokolls. Nach Ansicht der Käuferin habe sich der Verkäufer ohne zeitliche Begrenzung zur Erstattung der allfällig zugesprochenen Beträge an U und der gesamten Anwaltshonorare verpflichtet. Weiter habe er sich verpflichtet, eine Bankgarantie zu stellen, um sicherzustellen, dass er dieser Rückzahlungsverpflichtung bis 28. Februar 2012 nachkommen könne. Demgegenüber sei der Verkäufer der Ansicht, er sei lediglich verpflichtet gewesen, eine Bankgarantie zur Deckung der besagten Kosten während der vereinbarten Gültigkeitsdauer, d.h. bis 28. Februar 2012, zu stellen. Dieser Pflicht sei er in vollem Umfang nachgekommen. Die Vorinstanz sei dieser Argumentation gefolgt und habe auf die in der Rechtsprechung zu Art. 18 Abs. 1 OR verankerten Kriterien für die Auslegung von Willenserklärungen zwischen Vertragsparteien verwiesen. Zudem habe die Vorinstanz zahlreiche weitere Elemente und Dokumente erörtert, wobei sie zum Schluss gekommen sei, dass (i) der Wortlaut von Art. 6 die wahre Bedeutung des Aktienkaufvertrags zwischen den Parteien widerspiegle und (ii) vom Verkäufer nicht verlangt werden könne, etwas anderes zu tun, als eine Bankgarantie von begrenzter Dauer zu stellen. Nach Ansicht der Vorinstanz sei die Erstattung der Prozesskosten eine Nebenpflicht des Verkäufers gewesen, deren Dauer nicht über die der Bankgarantie hinaus gegangen sei (Sachverhalt und Erwägungen Teil 6).

[7] 2. Nach Ansicht des Bundesgerichts bestreite die Käuferin zwar die Einschätzungen der Vorinstanz, würde aber die Auslegungsmethode an sich nicht in Frage stellen. Zudem leite sich die

Argumentation der Vorinstanz auch nicht aus einer Verwechslung zwischen den Pflichten des Verkäufers und jenen der Bank als Garantin ab. Es sei daher nicht notwendig, die Argumentation der Käuferin wiederzugeben; vielmehr könne auf die Begründung des angefochtenen Urteils verwiesen werden, was nach Art. 109 Abs. 3 BGG zulässig sei (Sachverhalt und Erwägungen Teil 6).

[8] 3. Das Bundesgericht befand die Klage folglich als unbegründet und wies sie ab (Sachverhalt und Erwägungen Teil 7).

[9] **Bemerkung: 1.** Vorliegend hat das Bundesgericht die Klage der Käuferin als unbegründet abgewiesen und lediglich summarisch auf die Begründung der Vorinstanz verwiesen. Die Vorinstanz hatte in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertragsauslegung zuerst eine subjektive Auslegung und dann, da sie keinen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen feststellen konnte, eine objektive Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen.<sup>2</sup> Nach dieser objektiven Auslegung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass Art. 6 des Aktienkaufvertrags und das Vollzugsprotokoll den wirklichen Willen der Parteien wiedergeben und die Bankgarantie befristet bis 28. Februar 2012 abgegeben worden sei.

[10] Dieses Vorgehen der subjektiv-objektiven Auslegung ist abzulehnen.<sup>3</sup> Sowohl aus dogmatischen als auch aus praktischen Gründen ist eine einheitliche Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu favorisieren. So gelingt es den Gerichten kaum je, den tatsächlichen Parteiwillen zu ermitteln,<sup>4</sup> was der vorinstanzliche Entscheid verdeutlicht. Zudem ist das Bundesgericht bei der subjektiven Vertragsauslegung an die Beweiswürdigung der Vorinstanz gebunden, da diese grundsätzlich einer bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist.<sup>5</sup>

[11] 2. Es ist fraglich, ob das Ergebnis der objektiven Auslegung nach dem Vertrauensprinzip tatsächlich dem vernünftigerweise den Vertragsparteien zu unterstellenden Willen entsprach. Unseres Erachtens verkannten die Gerichte, dass vom Ablaufdatum des Sicherungsmittels (d.h. der Bankgarantie) nicht automatisch auf das Ablaufdatum des Sicherungsversprechens (d.h. des Versprechens des Verkäufers, das Leistungsversprechen mittels Bankgarantie zu sichern) und schon gar nicht ohne Weiteres auf das Ablaufdatum des Leistungsversprechens (d.h. des Versprechens des Verkäufers, der Käuferin alle im Zusammenhang mit der Streitigkeit mit U anfallenden Kosten zu erstatten) geschlossen werden darf. So ist es in der Praxis üblich, dass die Gültigkeitsdauer des Sicherungsmittels kürzer als jene des Leistungsversprechens ausgestaltet wird. Andererseits könnte im Sicherungsversprechen bspw. auch versprochen werden, kurz vor Ablauf des Sicherungsmittels ein weiteres Sicherungsmittel zu stellen. Sicherungsmittel, Sicherungsversprechen und Leistungsversprechen sind daher streng auseinanderzuhalten. Allerdings ist der Vorwurf an die involvierten Gerichte insofern zu relativieren, als bereits die Vertragsparteien (insbesondere die Käuferin) das Leistungsversprechen, das Sicherungsversprechen und das Sicherungsmittel miteinander vermischt hatten. Es ist jedoch schwierig, die Vertragsauslegung abschliessend zu beurteilen, da sich das Bundesgericht nicht eingehend mit den vorinstanzlichen Erwägungen

---

<sup>2</sup> Urteil der Genfer *Cour de Justice* ACJC/292/2020 vom 18. Februar 2020 E. 3.2.1 S. 20.

<sup>3</sup> Gl.M. bspw. ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, Rz. 29; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.

<sup>4</sup> FRANZ WERRO, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2020, S. 424 ff., S. 428; BK-MÜLLER (Fn. 3), Art. 18 OR N 79 f.

<sup>5</sup> Siehe dazu bspw. Urteil des Bundesgerichts 4A\_233/2020 vom 22. Oktober 2020 E. 4. Ingress.

auseinandersetzen konnte und der besprochene Entscheid sich nicht näher zum Wortlaut sowie zum Inhalt des Vollzugsprotokolls äussert.

[12] **a.** Die Käuferin verstand Ziff. 6 des Aktienkaufvertrags nach eigenen Angaben so, dass zwar die Bankgarantie befristet ausgestaltet wurde, nicht jedoch das Leistungsversprechen selbst. Der Verkäufer habe sich vielmehr unbefristet zur Erstattung der sich im Zusammenhang mit dem Prozess ergebenden Kosten verpflichtet. Ein solches Verständnis ist aus objektiver Sicht naheliegend. Denn in M&A-Verträgen werden Ansprüche aus Zusicherungen und Garantien regelmässig durch zeitlich begrenzte Sicherungsmittel wie bspw. ein *Escrow Agreement* gesichert.<sup>6</sup> Entsprechend ist jeweils klar zwischen dem Sicherungsgeschäft und dem Grundgeschäft zu unterscheiden.<sup>7</sup> Diese Differenzierung ist vorliegend aufgrund der undifferenzierten Formulierung aber gerade nicht möglich. Zudem sollten in dieser Hinsicht auch die mit dem Fristablauf verbundenen Folgen geregelt werden,<sup>8</sup> was die Parteien vorliegend ebenfalls unterlassen haben.

[13] **b.** So ist der Verkäufer der Ansicht, dass er nur verpflichtet gewesen sei, eine befristete Bankgarantie bis 28. Februar 2012 zur Deckung seiner gleichermassen befristeten Rückzahlungsverpflichtung betreffend die U zugesprochenen Beträge und Anwaltshonorare abzugeben. Dieser Pflicht sei er vollumfänglich nachgekommen. Eine solche Auslegung ist unseres Erachtens aufgrund der undifferenzierten Formulierung der Vertragsklausel zwar denkbar. Allerdings ist fraglich, ob ein solches Auslegungsergebnis dem Willen vernünftiger Parteien entspricht.

[14] **c.** Wäre die Vertragsklausel klar formuliert sowie Sicherungsgeschäft und Grundgeschäft voneinander getrennt worden, hätten die Gerichte unserer Ansicht nach zunächst das Leistungsversprechen objektiv auslegen und rechtlich qualifizieren müssen. Anschliessend hätten die Gerichte das Sicherungsversprechen und das Sicherungsmittel objektiv auslegen und rechtlich qualifizieren müssen. Erst danach hätten die Gerichte beurteilen können, ob das Leistungs- und das Sicherungsversprechen für den gleichen Zeitraum abgegeben wurden. Weiter hätten die Gerichte auch erst dann ermitteln können, ob von der Dauer des Sicherungsmittels auf die Dauer des Sicherungsversprechens und des dahinterstehenden Leistungsversprechens geschlossen werden kann.

[15] **3.** Das Leistungsversprechen des Verkäufers kann als kaufvertragliche Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR, als Garantie im Sinne von Art. 111 OR oder als Schuldübernahme gemäss Art. 175 ff. OR qualifiziert werden.<sup>9</sup> Die rechtliche Qualifikation von Leistungsversprechen ist schwierig, weshalb das Versprechen im Einzelfall analysiert und ausgelegt werden muss.<sup>10</sup>

[16] **a.** Kaufvertragliche Gewährleistungen sichern, sofern es sich um Sachgewährleistungen handelt, bestimmte Eigenschaften des Kaufgegenstands zu.<sup>11</sup> Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels bzw. das Fehlen einer Eigenschaft ist in der Regel der Gefahrübergang.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Siehe bspw. URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 358 ff.

<sup>7</sup> MATTHIAS KUSTER, Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien, SZW 1996, S. 68 ff., S. 68.

<sup>8</sup> KUSTER (Fn. 7), S. 75.

<sup>9</sup> Siehe dazu auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP190003 vom 5. November 2019 E. 3.3.5 ff.

<sup>10</sup> MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff., S. 333.

<sup>11</sup> FABIAN GLÄSSER/MARKUS VISCHER, Unternehmenskaufvertrag – Garantie, Zusicherung oder verwandtes Versprechen?, in: dRSK, publiziert am 27. Juni 2014, Rz. 10.

<sup>12</sup> HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 197 OR N 11.

Da das Gewährleistungsrecht dispositiv ist, können die Parteien auch einen anderen Zeitpunkt vereinbaren.<sup>13</sup> Modifizierte Gewährleistungen können deshalb bestimmte Eigenschaften eines Kaufgegenstands auch in einem bestimmten Zeitpunkt (vor oder nach dem Gefahrübergang) oder aber für eine bestimmte Dauer (nach der Unterzeichnung oder dem Vollzug des Kaufvertrags) zu sichern.<sup>14</sup>

[17] **b.** Garantien kommen in einem Dreipersonenverhältnis als bürgschaftsähnliche Garantien, auch Garantien i.e.S. genannt, vor.<sup>15</sup> Die bürgschaftsähnliche Garantie bezieht sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis (Grundgeschäft), das dem Promissar einen (vertraglichen) Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt.<sup>16</sup> Dabei ist gleichgültig, ob die Leistung des Dritten wirklich geschuldet ist.<sup>17</sup> Wesentlich ist jedoch, dass die Möglichkeit des Schadenseintritts vom Verhalten des Dritten abhängt, der als Schuldner des Promissars auftritt. Diese Nähe zur Bürgschaft führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen der bürgschaftsähnlichen Garantie und Bürgschaften im Sinne von Art. 492 ff. OR.<sup>18</sup> Primäres Abgrenzungskriterium ist die Akzessorität der Leistung: Garantien sind unabhängige Verpflichtungen, wohingegen Bürgschaften akzessorischer Natur sind<sup>19</sup> und somit vom Bestand und Inhalt der zu sichernden Hauptschuld des Dritten abhängen.<sup>20</sup>

[18] Garantien können jedoch auch in Zweipersonenverhältnissen als reine Garantien vorkommen. Dabei sichern sie den Promissar losgelöst von einem Dreipersonenverhältnis nicht nur gegen das Risiko der Nichtleistung durch einen Dritten, sondern auch gegen ein irgendwie geartetes Risiko ab, womit sie ein umfassendes Sicherungsinstrument darstellen.<sup>21</sup> Diese Begriffserweiterung erlaubt es, Garantien für die kaufrechtliche Mängelhaftung einzusetzen.<sup>22</sup>

[19] Sofern Garantien bestimmte Eigenschaften des Kaufgegenstands in einem bestimmten Zeitpunkt oder für einen bestimmten Zeitraum garantieren, werden sie Beschaffenheitsgarantien genannt.<sup>23</sup> Sichern Garantien hingegen einen von den Eigenschaften des Kaufgegenstands unabhängigen zukünftigen Erfolg zu, handelt es sich um «Nichtbeschaffenheitsgarantien». Solche Nichtbeschaffenheitsgarantien, die bspw. den Eintritt gewisser vom Käufer gewünschter oder nicht gewünschter Ereignisse betreffen, sind nur in Form von Garantien und nicht in Form von

---

<sup>13</sup> BSK OR I-HONSELL (Fn. 12), Art. 199 OR N 1.

<sup>14</sup> VISCHER (Fn. 10), S. 328.

<sup>15</sup> PETER REETZ/MICHAEL GRABER, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen (Art. 1183 OR), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 111 OR N 7.

<sup>16</sup> CHRISTOPH M. PESTALOZZI, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 111 OR N 6.

<sup>17</sup> BGE 125 III 305 E. 2b S. 307 = Pra 1999, Nr. 172, S. 897.

<sup>18</sup> BGE 125 III 305 E. 2b S. 307 = Pra 1999, Nr. 172, S. 897.

<sup>19</sup> BEAT KLEINER/KASPAR LANDOLT/DOMINIQUE GEMPERLI, Bankgarantie, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, S. 22 ff.

<sup>20</sup> VISCHER (Fn. 10), S. 326.

<sup>21</sup> VISCHER (Fn. 10), S. 326.

<sup>22</sup> SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 197 OR N 21 und 24; GLÄSSER/VISCHER (Fn. 11), Rz. 10; betreffend deutsches Recht: CHRISTIAN FÖRSTER, Die Fusion von Bürgschaft und Garantie, Tübingen 2010, S. 80.

<sup>23</sup> VISCHER (Fn. 10), S. 328; betreffend deutsches Recht: FÖRSTER (Fn. 22), S. 142 f.

kaufvertraglichen Gewährleistungen möglich.<sup>24</sup> Sie kommen als M&A-Vertragsklauseln in der Praxis jedoch eher selten vor.<sup>25</sup>

[20] c. Eine interne Schuldübernahme im Sinne von Art. 175 OR liegt vor, wenn sich ein Dritter dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Schuldner von der Schuld zu befreien. Dem Gläubiger gegenüber bleibt die Übernahme wirkungslos, da der Schuldübernehmer lediglich die Schuld und nicht das Vertragsverhältnis übernimmt.<sup>26</sup> Eine externe, privative Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR liegt demgegenüber vor, wenn der bisherige Schuldner durch die Schuldübernahme frei wird.<sup>27</sup>

[21] 4. Aus diesen Ausführungen (Rz. 1620) ergibt sich, dass das vorliegende Leistungsversprechen tendenziell als reine Garantie (genauer: eine Nichtbeschaffheitsgarantie) gilt. Denn es lag kein Dreipersonenverhältnis vor und der Verkäufer versprach einen zukünftigen Erfolg, nämlich den Ersatz gewisser Kosten im Zusammenhang mit dem Gerichtsverfahren.<sup>28</sup> Zudem versprach der Verkäufer der Käuferin nicht die Übernahme der Schuld, sondern die Erstattung sämtlicher Prozesskosten, weswegen auch keine interne oder externe Schuldübernahme vorliegt.

[22] Demgegenüber stellt das vorliegende Sicherungsmittel eine bürgschaftsähnliche Garantie dar. Die Bank garantiert im Dreipersonenverhältnis die Leistung des Verkäufers unabhängig vom Bestand und Inhalt der zu sichernden Hauptschuld. Für diese rechtliche Qualifikation des Sicherungsmittels spricht zudem, dass Garantieverklärungen von Banken vermutungsweise Garantien und keine Bürgschaften sind.<sup>29</sup>

[23] 5. Das vorliegende Urteil verdeutlicht die Wichtigkeit des sorgfältigen Formulierens von M&A-Vertragsbestimmungen, was aufgrund zunehmender Rechtsstreitigkeiten um Garantien bei Unternehmensübernahmen<sup>30</sup> zusätzlich an Bedeutung gewinnt.

## 2. Garantieverprechen im Sinne von Art. 111 OR betreffend Dividenden

### Urteil des Bundesgerichts 4A\_24/2020 vom 26. Mai 2020 (CB)<sup>31</sup>

[24] A (Verkäufer) war bis zum 31. Dezember 2015 mit 50% am Aktienkapital der B AG (Gesellschaft) beteiligt und Mitglied des Verwaltungsrats. Am 24. Dezember 2015 schloss er mit dem Mitaktionär C (Käufer) einen Aktienkaufvertrag ab, in dem er diesem seinen Aktienanteil ver-

---

<sup>24</sup> VISCHER (Fn. 10), S. 330.

<sup>25</sup> URS SCHENKER, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VII*, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 275 ff., S. 277; betreffend deutsches Recht: FÖRSTER (Fn. 22), S. 147.

<sup>26</sup> RUDOLF TSCHÄNI/TINO GABERTHÜEL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 175 OR N 1 f.

<sup>27</sup> THOMAS PROBST, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 176 OR N 1.

<sup>28</sup> Gegen dieses Auslegungsergebnis liesse sich jedoch einwenden, dass das Gerichtsverfahren im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags bereits existierte und die künftigen Kosten lediglich eine Folge dieses gegenwärtigen Ereignisses sind (vgl. GLÄSSER/VISCHER [Fn. 11], Rz. 9). Bei diesem Verständnis wäre Art. 6 des Aktienkaufvertrags als kaufrechtliche Zusicherung anzusehen (vgl. GLÄSSER/VISCHER [Fn. 11], Rz. 9).

<sup>29</sup> Siehe dazu BGE 131 III 511 E. 4.3 S. 525 = Pra 2006, Nr. 66, S. 479; JÜRGEN DOHM, *Bankgarantien im internationalen Handel*, Bern 1985, S. 62.

<sup>30</sup> RUDOLF TSCHÄNI/MATTHIAS WOLF, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VIII*, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 93 ff., S. 94.

<sup>31</sup> Vgl. auch JASMIN EICHER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Garantie versus eigene Leistungsverpflichtung beim Unternehmenskauf*, in: dRSK, publiziert am 13. Oktober 2020.

kaufte. Ziffer 4 des Aktienkaufvertrags enthielt die folgende Regelung betreffend die Dividende für das Geschäftsjahr 2015: «Die Dividendenberechtigung für das Geschäftsjahr 2015 bleibt für die 75 hier veräusserten Kaufaktien beim Verkäufer, d.h. er erhält 50% der noch zu beschliessenden Dividende für das Geschäftsjahr 2015, wobei die Parteien heute davon ausgehen und vereinbaren, dass die Bruttodividende für das Jahr 2015 total CHF 600'000 ausmachen soll, zahlbar spätestens per 30. Juni 2016 (unter Abzug der Verrechnungssteuer von 35%), zu je 50% an die beiden Parteien. Der Käufer verpflichtet sich, dafür besorgt zu sein, dass die Dividende 2015 entsprechend beschlossen und ausbezahlt wird.»

[25] Für das Geschäftsjahr 2015 wurde eine Dividende von CHF 300'000 beschlossen. Dem Verkäufer wurden in der Folge CHF 150'000 abzüglich 35% Verrechnungssteuer, d.h. CHF 97'500, überwiesen. Darauf klagte der Verkäufer gegen den Käufer auf Zahlung von CHF 150'000 zuzüglich Zins (Betrag in der Höhe der nicht bezahlten Dividende, d.h. 50% von CHF 600'000). Das Bezirksgericht Dietikon wies die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die Berufung teilweise gut und verurteilte den Käufer, dem Verkäufer CHF 150'000 zuzüglich Zins zu bezahlen. Das Bundesgericht wies die gegen dieses Urteil vom Käufer erhobene Beschwerde ab.

[26] 1. Strittig war die Auslegung von Ziffer 4 des Aktienkaufvertrags. Das Bundesgericht bestätigte die vorinstanzliche Qualifikation dieser Bestimmung als Garantieverprechen im Sinne von Art. 111 OR. Der Wortlaut sei klar: Der Käufer habe sich verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass die Dividende «entsprechend» (d.h. in der Höhe von CHF 600'000) beschlossen und «ausbezahlt» werde. Dass die Parteien damals die genaue Höhe der Dividende naturgemäss noch nicht hätten wissen können, ändere daran nichts. Die Parteien hielten nicht nur fest, dass sie von einer Dividende von CHF 600'000 «ausgehen», sondern dass sie dies auch «vereinbaren».

[27] Auch wenn der Käufer als nach dem Kauf alleiniger Eigentümer der Gesellschaft das Sagen haben würde, habe es den Parteien klar sein müssen und sei es ihnen offenbar auch klar gewesen, dass sie nicht hätten vereinbaren können, dass die von der Generalversammlung als Organ der Gesellschaft zu beschliessende Dividende CHF 600'000 betragen werde. Hätten sie dies vereinbart, hätten sie einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter geschlossen, der gesellschaftsrechtlich gemäss Art. 675 OR ungültig gewesen wäre. Demgemäss sehe Ziffer 4 des Kaufvertrags nicht vor, die Dividende «werde» CHF 600'000 betragen, sondern dass sie diesem Betrag entsprechen «soll». Nicht stichhaltig sei der Hinweis auf das Wort «heute» («... wobei die Parteien heute davon ausgehen und vereinbaren...»). Die Parteien hätten weder «morgen» noch im Zeitpunkt der Generalversammlung eine (anderweitige) gegenseitige Willenserklärung abgegeben. Massgebend sei daher einzig, von welcher Dividende die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses («heute») ausgegangen seien.

[28] Auch aus dem Verhalten der Parteien vor Vertragsschluss sei zu schliessen, dass der Käufer dem Verkäufer die Auszahlung einer Dividende in der Höhe von CHF 300'000 garantiert habe. Sowohl das vom Käufer vor Vertragsschluss unterbreitete Kaufangebot vom November 2015 wie ein Anfang Dezember 2015 abgeschlossenes Memorandum of Understanding würden eine Dividende von CHF 300'000 als Teil des Kaufpreises nennen.

[29] 2. Unbegründet war schliesslich auch der Einwand des Käufers, falls von einem Sicherungsgeschäft ausgegangen werde, läge kein Garantieverprechen, sondern eine formungültige Bürgschaft vor. Ein wichtiges Indiz zur Abgrenzung von Bürgschaft und Garantie sei das Interesse des Promittenten am Geschäft. Bei der akzessorischen Bürgschaft fehle in der Regel ein Eigeninteresse des Bürgen am zu sichernden Geschäft. Sie werde typischerweise zur Sicherstellung einer Ver-

pflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen. Darin liege denn auch der Grund, dass sie besonderen Formvorschriften unterstellt wurde (E. 4.2.1).

[30] Vorliegend würde bereits das offensichtliche Eigeninteresse des Käufers am Abschluss des Aktienkaufvertrags mit den darin enthaltenen Leistungen des Verkäufers genügen, um eine Bürgschaft auszuschliessen. Insbesondere habe die Regelung über die Dividende dem Käufer ermöglicht, einen Teil des Kaufpreises für die Aktien über die Gesellschaft zu begleichen (E. 4.2.2, 4.1.2). Vor allem aber setze die Bürgschaft eine bestehende Forderung voraus, wohingegen der Verkäufer keine solche gegen die Gesellschaft besass, da eine Dividendengarantie durch die Gesellschaft selber gemäss Art. 675 OR nichtig gewesen wäre.<sup>32</sup> Schliesslich könne der Käufer auch nichts daraus ableiten, dass die Garantie keinen Verzicht auf Einreden und Einwendungen enthalte, da ein solcher Verzicht nicht begriffsnotwendig sei.<sup>33</sup>

[31] **Bemerkung:** Der Entscheid enthält in E. 4.2.1/4.2.2 aufschlussreiche Ausführungen zu den Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung zwischen Garantieverprechen und Bürgschaft.<sup>34</sup>

### 3. Simulierter Geschäftsübertragungsvertrag; Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB)

**Urteil des Bundesgerichts 6B\_1406/2019 vom 19. Mai 2020, amtlich publiziert als BGE 146 IV 258 = Pra 2021 Nr. 30 (MV/DG)<sup>35</sup>**

[32] Im Sommer 2009 erwarben die Ehegatten B die Snack-Bar C (nachfolgend: Snack-Bar) und betrieben diese gemeinsam bis zu ihrer Trennung am 24. Juni 2014. Am 5. Januar 2015 wurde die Snack-Bar unter dem Namen von B.B (nachfolgend: Verkäufer) als Einzelunternehmen in das Handelsregister eingetragen (Sachverhalt Teil B.a).

[33] Mit Vertrag vom 3. März 2016 (nachfolgend: Vertrag) verkaufte der Verkäufer die Snack-Bar mit ihrer kompletten technischen Infrastruktur, namentlich einschliesslich des Mobiliars, verschiedener Geräte, der Armaturen, der Lüftungssysteme, des Getränkekühlschranks sowie der Tische und Stühle, an A (Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer). Der Vertrag wurde auf Verlangen des Verkäufers von seiner Treuhänderin erstellt. Der Kaufpreis für die Snack-Bar betrug laut Vertrag CHF 10'000 exkl. MwSt. Der tatsächlich zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis betrug indes CHF 150'000 (Sachverhalt Teil B.b).

[34] Am 25. April 2016 stellte F.B, die Ehefrau des Verkäufers (nachfolgend: Ehefrau), Strafantrag gegen den Verkäufer. Darin warf sie dem Verkäufer vor, die Snack-Bar ohne ihre Zustimmung verkauft zu haben, obwohl sie Miteigentümerin des Mobiliars und der Ausstattung gewe-

---

<sup>32</sup> E. 4.2.2 mit Hinweis auf einen älteren Entscheid, in dem eine Qualifikation der Dividendengarantie als Bürgschaft abgelehnt wurde (BGE 46 II 157 E. 1 und E. 2. S. 159 f.).

<sup>33</sup> E. 4.2.2 unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_530/2008 vom 29. Januar 2009 E. 5.1.1.

<sup>34</sup> Siehe dazu die Kritik von EICHER/GALLI/VISCHER (Fn. 31), Rz. 14–21, welche die Meinung vertreten, dass das Bundesgericht vorliegend vom Versprechen einer eigenen Leistung des Käufers hätte ausgehen müssen (und nicht einer Garantie), nämlich dem Herbeiführen eines Dividendenbeschlusses im Umfang von CHF 600'000 (brutto) und einer Abtretung des hälftigen Dividendenanspruchs des Verkäufers an den Käufer.

<sup>35</sup> Vgl. auch FELIX BOMMER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum materiellen Strafrecht im Jahr 2020, ZBJV 2021, S. 541 ff., S. 558 f.; MICHAEL KÜNDIG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Strafbarkeit beim simulierten Geschäftsübertragungsvertrag, in: dRSK, publiziert am 30. März 2021; MARION CHAUTARD, Le contrat de vente simulé pour tromper un tiers et l'infraction de faux dans les titres, LawInside vom 6. Juni 2020.

sen sei, und zwar für den Kaufpreis von CHF 150'000, obschon der bekanntgegebene Kaufpreis CHF 10'000 betragen habe (Sachverhalt Teil B.c).

[35] Mit Urteil vom 18. März 2019 sprach das Polizeigericht Littoral und Val-de-Travers den Verkäufer der Veruntreuung, der Urkundenfälschung und der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten schuldig. Das Polizeigericht sprach auch den Käufer der Urkundenfälschung schuldig, sprach ihn jedoch vom Vorwurf der Veruntreuung und des Betrugs frei. Es verurteilte den Käufer, u.a. CHF 20'000 im Hinblick auf die güterrechtliche Auseinandersetzung der Ehegatten B auf ein Sperrkonto des Regionalgerichts Littoral und Val-de-Travers zu zahlen (Sachverhalt Teil A).

[36] Mit Urteil vom 29. Oktober 2019 hiess das Kantonsgericht Neuenburg die vom Käufer gegen das Urteil des Polizeigerichts erhobene Berufung teilweise gut und hob das Urteil des Polizeigerichts insoweit auf, als es den Käufer verurteilte, den Betrag von CHF 20'000 auf ein anderes Sperrkonto zu überweisen. Im Übrigen bestätigte das Kantonsgericht das vorinstanzliche Urteil (Sachverhalt Teil B Ingress).

[37] Gegen das Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg reichte der Käufer Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht ein. Er beantragte u.a., das vorinstanzliche Urteil sei dahingehend anzupassen, dass er vom Vorwurf der Urkundenfälschung freigesprochen werde. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Sachverhalt Teil C sowie E. 1.3 und 3).

[38] 1. Der Käufer rügte, dass die unrichtige Angabe des Kaufpreises im Vertrag nicht als Falschbeurkundung zu qualifizieren sei. Da dem Vertrag keine erhöhte Glaubwürdigkeit zukomme, gelte er als eine einfache schriftliche Lüge, die nicht strafbar sei (E. 1 Ingress).

[39] Das Bundesgericht führte aus, dass einem Vertrag, dessen Inhalt nicht mit dem wirklichen Sachverhalt übereinstimme, nach gefestigter Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB) grundsätzlich kein Urkundencharakter zukomme, da er nicht die erforderliche erhöhte Glaubwürdigkeit geniesse. Denn ein solcher Vertrag beweise lediglich, dass zwei Personen übereinstimmend eine bestimmte Willenserklärung abgegeben hätten, nicht aber, dass diese Erklärungen auch dem wirklichen Willen der Vertragsparteien entsprächen. Insbesondere beweise ein solcher Vertrag nicht, dass Willensmängel bei den Vertragsparteien auszuschliessen seien und dass keine Simulation vorliege. Nur wenn besondere Garantien dafür vorlägen, dass die von den Vertragsparteien abgegebenen übereinstimmenden Willenserklärungen deren wirklichem Willen entsprächen, könne einem in einfacher Schriftform verfassten Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung Urkundencharakter zukommen (E. 1.1.1).

[40] 2. Der Kaufpreis der Snack-Bar sei im Vertrag fälschlicherweise mit CHF 10'000 angegeben worden, obwohl der tatsächliche Kaufpreis CHF 150'000 betragen habe. Es liege demnach ein Schriftstück vor, bei dem der wirkliche Autor mit dem daraus ersichtlichen Autor identisch sei, aber der wirkliche und der darin enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmten. Es sei deshalb zu prüfen, ob dem Vertrag eine besondere Wahrheitsgarantie (*garantie de véracité particulière*) zukomme und falls ja, ob eine Falschbeurkundung vorliege (E. 1.2 Ingress).

[41] a. Der Vorinstanz zufolge habe der Verkäufer mit der Festlegung des falschen Kaufpreises, der weit unter dem tatsächlichen Kaufpreis lag, den Zweck verfolgt, seine Ehefrau im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu täuschen. Der Verkäufer habe den Vertrag durch seinen Vertreter erstellen lassen, um im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu argumentieren, dass der Erlös aus dem Verkauf des Betriebs lediglich CHF 10'000 betragen habe

und dieser Betrag demnach bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt werden müsse. Gemäss Vorinstanz habe der Rechtsvertreter des Verkäufers zudem darauf hingewiesen, dass der Vertrag von der Treuhänderin des Ehemannes erstellt worden sei. Dem Vertrag komme deshalb die von der Rechtsprechung geforderte erhöhte Glaubwürdigkeit zu und er sei geeignet gewesen, die Ehefrau zu täuschen, selbst wenn sie misstrauisch gewesen wäre (E. 1.2.1).

[42] **b.** Die Vorinstanz sei zum Schluss gelangt, dass der Tatbestand der Falschbeurkundung im Zusammenhang mit dem Vertrag erfüllt sei. Zwecks Begründung habe sie unter Bezugnahme auf einen Teil der Lehre zwei Beispiele von Verträgen angeführt, denen eine erhöhte Glaubwürdigkeit (*valeur probante accrue*) zukomme. Es handle sich einerseits um einen simulierten Vertrag zwecks Kreditbeschaffung (Fallgruppe 1) und andererseits um einen Vertrag, der zwecks Täuschung eines Dritten, der den Vertrag als Beweismittel ansah, erstellt wurde (Fallgruppe 2). Bezüglich der Fallgruppe 1 habe das Bundesgericht in BGE 123 IV 61 entschieden, dass die Erstellung und Verwendung eines simulierten Vertrags zum Zwecke der Kreditbeschaffung den Tatbestand der Falschbeurkundung nicht erfülle. Die Fallgruppe 2 werde von einem Vertreter der Lehre erwähnt. Dieser Autor vertrete die Auffassung, dass ein solcher Vertrag im Einklang mit der französischen Rechtsauffassung «als Falschbeurkundung qualifiziert werden müsse» (E. 1.2.1).

[43] **3.** Ein in einfacher Schriftform geschlossener Kaufvertrag mit unwahrem Inhalt könne mangels erhöhter Glaubwürdigkeit grundsätzlich nicht Gegenstand einer Falschbeurkundung sein, sofern keine besonderen Garantien dafür bestünden, dass die übereinstimmend abgegebenen Willenserklärungen dem wirklichen Willen der Vertragsparteien entsprächen (E. 1.2.2).

[44] **a.** Im vorliegenden Fall sei unklar, welche objektiven Garantien – die sich aus dem Gesetz oder den Handelsbräuchen ergeben – Dritten, insbesondere der Ehefrau, die Wahrheit des Vertragsinhalts zugesichert haben sollen. Der Vertrag sei in einfacher Schriftform auf neutralem Papier verfasst worden und habe nur die Namen und Unterschriften des Käufers und des Verkäufers enthalten. Der Käufer und der Verkäufer – die einzigen Unterzeichnenden des Vertrags – hätten sich jedoch im Verhältnis zur geschädigten Ehefrau nicht in einer garantenähnlichen Stellung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung befunden, wie z.B. ein Arzt gegenüber der Versicherung oder der leitende Angestellte einer Bankfiliale gegenüber den Bankkunden (E. 1.2.3).

[45] **b.** Die Tatsache, dass der Vertrag von der Treuhänderin des Verkäufers erstellt und dies der Ehefrau vom Rechtsvertreter des Ehemannes mitgeteilt wurde, stelle – entgegen dem, was die Vorinstanz anzunehmen scheine – keine Garantie dafür dar, dass die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien des Vertrags ihrem tatsächlichen Willen entsprochen hätten. Insbesondere habe die Treuhänderin, die offenbar vom Verkäufer beauftragt worden sei, keine aus dem Gesetz oder aus ihren vertraglichen Verpflichtungen resultierende Prüfungspflicht im Sinne der zitierten Rechtsprechung getroffen. Diesbezüglich gehe aus dem Urteil der Vorinstanz hervor, dass es die Parteien des Vertrags gewesen seien, die der Treuhänderin mitgeteilt hätten, dass der Kaufpreis CHF 10'000 betrage und dass sie die Treuhänderin nicht um eine Schätzung des Werts der Snack-Bar gebeten hätten, weshalb diese eine solche Schätzung nicht vorgenommen habe. Aus diesem Grund reiche die Tatsache, dass das Schriftstück von der Treuhänderin des Verkäufers erstellt worden sei, nicht aus, um dem Vertrag die von der Rechtsprechung geforderte erhöhte Glaubwürdigkeit zuzuerkennen (E. 1.2.4).

[46] **4.** Schliesslich bleibe noch zu klären, ob die Tatsache, dass der Vertrag dazu dienen sollte, die Ehefrau im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu täuschen, ausreiche, um eine Falschbeurkundung anzunehmen wie es die Vorinstanz angenommen habe. Diese Argumentation der Vorinstanz scheine auf einer von einem Teil der Lehre vertretenen Rechtsauffassung der

Falschbeurkundung zu beruhen. Nach dieser Lehrmeinung solle man sich, um festzustellen, ob ein Schriftstück beweiskräftig sei, in die Lage des vorgesehenen Empfängers versetzen und sich nicht auf die Situation des Verfassers fixieren, der eine Quasigarantenstellung innehatte. Gemäss dieser Lehrmeinung sei das Schriftstück objektiv zu prüfen und anschliessend zu bestimmen, ob der vorgesehene Empfänger vernünftigerweise und ohne Unvorsichtigkeit zum Schluss kommen müsse, dass die Tatsache bewiesen sei und er keine weiteren Überprüfungshandlungen vornehmen müsse (E. 1.2.5).

[47] **a.** Ein Teil der Lehre sei der Auffassung, dass BGE 138 IV 130 die Strafbarkeit der Falschbeurkundung im Sinne der erwähnten Rechtsauffassung erweitere. In mehreren neueren Urteilen, die nach BGE 138 IV 130 gefällt worden seien, habe sich das Bundesgericht mit der Frage befasst, ob Verträge Gegenstand einer Falschbeurkundung seien. So habe das Bundesgericht z.B. entschieden, dass einem simulierten Arbeitsvertrag, der zur Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung erstellt worden sei, keine erhöhte Glaubwürdigkeit zukomme, und damit seine Rechtsprechung bestätigt. Das Bundesgericht habe zudem entschieden, dass das Verfassen von Verträgen, mit denen die Steuerbehörde von der Existenz von Darlehen überzeugt werden sollte, keine Falschbeurkundung darstelle; das Bundesgericht habe die Auffassung vertreten, die in BGE 138 IV 130 entwickelte Rechtsprechung sei auf die strittigen Verträge nicht anwendbar, da weder festgestellt worden sei, dass sie in die Buchhaltung der Empfängerin integriert wurden, noch dass sie zu diesem Zweck geschaffen worden seien. In einem anderen kürzlich ergangenen Urteil habe das Bundesgericht entschieden, dass einem inhaltlich unwahren Geschäftsübertragungsvertrag, der einem Vertreter des Vermieters vorgelegt wurde, um die Übertragung des Mietverhältnisses zu ermöglichen, mangels erhöhter Glaubwürdigkeit unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung kein Urkundencharakter im Sinne von Art. 251 StGB zukomme (E. 1.2.6).

[48] **b.** Folglich habe die Rechtsprechung die Tragweite von BGE 138 IV 130 nicht erweitert und die Theorie des alleinigen Empfängers für den Straftatbestand der Falschbeurkundung nicht anerkannt. Es gebe im vorliegenden Fall also keinen Grund, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu simulierten Verträgen abzuweichen. Folglich könne man aufgrund der blossen Tatsache, dass der Vertrag zwecks Verwendung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung mit der Ehefrau erstellt worden sei, ungeachtet seines simulierten Charakters nicht folgern, dass es sich um eine Falschbeurkundung gehandelt habe (E. 1.2.7).

[49] **5.** Dem Vertrag sei folglich mangels erhöhter Glaubwürdigkeit unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung kein Urkundencharakter im Sinne von Art. 251 StGB zugekommen. Aus diesem Grund müsse die Berufung gutgeheissen und das angefochtene Urteil aufgehoben werden (E. 1.3).

[50] **Bemerkung: 1.** Dem vorliegenden Entscheid lag ein simulierter Geschäftsübertragungsvertrag zugrunde. Die Treuhänderin des Verkäufers hatte den Geschäftsübertragungsvertrag erstellt, was der Ehefrau des Verkäufers bekannt war. Die Parteien legten darin einen Kaufpreis fest, der weit unter dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreis lag. Der Verkäufer wollte damit seine Ehefrau bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung über seine Vermögensverhältnisse täuschen.

[51] Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob sich der Verkäufer und der Käufer der Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB) strafbar gemacht haben. Es verneinte diese Frage und bestätigte seine seit BGE 117 IV 35 E. 1d S. 39 ergangene, restriktivere Rechtsprechung zur Falschbeurkundung bzw. zur Abgrenzung der Falschbeurkundung von der schriftlichen Lüge (Rz. 5255).

Für die M&A-Praxis ist dieser strafrechtliche Entscheid<sup>36</sup> insofern interessant, als das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Falschbeurkundung bezüglich simulierter Verträge präzisiert und den Rechtsunterworfenen Rückschlüsse erlaubt, wann der Tatbestand der Falschbeurkundung in M&A-Transaktionen erfüllt sein kann (Rz. 56).

[52] 2. Die Erfüllung des Straftatbestands der Falschbeurkundung setzt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung u.a. voraus, dass ein Schriftstück glaubwürdiger als eine gewöhnliche schriftliche Erklärung ist. Ein Schriftstück geniesst erhöhte Glaubwürdigkeit, wenn allgemeingültige, objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten.<sup>37</sup> So können z.B. die öffentliche Beurkundung eines Schriftstücks oder Gesetzesbestimmungen den Wahrheitsgehalt einer Erklärung objektiv garantieren.<sup>38</sup> Weiter kann die besonders vertrauenswürdige, garantenähnliche Stellung des Ausstellers die Wahrheit einer Erklärung objektiv garantieren.<sup>39</sup>

[53] Die Vorinstanz sprach dem Vertrag erhöhte Glaubwürdigkeit zu, weil (i) der Verkäufer den Vertrag durch seine Treuhänderin erstellen liess, um seine Ehefrau bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung über seine Vermögensverhältnisse zu täuschen und (ii) der Vertrag geeignet war, die Ehefrau zu täuschen, selbst wenn sie misstrauisch gewesen wäre (vgl. E. 1.2.1). Die Vorinstanz stützte sich dabei auf BERNARD CORBOZ und PIERRE FERRARI. Gemäss diesen Autoren ist zu prüfen, ob ein vorsichtiger Empfänger – objektiv betrachtet – vernünftigerweise zum Schluss kommen darf, dass die Tatsache bewiesen ist und er das Schriftstück nicht weiter überprüfen muss.<sup>40</sup> Laut dieser Lehrmeinung kann dieses Erfordernis namentlich bei Dreiecksbeziehungen erfüllt sein, wenn die Erklärung von einem unbeteiligten Dritten und nicht vom direkten Vertragspartner stammt.<sup>41</sup>

[54] 3. Das Bundesgericht kam anders als die Vorinstanz (vgl. Rz. 53) im Ergebnis richtigerweise zum Schluss, dass keine besonderen objektiven Garantien existierten. Denn die Treuhänderin, die vom Verkäufer mit der Ausarbeitung des Geschäftsübertragungsvertrags beauftragt worden war, traf laut Bundesgericht keine gesetzliche oder vertragliche Prüfungspflicht, insbesondere war sie nicht mit der Schätzung des Werts des Betriebs beauftragt worden (vgl. E. 1.2.4). Inwiefern vertragliche Prüfungspflichten in der vorliegenden Dreieckskonstellation eine Rolle gespielt hätten, ist unklar, da das Bundesgericht die Lehrmeinung von BERNARD CORBOZ und PIERRE FERRARI verwarf (vgl. Rz. 53). Das Bundesgericht wollte damit wohl ausdrücken, dass die Treuhänderin – wie auch der Verkäufer und der Käufer – keine garantenähnliche Stellung im Verhältnis zur Ehe-

---

<sup>36</sup> Für ein anderes für die M&A Praxis bedeutendes Strafurteil vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_918/2018 vom 24 April 2019 (besprochen von SOPHIE REGENFUSS/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anwendung der Wucherstrafnorm auf eine M&A-Transaktion, in: dRSK, publiziert am 23. September 2019).

<sup>37</sup> Z.B. BGE 142 IV 119 E. 2.1 S. 121; BGE 117 IV 35 E. 1d S. 39; STEFAN TRECHSEL/LORENZ ERNI, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, Art. 251 StGB N 9.

<sup>38</sup> BGE 141 IV 369 E. 7.1 S. 376; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Unwahre Angaben in Formular A als Falschbeurkundung?, in: Bertrand Perrin/Patricia Meylan/Gerhard Fiolka/Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo (Hrsg.), Droit pénal et criminologie. Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz, Basel 2020, S. 181 ff., S. 184 (Anm. 9).

<sup>39</sup> BGE 138 IV 130 E. 2.2.1 S. 135; für eine Übersicht über die Kasuistik vgl. MARKUS BOOG, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018, Art. 251 StGB N 102 f.

<sup>40</sup> Vgl. BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Band II, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 251 StGB Rz. 142 ff.; BERNARD CORBOZ, Le faux dans les titres, ZBJV 1995, S. 534 ff., S. 572; PIERRE FERRARI, La constatation fautive – le mensonge écrit, ZStrR 1994, S. 153 ff., S. 167.

<sup>41</sup> Vgl. BSK StGB II-Boog (Fn. 39), Art. 251 StGB N 104.

frau innegehabt hat. Zu Recht erblickte daher das Bundesgericht im Umstand, dass der Verkäufer den Vertrag einzig zwecks Täuschung der Ehefrau bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung erstellen liess, kein strafbares Verhalten unter dem Titel der Falschbeurkundung.

[55] Das Bundesgericht verwarf damit im Nachgang zu BGE 138 IV 130 die z.B. von DANIEL KINZER vertretene Auffassung, dass es sich dieser Lehrmeinung von CORBOZ und FERRARI (Rz. 53) angeschlossen und den Straftatbestand der Falschbeurkundung ausgeweitet habe.<sup>42</sup> Der bundesgerichtliche Entscheid ist zu begrüssen.<sup>43</sup> Die Anerkennung einer neuen Fallgruppe hätte nur zusätzliche Unsicherheiten geschaffen und unnötig weiteres Verhalten pönalisiert.<sup>44</sup>

[56] 4. Simulierte M&A-Verträge können aufgrund des vorliegenden Entscheids nur ausnahmsweise Gegenstand einer Falschbeurkundung sein. Hierfür bedarf es einer besonderen Garantie, dass ein Vertragspunkt (z.B. Kaufpreis oder Zusicherung) dem wirklichen Willen der Parteien entspricht:

- *Öffentliche Beurkundung des M&A-Vertrags.* Alle Tatsachen, welche die Urkundsperson überprüft und als richtig bescheinigt, sind erhöht glaubwürdig.<sup>45</sup> Erfüllt ein Vertragspunkt in einem öffentlich beurkundeten M&A-Vertrag diese Voraussetzungen und ist er unwahr, kann eine Falschbeurkundung vorliegen. Da viele M&A-Verträge nicht öffentlich beurkundet werden, dürfte die Fallgruppe «öffentliche Beurkundung» jedoch nur eine untergeordnete Rolle spielen. Immerhin kann eine Falschbeurkundung z.B. bezüglich folgenden, öffentlich beurkundeten Verträgen vorliegen: (i) Stammanteilkaufvertrag,<sup>46</sup> (ii) Sacheinlagevertrag (Art. 628 Abs. 1 OR), (iii) Vermögensübertragungsvertrag (Art. 70 Abs. 2 Satz 2 FusG) oder (iv) Aktionärbindungsvertrag (ABV), der im Rahmen der Nachfolgeplanung abgeschlossen wird.<sup>47</sup>
- *Zur Wahrheit verpflichtende Gesetzesbestimmungen.* Es muss durch Auslegung ermittelt werden, ob eine Gesetzesbestimmung die Rechtsunterworfenen zur Wahrheit verpflichtet<sup>48</sup> und deshalb gewisse Erklärungen in einem M&A-Vertrag erhöht glaubwürdig sind. So verpflichten z.B. Art. 957 ff. OR zur Wahrheit, weshalb die Buchführung und ihre Bestandteile erhöht glaubwürdig sind.<sup>49</sup> Als Bestandteile der Buchführung gelten u.a. Buchungsbelege und damit alle Aufzeichnungen, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde

---

<sup>42</sup> DANIEL KINZER, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Basel 2017, Art. 251 StGB N 84.

<sup>43</sup> Vgl. auch HANS VEST, Probleme des Urkundenstrafrechts, AJP 2003, S. 883 ff., S. 885; GÜNTHER STRATENWERTH, Die Falschbeurkundung in der neueren Praxis des Bundesgerichts, recht 1998, S. 166 ff., S. 172; a.M. CHAUTARD (Fn. 35).

<sup>44</sup> Vgl. auch 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., und DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anwendung des Strafrechts auf M&A-Transaktionen?, in: dRSK, publiziert am 8. Januar 2016, die sich für eine restriktive Anwendung des Strafrechts auf privatrechtliche Verträge aussprechen.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 ZGB; BSK StGB II-Boog (Fn. 39), Art. 251 StGB N 85; STEPHAN WOLF, in: Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 9 ZGB N 48.

<sup>46</sup> Vgl. zu altrechtlichen Statutenbestimmungen, welche die öffentliche Beurkundung von Stammanteilkaufverträgen vorschreiben: ALWIN KELLER/GION JEGHER/DAVID VASELLA, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar, Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 785 OR N 1.

<sup>47</sup> Siehe zum ABV als Instrument der Nachfolgeplanung z.B. MARKUS VISCHER, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften), successio 2020, S. 4 ff.

<sup>48</sup> BGE 119 IV 289 E. 4c S. 296; BSK StGB II-Boog (Fn. 39), Art. 251 StGB N 86.

<sup>49</sup> BGE 141 IV 369 E. 7.1 S. 376; NIGGLI/MUSKENS (Fn. 38), S. 184 (Anm. 9).

liegenden Geschäftsvorfall nachvollziehen zu können (Art. 957a Abs. 3 OR). Aus diesem Grund können Verträge unter Umständen als Buchungsbelege gelten.<sup>50</sup> Selbst wenn ein M&A-Vertrag als Beleg im Sinne von Art. 957a Abs. 3 OR gilt, kann der Straftatbestand der Falschbeurkundung nur erfüllt werden, wenn der M&A-Vertrag (i) inhaltlich unwahr ist und (ii) objektiv sowie subjektiv für die Buchhaltung der Adressatin bestimmt ist,<sup>51</sup> z.B. um diese zu verfälschen. Weiter können unter Umständen auch Bestimmungen im Kartellgesetz oder in Steuergesetzen zur Wahrheit verpflichten und daher im hier interessierenden Kontext bedeutsam sein.

- *Garantenähnliche Stellung des Erklärenden.* Eine Person hat eine garantenähnliche Stellung inne, wenn sie in einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Empfänger steht.<sup>52</sup> Bei dieser Fallgruppe steht folglich der Erklärende und nicht die Erklärung im Fokus. Wann eine «garantenähnliche Stellung» vorliegt, ist unklar und muss vom Gericht im Einzelfall durch Würdigung der Umstände ermittelt werden.<sup>53</sup> Aufgrund dieser Einzelfallbeurteilung ist es schwierig, abstrakt zu bestimmen, wann dieses Kriterium bei einem M&A-Vertrag erfüllt ist. In der Regel dürfte keiner Partei eines M&A-Vertrags im Verhältnis zur anderen Partei eine garantenähnliche Stellung zukommen,<sup>54</sup> die z.B. mit jener eines bauleitenden Architekten gegenüber dem Bauherrn vergleichbar ist.<sup>55</sup> Ziehen die Parteien bei oder im Zusammenhang mit der Erstellung des M&A-Vertrags einen Berater (z.B. Rechtsanwalt, Revisor, Steuerexperten, Wirtschaftsprüfer oder Treuhänder) bei, damit dieser eine Sach- oder Rechtslage bestätigt, kann dieser Berater eine garantenähnliche Stellung innehaben (vgl. E. 1.2.4). Deshalb kann ein unwahrer Vertragspunkt im M&A-Vertrag Gegenstand einer Falschbeurkundung sein, wenn der Berater die fragliche Vertragsklausel verfasst hat oder die Vertragsklausel z.B. das (Schieds-)Gutachten oder die *Legal Opinion* des Beraters referenziert. Erstellt ein Anwalt daher den M&A-Vertrag, dürfte eine Vertragsklausel nicht Gegenstand einer Falschbeurkundung sein, wenn der Anwalt darin lediglich die Parteiinstruktionen umsetzt.

#### 4. Absichtliche Täuschung bei unterlassener Offenlegung von Warning Letters bei einem Share Deal

Urteil des Bundesgerichts 4A\_445/2019 vom 18. Februar 2020 (CB)<sup>56</sup>

[57] Diverse Aktionäre (Verkäufer) veräusserten mit Aktienkaufvertrag vom 22. Mai 2007 sämtliche Aktien einer Gesellschaft, welche rezeptfreie homöopathische Arzneimittel entwickelte und

---

<sup>50</sup> PETER BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 89; vgl. betreffend simulierte Darlehensverträge als Buchhaltungsbelege: Urteil des Bundesgerichts 6B\_578/2013 vom 13. Januar 2014 E. 4.

<sup>51</sup> BGE 138 IV 130 E. 2.3 S. 136.

<sup>52</sup> Z.B. BGE 144 IV 13 E. 2.2.3 S. 15; kritisch: NIGGLI/MUSKENS (Fn. 38), S. 188 (Anm. 19); VEST (Fn. 43), S. 885; STRATENWERTH (Fn. 43), S. 171 f.

<sup>53</sup> Vgl. VEST (Fn. 43), S. 885.

<sup>54</sup> Vgl. BSK StGB II-BOOG (Fn. 39), Art. 251 StGB N 102 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>55</sup> BGE 119 IV 54 E. 2d S. 58 f.

<sup>56</sup> Vgl. auch ANDREA FUTTER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Unterlassene Offenlegung von Warning Letters in der Due Diligence, in: dRSK, publiziert am 28. Oktober 2020.

vertrieb, an die J. AG (Käuferin). Vor dem Kauf wurde eine «Indikative Bewertung» und eine Due-Diligence Prüfung unter der Leitung von Deloitte durchgeführt. Gemäss der im Kaufvertrag abgegebenen Zusicherung waren in allen Vertriebsläden die erforderlichen gesundheitsrechtlichen Bewilligungen eingeholt, keine strengeren Vertriebsvorschriften amtlich angekündigt oder bekannt sowie keine Prozess- oder Verwaltungsverfahren hängig oder in Aussicht. Im Rahmen der Verkaufsverhandlungen wurden zudem alle für den Wert und die weitere Tätigkeit der Gesellschaft wesentlichen Dokumente vorgelegt.

[58] Im Sommer 2008 sowie im Frühjahr 2009 und im Mai 2011 beschlagnahmte die Food and Drug Administration (FDA) diverse homöopathische Produkte der Käuferin bei der Einfuhr in die USA wegen unzulässiger Kennzeichnung. Die Produkte konnten teilweise erst nach Umbenennung, teilweise gar nicht mehr in den USA vertrieben werden. Mit Mängelanzeige vom 26. Juni 2009 rügte die Käuferin gegenüber den Verkäufern eine Verletzung der vertraglichen Zusicherungen. Sie meldete zudem Gewährleistungsansprüche an, da die FDA der Gesellschaft bereits am 5. Mai 2003 und am 16. August 2005 «Warning Letters» hinsichtlich der Produktkennzeichnung zugesandt hatte, welche in den Verkaufsverhandlungen nie erwähnt wurden. Die Verkäufer bestritten die Massgeblichkeit der «Warning Letters» und widersetzten sich den Gewährleistungsansprüchen.

[59] Die Käuferin forderte von den Verkäufern – im Verhältnis von deren vormaligen Aktienanteilen – Ersatz der ihr in den Jahren 2011 und 2012 entstandenen Kosten der Umbenennung ihrer Produkte sowie des ihr in diesen Jahren infolge der Massnahmen der FDA angeblich entgangenen Gewinns in der Höhe von rund USD 13.5 Mio. Sowohl das Bezirksgericht Bremgarten wie auch das Obergericht des Kantons Aargau wiesen die Klage bzw. Berufung ab. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Käuferin ebenfalls ab.

[60] 1. Das Bundesgericht hielt einleitend fest, bei einem abgeschlossenen Unternehmenskaufvertrag (Share Deal; Erwerb von Aktien oder Anteilen) beziehe sich die gesetzliche Gewährleistung nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern bloss auf den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte, unabhängig davon, ob die Aktien als Urkunden ausgegeben worden sind oder nicht. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien hafteten die Verkäufer gemäss Art. 197 OR daher nur dann, wenn sie dafür besondere Zusicherungen abgegeben haben (E. 2.1).

[61] Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen von relevanten Zusicherungen und ging inzident von einer Aufklärungspflicht aus, indem sie prüfte, ob die Verkäufer die Käuferin getäuscht hatten. Es war unstrittig, dass die Käuferin verspätet Mängelrüge (Art. 201 OR) erhoben und auch die kaufrechtliche Verjährungsfrist (Art. 210 OR) verpasst hatte. Die Käuferin begründete ihre Ansprüche mit einer absichtlichen Täuschung und ging gemäss Bundesgericht zutreffend davon aus, dass die Gewährleistung diesfalls weder wegen versäumter Anzeige (Art. 203 OR) noch durch die kurze kaufrechtliche Verjährungsfrist (Art. 210 Abs. 6 OR) beschränkt wird, sondern die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR zur Anwendung kommt.

[62] Insoweit die Verkäufer das Nichtvorhandensein eines Mangels zusicherten, könnten sie sich ihrer Haftung auch nicht mit dem Einwand entbinden, die Käuferin hätte den Mangel bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit kennen sollen (Art. 200 Abs. 2 OR). Sowohl die Zusprechung von Schadenersatz (Art. 97 in Verbindung mit Art. 42 OR) als auch der Ersatz des Minderwerts, welchen die Käuferin alternativ begehre, forderten eine absichtliche Täuschung über eine Eigenschaft der Kaufsache, wodurch die irrende Käuferin eine Vermögenseinbusse erleide (E. 2.1).

[63] Die Vorinstanz stellte ihr Urteil auf ein mehrfach begründetes Fundament: Erstens verwarf sie das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung wegen Fehlens einer Täuschungsabsicht der Ver-

käufer; zweitens erwog sie, dass die Käuferin den geltend gemachten Schaden nicht hinreichend substantiiert habe; und drittens verneinte sie in einer Subeventualbegründung, dass die Käuferin den notwendigen Kausalzusammenhang zwischen der Gewährleistungsverletzung (Verletzung der Zusicherung) und dem geltend gemachten Schaden genügend nachgewiesen habe. Die Käuferin hätte damit alle drei Begründungen, die für sich allein das Urteil stützten, erfolgreich anfechten müssen, um die Klageabweisung zu Fall zu bringen (E. 2.2 und 2.3).

[64] 2. Das Bundesgericht verwarf die Rüge der Käuferin, die Vorinstanz habe den Rechtsbegriff des Täuschungsvorsatzes im Zusammenhang mit der geltend gemachten absichtlichen Täuschung (Unterlassung der Offenlegung der Warning Letters) verkannt. So habe sie zu Recht angenommen, dass Eventualvorsatz in Bezug auf die Täuschungsabsicht genüge. Die Vorinstanz habe in verbindlicher Weise festgestellt, dass die Beschlagnahmungen der in die USA exportierten Produkte in den Jahren 2008, 2009 und 2011 nicht auf diejenigen Mängel in der Produktkennzeichnung zurückzuführen seien, welche bereits in den «Warning Letters» aus den Jahren 2003 und 2005 beanstandet wurden. Die Rüge müsse aber nicht abschliessend behandelt werden, soweit entweder die Eventualbegründung oder die Subeventualbegründung der Vorinstanz einer bundesgerichtlichen Überprüfung standhalte.

[65] 3. Zur Begründung ihrer Rüge, die Vorinstanz habe verkannt, dass sie den Schaden hinreichend substantiiert habe, stützte sich die Käuferin auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung: Danach muss eine Tatsache zunächst lediglich in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden. Die Tatsachenbehauptung muss so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.<sup>57</sup>

[66] Nicht zu beanstanden war nach dem Bundesgericht die vorinstanzliche Annahme, dass den Rechtsschriften der Käuferin auch nach entsprechender Bestreitung seitens der Verkäufer keine in Einzeltatsachen zergliederte Schadenssubstanziierung entnommen werden konnte. Die Obliegenheit zur Substanziierung sei dem Beweisverfahren vorgelagert und habe dieses gleichsam zu ermöglichen. Die Käuferin könne sich von ihrer Substanziierungsobliegenheit insbesondere nicht durch den gestellten Antrag entlasten, es sei ein Sachverständigengutachten einzuholen. Denn ohne substantiierte Ausführungen in Bezug auf die Zusammensetzung und Herleitung der variablen Einzelkosten in den Rechtsschriften sei es der Prozessgegnerin nicht möglich, diese nachzuvollziehen, substantiiert zu bestreiten und gegebenenfalls den Gegenbeweis zu führen. Das Beweisverfahren dürfe nicht dazu dienen, fehlende Behauptungen zu ersetzen. Überdies bestehe ohnehin insoweit kein Anspruch auf gerichtliche Anordnung eines Gutachtens, als ein Gericht nach seinem richterlichen Ermessen entscheidet, ob es ein Gutachten bei einer sachverständigen Person einholt (Art. 183 Abs. 1 ZPO; E. 4.2 und 4.4).

[67] Die Vorinstanz habe hinsichtlich des alternativ geltend gemachten Minderungsanspruchs nach Art. 205 Abs. 1 OR den pauschalen Verweis der Käuferin auf ein von ihr eingereichtes Parteigutachten zu Recht als ungenügende Substanziierung erachtet. Nach der gefestigten Praxis

---

<sup>57</sup> E. 4.2 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_659/2018 vom 15. Juli 2019 E. 3.4.

des Bundesgerichts genüge ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den Anforderungen an Behauptung und Substanziierung grundsätzlich nicht, es sei denn, die Gegenpartei und das Gericht erhalten damit die notwendigen Informationen in einer Art, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Die Käuferin habe es versäumt, aufzuzeigen, inwiefern alle Tatsachenbehauptungen des Parteigutachtens derart selbsterklärend waren, dass eine Wiedergabe des wesentlichen Inhalts in der Rechtsschrift einen reinen Leerlauf bedeutet hätte. Sie habe nicht aufgezeigt, inwiefern die Informationen des Parteigutachtens ohne Weiteres zugänglich waren und nicht interpretiert und zusammengesucht werden mussten (E. 4.3).

[68] 4. Schliesslich halte auch die Subeventualbegründung der Vorinstanz, wonach der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der gerügten Gewährleistungsverletzung und dem behaupteten Schaden respektive Minderwert nicht erwiesen sei, einer Willkürprüfung stand. Die Voraussetzung der natürlichen Kausalität sei nicht ohne Weiteres anzunehmen, sondern mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Nachdem die FDA im Rahmen der fraglichen Beschlagnahmungen keinen Bezug auf die ergangenen «Warning Letters» aus den Jahren 2003 und 2005 genommen habe, sondern im Gegenteil ihre «Notice of Action» vom Juli 2008 unstrittig als ersten Verfahrensschritt bezeichnet habe, erhelle nicht, weshalb der behauptete Schaden bzw. Minderwert zufolge der Beschlagnahmungen auf der unterlassenen Offenlegung der «Warning Letters» gründen sollte.

[69] **Bemerkung:** Der Entscheid zeigt anschaulich diverse Stolperfallen auf, die eine Partei im Rahmen der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bei einem Unternehmenskauf vermeiden muss.<sup>58</sup>

## II. Grundstückskauf

### 1. Arglistige Täuschung über unbewilligte Bauarbeiten; zivilrechtliche Opfermitverantwortung

Urteil des Bundesgerichts 4A\_437/2020 vom 29. Dezember 2020 (MV/DG)<sup>59</sup>

[70] B (Beschwerdegegnerin, Klägerin, nachfolgend: Käuferin) beabsichtigte nach Genf zu ziehen. A (Beschwerdeführer, Beklagter, nachfolgend: Verkäufer) war Eigentümer von zwei Wohnungen im Stockwerkeigentum. Der Verkäufer hatte 2012 ein Gesuch gestellt, um eine Bewilligung gemäss dem Genfer Gesetz<sup>60</sup> über die Abbrüche, die Umbauten und Renovationen von Wohnhäusern zu erlangen, seine beiden Wohnungen durch eine Öffnung zu verbinden (nachfolgend: LDTR-Bewilligung). Dieses Gesuch wurde abgewiesen. Ohne über die entsprechende LDTR-Bewilligung zu verfügen, erstellte der Verkäufer im Jahr 2015 dennoch eine 1,10 Meter grosse Öffnung in der Mauer, welche die beiden Wohnungen trennte (Sachverhalt Teil A.a).

---

<sup>58</sup> Siehe im Übrigen die weiterführenden Bemerkungen zu diesem Entscheid von FUTTER/GALLI/VISCHER (Fn. 56), Rz. 10–15.

<sup>59</sup> Vgl. auch LEANDRO SCHAFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Arglistige Täuschung über unbewilligte Bauarbeiten, in: dRSK, publiziert am 11. August 2021; STEPHANIE STOHWASSER, Absichtliche Täuschung, ius.focus 2021, Nr. 58; siehe auch die in Fn. 103 erwähnte Urteilsbesprechung zum gleichen Thema.

<sup>60</sup> Loi 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; RS/GE L 5 20).

[71] Der Verkäufer verschwieg anlässlich der Besichtigung der Wohnungen der Käuferin, dass er nicht über eine LDTR-Bewilligung für die geschaffene Verbindung der beiden Wohnungen verfügte. Die Käuferin wusste nicht, dass für die Verbindung zwischen den beiden Wohnungen eine Bewilligung erforderlich gewesen wäre. Mit Schreiben vom 2. Mai 2016 erklärte die Käuferin ihr Einverständnis, die Wohnungen zu kaufen. Sie verpflichtete sich, eine Anzahlung von CHF 577'500 auf das Konto des Notars E (nachfolgend: Notar) zu leisten (Sachverhalt Teile A.b und A.c).

[72] Am 28. Juli 2016 schlossen die Käuferin und der Verkäufer ein Kaufversprechen über den Kauf der zwei Wohnungen zum Gesamtpreis von CHF 5'775'000 ab. Im Kaufversprechen garantierte der Verkäufer u.a., dass er keine Kenntnis von Mängeln habe, die der Käuferin anlässlich der Besichtigung der zum Verkauf versprochenen Objekte nicht bekannt gewesen sein konnten. Weiter vereinbarten die Parteien, dass bei Nichteinhaltung des Kaufversprechens die an den Notar geleistete Anzahlung an den Verkäufer fallen solle (Sachverhalt Teil A.g).

[73] Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 erklärte die Käuferin das Kaufversprechen wegen Arglist für unverbindlich, da der Verkäufer ihr wissentlich verschwiegen habe, dass er nicht über eine LDTR-Bewilligung verfügt habe, um die beiden Wohnungen zu verbinden. Die Käuferin forderte u.a. die Rückerstattung der Anzahlung (Sachverhalt Teil A.l).

[74] Der Notar teilte den Parteien mit, dass er verpflichtet sei, den bei ihm hinterlegten Betrag an den Verkäufer auszuzahlen. Die Zahlung wurde am 7. Juni 2017 geleistet (Sachverhalt Teil A.m).

[75] Daraufhin klagte die Käuferin gegen den Verkäufer auf Zahlung von CHF 577'500. Mit Urteil vom 13. August 2019 wies das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf die Klage ab. Mit Urteil vom 17. Juni 2020 hiess die Genfer *Cour de Justice* die von der Käuferin erhobene Berufung gut und verurteilte den Verkäufer, der Käuferin CHF 577'500 zu zahlen (Sachverhalt Teile B.a und B.b).

[76] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Verkäufer im Wesentlichen, dass die von der Käuferin in der Berufung vorgebrachten Rügen abzuweisen seien. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 6).

[77] 1. Das Bundesgericht führte aus, dass im Rahmen von Vertragsverhandlungen davon ausgegangen werde, dass die Parteien nach Treu und Glauben verpflichtet seien, einander über Tatsachen aufzuklären, die geeignet seien, den Entschluss der anderen Partei zum Vertragsschluss oder dessen Bedingungen zu beeinflussen. Der Umfang der Aufklärungspflicht hänge dabei von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Art des Vertrags, von der Art und Weise wie die Verhandlungen geführt worden seien sowie von den Absichten und Kenntnissen der beteiligten Parteien (E. 4.1).

[78] 2. Die Käuferin habe beabsichtigt, die beiden Wohnungen als eine zusammengehörige Wohnung zu bewohnen und der Verkäufer habe um diese Absicht gewusst. Sowohl der Wortlaut des Kaufversprechens als auch des dazugehörigen Begleitschreibens beziehe sich auf zwei Wohnungen, die aber tatsächlich im Innern miteinander verbunden seien. Der Verkäufer habe den Irrtum der Käuferin selbst geschaffen und in der Folge aufrechterhalten, indem er die beiden Wohnungen als eine dargestellt habe, obwohl er im Jahr 2015 rechtswidrig die Verbindung zwischen den beiden Wohnungen geschaffen habe, nachdem er zwischen 2012 und 2015 vergeblich versucht habe, die Wohnungen in einer rechtlich zulässigen Weise zu verbinden. Weiter habe er der Käuferin auch ausdrücklich zugesichert, dass ihm keine Mängel bekannt seien, die sie bei ihrer Besichtigung nicht habe erkennen können (E. 5.1).

[79] 3. Der Verkäufer habe weiter vorgebracht, dass die Käuferin die Tatsache, dass keine LDTR-Bewilligung für die Verbindung bestanden habe, in einem öffentlichen Register hätte einsehen können und dass ein Berater der Käuferin um das Bewilligungserfordernis gewusst habe. Folglich habe keine Aufklärungspflicht des Verkäufers bestanden, die Käuferin über die fehlende LDTR-Bewilligung aufzuklären. Die Tatsache, dass die Käuferin diese Information hätte beschaffen können, schliesse eine Aufklärungspflicht des Verkäufers nicht aus. Diese entfalle nämlich nur dann, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben davon ausgehen könne, dass die Gegenpartei die betreffende Information ohne weitere Verzögerung entdecken würde. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen, da die Wohnungen der Käuferin bereits so präsentiert worden seien, wie diese sie nutzen wollte, nämlich verbunden durch eine Öffnung von 1,10 Meter. Es könne von der Käuferin nicht erwartet werden, die Bösgläubigkeit des Verkäufers zu vermuten und diesbezüglich weitere Abklärungen zu tätigen. Die Voraussetzungen für eine arglistige Täuschung seien daher erfüllt (E. 5.3).

[80] **Bemerkung:** 1. Vorliegend geht es um eine Unverbindlicherklärung eines Kaufversprechens aufgrund einer arglistigen Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht hatte die Frage zu klären, ob der Verkäufer der Käuferin die fehlende LDTR-Bewilligung arglistig verschwiegen hat.

[81] 2. Erneut erwähnt das Bundesgericht in einem Täuschungsfall die Rechtsfigur der zivilrechtlichen Opfermitverantwortung nicht explizit. Genau besehen wendet es allerdings vorliegend dieses Rechtskonstrukt implizit an, um die Frage zu klären, ob aufgrund der Einsehbarkeit der verschwiegenen Tatsache in einem öffentlichen Register die Aufklärungspflicht des Verkäufers entfällt. Trotz der einigermassen konstanten Prüfung der Rechtsfragen, die dem Institut der Opfermitverantwortung zugrunde liegen, scheint sich das Bundesgericht weiter schwer zu tun, diese Rechtsfigur explizit anzuerkennen. Es bleibt abzuwarten, ob und wann dies der Fall sein wird.<sup>61</sup>

[82] 3. Grundsätzlich bleibt das Bundesgericht in diesem Urteil seiner eher käuferfreundlichen Linie betreffend die arglistige Täuschung treu.<sup>62</sup> Gerade bei komplizierteren und betragsmässig bedeutsamen Grundstückkäufen wäre es angebracht, dem Käufer gewisse Untersuchungsobliegenheiten, d.h. die Obliegenheit zur Durchführung einer sogenannten *Buyer's Due Diligence*, aufzuerlegen.<sup>63</sup> Dies ist insbesondere deshalb angebracht, da bei Fehlen solcher Untersuchungsobliegenheiten des Käufers letztlich die Privatautonomie und damit die Selbstverantwortung des Bürgers beschnitten wird.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Vgl. mit Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Opfermitverantwortung LEANDRO SCHAFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht, in: dRSK, publiziert am 26. Februar 2021, Rz. 15 f.; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, BGer 4A\_286/2018: Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 2019, S. 1067 ff., S. 1070; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 225 f.; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, BGer 4A\_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1398 ff.; VISCHER (Fn. 44), S. 550 f.

<sup>62</sup> Siehe hierzu VISCHER/GALLI, AJP 2019 (Fn. 61), S. 1069; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Irrtum hinsichtlich der Überbaubarkeit eines Grundstücks, in: dRSK, publiziert am 10. Februar 2017, Rz. 23; zur Kritik an dieser insgesamt zu käuferfreundlichen Praxis im Zusammenhang mit dem verwandten Art. 199 OR siehe DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 30. September 2015, Rz. 14.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu im Allgemeinen: MARKUS VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff., S. 236; betreffend Grundstückkäufe GALLI/VISCHER, dRSK 2015 (Fn. 62), Rz. 14; MARKUS VISCHER/LUCAS HÄNNI, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP 2012, S. 613 ff., S. 614 und 623 f.

<sup>64</sup> GALLI/VISCHER, dRSK 2015 (Fn. 62), Rz. 15.

[83] 4. Das Bundesgericht betont bei Täuschungsfällen tendenziell, dass die Umstände des Einzelfalls entscheidend seien (vgl. E. 4.1). Es ist selbstverständlich, dass die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind. Dies darf aber nicht auf einen reinen Billigkeitsentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB hinauslaufen. Vielmehr handelt es sich bei der Ausfüllung von Generalklauseln, wie vorliegend bei der arglistigen Täuschung, um eine Mischung zwischen einem Vorgehen *modo legislatoris* gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB und einem Billigkeitsentscheid gemäss Art. 4 ZGB. Das Gericht ist daher gehalten, Kriterien zu entwickeln, die den Begriff der Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben konkreter umreissen, um so eine möglichst gerechte und gleiche Rechtsanwendung zu gewährleisten.<sup>65</sup> Dies wird vom Bundesgericht zumindest ansatzweise umgesetzt, indem es ausführt, dass Aufklärungspflichten sich nach (i) der Art des Vertrags, (ii) der Art und Weise, wie die Verhandlungen geführt wurden und (iii) den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten richten (vgl. E. 4.1). Es wäre jedoch wünschenswert, dass das Bundesgericht diese Kategorienbildung noch stärker vornimmt.

## 2. Gültigkeit eines Gewährleistungsausschlusses; Rechtzeitigkeit der Mängelrüge

### Urteil des Bundesgerichts 4A\_261/2020 vom 10. Dezember 2020 (CB)

[84] H erwarb 1959 ein in Neuenburg gelegenes Miethaus. Er richtete im Erdgeschoss eine Werkstatt ein, wo er bis 1992 Uhrgehäuse gravierte und mit chemischen Produkten handelte. Er lebte mit seiner Familie in einer Wohnung im ersten Stock. Die restlichen Wohnungen wurden von Mietern bewohnt. Im Jahr 2005 wurde das Grundstück vom kantonalen Amt für Umweltschutz als «belasteter Standort, für den keine schädlichen oder lästigen Schäden zu erwarten sind», im Kataster der belasteten Standorte («CANEPO»)<sup>66</sup> eingetragen.

[85] Im Dezember 2010 schloss H mit der A SA (handelnd durch Y) einen Vorvertrag zum Verkauf der Liegenschaft ab. Die A SA war nach ihren Statuten im Baugewerbe und der Immobilienmaklerei tätig. Vor Unterzeichnung der notariellen Urkunde besichtigten die Parteien das Gebäude im Beisein des Notars. In den besuchten Räumlichkeiten wurden mehrere Tonnen Chemikalien gelagert. Die Zugangstür zu einem Keller, in dem sich ebenfalls Chemikalien befanden, war durch andere Gegenstände verdeckt. H erklärte, dass einige der oberen Räume und Garagen nicht besichtigt werden können, weil sie vermietet waren. Wie sich später herausstellte, wurden dort ebenfalls Chemikalien gelagert.

[86] Im Februar 2011 schlossen die Parteien den Kaufvertrag über CHF 750'000 ab. Für die Räumung der Chemikalien wurden CHF 10'000–CHF 15'000 zurückgestellt. Der Vertrag enthielt einen Gewährleistungsausschluss für jegliche offene und versteckte Mängel. Weiter enthielt der Vertrag eine Klausel, in der auf die Eintragung des Grundstücks im Kataster der belasteten Standorte (CANEPO) aufgrund einer früheren umweltbelastenden Tätigkeit verwiesen wurde, wobei der im Kataster enthaltene Vermerk «belasteter Standort, für den keine schädlichen oder lästigen Auswirkungen zu erwarten sind», wiedergegeben wurde. Die Parteien schlossen gleichzeitig ei-

---

<sup>65</sup> Zum Ganzen: MARKUS VISCHER, BGer 4A\_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, S. 130 ff., S. 132 f.

<sup>66</sup> «Le cadastre CANEPO des sites pollués du canton de Neuchâtel recense les sites dont la pollution est probable ou vérifiée». Siehe <https://www.ne.ch/autorites/DDTE/SENE/sites-pollues/Pages/Cadastre.aspx>.

nen Mietvertrag für die Wohnung von H mit einem Mietzins von CHF 1'000 pro Monat ab. Im Juni 2011 starb H im Alter von 91 Jahren.

[87] Bei einer Bestandsaufnahme im September 2011 wurden in den Räumlichkeiten der verkauften Liegenschaft 9'096 kg Chemikalien festgestellt. In der Werkstatt befanden sich 1'650 kg Chemikalien und toxische Stoffe. Im Keller wurden 1'500 kg instabile, explosive Lösungsmittel vorgefunden. Die Chemikalien wurden zum Preis von rund CHF 37'000 entsorgt. Ende Januar 2012 teilte die städtische Gesundheitsbehörde der Käuferin mit, dass sich in der Liegenschaft eine noch sehr grosse Menge an brennbarem Material befinde, das entfernt werden müsse. Weiter bemerkte die Behörde, dass ein grosser Teil des von der Werkstatt genutzten Bereichs durch die Verdunstung der in den Tanks enthaltenen Stoffe kontaminiert worden sei. Elektrische Leitungen seien korrodiert, was ein Brandrisiko darstelle. Im Fall einer Sanierung müssten Vorkehrungen getroffen werden, um sicherzustellen, dass die künftigen Bewohner nicht geschädigt werden. Die Behörde empfahl eine statische Prüfung angesichts der Korrosion bestimmter Teile der Werkstatt. Es sollten baldmöglichst Vorkehrungen getroffen werden.

[88] Im August 2014 reichte die Käuferin ein Schlichtungsgesuch gegen die Erben des verstorbenen H ein und erhob daraufhin Klage vor dem Zivilgericht Neuenburg. Die Käuferin verlangte u.a. die «Annullierung» des Vertrags (wohl Wandelung) sowie Zahlung von rund CHF 1.3 Mio. für die Sanierungskosten. Mit Urteil vom 30. Oktober 2019 verurteilte das Zivilgericht die Erben des Verkäufers gesamtschuldnerisch zur Zahlung von CHF 16'086 zuzüglich Zinsen an die Käuferin. Dieser Betrag entsprach den Kosten für die Entsorgung derjenigen Chemikalien, die sich in den nicht besichtigten oberen Räumen und Garagen sowie im Keller befanden. Nach Ansicht des Zivilgerichts hatte der Verkäufer das Vorhandensein dieser Chemikalien arglistig verschwiegen. Hingegen sei dem Verkäufer die Gesamtkontamination des Gebäudes, die umfangreiche Sanierungsmassnahmen erforderte, nicht bekannt gewesen. Zudem sei die Käuferin ihrer Rügeobligenheit nicht nachgekommen. Das Kantonsgericht wies die Berufung der Käuferin ab und hiess die Anschlussberufung der Erben des Verkäufers gut, indem es die Klage der Käuferin vollumfänglich abwies.

[89] Mit der ersten Instanz stellte das Kantonsgericht zwei Arten von Mängeln fest: Der erste Mangel betraf die Lagerung von Chemikalien im Gebäude, welche für CHF 37'000 entsorgt werden mussten. Anders als die erste Instanz verwarf das Kantonsgericht eine Haftung der Erben des Verkäufers für diesen Mangel in Anwendung der vertraglichen Freizeichnungsklausel. Dem Verkäufer sei keine Arglist anzulasten, die gemäss Art. 199 OR zur Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel geführt hätte. Zudem sei die Käuferin selbst dafür verantwortlich, dass sie gewisse Räume nicht besichtigt hatte. Als Immobilienspezialistin hätte sie wissen müssen, dass sie gemäss Art. 257h Abs. 2 OR auf einer Besichtigung der anderweitig vermieteten Räume hätte bestehen können. Der zweite festgestellte Mangel war die Gesamtkontamination des Gebäudes, die zu einem amtlichen Benützungsverbot geführt hatte und Sanierungsmassnahmen von rund CHF 1.3 Mio. erforderlich machte. Insofern erachtete das Kantonsgericht die Freizeichnung als nicht wirksam, lehnte aber eine Haftung der Erben wegen verspäteter Rüge der Käuferin ab. Das Bundesgericht wies die gegen das kantonale Urteil erhobene Beschwerde ab.

[90] 1. Hinsichtlich des betragsmässig bedeutsamen zweiten Mangels der Gesamtkontamination des Gebäudes (rund CHF 1.3 Mio. Sanierungskosten) bestätigte das Bundesgericht die Erwägung der Vorinstanz, wonach der vertraglich vereinbarte Gewährleistungsausschluss nach den Regeln der Vertragsauslegung auf diesen Mangel nicht anwendbar sei. Das Bundesgericht bestätigte seine gefestigte Praxis, wonach von einem Gewährleistungsausschluss diejenigen Mängel

nicht erfasst sind, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss. Damit die Ausschlussklausel greife, müsse der unerwartete Mangel den wirtschaftlichen Zweck des Vertrags ernsthaft beeinträchtigen. Die entscheidende Frage sei, ob der Käufer mit einem Mangel dieser Art und dieses Ausmasses hätte rechnen müssen. Ein Käufer eines alten Hauses müsse in der Regel mit Feuchtigkeitsmängeln rechnen, die aber nicht so weit gehen, dass sie die Wohnung unbewohnbar machen. Bei der Beurteilung, ob der wirtschaftliche Zweck des Vertrags beeinträchtigt ist, müsse das Verhältnis zwischen dem Kaufpreis für die vermeintlich mangelfreie Sache und den Kosten für die Beseitigung des Mangels berücksichtigt werden. Habe der Verkäufer jedoch in Anbetracht des Alters des Gebäudes und der Gewährleistungsverzichts-klausel einen niedrigen Preis festgesetzt, so können im Verhältnis zum Verkaufspreis relativ hohe Nachbesserungskosten akzeptiert werden, ohne dass der wirtschaftliche Zweck des Vertrages ernsthaft beeinträchtigt werde. Auch wenn vorliegend von einem eher niedrigen Preis auszugehen sei, so seien das Ausmass des Mangels und die Kosten für seine Beseitigung so hoch, dass der wirtschaftliche Zweck des Vertrages ernsthaft beeinträchtigt werde. Der Mangel falle nicht in den Bereich der Eventualitäten, die der Käufer zu berücksichtigen hatte.<sup>67</sup>

[91] 2. Weiter erkannte das Bundesgericht, die Vorinstanz habe zu Recht angenommen, dass die Käuferin ihren Rügeobliegenheiten nicht rechtzeitig nachgekommen sei und ihre Gewährleistungsrechte daher verwirkt seien. Versteckte Mängel, die der Käufer bei der üblichen Prüfung nicht entdecken konnte, seien nach Art. 201 Abs. 3 OR unverzüglich («sofort nach der Entdeckung») zu rügen; andernfalls gelte die Sache mit diesen Mängeln nach Art. 201 Abs. 2 und 3 OR als genehmigt. Diese gesetzliche Genehmigungsfiktion führe zum Erlöschen aller Gewährleistungsrechte. Ein Mangel gelte als entdeckt, wenn der Käufer sein Vorhandensein zweifelsfrei feststellen könne, sodass er eine ausreichend begründete Rüge erheben kann. Dies setze voraus, dass der Käufer die Art und Weise sowie das Ausmass des Mangels feststellen könne.<sup>68</sup>

[92] Nach Art. 203 OR finde bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nicht statt. Der Begriff der Täuschung sei in Art. 199, 203 und 210 Abs. 3 OR trotz unterschiedlicher Bezeichnungen derselbe. Er setze voraus, dass der Verkäufer den Mangel kannte.<sup>69</sup> Vorliegend sei die Auffassung der Vorinstanz, dass der Verkäufer keine Kenntnis vom Mangel der Gesamtkontamination des Gebäudes hatte, nicht zu beanstanden. Dies schliesse eine Täuschung des Verkäufers und somit die Anwendung von Art. 203 OR aus. Das Bundesgericht verwarf die Rüge der Käuferin, der Verkäufer habe die Lagerung der giftigen Stoffe verschwiegen. Dieses Argument stehe im Widerspruch zur Tatsache, dass bei der Besichtigung vor Vertragsschluss mehrere Tonnen Chemikalien sichtbar waren.

[93] Das Bundesgericht prüfte sodann, ob die Rüge der Käuferin gemäss Art. 201 Abs. 3 OR zeitlich rechtzeitig und inhaltlich genügend war. Dabei verwarf es zunächst die Auffassung der Vorinstanz, wonach zwei Mängelrügen hätten erhoben werden sollen: eine erste nach Entdeckung der Kontamination in der Werkstatt, auf die das Gesundheitsamt Ende Januar 2012 hingewiesen hatte (Rz. 87), und eine zweite im Anschluss an die spätere Entdeckung der Kontamination in

---

<sup>67</sup> E. 7.1 mit Hinweis auf BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689 f., BGE 126 III 59 E. 4a S. 67 = Pra 2000, Nr. 117, S. 695, und Urteil des Bundesgerichts 4A\_226/2009 vom 20. August 2009 E. 3.2.2.

<sup>68</sup> E. 7.2.1 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2003 vom 17. November 2003 E. 3.2; betreffend Werkvertrag; BGE 131 III 145 E. 7.2 S. 150; Urteil des Bundesgerichts 4A\_293/2017 vom 13. Februar 2018 E. 2.2.3.

<sup>69</sup> E. 7.2.2.

den für Wohnzwecke vorgesehenen oberen Stockwerken. Der Mangel (Kontamination des ganzen Gebäudes), auch wenn er nicht fortschreitend gewesen sei, sei Ende Januar 2012, als die Gesundheitsbehörde die Käuferin über ein Kontaminationsproblem in der Werkstatt informiert hatte, noch nicht in seinem ganzen Ausmass und seinen Folgen entdeckt worden.

[94] Die Käuferin habe nur ein einziges Mal die Gesamtkontamination des Gebäudes beanstandet, nämlich in einem Schreiben vom 20. April 2012. Dieses erachtete das Bundesgericht indessen als inhaltlich ungenügend. Zwar habe die Käuferin darin eine ernsthafte Verschmutzung des Gebäudes aufgrund des Vorhandenseins gefährlicher chemischer Produkte erwähnt und von einer sehr umfangreichen Sanierung gesprochen. In diesem Schreiben sei indessen unerwähnt geblieben, dass die Kontamination das gesamte Gebäude inkl. die bewohnten Stockwerke betreffe, und nicht nur die Werkstatt und/oder die Kellerräume. Dieser Umstand sei damals noch gar nicht bekannt gewesen, hätte aber zumindest nachträglich nach Bekanntwerden der neuen Elemente ergänzt werden müssen. Erst im Laufe des Jahres 2013, nach von der Suva durchgeführten Berichten und Messungen, sei die Gesamtkontamination des Gebäudes aufgedeckt worden. Dies habe dazu geführt, dass am 2. August 2013 ein Benützungsverbot des Gebäudes ausgesprochen wurde. Der Einwand der Käuferin, sie habe das gerichtliche Gutachten vom 23. Januar 2019 abwarten müssen, um das genaue Ausmass des Mangels zu erkennen, wurde vom Bundesgericht verworfen. Der Begriff der Entdeckung des Mangels bedeute nicht, dass der Käufer in der Lage ist, die Kosten für die Beseitigung des Mangels genau zu beziffern. Die Käuferin hatte im Juni 2013, nachdem die Gesamtkontamination aufgedeckt worden war, eine (später sistierte) Verantwortlichkeitsklage gegen die Stadt und den Kanton angestrengt, ohne den aufgedeckten Mangel gegenüber den Erben des Käufers zu rügen. Die erst im Rahmen des Zivilverfahrens erhobene inhaltlich vollständige Rüge war damit verspätet.

[95] **Bemerkung: 1.** In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Gewährleistungsansprüchen bei Grundstückskaufverträgen stellt sich regelmässig die Frage, ob ein Mangel vom vertraglichen vereinbarten Gewährleistungsausschluss im Rahmen der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip erfasst ist oder nicht. Nach objektivierter Auslegung werden von einem allgemeinen Gewährleistungsausschluss solche Mängel nicht erfasst, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer bei Vertragsschluss vernünftigerweise rechnen muss. Diese Rechtsprechung kommt nicht nur bei Altbauten, sondern auch bei Neubauten zum Tragen.<sup>70</sup> Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht wie gesehen in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids erwogen, dass der Gewährleistungsausschluss auf den Mangel der Gesamtkontamination des Gebäudes nicht anwendbar sei. Auf den ersten Blick mag dieses Ergebnis in Anbetracht der Höhe der Sanierungskosten (rund CHF 1.3 Mio.), welche den Kaufpreis (CHF 750'000) bei weitem überstiegen, als naheliegend erscheinen. Es hängt jeweils von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, womit ein Käufer zu rechnen hat.<sup>71</sup> In casu hatte die Käuferin bei Vertragsschluss Kenntnis – bzw. hätte bei gehöriger Aufmerksamkeit Kenntnis haben müssen –, dass der Verkäufer während Jahrzehnten mit Chemikalien handelte und sich im Gebäude (auch in den oberen Stockwerken) mehrere Tonnen Chemikalien bzw. toxische Stoffe sowie instabile, explosive Lösungsmittel befanden (vgl. auch Rz. 89). Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass es die Käuferin dennoch vor Vertragsschluss unterlassen hatte, ein Sachverständigengutachten einzuholen, um

---

<sup>70</sup> Siehe dazu die Urteilsbesprechung von CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2018, in: Jusletter 11. November 2019, Rz. 73 ff.

<sup>71</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_444/2017 vom 12. April 2018 E. 5.1; BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689 f.

herauszufinden, wie gefährlich die vorhandenen Stoffe waren.<sup>72</sup> Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob die im Baugewerbe tätige Käuferin dadurch nicht implizit das Risiko übernommen hatte, dass eine Kontamination des gesamten Gebäudes vorliegen könnte, sodass der Mangel nicht vollkommen ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer bei Vertragsschluss vernünftigerweise rechnen muss.

[96] Gemäss dem Entscheid blieb beweismässig unklar, ob die Gesamtkontamination des Gebäudes von der Lagerung der Stoffe oder von einer anderen Aktivität des Verkäufers verursacht worden war. Daher konnte die Käuferin auch nicht eine absichtliche Täuschung oder eine unter Art. 100 OR relevante Grobfahrlässigkeit nachweisen.<sup>73</sup>

[97] 2. Der Entscheid illustriert die Strenge der bundesgerichtlichen Praxis zur Rügeobliegenheit. Das Bundesgericht erwähnt im Entscheid die Kritik in der Lehre und die geplante Revision des OR betreffend Haftung für Baumängel.<sup>74</sup> Der Vorentwurf vom 20. August 2020 erklärt, dass die geltende kurze Rügefrist und die Folgen ihrer Nichteinhaltung für Bauherinnen und Bauherren weder praktikabel noch sachlich gerechtfertigt seien. Der Vernehmlassungsentwurf schlägt deshalb neu eine Frist von 60 Tagen zur Rüge von Mängeln bei unbeweglichen Werken vor. Diese Rügefrist soll nicht nur für Werkverträge, sondern auch für Grundstückkaufverträge gelten.<sup>75</sup> Der Entscheid erachtet dann aber die Rüge der Käuferin vom April 2012, in der diese die Gesamtkontamination des Gebäudes beanstandete, bevor dies im Einzelnen von der Suva bzw. den zuständigen Behörden festgestellt wurde, als inhaltlich ungenügend. Die Käuferin hätte zumindest sofort nach Entdeckung der Einzelheiten die Erben sofort entsprechend informieren müssen und einen Nachtrag zur Rüge vom April 2012 machen müssen.

### **3. Vertragliche Pflicht des Käufers zur Zahlung der Grundstückgewinnsteuer; keine aus Treu und Glauben fliessende Nebenpflicht der Verkäuferin, die Grundstückgewinnsteuer zu optimieren**

**Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2020 vom 3. September 2020 (MV/DG)<sup>76</sup>**

[98] Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag (nachfolgend: Kaufvertrag) verkaufte B (Beschwerdegegnerin, Klägerin, nachfolgend: Verkäuferin) A (Beschwerdeführer, Beklagter, nachfolgend: Käufer) zwei Stockwerkeigentumsanteile. Dem Kaufvertrag zufolge zahlt der Käufer – unter vollständiger Entlastung der Verkäuferin – alle eventuell anfallenden Grundstückgewinnsteuern (Sachverhalt Teil A.a).

[99] Die Verkäuferin hatte die Treuhänderin X SA beauftragt, ihre Steuerangelegenheiten, insbesondere die Steuererklärung betreffend die Grundstückgewinnsteuer, zu erledigen. Die X SA gehörte zur internationalen xxx Gruppe. Der Käufer war Mitglied der Geschäftsleitung der xxx Gruppe. Am 27. Januar 2010 entschied die Steuerverwaltung des Kantons Wallis, dass die Ver-

---

<sup>72</sup> Siehe besprochener Entscheid, E. 6.

<sup>73</sup> Vgl. BRUNNER/GALLI/VISCHER (Fn. 70), Rz. 77.

<sup>74</sup> Besprochener Entscheid, E. 7.2.1.

<sup>75</sup> Siehe <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-80114.html>.

<sup>76</sup> Vgl. auch EVA CELLINA, *Obligation of a contracting party to act against its own interests?*, published on: *Swiss Contract Law*, 4 May 2021, <https://swisscontract.law/5/>; LEANDRO SCHAFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Nebenpflichten aus Treu und Glauben bei Drittanprüchen*, in: dRSK, publiziert am 8. Dezember 2020; FLAVIO ELLER, *Keine Nebenpflicht zum eigenen Nachteil*, *ius.focus* 2020, Nr. 302.

käuferin Steuern von CHF 111'590.40 für den anlässlich des Grundstückverkaufs realisierten Gewinn zu zahlen habe. Hiergegen erhob die X SA Beschwerde. Mit Entscheid vom 25. Juni 2010 hob die Steuerverwaltung diesen Entscheid auf und sie akzeptierte die Besteuerung des Gewinns im Rahmen der ordentlichen Einkommensbesteuerung der Verkäuferin. Letzteres erlaubte der Verkäuferin, vom Gewinn allfällige bei anderen Immobilientransaktionen realisierte Verluste abzuziehen (Sachverhalt Teile A.b und A.d).

[100] Die X SA beendete das Auftragsverhältnis mit der Verkäuferin am 3. November 2010. Sie begründete dies damit, dass sie die erforderlichen Informationen für die Bearbeitung der Steuererklärung nicht habe erhältlich machen können. Die Verkäuferin beauftragte in der Folge die Treuhänderin Z SA, ihre Steuerangelegenheiten zu erledigen (Sachverhalt Teile A.d und A.e).

[101] Daraufhin ersuchte die Z SA die Steuerverwaltung des Kantons Wallis, auf ihren Entscheid vom 25. Juni 2010 zurückzukommen und den Gewinn aus dem Grundstückverkauf als einen der Grundstückgewinnsteuer unterliegenden Gewinn aus Privatvermögen zu qualifizieren. Sie wies darauf hin, dass die Verkäuferin und ihr Ehemann nie im Immobilienbereich tätig gewesen seien. Die Z SA hielt weiter fest, dass die im Eigentum der Verkäuferin und ihrem Ehemann stehenden Immobilien steuerrechtlich immer als Privatvermögen qualifiziert worden seien. Am 8. November 2012 stellte das Finanzdepartement des Kantons Wallis der Verkäuferin Grundstückgewinnsteuern von CHF 141'273.90 in Rechnung. Die Z SA leitete die Rechnung am nächsten Tag dem Käufer weiter und forderte ihn auf, diese innert 30 Tagen zu begleichen. Der Käufer reagierte nicht darauf (Sachverhalt Teile A.f und A.g).

[102] Am 19. September 2014 klagte die Verkäuferin gegen den Käufer auf Zahlung von CHF 141'409.35. Mit Urteil vom 16. Oktober 2017 verurteilte das Bezirksgericht den Käufer, der Verkäuferin CHF 141'273.90 zu zahlen. Mit Urteil vom 3. Dezember 2019 wies das Kantonsgericht Wallis die Berufung des Käufers ab (Sachverhalt Teile B.a und B.b).

[103] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Käufer dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage sei abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 7).

[104] 1. Das Bundesgericht hielt fest, dass allfällige der Verkäuferin obliegende Nebenpflichten zur Diskussion stehen, die nicht im Kaufvertrag vorgesehen seien, sondern aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) flössen. Der Vorinstanz zufolge impliziere der Kaufvertrag nicht, dass die Verkäuferin alles unternehmen müsse, um die Grundstückgewinnsteuer zu optimieren oder auf null zu reduzieren. Weiter habe auch das Auftragsverhältnis zwischen der Verkäuferin und der X SA kein Vertrauensverhältnis schaffen können, auf das sich der Käufer beim Vollzug des Kaufvertrags habe verlassen können. Die Interessen der Parteien, wie der Gewinn steuerlich zu erfassen sei, seien ohnehin nicht deckungsgleich gewesen. Folglich habe die Verkäuferin beim Vollzug des Kaufvertrags nicht gegen Treu und Glauben verstossen und ihre Forderung sei daher nicht missbräuchlich (E. 3.2).

[105] 2. Der Käufer rüge eine Verletzung von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Die Nebenpflicht werde als Verpflichtung definiert, die sich aus dem vertraglichen Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien ergebe. Gemäss Treu und Glauben habe der Schuldner alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung und die Verwirklichung des Leistungserfolgs zu sichern (E. 5.1).

[106] 3. Vorliegend sei entscheidend, ob eine aus Treu und Glauben fliessende Nebenpflicht existiere, welche die Verkäuferin verpflichte, ihre Steuerangelegenheiten der X SA anzuvertrauen

oder alle möglichen Schritte zu ergreifen, um die Grundstückgewinnsteuer zu optimieren bzw. auf null zu senken (E. 5.2).

[107] **a.** Die Steuerverwaltung des Kantons Wallis habe die Grundstückgewinnsteuer am 8. November 2012 von CHF 111'590.40 auf CHF 141'273.90 erhöht. Man könne dies jedoch – entgegen der Behauptung des Käufers – nicht automatisch auf einen Fehler der Verkäuferin zurückführen. Bei der Bestimmung des steuerpflichtigen Gewinns gebe es viele Elemente, die diesen Unterschied bewirken könnten. Ob die Informationen für die Steuererhebung von der Verkäuferin, von einem Treuhänder oder von einem Dritten eingereicht würden, sei grundsätzlich irrelevant. Der Käufer habe gehofft, dass die Steuerverwaltung den Gewinn aus dem Grundstückverkauf der ordentlichen Einkommenssteuer unterwerfen und somit die Grundstückgewinnsteuer entfallen würde. Der Käufer gehe davon aus, dass die Verkäuferin verpflichtet gewesen sei, diese Strategie umzusetzen (E. 5.2).

[108] **b.** Die Verkäuferin könne diese Strategie jedoch nur umsetzen, wenn die Stockwerkeigentumsanteile dem Geschäftsvermögen zugeordnet würden. Gemäss Ausführungen der Z SA seien die Verkäuferin und ihr Ehemann jedoch nie im Immobilienbereich tätig gewesen und die im Eigentum der Verkäuferin und ihrem Ehemann stehenden Immobilien seien steuerrechtlich immer als Privatvermögen qualifiziert worden. Die Steuerverwaltung des Kantons Wallis hätten diese Ausführungen überzeugt, weshalb sie am 8. November 2012 den Grundstückgewinn der Grundstückgewinnsteuer unterwarf. Es treffe zwar zu, dass sich die Steuerverwaltung auf Veranlassung der X SA zunächst bereit erklärt hatte, den Grundstückgewinn im Rahmen der ordentlichen Einkommensbesteuerung zu besteuern. Um zu beurteilen, wie die Steuerbehörde den Entscheid vom 8. November 2012 gefällt habe, müsste man allerdings wissen, von welchem Sachverhalt die Steuerverwaltung damals ausgegangen sei. Auf jeden Fall habe die Steuerverwaltung diesen Entscheid aufgrund der ihr von der Z SA zur Kenntnis gebrachten Informationen aufgehoben. Unter diesem Gesichtspunkt könne daher nicht angenommen werden, dass die Verkäuferin eine aus Treu und Glauben fliessende Nebenpflicht treffe, Tatsachen nur teilweise oder gar verzerrt darzustellen, um die Erhebung von Grundstückgewinnsteuern zu verhindern. Erst recht könne nicht angenommen werden, dass die Verkäuferin verpflichtet sei, einen Dritten einzusetzen, um dies an ihrer Stelle zu tun (E. 5.2).

[109] **Bemerkung: 1.** Vorliegend geht es um einen Grundstückkaufvertrag. Dieser Grundstückkaufvertrag ist insofern besonders, als der Käufer nicht nur den Kaufpreis zu zahlen hat, sondern der Verkäuferin zusätzlich auch die ihr infolge der Transaktion anfallende Grundstückgewinnsteuer zu erstatten hat.

[110] Dieses Versprechen, die Grundstückgewinnsteuer zu erstatten, ist letztlich ein bedingtes Leistungsversprechen des Käufers. Es handelt sich mit anderen Worten um ein Versprechen des Käufers, eine Leistung (Zahlung der Grundstückgewinnsteuer) zu erbringen, wenn eine bestimmte Bedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR (Festsetzung der Grundstückgewinnsteuer durch die Behörde) eintritt.

[111] **2.** Dieses Versprechen des Käufers kann rechtlich auf die unterschiedlichsten Arten qualifiziert werden. Es kann sich um eine *reine Garantie* im Sinne von Art. 111 OR handeln. Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen bestimmt gearteten Erfolg (keine Grundstückgewinnsteuer) ein und übernimmt die Konsequenzen, wenn er nicht eintritt.<sup>77</sup> Es kann sich auch um

---

<sup>77</sup> Z.B. BSK OR I-PESTALOZZI (Fn. 16), Art. 111 OR N 6.

ein *Befreiungsversprechen im Sinne von Art. 175 OR* handeln. Denkbar ist auch ein allein dem OR AT, also insbesondere Art. 151 ff. OR, unterstehendes Leistungsversprechen. Man kann *in concreto* auch ein Auftragsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer annehmen und im Leistungsversprechen eine vertragliche Konkretisierung bzw. Modifikation der allgemeinen Regel von Art. 402 Abs. 2 OR erblicken.<sup>78</sup> Dagegen liegt keine Bürgschaft im Sinne von Art. 492 OR und keine private oder kumulative Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR vor. Es geht nämlich nicht um ein Dreiparteienverhältnis (Verkäuferin, Käuferin und Gläubigerin der Grundstückgewinnsteuer). Zudem schloss der Käufer keinen Vertrag mit dem Gläubiger der Grundstückgewinnsteuer, dem Kanton Wallis, ab.<sup>79</sup>

[112] **3.** Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation auferlegt jedes bedingte Leistungsversprechen jeder Vertragspartei und vorliegend insbesondere auch der Verkäuferin die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben. Man mag diese Pflicht als vertragliche Nebenpflicht ansehen, wie dies das Bundesgericht im referierten Urteil tut. Man kann sie bei Annahme eines Auftrags zwischen Käufer und Verkäuferin auch als vertragliche (Haupt-)Pflicht unter Art. 398 OR subsumieren. Die Pflicht kann auch aus Art. 156 OR abgeleitet werden, wonach jede Partei bezüglich des Herbeiführens/Nichterbeiführens der Bedingung zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet ist. Das Wort «Pflicht» ist dabei in einem weiteren Sinn zu verstehen. Sie kann je nach gewähltem Ansatz auch eine reine Obliegenheit sein, die nicht per se klagbar ist, bei deren Verletzung aber der Anspruch aus dem bedingten Leistungsversprechen ganz oder teilweise verloren geht.<sup>80</sup>

[113] **4.** Unabhängig von der bevorzugten Konstruktion (Rz. 112) soll die Pflicht (im weiteren Sinn) der Verkäuferin zu einem Verhalten nach Treu und Glauben als Richtschnur dienen, wie die Verkäuferin mit dem sie treffenden Interessenkonflikt umzugehen hat.<sup>81</sup> Dieser Interessenkonflikt rührt daher, dass sie normalerweise keine oder eine möglichst tiefe Steuer zahlen will, ihr dies aber *in concreto* infolge der Überwälzungsmöglichkeit auf den Käufer egal sein kann.

[114] **5.** Das Bundesgericht stellt im hier diskutierten Urteil zu Recht klar, dass die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben nicht dazu führen kann, dass die Verkäuferin die eigenen Interessen preisgibt und der Steuerverwaltung sogar Unwahrheiten unterbreitet.

[115] **a.** Angesichts der schwer fassbaren Pflichten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben empfiehlt es sich, diese Pflichten im konkreten Vertrag etwas zu umreißen.

[116] **b.** Das ist das Ziel von in Unternehmenskaufverträgen enthaltenen *Third Party Claim*-Regeln. Mit solchen Regeln versuchen die Parteien für den Käufer vertragliche Pflichten festzuschreiben, wenn er bzw. das von ihm gekaufte Unternehmen mit Drittansprüchen konfron-

---

<sup>78</sup> So MARKUS VISCHER, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, S. 491 ff., S. 493, betreffend Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte.

<sup>79</sup> So in einem ähnlichen Fall auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP190003 vom 5. November 2019 E. 3.3.7 f.

<sup>80</sup> Zur Obliegenheit im Allgemeinen z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 101 ff.

<sup>81</sup> Siehe HEINRICH HONSELL, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 2 ZGB N 11, zu den verschiedenen Anwendungen des Grundsatzes von Treu und Glauben.

tiert wird, die der Käufer aufgrund von Regelungen im Unternehmenskaufvertrag, also z.B. Zusicherungen, Garantien oder *Indemnities*<sup>82</sup> unter Umständen auf den Verkäufer überwälzen kann.<sup>83</sup> [117] c. Solche Regeln versuchen zu definieren, (i) wer das Verfahren mit dem Drittanprecher führt (Käufer oder Verkäufer), (ii) welche Informationen zwischen Verkäufer und Käufer auszutauschen sind und (iii) welche Zustimmungen vom Verkäufer oder Käufer zu welchen Verfahrensschritten einzuholen sind oder mindestens welche Konsultationen durchzuführen sind.<sup>84</sup> Dabei wird in der Regel dem Käufer bzw. dem von ihm gekauften Unternehmen die Verfahrensführung überlassen. Es werden aber in der Regel umfangreiche Informationspflichten des Käufers statuiert und es wird weiter festgehalten, dass der Käufer für bestimmte Verfahrensschritte, wie z.B. einen Vergleich oder einen Weiterzug an die nächste Instanz, die Zustimmung des Verkäufers benötigt. Dabei wird in der Regel aber festgehalten, dass der Verkäufer diese Zustimmung nur aus einem sachlichen Grund oder sogar nur aus einem wichtigen Grund verweigern darf.<sup>85</sup> Der Grund für diese derart gestaltete grundsätzliche Hoheit des Käufers über das Verfahren ist, dass seine Interessen leicht höher gewertet werden als die Interessen des Verkäufers. Der Verkäufer hat nämlich eine Zusicherung, Garantie oder *Indemnity* abgegeben, aus der er sich nicht bis zur Selbstaufgabe des Käufers bzw. des von ihm gekauften Unternehmens soll befreien können. Dieser Gedanke klingt wie gesagt auch im hier besprochenen Urteil an (Rz. 114).

#### 4. Erfüllung der Kaufpreiszahlungspflicht

##### Urteil des Bundesgerichts 4A\_279/2019 vom 19. Februar 2020 (MV/DG)<sup>86</sup>

[118] A und B (Verkäufer, Beschwerdeführer, nachfolgend: Verkäufer) verkauften C (Käuferin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) mit öffentlicher Urkunde vom 28. September 2011 eine (damals) noch zu erstellende 5<sup>1</sup>/<sub>2</sub>-Zimmerwohnung. D (nachfolgend: Notar) amtete als Notar (Sachverhalt Teil A.a).

[119] Ziffer 8 des Kaufvertrags (nachfolgend: Vertrag) sah vor, dass der Kaufpreis von CHF 3'080'000 in fünf Raten zu bezahlen war, wobei die letzte Teilzahlung von CHF 200'000 (nachfolgend: letzte Kaufpreisrate) 90 Tage nach Bezugsbereitschaft zu bezahlen war (Sachverhalt Teil A.b).

[120] Gemäss Ziffer 10 des Vertrags waren die Kaufpreiszahlungen auf ein Konto bei der Bank E AG lautend auf die Namen der Verkäufer (nachfolgend: E-Konto) zu überweisen. Sodann vereinbarten die Parteien, dass die Käuferin anlässlich der Beurkundung des Vertrags zur Sicherstellung

---

<sup>82</sup> Dazu z.B. STEPHANIE WALTER, Die vertragliche Allokation rechtlicher Vollzugsrisiken bei privaten Aktienkäufen, Diss. St. Gallen 2019 = Law & Management Wissenschaft Band 3, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 170 ff.; VISCHER (Fn. 10), S. 325 ff.

<sup>83</sup> ROLF WATTER, Schadloshaltungsklauseln in M&A-Verträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 7 ff., S. 13 ff.; VISCHER (Fn. 10), S. 329, insbesondere Anm. 51.

<sup>84</sup> WATTER (Fn. 83), S. 18 ff.; RUDOLF TSCHÄNI/HAROLD FREY, Streiterledigung in M&A-Transaktionen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 35 ff., S. 77; WOLFGANG ZÜRCHER, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions IX, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 143 ff., S. 163.

<sup>85</sup> WATTER (Fn. 83), S. 19; TSCHÄNI/FREY (Fn. 84), S. 77.

<sup>86</sup> Vgl. auch JUDITH ROTHEN/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Erfüllung der Kaufpreiszahlungspflicht, in: dRSK, publiziert am 26. August 2020; HARALD BÄRTSCHI, Sicherstellung einer Schuld, ius.focus 2020, Nr. 86.

der Kaufpreiszahlungen ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Bank auflegt (Sachverhalt Teil A.b).

[121] In dem von der Käuferin vorgelegten unwiderruflichen Zahlungsverprechen vom 27. September 2011 verpflichtete sich die Bank F im Auftrag der Käuferin unwiderruflich, u.a. die letzte Kaufpreisrate 90 Tage nach Bezugsbereitschaft auf das E-Konto zu überweisen. Dieses Zahlungsverprechen war bis 30. September 2012 befristet. Eine weitere Bedingung für die Ausrichtung der Zahlung der letzten Kaufpreisrate war, dass die Käuferin die Bank F schriftlich zur Zahlung aufzufordern hatte. Das Zahlungsverprechen stimmte somit diesbezüglich nicht mit dem Wortlaut des Vertrags überein (Sachverhalt Teil A.c).

[122] Nachdem die ersten vier Zahlungen geflossen waren, stellte sich die Käuferin auf den Standpunkt, die Wohnung sei wegen verschiedener Mängel noch nicht bezugsbereit. Sie weigerte sich, der Bank F die letzte Kaufpreisrate freizugeben (Sachverhalt Teil A.d).

[123] Mit Schreiben vom 20. Juli 2012 forderte der Notar die Bank F auf, die Zahlung betreffend die letzte Kaufpreisrate aufgrund des unwiderruflichen Zahlungsverprechens unverzüglich auszulösen. Dies tat die Bank F nicht. In der Folge einigten sich der Notar und der Rechtsvertreter der Käuferin G (nachfolgend: Rechtsvertreter der Käuferin) darauf, ein Klientenkonto bei der Bank H zu errichten. Auf dieses Konto bei der Bank H, lautend auf die Namen I AG und des Notars (nachfolgend: H-Konto), sollte die Zahlung der letzten Kaufpreisrate erfolgen. Das H-Konto wurde am 29. August 2012 eröffnet. Der Rechtsvertreter der Käuferin (seitens der I AG) und der Notar sind zur Verfügung über das H-Konto kollektiv zeichnungsberechtigt (Sachverhalt Teil A.e).

[124] Die Verkäufer unterzeichneten am 19. September 2012 eine Bestätigung (nachfolgend: Bestätigung), wonach sie sich damit einverstanden erklärten, dass die letzte Kaufpreisrate statt auf das E-Konto neu auf das H-Konto überwiesen wird. Daraufhin überwies die Bank F am 21. September 2012 die letzte Kaufpreisrate auf das H-Konto (Sachverhalt Teil A.f).

[125] Mit Klage vom 11. März 2015 beim Bezirksgericht Luzern klagten die Verkäufer gegen die Käuferin u.a. auf Zahlung der letzten Kaufpreisrate nebst Zins. Mit Urteil vom 29. Juni 2018 verpflichtete das Bezirksgericht die Käuferin, den Verkäufern CHF 200'000 nebst Zins zu bezahlen. Eine dagegen erhobene Berufung der Käuferin hiess das Kantonsgericht Luzern mit Urteil vom 2. Mai 2019 teilweise gut und verpflichtete die Käuferin, den Verkäufern CHF 1'916.65 zu bezahlen (Sachverhalt Teile B.a, B.b und B.c).

[126] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragten die Verkäufer dem Bundesgericht u.a., die Käuferin sei zu verpflichten, ihnen CHF 200'000 nebst Zins zu bezahlen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und verpflichtete die Käuferin, den Verkäufern CHF 200'000 zu bezahlen, wobei es die Sache u.a. betreffend die Zinsberechnung an die Vorinstanz zurückwies (Sachverhalt Teil C und E. 5).

[127] 1. Gemäss Bundesgericht sei zwischen den Parteien umstritten, ob die Käuferin mit der Zahlung vom 21. September 2012 im Betrag von CHF 200'000 auf das H-Konto ihre Pflicht zur Bezahlung der letzten Kaufpreisrate getilgt (*recte*: erfüllt) habe (E. 4).

[128] 2. Die Verkäufer würden der Vorinstanz im Verfahren vor Bundesgericht betreffend die Interpretation der Bestätigung vorwerfen, sie habe in Verletzung der Prinzipien der Vertragsauslegung – namentlich entgegen dem Vertrauensprinzip – mehr in diesen Beleg interpretiert als zulässig sei (E. 4.3).

[129] a. Vertragsbezogene Willenserklärungen seien – wenn kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille festgestellt werden könne – nach dem Vertrauensgrundsatz so auszulegen, wie

sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten. Dies beurteile sich nicht nur nach ihrem Wortlaut und dem gesamten Zusammenhang, in dem sie stünden, sondern auch nach den Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden seien (E. 4.3.1).

[130] **b.** Mit der Bestätigung hätten die Verkäufer gegenüber der Bank F ihr Einverständnis erklärt, dass die letzte Kaufpreisrate auf das H-Konto überwiesen werden soll. Die Bank F habe gestützt darauf – entgegen dem ursprünglichen Zahlungsverprechen – das Geld auf das H-Konto überweisen dürfen und habe damit ihr Zahlungsverprechen erfüllt (E. 4.3.2).

[131] **c.** Entscheidend sei aber, so das Bundesgericht, was betreffend die Wirkung der Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto zwischen den Verkäufern und der Käuferin vereinbart worden sei. Die Vorinstanz habe diesbezüglich keinen tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien festgestellt, sondern eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen. Es stelle sich somit die Frage, was die Käuferin nach Treu und Glauben aus der Bestätigung bzw. dem Einverständnis der Verkäufer zur Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto anstelle des E-Kontos ableiten musste. Ohne Weiteres habe die Käuferin davon ausgehen dürfen, dass sie die letzte Kaufpreisrate statt auf das E-Konto (zumindest vorläufig) auf das H-Konto überweisen durfte. Entgegen der Vorinstanz könne daraus aber nicht abgeleitet werden, dass damit die Tilgung (*recte*: Erfüllung) der vertraglichen Verpflichtung der Käuferin – 90 Tage nach Bezugsbereitschaft die letzte Kaufpreisrate zu bezahlen – vereinbart worden wäre. Dies zeige sich bereits daran, dass das H-Konto auf die Namen des Notars und der I AG lautete und der Notar und der Rechtsvertreter der Käuferin nur gemeinsam über das H-Konto verfügen konnten. Mit der Überweisung auf das H-Konto sei somit die letzte Kaufpreisrate nicht in den Herrschaftsbereich der Verkäufer gelangt. Auch der Käuferin musste nach Treu und Glauben klar sein, dass sie ihre Forderung (*recte*: Schuld) nicht durch eine Überweisung auf das H-Konto tilgen konnte, auf das die Verkäufer keinen Zugriff hatten. Aus der Bestätigung könne nach Treu und Glauben somit nur abgeleitet werden, dass die letzte Kaufpreisrate auf dem H-Konto «hinterlegt» werden sollte, bis über die umstrittene Frage der Bezugsbereitschaft der Wohnung entschieden worden war. Aus der Bestätigung könne dagegen nicht abgeleitet werden, dass die Käuferin davon ausgehen durfte, sie hätte mit der Überweisung auf das H-Konto ihre Pflicht zur Bezahlung der letzten Kaufpreisrate endgültig getilgt (*recte*: erfüllt) (E. 4.3.3).

[132] **d.** Mangels Tilgungswirkung der Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto bestehe – wie die Erstinstanz zu Recht festgehalten habe – die Forderung der Verkäufer auf Bezahlung der letzten Kaufpreisrate nach wie vor. Die Käuferin sei daher verpflichtet, die Kaufpreisrestanz im Betrag von CHF 200'000 zu bezahlen, vorausgesetzt, dass diese überhaupt fällig sei (E. 4.3.4). Der Vertrag habe vorgesehen, dass die letzte Kaufpreisrate 90 Tage nach Bezugsbereitschaft der Wohnung zu überweisen war. Die Käuferin habe ausgeführt, die Wohnung sei im Mai 2013 bezugsbereit gewesen. Zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Entscheide sei das Kaufobjekt somit bezugsbereit und die letzte Kaufpreisrate sei fällig und geschuldet gewesen (E. 4.3.5).

[133] **3.** Das Bundesgericht prüfte anschliessend, ob nach der Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto Verzugszinsen geschuldet sind (E. 4.4).

[134] **a.** Diese Frage richte sich nach der Vereinbarung der Parteien. Grundsätzlich wäre es den Verkäufern und der Käuferin freigestanden, zu vereinbaren, dass mit der Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto die Käuferin von der Pflicht zur Bezahlung von Verzugszinsen befreit sei. Die Beweislast für eine solche Vereinbarung trage die Käuferin. Die Verkäufer hätten im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, einem Vorschlag mit der Errichtung eines

Klientenkonto auf die vertraglichen Verzugszinsen von CHF 10'000 pro Jahr zu verzichten, hätten sie selbstverständlich nie zugestimmt. Die Vorinstanz habe festgehalten, soweit die Verkäufer geltend machen würden, sie hätten bei einer Zustimmung zu einer befreienden Zahlung auf jährliche Zinsen von CHF 10'000 verzichtet, sei festzuhalten, dass das Zahlungsverprechen der Bank F nur bis zum 30. September 2012 gültig gewesen sei und dann automatisch und vollumfänglich erloschen wäre. Das Bundesgericht kam zum Schluss, allein aus diesem Umstand sowie der Bestätigung lasse sich ein Zinsverzicht jedenfalls nicht ableiten. Die Käuferin mache denn auch keine konkreten Umstände geltend, aus denen sie nach Treu und Glauben auf einen Zinsverzicht der Verkäufer ab dem Zeitpunkt der Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto hätte schliessen dürfen. Solche Umstände seien im Übrigen auch nicht ersichtlich. Vorliegend seien somit – mangels anderweitiger Vereinbarung – auch nach der Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto Verzugszinsen geschuldet (E. 4.4.1).

[135] **b.** Da die letzte Kaufpreisrate gemäss dem Vertrag 90 Tage nach Bezugsbereitschaft der Wohnung zu bezahlen war, sei, so das Bundesgericht, zwingend der Zeitpunkt der Bezugsbereitschaft zu ermitteln, um den Beginn des Zinsenlaufs betreffend die Forderung von CHF 200'000 zu bestimmen. Mangels diesbezüglicher rechtsverbindlicher Feststellungen wies das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese abhängig von der Bezugsbereitschaft der Wohnung über den Beginn des Zinsenlaufs entscheidet (E. 4.4.3).

[136] **Bemerkung: 1.** Das vorliegende Urteil dreht sich um die Frage, ob die Käuferin ihre Kaufpreiszahlungspflicht erfüllt hat, indem sie die letzte Kaufpreisrate auf ein Bankkonto überwies, über das die Verkäufer nicht verfügen konnten. Zwecks Beantwortung dieser Frage legte das Bundesgericht die Bestätigung (vgl. Rz. 124) zuerst subjektiv und anschliessend mangels Vorliegens eines übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillens objektiv aus. Das Bundesgericht kam zu Recht zum Schluss (E. 4.3.3), dass die Käuferin nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen durfte, sie erfülle mit der Überweisung der letzten Kaufpreisrate auf das H-Konto ihre Kaufpreiszahlungspflicht (siehe dazu sogleich Rz. 138). Abzulehnen ist jedoch die vom Bundesgericht abermals vertretene Ansicht, dass Verträge subjektiv-objektiv auszulegen sind (E. 4.3.1). Vorzuziehen ist eine einheitliche Auslegung gestützt auf das Vertrauensprinzip.<sup>87</sup> Dafür sprechen neben dogmatischen Gründen<sup>88</sup> auch praktische Gründe: Die Gerichte können den wirklichen Willen der Parteien nämlich kaum je feststellen.<sup>89</sup>

[137] **2.** Vorliegend überwies die Bank F gestützt auf die Bestätigung die letzte Kaufpreisrate statt auf das E-Konto auf das H-Konto. Dazu war die Bank F berechtigt und verpflichtet, weil (i) die Käuferin und die Bank F das ursprüngliche unwiderrufliche Zahlungsverprechen<sup>90</sup> bzw. ihre vertragliche Vereinbarung diesbezüglich angepasst haben, (ii) die Verkäufer sich mit der Änderung des Vertrags bezüglich der Zahlungsmodalitäten durch Unterzeichnung der Bestätigung

---

<sup>87</sup> Gl.M. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Fn. 3), BK-MÜLLER (Fn. 3), Art. 18 OR N 70 ff.

<sup>88</sup> Z.B. BK-MÜLLER (Fn. 3), Art. 18 OR N 79 ff.

<sup>89</sup> Z.B. BK-MÜLLER (Fn. 3), Art. 18 OR N 85; siehe aber Urteil des Bundesgerichts 4A\_51/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.3, in dem der wirkliche Wille festgestellt werden konnte, was gemäss FRANZ WERRO ungewohnt ist (FRANZ WERRO, *Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil*, SJZ 2020, S. 424 ff., S. 428 «L'arrêt retient l'attention car, de manière inhabituelle, les juges ont pu conclure à l'existence d'un accord de fait. Ils ont ainsi pu interpréter la volonté des parties, sans recourir à une interprétation objective.»).

<sup>90</sup> Siehe zur Rechtsnatur des Zahlungsverprechens z.B. RUTH ARNET, *Abwicklung und Absicherung der Gegenleistung*, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Der Grundstückskauf/La vente immobilière*, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 427 ff., S. 433 ff.; siehe auch E. 4.1.1 des referierten Urteils.

einverstanden erklärten und (iii) die Käuferin die Bank F zur Zahlung der letzten Kaufpreisrate anwies und sich dadurch formlos mit der Änderung des Vertrags einverstanden erklärte. Der öffentlich beurkundete Vertrag konnte formlos abgeändert werden, weil die Zahlungsmodalitäten in aller Regel als Nebenabreden mit deskriptivem Charakter<sup>91</sup> gelten, die nach der von uns favorisierten gemässigten objektiven Theorie<sup>92</sup> bei Vertragsschluss nicht öffentlich beurkundet werden müssen. Sie gelten daher als «ergänzende Nebenbestimmungen» im Sinne von Art. 12 OR und können folglich auch ohne öffentliche Beurkundung von den Parteien geändert werden.<sup>93</sup> Folgerichtig urteilte das Bundesgericht, dass die Bank F ihr Zahlungsverprechen bzw. ihre vertragliche Pflicht erfüllt hat (E. 4.3.2).

[138] 3. Gerade umgekehrt verhält es sich bezüglich der Kaufpreiszahlungspflicht der Käuferin: Die Käuferin konnte – wie das Bundesgericht treffend festhielt – aus der Bestätigung nach Treu und Glauben nicht ableiten, dass sie den geschuldeten Kaufpreis vollständig tilgt bzw. ihre Kaufpreiszahlungspflicht erfüllt, wenn sie die letzte Kaufpreisrate auf ein Bankkonto überweist, über das die Verkäufer nicht verfügen können (E. 4.3.3). Für dieses Auslegungsergebnis spricht weiter, dass im Sommer 2012 zwischen den Parteien umstritten war, ob die verkaufte Wohnung bezugsbereit war. Aus diesem Grund verweigerte die Käuferin die Freigabe der letzten Kaufpreisrate. Da das Zahlungsverprechen bis 30. September 2012 befristet war und entgegen bzw. in Verletzung<sup>94</sup> der vertraglichen Vereinbarung der Parteien (Rz. 121) von der Bank F nur auf Aufforderung der Käuferin erfüllt werden musste, waren die Parteien gezwungen, eine Lösung zu finden, damit die Bank F trotzdem die letzte Kaufpreisrate auszahlen konnte, solange das Zahlungsverprechen gültig war. Die involvierten Personen lösten dieses Problem dadurch, indem die Bank F die letzte Kaufpreisrate auf ein Bankkonto (H-Konto) überwies, über das weder die Verkäufer noch die Käuferin allein verfügen konnten. Gemeinsam Verfügungsberechtigt über das H-Konto waren nämlich der Notar und der Rechtsvertreter der Käuferin (seitens der I AG). Da die Verkäufer die beiden «Nichtgläubiger» nicht kontrollierten (I AG) und gegenüber ihnen (Notar und I AG) keine Weisungsbefugnis besaßen, gelangte die letzte Kaufpreisrate nicht in ihren Herrschaftsbereich. Folglich musste den Parteien klar sein, dass die Käuferin damit keinesfalls den Kaufpreis tilgte, sondern lediglich das Geld provisorisch auf einem «Sperrkonto» (E. 4.3.3) bzw. «Treuhandkonto»<sup>95</sup> «parkierte» bzw. die letzte Kaufpreisrate sicherstellte, und zwar entweder bis (gerichtlich) geklärt war, ob die Wohnung bezugsbereit war, oder bis die Käuferin sich dazu entschied, die auf das H-Konto bezahlte letzte Kaufpreisrate auf ein Konto der Verkäufer zu überweisen (vgl. E. 4.3.4).

[139] Ausgehend von diesem Auslegungsergebnis (Rz. 138) erfüllte die Käuferin ihre Kaufpreiszahlungspflicht bezüglich der letzten Kaufpreisrate nicht, weil sie nicht an einen Leistungsemp-

---

<sup>91</sup> MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, *Anwaltsrevue* 2017, S. 473 ff., S. 481 und 483 f.

<sup>92</sup> Dazu z.B. VISCHER/GALLI (Fn. 91), S. 476 und 478 ff.

<sup>93</sup> Im Ergebnis gl.M. BK-MÜLLER (Fn. 3), Art. 12 OR N 15 ff. und N 27 ff., der seine Ausführungen aber auf die subjektive Theorie (dazu z.B. VISCHER/GALLI [Fn. 91], S. 476 f.) abstützt; zur formfreien Anpassung von Verträgen, die eine Schriftformklausel enthalten, siehe z.B. SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI, No Oral Modification Clauses, in: Wolfgang Portmann/Helmut Heiss/Peter R. Isler/Florent Thouvenin (Hrsg.), *Gedenkschrift für Claire Huguenin*, Zürich/St. Gallen 2020, S. 99 ff., S. 101 ff.; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_265/2018 vom 3. September 2018 (besprochen von JACQUES DE WERRA, *Swiss Commercial Contracts: Review of Recent Case Law*, in: Jusletter 9. Dezember 2019, Rz. 7 ff. und MICHAEL KÜNDIG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Willenserklärungen in GV- und VR-Protokollen, in: *DRSK*, publiziert am 15. August 2019).

<sup>94</sup> Siehe auch E. 4.1.1, wonach ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen den Notar eingeleitet wurde.

<sup>95</sup> BÄRTSCHI (Fn. 86).

fänger leistete, der Gläubiger der Forderung «letzte Kaufpreisrate» war.<sup>96</sup> Aus dem gleichen Grund durfte die Bestätigung von der Käuferin auch nicht als Recht zur Leistung an einen Dritten verstanden werden. Begründet wird ein solches Recht z.B. mittels einer Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger oder einer nachträglichen einseitigen Ermächtigung seitens des Gläubigers.<sup>97</sup> Letztere wird auch als Anweisung nach Art. 466 ff. OR bezeichnet<sup>98</sup> und liegt vor, wenn der Anweisende (Gläubiger) den Angewiesenen (Schuldner) zur Leistung an einen Anweisungsempfänger (Dritter) ermächtigt.<sup>99</sup> Dabei kann der Angewiesene mit befreiender Wirkung an den Anweisungsempfänger leisten.<sup>100</sup> Allein in der Bestätigung durfte die Käuferin jedoch nach Treu und Glauben nicht die Anweisung zur befreienden Leistung auf das H-Konto und somit an die «Nichtgläubiger» erblicken. Denn der Notar forderte im Juli 2020 die Bank F zur Zahlung der letzten Kaufpreisrate auf. Daraus kann geschlossen werden, dass die Verkäuferin auch bei Unterzeichnung der Bestätigung am Anspruch auf Zahlung der letzten Kaufpreisrate festgehalten haben.

[140] 4. Die letzte Kaufpreisrate wurde gemäss vertraglicher Vereinbarung 90 Tage nach der Bezugsbereitschaft der Wohnung (nachfolgend: Stichtag) fällig. Unabhängig davon, wann die Wohnung bezugsbereit war (vgl. E. 4.4.3), hätten die Verkäuferin nach Ablauf der darauffolgenden 90 Tage über die Kaufpreisrestanz verfügen können müssen. Das Bundesgericht urteilte deshalb zu Recht, dass die Käuferin per Stichtag mit der Zahlung der letzten Kaufpreisrate in Verzug geraten war und entsprechend Verzugszinsen schuldet (vgl. E. 4.4.1). Die Käuferin durfte nach Treu und Glauben nämlich insbesondere in der Bestätigung keinen Verzicht auf die vertraglich<sup>101</sup> vereinbarten Verzugszinsen (in der Höhe von CHF 10'000 p.a., vgl. E. 4.4.1) erblicken. Im Übrigen wäre ein solcher Verzugszinsverzicht formlos möglich gewesen, da es sich bei der Verzugszinsabrede um eine Nebenabrede mit deskriptivem Charakter<sup>102</sup> handelt, die formfrei geändert werden kann (vgl. Rz. 137).

---

<sup>96</sup> Dazu im Allgemeinen: PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 2003 und 2072.

<sup>97</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 96), Rz. 2085 f.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 659.

<sup>98</sup> HUGUENIN (Fn. 97), Rz. 659.

<sup>99</sup> THOMAS KOLLER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 466 OR N 2.

<sup>100</sup> EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 296.

<sup>101</sup> Dazu im Allgemeinen, z.B. CORINNE WIDMER LÜCHINGER/WOLFGANG WIEGAND, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 104 OR N 7.

<sup>102</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 91), S. 481 und 483 f.

### III. Fahrniskauf

#### 1. Arglistiges Verschweigen von Mängeln eines Oldtimers; Aufklärungspflicht des Verkäufers und «Selbstverantwortung» des Käufers

Urteil des Bundesgerichts 4A\_514/2020 vom 2. November 2020 (CB)<sup>103</sup>

[141] Verkäufer und Käufer schlossen am 21. April 2010 einen Kaufvertrag über einen aus den USA importierten «Porsche 356» aus dem Jahr 1960 («Oldtimer») zum Preis von CHF 79'000. Der Kaufvertrag schloss jede Gewähr für Sachmängel aus, ausgenommen vertraglich zugesicherte Eigenschaften. Im Jahr 2016, also rund sechs Jahre später, erhob der Käufer Mängelrüge und verlangte Minderung des Kaufpreises infolge «absichtlicher Täuschung». In der Folge klagte der Käufer auf Zahlung von CHF 60'000 zuzüglich Zins. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut. Das Obergericht des Kantons Thurgau wies die Berufung des Verkäufers ab. Das Bundesgericht wies die gegen das vorinstanzliche Urteil erhobene Beschwerde des Verkäufers ebenfalls ab.

[142] 1. Die Vorinstanzen bejahten das Bestehen von Mängeln im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (insbesondere: unfachmännische Flickarbeiten, etwa unterrostete Front, verrostete Karosserieteile, unfachmännische Schweissarbeiten, unzulässige Popnieten). Die Vorinstanz erwog, die Freizeichnungsklausel habe die Gewährspflicht nicht gültig aufgehoben, da der Verkäufer die Mängel gemäss Art. 199 OR arglistig verschwiegen habe. Er habe gewusst, mindestens aber ernsthaft damit rechnen müssen, dass das verkaufte Fahrzeug diverse (nicht offensichtliche) Mängel aufweise, daran unsachgemässe Reparaturarbeiten ausgeführt worden seien und Rostschäden vorlägen. Zwar behauptete er, dass er das Auto vor Vertragsschluss habe reparieren lassen und ihm die Handwerker eine «umfassende Restauration» bestätigt hätten. Diese Aussage sei jedoch unzutreffend. So bestünden bereits erhebliche Zweifel, ob die behaupteten Reparaturen überhaupt am streitgegenständlichen Fahrzeug vorgenommen worden seien und nicht an anderen vom Verkäufer gehandelten Oldtimern, die zur gleichen Zeit repariert worden seien. Jedenfalls aber habe er bewusst «nur das Nötigste» (einzig «die offensichtlichen Mängel») beheben lassen, damit der Wagen die Fahrzeugprüfung bestehe und den «Veteranenstempel» erhalte.

[143] Diese Mängel seien vom Beschwerdeführer arglistig verschwiegen worden. Er habe im Vorfeld zwei Verkaufsinserate im Internet publiziert und darin etwa ausgeführt, dass das Fahrzeug «sorgfältig und mit Originalteilen», «ohne Kosten zu scheuen» und «von Grund auf» restauriert worden sei, dass die Karosserie «rundum erneuert» und (wie auch das Innenleben) «neuerwertig» sei, dass er die Spenglerarbeiten «ohne Flickarbeiten, ohne Spachtel, mit perfektem Neuaufbau und hochwertiger Neulackierung» habe ausführen lassen, und ferner dass der Motor überholt worden sei und sich in «sehr gutem Zustand» befinde. Insgesamt hätten die Inserate eine vollständige Restauration suggeriert, anlässlich welcher ein Fachmann das Fahrzeug eingehend und sorgfältig auf (weitere) Mängel geprüft sowie umfassend und ohne Rücksicht auf die Kosten instandgesetzt habe, mithin über die offensichtlichen Mängel hinaus. Ausserdem habe der Verkäufer dem Käufer Fotografien der Restauration eines komplett überholten (anderen) Autos als «Beleg» für die angeblichen Arbeiten am hier im Streit stehenden Fahrzeug zugeschickt und damit wider besseren Wissens beim Käufer die Vorstellung einer wesentlich weitergehenden sowie gründlicheren Instandsetzung hervorgerufen, als sie tatsächlich erfolgt sei (E. 4).

---

<sup>103</sup> Vgl. auch SCHAFFER/GALLI/VISCHER (Fn. 61); siehe auch die in Fn. 59 erwähnten Urteilsbesprechungen zum gleichen Thema.

[144] Das Bundesgericht verwarf die Rüge des Verkäufers, die Vorinstanz habe zu Unrecht den Schluss gezogen, er habe die Mängel im Sinne von Art. 199 OR arglistig verschwiegen. Ein arglistiges Verschweigen sei zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht. Eine Aufklärungspflicht könne sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben. So werde insbesondere bei Vertragsverhandlungen ein Vertrauensverhältnis bejaht, das die Parteien nach Treu und Glauben verpflichtet, einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (E. 6.1).

[145] Ein arglistiges Verschweigen setze nicht die Abgabe einer ausdrücklichen Zusicherung voraus. Dies zeige sich bereits darin, dass eine Zusicherung einer Haftungsfreizeichnung für die entsprechende (zugesicherte) Eigenschaft von vornherein entgegensteht, ohne dass es auf ein arglistiges Verschweigen ankäme: Zusicherung und Freizeichnungsklausel schliessen sich grundsätzlich aus. Entscheidend sei einzig, ob der Verkäufer nach Treu und Glauben davon ausgehen musste, dass die von ihm verschwiegenen Mängel den Entscheid des Käufers über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen hätten beeinflussen können, und aus diesem Grund eine Aufklärungspflicht bestand. Dies sei von der Vorinstanz zu Recht bejaht worden (E. 6.2).

[146] Weiter brachte der Verkäufer vor, die Vorinstanz habe die «vertragliche Selbstverantwortung» des Käufers nicht berücksichtigt. Der Käufer habe es beim Kauf unterlassen, das Fahrzeug hinreichend zu überprüfen. Es sei ihm ausreichend Zeit zur sorgfältigen Inspektion des Oldtimers eingeräumt worden. Dennoch habe der Käufer darauf verzichtet, das Fahrzeug durch einen Experten kontrollieren zu lassen, und nicht gefragt, von wem die Restaurationsarbeiten ausgeführt worden seien. Auch die Restaurationsart habe ihn nicht interessiert. Das Bundesgericht führte dazu aus, zwar sei richtig, dass die Aufklärungspflicht entfalle, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Käufer werde den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen. Nach einzelnen Urteilen treffe dies in der Regel zu, wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen. Das Bundesgericht habe indessen diesen Standpunkt in einem neueren Urteil vom 20. Mai 2014 relativiert, unter Hinweis darauf, dass sich der arglistig handelnde Verkäufer nicht auf die Nachlässigkeit des Käufers soll berufen dürfen.<sup>104</sup>

[147] Auf dieses Problem, dem eine gewisse Zirkularität inhärent sei, müsse nicht weiter eingegangen werden. Denn die Vorinstanz habe verbindlich festgestellt, dass selbst eine – im Rahmen des Zumutbaren erfolgende – Untersuchung des Fahrzeugs durch eine Fachperson im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht zur Entdeckung der Mängel geführt hätte. Damit bleibe es dabei, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner in guten Treuen über die Mängel hätte aufklären müssen.

[148] **Bemerkung: 1.** Da vorliegend die vom Verkäufer abgegebenen Verkaufsinserate Grundlage der Vertragsverhandlungen bildeten<sup>105</sup> und daher wohl Zusicherungen und nicht bloss Anpreisungen darstellten,<sup>106</sup> hätte sich eigentlich die Frage der arglistigen Täuschung gemäss

---

<sup>104</sup> E. 6.3.2 unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1 und 5.3.3.

<sup>105</sup> E. 5.2 des Entscheids.

<sup>106</sup> Eine Zusicherung liegt vor, wenn das Versprechen des Verkäufers, dass die Kaufsache ein bestimmt umschriebenes, objektiv feststellbares Merkmal (z.B. «erste Qualität») aufweist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_538/2013 vom 19. März 2014 E. 6.1). Gemäss den Ausführungen im Entscheid (Rz. 142–143) sollte diese Voraussetzung

Art. 199 OR gar nicht gestellt. Denn wenn ein Verkäufer eine Zusicherung abgibt, die der Haftungsfreizeichnung für die entsprechende (zugesicherte) Eigenschaft entgegensteht bzw. dieser widerspricht, so kommt es – wie das Bundesgericht im Entscheid selbst bemerkt<sup>107</sup> – auf ein arglistiges Verschweigen nicht an: Zusicherung und Freizeichnungsklausel schliessen sich grundsätzlich aus. Mit anderen Worten haftete der Verkäufer bereits deshalb (und unabhängig von einer absichtlichen Täuschung), weil der vertragliche Gewährleistungsausschluss auf die zugesicherten Eigenschaften nicht anwendbar war. Insofern ist auch ein fahrlässiges Verhalten des Käufers irrelevant. Gemäss Art. 200 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, nur (aber eben) dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat.<sup>108</sup>

[149] 2. Im Rahmen der Prüfung der Frage, ob eine Freizeichnungsklausel wegen arglistigen Verschweigens bzw. Verletzung einer Aufklärungspflicht des Verkäufers ungültig ist, stellt sich regelmässig die Frage der Relevanz einer «Selbstverantwortung» bzw. «Opfermitverantwortung» des Käufers. Der Begriff des arglistigen Verschweigens gemäss Art. 199 OR ist trotz der unterschiedlichen Terminologie gleich zu verstehen wie der Begriff der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 203 und Art. 210 Abs. 3 OR<sup>109</sup> bzw. Art. 28 OR.<sup>110</sup> Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setzt voraus, dass der Vertragspartner durch positives Verhalten oder durch Schweigen absichtlich getäuscht wurde; für die Täuschungsabsicht genügt Eventualvorsatz. Zudem ist erforderlich, dass der Vertragspartner durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet wurde; der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum muss kausal für den Abschluss des Vertrages gewesen sein.<sup>111</sup>

[150] Ein (aktives) täuschendes Verhalten besteht in einer Vorspiegelung falscher Tatsachen bzw. dem Aufstellen von falschen Behauptungen. Wird dagegen ein Irrtum beim Vertragspartner nicht aktiv hervorgerufen, sondern dieser lediglich durch das Verschweigen von Tatsachen in seinem Irrtum belassen, ist dies nur insoweit – als (passiv) täuschendes Verhalten – verpönt, als eine Aufklärungspflicht besteht. Eine solche kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift und aus Vertrag ergeben oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist.<sup>112</sup> Wie gesehen (Rz. 144) besteht eine Aufklärungspflicht gestützt auf ein Vertrauensverhältnis insbesondere bei Vertragsverhandlungen.

---

erfüllt sein. Auch wenn die Eigenschaften in im Internet publizierten Inseraten enthalten waren, so waren sie inhaltlich wohl mehr als bloss reklamehafte Anpreisungen. Zudem bildeten sie wie erwähnt Grundlage der Vertragsverhandlungen und waren damit erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend. 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. 197 OR N 14 und 16; BSK OR I-HONSELL (Fn. 12), Art. 197 OR N 15–16, Urteil des Bundesgerichts 4C.267/2004 23. November 2004 E. 2.1–2.2.

<sup>107</sup> E. 6.2.2 des Entscheids.

<sup>108</sup> Vgl. etwa CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 106), Art. 200 OR N 12. Siehe aber auch BSK OR I-HONSELL (Fn. 12), Art. 200 OR N 4, wonach an eine Zusicherung im Sinne von Art. 200 Abs. 2 OR höhere Anforderungen zu stellen sind als an eine Zusicherung im Sinne von Art. 197, weil regelmässig nur eine klare und ausdrückliche Zusicherung des Verkäufers die Sorgfaltsobliegenheit des Käufers suspendieren könne.

<sup>109</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_261/2020 vom 10. Dezember 2020 E. 7.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_196/2011 vom 4. Juli 2011 E. 3; BGE 66 II 132 E. 6 S. 139.

<sup>110</sup> CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 106), Art. 210 OR N 9.

<sup>111</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 143 III 495.

<sup>112</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1.1, nicht publ. in: BGE 143 III 495.

[151] Es ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht geklärt, inwiefern eine «Opfermitverantwortung» des Käufers die Aufklärungspflicht des Verkäufers beeinflusst.<sup>113</sup> In einem Entscheid vom 4. September 2017 (zu Art. 28 OR) hat das Bundesgericht die Übertragung der strafrechtlichen Rechtsgur der Opfermitverantwortung auf das Zivilrecht abgelehnt und erwogen, es gäbe «zivilrechtlich keine Opfermitverantwortung in dem Sinn, dass ein Getäuschter zufolge seiner Fahrlässigkeit gleichsam ‹selber schuld› ist oder deswegen gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn er sich auf die Täuschung beruft.» So halte etwa auch SCHWENZER «in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fest, bei Täuschung (und Drohung) erscheine die Anwendung von Art. 25 OR in der Regel nicht als angebracht, da es hier an der Schutzwürdigkeit des Vertragspartners fehle.»<sup>114</sup> In anderen Urteilen wendete das Bundesgericht dieses Prinzip unter dem Titel Treu und Glauben dennoch an.<sup>115</sup> Nach dem vorliegenden Entscheid entfällt eine Aufklärungspflicht des Verkäufers, wenn dieser nach Treu und Glauben annehmen durfte, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen werde (Rz. 146). Im Grunde geht es hier um eine klassische Interessenabwägung, bei der die Interessen zweier Parteien einander gegenübergestellt werden und eruiert wird, welches Interesse überwiegt.<sup>116</sup> Wie gesehen ist aber bei Vorliegen einer Zusicherung eine solche Interessenabwägung gemäss Art. 200 Abs. 2 OR unnötig, da der Verkäufer diesfalls unabhängig vom Vorliegen einer absichtlichen Täuschung haftet (Rz. 148).

## 2. Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei Orangen; Sachmängelhaftung verneint

### Urteil des Bundesgerichts 4D\_7/2020 vom 5. August 2020 (MV/DG)<sup>117</sup>

[152] B (Verkäufer und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) ist Inhaber des Einzelunternehmens C, das den Export und Import von Früchten sowie Gemüse bezweckt. Am 18. November 2015 lieferte der Verkäufer der A SA (Käuferin und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Käuferin) in Erfüllung des im gleichen Jahr abgeschlossenen Kaufvertrags 33 Paletten mit Orangen mit einem Gesamtgewicht von 21 Tonnen. Der Kaufpreis betrug CHF 14'490 (Sachverhalt Teil A).

[153] Nach der Abladung führte die Käuferin mithilfe eines Refraktometers eine erste Stichprobenkontrolle der Orangenqualität durch. Anschliessend kostete der Einkaufsleiter der Käuferin die Orangen und stellte fest, dass diese sehr sauer seien. Da die Orangenqualität nicht dem Vereinbarten entsprach, stoppte der Einkaufsleiter die Abladung und verweigerte die Lieferung. Gleichentags begab sich der Verkäufer zur Käuferin, um eine Stichprobe der Orangen für eine Analyse zu entnehmen. Gemäss Analyse betrug der Zuckergehalt 10.1 Gramm pro 100 Gramm Orangensaft (Sachverhalt Teil A).

---

<sup>113</sup> Siehe dazu SCHAFFER/GALLI/VISCHER (Fn. 61), Rz. 15; VISCHER/GALLI, AJP 2017 (Fn. 61), S. 1393 ff.

<sup>114</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1.1, nicht publ. in: BGE 143 III 495, mit Verweisung auf INGEBORG SCHWENZER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 25 OR N 2.

<sup>115</sup> Siehe die Nachweise bei SCHAFFER/GALLI/VISCHER (Fn. 61), Rz. 15.

<sup>116</sup> SCHAFFER/GALLI/VISCHER (Fn. 61), Rz. 16.

<sup>117</sup> Vgl. auch DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zum Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei Orangen, in: dRSK, publiziert am 16. Juni 2021; GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, Buyer beware... of the goods description, published on: Swiss Contract Law, 7 June 2021, <https://swisscontract.law/6/>.

[154] Am 25. September 2017 klagte der Verkäufer gegen die Käuferin auf Zahlung von CHF 14'490. Mit Urteil vom 17. Januar 2019 wies das Kreisgericht Lausanne die Klage ab. Es kam nach Auslegung der Parteivereinbarung gestützt auf das Vertrauensprinzip zum Schluss, dass die Orangenqualität der Käuferin erlauben müsse, den Orangensaft zu verkaufen. Der Verkäufer hätte wissen müssen, dass die Käuferin gewerblich Fruchtsaft produziere. Denn laut der Website der Käuferin verkaufe sie u.a. Fruchtsaft und der im Handelsregister eingetragene Zweck der Käuferin sei der Vertrieb von Lebensmitteln. Der Verkäufer habe zudem seit über einem Jahr den Import-Export von Früchten und Gemüse bezweckt. Er hätte daher die Früchtenormen, insbesondere jene zur Fruchtsaftproduktion, kennen und voraussehen müssen, dass die Käuferin diese Normen erfüllen will, um ihre Produkte verkaufen zu können. Folglich haben die Orangen nicht der Vereinbarung entsprochen, weshalb die Käuferin zu Recht die Lieferung verweigert und den Kaufvertrag aufgelöst habe (Sachverhalt Teil B).

[155] Mit Urteil vom 20. Dezember 2019 hiess das Kantonsgericht Waadt die Berufung des Verkäufers gut und verurteilte die Käuferin, ihm CHF 14'490 zu zahlen (Sachverhalt Teil B).

[156] Gegen dieses Urteil reichte die Käuferin beim Bundesgericht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ein und beantragte u.a. die Abweisung der Forderungsklage. Das Bundesgericht wies die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 6).

[157] 1. Die Käuferin habe, so das Bundesgericht, den Kaufvertrag aufgrund der Qualität der ihr gelieferten Orangen aufgelöst (E. 3).

[158] a. Laut Vorinstanz hätten sich die Parteien nicht über die Orangenqualität geeinigt. Es sei bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip irrelevant, dass sich der Verkäufer nicht über die Tätigkeit der Käuferin informiert habe. Denn eine Konsultation der Website oder des Handelsregistereintrags der Käuferin hätte dem Verkäufer nicht erlaubt, zu erfahren, ob die Orangen für die Fruchtsaftproduktion bestimmt waren. Denn die Käuferin habe verschiedene Tätigkeiten ausgeübt und zahlreiche Produkte, namentlich Fruchtsalate, angeboten. Auch vom Kaufpreis allein habe nicht darauf geschlossen werden können, dass die Orangen für die Fruchtsaftproduktion bestimmt waren. Die Käuferin habe überhaupt nicht den Preis ermittelt, der einer gleichwertigen Menge von Orangen für eine andere Verwendung entsprechen würde. Ebenso sei die Behauptung der Käuferin unzureichend, dass die anderen von ihr vertriebenen Produkte keine Orangen enthielten. Weder ihr statutarischer Zweck noch ihre Website, die *nota bene* «Freshoranges» erwähne, bestätigten dies. Gemäss Website produziere und verarbeite die Käuferin hauptsächlich natürliche und ultrafrische Produkte und Convenience Food, wie z.B. Fruchtsäfte, Fruchtsalate, Joghurts, Wraps, Bagels und andere verzehr- und gebrauchsfertige Produkte. Die Käuferin habe folglich nicht ausschliesslich Orangensaft vertrieben (E. 3).

[159] b. Unabhängig von der Parteivereinbarung müssten die gelieferten Orangen die gemäss Treu und Glauben vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen (Art. 197 Abs. 1 OR), d.h. die Beschaffenheit, die eine gewöhnliche Verwendung im Hinblick auf die Kategorie ermögliche, zu der sie gehörten. Die Parteien hätten die vorgesehene Verwendung der Sache nicht ausdrücklich festgelegt. Folglich sei der auf Fruchtsaft aus Fruchtsaftkonzentrat anwendbare minimale Brix-Wert (11.2 für Orangen gemäss Verordnung des EDI über Getränke vom 16. Dezember 2016 SR 817.022.12) nicht anwendbar. Der Käuferin zufolge sei jedoch nicht der Brix-Wert für die Beurteilung der Orangenqualität relevant, sondern das Zucker-Säure-Verhältnis. Da die Käuferin die Orangen einer Wohltätigkeitsorganisation gespendet habe, schienen sie zum Verzehr, also zu einem normalen Gebrauch, geeignet zu sein. Es würden verschiedene Orangensorten existieren, die für zahlreiche Zwecke bestimmt seien. Allerdings habe die seit 2002 im Lebensmittel-

geschäft tätige Käuferin die Orangen nicht stichprobenmässig getestet oder gekostet, bevor sie sich den kompletten Warenposten liefern liess. Sie sei also insofern leichtfertig gewesen, weil sie ein bestimmtes Zucker-Säure-Verhältnis erwartet habe, dieses aber ihrem Vertragspartner nicht mitgeteilt habe. Es sei weder behauptet noch dargelegt worden, dass der Verkäufer treuwidrig gehandelt habe. Insbesondere habe der Verkäufer die Käuferin nicht irregeführt, obwohl er wusste oder hätte wissen müssen, dass sie sich über die Eigenschaften der gelieferten Ware irrte. Folglich habe der Verkäufer eine Ware mit Eigenschaften geliefert, die gemäss Treu und Glauben erwartet werden durften (E. 3).

[160] 2. Die Käuferin werfe der Vorinstanz vor, sie habe den Sachverhalt willkürlich festgestellt (Art. 9 BV). Sie habe im vorinstanzlichen Verfahren behauptet, dass die Orangen zur Saftherstellung bestimmt waren. Der Verkäufer hätte dieser Behauptung detailliert widersprechen und ausdrücklich darauf hinweisen müssen, dass sich der Kaufvertrag nicht auf Saftorangen bezogen habe. Der Verkäufer habe jedoch lediglich den Sachverhalt pauschal bestritten. Die Vorinstanz habe daher die Regeln zur Bestreitungslast schwerwiegend verletzt (E. 4.1).

[161] a. Ein Entscheid sei willkürlich und verletze daher Art. 9 BV, wenn er eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletze oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufe. Das Bundesgericht weiche nur dann von der von der letztinstanzlichen kantonalen Behörde gewählten Lösung ab, wenn sie (i) unhaltbar sei, (ii) in offensichtlichen Widerspruch zum Sachverhalt stehe oder (iii) ohne objektiven Grund oder in Verletzung eines bestimmten Rechts getroffen wurde (E. 4.1.1).

[162] b. Der Verwendungszweck der Orangen (d.h. die Fruchtsaftproduktion) sei eine Tatsache, aus der die Käuferin ein Recht ableiten wolle (Art. 8 ZGB). Folglich hätte die Käuferin diese Tatsache hinreichend genau behaupten müssen. Der Verkäufer habe sich somit damit begnügen können, die behaupteten Tatsachen zu bestreiten. Das Vorbringen Nr. 19 der Antwort der Käuferin habe wie folgt gelautet: «Nach mehreren Besuchen des Vertreters der Gesellschaft (Verkäufer) wurde eine Bestellung von Orangen für Saft mit Qualitätsbedingungen aufgegeben.» Der Verkäufer habe diese Behauptung bestritten. Die Vorinstanz habe auf dieser Grundlage willkürfrei folgern dürfen, dass gemäss Verkäufer die Orangen nicht für die Saftherstellung bestimmt waren. Die Käuferin habe daher beweisen müssen, dass die Orangen zur Saftherstellung bestimmt waren. Die Käuferin behaupte jedoch nicht, diesen Beweis (direkt) erbracht zu haben. Vielmehr werde laut der Käuferin dieser Beweis aufgrund der Art und Weise, wie sich der Verkäufer verhalten habe, erbracht. So habe der Verkäufer den Zucker- und Säuregehalt der Orangen messen lassen, nachdem er die Orangen liefern wollte. Dies stelle laut der Käuferin ein Geständnis dar. Hierbei, so das Bundesgericht, handle es sich wiederum um eine reine Annahme. Die Vorinstanz habe daher den Sachverhalt nicht willkürlich festgestellt (E. 4.1.2).

[163] **Bemerkung: 1.** Ein Kaufgegenstand ist mangelhaft im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR, wenn eine zugesicherte Eigenschaft (Mangelvariante 1) oder eine vorausgesetzte Eigenschaft (Mangelvariante 2) fehlt.<sup>118</sup> Bei beiden Mangelarten haftet der Verkäufer gestützt auf den Kaufvertrag, weil eine vertraglich vereinbarte Eigenschaft fehlt.<sup>119</sup> Folglich ist die Aussage in E. 3 («Indé-

---

<sup>118</sup> BSK OR I-HONSELL (Fn. 12), Art. 197 OR N 2.

<sup>119</sup> MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1 ff., S. 1 und 3 mit Hinweisen auf abweichende Lehrmeinungen; zum rein vertraglichen Charakter der Sachmängelgewährleistung im Allgemeinen z.B. YEIM M. ATAMER/JAN KÜNG, Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung, AJP 2021, S. 1093 ff., S. 1094 ff.; siehe auch ALEX NIKITINE/DARIO GALLI, «Officer's Certificates» bei M&A-Transaktionen, in: Hans-Jakob Diem (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XXII, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 171 ff., S. 192 f.

pendamment de l'accord des parties, les oranges livrées devaient avoir les qualités attendues de bonne foi [...], à savoir les propriétés qui en permettaient une utilisation normale eu égard à la catégorie à laquelle elles appartenaient.») falsch.<sup>120</sup> Das Gericht wird nämlich, unter Umständen mithilfe der zwei gesetzlichen Hilfskriterien («Wert» und «Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch»), die Vereinbarung subjektiv-objektiv auslegen und ermitteln, ob die Parteien das Vorhandensein der fehlenden Eigenschaft vereinbart haben.<sup>121</sup> Aufgrund der objektiven Auslegung kann das Gericht eine Eigenschaft nach dem Vertrauensprinzip als zwischen den Parteien vereinbart ansehen.<sup>122</sup>

[164] 2. Das besprochene Urteil illustriert, wie wichtig es ist, dass sich ein vorsichtiger Käufer vom Verkäufer jene Eigenschaften des Kaufgegenstands versprechen lässt, die für die vorgesehene Weiterverwendung des Kaufgegenstands notwendig sind. Denn ein Kaufgegenstand, wie z.B. eine Orange, kann verschiedene Erscheinungsformen (z.B. Grösse, Gewicht, Geschmack etc.) haben. Eine aus Sicht des Käufers fehlende Eigenschaft (z.B. zu wenig süsse Orangen) macht einen Kaufgegenstand nicht automatisch mangelhaft. Nur wenn der Käufer dartun kann, dass die Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit des Kaufgegenstands abweicht und damit eine vereinbarte und nicht bloss einseitig vom ihm erwartete Eigenschaft fehlt, ist der Kaufgegenstand mangelhaft.<sup>123</sup> Dieser Beweis kann, wie das besprochene Urteil belegt, schwierig zu erbringen sein.

[165] 3. Die Orangen waren gemäss Parteivereinbarung nicht zur Fruchtsaftproduktion bestimmt. Folglich waren die geniessbaren Orangen trotz des tiefen Zuckergehalts mangelfrei, weil ihnen keine vorausgesetzte Eigenschaft fehlte.<sup>124</sup> Es ist schwierig nachzuvollziehen, wie das Kreisgericht Lausanne eine gegenteilige Auffassung vertreten konnte:

- Erstens produzierte die Käuferin nicht ausschliesslich Fruchtsaft, sondern war generell in der Lebensmittelbranche tätig. Folglich hätte der Verkäufer selbst durch Konsultation der Website und des Handelsregisterauszugs der Käuferin nicht eruieren können, dass die Orangen für die Fruchtsaftproduktion bestimmt waren (vgl. E. 3).
- Zweitens ist das Argument der Käuferin nicht stichhaltig, wonach der Verkäufer vom Kaufpreis allein darauf hätte schliessen können, dass die Orangen für die Fruchtsaftproduktion bestimmt waren. Es blieb nämlich im Verfahren ungeklärt, ob für die gleiche Menge qualitativ gleichwertiger Orangen, die verschiedene Verwendungszwecke haben (z.B. Fruchtsaftproduktion, Weiterverkauf an Endkonsument in roher Form, Weiterverarbeitung zu Marmelade oder Verwendung in Süssspeisen), auf dem Markt ein anderer Kaufpreis bezahlt wird. Falls ja, müsste sich auch die Käuferin diesen Umstand entgegenhalten lassen. Von einer seit mehreren Jahren in der Lebensmittelbranche tätigen Person kann man erwarten, dass sie die unterschiedlichen Kaufpreise und damit auch die verschiedenen möglichen Verwendungszwecke von Orangen kennt.

---

<sup>120</sup> MARKUS VISCHER, BGer 4A\_74/2021: Einseitige Änderung des Mietvertrags, AJP 2021, S. 1044 ff., S. 1050; a.M. im Allgemeinen: CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN (Fn. 22), Art. 197 OR N 17.

<sup>121</sup> VISCHER (Fn. 119), S. 3.

<sup>122</sup> VISCHER (Fn. 119), S. 3; vgl. auch E. 3.

<sup>123</sup> Vgl. CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN (Fn. 22), Art. 197 OR N 17.

<sup>124</sup> Vgl. zur Rechtslage unter dem CISG: GEISSBÜHLER (Fn. 117).

[166] 4. Aus dem Urteil geht nicht hervor, ob der Verkäufer der Käuferin zum ersten Mal Orangen geliefert hat. Eine vorbestehende Geschäftsbeziehung kann nämlich gegebenenfalls bei der Auslegung des Vertrags ein Indiz dafür sein, dass der Verkäufer den Verwendungszweck des Kaufgegenstands hätte kennen müssen. Die Nichterwähnung im Urteil spricht tendenziell dafür, dass zwischen den Parteien keine vorbestehende Geschäftsbeziehung (zumindest betreffend Organgenlieferungen) existierte. Vor diesem Hintergrund ist das Verhalten der Käuferin nicht nur leichtfertig (vgl. E. 3), sondern grobfahrlässig. Eine seit mehreren Jahren in der Lebensmittelbranche tätige Person kauft nicht 21 Tonnen Orangen, ohne sich die Eigenschaften der Orangen vom Verkäufer zusichern zu lassen oder den Verwendungszweck zu spezifizieren. Aus diesem Grund, d.h. aufgrund der Opfermitverantwortung der Käuferin,<sup>125</sup> hätten die Gerichte auch keine absichtliche Täuschung des Verkäufers über die Eigenschaften der Orangen bejahen können. Die Käuferin hat denn auch richtigerweise keine solche Täuschung behauptet (vgl. E. 3).

#### IV. Diverses

##### 1. Aktionärbindungsvertrag; Nicht-Abberufung des Geschäftsführers: eigenes Leistungsversprechen oder Garantie

Urteil des Bundesgerichts 4A\_450/2019 und 4A\_460/2019 vom 18. Mai 2020 (MV/DG)<sup>126</sup>

[167] Am 1. Oktober 2007 schlossen A (Arbeitnehmer und Kläger, nachfolgend: Arbeitnehmer) und die C SA (nachfolgend: Tochtergesellschaft) einen Arbeitsvertrag (nachfolgend: Arbeitsvertrag) ab. Der Lohn des Arbeitnehmers in seiner Funktion als Geschäftsführer («Managing Director») setzte sich aus einer fixen Komponente und einem diskretionären Bonus zusammen. Jede Partei konnte den Arbeitsvertrag jederzeit unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist schriftlich kündigen (Sachverhalt Teil A.b).

[168] Am 21. August 2009 schlossen die Aktionäre der Tochtergesellschaft, d.h. die B Holdings SA (Beklagte, nachfolgend: Muttergesellschaft), der Arbeitnehmer, I, J und K einen Aktionärbindungsvertrag ab (nachfolgend: ABV). Aus dem ABV ergab sich, dass die Muttergesellschaft 585 Inhaberaktien der Tochtergesellschaft und der Arbeitnehmer 340 Inhaberaktien der Tochtergesellschaft halten (nachfolgend: ABV-Klausel 1). Weiter vereinbarten die Parteien, dass jeder Aktionär, der 25% des Aktienkapitals der Tochtergesellschaft hält, berechtigt ist, ein Mitglied des Verwaltungsrats zu wählen (nachfolgend: ABV-Klausel 2). Ausserdem hielten die Parteien fest, dass der Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ernannt worden war und dessen Befugnisse durch einstimmigen Beschluss des Verwaltungsrats der Tochtergesellschaft festgelegt worden waren (nachfolgend: ABV-Klausel 3). Gemäss ABV setzte eine Änderung der Befugnisse des Geschäftsführers oder dessen Abberufung ohne wichtigen Grund einen mit mindestens 75% der Aktienstimmen gefassten Generalversammlungsbeschluss der Tochtergesellschaft voraus («[...] la modification de la portée des pouvoirs du managing director ou la révocation du managing director sans juste motif, requéraient une décision de l'assemblée gé-

---

<sup>125</sup> Vgl. im Allgemeinen zur zivilrechtlichen Opfermitverantwortung: VISCHER/GALLI, AJP 2017 (Fn. 61), S. 1398 ff.

<sup>126</sup> Vgl. auch FLORIAN ITEN/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Aktionärbindungsvertrag: eigenes Leistungsversprechen oder Garantie, in: dRSK, publiziert am 30. Juni 2021; DOMINIK HOFSTETTER, Auslegung eines Aktionärbindungsvertrages mit einer Garantiebestimmung, ius.focus 2020, Nr. 201.

nérale des actionnaires, adoptée avec une majorité d'au moins 75% des actions», nachfolgend: ABV-Klausel 5) (Sachverhalt Teil A.c).

[169] Am 13. Oktober 2009 kündigte die Tochtergesellschaft den Arbeitsvertrag fristlos, weil der Arbeitnehmer seine Pflichten schwerwiegend verletzt habe. Am gleichen Tag fand in Abwesenheit des Arbeitnehmers eine ausserordentliche Generalversammlung der Tochtergesellschaft statt. An dieser Generalversammlung wurden dem Arbeitnehmer sämtliche Befugnisse entzogen und er wurde all seiner Funktionen in der Tochtergesellschaft enthoben (Sachverhalt Teil A.d).

[170] Der Arbeitnehmer beantragte mit Klage vom 25. September 2014, die Muttergesellschaft sei zu verurteilen, ihm gestützt auf den ABV Schadenersatz zu leisten für entgangenen Gewinn (i) für seine Funktion als Geschäftsführer (Lohn und Jahresbonus) für die Geschäftsjahre 2009 bis 2012 und (ii) in der Höhe der entgangenen Dividenden, die er als Aktionär der Tochtergesellschaft für die Geschäftsjahre 2009 bis 2014 erhalten hätte. Die Muttergesellschaft beantragte die Abweisung der Klage. Mit Urteil vom 23. Juli 2018 hat das erstinstanzliche Gericht die Klage in der Hauptsache gutgeheissen (Sachverhalt Teile B.a und B.b).

[171] Gegen dieses Urteil legten beide Parteien Berufung ein. Mit Urteil vom 20. Juni 2019 hob die Genfer *Cour de Justice* das erstinstanzliche Urteil bezüglich der Hauptklage teilweise auf und setzte die von der Muttergesellschaft dem Arbeitnehmer zu zahlenden Beträge neu fest. Das Kantonsgericht sah Sinn und Zweck der ABV-Klausel 5 darin, den Arbeitnehmer vor einer Entlassung ohne wichtigen Grund als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft zu schützen und bejahte deshalb die Anwendbarkeit von Art. 111 OR. Folglich müsse, so das Kantonsgericht, die Muttergesellschaft den infolge der Entlassung entstandenen Schaden (Lohn- und Bonusausfall) ersetzen (Sachverhalt Teil B.c).

[172] Gegen das Urteil der Genfer *Cour de Justice* erhoben der Arbeitnehmer und die Muttergesellschaft Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Das Bundesgericht vereinigte beide Verfahren und wies beide Beschwerden ab, soweit es bezüglich jener der Muttergesellschaft darauf eintrat (Sachverhalt Teile C.a und C.b sowie E. 1 und 6).

[173] 1. Vor Bundesgericht war u.a. strittig, ob die ABV-Klausel 5 als Garantie im Sinne von Art. 111 OR zu qualifizieren ist (E. 4 Ingress).

[174] Aus der ABV-Klausel 3 gehe gemäss Bundesgericht hervor, dass der Arbeitnehmer der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft gewesen sei. Gemäss ABV-Klausel 5 durfte dem Geschäftsführer – vorbehaltlich eines wichtigen Grundes – nur mit einer 75%-Mehrheit der Aktienstimmen gekündigt werden. Bei Unterzeichnung des ABV habe der Arbeitnehmer 340 Inhaberaktien, d.h. 34% des Aktienkapitals der Tochtergesellschaft gehalten. Die Muttergesellschaft habe sich daher in ABV-Klausel 5 ausdrücklich verpflichtet, zu verhindern, dass dem Arbeitnehmer ohne dessen Zustimmung – vorbehaltlich eines wichtigen Grundes – gekündigt werde. Die ABV-Klausel 5 beinhalte daher eine Garantie zugunsten des Arbeitnehmers. Es könne daher mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass die ABV-Klausel 5 gemäss wirklichem Parteiwillen bezweckte, dem Arbeitnehmer zu garantieren, dass diesem nur aus wichtigem Grund gekündigt werde (E. 4.1).

[175] 2. Die Muttergesellschaft bestreite, dass die Vereinbarung der Parteien als Garantie (Art. 111 OR) qualifiziert werden könne. Es müsse daher, so das Bundesgericht, ermittelt werden, ob die Vereinbarung gemäss wirklichem Parteiwillen (Rz. 177) als Garantie qualifiziert werden könne (E. 4.2 Ingress).

[176] a. Wer einem Begünstigten (oder Promissar) die Leistung eines Dritten verspreche (oder garantiere), sei, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet

(Art. 111 OR). Diese Person (der Promittent) erfülle in jedem Fall eine selbstständige Schuld, die selbst dann bestehen könne, wenn der Dritte nicht Schuldner des Begünstigten sei oder wenn seine Schuld nichtig oder für ungültig erklärt worden sei. Beim Vertrag zu Lasten eines Dritten werde die Garantie – sofern nicht anders vereinbart – fällig, wenn die Leistung des Dritten nicht im vereinbarten Zeitpunkt erfolgt sei. Der Begünstigte sei weder gehalten, den Dritten in Verzug zu setzen, noch diesen ausfindig zu machen. Der zu ersetzende Schaden bestehe in der Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand des Promissars und seinem Vermögensstand, falls sich der Dritte wie versprochen verhalten hätte (E. 4.2.1).

[177] **b.** Die Muttergesellschaft mache vergeblich geltend, ein Vertrag zu Lasten eines Dritten im Sinne von Art. 111 OR könne nur angenommen werden, wenn der Promittent ein Interesse daran habe, dass sich der Dritte gegenüber dem Promissar in einer bestimmten Weise verhalte. Die Muttergesellschaft behaupte, sie sei gar nicht daran interessiert gewesen, dass die Tochtergesellschaft den Arbeitnehmer weiter beschäftige. Für die Qualifikation eines Vertrags zu Lasten eines Dritten, so das Bundesgericht, sei nicht entscheidend, dass der Promittent in eigenem Interesse handle, da dies lediglich eines von mehreren Kriterien darstelle. Zudem sei das Argument der Muttergesellschaft widersprüchlich, da die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses bei Abschluss des ABV im Interesse der Muttergesellschaft lag. So habe die Muttergesellschaft den Arbeitnehmer zur Unterzeichnung des ABV veranlasst, der den Arbeitnehmer vor einer Kündigung ohne wichtigen Grund schützen sollte (E. 4.2.2).

[178] **c.** Eine Garantie könne – entgegen der Behauptung der Muttergesellschaft – nicht nur bei Vorliegen eines Kaufvertrags angenommen werden, sondern könne auch in anderen Verträgen, wie z.B. einem Aktionärbindungsvertrag, enthalten sein (E. 4.2.3).

[179] **d.** Selbst wenn der ABV eine garantieähnliche Klausel enthalte, habe diese Klausel – so die Muttergesellschaft – nicht die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers garantieren können, weil der Arbeitsvertrag ausdrücklich vorsah, dass das Arbeitsverhältnis jederzeit gekündigt werden könne. Die Muttergesellschaft irre sich, da mittels einer Garantie nicht die tatsächliche Erbringung der Leistung eines Dritten versprochen werden könne, weil es sich um die Handlung eines Dritten handle. Vielmehr werde in einem Vertrag zu Lasten eines Dritten «lediglich» die Pflicht übernommen, den Promissar zu entschädigen, falls der Dritte die versprochene Leistung nicht erbringe. Die Kritik der Muttergesellschaft sei daher nicht stichhaltig (E. 4.2.4).

[180] **Bemerkung: 1.** Aktionärbindungsverträge enthalten oft der ABV-Klausel 5 ähnelnde Vertragsbestimmungen.<sup>127</sup> Es ist daher erstaunlich, dass das Bundesgericht die Verletzung einer solchen Klausel – soweit ersichtlich – noch nie beurteilt hat. Allerdings sind Aktionärbindungsverträge trotz ihrer grossen Verbreitung nur selten Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.<sup>128</sup> Immerhin musste das Bundesgericht über eine *prima vista* ähnliche, in einem Aktienkaufvertrag enthaltene Bestimmung befinden, wonach der Käufer dem Verkäufer eine Anstellung über fünf Jahre in der Zielgesellschaft versprach. Das Bundesgericht qualifizierte diese Vertragsbestimmung – wie auch die ABV-Klausel 5 (Rz. 181) – als Garantie im Sinne von Art. 111 OR.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 1441, siehe aber auch Rz. 892 f.

<sup>128</sup> Vgl. MARKUS VISCHER, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, S. 425 ff., S. 426.

<sup>129</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.376/2002 vom 20. März 2003 E. 3.5.

[181] 2. Vor Bundesgericht stellte sich die Frage, auf welche Grundlage der Arbeitnehmer seine Ansprüche stützt. Das Bundesgericht erblickte die Anspruchsgrundlage in ABV-Klausel 5, die es als Garantie im Sinne von Art. 111 OR qualifizierte. Dabei unterliess es das Bundesgericht, vorgängig den ABV insgesamt zu qualifizieren.

[182] a. Aktionärbindungsverträge sind gemäss einer weit verbreiteten Ansicht rein vertraglicher Natur.<sup>130</sup> Sie werden von der Praxis in der Regel etwas vorschnell als einfacher Gesellschaftsvertrag im Sinne von Art. 530 ff. OR qualifiziert.<sup>131</sup>

[183] b. Es rechtfertigt sich nur selten, Aktionärbindungsverträge einzig dem Regime der einfachen Gesellschaft zu unterstellen. Vielmehr haben sie häufig einen diversen Inhalt<sup>132</sup> und sind, wenn dieser Inhalt dem Standard im Rechtsverkehr entspricht, Innominatverträge.<sup>133</sup> Den Begrifflichkeiten ist allerdings keine allzu grosse Bedeutung zuzumessen.<sup>134</sup> Denn Innominatverträge sind den «richtigen» Rechtsregeln zu unterwerfen, was in Bezug auf Leistungsversprechen zum Beispiel die Anwendung der Regeln über den Garantievertrag zur Folge haben kann.<sup>135</sup>

[184] 3. Die Garantie im Sinne von Art. 111 OR ist eine Personalsicherheit<sup>136</sup> und gehört zur Familie der bedingten Leistungsversprechen. Bei der Garantie wird im Allgemeinen zwischen der reinen Garantie (auch Garantie im weiteren Sinne genannt) und der bürgschaftsähnlichen Garantie (auch Garantie im engeren Sinne genannt) unterschieden.<sup>137</sup>

[185] Im Falle einer reinen Garantie verpflichtet sich der Promittent für einen Erfolg einzustehen, der von einem konkreten Schuldverhältnis unabhängig ist. Demgegenüber bezieht sich bei der bürgschaftsähnlichen Garantie die Pflicht des Promittenten auf ein Schuldverhältnis, das zwischen dem Promissar und einem Dritten besteht.<sup>138</sup> Parteien des Garantievertrags sind ausschliesslich der Promittent und der Promissar.<sup>139</sup> Bei der bürgschaftsähnlichen Garantie hängt dessen Schicksal nicht vom Bestand und Inhalt der zu sichernden Hauptschuld ab.<sup>140</sup>

---

<sup>130</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 E. 6; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 127), Rz. 115 und 117; siehe aber auch DORA PERIC/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Körperschaftsrechtliche Grenzen vertraglicher Vorkaufsrechte, in: dRSK, publiziert am 16. Januar 2020, Rz. 11.

<sup>131</sup> Z.B. SARA ZAHNER, Der Tod einer Partei des Aktionärbindungsvertrags, Diss. Luzern 2021 = LBR Band 161, Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 46; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Wer ist die wirtschaftlich berechnete Person gemäss Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR?, AJP 2020, S. 1022 ff., S. 1026; VISCHER (Fn. 128), S. 427 mit Hinweis auf BGE 143 III 480 E. 4.3 S. 486 f.

<sup>132</sup> Vgl. dazu FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 127), Rz. 753 ff.

<sup>133</sup> ZAHNER (Fn. 131), Rz. 46 ff.; VISCHER (Fn. 128), S. 431 f.

<sup>134</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 127), Rz. 180.

<sup>135</sup> Z.B. ZAHNER (Fn. 131), Rz. 44; zur Rechtsanwendung betreffend Aktionärbindungsverträge im Allgemeinen z.B. ZAHNER (Fn. 131), Rz. 49 ff. und VISCHER (Fn. 128), S. 431 ff.

<sup>136</sup> HUGUENIN (Fn. 97), Rz. 1170.

<sup>137</sup> BGE 131 III 511 E. 4.2 S. 524 = Pra 2006, Nr. 66, S. 478 f.; VISCHER (Fn. 10), S. 325 f.

<sup>138</sup> Zu alledem Urteil des Bundesgerichts 4A\_24/2020 vom 26. Mai 2020 E. 4.2.1; ROTHEN/GALLI/VISCHER (Fn. 1), Rz. 17 f.; BSK OR I-PESTALOZZI (Fn. 16), Art. 111 OR N 6; HUGUENIN (Fn. 97), Rz. 1172; VISCHER (Fn. 10), S. 326; GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/2, Basel 1979, S. 326.

<sup>139</sup> SILVIA TEVINI, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 111 OR N 1; BSK OR I-PESTALOZZI (Fn. 16), Art. 111 OR N 2; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bern 2002, Art. 111 OR N 4.

<sup>140</sup> VISCHER (Fn. 10), S. 326 f.; SCYBOZ (Fn. 138), S. 323; vgl. aber auch CR CO I-TEVINI (Fn. 139), Art. 111 OR N 9, und BSK OR I-PESTALOZZI (Fn. 16), Art. 111 OR N 15, wonach der Garantievertrag nichtig ist, falls die garantierte Leistung widerrechtlich oder unsittlich ist.

[186] 4. Das Bundesgericht scheint die ABV-Klausel 5 implizit als bürgschaftsähnliche Garantie zu qualifizieren, da es sich verschiedentlich auf den Arbeitsvertrag bezieht und in allgemeiner Weise festhält, dass eine Garantie fällig werde, wenn der Dritte seine Leistung nicht wie versprochen erbringe (Rz. 179). Für diese Qualifikation spricht das Dreiecksverhältnis zwischen der Muttergesellschaft, der Tochtergesellschaft und dem Arbeitnehmer.

[187] a. Allerdings kann die Muttergesellschaft aufgrund ihrer Stimmenmehrheit (ABV-Klausel 1) sowohl gestützt auf Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR als auch gestützt auf die ABV-Klausel 2 (vgl. Rz. 168) die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder bestimmen. Sie kann zudem den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft anweisen, den Arbeitnehmer nicht ohne seine Zustimmung als Geschäftsführer abzurufen.<sup>141</sup>

[188] b. Aufgrund dieser beherrschenden Stellung der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft geht es somit nicht um ein Versprechen einer Leistung eines Dritten, sondern um das Versprechen einer eigenen Leistung.<sup>142</sup> Folglich muss die Muttergesellschaft ihre beherrschende Stellung in der Tochtergesellschaft so einsetzen, dass der Arbeitnehmer nicht ohne seine Zustimmung als Geschäftsführer abberufen wird. Bereits das Unterbleiben der Bemühung, Einfluss zu nehmen, ist haftungsauslösend.<sup>143</sup>

[189] c. Allerdings stellt sich die Frage, ob das Versprechen dieser eigenen Leistung im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR nichtig ist. Gemäss gewissen Autoren ist das Leistungsversprechen einer Vertragspartei nichtig, die Ernennung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsleitung zu beeinflussen. Ein solches Leistungsversprechen verstosse nämlich gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung, wonach es eine unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats sei, die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu ernennen und abzurufen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR).<sup>144</sup> Verpflichten sich die Verwaltungsratsmitglieder gar zur Stimmbindung, verstossen sie gemäss verschiedenen Autoren gegen ihre gesetzliche Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR), weshalb Stimmbindungsabsprachen widerrechtlich und somit ebenfalls nichtig seien.<sup>145</sup>

[190] d. Da das Bundesgericht die ABV-Klausel 5 als Garantie qualifizierte (Rz. 181 und 186), prüfte es nicht, ob diese Klausel im Sinne der vorstehenden Ausführungen nichtig ist. Die Nichtigkeitsfrage drängt sich bei der Garantie, anders als beim Versprechen einer eigenen Leistung, auch weniger auf. Denn eine Garantie ist nur dann nichtig, wenn der versprochene Erfolg dem Inhalt oder Zweck nach widerrechtlich oder unsittlich ist.<sup>146</sup> Das ist *in casu* eher zu verneinen, ist doch die Nicht-Abberufung eines Geschäftsführers, also der versprochene Erfolg, *per se* weder widerrechtlich noch unsittlich.

---

<sup>141</sup> Siehe auch E. 4.1 des besprochenen Urteils: «[...] la holding s'est expressément engagée à éviter qu'une décision visant à écarter le demandeur ne soit prise [sauf en cas de justes motifs] sans son accord.»

<sup>142</sup> Vgl. im Allgemeinen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_500/2011 vom 8. Mai 2012 E. 3.3; BK-WEBER (Fn. 139), Art. 111 OR N 132; siehe auch EICHER/GALLI/VISCHER (Fn. 31), Rz. 19; MARKUS VISCHER, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag GoA, Bürgschaft (Art. 319–529 OR), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 492 OR N 1a; SCYBOZ (Fn. 138), S. 326.

<sup>143</sup> Im Allgemeinen: BGE 85 II 452 E. 2 S. 453 f.

<sup>144</sup> Vgl. zu alledem FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 127), Rz. 283 und 892.

<sup>145</sup> Z.B. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 2081; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 Rz. 580 ff.

<sup>146</sup> CR CO I-TEVINI (Fn. 139), Art. 111 OR N 9; EICHER/GALLI/VISCHER (Fn. 31), Rz. 20; BSK OR I-PESTALOZZI (Fn. 16), Art. 111 OR N 15.

[191] e. In der ABV-Klausel 5 ist folglich nicht eine Garantie zu erblicken, sondern eine eigene Leistungspflicht der Muttergesellschaft gegenüber dem Arbeitnehmer, bei deren Verletzung die Muttergesellschaft – vorbehaltlich Art. 20 Abs. 1 OR (Rz. 189 f.) – schadenersatzpflichtig wird. Der Arbeitnehmer hätte somit seinen Schadenersatzanspruch richtigerweise auf Art. 97 Abs. 1 OR und nicht auf Art. 111 OR abstützen müssen.

## 2. M&A-Beratervertrag; Verletzung der Exklusivitätsklausel

Urteil des Bundesgerichts 4A\_449/2019 vom 16. April 2020 (MV/DG)<sup>147</sup>

[192] Am 6. Juli 2014 unterzeichneten A, Eigentümer der C SA und C SAS (nachfolgend: Anteilseigner), und die Bank B (nachfolgend: Bank) einen Vertrag mit dem Titel «*Mandat d'assistance dans la vente des sociétés C SA und C SAS*» (nachfolgend: Vertrag). Darin wurden fixe Honorare der Bank für die ersten drei Abwicklungsphasen des Mandats vereinbart, nämlich CHF 25'000, CHF 20'000 und nochmals CHF 20'000. Zudem wurde für die Abwicklungsphase 4 des Mandats («*Négociations et conclusion de la transaction*») ein Erfolgshonorar von 4% der Verkaufssumme, mindestens aber CHF 120'000, vereinbart (Sachverhalt Teile A.a und A.b).

[193] In Art. 6 des Vertrags vereinbarten die Parteien eine Exklusivitätsklausel, die ebenso wie Art. 2 Abs. 2 des Vertrags eine Verpflichtung des Anteilseigners enthielt, der Bank ihm bekannte und neu bekannt gewordene Kaufinteressenten zu melden, damit diese in den Verkaufsprozess integriert und in dieser in der gleichen Weise wie die übrigen Anwärter behandelt werden können (Sachverhalt Teil A.c).

[194] Art. 7 des Vertrags enthielt in Abs. 1 die Klausel, wonach im Falle der Auflösung des Vertrags die fixen Entschädigungen und die aufgelaufenen Spesen bis zum Auflösungsdatum geschuldet sind. Weiter enthielt dieser Art. 7 in Abs. 3 eine Klausel, wonach im Falle der Auflösung des Vertrags ohne Verschulden der Bank das Erfolgshonorar geschuldet ist, wenn innerhalb von 24 Monaten nach der Auflösung ein Verkaufsvertrag geschlossen wird, der auf einen Nachweis durch die Bank oder auf von der Bank geführte Verhandlungen oder Arbeiten zurückzuführen ist (Sachverhalt Teil A.c).

[195] Nach Vertragsabschluss lieferte die Bank dem Anteilseigner ein Information Memorandum, eine Präsentation der zu verkaufenden Gesellschaften, eine Liste mit möglichen Interessenten und eine Publikation genannt «TOP i-L&S 2014 des ESN» über die 103 führenden französischen IT-Unternehmen. Im Anschluss daran kontaktierte die Bank einige potenzielle Käufer. Am 30. April 2015 stimmte der Anteilseigner einem Verhandlungstermin mit einem der Interessenten zu (Sachverhalt Teil A.d).

[196] Am 7. Mai 2015 kündigte der Anteilseigner den Vertrag unter Angabe von persönlichen und wirtschaftlichen Gründen mit sofortiger Wirkung. Zwei Tage vorher, am 5. Mai 2015, hatte der Anteilseigner nämlich die C SA und die C SAS zu einem Kaufpreis von rund EUR 9 Mio. an die D-Gruppe verkauft, wie später der Presse zu entnehmen war. Dieser Verkauf wurde unter Vermittlung von E abgewickelt, der seit November 2014 tätig war und mit dem der Anteilseigner

---

<sup>147</sup> Vgl. auch VERA STROTZ/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Von wirkungslosen Vertragsklauseln, in: dRSK, publiziert am 21. September 2020; MARKUS VISCHER, BGer 4A\_449/2019: Entschädigung im Falle der Verletzung der Exklusivitätsklausel, AJP 2020, S. 1200 ff.

ebenfalls einen Vertrag mit einem Erfolgshonorar von 4% abgeschlossen hatte (Sachverhalt Teile A.d und A.e).

[197] Der Anteilseigner gab zu, der Bank nie mitgeteilt zu haben, dass die D-Gruppe am Kauf seiner Gesellschaften interessiert war. Ebenso gab er zu, der Bank die mit der D-Gruppe von E geführten Verhandlungen bewusst nicht offen gelegt zu haben (Sachverhalt Teil A.e).

[198] In der Folge verlangte die Bank vom Anteilseigner die Bezahlung eines Erfolgshonorars von CHF 400'000, berechnet auf der Basis eines Verkaufspreises von CHF 10 Mio., das der Anteilseigner nicht zu zahlen gewillt war (Sachverhalt Teil A.f).

[199] Am 8. April 2016 erhob die Bank deshalb gegen den Anteilseigner Klage auf Zahlung von ca. EUR 360'000 plus Zinsen als Erfolgshonorar und von CHF 20'000 plus Zinsen als Honorar für die dritte Phase (Sachverhalt Teil B).

[200] Mit Urteil vom 30. August 2018 verpflichtete die Erstinstanz den Anteilseigner zur Bezahlung von CHF 10'000 plus Zinsen als Honorar für die dritte Phase. Auf Berufung der Bank und Anschlussberufung des Anteilseigners hin reduzierte die Genfer *Cour de Justice* mit Urteil vom 25. Juni 2019 (ACJC/1068/2019) das Honorar für die dritte Phase auf CHF 5'000 plus Zinsen und verpflichtete den Anteilseigner, der Bank EUR 361'226 plus Zinsen als Schadenersatz zu bezahlen. Laut der Vorinstanz hätte der Bank dieser Betrag als Erfolgshonorar zugestanden, wenn der Anteilseigner die Exklusivitätsklausel nicht verletzt hätte (Sachverhalt Teil B).

[201] Daraufhin gelangte der Anteilseigner mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte im Resultat, dass das vorinstanzliche Urteil in Bezug auf den zugesprochenen Schadenersatz aufzuheben sei. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut (Sachverhalt Teil C und E. 7.3).

[202] 1. Man könne sich fragen, ob der Vertrag wirklich ein Mäklervertrag und nicht vielmehr ein gemischter oder zusammengesetzter Vertrag sei, bei dem im Einklang mit BGE 144 III 43 E. 3 der Schwerpunkt des Vertrags bezüglich der strittigen Rechtsfrage zu ermitteln sei. Diese Frage müsse aber nicht beantwortet werden, weil beide Parteien übereinstimmend davon ausgingen, dass der Ausgang des Streits nicht von der Vertragsqualifikation abhängen, sondern von der Interpretation der Exklusivitätsklausel und der Bejahung bzw. Verneinung eines Kausalitätserfordernisses zwischen der Tätigkeit des Mäklers und des Abschlusses des beabsichtigten Geschäfts (E. 4).

[203] 2. Beim Mäklervertrag sei gemäss Art. 413 Abs. 1 OR der Mäklerlohn verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen sei. Es brauche damit einen bestimmt gearteten Kausalzusammenhang zwischen Nachweis bzw. Vermittlung und Vertragsabschluss (E. 5 Ingress und 5.1).

[204] a. Art. 413 Abs. 1 OR sei aber dispositiver Natur. So stehe es den Parteien eines Mäklervertrags offen, eine abweichende Regelung vorzusehen. Dabei habe die Partei, die beabsichtige, eine abweichende Regelung zum Vertragsinhalt werden zu lassen, dies in ausreichender Klarheit zu kommunizieren. In der Praxis treffe man verschiedene, miteinander kombinierbare Klauseln an, die den Regelungsinhalt von Art. 413 Abs. 1 OR abändern: Die Parteien könnten vereinbaren, (1) auf den Kausalzusammenhang zu verzichten und/oder (2 bzw. 3) eine Exklusivität des Mäklers vorsehen, die es dem Auftraggeber untersagt, weitere Mäkler zu beauftragen und/oder selber tätig zu werden. Die Parteien könnten auch (4) eine Provisionsgarantie vereinbaren, wonach der Mäklerlohn selbst dann verdient sei, wenn der Vertrag unter Mitwirkung eines Drittmäklers zustande gekommen sei. Oder sie könnten (5) einen reduzierten Mäklerlohn für den Fall vereinbaren, dass es nicht zum beabsichtigten Vertragsabschluss komme (E. 5.2).

[205] **b.** Der vorliegende Streit beziehe sich auf die Auslegung einer Vertragsklausel, die nach ständiger Rechtsprechung in erster Linie gestützt auf den wirklichen übereinstimmenden Parteiwillen vorzunehmen sei und, wenn dieser nicht feststellbar sei, gestützt auf den Willen, der den Parteien nach dem Vertrauensprinzip normativ zuzuordnen sei. Sei weder ein tatsächlicher noch ein normativer Konsens feststellbar, stelle das Gericht eine Vertragslücke fest, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen sei. Zu diesem Zweck sei der hypothetische Parteiwille zu ermitteln, d.h. festzustellen, welche Regelung die Parteien vorgesehen hätten, wenn sie im Rahmen der Vertragsverhandlungen an das zu lösende Problem gedacht hätten (E. 5.3.1, 5.3.2 und 5.4).

[206] **c.** Die Feststellung der Vorinstanz, wonach der wirkliche Wille der Parteien bezüglich der Konsequenzen einer Verletzung der vereinbarten Exklusivitätsklausel nicht feststellbar sei, sei nicht beanstandet worden, und damit einer Überprüfung durch das Bundesgericht nicht zugänglich. Hingegen stehe es dem Bundesgericht frei, die objektive Vertragsauslegung zu überprüfen, d.h. nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln, welche Folgen die Parteien an die Verletzung der Exklusivitätsklausel knüpfen wollten. Dabei sei nicht allein auf den Wortlaut abzustellen. Vielmehr seien das Vertragsganze (systematische Auslegung) und der von den Parteien verfolgte Zweck (teleologische Auslegung) zu würdigen (E. 6.2 und 6.3).

[207] **d.** Vorliegend sei Art. 7 Abs. 3 des Vertrags, der sich auf die Vertragsauflösung beziehe, Ausdruck des Willens der Parteien, dass der Maklerlohn nur dann geschuldet sei, wenn die Tätigkeit der Bank direkt oder indirekt zum Vertragsschluss geführt habe. Die weite Formulierung («l'indication donnée») sei nach dem Vertrauensprinzip dahingehend zu verstehen, dass diese Regel nicht bloss für den Fall der Vertragsauflösung, sondern auch für den Fall der Verletzung der Exklusivitätsklausel gelte (E. 6.3 und 7 Ingress).

[208] **3.** Damit bleibe zu prüfen, ob der in Art. 7 Abs. 3 des Vertrags beschriebene Kausalzusammenhang gegeben sei. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass nicht die Bank, sondern ein anderer Makler den Kontakt zwischen dem Anteilseigner und dem späteren Käufer hergestellt habe. Zwar sei der Name des Käufers in der von der Bank zur Verfügung gestellten Publikation «TOP i-L&S 2014 des ESN» erwähnt gewesen; die Bank habe aber weder direkten Kontakt noch sonst eine spezielle Beziehung mit dem späteren Käufer gehabt. Entsprechend habe sich die von den Parteien gewünschte Bedingung, nämlich dass der Makler einen direkten oder indirekten Kontakt mit dem Käufer gehabt habe, der zum Vertragsabschluss beigetragen habe, nicht verwirklicht. Der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden, soweit sie erwog, dass es genüge, dass der Kontakt stattgefunden hätte, wenn der Anteilseigner die Bank über das offensichtliche Interesse des Käufers informiert hätte. Diese Auffassung würde die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs obsolet machen, was die Parteien nicht gewollt hätten (E. 7.1 und 7.2).

[209] **4.** Die Bank habe folglich keinen Anspruch auf das Erfolgshonorar und die Beschwerde sei deshalb diesbezüglich gutzuheissen (E. 7.2 und 8).

[210] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht hatte sich im vorliegenden Urteil ein weiteres Mal innert kürzerer Zeit mit einer Streitfrage im Zusammenhang mit einem Schlüsselvertrag der M&A-Branche auseinandersetzen (so zuletzt in BGE 144 III 43; siehe neuerdings auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_461/2020 vom 16. Februar 2021). Diese Art von Vertrag regelt die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Eigner(n) eines zu verkaufenden Unternehmens einerseits und dem Berater, der mit der Vorbereitung und der Abwicklung einer beabsichtigten

M&A-Transaktion betraut wird, andererseits. Der Berater ist oftmals eine Bank oder spezialisierte Einheit einer Revisionsgesellschaft.<sup>148</sup>

[211] 2. Im vorliegenden Fall sah der Vertrag vor, dass die beratende Bank zumindest teilweise erfolgsabhängig vergütet wird und enthielt zudem eine Exklusivitätsklausel – beides typische Klauseln für diese Art von Vertrag.<sup>149</sup> Mittels der Aufnahme einer Exklusivitätsklausel lässt sich der M&A-Berater seitens des Auftraggebers, wie hier, meist zusichern, dass dieser keinen anderen M&A-Berater beauftragt und ihm, als exklusivem Berater, allfällige bekannte und neu bekannt gewordene potenzielle Kaufinteressenten meldet.<sup>150</sup> Das Interesse des M&A-Beraters an einer solchen Vertragsklausel ist besonders dann offensichtlich, wenn (auch) ein Erfolgshonorar vereinbart wurde, da er dieses auch dann verdienen kann (und gemäss Parteiwillen in der Regel auch verdienen soll), wenn der spätere Käufer dem Auktionsverfahren initial vom Auftraggeber zugeführt wurde.<sup>151</sup>

[212] 3. Privat gehaltene Unternehmen werden häufig mittels *Share Deal* in einem Auktionsverfahren verkauft.<sup>152</sup> In diesem Zusammenhang wird ersichtlich, dass auch dem Auftraggeber daran gelegen sein wird, die Leitung und Durchführung des Auktionsprozesses an einen und nicht mehrere Berater zu übertragen: Zum einen begünstigt eine Exklusivitätsklausel einen zeiteffizienten und damit kosteneffizienten Auktionsprozess, zum anderen fördert sie die (relative) Chancengleichheit und ein faires Auktionsverfahren, indem der Prozessablauf und die Auktionsbedingungen einheitlich definiert werden und die letzteren für alle Teilnehmenden in gleicher Weise gelten.<sup>153</sup> Von der Gleichbehandlung der Kaufinteressenten und der Einhaltung prozeduraler Fairness verspricht man sich u.a. (i) eine möglichst hohe Bieteranzahl, was den Wettbewerb zwischen den Interessenten intensiviert und (ii) die Vergleichbarkeit der Angebote der verschiedenen Bieter, was dem Verkäufer alsdann erlaubt, den Verkaufspreis in die Höhe zu treiben und sodann dem besten Angebot den Zuschlag zu geben.<sup>154</sup>

[213] Neben die genannten ökonomischen Interessen (Rz. 212) tritt das rechtliche Interesse der Parteien an einem den Spielregeln entsprechenden Auktionsprozess bzw. der Befolgung der mit der Exklusivitätsklausel im Zusammenhang stehenden Handlungspflichten, um sich vor einer rechtlichen Verantwortlichkeit zu schützen: Während des Auktionsverfahrens bewegen sich Verkäufer und Kaufinteressenten mitnichten im rechtsfreien Raum; vielmehr sind sie gemäss Art. 2 ZGB verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten.<sup>155</sup> Eine Verletzung dieser Verhaltensmaxime kann zu einer Haftung des Verkäufers und/oder des M&A-Beraters führen, deren

---

<sup>148</sup> MARKUS VISCHER, BGer 4A\_269/2017: Erfolgshonorar, AJP 2018, S. 517 ff., S. 519.

<sup>149</sup> Vgl. RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 86; RICHARD G. ALLEMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, M&A-Transaktionsberatung im Grenzbereich von Auftrag und Mäklervertrag, SZW 2018, S. 432 ff., S. 435.

<sup>150</sup> VISCHER (Fn. 147), S. 1202.

<sup>151</sup> Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4C.320/2003 vom 4. März 2004 E. 3.2; VISCHER (Fn. 147), S. 1202; siehe aber auch das schwer nachvollziehbare Urteil des Bundesgerichts 4A\_461/2020 vom 16. Februar 2021.

<sup>152</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Fn. 149), Rz. 96.

<sup>153</sup> Vgl. VISCHER (Fn. 147), S. 1202.

<sup>154</sup> Z.B. PETER KURER, Auktionsverfahren beim Verkauf von Unternehmen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, S. 159 ff., S. 162, 164 und 174 f.

<sup>155</sup> Z.B. VISCHER (Fn. 63), S. 231.

Grundlage sich je nach konkreter Ausgestaltung des Vertragsverhandlungsverhältnisses in vertraglichen, deliktischen oder quasivertraglichen Ansprüchen findet.<sup>156</sup>

[214] 4. Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass das Bundesgericht, *nota bene* unter Bezugnahme auf den hypothetischen Vertragswillen, zum Schluss kam, die vertragswidrige Mandatierung eines zweiten Beraters und das – ebenfalls vertragswidrige – Vorenthalten von Kaufinteressenten bleibe ohne jegliche Folgen für den Verkäufer. Zwar ist positiv zu würdigen, dass das Bundesgericht im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung bzw. Vertragslückenfüllung primär den Parteiwillen für massgebend erklärte;<sup>157</sup> allerdings überzeugt das Resultat nicht. Das Heranziehen von Art. 7 Abs. 3 des Vertrags zur Bestimmung der Folgen der Verletzung der Exklusivitätsklausel ist angesichts der geschilderten Interessenlage nicht einleuchtend und entspricht kaum dem hypothetischen Vertragswillen. Es ist denn auch logisch, dass der Abschluss des Kaufvertrags mit der D-Gruppe nicht in kausaler Weise durch die Bank gefördert worden sein konnte, wenn der Anteilseigner diesen Kaufinteressenten nicht an die Bank weiterverwies, wie er gemäss Art. 6 und Art. 2 Abs. 2 des Vertrags verpflichtet gewesen wäre. Mit anderen Worten kann der in Art. 7 Abs. 3 des Vertrags beschriebene Kausalzusammenhang in einer Situation, wie sie sich vorliegend zugetragen hat, nicht gegeben sein, und darf entsprechend nicht vorausgesetzt werden.<sup>158</sup>

[215] a. Zum selben Ergebnis gelangt man durch einen Rückgriff auf das einschlägige dispositive Recht, d.h. Art. 2 ZGB, Art. 156 OR, Art. 97 Abs. 1 OR oder Art. 98 Abs. 2 OR (bzw. Art. 398 OR, allenfalls in Verbindung mit Art. 412 Abs. 2 OR), dem das Bundesgericht in früheren Urteilen – zumindest in Theorie – Vorrang vor dem hypothetischen Parteiwillen einräumte.<sup>159</sup> Illustrativ und zur Anwendung von Art. 156 OR<sup>160</sup> Folgendes: Wie der Branchenkundige weiss, wäre es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einem Vertragsschluss gekommen, für den der Bank die Erfolgsprämie zu entrichten gewesen wäre, wenn die Exklusivitätsklausel im vorliegenden Fall eingehalten bzw. die D-Gruppe in den von der Bank geführten Verkaufsprozess integriert worden wäre. Aller Voraussicht nach hätte sogar ein höherer Verkaufspreis erzielt werden können.<sup>161</sup> Insofern verhinderte der Anteilseigner durch sein Geschäftsgebaren den Eintritt der das Erfolgshonorar verschaffenden Bedingung treuwidrig im Sinne von Art. 156 OR,<sup>162</sup> womit diese als erfüllt zu gelten hat und der Bank richtigerweise das Honorar zugestehen wäre.

---

<sup>156</sup> VISCHER (Fn. 147), S. 1202; siehe zur Vertrauenshaftung und *culpa in contrahendo*-Verantwortlichkeit im Allgemeinen z.B. MARKUS VISCHER, BGE 4A\_285/2017: Deliktische Haftung infolge absichtlicher Täuschung – Abschied von der *cic*- bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur»?; AJP 2018, S. 908 ff., S. 909 ff.; siehe betreffend die Verantwortlichkeit des M&A-Beraters z.B. HEINZ SCHÄRER/DAVID OSER, Unternehmensauktionen – Ausgewählte Fragen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 136 ff.

<sup>157</sup> Ausführlich zu der diesbezüglichen Kontroverse ALFRED KOLLER, Vertragslücken und deren Füllung, AJP 2019, S. 1112 ff.

<sup>158</sup> In diesem Sinne richtig entschied das Bundesgericht hingegen in seinem Urteil 4C.320/2003 vom 4. März 2004 E. 3.3, wie schon in BGE 100 II 361 E. 3d S. 365 und E. 4 S. 367 f. und sodann in Urteil des Bundesgerichts 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 3.

<sup>159</sup> Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006 E. 2.2; BGE 115 II 484 E. 4b S. 488; KOLLER (Fn. 157), S. 1117.

<sup>160</sup> Art. 156 OR ist wie das Vertrauensprinzip bei der Vertragsauslegung eine gesetzliche Konkretisierung von Art. 2 ZGB, vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005 E. 3.5 Ingress; MARKUS WIDMER/RENATO COSTANTINI/FELIX R. EHRAT, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 156 OR N 1.

<sup>161</sup> So auch das Argument der Bank, vgl. E. 7.3 des hier besprochenen Urteils.

<sup>162</sup> Siehe zu dieser Argumentation im Zusammenhang mit M&A-Verträgen der diskutierten Art im Allgemeinen: VISCHER (Fn. 148), S. 521 f.

[216] Kritisierbar erscheint auch die einleitende Erwägung des Bundesgerichts, in der die Richter zwar Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit der vorinstanzlichen Qualifikation des Vertrags zwischen dem Anteilseigner und der Bank äusserten (Mäklervertrag statt gemischter oder zusammengesetzter Vertrag?), es dann aber auch bei dieser Bemerkung belassen, da sich die Parteien ohnehin einig seien, dass die Vertragsqualifikation nicht ausschlaggebend für den Ausgang des Streits sei. Das ist angesichts der höchstumstrittenen Rechtsnatur des Mäklervertrags zwar irgendwie nachvollziehbar,<sup>163</sup> offenbart aber letztlich doch ein merkwürdiges Verständnis des Grundsatzes *iura novit curia*, das im Ergebnis wohl auch zu der Vernachlässigung der zur Diskussion gestandenen Handlungspflichten der Parteien geführt haben dürfte.<sup>164</sup>

[217] Das Bundesgericht hätte somit der Bank das Erfolgshonorar direkt oder als Schadenersatz im Sinne des positiven Interesses<sup>165</sup> zusprechen müssen, was es gestützt auf den – vorliegend leider falsch konstruierten – hypothetischen Parteiwillen oder das dispositive Recht hätte tun können.<sup>166</sup>

---

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.

Dr. iur. DARIO GALLI, Rechtsanwalt, LL.M., 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.

---

<sup>163</sup> Siehe neuestens JOEL FINK, Erfolgsbedingtheit als Typenmerkmal des Mäklervertrages? Gleichzeitig ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit von Provisionsgarantien, ZBJV 2021, S. 252 ff.

<sup>164</sup> Vgl. auch VISCHER (Fn. 147), S. 1204 f.

<sup>165</sup> Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2019 vom 15. Juni 2020 E. 7; Urteil des Bundesgerichts 4A\_297/2019 vom 29. Mai 2020 E. 6.2; BGE 144 III 155 E. 2.2 Ingress S. 158.

<sup>166</sup> Siehe auch die bereits zitierten BGE 100 II 361 E. 4 S. 367, in denen das Bundesgericht den Mäklerlohn direkt aufgrund des Vertragswillens zusprach, und Urteil des Bundesgerichts 4C.320/2003 vom 4. März 2004 E. 3.2 f.