

Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2021

Dieser Beitrag enthält eine Zusammenfassung und Kommentierung der wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2021. Berücksichtigt wurden die in der Amtlichen Sammlung publizierte Entscheide sowie die im Internet abrufbaren «unpublizierten Entscheide». Die Initialen in den Titeln geben jeweils den oder die Verfasser an.

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Kaufrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2021, in: Jusletter 5. Dezember 2022

Inhaltsübersicht

- I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)
 - 1. Vorzeitiger Deckungskauf und Angemessenheit in zeitlicher Hinsicht (Art. 74 CISG und Art. 75 CISG; Anwaltshaftung)
Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2021 vom 22. September 2021 (CB)
 - 2. Konkludenter Verzicht auf den Einwand der verspäteten Anzeige der Vertragswidrigkeit (Art. 39 CISG und Art. 50 CISG)
Urteil des Bundesgerichts 4A_493/2020 vom 4. Januar 2021 (CB)
- II. Unternehmenskauf
 - 1. Übergabe unechter Aktienzertifikate; Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB)
Urteil des Bundesgerichts 6B_721/2021 vom 22. Dezember 2021 (MV/DG)
 - 2. Übertragung von Aktien; Generalversammlungsprotokoll als Zessionserklärung
Urteil des Bundesgerichts 6B_85/2021 vom 26. November 2021 (MV/DG)
 - 3. Einrede des nicht erfüllten Aktienkaufvertrags (Art. 82 OR)
Urteil des Bundesgerichts 4A_262/2021 vom 30. September 2021 (MV/DG)
- III. Grundstückkauf
 - 1. Gewährleistungsausschluss; Aufklärungspflicht des Verkäufers; Opfermitverantwortung des Käufers
Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2020 vom 24. August 2021 (MV/DG)
 - 2. Täuschung über Zustand der Wohnung; persönliche Haftung der Organe bei absichtlicher Täuschung
Urteil des Bundesgerichts 4A_649/2020 vom 26. Mai 2021 (MV/DG)
 - 3. Kaufrechtsvertrag über Bauparzellen; Nichtausübung des Kaufrechts infolge Annahme Zweitwohnungsinitiative; Anzahlung als unechte Konventionalstrafe oder Entgelt für Kaufrecht (Art. 216 OR, Art. 163 Abs. 3 OR)
Urteil des Bundesgerichts 4A_227/2020 vom 28. Januar 2021 (CB)
- IV. Fahrniskauf
 - 1. Verkauf einer Yves Klein Skulptur im Nachverkauf zu einer Auktion; Opfermitverantwortung beim Kunstkauf
Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021 (MV/DG)
 - 2. Verkauf eines Oldtimers; Gewährleistungsausschluss (Art. 199 OR, Art. 100 OR)
Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 (CB)

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

1. Vorzeitiger Deckungskauf und Angemessenheit in zeitlicher Hinsicht (Art. 74 CISG und Art. 75 CISG; Anwaltshaftung)

Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2021 vom 22. September 2021 (CB)¹

[1] Im Mai 2010 bestellte der Käufer bei der in Frankreich ansässigen Verkäuferin eine noch herzustellende, selbstfahrende Erntemaschine für die Chicorée-Ernte. Die Maschine wurde in der Folge nicht geliefert. Der Käufer, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, erhob am 18. April 2011 beim Kreisgericht Rheintal Klage gegen die Verkäuferin.

¹ Vgl. die ausführliche Besprechung von THOMAS KOLLER, Die Chicorée-Erntemaschine, das UN-Kaufrecht (CISG) und die Anwaltshaftung, Ein Lehrstück für Anwältinnen, Studierende und (weitere) Interessierte, in: Jusletter 14. Februar 2022, dort insbesondere zu den Aspekten der Anwaltshaftung, auf die hier nicht weiter eingegangen wird.

[2] Der Käufer verlangte die vertragsgemässe Lieferung und noch zu beziffernden Schadenersatz von mindestens CHF 200'000 wegen verspäteter Erfüllung. Eventualiter forderte er noch zu beziffernden Schadenersatz von mindestens CHF 800'000 wegen Nichterfüllung. Am 4. Juni 2012, dem Vortag der Hauptverhandlung, teilte eine dem Rechtsanwalt des Käufers unterstellte Rechtsanwältin dem Kreisgericht telefonisch mit, dass der Käufer inzwischen eine Ersatzmaschine gekauft habe und er sich in der Hauptverhandlung deshalb auf den Eventualantrag beschränken werde. Mit Eingabe vom 5. Juni 2012 bestätigte der Käufer diese Absicht und bezifferte zugleich die Schadenersatzforderung auf CHF 514'140.85 (nebst Zins). Erstmals führte er dazu die verschiedenen Positionen auf und reichte diverse Unterlagen ein.

[3] In der Folge unterlag der Käufer.² Das Kreisgericht hielt fest, dass die Verkäuferin den dem CISG unterliegenden Kaufvertrag zwischen den Parteien verletzt habe, indem sie ihrer Verpflichtung, eine Bankgarantie zu erbringen, nicht nachgekommen sei. Somit sei sie nicht zum Vertragsrücktritt berechtigt gewesen und sei dem Käufer gegenüber schadenersatzpflichtig geworden, sofern sie sich nicht erfolgreich auf den eventualiter geltend gemachten Irrtum berufen könne. Diese Prüfung erübrige sich jedoch, da der Käufer seine Schadenersatzforderung nicht (rechtzeitig) substantiiert habe. Die eingereichten Unterlagen zum Eventualantrag, auf welchen sich der Käufer beschränkt habe, könnten aufgrund fehlender Voraussetzungen von Art. 229 ZPO betreffend Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweismittel nicht mehr berücksichtigt werden.

[4] Am 16. April 2014 erhob der Käufer Klage beim Kreisgericht Rheintal gegen seinen ehemaligen Rechtsanwalt wegen Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht. Das Kreisgericht hiess die Klage am 30. Oktober 2018 im Wesentlichen gut.³ Der Rechtsanwalt habe für mehrere Sorgfaltspflichtverletzungen einzustehen und der Käufer hätte im Prozess gegen die Verkäuferin bei sorgfältiger Prozessführung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Schadenersatz zugesprochen bekommen.

[5] Gestützt auf Art. 74 CISG hätte der Käufer für den Deckungskauf sowie für die Instandsetzung, die Inbetriebnahme und die Reparatur der Ersatzmaschine Schadenersatz erhalten. Davon abzuziehen gewesen wären die hypothetischen Kosten für die Ernte mit der bestellten (nicht gelieferten) Maschine, welche gegenüber der Ersatzmaschine kostenintensiver gewesen wäre.

[6] Sowohl nach Art. 74 CISG als auch Art. 75 CISG hätte dem Käufer zudem die Differenz zwischen dem Kaufpreis der nicht gelieferten Maschine und dem Deckungskauf zugestanden, da die Voraussetzungen beider Normen erfüllt gewesen wären. Insbesondere sei der Deckungskauf rechtzeitig vorgenommen worden, obwohl der Käufer die Aufhebung des Kaufvertrages erst nach erfolgtem Deckungskauf erklärt habe. Nach herrschender Auffassung schade dies nicht, da der Käufer erst aufgrund der Ausführungen der Verkäuferin in den Rechtsschriften vom 7. Oktober 2011 und 2. März 2012 endgültig damit rechnen müssen, dass sie die Maschine nicht liefern werde. Selbst der Minderheit der Lehre folgend, welche die Anwendbarkeit von Art. 75 CISG bei vorzeitigen Deckungsgeschäften ausschliesse, ändere im Ergebnis nichts. Der Käufer hätte diesfalls die Mehrkosten für die Ersatzbeschaffung auf Art. 74 CISG stützen können.

[7] Gegen diesen Entscheid erhob der Anwalt am 15. Januar 2019 Berufung beim Kantonsgericht St. Gallen, welches diese am 17. Februar 2021 abwies.⁴

² Urteil des Kreisgerichts Rheintal OV.2011.4-RH3ZK-REU vom 6. November 2012, CISG-online 4859.

³ Urteil des Kreisgerichts Rheintal OV.2014.7-RH3ZK-REU vom 30. Oktober 2018, CISG-online 5499.

⁴ Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BO.2019.5 vom 17. Februar 2021, CISG-online 5687.

[8] Der Rechtsanwalt rügte unter anderem eine Verletzung von Art. 75 CISG durch die Erstinstanz. Der Deckungskauf des Käufers sei in zeitlicher Hinsicht nicht angemessen gewesen, weshalb im ursprünglichen Prozess kein Schadensersatzanspruch gegen die Verkäuferin bestanden habe und entsprechend auch im vorliegenden Verfahren kein solcher gegen den Rechtsanwalt bestehe.

[9] Es sei von einem antizipierten Vertragsbruch der Verkäuferin auszugehen, weshalb der massgebliche Zeitpunkt der ursprünglich vereinbarte Lieferzeitpunkt und nicht etwa die Vertragsaufhebung sei. Zwischen vereinbartem Lieferzeitpunkt (August 2010) und Deckungskauf (frühestens 7. Februar 2012), lägen rund 17 Monate, was weit über dem läge, was Rechtsprechung und Lehre als zulässig erachten.

[10] Das Kantonsgericht St. Gallen verwarf diesen Einwand. Der Käufer habe zunächst am Vertrag festgehalten und eine Klage zu dessen Durchsetzung erhoben. Somit sei der Kaufvertrag nicht vorzeitig nach Art. 72 CISG aufgehoben worden, was indes auch der Rechtsanwalt nie behauptet habe. Der Käufer sei auch nicht verpflichtet gewesen, den Vertrag vorzeitig aufzuheben. Dementsprechend sei nicht von einem antizipierten Vertragsbruch auszugehen und für den Beginn der Frist sei somit der Zeitpunkt der Vertragsaufhebung durch den Käufer massgebend.

[11] Die Ausführungen der Erstinstanz zur Zulässigkeit eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts beanstandete der Rechtsanwalt nicht; entsprechend ging das Kantonsgericht nicht weiter darauf ein. Es bemerkte jedoch, dass es angemessen erscheine, dem Käufer in diesem Fall eine eher längere Frist zur Vornahme des Deckungskaufes zuzugestehen, da es sich beim Kaufgegenstand um eine spezielle Erntemaschine von beträchtlichem Wert, welche zudem nur von wenigen Anbietern hergestellt wird, handle.

[12] Gegen den Entscheid des Kantonsgerichts erhob der Anwalt am 25. März 2021 Beschwerde beim Bundesgericht, welches diese in der Folge abwies.

[13] 1. Vor Bundesgericht rügte der Rechtsanwalt erneut eine Verletzung von Art. 75 CISG durch die Vorinstanz. Vorliegend sei von einem antizipierten Vertragsbruch auszugehen. Dabei hätte zum einen der Käufer gegenüber der Verkäuferin *vor* dem Deckungskauf die Vertragsaufhebung erklären müssen und zum andern hätte das Deckungsgeschäft innert angemessener Zeit vorgenommen werden müssen, selbst wenn eine Erklärung zur Vertragsaufhebung als entbehrlich zu betrachten sei. Die relevante Frist habe im vereinbarten Lieferzeitpunkt, also im August 2010 begonnen, doch der Deckungskauf sei frühestens am 7. Februar 2012, also 17 Monate später, erfolgt. Dies sei nicht angemessen im Sinne von Art. 75 CISG (vgl. Rz. 9; E. 3.3.2).

[14] Das Bundesgericht hielt fest, dass der Rechtsanwalt vor der Vorinstanz lediglich eine Verletzung von Art. 75 CISG gerügt habe, die Erstinstanz ihr Urteil jedoch subsidiär alternativ auch mit Art. 74 CISG begründet habe. Der Rechtsanwalt hätte daher vor der Vorinstanz beide Begründungen beanstanden müssen. Auf ein Rechtsmittel, mit dem nicht gegen alle selbständigen Begründungen des angefochtenen Entscheids Rügen formuliert werden, sei praxisgemäss von vornherein nicht einzutreten. Anstelle einer materiellen Beurteilung der Rüge hätte die Vorinstanz auf die Berufung in diesem Punkt also gar nicht eintreten dürfen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde in diesem Punkt im Rahmen einer Motivsubstitution ab (E. 3.4.1).

[15] Der Rechtsanwalt brachte weiterhin vor, dass der Käufer die Mehrkosten für den Deckungskauf sowie alle übrigen Schadensposten nicht gestützt auf Art. 74 CISG hätte einfordern können. Der Käufer habe es unterlassen, in seinen erstinstanzlichen Eingaben zu behaupten, dass die Verkäuferin diese Kosten vorausgesehen habe oder hätte voraussehen können (E. 3.3.2).

[16] Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass der Rechtsanwalt es vor der Vorinstanz unterlassen habe, eine Verletzung von Art. 74 CISG durch die Erstinstanz zu rügen. Entsprechend habe sich diese auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob das Kreisgericht die Voraussetzungen von Art. 74 CISG, insbesondere die Vorhersehbarkeit, zu Unrecht als erfüllt betrachtet habe. Obwohl die Vorinstanz nach Art. 57 ZPO das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe, bedeute dies nicht, dass sie angefochtene Entscheide ungeachtet der vorgebrachten Rügen auf alle Mängel überprüfen müsse. Indem der Rechtsanwalt nun erstmals vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 74 CISG einwende, verletzte er den Grundsatz der materiellen Erschöpfung des Instanzenzugs. Entsprechend trat das Bundesgericht auch in diesem Punkt nicht auf die Beschwerde ein (E. 3.4.2).

[17] **Bemerkungen: 1.** Das vorliegende Urteil dreht sich um einen Fall der Anwaltshaftung, wobei es erforderlich war, den ursprünglichen Prozess zwischen Käufer und Verkäuferin materiell erneut zu beurteilen. Die kaufrechtlichen Aspekte des Ursprungsfalles wurden im Wesentlichen von den Vorinstanzen aufgegriffen und geklärt, während sich das Bundesgericht bei seinem Nichteintretens- bzw. Abweisungsentscheid zu Recht auf prozessrechtliche Argumente beschränken konnte.

[18] 2. In kaufrechtlicher Hinsicht interessant ist die Frage, ob ein *vor* der Vertragsaufhebung getätigtes Deckungsgeschäft trotz entgegenlautendem Wortlaut unter Art. 75 CISG fallen kann oder nicht. Laut Kreisgericht schade ein vorzeitiger Deckungskauf nach herrschender Auffassung nicht, da der Käufer erst aufgrund der Ausführungen in den Rechtsschriften der Verkäuferin endgültig davon ausgehen musste, dass sie die Erntemaschine nicht von sich aus liefern würde.⁵

[19] Ob das Kreisgericht damit tatsächlich der herrschenden Lehre folgt, mag fraglich sein. Indessen macht die h.M. in einem in der Praxis wichtigen Fall bei der Anwendung von Art. 75 CISG eine Ausnahme vom Erfordernis der vorgängigen Vertragsaufhebung, wenn bei der Vornahme des Deckungsgeschäfts mit Sicherheit feststeht, dass der Schuldner nicht leisten wird. Zudem wäre es vorliegend auch treuwidrig gewesen, wenn die Verkäuferin sich darauf hätte berufen können, dass der Käufer zuvor noch die Vertragsaufhebung hätte erklären müssen. Die Verkäuferin hatte sich beharrlich geweigert, die bestellte Erntemaschine zu leisten; sie machte zu Unrecht Vertragsaufhebung geltend, berief sich hilfsweise (ebenso zu Unrecht) auf Unverbindlichkeit des Vertrags infolge Irrtumsanfechtung und widersetzte sich dem Realerfüllungsbegehren des Klägers im Ursprungsprozess.⁶

[20] Dementsprechend war auch der Einwand des Rechtsanwalts im Haftungsprozess, dass das Deckungsgeschäft in zeitlicher Hinsicht nicht angemessen erfolgt sei, im Vorhinein unbehelflich. Art. 75 CISG sieht vor, dass der Deckungskauf innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Aufhebung vorzunehmen ist. Bei einem Deckungsgeschäft vor Vertragsaufhebung (bei definitiver Erfüllungsverweigerung) kann das Ablaufen eines angemessenen Zeitraums nach der Vertragsaufhebung keine Rolle spielen.⁷ Allenfalls wäre dann noch zu prüfen gewesen, ob der Käufer das Deckungsgeschäft unter Berücksichtigung seiner Schadenminderungsobliegenheit gemäss Art. 77 CISG hätte früher tätigen müssen.⁸

⁵ KOLLER (Fn. 1), Rz. 40 mit Nachweisen.

⁶ KOLLER (Fn. 1), Rz. 41.

⁷ KOLLER (Fn. 1), Rz. 42.

⁸ Siehe dazu KOLLER (Fn. 1), Rz. 4749.

[21] Zutreffend ist jedenfalls auch die Bemerkung des Kantonsgerichts, dass dem Käufer eine eher längere Frist zugestanden wäre. Beim Kaufgegenstand wie auch bei der Ersatzmaschine handelte es sich um spezielle Erntemaschinen von beträchtlichem Wert, die offenbar von nur wenigen Anbietern hergestellt wird.⁹

[22] Das Kreisgericht Rheintal stützte den unbezifferten Schadensersatzanspruch des Käufers sowohl auf Art. 75 CISG als auch alternativ auf Art. 74 CISG. Dies ist möglich, da das UN-Kaufrecht im Kern auf das Erfüllungsinteresse gerichtet ist und es sich bei Art. 75 CISG um eine Sondernorm handelt, welche dem Gläubiger die Berechnung des Nichterfüllungsschadens erleichtern soll. Genügt ein Deckungsgeschäft den Anforderungen von Art. 75 CISG nicht, so kann auf die allgemeine Norm des Art. 74 CISG zurückgegriffen werden. Die unterschiedlichen Voraussetzungen der Normen sind bei der konkreten Schadensberechnung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall wäre aber wohl kaum eine besondere Differenz festzustellen gewesen.¹⁰

[23] Nachdem der Rechtsanwalt (bzw. die unter seiner Aufsicht stehende Mitarbeiterin) den rechtlich erheblichen Sachverhalt nicht hinreichend und rechtzeitig abgeklärt hatte und das Novenrecht missachtet hatte, blieb ihm im Haftungsfall lediglich die Möglichkeit, im Rahmen eines komplexen Schattenprozesses nachzuweisen, dass für seinen früheren Mandanten der Ursprungsprozess auch bei sorgfältiger Rechtsvertretung nicht günstiger ausgegangen wäre. Wie gesehen gelang ihm dies nicht, was letztlich an der starken rechtlichen Ausgangsposition seines Mandanten lag.

2. Konkludenter Verzicht auf den Einwand der verspäteten Anzeige der Vertragswidrigkeit (Art. 39 CISG und Art. 50 CISG)

Urteil des Bundesgerichts 4A_493/2020 vom 4. Januar 2021 (CB)¹¹

[24] A ist Eigentümer einer Berghütte im Kanton Wallis, die von der B GmbH betrieben wird. Im Jahr 2014 schloss die B GmbH zum Zweck der Fassadensanierung mit den in Deutschland ansässigen Unternehmen D GmbH und E GmbH («Verkäuferinnen») einen Vertrag über die Herstellung und Lieferung von Fassadenplatten ab.

[25] In der Folge kam es zum Streit über die gehörige Erfüllung des Vertrags und Rechnungen über EUR 90'301.75 blieben offen. Diese Forderung traten die Verkäuferinnen an die C GmbH ab.

[26] Mit Klage vom 11. Januar 2016 versuchte die C GmbH, diese Forderung gegen A und die B GmbH durchzusetzen. Mit Urteil vom 30. Oktober 2019 hiess das Bezirksgericht die Klage gut.¹²

[27] Dagegen erhoben A und die B GmbH Berufung beim Kantonsgericht Wallis, welches diese mit Urteil vom 24. August 2020 abwies.¹³ Die von A und der B GmbH (Beschwerdeführer) dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ebenfalls ab.

⁹ KOLLER (Fn. 1), Rz. 43.

¹⁰ KOLLER (Fn. 1), Rz. 45 f.

¹¹ Vgl. auch HUBERT STÖCKLI, Werkvertrag, Urteilsbesprechung 4A_493/2020, BR 2021, S. 154 f.; SELMA ALEXANDRA KOLLY, Die Rügefrist des Art. 39 CISG, Diss. Freiburg 2020 = AISUF Band 420, Zürich/Basel/Genf 2021.

¹² Urteil des Bezirksgerichts Leuk und Westlich-Raron vom 30. Oktober 2019, CISG online 5489.

¹³ Urteil des Kantonsgerichts Wallis C1 19 260 vom 20. August 2020, CISG online 5497.

[28] **1.** Das Bundesgericht folgte zunächst den Feststellungen der Vorinstanz, wonach das CISG (und ergänzend deutsches Zivilrecht) auf den Vertrag Anwendung finde (E. 3.3), die Fassadenplatten rechtzeitig geliefert worden seien und die Beschwerdeführer die leicht sichtbaren Mängel an den Fassadenplatten nicht rechtzeitig gerügt hätten (E. 4).

[29] **2.** Die Beschwerdeführer machten geltend, dass sich die Verantwortlichen der D GmbH vorbehaltlos auf die Prüfung der gerügten Mängel eingelassen und damit auf den Einwand der verspäteten Rüge verzichtet hätten (E. 5.1). Das Bundesgericht stellte fest, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in dieser Hinsicht bereits ausführlich geprüft und sei zum Schluss gekommen, dass ein solcher Verzicht nicht nachgewiesen sei (E. 5.2.1). Im Sinne einer Eventualbegründung habe die Vorinstanz zudem (nach deutschem Recht) geprüft, ob die Verkäuferinnen als Zessionarinnen mit Wirkung für die C GmbH (Beschwerdegegnerin) als Zessionarinnen nach Abtretung der Forderung konkludent auf den Einwand der verspäteten Rüge verzichten konnten. Das Kantonsgericht habe jedoch festgestellt, dass auch dieser Möglichkeit folgend kein Verzicht vorliege (E. 5.2.2).

[30] Diesen Feststellungen fügte das Bundesgericht hinzu, dass Art. 39 Abs. 1 CISG dispositives Recht sei und der Verkäufer auf den Einwand, die Anzeige der Vertragswidrigkeit sei nicht rechtzeitig oder nicht gehörig erfolgt, verzichten könne. Dies könne auch konkludent erfolgen, was jedoch «eindeutige Anhaltspunkte» erfordere. Als Beispiele nannte das Bundesgericht, die vorbehaltlose Anerkennung der Vertragswidrigkeit durch den Verkäufer, die vorbehaltlose Rücknahme der Ware, die Bereiterklärung zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung oder die vorbehaltlose Einlassung auf die sachliche Prüfung der gerügten Mängel. Die blosser Aufnahme von Verhandlungen über die gerügten Mängel oder «die Zusage einer Nachbesserung bei gleichzeitigem Verlangen von vollständiger Zahlung sowie Geltendmachung des Verspätungseinwands erstmals vor Gericht» sei jedoch noch kein Verzicht (E. 5.3). Entsprechend habe die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen solcher eindeutigen Anhaltspunkte verneint (E. 5.4.1).

[31] **3.** Die Beschwerdeführer argumentierten weiter, dass der Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Tatsachenbehauptungen im erstinstanzlichen Verfahren bewusst gewesen sei, dass die Beschwerdeführer ein Zurückbehaltungsrecht geltend machten. Das Bundesgericht führte dazu aus, bereits die Vorinstanz habe unter Verweis auf das Schrifttum zum CISG erwogen, dass die Minderung durch eine rechtsgestaltende, formfreie Erklärung ausdrücklich ausgeübt werden müsse. Die Zahlung eines verminderten Kaufpreises in Verbindung mit einer ordnungsgemässen Rüge genüge nicht. Ausserdem müsse der Käufer für die Minderungserklärung keine besondere Frist berücksichtigen, die Rügefrist sei jedoch einzuhalten. Im konkreten Fall hätten die Beschwerdeführer ohnehin einen Teil der Entschädigung wegen angeblicher Verspätungsschäden zurückbehalten, was jedoch keine Minderung zu rechtfertigen vermöge, da die erforderliche Mängelrüge verspätet erfolgt sei. Aus dem Rückbehalt könnten die Beschwerdeführer daher nichts zu ihren Gunsten ableiten (E. 6.2). Das Bundesgericht folgte diesen Feststellungen der Vorinstanz.

[32] **Bemerkungen: 1.** Der Entscheid betrifft den Fall, in welchem der Käufer seiner Rügeobliegenheit nach Art. 39 Abs. 1 CISG nicht rechtzeitig nachgekommen ist. Im vorliegenden Fall wurde die Ware rechtzeitig geliefert und die geltend gemachten Mängel (Risse und zu grosse Löcher in den Fassadenplatten) wären nach der Feststellung der Vorinstanz bei einer Kontrolle leicht sichtbar gewesen. Dass diese Mängel nicht rechtzeitig gerügt wurden, fochten die Beschwerdeführer dann auch nicht an. Gemäss Art. 39 Abs. 1 CISG verloren sie damit unter Vorbehalt der Art. 40 CISG und Art. 44 CISG das Recht, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen. Art. 40 CISG betrifft den Fall, in dem der Verkäufer die Mängel kennt oder sie grobfahrlässig verschweigt; nach Art. 44 CISG kann der Käufer die Minderung oder Schadenersatz ohne ent-

gangenen Gewinn geltend machen, wenn er für die Unterlassung der rechtzeitigen Rüge eine vernünftige Entschuldigung hat. Vor Bundesgericht war indessen bloss strittig, ob von einem (konkludenten) Verzicht der Verkäuferinnen auf den Einwand der verspäteten Anzeige auszugehen ist.

[33] Der Entscheid bestätigt die allgemein anerkannte Auffassung, dass der Verkäufer auf den Einwand der nicht rechtzeitigen oder nicht substantiierten Rüge ausdrücklich oder – bei Vorliegen eindeutiger Anhaltspunkte – konkludent verzichten kann, z.B. wenn er sich vorbehaltlos auf die sachliche Prüfung der Mängel einlässt. Der Verzicht kann vollständig oder lediglich teilweise in Bezug auf einzelne Ansprüche des Käufers erfolgen und ist auch im Hinblick auf die Verwirkungsfrist gem. Art. 39 Abs. 2 CISG möglich. Der Verzicht des Verkäufers kann als eine besondere Form einer von Art. 39 CISG abweichenden vertraglichen Vereinbarung gedeutet werden (vgl. Art. 6 CISG und Art. 29 CISG). Alternativ ist gegebenenfalls davon auszugehen, dass der Verkäufer das Recht, sich auf eine nicht korrekte, insbesondere verspätete Rüge zu berufen, nach Treu und Glauben verwirkt hat.¹⁴

[34] Für den stillschweigenden Verzicht des Verkäufers sind, wie vom Bundesgericht richtig angemerkt, jedenfalls eindeutige Anhaltspunkte erforderlich und er kann etwa darin liegen, dass der Verkäufer die Vertragswidrigkeit der Ware vorbehaltlos anerkennt und Abhilfe anbietet. Die Aufnahme von Verhandlungen über die gerügten Mängel allein kommt dagegen noch keinem Verzicht gleich.

[35] Auch nach der Rechtsprechung des BGH zur Frage des Vorliegens eines konkludenten Verzichts des Verkäufers auf die Rüge gemäss Art. 39 CISG ist in der blossen Aufnahme von Verhandlungen über die vom Käufer gerügten Mängel in der Regel noch kein solcher Verzicht zu sehen, da hierin auch der Wunsch des Verkäufers liegen kann, zunächst eine gütliche Beilegung des Streits über die Mängel zu versuchen. Selbst der Umstand, dass der Verkäufer den Verspätungseinwand erst im Prozess, unter Umständen sogar erst im Berufungsrechtszug erhoben hat, begründet jedenfalls für sich allein nicht einen stillschweigenden Verzicht.¹⁵

[36] 2. Die Minderung nach Art. 50 CISG ist ein Gestaltungsrecht, welches der Käufer mit formfreier Erklärung ausübt. Der Käufer muss die Minderung eindeutig erklären, hat aber keinen bestimmten Minderungsbetrag zu nennen. Eine eindeutige Erklärung ist grundsätzlich erforderlich, da der Vertrag entsprechend angepasst wird und sich der Käufer auf diesen Rechtsbehelf festlegt.¹⁶ Ausnahmsweise mag eine konkludente Minderungserklärung in Betracht kommen, wenn aufgrund von besonderen Umständen eine reduzierte Zahlung eindeutig als Minderung zu deuten ist (weil der Verkäufer Mängel eingeräumt hat und ein anderer Rechtsbehelf nicht in Frage kommt).¹⁷ Für die Minderungserklärung selbst gilt keine Frist (abgesehen von der anwendbaren Verjährungsfrist),¹⁸ doch bleibt vorausgesetzt, dass der Käufer ordnungsgemäss gerügt hat

¹⁴ INGEBORG SCHWENZER, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Auflage, Basel 2019, Art. 39 CISG N 33 f.; ULRICH MAGNUS, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2018, Art. 4 CISG N 18 und 66; CHRISTOPH BRUNNER/LEONORA MARTI-SCHREIER, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 39 CISG N 20.

¹⁵ BGH 25.11.1998, E. III.2., CISG-online 353.

¹⁶ MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Auflage, Basel 2019, Art. 50 CISG N 4; CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS ALTENKIRCH, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 50 CISG N 6 und 12.

¹⁷ Vgl. MAGNUS (Fn. 14), Art. 50 CISG N 15.

¹⁸ MAGNUS (Fn. 14), Art. 50 CISG N 17.

oder von der Rüge gemäss Art. 40 CISG und Art. 43 Abs. 2 CISG befreit respektive gemäss Art. 44 CISG entschuldigt ist.¹⁹

[37] Vorliegend hielten die Beschwerdeführer ihre Schlusszahlung unter dem Hinweis auf Verspätungsschäden, nicht einer Minderung, zurück,²⁰ weshalb auch die Voraussetzung, dass die Minderungserklärung eindeutig zu erfolgen hat, nicht erfüllt war.

II. Unternehmenskauf

1. Übergabe unechter Aktienzertifikate; Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB)

Urteil des Bundesgerichts 6B_721/2021 vom 22. Dezember 2021 (MV/DG)²¹

[38] Am 30. September 2014 kaufte die C AG (nachfolgend: Käuferin), vertreten durch A (Beschwerdeführer, nachfolgend: Beschuldigter), sämtliche 1'000 Inhaberaktien der D AG (nachfolgend: Zielgesellschaft), für deren Vertretung der Beschuldigte ebenfalls bevollmächtigt war. Die Käuferin, vertreten durch den Beschuldigten, veräusserte am gleichen Tag je 333 Aktien der Zielgesellschaft (verbrieft im Aktienzertifikat Nr. 2 [Aktiennummern 2–334] und Nr. 3 [Aktiennummern 335–667]) an zwei Personen und übertrug eine weitere, im Aktienzertifikat Nr. 1 verbrieft Aktie (Nr. 1) der Zielgesellschaft unentgeltlich an E, das Verwaltungsratsmitglied der Zielgesellschaft (nachfolgend: VR-Mitglied).²² Die restlichen 333 Aktien der Zielgesellschaft (verbrieft im Aktienzertifikat Nr. 4 [Aktiennummern 668–1'000]) verblieben bei der Käuferin (Sachverhalt Teil A und E. 2.2).²³

[39] Die Zielgesellschaft war Eigentümerin einer Parzelle, in deren Überbauung die Käuferin involviert war. Am 9. Februar 2016 verkaufte die Käuferin, vertreten durch den Beschuldigten, 50% der Aktien (500 Inhaberaktien) der Zielgesellschaft an die B AG (nachfolgend: Privatklägerin), die an einer Beteiligung an der Überbauung der Parzelle interessiert war.²⁴ Am selben Tag übergab der Beschuldigte der Privatklägerin die in den Aktienzertifikaten Nrn. 5 bis 10 verbrieften Aktien (Aktiennummern 101–500) gemäss Kaufvertrag.²⁵ Die Privatklägerin überwies im Gegenzug CHF 50'000 und CHF 267'000 auf Konten zweier vom Beschuldigten oder von seinen Familienangehörigen beherrschten Gesellschaften, wobei die Gelder umgehend verbraucht wurden. Dem Beschuldigten wird im Wesentlichen vorgeworfen, bei den von ihm der Privatklägerin übergebenen Aktienzertifikaten habe es sich um Fälschungen gehandelt, sodass der Privatklägerin vom Verwaltungsrat der Zielgesellschaft die Anerkennung der Aktionärsstellung verweigert worden sei (Sachverhalt Teil A).

¹⁹ MAGNUS (Fn. 14), Art. 50 CISG N 11; SHK-BRUNNER/ALTENKIRCH (Fn. 16), Art. 50 CISG N 3.

²⁰ E. 6.2 des vorliegenden Entscheids.

²¹ Vgl. auch DOMINIK ANTHAMATTEN/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Übergabe unechter Aktienzertifikate, in: dRSK, publiziert am 11. August 2022.

²² Zu den Aktienzertifikaten und -nummern siehe Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau SST.2020.21 vom 10. Mai 2021 E. 3.2.4.

²³ Zu den Aktienzertifikaten und -nummern siehe Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau SST.2020.21 vom 10. Mai 2021 E. 3.2.4.

²⁴ Zur Vertragspartei siehe Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau SST.2020.21 vom 10. Mai 2021 E. 2.

²⁵ Zu den Aktienzertifikaten und -nummern siehe Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau SST.2020.21 vom 10. Mai 2021 E. 3.1.2.

[40] Das Obergericht des Kantons Aargau erklärte den Beschuldigten mit Urteil vom 10. Mai 2021 in zweiter Instanz des Betrugs und der mehrfachen Urkundenfälschung schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten. Ferner verpflichtete es ihn zur Leistung von Schadenersatz im Umfang von CHF 50'000 an die Privatklägerin und verwies die Zivilforderung im Übrigen auf den Zivilweg (Sachverhalt Teil B).²⁶

[41] Der Beschuldigte führte Beschwerde in Strafsachen unter anderem mit dem Antrag, er sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils von der Anklage des Betrugs freizusprechen und es seien die Zivilforderungen der Privatklägerin abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 4).

[42] 1. Gemäss Bundesgericht rüge der Beschuldigte, dass der Schuldspruch wegen Betrugs Bundesrecht verletze. Eine Arglist sei nämlich infolge der Opfermitverantwortung der Privatklägerin zu verneinen (E. 2.1).

[43] 2. Das Bundesgericht hielt fest, dass das angefochtene Urteil in Bezug auf den Schuldspruch wegen Betrugs nicht zu beanstanden sei (E. 2.1). Die Vorinstanz bejahe zu Recht das Tatbestandsmerkmal der arglistigen Täuschung. Eine Täuschung liege im zu beurteilenden Fall schon darin, dass der Beschuldigte der Privatklägerin bei der Eingehung des Vertrages vorgegeben habe, die Käuferin verfüge über 100% der Aktien der Zielgesellschaft. Darüber hinaus habe der Beschuldigte die Privatklägerin jedenfalls bei der Übergabe der Aktienzertifikate konkludent darüber getäuscht, sie erlange die Stellung als Aktionärin. Die Täuschungshandlung liege mithin in der angeblichen Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung durch Lieferung von gefälschten Inhaberaktienzertifikaten. Dabei ergebe sich die Arglist schon aus der Verwendung unechter Urkunden. Dass die Fälschung bei Aufwendung geringster Vorsicht erkennbar gewesen wäre, sei nicht ersichtlich. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Privatklägerin innert Monatsfrist keine Meldung gemäss Art. 697i f. OR gemacht habe. Wie die Vorinstanz zutreffend erkenne, könne aus diesem Versäumnis nichts für die Frage abgeleitet werden, ob die Privatklägerin die Inhaberaktien gültig erworben habe oder nicht (E. 2.5).

[44] **Bemerkungen:** 1. Die Privatklägerin (= Käuferin) prüfte die Eigentumsverhältnisse an den gekauften Aktien und den Aktien insgesamt nicht.²⁷ Sie führte mit anderen Worten keine *Ownership Due Diligence*-Prüfung durch.²⁸ Trotzdem bejahte das Bundesgericht das Vorliegen einer arglistigen Täuschung bzw. verneinte eine Opfermitverantwortung der Privatklägerin.²⁹ Laut Bundesgericht ergibt sich die arglistige Täuschung aus der Lieferung unechter Inhaberaktienzertifikate, da die Privatklägerin die Fälschung bei Anwendung geringster Vorsicht nicht hätte erkennen können (vgl. E. 2.5). Ähnlich argumentierte die Vorinstanz. Sie hielt mit Hinweis auf

²⁶ Das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau SST.2020.21 vom 10. Mai 2021 wurde nicht publiziert. Die Autoren dieser Urteilsbesprechung haben dieses Urteil beim Obergericht des Kantons Aargau bestellt.

²⁷ Siehe zur Prüfung der Eigentumsverhältnisse an Aktien z.B. SAMUEL LIEBERHERR/MARKUS VISCHER, *Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf*, AJP 2016, S. 293 ff.

²⁸ Siehe zur *Due Diligence* im Allgemeinen z.B. RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, *M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 62 ff.; MARKUS VISCHER, *Due diligence bei Unternehmenskäufen*, SJZ 2000, S. 229 ff.

²⁹ Siehe zur strafrechtlichen Opfermitverantwortung z.B. DAMIAN K. GRAF, *Schützt das Strafrecht auch Dumme? Zur Opfermitverantwortung beim Betrug*, ZStrR 2021, S. 55 ff.; STEFAN MAEDER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 146 StGB N 68; URSULA CASSANI, *Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung*, ZStrR 1999, S. 152 ff.

die Botschaft GAFI³⁰ fest, dass die Privatklägerin keine Möglichkeit hatte, das Aktienregister vor dem Kauf zu konsultieren und sich deshalb grundsätzlich auf die Angaben des Beschuldigten verlassen musste.³¹

[45] 2. Diese Ausführungen (vgl. Rz. 44) überzeugen nicht. Wer 50% des Aktienkapitals einer AG (gegen Zahlung von über CHF 300'000) erwirbt, wird (bzw. sollte als seriöser Käufer) vor Unterzeichnung des Kaufvertrags, aber spätestens vor dem Vollzug prüfen, ob der Verkäufer ihm das Eigentum an den gekauften Aktien verschaffen kann.³² Dazu gehört, dass der Käufer prüft, in welchen Zertifikaten die Aktien und insbesondere die zu kaufenden Aktien verbrieft sind. Bei einer solchen Prüfung hätte der Privatklägerin auffallen müssen, dass in den übernommenen Aktienzertifikaten Nrn. 5 bis 10 nur 400 und nicht 500 Aktien verbrieft waren. Die Privatklägerin liess deshalb im fraglichen Kaufgeschäft elementarste Sorgfaltspflichten ausser Acht, weshalb die arglistige Täuschung zu verneinen bzw. die Opfermitverantwortung der Privatklägerin zu bejahen gewesen wäre.³³ Damit kann offenbleiben, ob die Privatklägerin auch elementarste Sorgfaltspflichten verletzte, als sie den Kaufpreis nicht an die Käuferin, sondern mindestens teilweise an Dritte überwies (vgl. E. 2.5).

[46] 3. Entgegen der Vorinstanz hätte zudem zur Prüfung eines seriösen Käufers auch gehört, das seit Inkrafttreten der GAFI-Gesetzesnovelle am 1. Juli 2015³⁴ erforderliche Verzeichnis über die gemeldeten Inhaberaktionäre im Sinne von Art. 697I Abs. 1 aOR (aufgehoben per 1. Mai 2021) zu prüfen.³⁵ Unerheblich ist, dass dieses Verzeichnis über die gemeldeten Inhaberaktionäre nicht öffentlich ist.³⁶ Es verhält sich nicht anders als bei Namenaktien, wo sorgfältige Käufer das gemäss Mehrheitsmeinung nicht öffentliche Aktienbuch im Rahmen der *Due Diligence* prüfen.³⁷

³⁰ Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2014 605, 661 f.

³¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau SST.2020.21 vom 10. Mai 2021 E. 3.2.5.

³² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_598/2021 vom 28. Juni 2022, wo das Bundesgericht das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung der Verkäuferin verneinte, unter anderem weil die Käuferin auf eine *Due Diligence* verzichtet hatte (E. 4.2.2).

³³ Siehe zur zivilrechtlichen Opfermitverantwortung z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, *Entscheidbesprechungen*. BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1398 ff.

³⁴ AS 2015 1389, 1406.

³⁵ Siehe zu den intertemporalen Aspekten der dem Verzeichnis über die gemeldeten Inhaberaktionäre zugrunde liegenden Meldung im Sinne von Art. 697i OR z.B. DARIO GALLI/MICHAEL KÜNDIG/MARKUS VISCHER, *Nichtige GV-Beschlüsse wegen Verletzung der GAFI-Meldepflichten*, in: dRSK, publiziert am 12. Mai 2022, Rz. 16.

³⁶ Betreffend die private Natur des Verzeichnisses über die gemeldeten Inhaberaktionäre z.B. RITA TRIGO TRINDADE/ELMA BERISHA, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 697I OR N 65.

³⁷ Betreffend die private Natur des Aktienbuchs z.B. RITA TRIGO TRINDADE, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 686 OR N 36.

2. Übertragung von Aktien; Generalversammlungsprotokoll als Zessionserklärung

Urteil des Bundesgerichts 6B_85/2021 vom 26. November 2021 (MV/DG)³⁸

[47] C (Beschwerdeführer, nachfolgend: Beschuldiger) gründete die B AG (nachfolgend: Gesellschaft) am 13. Dezember 1989 unter anderem zusammen mit S (Sachverhalt Teil A.a). Das Aktienkapital der Gesellschaft betrug ursprünglich CHF 400'000, eingeteilt in 4'000 Namenaktien zu nominal CHF 100. Es wurden mehrere Aktienzertifikate ausgestellt, wobei 2'000 Namenaktien auf den Beschuldigten (Aktienzertifikat Nr. 1) und 1'600 Namenaktien auf S (Aktienzertifikat Nr. 4) entfielen (E. 14.2.1).

[48] Die Gesellschaft schloss (unter anderem vertreten durch den Beschuldigten) am 2. September 1996 mit G (nachfolgend: Anzeigesteller) einen Aktienkaufvertrag (nachfolgend: Aktienkaufvertrag), worin sich die Gesellschaft verpflichtete, 10% ihrer Aktien an den Anzeigesteller weiterzuverkaufen, «sobald die Transaktion mit Herrn S über den Verkauf seines Aktienanteils an der [Gesellschaft] vollzogen ist». Gemäss Aktienkaufvertrag verpflichtete sich der Anzeigesteller dazu, die Aktien sofort zu übernehmen und bis spätestens Ende des Jahres vollumfänglich zu bezahlen (E. 14.2.1). Am 16. September 1996 demissionierte S und veräusserte gemäss Vorinstanz seine 1'600 Aktien nicht an die Gesellschaft, sondern an den Beschuldigten, der neu das Verwaltungsratspräsidium übernahm (Sachverhalt Teil A.a und E. 14.2.1).

[49] Der Anzeigesteller zahlte den vereinbarten Kaufpreis von CHF 50'000 am 24. Januar 1997 an die Gesellschaft (E. 14.2.1). Der Beschuldigte war vom 20. Mai 1997 bis 10. August 1998, als er H für den Verwaltungsrat gewann, alleiniges Mitglied des Verwaltungsrates. Am 25. Oktober 2002 übernahm A (Parallelverfahren 6B_1208/2020) den Verwaltungsratssitz von H. Der Beschuldigte trat aus dem Verwaltungsrat der Gesellschaft aus und fungierte fortan nur noch als Geschäftsführer der Gesellschaft (Sachverhalt Teil A.a).

[50] Die 4'000 Namenaktien wurden am 25. September 1997 in 400 Inhaberaktien zu CHF 1'000 umgewandelt. Am 16. Dezember 1997 erfolgte eine Herabsetzung des Aktienkapitals der Gesellschaft auf CHF 200'000 (E. 14.2.1).

[51] Am 26. Mai 1998 eröffnete das Bezirksgericht Liestal den Konkurs über die I AG, die bis zu diesem Zeitpunkt die Zeitschrift «K» herausgegeben hatte. Noch vor Konkurseröffnung gründete die Gesellschaft die Tochtergesellschaft M GmbH, die anschliessend im Einverständnis mit der I AG eine Doppelnummer der Zeitschrift «K» herausgab (Sachverhalt Teil A.a).

[52] Am 16. Juli 1998 liess der Beschuldigte aus der Konkursmasse der I AG durch H im Namen der unter anderem vom Beschuldigten gegründeten J GmbH, die zur Verschleierung der Eigentümerschaft vorgeschoben worden war, die Rechte an der Zeitschrift «K» ersteigern. Die J GmbH verkaufte die Rechte mit Datum vom 20. Juli 1998 an den Beschuldigten persönlich weiter, wobei der Verkaufsvertrag erst im Jahr 2000 erstellt und rückdatiert wurde (Sachverhalt Teil A.a).

[53] Im Dezember 2003 veräusserte der Beschuldigte die Rechte an der Zeitschrift «K» an die für ihn gegründete L Ltd. mit Sitz auf der britischen Kanalinsel Alderney für CHF 750'000. Die Zeitschrift «K» wurde vom 20. Juli 1998 bis 22. September 2000 von der M GmbH, an der die Gesellschaft beteiligt war, und danach von dieser selbst herausgegeben. Der Beschuldigte bezog

³⁸ Vgl. auch MICHAEL KÜNDIG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Nochmals zu Zessionserklärungen in GV-Protokollen, in: dRSK, publiziert am 29. September 2022.

hiefür von der M GmbH und der Gesellschaft – auch über seine L Ltd. – Franchisinggebühren. Per 1. Januar 2009 übertrug der Beschuldigte die Zeitschrift «K» auf die am 12. September 2008 von A treuhänderisch für den Beschuldigten gegründete N AG (Sachverhalt Teil A.a).

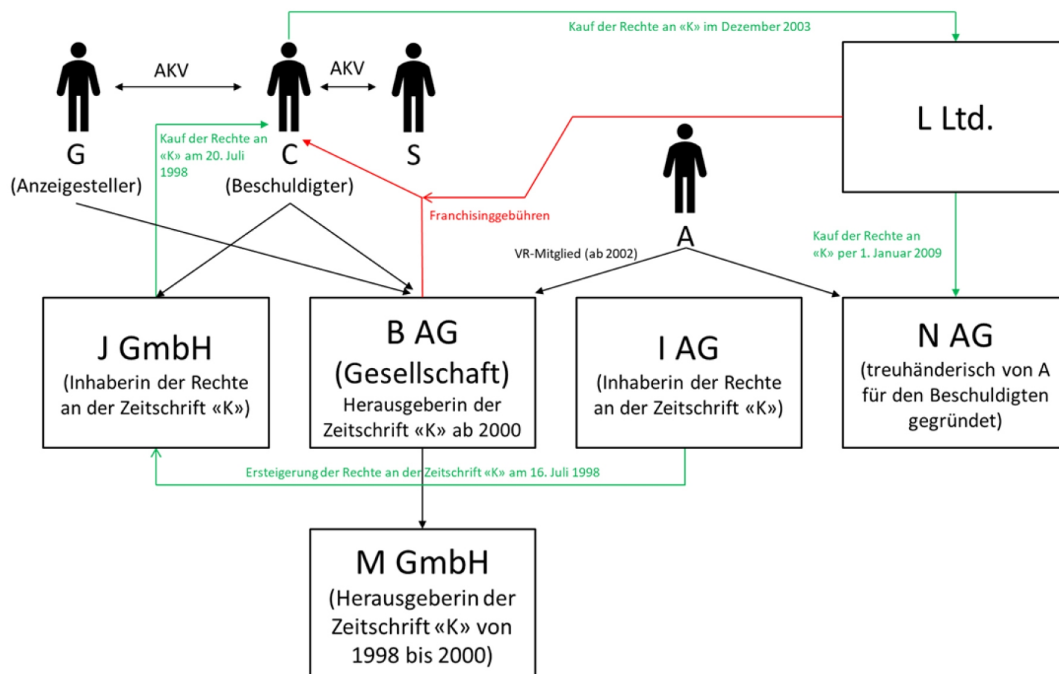
[54] Die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt eröffnete im Frühjahr 2010 unter anderem gegen den Beschuldigten ein Strafverfahren. Sie wirft dem Beschuldigten im Wesentlichen vor, er habe sich der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil der Gesellschaft durch Abschöpfung nicht geschuldeter Nutzungsgebühren, Einbehaltung von Retrozessionen und Aushöhlung der Gesellschaft durch den Verkauf von Aktiven und Passiven der Gesellschaft zu einem viel zu tiefen Preis schuldig gemacht. Darüber hinaus wirft sie ihm im selben Kontext die Begehung verschiedener Urkunden- und Steuerdelikte vor (Sachverhalt Teil A.b).

[55] Der Verwaltungsrat der Gesellschaft aberkannte anlässlich einer Generalversammlung (GV) vom 25. Oktober 2012 dem Anzeigsteller die Rechte als Aktionär rückwirkend auf das Jahr 1996 (E. 14.2.1).

[56] Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 3. September 2020 der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung mit Bereicherungsabsicht, der mehrfachen Urkundenfälschung, des mehrfachen Vergehens gegen das DBG und des mehrfachen Vergehens gegen das Gesetz über die direkten Steuern des Kantons Basel-Stadt schuldig (Sachverhalt Teil B.c).³⁹

[57] Der Beschuldigte führte Beschwerde in Strafsachen, mit der er beantragte, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und er sei von allen Vorwürfen vollumfänglich freizusprechen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 24).

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



³⁹ Zur vollständigen Prozessgeschichte siehe Sachverhalt Teile B.a und B.b.

[59] 1. Der Beschuldigte rügte vor Bundesgericht zahlreiche Rechtsverletzungen, unter anderem wendete er sich gegen den Schluss der Vorinstanz, wonach der Anzeigsteller 1997 Aktionär der Gesellschaft gewesen sei. Bei willkürfreier Würdigung der Beweismittel und bei korrekter Anwendung der rechtlichen Vorgaben müsse zumindest «*in dubio pro reo*» davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte im massgeblichen Tatzeitraum einziger Aktionär der Gesellschaft gewesen sei. Bei dieser Sachlage, d.h. mangels Aktionärsstellung des Anzeigestellers, habe der Beschuldigte sich nicht durch die ihm vorgeworfenen Vermögensdispositionen strafbar machen können (E. 14.1).

[60] 2. Gemäss Vorinstanz habe der Beschuldigte in einem auf den 15. März 1998 datierten Schreiben an die Aktionäre der Gesellschaft ausgeführt, dass das Geld aus der Aktienkapitalherabsetzung an den Anzeigsteller (CHF 20'000) und den Beschuldigten (CHF 180'000) verteilt werde. Laut dem auch vom Beschuldigten unterzeichneten Protokoll der GV vom 10. August 1998 waren der Beschuldigte als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates («Aktien Nrn. 1–180») und der Anzeigsteller («Aktien Nrn. 181–200») an besagter GV anwesend und damit das gesamte Aktienkapital vertreten. Es sei mithin im Protokoll vom Beschuldigten und vom Protokollführer bestätigt worden, dass der Anzeigsteller als Eigentümer der Aktien Nrn. 181–200 im Aktienbuch eingetragen gewesen sei (E. 14.2.2).

[61] Die Vorinstanz sei zum Schluss gelangt, in Anbetracht der gegebenen Umstände falle die Annahme einer Einpersonen-AG ausser Betracht. Zunächst sei der Abschluss des Aktienkaufvertrags zwischen der Gesellschaft und dem Anzeigsteller betreffend die Übertragung von 10% der Aktien nachgewiesen. Es habe somit ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vorgelegen, das die Gesellschaft zur Übertragung von 10% der Aktien an den Anzeigsteller verpflichtet habe. Weiter sei erstellt, dass der Anzeigsteller den Kaufpreis für die Aktien Anfang 1997 an die Gesellschaft überwiesen habe, wobei ihm der Beschuldigte bei der Abwicklung der Zahlung behilflich gewesen sei. Zwar treffe zu, dass keine schriftliche Zessionserklärung bzw. kein Indossament für die Abtretung von Namenaktien vorliege. Doch habe der Beschuldigte durch den Aktienkaufvertrag, die Mitorganisation der Kaufpreiszahlung und die schriftliche Bestätigung vom 15. März 1998 als damals einziges Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft seinen klaren Willen zum Ausdruck gebracht, dass auf den Anzeigsteller 10% der Aktien der Gesellschaft übertragen werden sollten. Die schriftliche Zessionserklärung habe spätestens mit dieser expliziten Zuerkennung der Eigentümerschaft an den Aktien Nrn. 181–200 vorgelegen (vgl. Rz. 14). Der klare Wille zur Übertragung der Aktien ergebe sich auch aus dem vom Beschuldigten und von H unterzeichneten GV-Protokoll vom 10. September (*recte*: August) 1998 (vgl. Rz. 14). Es habe damit bereits im März 1998 kein Zweifel mehr daran bestehen können, dass der Anzeigsteller im Zeitraum, der dem Beschuldigten vorgeworfenen Taten, Aktionär der Gesellschaft gewesen sei. Die Formerfordernisse von Art. 165 Abs. 1 OR seien für den Zeitraum ab 15. März 1998 belegt. Damit hätten die Vermögensdispositionen zum Nachteil der Gesellschaft direkte Auswirkungen auf das Vermögen des Anzeigestellers als Minderheitsaktionär gehabt (E. 14.2.2).

[62] 3. Zu prüfen sei gemäss Bundesgericht, ob die Annahme der Vorinstanz, wonach dem Anzeigsteller Aktionärsstellung zugekommen sei, in der Sache vor Bundesrecht standhalte. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz liegen weder eine schriftliche Zessionserklärung noch ein Indossament für die Abtretung von Namenaktien vor. Die Vorinstanz gelange aber gestützt auf den Aktienkaufvertrag und den Umstand, dass der Beschuldigte dem Anzeigsteller bei der Bereitstellung des Kaufpreises für die Aktien behilflich war und als damals einziges Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft am 15. März 1998 gegenüber den Aktionären der Gesell-

schaft schriftlich mitgeteilt hatte, dass die Herabsetzung des Aktienkapitals auf CHF 200'000 bewilligt und eingetragen worden sei und dass das Geld im Umfang seines Anteils von 10% am Aktienkapital auf den Anzeigsteller aufgeteilt werde, zum Schluss, dass dem Anzeigsteller 10% der Aktien an der Gesellschaft übertragen werden sollten. In Bezug auf die Erklärung vom 15. März 1998 nehme die Vorinstanz zu Recht an, der Beschuldigte habe darin zum Ausdruck gebracht, dass die Übertragung der Aktien auf den Anzeigsteller erfolgt sei und dessen Stellung als Aktionär in Bezug auf die Aktienkapitalherabsetzung bestätigt worden sei. Jedenfalls sei dieser Schluss nicht schlechterdings unhaltbar. Dasselbe gelte in Bezug auf das sowohl vom Beschuldigten als auch von H als Protokollführer unterzeichnete GV-Protokoll vom 10. August 1998, in dem als anwesender Aktionär auch der Anzeigsteller aufgeführt werde. Dass keine schriftliche Zessionserklärung vorliege, schade entgegen der Auffassung des Beschuldigten nichts. Denn wie die Vorinstanz zu Recht erwäge, könne das GV-Protokoll einer Aktiengesellschaft nach der Rechtsprechung das Schriftformerfordernis für die Zession von Aktien erfüllen, wenn der Übertragungswille des Zedenten zumindest implizit daraus hervorgehe (Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 4). Das sei hier offensichtlich der Fall (E. 14.4.2).

[63] **Bemerkungen: 1.** Dieses Strafurteil ist aus M&A-Sicht interessant, weil sich das Bundesgericht wieder einmal dazu geäußert hat, worin überall Zessionserklärungen erblickt werden können.

[64] **a.** 2011 hielt das Bundesgericht in allgemeiner Weise fest, dass GV-Protokolle keine an Dritte gerichtete Willenserklärungen enthielten:

«Le procès-verbal de l'assemblée générale de la société anonyme est le document écrit qui relate principalement les décisions prises par cet organe et le résultat des élections [...]. Ce titre n'a ainsi rien à voir avec une convention des parties, dont le juge, le cas échéant, doit s'efforcer de dégager le sens à la lumière des déclarations et comportements émanant de celles-ci.»⁴⁰

[65] **b.** Fünf Jahre später, d.h. 2016, vollzog das Bundesgericht eine Kehrtwende und entschied, dass gültige Zessionserklärungen auch in GV-Beschlüssen enthalten sein können:

«Des procès-verbaux précités, il ressort sans ambiguïté aucune que l'intimée est actionnaire de la société, qu'elle détient une part du capital-actions. A la lecture des procès-verbaux, un tiers ne saurait avoir de doute à ce sujet. Les procès-verbaux satisfont donc aux exigences de sécurité juridique que la forme écrite doit assurer. La volonté du mari de céder une part du capital-actions à l'intimée, son épouse, n'est pas expressément manifestée. Mais elle découle implicitement des procès-verbaux. Dès lors que le mari, actionnaire unique ou nettement majoritaire, signe, serait-ce comme membre du conseil d'administration, un procès-verbal de l'assemblée générale dans lequel il déclare que son épouse détient une partie du capital-actions, son intention de céder ainsi une partie du capital-actions qu'il détient jusqu'alors est manifeste. On ne discerne d'ailleurs pas quelle autre intention il aurait pu vouloir poursuivre par

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2011 vom 7. November 2011 E. 4.2; zustimmend betreffend VR-Protokolle: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 Rz. 156 «Es enthält keine Willenserklärungen im Verhältnis zu Dritten.»

cette déclaration, et la recourante n'en dit mot. Les exigences de forme pour une cession d'actions non incorporées dans un papier-valeur ont été respectées.»⁴¹

[66] c. Nur zweieinhalb Jahre später, d.h. 2018, präzisierte bzw. verschärfte das Bundesgericht seine Praxis und nahm wohl eine Mittelposition⁴² zwischen seinem Urteil von 2011 und jenem von 2016 ein:

«Der Präsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin hat das Protokoll der Generalversammlung zwar unterzeichnet. Dieses Protokoll ist ein Beschlussprotokoll, welches die Anträge und Ergebnisse (Stimmenverhältnis und Feststellung des Ergebnisses durch den Vorsitzenden) der Abstimmungen und Wahlen gemäss Art. 702 Abs. 2 OR wiedergibt [...]. Als solches hat es nichts zu tun mit einem Vertrag bzw. entsprechenden Willensäusserungen, die der Richter entsprechend den Umständen auszulegen hätte [...]. [...] Jedenfalls kann aus einer Unterzeichnung durch den Verwaltungsratspräsidenten keine – noch zu interpretierende – Willensäusserung an die Adresse einer nicht anwesenden juristischen Person (der Beschwerdegegnerin) abgeleitet werden.»⁴³

[67] d. Im referierten Urteil zitierte das Bundesgericht einzig sein 2016er-Urteil (vgl. Rz. 65), ohne sich dabei mit seiner früheren oder späteren Rechtsprechung auseinanderzusetzen. Gestützt auf sein 2016er-Urteil bejaht das Bundesgericht wie zuvor schon die Vorinstanz das Vorliegen einer gültigen Zessionserklärung im GV-Protokoll vom 10. August 1998 (vgl. Rz. 61). Es liesse sich argumentieren, dass vorliegend auch die Voraussetzungen des 2018er-Urteils (vgl. Rz. 66) erfüllt sind. Denn an der GV waren der Beschuldigte (als Zedent) und der Anzeigsteller (als Zessionar) anwesend (vgl. Rz. 60), womit das Erfordernis der gegenseitigen Willenserklärungen erfüllt war.⁴⁴ Zu beachten ist, dass im 2016er-Urteil der Zedent und der Zessionar das GV-Protokoll unterzeichneten. Diese Voraussetzung war in casu nicht erfüllt. Allerdings liesse sich diese Voraussetzung in Analogie zum Grundsatz der «halben Schriftlichkeit» vorliegend als erfüllt ansehen, weil der Zedent (d.h. der Beschuldigte) das GV-Protokoll unterzeichnete.⁴⁵

[68] 2. Die involvierten Gerichte erblickten auch in dem vom Beschuldigten als einzigem VR-Mitglied unterzeichneten Schreiben vom 15. März 1998 eine Zessionserklärung (vgl. Rz. 6061). Gegen eine Qualifikation dieses Schreibens als Zessionserklärung liesse sich einwenden, dass der Beschuldigte die Erklärung im Namen der Gesellschaft, d.h. in seiner Funktion als VR-Mitglied,

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 4.3 (besprochen von ALEXANDRE BOTH, Conditions de validité du transfert d'actions par cession en la forme d'un procès-verbal, GesKR 2016, S. 242 ff.); zustimmend LIEBERHERR/VISCHER (Fn. 27), S. 295 «Entsprechend können Zessionen auch in unterzeichneten Verwaltungsratsbeschlüssen oder unterzeichneten Generalversammlungsbeschlüssen enthalten sein, wenn die «richtigen» Personen unterschreiben.»

⁴² Die Mittelposition dürfte darin zu erblicken sein, dass der Zessionar bei der GV (oder VR-Sitzung) anwesend sein muss, damit die Willensäusserungen gegenseitig sind (MICHAEL KÜNDIG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Willenserklärungen in GV- und VR-Protokollen, in: dRSK, publiziert am 15. August 2019, Rz. 22).

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 4A_265/2018 vom 3. September 2018 E. 2.2.3 (besprochen von KÜNDIG/GALLI/VISCHER [Fn. 42], *passim*).

⁴⁴ Im Allgemeinen: KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Fn. 42), Rz. 23.

⁴⁵ Im Allgemeinen: KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Fn. 42), Rz. 24.

und nicht als Privatperson (bzw. Aktionär) abgegeben hat.⁴⁶ Diese Überlegungen lassen sich auch auf GV- und VR-Protokolle übertragen.

[69] 3. Das besprochene Strafurteil reiht sich in eine Serie von Urteilen ein, die sich mit der Frage beschäftigen, ob in einem GV-Protokoll eine Zessionserklärung erblickt werden kann. Da die Aktien an der Gesellschaft offensichtlich nicht *lege artis* übertragen worden waren, bediente sich das Bundesgericht eines Kunstgriffs, um die gültige Eigentumsverschaffung an den Aktien anzunehmen.⁴⁷ Dabei ist das Bundesgericht bis an die äusserste Grenze des Zulässigen gegangen. Bemerkenswert ist auch, dass ein Beschuldiger – soweit ersichtlich – erstmals gegen den Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 StGB) die fehlende Aktionärsstellung des Minderheitsaktionärs während des fraglichen Zeitraums behauptet und als Verteidigungsmittel genutzt hat.

3. Einrede des nicht erfüllten Aktienkaufvertrags (Art. 82 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A_262/2021 vom 30. September 2021 (MV/DG)⁴⁸

[70] Am 21. März 2018 schlossen B (Verkäufer, Kläger und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) und A (Käufer, Beklagter und Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer) einen Aktienkaufvertrag über 3'500 Namenaktien (nachfolgend: Aktien) der C AG ab. Vereinbart wurde ein Kaufpreis von CHF 735'000 (Sachverhalt Teil A).

[71] Der Aktienkaufvertrag enthielt zur Kaufpreiszahlung folgende Klausel (Sachverhalt Teil A):

«4. Kaufpreiszahlung

Der Kaufpreis ist auf das Bankkonto [...] zu überweisen:

- CHF 70'000.00 sind dem Verkäufer per Valuta 5. März 2018 bezahlt worden.
- Die restlichen CHF 665'000.00 sind Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien auf das genannte Konto zu bezahlen, spätestens am 31. Mai 2018 [...].»

[72] Am 21. Dezember 2018 klagte der Verkäufer beim Bezirksgericht Höfe gegen den Käufer und beantragte, der Käufer sei zu verpflichten, ihm CHF 665'000 zzgl. Zins zu zahlen. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2019 kündigte der Käufer an, in seinem Schlussvortrag die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erheben. Der Käufer erhob in seinem Schlussvortrag am 10. September 2020 die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Er führte aus, der Verkäufer habe

⁴⁶ Vgl. aber Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2010 vom 14. Juni 2010 E. 4.4 (besprochen von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 –«unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 3. Oktober 2011, Rz 60 ff.), wo das Bundesgericht entschied, dass der Verkäufer als einzelzeichnungsberechtigtes VR-Mitglied im Aktienkaufvertrag auch die Zielgesellschaft verpflichtet habe. A.M. Urteil des Bundesgerichts 4A_500/2011 vom 8. Mai 2012 E. 3.2 und 3.3, wo das Bundesgericht nicht davon ausging, dass die handelnden Parteien als Organe der Zielgesellschaft diese mit ihren Unterschriften ebenfalls verpflichtet haben (besprochen von LARA ELLIOTT/MARKUS VISCHER, Richterliche Kunstgriffe bei unüberschaubaren Vertragsgeflechten in M&A-Transaktionen, in: dRSK, publiziert am 30. Juli 2012).

⁴⁷ Siehe zu solchen Kunstgriffen im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen die in Fn. 46 zitierten Urteile.

⁴⁸ Vgl. auch MICHAEL KÜNDIG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Einrede des nicht erfüllten Aktienkaufvertrags (Art. 82 OR), in: dRSK, publiziert am 27. Januar 2022; NICOLAS ROUVINEZ, «Simultaneous performance of the parties obligations under a Share Purchase Agreement (SPA)», published on: Swiss Contract Law, December 17, 2021, <<https://swisscontract.law/11/>>.

seine Leistung weder erfüllt noch angeboten. Denn für die gültige Übertragung der Aktien fehle es nach wie vor an einer schriftlichen Zessionserklärung des Verkäufers resp. der Verkäufer habe keine schriftliche Zessionserklärung abgegeben (Sachverhalt Teil B.a).

[73] Mit Urteil vom 16. September 2020 verpflichtete das Bezirksgericht den Käufer, dem Verkäufer Zug um Zug gegen Übergabe der Aktien CHF 665'000 zu zahlen. Es erwog, der Käufer dringe mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zwar durch, dies führe allerdings nicht zur Klageabweisung, sondern zur Verpflichtung zur Leistung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe der Aktien (Sachverhalt Teil B.a).

[74] Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung beim Kantonsgericht Schwyz. Mit Urteil vom 29. März 2021 kam das Kantonsgericht zum Schluss, dass das Tatsachenfundament der Einrede des nicht erfüllten Vertrags vom Käufer im Schlussvortrag verspätet vorgetragen worden sei, weshalb der Käufer mit der Einrede nicht durchdringe. Das Kantonsgericht wies die Berufung des Käufers ab und hiess diejenige des Verkäufers teilweise gut. Das Urteil des Bezirksgerichts (Rz. 73) wurde entsprechend insoweit abgeändert, dass der Käufer verpflichtet wurde, dem Verkäufer CHF 665'000 zzgl. Zins zu zahlen, d.h. ohne dass der Verkäufer seinerseits verpflichtet wurde, Zug um Zug die Aktien zu übertragen (Sachverhalt Teil B.b).

[75] Der Käufer erhob dagegen Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er beantragte, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben und die Rechtsbegehren des Verkäufers seien vollumfänglich abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 8).

[76] **1.** Das Bundesgericht erwog, der Käufer wende sich in erster Linie gegen den Befund der Vorinstanz, er habe das Tatsachenfundament der Einrede des nicht erfüllten Vertrags verspätet vorgetragen. Er mache geltend, die Einrede nach Art. 82 OR unterstehe nicht dem Novenrecht, sondern sei jederzeit zulässig. Die Tatsachen seien auch nicht vom Käufer zu behaupten, die blosse Einrede genüge (E. 4).

[77] **2.** Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten wolle, müsse nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen habe. Art. 82 OR gewähre dem Schuldner damit eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten dürfe. Es obliege dem Schuldner, die Einrede zu erheben. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR sei nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (E. 5.1).

[78] **a.** Erhebe der Schuldner die Einrede, sei es am Gläubiger, zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten habe. Hingegen führe Art. 82 OR zu keiner Umkehr der Beweislast. Die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB gelte: Es obliege zunächst dem Gläubiger, der seine Forderung durchsetzen wolle, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die den Bestand seiner Forderung feststellen liessen. Der Schuldner, der die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebe, habe den Bestand seiner Gegenforderung zu beweisen. Es obliege anschliessend dem Gläubiger, die Erfüllung oder das gehörige Angebot seiner eigenen Leistung nachzuweisen, was auch bedeute, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trage (E. 5.2).

[79] **b.** Bis zu welchem Zeitpunkt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR im Verfahren zu erheben sei, bestimme sich nach dem Prozessrecht, hier nach der ZPO. Nach der ZPO haben die Parteien im ordentlichen Verfahren vor der ersten Instanz zwei Mal Gelegenheit, sich unbeschränkt zur Sache zu äussern sowie vorbehaltlos neue Tatsachen und Beweismittel in

den Prozess einzuführen: ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels und ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder – wenn kein solcher durchgeführt wird – an einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 Abs. 2 ZPO) oder «zu Beginn der Hauptverhandlung» (Art. 229 Abs. 2 ZPO), d.h. vor den ersten Parteivorträgen. Danach haben die Parteien nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (E. 5.3).

[80] c. Da die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR auf Tatsachenbehauptungen beruhe, könne sie vom Gericht nur berücksichtigt werden, wenn die Tatsachen, mit denen sie begründet werde, prozesskonform in das Verfahren eingeführt wurden. Konkret seien im erstinstanzlichen Verfahren die Tatsachen, auf denen die Einrede gründe, somit vor Aktenschluss vorzubringen oder es müssen die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sein. Weil es *in casu* an rechtzeitigen Tatsachenbehauptungen fehle, könne die in der Lehre umstrittene Frage offenbleiben, bis zu welchem Zeitpunkt die Einrede als solche im Prozess erhoben werden könne (E. 5.4).

[81] 3. Nach dem Ausgeführten könne der Auffassung des Käufers nicht gefolgt werden. Obwohl der Gläubiger für die Erfüllung oder das Angebot der Erfüllung beweibelastet sei, obliege es vorab dem Schuldner, die fehlende Erfüllung bzw. die fehlende Erfüllungsbereitschaft zu behaupten. Denn auf diese Behauptungen stütze er seine Einrede. Somit habe es vorliegend dem beklagten Käufer als Schuldner obgelegen, rechtzeitig das Tatsachenfundament der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR vorzutragen. Dass er rechtzeitig behauptet hätte, der Verkäufer habe nicht erfüllt und die Erfüllung nicht angeboten, mache der Käufer nicht geltend. Solches sei im Übrigen auch nicht ersichtlich: Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt habe der Käufer erst nach Aktenschluss in seinem Schlussvortrag (Art. 232 ZPO) die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben und erst dort die der Einrede zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen angeführt. Diese Tatsachenbehauptungen seien damit erst nach Aktenschluss vorgebracht worden, woran auch nichts ändere, dass der Käufer die «Erhebung der Einrede» bereits vorher «angekündigt» hatte. Dass es sich bei den vom Käufer neu vorgetragenen Tatsachen um zulässige Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handeln würde, mache der Käufer nicht geltend und sei auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz habe demnach zu Recht befunden, dass die der Einrede zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen des Käufers zu spät vorgebracht wurden (E. 6).

[82] **Bemerkungen:** 1. Die in der Lehre umstrittene Frage, bis zu welchem Zeitpunkt im Prozess ein Schuldner die Einrede nach Art. 82 OR erheben kann,⁴⁹ konnte das Bundesgericht offenlassen (siehe E. 5.4, Rz. 80). Denn der Käufer hatte die der Einrede nach Art. 82 OR zugrunde liegenden Tatsachen erst im Schlussvortrag, also nach Aktenschluss, in den Prozess eingeführt (siehe E. 6, Rz. 81). Daran änderte auch die Ankündigung des Käufers während der Hauptverhandlung nichts, er werde im Schlussvortrag die Einrede nach Art. 82 OR erheben (Rz. 72).

⁴⁹ *Erhebung der Einrede vor Aktenschluss:* CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 229 ZPO N 14b mit weiteren Nachweisen; in diesem Sinne auch (betreffend Erhebung der Verrechnungseinrede), DENIS TAPPY, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 221 ZPO N 41. *Erhebung der Einrede zu einem beliebigen Zeitpunkt:* DANIEL WILLISEGGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 229 ZPO N 18; differenzierend: MIGUEL SOGO/GEORG NAEGELI, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 229 ZPO N 11b.

[83] 2. Obwohl die Parteien im Aktienkaufvertrag vereinbart hatten, dass die Zahlung des Kaufpreises (bzw. der zweiten Kaufpreistranche) und die Übertragung des Eigentums an den Aktien Zug um Zug erfolgen sollen, führte das Nichteinhalten der prozessualen Regeln durch den Käufer im Ergebnis dazu, dass er verpflichtet wurde, dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen, ohne dass dieser seinerseits verpflichtet wurde, dem Käufer Zug um Zug die Aktien zu übertragen. Falls der Verkäufer vorliegend nach Erhalt des Kaufpreises die Übertragung der Aktien verweigert, müsste der Käufer gegen den Verkäufer klagen, um die Übertragung des Eigentums an den Aktien zu erwirken. Es würde mit anderen Worten in der gleichen Sache ein zweites Gerichtsverfahren stattfinden, was aus prozessökonomischer Sicht stossend ist.

[84] 3. Die vorliegende Streitigkeit geht auf den gescheiterten Vollzug eines Aktienkaufvertrags zurück.⁵⁰ In der Praxis wird die Pflicht der Parteien zum Vollzug (also zur Erfüllung) des Aktienkaufvertrags üblicherweise vom Eintritt gewisser Tatsachen (z.B. Erteilung öffentlich-rechtlicher Bewilligungen) abhängig gemacht.⁵¹ Solche Bedingungen werden als «Vollzugsbedingungen» oder «*Closing Conditions*» bezeichnet und sind in der Regel Suspensivbedingungen (Art. 151 Abs. 1 OR).⁵²

[85] a. Den Aktienkaufvertrag erfüllen die Parteien durch Vornahme der vertraglich vereinbarten Vollzugshandlungen («*Closing Actions*»), in der Regel durch Übergabe von Dokumenten («*Closing Deliverables*»). Üblicherweise vereinbaren die Parteien in der Praxis im Aktienkaufvertrag den Ort und den Zeitpunkt des Vollzugs (bei Vereinbarung von Vollzugsbedingungen wird der Zeitpunkt in Abhängigkeit von der Erfüllung derselben festgelegt) und umschreiben die Vollzugshandlungen. Betreffend die Vornahme der Vollzugshandlungen vereinbaren die Parteien in der Regel – wie auch *in casu* –, dass die Hauptleistungspflichten⁵³ Zug um Zug («*trait pour trait*») erbracht werden müssen und erklären damit das Art. 184 Abs. 2 OR⁵⁴ zugrunde liegende (dispositive) Konzept explizit für anwendbar.⁵⁵ Häufig vereinbaren die Parteien in der Praxis aber auch, dass einzelne oder alle Nebenleistungspflichten⁵⁶ ebenfalls Zug um Zug erfüllt werden müssen. Allerdings könnten die Parteien auch vereinbaren, dass eine Partei vorleistungspflichtig ist.⁵⁷

⁵⁰ Siehe zur Rechtsnatur des Aktienkaufvertrags z.B. MARKUS VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, S. 335 ff., S. 336 f.

⁵¹ TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Fn. 28), Rz. 381 ff.; URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 259.

⁵² TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Fn. 28), Rz. 381; PHILIPP CHIANI/MARKUS VISCHER, Suspensivbedingungen in Kaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 12. Januar 2012, Rz. 10; zum Verzicht auf Suspensivbedingungen in M&A Verträgen siehe CLAUDE SCHMID/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Konkludenter Verzicht der Parteien auf eine Suspensivbedingung, in: dRSK, publiziert am 12. November 2021, Rz. 18 ff.

⁵³ Also die Zahlung des Kaufpreises (Käufer) und die Übertragung des Eigentums an den verkauften Aktien (Verkäufer).

⁵⁴ Art. 184 Abs. 2 OR ist ein Anwendungsfall von Art. 82 OR (PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/1, Basel 1977, S. 17 f. mit dem Hinweis, dass Art. 213 Abs. 1 OR nur *prima vista* Art. 184 Abs. 2 OR widerspricht).

⁵⁵ SCHENKER (Fn. 51), S. 280 f.

⁵⁶ Die dispositive (z.B. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 76) Zug-um-Zug-Regel gemäss Art. 184 Abs. 2 OR gilt für jede in das Austauschverhältnis (vgl. Fn. 53) einbezogene Leistung (z.B. SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 184 OR N 51; ALFRED KOLLER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 184 OR N 96; a.M. SCHENKER [Fn. 51], S. 390).

⁵⁷ Vgl. SCHENKER (Fn. 51), S. 280; siehe auch DARIO GALLI/LINDA BIERI/MARKUS VISCHER, Beweislast für die Kaufpreiszahlung, in: dRSK, publiziert am 19. August 2015, Rz. 9.

[86] **b.** Gilt das Zug-um-Zug-Prinzip und erfüllt eine Partei am Vollzugsdatum den Aktienkaufvertrag nicht, kann die Partei, welche die Erfüllung angeboten hat, gegen die andere Partei auf Erfüllung des Aktienkaufvertrags klagen. Die beklagte Partei (wie hier der Käufer) kann jedoch die Einrede nach Art. 82 OR erheben, sofern die Parteien diese nicht ausgeschlossen haben.⁵⁸ Tut die beklagte Partei dies nicht oder nicht rechtzeitig (oder führt sie die der Einrede nach Art. 82 OR zugrunde liegenden Tatsachen zu spät in den Prozess ein) und wird die Klage gutgeheissen, wird sie – wie das referierte Urteil illustriert – zur Erfüllung des Aktienkaufvertrags verpflichtet und zwar ohne, dass die klagende Partei zur Zug-um-Zug-Erfüllung verpflichtet wird.

III. Grundstückskauf

1. Gewährleistungsausschluss; Aufklärungspflicht des Verkäufers; Opfermitverantwortung des Käufers

Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2020 vom 24. August 2021 (MV/DG)⁵⁹

[87] B (Beklagter und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) war Eigentümer eines Grundstücks im Kanton Genf, auf dem zwei Wohnhäuser (A und B, nachfolgend: Villa A und Villa B bzw. die Villen) standen. Die durch ein gemeinsames Schwimmbad getrennten Villen waren zwischen 1986 und 1987 auf den Grundmauern eines bereits bestehenden Gebäudes errichtet worden (Sachverhalt Teil A.a).

[88] Im Jahr 2013 nahm der Verkäufer, ohne ein Fachunternehmen beizuziehen, Erneuerungs- und Umbauarbeiten an den Villen und den Carports vor. Zudem führte er einige Wartungsarbeiten am Schwimmbad durch, das er mit Wasser befüllte und zum letzten Mal im Sommer 2013 benutzte (Sachverhalt Teil A.b).

[89] Anfang 2014 beauftragte der Verkäufer eine Immobilienmaklerin, die A (Kläger und Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer) die Villa B zum Preis von CHF 1'790'000 zum Kauf anbot. In diesem Zusammenhang wies der Verkäufer (und/oder an seiner Stelle die Immobilienmaklerin) den Käufer darauf hin, dass er die Arbeiten zur Erneuerung der Dächer der Villa B und des Carports selbst durchgeführt hatte und das Schwimmbad noch im Sommer 2013 mit Wasser befüllt und benutzt worden war. Bei den Besichtigungen der Villa B durch den Käufer war das Schwimmbad nicht mit Wasser befüllt und seine Original-Maschinerie war nicht mehr funktionstüchtig. Der Verkäufer gab daraufhin an, dass zur Wiederinbetriebnahme des Schwimmbads lediglich die Pumpe zum Preis von CHF 300 ausgetauscht werden müsse (Sachverhalt Teil A.d).

[90] Am 24. und 25. Februar 2014 einigten sich die Parteien auf den Erwerb der Villa B «wie besehen» zum Preis von CHF 1'600'000. Am 27. März 2014 übertrug der Verkäufer das Grundstück, auf dem die Villa B steht (inkl. die Garage und die Hälfte des Schwimmbads), gegen Bezahlung von CHF 1'600'000 an den Käufer. Unter der Überschrift «Garantien» vereinbarten die Parteien in der Verkaufsurkunde, soweit gesetzlich zulässig, einen Gewährleistungsausschluss (Sachverhalt Teil A.e).

⁵⁸ ULRICH G. SCHROETER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 82 OR N 3.

⁵⁹ Vgl. auch JENNY VON ARX/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Der Ausschluss der Gewährleistung beim Immobilienkauf, in: dRSK, publiziert am 30. Juni 2022; YLBER HASANI, Gewährleistung für erkennbare Mängel, ius.focus 2022, Nr. 31.

[91] Im Sommer 2014 machte der Käufer gegenüber dem Verkäufer erstmals geltend, dass (i) das Schwimmbad nicht funktionstüchtig sei und seiner Meinung nach saniert werden müsse und (ii) das Gebälk der Garage einen strukturellen Mangel aufweise und deshalb Einsturzgefahr drohe (Sachverhalt Teil A.f). Weiter führte er im März 2015 aus, dass das Dach der Villa im Winter 2014/2015 undicht war (Sachverhalt Teil A.g), was er auf die Bauarbeiten am Dach zurückführte (Sachverhalt Teile A.h und A.i).

[92] Am 25. September 2015 beantragte der Käufer – ohne vorgängige Betreuung oder Klage – die Verarrestierung des Vermögens des Verkäufers als Sicherheit für seine Ansprüche aus dem Kauf. Der Arrest wurde am 28. September 2015 in der Höhe von CHF 200'000 angeordnet und am 1. Oktober 2015 vollstreckt (Sachverhalt Teil A.j).

[93] Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung verlangte der Käufer mit Klage vom 11. Januar 2016 die Gewährleistung für Mängel an der Villa B und die Arrestprosequierung (Art. 279 SchKG). Er schloss *in fine* hauptsächlich auf Bezahlung von CHF 204'377.80 zzgl. Zinsen und Bewilligung des Arrests. Das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf ordnete ein Gutachten über die verkaufte Villa B an, um das Vorhandensein und gegebenenfalls das Ausmass der verschiedenen Mängel festzustellen, die im Zusammenhang mit dem Dach, dem Gebälk des Carports und dem Schwimmbad geltend gemacht wurden. Mit Urteil vom 24. Januar 2020 verpflichtete das Gericht den Verkäufer, dem Käufer CHF 2'000 zzgl. Zinsen zu zahlen. Dieser Betrag entsprach den Kosten für die Instandsetzung des Gebälks des Carports. Zudem bewilligte das Gericht den Arrest in entsprechender Höhe und wies alle weiteren Anträge der Parteien ab (Sachverhalt Teil B.a). Mit Urteil vom 2. Oktober bestätigte die Genfer *Cour de Justice* das erstinstanzliche Urteil auf Berufung des Käufers hin (Sachverhalt Teil B.b).

[94] Der Käufer reichte daraufhin Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein und griff die in seiner Klage gestellten Anträge auf Zahlung und Arrestbewilligung erneut auf (Sachverhalt Teil C). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (E. 7).

[95] 1. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Parteien durch einen Kaufvertrag (Art. 184 Abs. 1 OR) über ein Grundstück (Art. 216 ff. OR) gebunden seien und den Ausschluss der Gewährleistung vorgesehen haben. Der Streit vor Bundesgericht betreffe nur noch zwei Elemente, die der Käufer für mangelhaft halte und für die er Minderwert verlange (Art. 205 Abs. 1 OR), nämlich das Dach der Villa B und das Schwimmbad (E. 3).

[96] 2. Weiter hielt das Bundesgericht fest, die Art. 197 ff. OR, welche die Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache behandeln, seien analog auf den Grundstückskauf anwendbar (Art. 221 OR). Gemäss Art. 197 OR müsse der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch für die Mängel, die in materieller oder rechtlicher Hinsicht den Wert oder die Tauglichkeit der Sache aufheben oder erheblich mindern, haften (Abs. 1). Er hafte für diese Mängel auch dann, wenn er sie nicht kannte (Abs. 2). Die Haftung des Verkäufers entfalle, wenn der Käufer den Mangel kannte oder hätte kennen können und müssen. Nach Art. 200 Abs. 2 OR werde die Kenntnis des Mangels vermutet, wenn er für eine Person, die die nach den Umständen gebotene Sorgfalt walten lässt, erkennbar ist; dies sei ein Anwendungsfall von Art. 3 Abs. 2 ZGB (E. 4.1).

[97] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Parteien vereinbaren können, die Gewährleistung für Mängel aufzuheben oder einzuschränken. Eine solche Klausel sei jedoch nichtig, wenn der Verkäufer die Mängel arglistig verschwiegen habe (Art. 199 OR). Das «arglistige Verschweigen» umfasse Verhaltensweisen der absichtlichen Täuschung. Es sei insbesondere dann gegeben, wenn der Verkäufer seinen Vertragspartner nicht über einen Mangel informiere, obwohl er eine

Informationspflicht habe, die sich aus den Regeln des guten Glaubens ergeben könne. Ob eine Informationspflicht bestehe, hänge von den Umständen des konkreten Falls ab. Dies setze voraus, dass der Verkäufer tatsächlich Kenntnis vom Mangel habe; Unkenntnis selbst aufgrund eigener grober Fahrlässigkeit genüge nicht (E. 4.2).

[98] 3. Betreffend das Dach der Villa B habe die Vorinstanz die Anträge des Käufers mit folgender Argumentation abgewiesen: Der Verkäufer habe das Dach 2013 renoviert, wobei die Renovierungsarbeiten in einigen Punkten nicht den Regeln der Technik entsprochen haben und die Ursache für die festgestellten Durchfeuchtungen im Winter 2014/2015 gewesen seien. Die Villa sei daher mit Mängeln behaftet. Das vom Gericht angeordnete Gutachten habe festgestellt, dass diese Mängel zum Zeitpunkt des Verkaufs für einen Laien nicht erkennbar gewesen seien. Angesichts der im Kaufvertrag enthaltenen Klausel über den Ausschluss der Gewährleistung sei es daher um die Frage gegangen, ob der Verkäufer dem Käufer dies arglistig verschwiegen hatte (Art. 199 OR). Es hätten aber keine Anhaltspunkte dafür existiert, dass der Verkäufer sich der nicht ordnungsgemässen oder nicht dauerhaften Natur der von ihm am Dach durchgeführten Arbeiten bewusst gewesen ist oder dass er absichtlich mangelhafte Arbeiten durchgeführt hat. Der gute Glaube im Geschäftsverkehr verlange lediglich, dass er dem Käufer offenlege, dass die Arbeiten am Dach nicht von Fachleuten ausgeführt worden waren, was er getan habe. Daher seien die Dacharbeiten unter den vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss gefallen (E. 5.1).

[99] Der Käufer behaupte, dass der Verkäufer ihm vor der Unterzeichnung des Kaufvertrags zugesichert hätte, dass das Dach der Villa B neu gewesen sei und nicht bloss renoviert. Die Vorinstanz habe willkürlich gehandelt, weil sie dies nicht feststellte. Das Bundesgericht entgegnete, die Vorinstanz habe festgehalten, dass der Verkäufer (und/oder seine Maklerin) gegenüber dem Käufer offengelegt hatte, dass er persönlich die Arbeiten zur Erneuerung des Gebälks der Villa und der Überdachung durchgeführt hätte, und nicht, dass das Dach des Hauses neu wäre. Es liege daher keine Willkür in den Feststellungen der Vorinstanz. Vor diesem Hintergrund könne dem Käufer nicht gefolgt werden, wenn er die angeblich erhaltene, jedoch nicht vorinstanzlich festgestellte Information, wonach das Dach neu sei, mit einer ausdrücklichen, vom Gewährleistungsausschluss nicht erfassten Zusicherung gleichsetze. Da sich die Rüge der Verletzung von Art. 199 OR daher erschöpfe, könne sie nur zurückgewiesen werden (E. 5.2).

[100] 4. In Bezug auf das Schwimmbad urteilte die Vorinstanz, dass der Käufer den behaupteten Mangel, d.h. die fehlende Funktionstüchtigkeit des Schwimmbads, auch wegen Austausch einer Pumpe nicht nachgewiesen habe. Gemäss Vorinstanz hätte das Gutachten zwar ergeben, dass das Schwimmbad und seine Installationen veraltet gewesen seien, Abnutzungsspuren aufgewiesen haben und nicht mehr dem gegenwärtigen Baustandard entsprochen haben. Der Experte habe jedoch darauf hingewiesen, dass nur ein erneutes Einlassen von Wasser in das Schwimmbad – was der Käufer nie getan habe – die Funktionstüchtigkeit des Schwimmbads und seiner technischen Anlagen aufzeige. Vorbehaltlich des Austauschs bestimmter Teile wie einer Pumpe könne daher nicht behauptet werden, dass das Schwimmbad zum Zeitpunkt des Kaufs der Villa B nicht in einem Zustand gewesen sei, der die Befüllung mit Wasser und Benutzung zugelassen hätte. Was die Aussagen des Verkäufers betreffe, so habe dieser dem Käufer lediglich mitgeteilt, dass das Schwimmbad, das zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht mit Wasser befüllt gewesen sei, im Sommer 2013 zum letzten Mal benutzt worden sei und dass seine Wiederinbetriebnahme nur den Austausch einer Pumpe zum Preis von rund CHF 300 erfordere. Die Unrichtigkeit dieser Aussagen werde jedoch nicht überprüft. Was allfällige Unvollkommenheiten und Mängel des Schwimm-

bads aufgrund dessen Alters, die der Verkäufer dem Käufer verschwiegen habe, betreffe, so fallen diese unter den vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss (E. 6.1).

[101] Der Käufer sei der Ansicht, dass die Vorinstanz erneut willkürlich gehandelt habe. Nach seinen Ausführungen hätte die Vorinstanz festgestellt, dass «(er) bei seiner Besichtigung vor dem Verkauf der Villa B von sich aus hätte feststellen können, dass die Schwimmbadmaschinerie nicht mehr funktionstüchtig war». In der Tat stelle das vorinstanzliche Urteil fest, dass bei den Besichtigungen der Villa B durch den Käufer das Schwimmbad nicht mit Wasser befüllt gewesen und seine ursprüngliche Maschinerie nicht mehr funktionstüchtig gewesen sei. Dies stehe aber nicht im Widerspruch zur Feststellung, dass der Verkäufer dem Käufer mitgeteilt habe, dass nur eine Pumpe zum Preis von CHF 300 erforderlich wäre. Diese Mitteilung werde vom Käufer denn auch nicht bestritten. Sie setze aber logisch voraus, dass die Maschinerie im Besichtigungszeitpunkt nicht funktionstüchtig gewesen sei, was der Käufer aber als willkürlich rüge. Der Käufer zitiere zudem das gerichtliche Gutachten, um zu belegen, dass der Austausch der Pumpe für eine Wiederinbetriebnahme nicht ausgereicht hätte. Das Gutachten sei jedoch nicht so eindeutig, dass man daraus schliessen könnte, dass die Vorinstanz willkürlich gehandelt hätte: Der Gutachter äussere sich zwar kritisch zu den technischen Einrichtungen, gehe aber nicht so weit, zu behaupten, dass die Maschinerie – wie «gebastelt» sie auch sein mag – mit dem Ersatz der fraglichen Pumpe nicht funktionieren würde. Der Vorwurf könne daher nur zurückgewiesen werden (E. 6.2).

[102] 5. Die Argumentation der Vorinstanz habe an dieser Stelle legitimerweise enden können. Denn nur wenn ein Mangel im oben beschriebenen Sinne (E. 4.1) vorliege, könne der Verkäufer zur Gewährleistung verpflichtet werden. Der Käufer behaupte zwischen den Zeilen, der Verkäufer habe ihm über seine Maklerin versichert, dass das Schwimmbad «in Ordnung» sei. Nichts dergleichen gehe aber aus dem vorinstanzlichen Urteil oder der Anhörung der fraglichen Maklerin hervor. Auf der Grundlage von Garantien, die dem Käufer nicht gegeben wurden, sei daher keine Verletzung von Art. 199 OR zu erkennen. Aus diesen Gründen sei die Klage abzuweisen (E. 6.2 und 7).

[103] **Bemerkungen: 1.** Das Bundesgericht hatte bereits verschiedentlich Gelegenheit, sich zum Umfang von Gewährleistungsausschlüssen zu äussern.⁶⁰ Während die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Gewährleistungsausschlüssen hohe Ansprüche an die Aufklärungspflicht stellte und sich im Ergebnis tendenziell käuferfreundlich zeigte,⁶¹ entschied das Bundesgericht vorliegend zugunsten des Verkäufers und verwehrte dem Käufer im Ergebnis die Geltendmachung von Schadenersatz unter Berufung auf Art. 199 OR.

[104] 2. Art. 197 Abs. 1 OR definiert den Mangel als Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder als Aufhebung oder erhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit der Sache zum Gebrauch. Ein Mangel liegt mit anderen Worten vor, wenn die Ist- von der Soll-Beschaffenheit abweicht.⁶² Der nach herrschender Lehre zweigeteilte Mängelbegriff in Art. 197 Abs. 1 OR ist mit

⁶⁰ So beispielsweise Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 (besprochen von LUKAS WAEBER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Mängelhalbkenntnis erfüllt unter Umständen das Tatbestandsmerkmal der Arglist, in: dRSK, publiziert am 24. August 2022); Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2015 vom 25. Juni 2015 (besprochen von DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 30. September 2015).

⁶¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021 (besprochen in Rz. 145 ff.); Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 (besprochen von LEANDRO SCHAFFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht, in: dRSK, publiziert am 26. Februar 2021).

⁶² HONSELL (Fn. 56), S. 90.

Blick auf die Erfüllungstheorie vielmehr als einheitlicher Begriff zu qualifizieren und der Mangel als Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft zu verstehen.⁶³ Grundsätzlich haftet der Verkäufer auch dann, wenn er den Mangel nicht gekannt hat (Art. 197 Abs. 2 OR). Gemäss Art. 199 OR ist die Aufhebung oder Beschränkung dieser Gewährleistungspflicht ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer Mängel arglistig verschwiegen hat.⁶⁴

[105] 3. Das Bundesgericht stützt das vorliegende Urteil nicht direkt auf die vom strafrechtlichen Betrug auf die zivilrechtliche Täuschung übertragene Rechtsfigur der Opfermitverantwortung, die das Bundesgericht explizit ablehnt und stattdessen teilweise von «vertraglicher Selbstverantwortung» spricht.⁶⁵ Allerdings geht aus dem Entscheid und der Wiedergabe der vorinstanzlichen Überlegungen klar hervor, dass es am Käufer gewesen wäre, die Villa inklusive Schwimmbad im Vorfeld des Vertragsschlusses eingehend auf allfällige Mängel zu prüfen.⁶⁶

[106] a. Richtigerweise wurde das wasserdurchlässige Dach als mangelhaft bezeichnet. Strittig war einzig die Frage, ob eine weitergehende Aufklärung notwendig gewesen wäre bzw. ob eine wie vom Käufer geltend gemachte Zusicherung der Neuheit des Dachs gemacht worden ist. Das Bundesgericht schützte die Schlussfolgerungen der Vorinstanz, verneinte das Vorliegen einer Zusicherung und liess es unter Gesichtspunkten von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr genügen, dass der Verkäufer darauf hingewiesen hat, die Arbeiten selbst ausgeführt zu haben.

[107] b. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung setzt für das Bestehen einer Aufklärungspflicht voraus, dass der Verkäufer selbst tatsächlich Kenntnis des Mangels hatte, wobei Unwissenheit aufgrund selbst grober Fahrlässigkeit nicht ausreicht.⁶⁷ Damit unterstellten die Gerichte vorliegend dem offenbar nicht fachkundigen Verkäufer auch keine Kenntnis der Mangelhaftigkeit seiner Arbeiten. Es wäre demzufolge am Käufer gewesen, aufgrund des Umstands, dass die Arbeiten nicht von einer Fachperson ausgeführt worden waren, selbst Nachforschungen zum Zustand des Dachs anzustellen.⁶⁸

[108] c. Da in Bezug auf das Schwimmbad vorinstanzlich festgestellt und vom Käufer implizit anerkannt worden war, dass die Maschinerie des Schwimmbads im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht funktionstüchtig war und dies so mit den Angaben des Verkäufers übereinstimmte, konnte logisch auch kein Mangel, über den getäuscht wurde, vorliegen. Im Übrigen fehlte es am Nachweis weiterer Zusicherungen, die für eine Verletzung von Art. 199 OR vorausgesetzt gewesen wären. Denn auch diesbezüglich hatte die Vorinstanz den Käufer auf seine Möglichkeit, das Schwimmbad vor Vertragsabschluss auf seine Funktionstüchtigkeit hin zu prüfen, verwiesen.⁶⁹

⁶³ MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1 ff., S. 3.

⁶⁴ Die Vorgehensweise lehnt sich dabei an eine AGB-ähnliche Kontrolle an. Siehe dazu MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 182 ff., S. 183 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 E. 6.3.2; dazu SCHAFER/GALLI/VISCHER (Fn. 61), Rz. 15; zur Täuschung und sog. Opfermitverantwortung im Allgemeinen siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3, nicht publ. in: BGE 143 III 495 (besprochen von VISCHER/GALLI [Fn. 33], S. 1398 ff.).

⁶⁶ Siehe E. 5.1 und 5.2 (vgl. Rz. 98 f.) bzw. E. 6.2 (vgl. Rz. 101).

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20. August 2009 E. 4.1; BGE 81 II 138 E. 3 S. 141.

⁶⁸ Vgl. VISCHER (Fn. 28), S. 229 ff., für detaillierte Ausführungen zu Informationspflichten und Nachforschungsobliegenheiten.

⁶⁹ Zum Ganzen siehe E. 6.2 (Rz. 101).

[109] 4. Als Fazit lässt sich festhalten, dass mit Blick auf die weit verbreitete Praxis der Notariate, Gewährleistungsausschlüsse bei Grundstückkaufverträgen standardmässig in den Vertrag einzubeziehen,⁷⁰ eine genaue Prüfung des Kaufgegenstands vor Abschluss des Kaufvertrags im besten Interesse des Käufers liegt. Das Gesetz statuiert keine allgemeine vorvertragliche Untersuchungspflicht,⁷¹ der Käufer kann sich aber, so zeigt das kommentierte Urteil, nicht blind auf die grundsätzlich eher käuferfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. Rz. 103) verlassen.

2. Täuschung über Zustand der Wohnung; persönliche Haftung der Organe bei absichtlicher Täuschung

Urteil des Bundesgerichts 4A_649/2020 vom 26. Mai 2021 (MV/DG)⁷²

[110] Die A AG (Beklagte 1, Beschwerdeführerin 1, nachfolgend: Bauherrin) errichtete als Bauherrin zwei Mehrfamilienhäuser mit je vier Wohnungen. Beide Gebäude (Haus West und Haus Ost) wurden 2014 im Rohbau fertiggestellt, der Innenausbau erfolgte 2015. Die Bauherrin hatte als Generalunternehmerin die F GmbH beauftragt, für die Ingenieurarbeiten die G AG. Letztere führte unter anderem die statischen Berechnungen für die beiden Mehrfamilienhäuser durch. Am 9. Juni 2016 verkaufte die Bauherrin das Stockwerkeigentum an der 4.5-Zimmerwohnung im Erdgeschoss des Hauses West an D und E (Kläger, Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer). Der Kaufpreis betrug CHF 1'425'000. Das Landgerichtspräsidium Uri eröffnete am 5. Januar 2017 den Konkurs über die G AG (Sachverhalt Teil A).

[111] Am 13. Juni 2017 erhoben die Käufer Klage beim Bezirksgericht Kriens. Sie machten im Wesentlichen geltend, die Bauherrin sowie die für sie handelnden Organe, B und C (Beklagte 2 und 3, Beschwerdeführer 2 und 3, nachfolgend: Organe der Bauherrin), hätten sie über den Zustand der Wohnung absichtlich getäuscht. Die Bauherrin und ihre Organe seien ihrer Aufklärungspflicht über die bestehenden und ihnen bekannten Mängel der Wohnung nicht nachgekommen, sondern sie hätten den Käufern im Kaufvertrag zugesichert, es handle sich um eine bezugsbereite Neubauwohnung und es seien keine Streitigkeiten pendent oder in Aussicht. Entsprechend verlangten die Käufer vor Bezirksgericht zusammengefasst, es sei festzustellen, dass der zwischen den Käufern und der Bauherrin geschlossene Kaufvertrag unverbindlich sei, und es seien die Bauherrin sowie ihre Organe in solidarischer Haftung zu verpflichten, den Käufern insgesamt CHF 1'425'000 zu bezahlen, nebst Zins, alles Zug um Zug gegen Eintragung der Bauherrin als Eigentümerin des betreffenden Grundstücks im Grundbuch (Sachverhalt Teil B).

[112] Mit Urteil vom 21. Februar 2020 hiess das Bezirksgericht die Klage insoweit gut, als es die Bauherrin und ihre Organe verpflichtete, den Käufern CHF 1'425'000 nebst Zins zu 5% in solidarischer Haftung zu bezahlen, Zug um Zug gegen Eintragung der Bauherrin als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch. Die von der Bauherrin sowie ihren Organen dargelegte erhobene

⁷⁰ Vgl. HONSELL (Fn. 56), S. 197; siehe auch MARKUS VISCHER/LUCAS HÄNNI, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP 2012, S. 613 ff., S. 622; kritisch: MAJA R. BAUMANN, Gewährleistungen in Grundstückkaufverträgen mit professionellen Investoren, AJP 2010, S. 1269 ff., S. 1270.

⁷¹ VISCHER (Fn. 28), S. 232 und 234, je mit weiteren Nachweisen.

⁷² Vgl. auch MARINA BEELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Persönliche Haftung der Organe bei absichtlicher Täuschung, in: dRSK, publiziert am 8. September 2022.

Berufung wies das Kantonsgericht Luzern am 3. November 2020 ab und bestätigte das Urteil des Bezirksgerichts vollumfänglich (Sachverhalt Teil B).

[113] Gegen den Entscheid des Kantonsgerichts erhoben die Bauherrin und ihre Organe Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie beantragten, das Urteil des Kantonsgerichts Luzern sei aufzuheben und es sei die Klage der Käufer vollumfänglich abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 7).

[114] 1. Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setze, so das Bundesgericht, gemäss Art. 28 Abs. 1 OR voraus, dass der Vertragspartner absichtlich getäuscht und durch die Täuschung zum Vertragsschluss verleitet wurde. Der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum müsse somit kausal für den Abschluss des Vertrags gewesen sein. Im Gegensatz zum Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR werde bei der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 1 OR nicht vorausgesetzt, dass der erregte Irrtum ein wesentlicher gewesen sei (E. 5.3.1).

[115] 2. Die Bauherrin und ihre Organe beriefen sich gegen die Bejahung der absichtlichen Täuschung durch die Vorinstanz darauf, dass nur dann eine absichtliche Täuschung vorliegen könne, wenn sie die Käufer über die in den beiden Berichten aus dem Jahr 2017 geschilderten «grundlegenden statischen Mängel» getäuscht hätten (E. 5.3.2).

[116] a. Dem sei gemäss Bundesgericht nicht so. Auch die Vorinstanz habe festgestellt, dass der Beweis nicht erbracht sei, wonach die Bauherrin und die Organe der Bauherrin, um die in den Berichten von 2017 beschriebenen grundlegenden statischen Mängel wussten. Wie die Vorinstanz aber ebenso richtig erkannt habe, sei nicht ausschlaggebend, ob die Bauherrin und die Organe der Bauherrin im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages mit den Käufern von genau diesen grundlegenden statischen Mängeln wussten, wie sie in den genannten Berichten von 2017 festgehalten wurden. Vielmehr habe die Vorinstanz zutreffend als ausschlaggebend erachtet, dass die Bauherrin und die Organe der Bauherrin im November 2015 davon Kenntnis hatten, dass insbesondere die Decke über der verkauften Wohnung wesentliche statische Mängel aufwies. Aus welchen Gründen die Bauherrin und die Organe der Bauherrin die Käufer entgegen der Auffassung der Vorinstanz über diese bereits im November 2015 bekannten Mängel vor dem Verkauf der Wohnung im Juni 2016 nicht hätten aufklären müssen, sei nicht ersichtlich, und die Bauherrin und die Organe der Bauherrin legen dies auch nicht nachvollziehbar dar. Es sei somit davon auszugehen, dass die Bauherrin und die Organe der Bauherrin die Käufer vor dem Verkauf der Wohnung von sich aus über die Senkungen der Decken hätten informieren müssen. Indem sie dies unterliessen, verletzten sie die Aufklärungspflicht und täuschten die Käufer damit absichtlich (E. 5.3.2).

[117] b. Die übrigen Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung, so das Bundesgericht, seien ohne Weiteres erfüllt, was die Bauherrin und die Organe der Bauherrin vor Bundesgericht auch nicht rechtsgenügend in Frage gestellt hätten. Die Vorinstanz sei damit bezüglich des Verschweigens der Senkung der Decken zu Recht von einer absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR ausgegangen (E. 5.3.2).

[118] 3. Schliesslich würden die Bauherrin und die Organe der Bauherrin die Organhaftung der Organe der Bauherrin beanstanden. Sie stellen sich dafür im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Organe der Bauherrin hätten die Käufer nicht täuschen können, da sie von den «grundlegenden statischen Mängeln», wie sie in den Berichten von 2017 festgestellt wurden, keine Kenntnis hatten und auch nicht hätten haben können. Nach dem Ausgeführten können die Bauherrin und die Organe der Bauherrin aus dieser Argumentation nichts zu ihren Gunsten ableiten (E. 5.3.2).

Im Übrigen würden die Erwägungen der Vorinstanz bezüglich der persönlichen Haftung der Organe nicht hinreichend beanstandet (E. 6).

[119] **Bemerkungen: 1.** Das vorliegende Urteil des Bundesgerichts reiht sich in eine lange Liste von Urteilen ein, die sich mit dem Thema der absichtlichen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer beim Grundstückkauf auseinandersetzen. Der Grund für die Häufigkeit dieses Themas im Gerichtsalltag liegt in der Regel darin, dass die Haftung des Verkäufers für Mängel in den Grundstückkaufverträgen routinemässig wegbedungen ist. Entsprechend bleibt dem Käufer bei Mängeln oft nur der Ausweg, sich auf absichtliche Täuschung zu berufen. Diese Situation ist unbefriedigend, aber eine Realität, nicht zuletzt deswegen, weil der Grundstückmarkt seit bereits geraumer Zeit ein Verkäufermarkt ist, in dem der Verkäufer die Bedingungen des Kaufvertrags diktieren kann.⁷³

[120] In diesem Sinne ist das vorliegende Urteil des Bundesgerichts nicht bemerkenswert. Es ist, soweit dies aufgrund des vom Bundesgericht festgehaltenen Sachverhalts überhaupt beurteilt werden kann, im Resultat auch richtig. Allerdings kann man sich wie immer bei der Berufung auf absichtliche Täuschung die Frage stellen, ob die Käufer bei einer vertiefteren Auseinandersetzung mit dem Kaufobjekt den Mangel nicht selbst hätten entdecken können.⁷⁴

[121] 2. Bemerkenswert am referierten Urteil ist allerdings, dass nicht nur die Bauherrin (also die täuschende Vertragspartei), sondern auch die Organe der Bauherrin persönlich und solidarisch mit der Bauherrin verpflichtet wurden, den Käufern insgesamt CHF 1'425'000 zu bezahlen, nebst Zins, alles Zug um Zug gegen Eintragung der Bauherrin als Eigentümerin des betreffenden Grundstücks im Grundbuch.

[122] a. Rechtlich ist das zwar nicht weiter erstaunlich, ist doch die absichtliche Täuschung eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR,⁷⁵ für die neben der juristischen Person gemäss Art. 55 Abs. 3 ZGB auch ihre Organe und gemäss Art. 50 Abs. 1 OR allenfalls weitere Personen haften. Tatsächlich dürfte dieses Risiko aber den wenigsten Repräsentanten einer in einen Grundstückverkauf als Verkäufer involvierten juristischen Person bekannt sein.

[123] b. Nachdem die Tatbestandsvoraussetzungen der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 41 Abs. 1 OR und dem strafrechtlichen Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB weitgehend deckungsgleich sind,⁷⁶ besteht aber nicht nur das Risiko,

⁷³ Zum Ganzen z.B. MARKUS VISCHER/LUCAS HÄNNI, M&A-Standard auch für den Immobilienkauf: ein Mustervertrag, AJP 2015, S. 624 ff., S. 635, insbesondere Anm. 33; MARKUS VISCHER, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, ZBGR 2015, S. 217 ff., S. 218; VISCHER/HÄNNI (Fn. 70), S. 622 ff.; VISCHER (Fn. 64), S. 182 ff.; siehe auch GALLI/VISCHER (Fn. 60), Rz. 11 ff.

⁷⁴ Vgl. zu dieser Frage im Allgemeinen: LEANDRO SCHAFFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Arglistige Täuschung über unbewilligte Bauarbeiten, in: dRSK, publiziert am 11. August 2021, Rz. 13; GALLI/VISCHER (Fn. 60), Rz. 14; ELENA KOCH/MARKUS VISCHER, Die «falsche» Zone beim Grundstückskauf, in: dRSK, publiziert am 17. Oktober 2014, Rz. 22 ff.; SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Augen auf, Kauf ist Kauf, in: dRSK, publiziert am 22. Mai 2013, Rz. 8 ff.

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_285/2017 vom 3. April 2018 E. 6.1 (besprochen von MARKUS VISCHER, Entscheidungsbesprechungen. BGer 4A_285/2017: Deliktische Haftung infolge absichtlicher Täuschung – Abschied von der ciz bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur»?; AJP 2018, S. 908 ff.).

⁷⁶ Gl.M. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_286/2018: Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 2019, S. 1067 ff., S. 1069 ff.; VISCHER/GALLI (Fn. 33), S. 1401; 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. 549 ff.; a.M. Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2021 vom 17. Juni 2022 E. 4.2 mit weiteren Nachweisen.

dass sich die Organe und allfällige weitere Personen auf Seiten der Verkäuferschaft zivilrechtlich verantwortlich machen, sondern auch das Risiko, sich strafrechtlich verantworten zu müssen.

[124] c. Die auf Seiten einer juristischen Person als Verkäufer in einen Grundstücksverkauf involvierten Personen tun deshalb gut daran, es mit der Aufklärung des Käufers über ihnen bekannte Mängel des Grundstücks genau zu nehmen und die Informationsweitergabe sehr gut zu dokumentieren. Das Gleiche gilt für Mängel, die auf Verkäuferseite zwar nicht im Detail bekannt sind, mit deren Vorhandensein die Verkäuferseite aber ernsthaft rechnen muss.⁷⁷

3. Kaufsvertrag über Bauparzellen; Nichtausübung des Kaufsrechts infolge Annahme Zweitwohnungsinitiative; Anzahlung als unechte Konventionalstrafe oder Entgelt für Kaufsrecht (Art. 216 OR, Art. 163 Abs. 3 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A_227/2020 vom 28. Januar 2021 (CB)⁷⁸

[125] Die Erbengemeinschaft, bestehend aus den Erben A1A7, schloss am 20. Juni 2011 einen öffentlich beurkundeten Vertrag mit der B SA ab, worin sie dieser ein Kaufsrecht an fünf unüberbauten Grundstücken in einer Walliser Gemeinde einräumte. Die Parteien vereinbarten einen Kaufpreis von insgesamt CHF 13 Mio., von denen CHF 7 Mio. als Anzahlung («acompte réservation») bei Vertragsschluss zu bezahlen waren. Bei Ausübung des Kaufsrechts sollte diese Anzahlung dem Kaufpreis angerechnet werden und der Restbetrag von CHF 6 Mio. bezahlt werden. Bei Nichtausübung des Kaufsrechts sollte die Anzahlung definitiv den Erben verbleiben.

[126] Das Kaufsrecht war auf 15 Monate seit Vertragsunterzeichnung befristet, längstens jedoch bis am 30. September 2012. Die B SA war verpflichtet, bis zum 31. Januar 2012 ein Gesuch für eine Baubewilligung einzureichen. Das Kaufsrecht war innert 60 Tagen nach Erhalt der Baubewilligung auszuüben. Wenn keine Baubewilligung bis am 31. Januar 2012 eingereicht wird oder nach erteilter Baubewilligung die B SA nicht innert 60 Tagen das Kaufsrecht ausübt, wird ein Verzicht auf das Kaufsrecht vermutet und die geleistete Anzahlung verfällt den Erben. Bei Nichterteilung der Baubewilligung muss die B SA das Kaufsrecht spätestens bis am 30. September 2012 ausüben.

[127] Am 10. Juni 2011 (zehn Tage vor Vertragsabschluss) zahlte die B SA die Anzahlung und das Kaufsrecht wurde im Grundbuch eingetragen. Aufgrund der Komplexität der zu treffenden Schritte wurde am 22. Dezember 2011 eine Vertragsänderung vereinbart und die Frist für die Ausübung des Kaufsrechts bis am 30. April 2013 verlängert. Als Entgelt verpflichtete sich die B SA zu einer zusätzlichen Zahlung von CHF 65'000.

[128] Am 11. März 2012 wurde die Zweitwohnungsinitiative angenommen, welche den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens zwanzig Prozent beschränkt. Drei Tage später reichte die B SA ein Gesuch um Baubewilligung für Erst- und Zweitwohnungen auf dem

⁷⁷ Vgl. im Allgemeinen: Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1 (besprochen in Rz. 162 ff.).

⁷⁸ Vgl. auch VALENTIN FREIERMUTH/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Qualifikation einer Anzahlung als unechte Konventionalstrafe, in: dRSK, publiziert am 30. November 2021; THIERRY DUBOIS/MANON NICOLE, Droit d'emption, droit de préemption et droit de réméré, Not@lex 2022, S. 29 ff., S. 30 f.; GIOVANNI DAZIO/HANS CASPER VON DER CRONE, Die unechte Konventionalstrafe bei Nichtausübung des Kaufsrechts an einem Grundstück, SZW 2021, S. 375 ff.; YANNICK HIRSCH, Konventionalstrafe oder Entgelt für Kaufsrecht?, ius.focus 2021, Nr. 86.

mit dem Kaufsrecht belasteten Grundstück ein. Der Verein F erhob dagegen Einsprache. Wegen der folgenden Verzögerungen vereinbarten die Parteien erneut eine Vertragsänderung, wobei die Frist zur Ausübung des Kaufsrechts bis zum 30. April 2014 verlängert wurde und die B SA sich dafür zu einer zusätzlichen Zahlung von CHF 100'000 verpflichtete.

[129] Am 22. Mai 2013 entschied das Bundesgericht in einem anderen Verfahren, dass die Zweitwohnungsinitiative sofort ab dem Tag der Annahme anwendbar sei. Da der Anteil von zwanzig Prozent Zweitwohnungen in der betroffenen Gemeinde bereits überschritten war, hätte die B SA nur noch Erstwohnungen bauen können. Sie erklärte daher gegenüber der zuständigen Behörde, auf das Bauprojekt zu verzichten.

[130] Am 20. Januar 2014 teilte die B SA sodann den Erben mit, dass sie den Kaufsrechtsvertrag sowie die Vertragsänderungen für ungültig erkläre und zudem die Anzahlung von CHF 7 Mio. zurückverlange. Nach gescheitertem Schlichtungsverfahren erhob die B SA am 15. Mai 2014 Klage und verlangte die Ungültigerklärung des Kaufsrechtsvertrages inklusive der Vertragsänderungen, die Rückerstattung der Anzahlung zusätzlich Zinsen sowie die Feststellung, dass der restliche Kaufpreis nicht geschuldet sei. Eventualiter verlangte sie die Feststellung, die Anzahlung von CHF 7 Mio. sei als Konventionalstrafe zu qualifizieren und wegen Übermässigkeit auf CHF 736'680 herabzusetzen.

[131] Das Bezirksgericht wies die Klage auf Ungültigerklärung des Vertrages am 21. Juni 2017 ab, qualifizierte die Anzahlung als unechte Konventionalstrafe, erwog, dass diese wegen übermässiger Höhe auf CHF 1.3 Mio. herabzusetzen sei und verurteilte daher die Erben zu solidarischer Zahlung von CHF 5.7 Mio. zusätzlich Zinsen von 5% an die B SA. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde am 11. März 2020 vom Kantonsgericht des Kantons Wallis abgewiesen. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ebenfalls ab.

[132] 1. Mit der Vorinstanz erkannte das Bundesgericht, die Anzahlung von CHF 7 Mio. sei als unechte Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR analog, und nicht als Entgelt für die Einräumung eines Kaufsrechts (Kaufspreises), zu qualifizieren. Da der subjektive Parteiwille nicht ermittelt werden könne, habe die Qualifikation mittels objektiver Auslegung zu erfolgen.

[133] Massgeblich sei, wie die Klausel mit der Überschrift «Modalitäten der Ausübung des Kaufsrechts» nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sei. Diese sehe vor, dass im Falle der Nichteinreichung eines Baubewilligungsgesuchs innerhalb der vereinbarten Frist bzw. der Nichtausübung des Kaufsrechts durch den Käufer innerhalb von 60 Tagen nach Rechtskraft der Baubewilligung zu vermuten ist, dass der Käufer auf sein Kaufsrecht verzichtet hat, und dass die geleistete Anzahlung definitiv der Erbengemeinschaft verbleibt. Nach ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung habe diese Klausel zum Zweck, Druck auf den Käufer auszuüben, damit er ein Baubewilligungsgesuch einreicht und anschliessend sein Kaufsrecht ausübt. Falls er dem nicht nachkomme, werde er mit dem Verlust der bereits geleisteten Anzahlung bestraft. Angesichts dieser pönalen Funktion könne die Klausel nur als Konventionalstrafe verstanden werden und zwar als unechte Konventionalstrafe, da ihr nicht wie bei der echten Konventionalstrafe eine zu erfüllende Verpflichtung zu Grunde liege, sondern ein auszuübendes Recht (das Kaufsrecht). Daran vermöge auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss nichts zu ändern, zumal im Rahmen einer objektivierten Auslegung nur jenem vor und bei Vertragsschluss rechtliche Bedeutung zukomme (E. 3.3.2 und 3.3.3).

[134] 2. Weiter prüfte das Bundesgericht die von den Erben gegen die Herabsetzung der Konventionalstrafe von CHF 7 Mio. auf CHF 1.3 Mio. erhobenen Rügen. Die Vorinstanz habe festgehalten, die vereinbarte Konventionalstrafe sei offensichtlich übermässig und im Sinne von Art. 163

Abs. 3 OR überhöht, da sie etwas mehr als der Hälfte des Verkaufspreises entspreche. Es sei unbestritten, dass der Wert der Parzellen infolge der Unmöglichkeit, das geplante Immobilienprojekt zu realisieren, durch die Annahme der Initiative deutlich gesunken sei, so dass der vereinbarte Verkaufspreis im Verhältnis zur Werthaltigkeit der verbleibenden Baumöglichkeiten zu hoch sei, was den Erben bewusst gewesen sei.

[135] Das Bundesgericht wies die Rüge der Erben ab, wonach der Umstand, dass die Zweitwohnungsinitiative das geplante Immobilienprojekt verunmöglicht und zu einer Wertminderung der Parzellen um 30% (CHF 3.9 Mio.) geführt habe, ein unternehmerisches Risiko des Kaufrechtsberechtigten sei.

[136] Wie die Vorinstanz festgestellt habe, seien die Parteien nicht ernsthaft davon ausgegangen, dass die Initiative angenommen und sofort in Kraft treten würde. Die Erben hätten nicht behauptet, die Käuferin habe sich verpflichtet, alle notwendigen Schritte zu unternehmen, um den Verkauf vor Inkrafttreten der Initiative zu realisieren, und dass die Konventionalstrafe vereinbart worden sei, um die Verletzung dieser Verpflichtung zu ahnden und den daraus entstehenden Schaden auszugleichen. Um dies zu gewährleisten, hätten sie direkt einen Kaufvertrag abschliessen können. Da die Erben dies nicht taten, seien sie das Risiko eingegangen, dass der Verkauf nicht zustande kommt, und dieses Risiko müssten sie tragen. Bei Abschluss einer Konventionalstrafe habe zwar auch der Begünstigte des Kaufrechts einen Teil des Risikos einer Wertminderung während der Dauer des Rechts zu tragen; die Höhe der Konventionalstrafe müsse jedoch angemessen bleiben. Andernfalls wäre der Begünstigte nicht mehr frei, ob er sein Recht ausüben wolle oder nicht, und würde praktisch gezwungen, es auszuüben, was dem Institut des Kaufrechts zuwiderlaufe. Die Ermessensausübung der Vorinstanz im Rahmen der Herabsetzung der Konventionalstrafe sei daher nicht zu beanstanden (E. 4 und 4.2).

[137] **Bemerkungen:** 1. Vorliegend hat das Bundesgericht mit der Vorinstanz die Anzahlung ausschliesslich als unechte Konventionalstrafe und nicht (auch nicht zum Teil) als Entgelt für die Einräumung des Kaufrechts (Optionspreis) qualifiziert. Dieses Vorgehen wurde zu Recht kritisiert.⁷⁹

[138] In der Praxis kommen Kaufsrechtspreis und unechte Konventionalstrafe oft zugleich und nebeneinander vor, indem die Leistungspflicht des Kaufrechtsnehmers zum Teil Optionspreis und zum anderen Konventionalstrafe ist. Der Übergang ist regelmässig fließend.

[139] Vorliegend wäre zu berücksichtigen gewesen, dass die Erben aufgrund der Verlängerung der Ausübungsfrist zweimal für die Einschränkung ihrer Rechte am Grundstück und ihre verlängerte «Warteposition» zusätzlich im Umfang von insgesamt CHF 165'000 entschädigt wurden (oben Rz. 127 f.). Da es sich dabei um Vertragsänderungen handelte, wäre dieses Verhalten auch bei objektiver Vertragsauslegung, wonach das Partieverhalten nach Vertragsabschluss grundsätzlich irrelevant ist, dennoch zu berücksichtigen gewesen.⁸⁰

[140] Es wäre daher naheliegender gewesen, einen Teil der Anzahlung als Optionspreis und den Rest als wegen Übermässigkeit herabzusetzende Konventionalstrafe zu verstehen (Mischform). Das Ergebnis wäre aber wohl nicht wesentlich anders ausgefallen.⁸¹

⁷⁹ DAZIO/VON DER CRONE (Fn. 78), S. 381; FREIERMUTH/GALLI/VISCHER (Fn. 78), Rz. 21.

⁸⁰ Vgl. E. 3.3.3 des besprochenen Entscheids sowie die Kritik bei FREIERMUTH/GALLI/VISCHER (Fn. 78), Rz. 21.

⁸¹ DAZIO/VON DER CRONE (Fn. 78), S. 381.

[141] 2. Für ihr Begehren auf Feststellung der Ungültigkeit des Vertrages berief sich die B SA vor dem erstinstanzlichen Gericht auf einen Grundlagenirrtum bezüglich der Überbaubarkeit der Grundstücke mit Zweitwohnungen. Dieses wies das Begehren zu Recht ab. Der Irrtum über die Überbaubarkeit eines Grundstücks bezieht sich auf einen bestimmten künftigen rechtlichen Sachverhalt und stellt damit einen unechten Rechtsirrtum (Rechtslageirrtum) über die Zukunft dar.⁸²

[142] Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer bestimmten Rechtslage ist dem Irrtum über eine bestimmte tatsächliche Lage gleichgestellt und ermöglicht dem Irrenden bei gegebenen Voraussetzungen, den Vertrag für einseitig unverbindlich zu erklären. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt zulässig, wenn (i) die sich auf Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, und (ii) die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war.⁸³

[143] Vorliegend hatte das erstinstanzliche Gericht zu Recht die Berufung der B SA auf Grundlagenirrtum mit der Begründung verworfen, bei der Annahme oder Ablehnung der Zweitwohnungsinitiative habe es sich um ein ungewisses künftiges Ereignis gehandelt, deren Ablehnung die B SA bei Vertragsschluss nicht für sicher habe annehmen können.⁸⁴

[144] 3. Bemerkenswert ist schliesslich, dass die nach Art. 104 Abs. 1 OR auf dem zurückzuzahlenden Betrag (CHF 5.7 Mio.) anfallenden Verzugszinsen (5% pro Jahr ab dem 1. Februar 2014, d.h. dem erstinstanzlichen Entscheid; ca. CHF 1.995 Mio.) aufgrund der langen Verfahrensdauer (beinahe sieben Jahre bis zum besprochenen Entscheid) die reduzierte Konventionalstrafe von CHF 1.3 Mio. deutlich übersteigen.⁸⁵ Die Erben wären also gut beraten gewesen, hinsichtlich des nach dem erstinstanzlichen Entscheid zurückzubezahlenden Betrag mit der B SA eine Vereinbarung zu treffen (Einzahlung auf ein *Escrow*-Konto oder dergleichen), um den Zinsenlauf zu unterbrechen.

⁸² VISCHER/GALLI (Fn. 76), S. 1071; DAZIO/VON DER CRONE (Fn. 78), S. 387; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_335/2018 vom 9. Mai 2019 und CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2019, in: Jusletter 7. Dezember 2020, Rz. 108 ff., insbesondere Rz. 123.

⁸³ Vgl. etwa AHMET KUT, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 23–24 OR N 29 mit Nachweisen.

⁸⁴ Urteil des Kantonsgericht Wallis C1 17 245 vom 11. März 2020, S. 2 ff. (erstinstanzlicher Entscheid), E. 3; DAZIO/VON DER CRONE (Fn. 78), S. 388 mit weiteren Nachweisen.

⁸⁵ HIRSCHI (Fn. 78); DAZIO/VON DER CRONE (Fn. 78), S. 385.

IV. Fahrniskauf

1. Verkauf einer Yves Klein Skulptur im Nachverkauf zu einer Auktion; Opfermitverantwortung beim Kunstkauf

Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021 (MV/DG)⁸⁶,⁸⁷

[145] A (Beschwerdeführerin, Klägerin, nachfolgend: Käuferin) erwarb am 8. Dezember 2014 eine blaue Schwammskulptur («*Eponge Bleue*») des verstorbenen Künstlers YVES KLEIN (nachfolgend: Künstler) im Rahmen eines Nachverkaufs zu einer Auktion bei der C AG (Beklagte 1, nachfolgend: Auktionator). Der 1961 vom Künstler geschaffene Schwamm wurde nach dessen Tod von seinem Nachlass mit einem (nicht vom Künstler geschaffenen) Metallständer (Sockel) ergänzt. Folgende Abbildung der Skulptur liege im Recht (Sachverhalt Teil A.a):



(Bildquelle: <https://www.kollerauktionen.ch/en/130483-18066—5037-yves-klein-1928—1962-ohne-t-5037_138745.html>)

[146] Die Skulptur wurde durch die B AG (Beklagte 2, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Verkäuferin) eingeliefert. Im Auktionskatalog wurde die Skulptur durch die Verkäuferin als «YVES KLEIN 1928–1962, Ohne Titel (*Eponge Bleue*). 1961, IKB Pigment und Kunstharz auf Schwamm, Ca. 6 x 6 x 6 cm auf Metallständer, Gesamthöhe 17.5 cm» beschrieben. Die Auktionsbedingungen enthielten einen Haftungsausschluss. Darin erklärte der Auktionator unter anderem, dass die Beschreibung der Objekte «nach bestem Wissen und Gewissen» erfolge. Indes werde «keine Haftung» für die Katalogangaben übernommen und «jede Haftung für Rechts- und Sachmängel wegbedungen». Es sei am Käufer, sich ein eigenes Urteil bezüglich der Übereinstimmung des Kunstobjektes mit der Beschreibung im Katalog zu bilden (Sachverhalt Teil A.b).

⁸⁶ Vgl. auch JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021 – Obligationenrecht, ZBJV 2022, S. 467 ff.; S. 479 ff.; LIVIA HÄBERLI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Opfermitverantwortung beim Kunstkauf, in: dRSK, publiziert am 21. Januar 2022; RAJA-MARIE ACHERMANN/ELIA KAUFMANN, Entscheidungsbesprechungen. BGer 4A_42/2021: Ein Urteil zu den Aufklärungspflichten beim Kunstkauf, AJP 2022, S. 56 ff.; OLIVER DALLA PALMA/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aufklärungspflicht, Freizeichnungsklausel und absichtliche Täuschung beim Kaufvertrag, SZW 2021, S. 629 ff.; FLAVIO ELLER, Keine Aufklärungspflicht der Verkäuferin eines Kunstobjekts, ius.focus 2021, Nr. 220.

⁸⁷ Hinweis: Die Walder Wyss AG vertrat die Käuferin in dieser Angelegenheit vor Bundesgericht. Die zwei Autoren waren aber nicht in den Prozess involviert.

[147] Die Käuferin erwarb die Skulptur zu einem Kaufpreis von CHF 123'120 (inkl. Maklerprovision und Mehrwertsteuer). Anschliessend erklärte die Käuferin, dass sie den Vertrag nicht halten wolle, da sie erst im Nachhinein erfahren habe, dass der Schwamm nicht vom Künstler auf den Sockel montiert worden sei. Infolgedessen berief sie sich auf Grundlagenirrtum und absichtliche Täuschung, eventualiter auf Sachgewährleistung (Sachverhalt Teile A.a und A.c).

[148] Später klagte die Käuferin gegen die Verkäuferin und den Auktionator solidarisch auf Zahlung von CHF 123'120 nebst Zins, Zug um Zug gegen Rückgabe der Skulptur. Mit Urteil vom 26. Juni 2020 verurteilte das Bezirksgericht Zürich die Verkäuferin zur Zahlung von CHF 102'600 und den Auktionator zur Zahlung von CHF 20'520, je nebst Zins, an die Käuferin Zug um Zug gegen Rückgabe der Skulptur. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die Berufung der Verkäuferin im Wesentlichen gut und wies die Klage ab (Sachverhalt Teil B).

[149] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Käuferin, dass das vorinstanzliche Urteil aufzuheben sei (Sachverhalt Teil C und E. 6).

[150] 1. Das Bundesgericht hielt fest, dass zwischen der Verkäuferin und der Käuferin ein Kaufvertrag über die Skulptur zustande gekommen sei und der Auktionator als direkter Stellvertreter der Verkäuferin agierte und sein Handeln ihr zuzurechnen sei (E. 2).

[151] 2. Eine Berufung auf Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR versage, wenn der Irrtum mit fehlenden Eigenschaften der Kaufsache begründet werde, für die der Verkäufer die Gewährleistung im Sinne von Art. 199 OR gültig wegbedungen habe. Eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht sei gemäss Gewährleistung nach Art. 199 OR ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen habe (der Sache nach gleich auch Art. 234 Abs. 3 OR für die freiwillige öffentliche Versteigerung [vorliegend allerdings Erwerb im Nachverkauf]). Werde ein Vertragsabschliessender durch eine absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertragsabschluss verleitet, so sei der Vertrag unerheblich, auch wenn der Irrtum kein wesentlicher sei (Art. 28 Abs. 1 OR). Nebst dem Vorspiegeln falscher Tatsachen gelte auch das absichtliche Verschweigen von Tatsachen als täuschende Handlung (E. 3.1 und 3.2).

[152] 3. Ein arglistiges Schweigen (Art. 199 OR) sei ebenso wie die absichtliche Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen (Art. 28 OR) zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer Eigenschaft der Kaufsache informiert habe, obwohl eine Aufklärungspflicht bestehe. Eine Aufklärungspflicht könne sich aus dem Gesetz oder aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben. Bei Vertragsverhandlungen werde ein Vertrauensverhältnis bejaht, das die Parteien nach Treu und Glauben verpflichte, einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können. Eine Aufklärungspflicht sei grundsätzlich dann gegeben, wenn der Verkäufer annehmen müsse, eine ihm bekannte Tatsache könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln, erheblich beeinträchtigen oder sei für diesen sonst von Bedeutung, namentlich weil sie geeignet ist, den Entscheid über den Abschluss des Vertrags überhaupt oder zu bestimmten Konditionen zu beeinflussen (E. 3.3).

[153] 4. Die Käuferin sei der Auffassung, sie sei aufgrund der Katalogbeschreibung davon ausgegangen, dass die Skulptur und der Sockel als Einheit durch den Künstler geschaffen worden seien. Sie hätte nicht gewusst, dass nur der Schwamm, nicht aber der Sockel, vom Künstler stamme und hätte ein «postmortales Patchwork» nicht erworben. Die Verkäuferin habe um den nachträglichen «Eingriff in den Originalzustand» gewusst, weshalb sie sich eine «absichtliche Täuschung» entgehen lassen müsse (E. 4.1).

[154] **a.** Vor dem Bundesgericht sei nicht mehr strittig, dass das Verkaufsobjekt mangelhaft und der Irrtum ein wesentlicher sei. Nur sei der Käuferin die Berufung auf Grundlagenirrtum versagt, da die Gewährleistung in diesem Punkt wegbedungen worden sei. Streitig sei nur noch, ob der Mangel, d.h. die Abweichung des Ist- von der Soll-Beschaffenheit erheblich sei, sodass die Verkäuferin darüber hätte Aufschluss geben müssen (E. 4.2 und 5.1).

[155] **b.** Der Käuferin sei zuzustimmen, dass nicht nur Eigenschaften von der Aufklärungspflicht erfasst seien, die einen negativen Einfluss auf den (Markt-)Verkaufspreis haben, sondern überhaupt all jene, die (für den Verkäufer erkennbar) hinsichtlich des Kaufentschlusses des Käufers wichtig seien. Diesbezüglich lege die Käuferin nicht dar, inwieweit die Sockelung (durch den Künstler oder den Nachlass) für sie besonders relevant gewesen sei, wiewohl diesem Umstand auf dem Markt offenbar kein besonderes Gewicht zukomme. Dass sich die Verkäuferin in diesem Punkt unredlich verhalten habe, sei dem massgeblichen Sachverhalt nicht zu entnehmen. Insbesondere sei nicht festgestellt, dass die Käuferin betreffend die Urheberschaft der Sockelung Nachfragen gestellt hätte, was aber zu erwarten gewesen wäre, wenn ihr dieser Punkt so wichtig war. Daran ändere nichts, dass die Verkäuferin in die posthume Sockelung «involviert» gewesen sei, weil sich daraus nicht schliessen lasse, die Verkäuferin hätte die Bedeutung erkannt, welche die Käuferin diesem Umstand zumass. Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen (E. 5.3 und 6).

[156] **Bemerkungen:** 1. Ist das Kunst oder kann das weg?⁸⁸ Vorliegend stellte sich diese Frage in Bezug auf die Sockelung eines Schwamms des französischen Malers, Bildhauers und Performancekünstlers YVES KLEIN, der für die Verwendung der Farbe Ultramarin in seinen Kunstwerken und eben auch in Schwammskulpturen berühmt war und diese Farbe unter der Bezeichnung «International Klein Blue (I.K.B.)» im Jahre 1960 patentieren liess.⁸⁹ Diese Frage ist äusserst heikel, ist doch jedes Kunstwerk bis zu einem gewissen Grad in Bezug auf seine Originalität ein Patchwork. So dürfte YVES KLEIN die im vorliegenden Fall verwendeten Zutaten zu seiner Skulptur nicht alle selbst hergestellt haben, auch wenn es nur die Zutaten zum Pigment und zum Kunstharz gewesen sind. Ein Kunstwerk ist oft auch ein «postmortales Patchwork» (so der Vorwurf der Käuferin im vorliegenden Fall),⁹⁰ denkt man z.B. an die oft posthum vorgenommenen Rahmungen oder Restaurationen von Gemälden.⁹¹

[157] 2. Im Resultat verneinte das Bundesgericht die eingangs aufgeworfene Frage (vgl. Rz. 156). Es hielt fest, dass die nicht von YVES KLEIN vorgenommene Sockelung zwar einen Mangel des Kaufgegenstands darstelle (und das verkaufte Kunstwerk von YVES KLEIN in diesem Sinn als «postmortales Patchwork» teilweise unecht sei).⁹² Laut Bundesgericht ist dieser Mangel aber nicht so erheblich, dass die Verkäuferin die Käuferin darüber hätte informieren müssen.⁹³

⁸⁸ Zu dieser Frage z.B. <https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_gefl%C3%BCgelter_Worte/I#Ist_das_Kunst_oder_kann_das_weg?>, besucht am 11.11.2022.

⁸⁹ Z.B. <https://de.wikipedia.org/wiki/Yves_Klein>, besucht am 11.11.2022.

⁹⁰ Siehe E. 4.1 (vgl. Rz. 153).

⁹¹ Zur Restauration von Gemälden z.B. WERNER MÜLLER, Restaurierung von raum- und zeitbasierten Kunstwerken, in: Peter Mosimann/Beat Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2015, Bern 2015, S. 39 ff.

⁹² Siehe zu den berühmteren Fällen (gänzlich) unechter Kunstwerke BGE 82 II 411 (VAN GOGH), auch mit interessanten Ausführungen zu den im vorliegenden Fall offenbar nicht gestellten Fragen der Nichterfüllung durch ein aliud und der Unmöglichkeit, und BGE 114 II 131 (PICASSO).

⁹³ Siehe in diesem Zusammenhang auch DALLA PALMA/VON DER CRONE (Fn. 86), S. 638 f., die sich unter anderem mit dem Erfordernis des schwerwiegenden Mangels und der damit einhergehenden Behauptungs- und Beweislast der Käuferin auseinandersetzen.

[158] a. Das Bundesgericht verneinte damit eine Aufklärungspflicht der Verkäuferin und erlaubte der Käuferin nicht, sich mit dem Argument des «postmortalen Patchworks» gestützt auf Art. 199 OR bzw. Art. 28 Abs. 1 OR vom Kaufvertrag loszusagen. Das ist etwas überraschend, wenn man sich die ansonsten sehr strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Aufklärungspflicht des Verkäufers vor Augen hält.⁹⁴ Nur gelegentlich gewichtet das Bundesgericht die Selbstverantwortung⁹⁵ des Käufers, auch Opfermitverantwortung genannt, höher, auch wenn es die Übertragung der Rechtsfigur der Opfermitverantwortung vom strafrechtlichen Betrug auf die zivilrechtliche absichtliche Täuschung explizit ablehnt.⁹⁶ So hielt das Bundesgericht in seinem Urteil 4A_514/2020 vom 2. November 2020 unter dem Titel «vertragliche Selbstverantwortung» fest, dass keine Aufklärungspflicht des Verkäufers bestehe, wenn dieser nach Treu und Glauben annehmen durfte, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkenne werde.⁹⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Voraussetzung in der Regel erfüllt, «wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können».⁹⁸ Entsprechend ist das referierte Urteil eines der seltenen Urteile, in dem das Bundesgericht die Opfermitverantwortung der Käuferin stärker gewichtet hat.

[159] b. Das ist im vorliegenden Fall hart für die Käuferin, aber im Sinne des Grundsatzes *pacta sunt servanda* nicht unvertretbar.⁹⁹ Denn grundsätzlich gilt beim Kauf die Parömie «Augen auf, Kauf ist Kauf».¹⁰⁰

[160] c. Allerdings liegt auch für Verfechter des Prinzips «*judicial restraint*» bei Eingriffen in die vertragliche Rechtsetzung ein Grenzfall vor. Denn bei allem Verständnis für die gebotene und von der Rechtsprechung¹⁰¹ gedeckte Kürze der Beschreibung des Auktionsguts in Auktionskatalogen wäre es für den Auktionator ein Leichtes gewesen, im Auktionskatalog die Skulptur genauer zu beschreiben. So hätte der Auktionator z.B. nach dem Wort «Metallständer» eine Klammer wie «(vom Nachlass montiert)» oder Ähnliches anbringen können, wie es das Auktionshaus getan hatte, das vor dem Auktionator mit dem Verkauf der Skulptur beauftragt war.¹⁰² Es ist zudem so, dass Originalität nicht eine x-beliebige Eigenschaft, sondern eine Schlüsseleigenschaft von Kunst

⁹⁴ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_437/2020 vom 29. Dezember 2020 (besprochen von SCHAFFER/GALLI/VISCHER [Fn. 74], Rz. 8 ff.).

⁹⁵ Z.B. CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2020, in: Jusletter 29. November 2021, Rz. 149.

⁹⁶ So in Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE 143 III 495; dazu SCHAFFER/GALLI/VISCHER (Fn. 61), Rz. 15; siehe zur Opfermitverantwortung im Zivilrecht VISCHER/GALLI (Fn. 33), S. 1398 ff.; VISCHER (Fn. 76), S. 549 ff.

⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 E. 6.3.2; siehe dazu SCHAFFER/GALLI/VISCHER (Fn. 61), Rz. 15.

⁹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 E. 6.3.2 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_648/2012 vom 25. Februar 2013 E. 3 (besprochen von SCHWARZENBERGER/VISCHER [Fn. 74], *passim*); Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.1 «Le vendeur est toutefois dispensé d'informer l'acheteur lorsqu'il peut admettre de bonne foi que l'acheteur réalisera sans autre la situation exacte [...] ; à cet égard, il suffit en principe que l'acheteur puisse s'en rendre compte en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances»; Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005 E. 1.5; BGE 131 III 145 E. 8.1 S. 151; BGE 102 II 81 E. 2 S. 84.

⁹⁹ Siehe auch den Hinweis in Sachverhalt Teil A.a., wonach YVES KLEIN zu Lebzeiten zahlreiche weitere Schwammplastiken anfertigte, die er teilweise, aber eben nicht immer, mit einem Sockel versah.

¹⁰⁰ Siehe dazu SCHWARZENBERGER/VISCHER (Fn. 74), Rz. 12.

¹⁰¹ Siehe E. 5.2 des vorliegend besprochenen Urteils mit Hinweis auf BGE 123 III 165 E. 4 S. 170.

¹⁰² Siehe Urteil der Vorinstanz, d.h. des Obergerichts des Kantons Zürich LB200032 vom 2. Dezember 2020, E. 4.1.

ist.¹⁰³ Entsprechend hätte das referierte Urteil auch anders ausfallen können. Begründbar wäre das z.B. damit gewesen, dass in der Angabe des Künstlers durch die Verkäuferin bzw. durch den Auktionator eine Zusicherung liegt, welche die Wegbedingung der Haftung ungültig macht.¹⁰⁴ [161] 3. Aus dem kommentierten Urteil sind nicht nur im Kunstbereich folgende Lehren zu ziehen: Käufer und Verkäufer sollten vor Vertragsschluss den Kaufgegenstand genau(er) untersuchen.¹⁰⁵ Zwar existiert keine allgemeine vorvertragliche Untersuchungspflicht (bzw. -obliegenheit) des Verkäufers bzw. Käufers betreffend den Kaufgegenstand.¹⁰⁶ Allerdings liegt eine genauere Untersuchung des Kaufgegenstands im Interesse beider Parteien. Beide Parteien reduzieren das Risiko der Aufhebung des Kaufvertrags infolge eines Willensmangels und das damit verbundene Prozess(kosten)risiko sowie den möglicherweise einhergehenden Reputationsverlust einer oder beider Parteien.¹⁰⁷ Zu betonen ist, dass die genauere Untersuchung des Kaufgegenstands trotz der tendenziell käuferfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. Rz. 158) auch im Interesse des Käufers ist, wie das referierte Urteil belegt.

2. Verkauf eines Oldtimers; Gewährleistungsausschluss (Art. 199 OR, Art. 100 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 (CB)¹⁰⁸

[162] Im Jahr 2011 kaufte A den Personenwagen «Ford Mustang Cabriolet» (erste Inverkehrsetzung: 1966) zum Preis von CHF 19'000. Der Oldtimer bestand 2012 die amtliche Fahrzeugprüfung des Kantons Zürich und wurde als Veteranenfahrzeug zum Verkehr zugelassen. Am 24. September 2014 verkaufte A (Beschwerdeführer; nachfolgend: Verkäufer) den Wagen an B (Beschwerdegegner; nachfolgend: Käufer) zum Preis von CHF 40'000. Dabei vereinbarten sie einen Kauf «ab Platz, ohne Garantie» und schlossen jegliche Gewähr für Sachmängel aus.

[163] Am 17. Juni 2015 erhob der Käufer Mängelrüge und verlangte die Wandelung des Kaufvertrages aufgrund von verschiedenen Mängeln des Wagens, die der Verkäufer «absichtlich vertuscht

¹⁰³ Siehe auch bezüglich Restauration MÜLLER (Fn. 91), S. 40: «Aber welche Erhaltungskonzepte haben sammlungsverantwortliche Restauratoren heute? Laufen Sie den jeweiligen Ereignissen hinterher und restaurieren, reinigen, kleben, retuschieren oder firnissen sie dort, wo es gerade nötig wird? Nein, denn in der westlichen Kultur ist der Begriff des Originals von grösster Bedeutung. Die Erkenntnis, dass jedes manuell gefertigte Kunstwerk einzigartig, nicht reproduzierbar ist und aus einem spezifischen Schaffensprozess resultiert, erhebt das Original zu einem sehr wertvollen Objekt, zumal es eine hohe künstlerische oder zeitdokumentarische Qualität besitzt. Diese Originalität und die Ablesbarkeit von künstlerischen Intentionen, die Art und Weise der Herstellung und der verwendeten Materialien gilt es unbedingt zu erhalten und zu respektieren. Wir sprechen vom kulturellen Erbe der Menschheit, und dies muss immer präsent bleiben.»

¹⁰⁴ Zu diesem Weg einer AGB-Kontrolle durch Auslegung der Freizeichnungsklausel und damit anders als über Art. 199 OR und Art. 28 Abs. 1 OR z.B. VISCHER (Fn. 64), S. 182, insbesondere bei Anm. 61 mit Hinweis unter anderem auf BGE 109 II 24; siehe auch ANISSA KERN/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen: Die Fallgruppe der Neubauten, in: dRSK, publiziert am 18. September 2018, Rz. 9 ff.; GALLI/VISCHER (Fn. 60), Rz. 11 ff.

¹⁰⁵ Vgl. betreffend Kunstmarkttransaktionen SANDRA SYKORA, Die Informationspflichten des Verkäufers bei einer Kunstmarkttransaktion, in: Peter Mosimann/Beat Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2016, Bern 2016, S. 125 ff., S. 161 ff.

¹⁰⁶ VISCHER (Fn. 28), S. 232 und 234, je mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁷ Vgl. betreffend Kunstmarkttransaktionen SYKORA (Fn. 105), S. 165 *in fine*.

¹⁰⁸ Vgl. auch WAEBERGALLI/VISCHER (Fn. 60), *passim*; YEIM M. ATAMER/JAN KÜNG, Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung, AJP 2021, S. 1093 ff.; YANNICK HIRSCHI, Ungültige Aufhebung der Gewährleistungspflicht, ius.focus 2021, Nr. 194.

und arglistig verschwiegen» habe. Der Verkäufer widersetzte sich der Wandelung, woraufhin der Käufer Klage einreichte und beantragte, der Verkäufer sei zu verurteilen, ihm den Kaufpreis von CHF 40'000 nebst Zins zurückzubezahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

[164] Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage zunächst ab. Das Obergericht des Kantons Thurgau hiess die dagegen erhobene Berufung gut und wies die Sache zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Münchwil zurück, woraufhin dieses die Klage guthiess. Die dagegen erhobene Berufung des Verkäufers wurde vom Obergericht abgewiesen. Die dagegen vom Verkäufer erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ebenfalls ab.

[165] 1. Das Bundesgericht prüfte, ob die Vorinstanz zu Recht angenommen hatte, die im Kaufvertrag enthaltene Freizeichnungsklausel sei gemäss Art. 199 OR ungültig, da der Verkäufer die vom Käufer gerügten Mängel arglistig verschwiegen habe. Die Vorinstanz habe das Bestehen von Mängeln im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bejaht, weil das Fahrzeug «massiven Rostfrass» aufgewiesen habe. Gemäss der Vorinstanz sei der Wagen zwar noch fahrbar, doch das gesamte Chassis instabil, da zahlreiche Stellen Rost aufwiesen. Ausserdem seien die Kotflügelhalterungen unten beidseitig weggerostet, weshalb die Kotflügel nur noch dank der unteren Schwellenzierleisten hielten.

[166] 2. Nach der Vorinstanz habe der Verkäufer diese Mängel arglistig verschwiegen. Er habe im kantonalen Verfahren behauptet, aber nicht bewiesen, dass er gegen den Rost umfangreiche Chassisarbeiten einschliesslich einer Hohlraumbehandlung in Auftrag gegeben habe. Ausserdem habe der Verkäufer über Fachwissen verfügt und eine Hebebühne gehabt, welche eine Untersuchung des Fahrzeugs ermöglicht hätte. Deshalb habe der Verkäufer mindestens ernsthaft damit rechnen müssen, dass am Fahrzeug Rostschäden bestanden hätten. Der Käufer seinerseits habe nach der Vorinstanz als Laie keine Möglichkeit gehabt, von diesen Mängeln Kenntnis zu nehmen, und er habe auch nicht mit Schäden in diesem Ausmass rechnen müssen (E. 4 und 6.2).

[167] 3. Das Bundesgericht erwog, ein arglistiges Verschweigen setze voraus, dass (i) eine Aufklärungspflicht des Verkäufers zu bejahen sei und (ii) der Verkäufer den Mangel gekannt habe.

[168] a. Die Vorinstanz sei zu Recht zum Schluss gelangt, eine Aufklärungspflicht des Verkäufers sei vorliegend zu bejahen. Müsse der Verkäufer annehmen, ein ihm (nicht aber dem Käufer) bekannter Mangel könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln, erheblich beeinträchtigen oder sei für diesen sonst von Bedeutung, unterliege er grundsätzlich einer Aufklärungspflicht. Angesichts der Schwere der festgestellten Mängel sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der wirtschaftliche Zweck des Kaufs für den Käufer aus Sicherheitsgründen massiv beeinträchtigt, die mittel- und langfristige Gebrauchs- beziehungsweise Verkehrstauglichkeit gar ausgeschlossen sei (E. 6.2 und 6.3).

[169] b. Zweitens liege auch Arglist vor. Arglistiges Verschweigen im Sinne von Art. 199 OR setze voraus, dass der Verkäufer den Mangel kenne («Mangelkenntnis»). Verlangt sei positive Kenntnis der Mangelhaftigkeit. Darin eingeschlossen sei der Fall, in dem der Verkäufer mit Mängeln an der Kaufsache «ernsthaft rechne» bzw. sich bewusst der besseren Kenntnis verschliesse. Wisse der Verkäufer dagegen nicht um den Mangel, scheidet Arglist aus, selbst wenn die Unkenntnis aus der eigenen (selbst groben) Nachlässigkeit folge. (Grob-)fahrlässige Unkenntnis eines Mangels führe mithin nicht zur Ungültigkeit einer Freizeichnungsklausel (E. 7.1). Die Vorinstanz habe die Mangelkenntnis des Verkäufers auf zwei voneinander unabhängige Argumente gestützt. Erstens, dass es dem Verkäufer aufgrund seines Fachwissens und seiner Gerätschaften möglich gewesen wäre, die Mängel zu erkennen; zweitens, dass ihm der Beweis für die von ihm behaupteten Karosse-

riearbeiten nicht gelungen sei. Das Bundesgericht verwarf das erste vorinstanzliche Argument, bestätigte aber das zweite.

[170] **c.** Die Möglichkeit des Verkäufers, aufgrund seiner Fachkenntnisse bzw. der Verfügbarkeit einer Hebebühne, die Mängel zu erkennen, genüge für das Bejahen der «Mangelkenntnis» nicht. Grobfahrlässige Unkenntnis genüge – im Unterschied zu Art. 100 Abs. 1 OR – gerade nicht. Damit sei aber zum – kontroversen – Verhältnis von Art. 199 OR zu Art. 100 Abs. 1 OR, wonach eine Haftung nicht nur für rechtswidrige Absicht, sondern auch für «grobe Fahrlässigkeit» nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann, nichts gesagt (E. 7.3).

[171] **d.** Die zweite Begründung der Vorinstanz, wonach der Verkäufer die von ihm angeblich veranlassten Karosseriearbeiten («Chassisarbeiten einschliesslich Hohlraumbehandlung») nicht nachweisen konnte, war dagegen gemäss Bundesgericht nicht zu beanstanden. Es verwarf die Rüge des Verkäufers, die Vorinstanz habe die Beweislast in unzulässiger Weise umgekehrt und damit Art. 8 ZGB sowie Art. 199 OR verletzt. Ausschlaggebend sei, dass der Verkäufer im kantonalen Verfahren vorbrachte, er habe keine Kenntnis vom Rost gehabt, weil er vorher für CHF 41'640.25 Karosseriearbeiten ausführen liess. Diese Feststellung zum Prozesssachverhalt werde vom Verkäufer zwar kritisiert, aber nicht hinreichend als willkürlich ausgewiesen (siehe E. 2.2). Mit seiner Argumentationslinie habe er damit implizit anerkannt, dass Rost vorhanden war und er von diesem Kenntnis hatte, andernfalls hätte er die behaupteten Arbeiten nicht in Auftrag gegeben. Damit sei der – vom Käufer zu erbringende – Hauptbeweis durch (implizite) Anerkennung erbracht. Der Verkäufer habe den Hauptbeweis nicht durch den Gegenbeweis erschüttert oder entkräftet, da unbewiesen blieb, ob er die behaupteten Reparaturen tatsächlich ausführen liess. Insofern konnte der Verkäufer auch nicht eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz aufzeigen. Die Vorinstanz habe daher die vereinbarte Aufhebung der Gewährspflicht gemäss Art. 199 OR zu Recht infolge arglistigen Verschweigens aufgrund Mangelkenntnis als ungültig qualifiziert.

[172] **Bemerkungen: 1.** Der Entscheid betrifft die häufig auftretende Frage, ob die im Vertrag enthaltene Freizeichnungsklausel (d.h. der Ausschluss jeglicher Gewährleistung) gemäss Art. 199 OR wegen arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer ungültig ist, sodass der Käufer dennoch Gewährleistungsrechte – vorliegend die Wandelung – geltend machen kann. Der Entscheid bestätigt die bundesgerichtliche Praxis, wonach ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers nur bei positiver Kenntnis der Mangelhaftigkeit vorliegen kann. Eventualvorsatz genügt, d.h. positive Mangelkenntnis liegt auch dann vor, wenn der Verkäufer mit Mängeln an der Kaufsache ernsthaft rechnet bzw. er sich bewusst der besseren Kenntnis verschliesst. Keine Arglist liegt dagegen vor, wenn die Unkenntnis vom Verkäufer grobfahrlässig verschuldet ist, sie also aus der eigenen groben Nachlässigkeit folgt.¹⁰⁹

[173] Vorliegend begründete daher der Umstand, dass der Verkäufer dank seines Fachwissens und seiner Hebebühne den Sachmangel hätte erkennen können, höchstens eine Grobfahrlässigkeit, aber nicht Arglist im Sinne von Art. 199 OR. Demgegenüber bestätigte das Bundesgericht die vorinstanzliche Annahme von Arglist aufgrund des Umstandes, dass der Verkäufer in den kantonalen Verfahren seine angebliche Mangelunkenntnis damit begründete, dass er angeblich (unbewiesen gebliebene) Karosseriearbeiten in Auftrag gegeben habe. Da ohne Mängel Karosse-

¹⁰⁹ E. 7.1 des besprochenen Entscheids.

riearbeiten nicht erforderlich gewesen wären, anerkannte der Verkäufer damit implizit das Vorliegen von Mängeln.

[174] 2. Das Bundesgericht konnte die seit langem strittige Frage des Verhältnisses zwischen Art. 199 OR und Art. 100 OR einmal mehr offen lassen.¹¹⁰ Hätte vorliegend der Verkäufer nicht implizit das Vorliegen von Mängeln durch Behauptung einer unbewiesenen gebliebenen Reparatur anerkannt, hätte sich die Frage gestellt, ob eine Gewährleistungsbeschränkung gemäss Art. 100 OR ungültig ist, weil der Verkäufer den Mangel grobfahrlässig nicht erkannt hat.

[175] Obwohl die gesetzgeberische Konzeption die Gewährleistung als eine gesetzliche (mit Ausnahme des Schadenersatzes verschuldensunabhängige) Haftung verstanden hat, sind bei geltungszeitlicher Auslegung nach h.M. Sacheigenschaften auch beim Spezieszkauf zum Vertragsinhalt zu rechnen. Nach der Erfüllungstheorie gehört (im Unterschied zur Gewährleistungstheorie) auch beim Stückkauf die Mangelfreiheit zur Leistungspflicht; die Sachmängelhaftung ist nur ein spezieller Fall der Leistungsstörungen.¹¹¹ Kennt der Verkäufer den Mangel grobfahrlässig nicht, verletzt er an sich eine Aufklärungspflicht (im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht)¹¹² grobfahrlässig, sodass die Gültigkeitsschranke des Art. 100 OR zum Tragen käme.¹¹³

[176] Allerdings sollte den Parteien im Kaufvertrag eine grösstmögliche Freiheit gewährt werden, damit sie eine für ihre Bedürfnisse angemessene Risikoverteilung wählen können. Insbesondere hat der Verkäufer einer Stückschuld in einem ausgehandelten Vertrag ein berechtigtes Interesse daran, die Ungewissheit auszuschliessen, dass eine Mangelunkenntnis im Nachhinein als grobfahrlässig qualifiziert wird.¹¹⁴ Es bestehen gute Gründe, bei einem Stückkauf mit vertraglichem Gewährleistungsausschluss das Bestehen einer Aufklärungspflicht des Verkäufers auf Fälle der Mangelkenntnis (arglistiges Verschweigen gemäss Art. 199 OR) zu beschränken.¹¹⁵ Entsprechend entfele eine Haftung des Käufers bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Mangels.

[177] Im Anschluss an ATAMER/KÜNG können die Anwendungsbereiche von Art. 100 OR und Art. 199 OR vereinfacht wie folgt abgegrenzt werden:

- Beim Gattungskauf ist Art. 100 OR stets parallel zu Art. 199 OR anwendbar, da der Verkäufer eine Beschaffungspflicht und ein entsprechendes Beschaffungsrisiko trägt. Es geht dort im Wesentlichen nicht um ein Nichterkennen des Mangels, sondern um eine vom Verkäufer zu vertretende Verursachung des Mangels.¹¹⁶

¹¹⁰ Dazu eingehend ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 1093 ff.

¹¹¹ Vgl. etwa ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 10941096; WOLFGANG WIEGAND/CHRISTOPH BRUNNER, Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückskaufvertrages, recht 1993, S. 1 ff., S. 811.

¹¹² Siehe E. 3.2 des besprochenen Entscheids: «Eine Aufklärungspflicht kann sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben. So wird 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 (Urteil 4A_514/2020 vom 2. November 2020 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen).»

¹¹³ Vgl. WIEGAND/BRUNNER (Fn. 111), S. 11; vgl. auch die Nachweise bei ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 1094.

¹¹⁴ ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 1099.

¹¹⁵ Dies dürfte auch im Einklang mit dem besprochenen Entscheid sein (obschon dort wie erwähnt das Verhältnis zwischen Art. 199 OR und Art. 100 OR nicht beurteilt wurde). Nach dem Bundesgericht ist «eine Aufklärungspflicht grundsätzlich zu bejahen, wenn der Verkäufer annehmen muss, ein ihm (nicht aber dem Käufer) bekannter Mangel könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln, erheblich beeinträchtigen oder sei für diesen sonst von Bedeutung.» (E. 6.1 des besprochenen Entscheids; Hervorhebung hinzugefügt) Eine Ausnahme kann angenommen werden, wenn jegliche Gewährleistung ausgeschlossen ist und keine Mangelkenntnis (und damit keine Arglist) vorliegt (vgl. E. 7 des besprochenen Entscheids).

¹¹⁶ Vgl. ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 11011102.

- Beim Stückkauf ist zu differenzieren, ob der Verkäufer den Mangel (ausnahmsweise) verursacht hat («Mangelverursachung») oder ob er den Mangel nicht erkannt hat («Mangelunkennntnis»). Im Fall der Mangelunkennntnis sollte Art. 199 OR ausschliesslich gelten, sodass eine grobfahrlässige Unkennntnis des Mangels ausgeschlossen werden kann. Kennntnis durch Nutzung der Sache begründet keine Verursachung, solange der Verkäufer die Sache in einer sachtypischen oder für den Käufer sonst erkennbaren Weise benutzt hat.¹¹⁷ Eine Verursachung eines Mangels bei einem Stückkauf wäre nur ausnahmsweise anzunehmen, etwa wenn der Verkäufer den Mangel erst nach Vertragsschluss bis zum Gefahrübergang selbst verursacht (z.B. der Verkäufer lässt die verkaufte Vase mit einem ungeeigneten Putzmittel polieren).¹¹⁸

[178] Der Grund für die Differenzierung zwischen Fällen der Mangelverursachung und der Mangelunkennntnis besteht darin, dass es gerechtfertigt erscheint, bei vom Verkäufer verursachten Vertragswidrigkeiten die oben erwähnte Erfüllungstheorie (zum Pflichtenprogramm des Verkäufers gehört auch die Mängelfreiheit) ohne Ausnahme zur Anwendung zu bringen, mit der Konsequenz, dass Art. 100 OR neben Art. 199 OR anwendbar ist. Bei Fällen der Mangelunkennntnis geht es um die Risikoverteilung für das Nichterkennen von Mängeln; insoweit erscheint es als angemessen, die Aufklärungspflicht des Verkäufers bei vertraglichem Gewährleistungsausschluss auf Fälle des Art. 199 OR (zumindest eventualvorsätzliche Kennntnis des Mangels) einzugrenzen.¹¹⁹

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 Senior Associate in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich, und Dozent an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS).

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

¹¹⁷ Vgl. ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 1097.

¹¹⁸ Wegen der noch ausstehenden Eigentumsübertragung muss die Sache mit grösserer Vorsicht genutzt werden; siehe ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 1100.

¹¹⁹ Eingehend zum Ganzen ATAMER/KÜNG (Fn.108), S. 1097 ff.