

Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2022

Dieser Beitrag enthält eine Zusammenfassung und Kommentierung der wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2022. 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, OR besonderer Teil, Privatrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2022, in: Jusletter 6. November 2023

Inhaltsübersicht

- I. Unternehmenskauf
 - 1. Geschäftsübertragungsvertrag; absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR); Opfermitverantwortung; Verhältnis von Art. 28 Abs. 1 OR zu Art. 146 Abs. 1 StGB
Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2021 vom 17. Juni 2022 (MV/DG)
 - 2. *Earn out*-Klausel mit unbeschränkter Laufzeit; Vertragslücke; Vertragsauslegung und -ergänzung
Urteil des Bundesgerichts 4A_58/2022 vom 10. Juni 2022 (MV/DG)
- II. Grundstückskauf
 - 1. Abtretung von Mängelrechten beim Verkauf von Stockwerkeigentum; Verhältnis der Ansprüche gegen die Verkäuferin und gegen die Unternehmer; Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen
Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 (CB)
 - 2. Absichtliche Täuschung über die Wohnfläche; Zusicherung in Verkaufsanzeigen; Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel; Minderung
Urteil des Bundesgerichts 4A_535/2021 vom 6. Mai 2022 = Pra 2022, Nr. 81 (CB)
 - 3. Absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) über die Grösse der landwirtschaftlichen Nutzfläche; Qualitäts- vs. Quantitätsmangel
Urteil des Bundesgerichts 4D_73/2021 vom 2. November 2022 (MV/DG)
 - 4. Fahrlässiger Irrtum (Art. 26 Abs. 1 OR); Geltendmachung des Irrtums gegen Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR); Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR)
Urteil des Bundesgerichts 4A_29/2022 vom 19. April 2022 (MV/DG)
- III. Fahrniskauf
 - 1. Nähe des Vertragspartners als Kriterium für die Opfermitverantwortung im Zivilrecht; fehlender guter Glaube (Art. 3 Abs. 1 ZGB)
Urteil des Bundesgerichts 5A_71/2022 vom 14. September 2022 (MV/DG)
 - 2. Kauf von Feuerlöschern; Wandlung des Kaufvertrags; Anfechtung der Vergleichsvereinbarung wegen zivilrechtlicher Furchterregung (Art. 29 Abs. 1 OR)
Urteil des Bundesgerichts 4A_607/2021 vom 9. August 2022 (MV/DG)
 - 3. Auftrag zum Kauf von Call-Optionen; Vertragsauslegung
Urteil des Bundesgerichts 4A_9/2021 vom 12. Januar 2022 (CB)

I. Unternehmenskauf

- 1. **Geschäftsübertragungsvertrag; absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR); Opfermitverantwortung; Verhältnis von Art. 28 Abs. 1 OR zu Art. 146 Abs. 1 StGB**

Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2021 vom 17. Juni 2022 (MV/DG)¹

[1] A (Beklagter und Beschwerdeführer, nachfolgend: Verkäufer) betrieb eine Garage als Einzelunternehmen auf zwei Parzellen, von denen eine Parzelle seiner Ehefrau und die andere ihm, seiner Ehefrau und einem Dritten gehörte. Anfang 2014 plante der Verkäufer, sein Unternehmen zu verkaufen (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Am 30. September 2014 schloss der Verkäufer mit der Z AG (Klägerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) einen Vertrag mit der Überschrift «Kaufvertrag» (nachfolgend: Kauf-

¹ Vgl. auch HELENE TASMAN/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Verhältnis von Art. 28 Abs. 1 OR zu Art. 146 Abs. 1 StGB, in: dRSK, publiziert am 9. Juni 2023; YLBER HASANI, Täuschung über Berechtigung am Kaufgegenstand, ius.focus 2022, Nr. 247.

vertrag) ab. Gemäss Ziff. 1 dieses Kaufvertrages verpflichtete sich der Verkäufer, das gesamte Mobiliar und die Software für die Unternehmensführung, die gemäss dem beigelegten Inventar Bestandteil des Kaufvertrages bildeten, an die Käuferin zu übertragen und dieser das Eigentum daran zu verschaffen. Ziff. 2 des Kaufvertrages legte den Preis für den Erwerb des Mobiliars und der Software auf CHF 500'000 fest. Zusätzlich enthielt Ziff. 8 des Kaufvertrages die Zusicherung des Verkäufers, dass das von Ziff. 1 des Kaufvertrages erfasste Mobiliar und die Software frei von jeglichen Rechten Dritter seien. Entgegen dem Wortlaut des Kaufvertrages war dem Vertrag kein Inventar beigelegt (Sachverhalt Teil A.c).

[3] Am 2. Oktober 2014 wurden zwei öffentlich beurkundete Grundstückkaufverträge mit der X AG abgeschlossen. Sie hatten die Grundstücke zum Gegenstand, auf denen sich die Garage und der dazugehörige Parkplatz befanden. Die Kaufpreise betragen CHF 2'200'000 und CHF 500'000, d.h. insgesamt CHF 2'700'000 (Sachverhalt Teil A.d).

[4] Am selben Tag zahlte die Käuferin dem Verkäufer den Kaufpreis von CHF 500'000 (Sachverhalt Teil A.e).

[5] In Wirklichkeit gehörte die verkaufte Software der S AG. Der Verkäufer besass lediglich eine Lizenz der Software (Sachverhalt Teil A.e).

[6] Am 22. Januar 2015 verlangte die Käuferin die Auflösung des Kaufvertrages. Sie berief sich dabei auf eine absichtliche Täuschung bzw. auf einen Irrtum. Die Käuferin forderte den Verkäufer auf, den Kaufpreis von CHF 500'000 innert zehn Tagen nach Erhalt des Schreibens zurückzuzahlen. Im Gegenzug dazu würde die Käuferin das Mobiliar zurückübertragen. Der Verkäufer weigerte sich, dieser Aufforderung nachzukommen (Sachverhalt Teil A.f).

[7] Im Mai 2015 reichte die Käuferin eine Strafanzeige wegen Betrugs gegen den Verkäufer ein. Das Strafverfahren wurde mit Verfügung vom 13. September 2018 eingestellt (Sachverhalt Teil A.h).

[8] Am 17. März 2016 reichte die Käuferin eine Klage gegen den Verkäufer ein, mit der sie unter anderem die Zahlung von CHF 500'000 verlangte. Der Verkäufer beantragte die Abweisung der Klage (Sachverhalt Teil B.a).

[9] Mit Urteil vom 25. August 2020 verurteilte die Waadtländer *Chambre patrimoniale* den Verkäufer zur Zahlung von CHF 500'000 an die Käuferin. Die Erstinstanz stellte fest, dass sich die Parteien durch einen Fahrniskaufvertrag gebunden hatten, dessen Gegenstand nicht durch subjektive Auslegung ermittelt werden konnte. Nach dem Vertrauensprinzip regle dieser Kaufvertrag die Übertragung des Eigentums am Mobiliar und an der Software, womit die Garage ausgestattet war und nicht an der Computeranlage der Garage, wie es der Verkäufer behauptete. Der Verkäufer habe die Käuferin absichtlich getäuscht, indem er behauptet hatte, Eigentümer der Software zu sein, obwohl er nur über eine Softwarelizenz verfügte. Folglich sei die Käuferin ungeachtet ihrer groben Fahrlässigkeit berechtigt gewesen, den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, was diese auch rechtzeitig getan habe (Art. 28 OR und Art. 31 OR) (Sachverhalt Teil B.a).

[10] Das Waadtländer Kantonsgericht wies mit Urteil vom 16. August 2021 die Berufung des Verkäufers ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil (Sachverhalt Teil B.b).

[11] Der Verkäufer gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte im Wesentlichen, die Klage der Käuferin abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 5).

[12] 1. Das Bundesgericht schützte das vorinstanzliche Urteil. Es stützte das von den Vorinstanzen objektive Auslegungsergebnis, wonach die Software und nicht die Computeranlage Gegenstand des Kaufvertrags gewesen sei (E. 3), auch wenn sich viele Fragen zur vorliegenden Transaktion, wie z.B. die Frage der Simulation, stellen würden (E. 3.2 und 4.3). 2. Ebenso bekräftigte das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, wonach der Verkäufer die Käuferin im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR absichtlich über sein Eigentum an der Software getäuscht habe. Dabei spiele es keine Rolle, dass das Strafverfahren eingestellt worden sei. So verlange Art. 28 Abs. 1 OR doch im Gegensatz zu Art. 146 Abs. 1 StGB keine Arglist (E. 4.2). Zudem werde die Unsorgfalt des Getäuschten durch die Täuschung des Täuschenden verdrängt (E. 4.2 auch mit Hinweis auf die abweichende Meinung von VISCHER/GALLI, AJP 2017, S. 1404 f., wonach auch Art. 28 Abs. 1 OR eine arglistige Täuschung verlange).

[13] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht bestätigt ausdrücklich seine Rechtsprechung, wonach Art. 28 Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 146 Abs. 1 StGB keine Arglist voraussetzt.² Ebenso bestätigt es seine Rechtsprechung, wonach die Unsorgfalt des Getäuschten durch die Täuschung des Täuschenden verdrängt werde. Immerhin weist es auf die abweichende Auffassung von VISCHER/GALLI hin.³

[14] 2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung überzeugt nicht. Art. 28 Abs. 1 OR schützt wie Art. 146 Abs. 1 StGB im Strafrecht nicht die Ehrlichkeit *per se*, ist doch Unehrlichkeit im menschlichen Zusammensein omnipräsent.⁴ Folglich ist nicht jede Täuschung im Geschäftsverkehr eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR. Vielmehr ist bei Art. 28 Abs. 1 OR wie im Strafrecht bei Art. 146 Abs. 1 StGB eine gewisse Intensität der Täuschung und damit letztlich eine arglistige Täuschung notwendig.⁵ Das ergibt sich auch aus Art. 199 OR, wo korrekterweise von arglistigem und nicht von absichtlichem Verschweigen gesprochen wird.

[15] a. Ob eine Täuschungshandlung arglistig ist, ergibt sich nicht aus einer alleinigen Betrachtung des Verhaltens der täuschenden Partei. Vielmehr ist auch das Verhalten der getäuschten Partei zu berücksichtigen, was oft unter dem Begriff der Opfermitverantwortung geschieht.⁶ Das Bundesgericht lehnt diesen Begriff zwar ab,⁷ berücksichtigt aber bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung unter dem Titel von Treu und Glauben in vielen Fällen auch das Verhalten des Getäuschten.⁸ Es ist deshalb entgegen dem Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht so, dass eine

² Das Bundesgericht hat im Berichtsjahr drei weitere Urteile gefällt, die sich (zwar nicht ausdrücklich, aber implizit) mit der Opfermitverantwortung im Zivilrecht befassen. Es handelt sich um die Urteile 4D_73/2021 vom 2. November 2022 (vgl. Rz. 78 ff.), 5A_71/2022 vom 14. September 2022 (vgl. Rz. 106 ff.) und 4A_29/2022 vom 19. April 2022 (vgl. Rz. 93 ff.).

³ MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff.

⁴ STEFAN MAEDER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 146 StGB N 10 ff.

⁵ Betreffend Art. 146 StGB: BSK StGB II-MAEDER/NIGGLI (Fn. 4), Art. 146 StGB N 61.

⁶ Z.B. MARKUS VISCHER, 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. 550 f.

⁷ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE 143 III 495; anders hingegen im Strafrecht wie z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B_127/2022 vom 22. März 2023 E. 4.3.2.

⁸ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021 E. 5.3 (besprochen von LIVIA HÄBERLI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Opfermitverantwortung beim Kunstkauf, in: dRSK, publiziert am 21. Januar 2022, Rz. 14); Urteil des Bundesgerichts 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.43/2005 vom 24. Juni 2005 E. 3.2; BGE 107 II 419 E. 2 S. 423; siehe schon BGE 27 II 558 E. 3 «Ob der Irrende den Irrtum bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermeiden können, ist gleichgültig, nur darf der Irrende nicht leichtgläubig Äusserungen des Andern getraut haben, die ohne Präention der Glaubwürdigkeit auftreten, da in diesem Falle von

Unsofgfalt auf Seiten der getäuschten Person in jedem Fall irrelevant ist. Vielmehr ist in jedem Einzelfall eine sorgfältige Betrachtung der Interessenlagen beider Parteien und auch eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei die Richtschnur bei beiden Parteien das in ihren Situationen jeweils angezeigte sozial adäquate Verhalten ist.⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Einhaltung eines Vertrags der Grundsatz und die Nichteinhaltung des Vertrags infolge absichtlicher Täuschung die Ausnahme sein muss.

[16] **b.** Mangels in dieser Hinsicht genügend detailliertem Sachverhalt kann nicht beurteilt werden, ob im vorliegenden Fall das Bundesgericht und die Vorinstanzen diese Interessenabwägung korrekt vorgenommen haben. Allerdings stellt sich schon die Frage, ob das Verhalten der Käuferin schützenswerter als das Verhalten des Verkäufers war. Dies tönt auch das Bundesgericht an, wenn es ausführt, die Transaktion werfe eine Reihe von Fragen bis hin zur Frage der Simulation auf.

[17] **3.** Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Bereich der Furchterregung (Art. 29 f. OR) einen anderen Weg zu beschreiten scheint. So hat es kürzlich in seinem Urteil 4A_607/2021 vom 9. August 2022 (vgl. Rz. 123 ff.) in E. 7.1.3 ohne ausführliche Begründung die «übermässigen Vorteile» im Sinne von Art. 30 Abs. 2 OR mit dem offenbaren Missverhältnis gemäss Art. 157 Ziff. 1 StGB gleichgesetzt. Der Tatbestand der Übervorteilung (Art. 21 OR) enthält ebenfalls den Begriff des offenbaren Missverhältnisses. Es ist daher offen, wie das Bundesgericht künftig das Verhältnis der zivilrechtlichen Übervorteilung nach Art. 21 OR und des strafrechtlichen Wuchers nach Art. 157 Ziff. 1 StGB beurteilen wird. Bislang ging es von einem weiteren zivilrechtlichen Begriff der Übervorteilung nach Art. 21 OR als dem strafrechtlichen Begriff des Wuchers nach Art. 157 Ziff. 1 StGB aus.¹⁰

2. Earn out-Klausel mit unbeschränkter Laufzeit; Vertragslücke; Vertragsauslegung und -ergänzung

Urteil des Bundesgerichts 4A_58/2022 vom 10. Juni 2022 (MV/DG)¹¹

[18] Die A GmbH (Verkäuferin, Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) und die B AG (Käuferin, Beklagte, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) schlossen einen Kaufvertrag vom 5. November 2012 (nachfolgend: Kaufvertrag). Die Verkäuferin übertrug dabei der Käuferin den Geschäftsbereich «Online-Marketing» (Sachverhalt Teil A).

[19] Im Kaufvertrag legten die Parteien fest, dass sich der Kaufpreis aus einem Baranteil von CHF 25'000 und einer Umsatzbeteiligung zusammensetze. Die Umsatzbeteiligung basiere dabei

vorsätzlicher Bestimmung fremden Willens durch Täuschung nicht mehr gesprochen werden könnte.»; siehe auch VIKTORIYA CHERNAYA/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Fahrlässiger Irrtum und Verstoss gegen Treu und Glauben, in: dRSK, publiziert am 10. Oktober 2022, Rz. 10 ff.

⁹ VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1402 ff.; siehe auch 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.

¹⁰ Vgl. SOPHIE REGENFUSS/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anwendung der Wucherstrafnorm auf eine M&A-Transaktion, in: dRSK, publiziert am 23. September 2019, Rz. 16; siehe auch MAXIMILIAN SCHWARZENBERGER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Betriebskauf: keine Übervorteilung der Verkäuferin, in: dRSK, publiziert am 11. Mai 2022, Rz. 21 (drittes Lemma).

¹¹ Vgl. auch SEMAL YILDIZ/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Earn out-Klausel mit unbeschränkter Laufzeit, in: dRSK, publiziert am 22. September 2022; HARALD BÄRTSCHI, Earn-out-Periode beim Unternehmenskauf, ius.focus 2022, Nr. 220.

auf dem zukünftigen Nettobetriebsertrag gewisser Kunden, wobei aber der maximale Kaufpreis CHF 100'000 betrage und danach die Umsatzbeteiligung erlösche (Sachverhalt Teil B und E. 5.1).

[20] Am 29. März 2019 klagte die Verkäuferin gegen die Käuferin auf Zahlung von CHF 52'059.77 nebst Zins. Eventualiter klagte sie im Sinne einer Stufenklage auf Herausgabe gewisser Dokumente zur Periode vom 1. Januar 2013 bis dato und, nach Erhalt der herausverlangten Dokumente, auf Fristansetzung zur Bezifferung der Forderungssumme (Sachverhalt Teil B).

[21] Mit Teilurteil vom 21. Dezember 2021 verpflichtete das Handelsgericht des Kantons Zürich die Käuferin, der Verkäuferin gewisse Dokumente zur Periode vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 herauszugeben. Es erwog, dass eine Vertragsergänzung des Kaufvertrags nach dem hypothetischen Parteiwillen eine Beschränkung der umsatz- und damit kaufpreisrelevanten Periode (nachfolgend: *Earn out*-Periode) auf einen Zeitraum von zwei Jahren ergebe. Deshalb verfüge die Verkäuferin nur für die Periode vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 über einen Anspruch auf Dokumente (Sachverhalt Teil B).

[22] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Verkäuferin die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 8).

[23] 1. Das Bundesgericht hielt fest, dass umstritten sei, ob die Vorinstanz das in der Stufenklage gestellte Auskunftsbegehren in Auslegung des Kaufvertrags zu Recht in zeitlicher Hinsicht auf die Periode vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 beschränkt habe (E. 5 Ingress).

[24] a. Laut Vorinstanz habe die Verkäuferin geltend gemacht, der Kaufpreis betrage CHF 100'000 fix. Zusätzlich zum Baranteil von CHF 25'000 sei eine fixe Umsatzbeteiligung von CHF 75'000 vereinbart worden. Die Käuferin sei dagegen der Ansicht, bei der Umsatzbeteiligung handle es sich um eine variable Kaufpreiskomponente. Der Kaufpreis betrage maximal CHF 100'000, könne aber auch abhängig von der Ertragslage tiefer ausfallen. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass die Verkäuferin keine gegenseitig übereinstimmenden Willensäusserungen genannt habe. Sie sei deshalb in Anwendung des Vertrauensprinzips zum Ergebnis gelangt, die Parteien hätten ein variables Kaufpreiselement vorgesehen (E. 5.3).

[25] b. Das Bundesgericht schützte diese Betrachtungsweise, namentlich auch bezüglich Auslegung des Kaufvertrags nach dem Vertrauensprinzip. In Anwendung dieses Prinzips hätte sich die Vorinstanz ausführlich mit dem Wortlaut, der Systematik, dem Vertragszweck, der Interessenlage der Parteien sowie den Begleitumständen und der Vorgeschichte des Kaufvertrags auseinandergesetzt und sei zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Parteien mit der Umsatzbeteiligung im Kaufvertrag ein variables Kaufpreiselement vorgesehen hätten (E. 5.4 und 5.5).

[26] 2. Strittig sei weiter, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen sei, es liege hinsichtlich der fehlenden zeitlichen Begrenzung der Umsatzbeteiligung (Festlegung einer *Earn out*-Periode) eine zu ergänzende Vertragslücke vor (E. 6 Ingress).

[27] a. Eine Vertragslücke liege vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betreffe, nicht oder nicht vollständig geregelt hätten. Ob der Vertrag in diesem Sinne einer Ergänzung bedürfe, sei vorerst durch subjektive (empirische), bei deren Ergebnislosigkeit durch objektive (normative) Auslegung zu ermitteln. Sei ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so habe der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens habe der Rich-

ter sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie am Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren (E. 6.3).

[28] **b.** Die Vorinstanz habe ausführlich begründet, weshalb sie nach dem Vertrauensprinzip bei der Umsatzbeteiligung von einer variablen Kaufpreiskomponente ausgegangen sei. Eine variable Kaufpreiskomponente setze aber grundsätzlich, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe, eine zeitliche Begrenzung der *Earn out*-Periode voraus. Die Vorinstanz habe deshalb zusammenfassend ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen dürfen, der Kaufvertrag weise mangels zeitlicher Begrenzung der *Earn out*-Periode eine zu ergänzende Lücke auf (E. 6.4.2).

[29] **3.** Umstritten sei schliesslich die Dauer der *Earn out*-Periode, die von der Vorinstanz auf zwei Jahre festgelegt wurde (E. 7 Ingress).

[30] **a.** Die Vorinstanz habe erwogen, *Earn out*-Klauseln seien in der Regel auf einen Zeitraum von einem bis zu drei Jahren ausgelegt. Der Kaufvertrag enthalte mehrere Elemente, die Rückschlüsse auf den hypothetischen Parteiwillen betreffend die zeitliche Bemessung der *Earn out*-Periode zuliessen. Zum einen habe sich die Verkäuferin verpflichtet, die Käuferin während zweier Jahre ab Unterzeichnung des Kaufvertrags nicht zu konkurrenzieren. Gleichzeitig hätten die Käuferin und C, ein Mitarbeiter der Verkäuferin (nachfolgend: Mitarbeiter), einen auf 12 Monate befristeten Arbeitsvertrag geschlossen, um die Integration des übertragenen Unternehmensteils zu begleiten. Unter diesen Umständen erscheine eine zeitliche Beschränkung der *Earn out*-Periode auf einen Zeitraum von zwei Jahren (1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014) als angemessen und dem hypothetischen Parteiwillen entsprechend (E. 7.1).

[31] **b.** Das Bundesgericht folgte der Ansicht der Vorinstanz. Es folgerte, dass die von der Vorinstanz in Vertragsergänzung vorgenommene zeitliche Begrenzung der *Earn out*-Periode auf zwei Jahre jedenfalls innerhalb der von der Lehre vertretenen Bandbreite liege, woran auch die von der Verkäuferin angeführten M&A-Studien von CMS nichts änderten (E. 7.2.2).

[32] **c.** Nicht einschlägig sei auch der Hinweis der Verkäuferin auf Art. 28 Abs. 3 BGG, wo betreffend den Gewinnanspruch von Miterben bei Veräusserungen eines Grundstücks eine Laufzeit von 25 Jahren vorgesehen sei (E. 7.2.3).

[33] **d.** Auch nicht zu beanstanden sei, dass die Vorinstanz zur Bemessung der Laufzeit der Umsatzbeteiligung auf die Dauer der Konkurrenzklausel bzw. der gewährten Namenslizenz Bezug nehme, die beide ebenfalls für die Dauer von zwei Jahren geschlossen wurden. Zusätzlich habe die Vorinstanz auch berücksichtigt, dass der Arbeitsvertrag zwischen der Verkäuferin (*recte*: Käuferin) und dem Mitarbeiter auf 12 Monate befristet war (E. 7.2.4).

[34] **e.** Insgesamt vermöge die Verkäuferin keine Gründe darzutun, die es vorliegend rechtfertigen würden, in die vorinstanzliche Vertragsergänzung (Festlegung der *Earn out*-Periode auf zwei Jahre) einzugreifen (E. 7.2.5).

[35] **Bemerkung: 1.** Unternehmenskaufverträge enthalten teilweise *Earn out*-Klauseln. Darunter versteht man Klauseln, aufgrund derer der Käufer nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags dem Verkäufer einen von bestimmten, nach diesem Vollzug eintretenden (und damit zukünftigen) Ereignissen abhängigen Kaufpreis zahlt.¹² Entsprechend ist der Unternehmens-

¹² MARKUS VISCHER, *Earn out*-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, S. 509 ff., S. 509; siehe auch MEIKE PAULETZKI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Auslegung von Suspensivbedingungen*, in: dRSK, publiziert am 30. April 2020, Rz. 11 mit weiteren Nachweisen.

kaufvertrag mit einer *Earn out*-Klausel ein partiarischer Kaufvertrag und damit ein partiarisches Rechtsgeschäft.¹³

[36] a. Vorliegend lag ein solcher partiarischer Kaufvertrag vor, da die von den Parteien im Kaufvertrag vereinbarte Umsatzbeteiligung als *Earn out*-Klausel gilt. Insoweit ist dem Bundesgericht und der Vorinstanz in ihrer Auslegung des Kaufvertrags zu folgen, auch wenn die subjektiv-objektive Auslegungsmethode des Bundesgerichts nicht überzeugt und Verträge vielmehr ausschliesslich objektiv auszulegen sind.¹⁴

[37] b. Dem Bundesgericht und der Vorinstanz ist auch insofern zu folgen, als *Earn out*-Klauseln in aller Regel befristet sind, wobei in der Praxis in Unternehmenskaufverträgen *Earn out*-Klauseln über den Zeitraum von ein bis fünf Jahren mit einem Median von zwei bis drei Jahren überwiegen dürften. Der Grund für diese relativ kurzen Zeiträume sind primär Praktikabilitätsüberlegungen. Denn *Earn out*-Klauseln belasten beide Parteien stark, weil sie nach dem Vollzug des Kaufvertrags rechtlich miteinander verbunden bleiben, was mit Handlungseinschränkungen und Unsicherheiten verbunden ist. Das hat den Gesetzgeber allerdings nicht daran gehindert, im bürgerlichen Bodenrecht in Art. 28 BGG – wie von der Verkäuferin vorgebracht – ein 25 Jahre dauerndes Gewinnanteilsrecht der Miterben vorzusehen, wie wenn im bürgerlichen Bodenrecht die Zeit langsamer und unproblematischer als anderswo verstreichen würde.

[38] 2. Die Tatsache, dass im vorliegenden Fall die *Earn out*-Klausel unüblicherweise nicht befristet war, bedeutet jedoch nicht, dass zwingend eine Vertragslücke vorliegen muss. Der saloppen Behauptung der Vorinstanz (in den Worten des Bundesgerichts, E. 6.1: «Ein variabler Kaufpreis in Abhängigkeit vom Ertrag sei sachlogisch betrachtet zwingend auf eine bestimmte Zeitperiode zu begrenzen») bzw. des Bundesgerichts (E. 6.4.2: «Eine variable Kaufpreiskomponente setzt aber grundsätzlich – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – eine zeitliche Begrenzung der Earn-out Periode voraus»), ist also nicht zu folgen, auf jeden Fall nicht, wenn von einer zeitlichen Begrenzung von zwei Jahren ausgegangen wird. Das ist vielmehr eine willkürliche Unterstellung eines hypothetischen Parteiwillens, was das Bundesgericht selbst in einem anderen Urteil kürzlich als Unterstellung einer «*(pseudo) volonté hypothétique des parties sur la règle supplétive*»¹⁵ bezeichnet hatte.

[39] a. Folglich hätte sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall besser an seiner Rechtsprechung zu den ewigen Verträgen orientiert, also z.B. an BGE 114 II 159, wo das Bundesgericht eine Vertragslaufzeit eines Bierlieferungsvertrags von 20 Jahren schützte. Es hätte dann erkannt, dass der Richter infolge des Grundsatzes «*pacta sunt servanda*» unabhängig davon, ob Korrekturen von ewigen Verträgen mittels Vertragsauslegung, Vertragsergänzung oder Vertragslücken-

¹³ VISCHER (Fn. 12), S. 512 f.

¹⁴ Z.B. ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, Rz. 29 und 35; siehe auch MARINA BEELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Auslegung einer Abtretungsvereinbarung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten, in: dRSK, publiziert am 25. Mai 2022, Rz. 17.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_528/2019 vom 7. Dezember 2020 E. 6.3.

füllung¹⁶ gestützt auf Generalklauseln wie Art. 27 Abs. 2 ZGB oder Art. 2 Abs. 2 ZGB¹⁷ eher intrinsisch oder extrinsisch vorzunehmen sind,¹⁸ nur unter grösster Zurückhaltung in Verträge eingreifen und sie in Bezug auf die Laufzeit korrigieren darf.¹⁹ Etwas anderes hiesse, reine Billigkeitsentscheide zu treffen sowie die Gesetzes- und Vertragstreue auszuhebeln, wovon unter anderem HANS MERZ betreffend Art. 2 Abs. 2 ZGB bereits 1962 ausdrücklich warnte.²⁰

[40] **b.** Das Bundesgericht wäre bei dieser Betrachtungsweise der *Earn out*-Klausel im konkreten Fall vermutlich zu einer längeren Dauer der *Earn out*-Periode als von zwei Jahren gelangt, zumal die *Earn out*-Klausel im Kaufvertrag zwar zeitlich unbegrenzt (und damit ewig), dafür aber betraglich (auf CHF 100'000 inkl. Baranteil von CHF 25'000) begrenzt war.

[41] **3.** Lediglich der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass die Analogien der Vorinstanz und des Bundesgerichts zu anderen vertraglichen Regelungen im Kaufvertrag zur Begründung einer zweijährigen *Earn out*-Periode nicht überzeugen. Die Dauer des (nachvertraglichen) Konkurrenzverbots in einem Unternehmenskaufvertrag hat wenig mit dem (hypothetischen) Vertragswillen in Bezug auf die *Earn out*-Periode zu tun. Vielmehr ist die Höchstdauer des Konkurrenzverbots aus kartellrechtlichen Gründen auf maximal zwei bzw. drei Jahre nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags begrenzt.²¹ Ebenso ist die Dauer der Mitarbeit des Verkäufers bzw. einer seiner Hauptrepräsentanten im verkauften Unternehmen in Bezug auf die *Earn out*-Periode wenig schlüssig, ist doch ein Gleichlauf einer solchen Mitarbeit und der *Earn out*-Periode in der Praxis zwar anzutreffen, aber keinesfalls zwingend.²² Andernfalls hätten das Bundesgericht und die Vorinstanz bei einer einjährigen Mitarbeit des Mitarbeiters auch nicht eine zweijährige *Earn out*-Periode annehmen können.

¹⁶ Siehe zu den fließenden Übergängen von Vertragsauslegung, Vertragsergänzung und Vertragslückenfüllung z.B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Fn. 14), Rz. 35; siehe auch MARKUS VISCHER, *Entscheidbesprechungen*. BGer 4A_449/2019: Entschädigung im Falle der Verletzung der Exklusivitätsklausel, AJP 2020, S. 1200 ff., S. 1202 f.; HAEFELI/GALLI/VISCHER (Fn. 14), Rz. 38 f., 41, 56 f. und 64, mit einer von E. 6.3 des referierten Urteils leicht abweichenden Ansicht der Rolle des dispositiven Rechts bei der Vertragslückenfüllung.

¹⁷ Siehe zur diesbezüglichen Rolle von Art. 20 Abs. 2 OR z.B. MARKUS VISCHER, *Entscheidbesprechungen*. (2) BGer 4A_45/2017: Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation, AJP 2017, S. 1129 ff., S. 1132 ff.

¹⁸ Siehe zu den intrinsischen und extrinsischen Vertragskorrekturen z.B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Fn. 14), Rz. 38 f.; MARKUS VISCHER, *Entscheidbesprechungen*. BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, S. 130 ff., S. 132.

¹⁹ Im Allgemeinen z.B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Fn. 14), Rz. 20.

²⁰ HANS MERZ, in: *Berner Kommentar*, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 30 ff.; MERZ folgend z.B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Fn. 14), Rz. 76; VISCHER (Fn. 17), S. 1134.

²¹ Siehe MONIKA RUGGLI/MARKUS VISCHER, *Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen*, SJZ 2006, S. 294 ff, S. 300 mit Verweisung auf S. 298.

²² Im Allgemeinen: VISCHER (Fn. 12), S. 512.

II. Grundstückkauf

1. Abtretung von Mängelrechten beim Verkauf von Stockwerkeigentum; Verhältnis der Ansprüche gegen die Verkäuferin und gegen die Unternehmer; Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen

Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 (CB)²³

[42] Die Verkäuferin (ein Immobilienunternehmen) liess in Neuenburg ein Gebäude mit neun Wohnungen und fünf Garagen errichten. Sie liess den Bau durch mehrere Handwerker sowie ein Architekturbüro erstellen, welches die Pläne für den Bau erstellte und die Bauleitung übernahm. Die Verkäuferin begründete am Gebäude Stockwerkeigentum und verkaufte die Stockwerkeinheiten an verschiedene Erwerber.

[43] Nach Abschluss der Bauarbeiten im Oktober 2001 traten diverse Mängel an den gemeinschaftlichen und den privaten Teilen des Gebäudes auf. Im Januar 2002 forderten zwei Erwerber das Architekturbüro mittels Einschreiben auf, verschiedene Abschlussarbeiten und Reparaturen unter Garantie durchzuführen. In einem Einschreiben an die Verkäuferin beschwerten sich die beiden Erwerber, dass trotz mehrfacher Kontakte mit dem Architekturbüro und verschiedenen Handwerkern die Mängel nicht behoben worden seien. Sie forderten die Verkäuferin auf, so schnell wie möglich alle notwendigen Nachbesserungsarbeiten durchzuführen.

[44] Im Januar 2005 beauftragten die Stockwerkeigentümer einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens über die Mängel des Gebäudes. Gestützt auf das im März 2005 erhaltene Gutachten stellten sie sodann gegen die Verkäuferin einen Antrag auf vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO). Auf Anordnung des Gerichts schätzte der gerichtliche Gutachter im August/November 2006 die zur Behebung der Mängel durchzuführenden Arbeiten auf CHF 149'000.

[45] Im November 2007 klagten 15 Stockwerkeigentümer gegen die Verkäuferin und das Architekturbüro und verlangten, dass diese solidarisch zur Bezahlung des vom gerichtlichen Experten festgestellten Betrags von CHF 149'000 zuzüglich Zinsen zu verurteilen seien. Die Kläger führten in der Klage aus, die mit der Verkäuferin abgeschlossenen Kaufverträge enthielten eine Klausel, welche jegliche Gewährleistung der Verkäuferin ausschliesse, verbunden mit einer Abtretung aller vertraglichen und gesetzlichen Garantie- und Gewährleistungsansprüche, welche der Verkäuferin gegen alle Personen zustehen, die den Bau ausgeführt haben. Die Verkäuferin habe sich indessen zusätzlich verpflichtet, alle notwendigen Vorkehrungen für die Ausführung von Nachbesserungsarbeiten zu treffen und sämtliche Garantiescheine der Unternehmer auszuhändigen. Die Käufer der Stockwerkeinheiten begründeten die vertragliche Haftung der Verkäuferin mit der Nichterfüllung ihrer Pflicht, ihnen die notwendigen Auskünfte zu erteilen, um gegenüber den Unternehmern die Beseitigung der Mängel verlangen zu können.

[46] Die Verkäuferin bestritt vorfrageweise unter Hinweis auf die Abtretung der Mängelrechte ihre Passivlegitimation, erhob die Verjährungseinrede und machte eine verspätete Mängelanzeige

²³ Vgl. auch BLAISE CARRON, PPE, défaut des parties communes et cession des droits de garantie: un besoin de réforme législative?, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_152/2021, Newsletter immodroit.ch février 2023; OLIVER DREYER, Abtretung von Mängelrechten beim Stockwerkeigentum, ius.focus 2023, Nr. 32; SZZP/RSPC 2023, Nr. 27353/2023, S. 259; MARYSE PRADERVAND-KERNEN, Miteigentum und Stockwerkeigentum/Copropriété ordinaire et propriété par étages, BR 2023, Nr. 241, S. 165 f.; FRANZ WERRO, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations | Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2023, S. 586 ff., S. 588.

geltend. Im Dezember 2008 wurde vereinbart, dass über diese drei Vorfragen ein separates Urteil gefällt werden soll. Im August 2011 wies das erstinstanzliche Gericht die drei Einreden ab. In Bezug auf die Passivlegitimation (Abtretung) der Verkäuferin stellte das Gericht fest, dass diese ihrer Pflicht, den Käufern die Liste der Unternehmer sowie alle Garantiezertifikate zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen sei und dass daher die Ansprüche gegenüber den am Bau beteiligten Unternehmern nicht wirksam abgetreten worden seien.

[47] Im Oktober 2012 hiess das Kantonsgericht Neuenburg die Berufung der Verkäuferin und des Architekturbüros teilweise gut, wies die Klage gegen das Architekturbüro wegen Verjährung ab und wies die Sache bezüglich der Verkäuferin zur weiteren Instruktion an das erstinstanzliche Gericht zurück.

[48] Nach der Rückweisung verurteilte das erstinstanzliche Gericht im August 2020 die Verkäuferin zur Zahlung von CHF 145'774 zuzüglich Zinsen. Es stellte fest, dass die Käufer (Kläger) solidarisch nur die behaupteten Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen einfordern könnten, für welche die Kläger jeweils klageberechtigt seien. Das Gericht führte aus, die Kläger hätten zunächst ihr Nachbesserungsrecht gegen die Verkäuferin ausgeübt und dann, nachdem sich diese weigerte, die Reparaturarbeiten auszuführen, auf Nichterfüllung ihrer Pflichten (Art. 107 Abs. 2 OR) geklagt und die Preisminderung gewählt. Der Minderwert entspreche den zur Beseitigung der Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen erforderlichen Reparaturkosten und belaufe sich auf CHF 145'774.

[49] Im Februar 2021 hiess das Kantonsgericht Neuenburg die Berufung der Verkäuferin teilweise gut und verurteilte diese, CHF 145'774 an nur zwei Käufer (von den ursprünglich fünfzehn Käufern/Klägern) als Solidargläubiger zu zahlen. Die Klage der anderen Kläger wies das Kantonsgericht ab. Es erwog, dass die Verkäuferin, entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts, den Klägern die für die Ausübung der Gewährleistungsrechte versprochenen Auskünfte korrekt erteilt habe. Daher sei die Abtretung der Mängelrechte an die Käufer wirksam gewesen. Allerdings sei anders als von den Käufern ursprünglich behauptet in zwei Kaufverträgen keine Gewährleistungsausschlussklausel enthalten. Die beiden fraglichen Verträge enthielten daher eine Abtretung der Gewährleistungsrechte der Verkäuferin, ohne gleichzeitigen Gewährleistungsausschluss der Verkäuferin. Die beiden Käufer seien daher berechtigt, im eigenen Namen gegen die Verkäuferin auf Minderung des Kaufpreises für den gesamten Schaden an den gemeinschaftlichen Teilen zu klagen. Die Klage der übrigen Kläger wies das Kantonsgericht ab, da die Verkäuferin sich wirksam auf die Freizeichnungsklausel berufen könne.

[50] Die Verkäuferin erhob beim Bundesgericht Beschwerde und beantragte die Abweisung der Klage. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in Fünferbesetzung gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Klage ab.

[51] 1. Das Bundesgericht hielt einleitend fest, die Verträge, mit denen die Kläger einen Miteigentumsanteil an dem sich bei Vertragsschluss im Bau befindlichen Gebäude erwarben, seien als gemischte Verträge zu qualifizieren, die Elemente des Kaufvertrags und des Werkvertrags kombinieren. Mangels einer besonderen vertraglichen Bestimmung unterliege die Mängelgewährleistung den Regeln des Werkvertrags, jedenfalls für Mängel an gemeinschaftlichen Teilen, die hier allein in Frage ständen. Die Stockwerkeigentümer seien individuelle Inhaber der Gewährleistungsrechte für Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen, da diese Rechte aus dem Vertrag jedes einzelnen Erwerbers mit dem Verkäufer hervorgingen. Dies gelte sowohl für das Recht auf Preisminderung, das teilbarer Natur sei, als auch für das Recht auf Nachbesserung, das nach der neueren Rechtsprechung (BGE 145 III 8 E. 3.5 S. 13) jedem Stockwerkeigentümer unteilbar und

vollumfänglich zustehe. Jeder einzelne Stockwerkeigentümer könne eine Klage auf Durchsetzung des Nachbesserungsrechts aller mit Mängeln behafteten gemeinschaftlichen Teile erheben, gegebenenfalls mit dem Antrag auf Zahlung der Kosten für die Beseitigung der Mängel durch Dritte (E. 4.1).

[52] 2. Das Bundesgericht stellte sodann fest, die beiden kantonalen Instanzen hätten die Klage der Käufer zu Unrecht als Klage aufgrund des (teilbaren) Rechts auf Preisminderung behandelt, statt auf Erfüllung des (unteilbaren) Rechts auf Nachbesserung der gemeinschaftlichen Teile. Die Schwierigkeit des Falls liege in den unterschiedlichen Regelungen der Haftung der Verkäuferin in den Verträgen, die von den Käufern der Stockwerkeinheiten abgeschlossen wurden (E. 4.2). Mit Ausnahme der beiden Verträge der Beschwerdegegner enthielten alle Kaufverträge eine Klausel, welche die Haftung der Verkäuferin im Austausch gegen die Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber den Bauunternehmern an die Käufer ausschloss. Diese Klausel habe es der Verkäuferin ermöglicht, den betroffenen Käufern erfolgreich ihre fehlende Passivlegitimation (Haftung) entgegenzuhalten (E. 5).

[53] 3. Hinsichtlich der beiden verbleibenden Verträge mit den Beschwerdegegnern rügte die Verkäuferin zunächst, deren Auslegung hätte dazu führen müssen, ihren Haftungsausschluss auch gegenüber diesen beiden Erwerbern zu bejahen. Das Bundesgericht verwarf diese Rüge. Das Kantonsgericht habe den Grundsatz des Vorrangs der subjektiven Auslegung vor der objektiven Auslegung nicht missachtet. Die in der Klageschrift enthaltene unzutreffende Behauptung, dass alle Verträge eine Garantiausschlussklausel enthielten, stelle kein Indiz für einen tatsächlichen Willen der beiden Käufer dar, die gesetzliche Gewährleistung der Verkäuferin auszuschliessen. Das Kantonsgericht habe zu Recht den objektiven Willen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ermittelt. Bei objektiver Auslegung sei bei Fehlen einer Vertragsklausel, welche die Gewährleistungspflicht der Verkäuferin einschränkt, der Wortlaut der Abtretung der Gewährleistungsrechte nur so zu verstehen, dass den Erwerbern die Möglichkeit eingeräumt werde, die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn direkt gegen die Unternehmer geltend zu machen, die somit zu ihren Gewährleistungsansprüchen gegenüber der Verkäuferin hinzukämen (E. 5.2).

[54] 4. Weiter rügte die Verkäuferin, das Kantonsgericht habe die Reihenfolge, in der die beiden «Klagen» erhoben werden müssen, nicht geprüft. Damit ist einerseits der Anspruch der Erwerber, deren Kaufvertrag keine Gewährleistungsausschlussklausel enthielt, gegen die Verkäuferin gemeint und andererseits allfällige Ansprüche gegen die am Bau beteiligten Unternehmer aufgrund der Abtretung der Gewährleistungsrechte.

[55] Vorab hielt das Bundesgericht fest, bei der Abtretung von Gewährleistungsansprüchen sei weitgehend anerkannt, dass in jedem Fall der Nachbesserungsanspruch abtretbar sei, unabhängig davon, ob es sich um den Anspruch auf Beseitigung des Mangels selbst oder um die Geldforderung, die sich daraus ergeben kann (Kosten einer Ersatzvornahme) handle. Dagegen werde die Abtretbarkeit von Ansprüchen auf Vertragsauflösung und Preisminderung von der Rechtsprechung grundsätzlich verneint (E. 5.3).

[56] Hinsichtlich der Reihenfolge der Geltendmachung der beiden Ansprüche führt das Bundesgericht aus, eine Abtretung des Nachbesserungsanspruchs erfolge zum Zwecke der Erfüllung (zahlungshalber, Art. 172 OR). Der Zessionar (Erwerber des Stockwerkeigentumsanteils) sei in analoger Anwendung von Art. 467 Abs. 2 OR verpflichtet, zuerst den abgetretenen Nachbesserungsanspruch gegen am Bau beteiligte Unternehmer geltend zu machen. Die von der Zedentin (hier: Verkäuferin) geschuldete Leistung sei in der Zwischenzeit suspendiert. Diese Verpflichtung bestehe indessen nur dann, wenn der Zessionar über ausreichende Informationen verfüge,

um gegen die betreffenden Unternehmer vorzugehen. Auch müsse der Zessionar nur die ihm zumutbaren Anstrengungen unternehmen; insbesondere müsse er nicht den Rechtsweg beschreiten (also klagen). Da nur das Recht auf Nachbesserung abgetreten werden könne, hindere einen Erwerber nichts daran, gegen den Veräusserer bei gegebenen Voraussetzungen das Recht auf Preisminderung oder Vertragsauflösung geltend zu machen, ohne vorher das abgetretene Recht auf Nachbesserung geltend machen zu müssen (E. 6.1).

[57] In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, die beiden Erwerber hätten ihr Recht auf Nachbesserung nicht vorrangig gegenüber den Unternehmern, die an den gemeinschaftlichen Teilen gearbeitet hatten, sondern direkt gegenüber der Verkäuferin geltend gemacht, obschon sie nach dem vorinstanzlichen Entscheid von der Verkäuferin genügend Informationen erhalten hätten, um das Recht auf Nachbesserung gegenüber den Unternehmern auszuüben. Aus dem angefochtenen Entscheid ergebe sich kein weiterer Anhaltspunkt, wonach die Verkäuferin nicht berechtigt wäre, von den Erwerbern zu verlangen, dass sie sich für die Nachbesserung an den mangelbehafteten gemeinsamen Teilen zuerst an die betroffenen Unternehmer wenden. Folglich sei die Verkäuferin berechtigt, die Erfüllung ihrer Nachbesserungspflicht zu verweigern, so dass die Klage abzuweisen sei (E. 6.2).

[58] **Bemerkung: 1.** Das Ergebnis dieses Entscheids ist, dass die Erwerber von Stockwerkeigentum des bei Vertragsschluss im Bau befindlichen Gebäudes, dessen gemeinschaftliche Teile Mängel aufwiesen, die durch zwei Gutachten festgestellt wurden, nach mehr als 20 Jahren seit Bauabschluss und rund 17-jähriger Verfahrensdauer mit leeren Händen dastehen, obschon sie vor beiden kantonalen Instanzen Recht bekommen hatten. Die nachstehende Besprechung beschränkt sich auf die entscheidungsrelevanten Aspekte.²⁴

[59] Ausschlaggebend für die Gutheissung der Beschwerde und Abweisung der Klage der beiden Erwerber, deren Kaufverträge zwar eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche der Verkäuferin gegenüber den Unternehmern, aber keinen Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche gegen die Verkäuferin enthielt, waren im Wesentlichen drei Aspekte:

(i) Die Erwägung, dass entgegen der Auffassung der beiden kantonalen Instanzen die Klage nicht als Klage auf Preisminderung zu behandeln sei, sondern als Klage auf Erfüllung des Rechts auf Nachbesserung der gemeinschaftlichen Teile (Rz. 52);

(ii) Die Auffassung, wonach die Erwerber, deren Verträge keinen Ausschluss der Gewährleistung enthielten, kein voraussetzungsloses Wahlrecht haben zwischen der Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Verkäuferin einerseits und gegen die betroffenen Unternehmer gestützt auf den abgetretenen Nachbesserungsanspruch andererseits, sondern die Abtretung zahlungshalber (und nicht sicherungshalber) erfolge, sodass die Erwerber zunächst gegen die Unternehmer «vorgehen» müssen; und

(iii) Die Beurteilung, dass die Verkäuferin infolge der Abtretung der Gewährleistungsansprüche zu Recht die Erfüllung des Mängelanspruchs der Käufer verweigern durfte, da es für die Käufer möglich und zumutbar gewesen wäre, primär gegen die Unternehmer vorzugehen.

[60] 2. (i) – **Nachbesserung / Minderung:** Wie gesehen erkannte das Bundesgericht, die beiden kantonalen Instanzen hätten die Klage der Käufer zu Unrecht als Klage aufgrund des (teilbaren) Rechts auf Preisminderung behandelt, statt auf Erfüllung des (unteilbaren) Rechts auf Nachbesserung der gemeinschaftlichen Teile. Weiter hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit der

²⁴ Vgl. auch die ausführliche kritische Besprechung von CARRON (Fn. 23), Kapitel III (Analyse).

Diskussion des Verhältnisses zwischen der Geltendmachung der Mängelansprüche gegen die Verkäuferin und des abgetretenen Nachbesserungsanspruchs gegen die Unternehmer fest, dass die Käufer gegenüber der Verkäuferin das Recht auf Preisminderung bei gegebenen Voraussetzungen ausüben können, ohne zuvor das abgetretene Recht auf Nachbesserung geltend machen zu müssen, da das Minderungsrecht gar nicht abgetreten werden könne.²⁵ Es kann daher die Frage aufgeworfen werden, ob die Qualifikation als Klage auf Nachbesserung zwingend war. Ginge man von einer Minderungsklage aus mit der Berechtigung der beiden Käufer, in der vorliegenden besonderen Situation den ungeteilten, vollen Minderwert geltend machen zu können, hätte die Beschwerde abgewiesen werden müssen.

[61] Vorliegend hielten die kantonalen Instanzen fest, die Käufer hätten Minderung gewählt, wobei der Minderwert den zur Beseitigung der Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen erforderlichen Reparaturkosten entspreche, die sich gemäss Gutachten auf CHF 145'774 beliefen (Rz. 48). Beim Erwerb einer Stockwerkeinheit wird aber grundsätzlich davon ausgegangen, im Fall der Minderung mache der Erwerber bloss eine Reduktion des vereinbarten Preises proportional zum Minderwert seines Stockwerkanteils, der durch den mangelhaften gemeinschaftlichen Teil verursacht wurde, geltend.²⁶ Im Schrifttum wird erwähnt, die bei der Minderung üblicherweise anwendbare Vermutung, wonach der Minderwert den Reparaturkosten entspricht,²⁷ könne bei Mängeln an gemeinsamen Teilen von Stockwerkeigentum Probleme aufwerfen.²⁸ Vorliegend klagten die betroffenen Erwerber von Stockwerkeigentum gemeinsam vor den kantonalen Gerichten gegen die Verkäuferin; sie machten das Minderungsrecht gemeinsam geltend. Nachdem die Klage gegen diejenigen Erwerber, deren Verträge einen Gewährleistungsausschluss enthielten, vom Kantonsgericht abgewiesen wurde, verblieben zwei Erwerber, deren Verträge keinen Gewährleistungsausschluss enthielten. Hätte hier auch angenommen werden können, die im bundesgerichtlichen Verfahren verbliebenen beiden Käufer hätten Minderung in der Höhe der Nachbesserungskosten verlangt und seien dazu in vollem Umfang (nicht bloss in der Höhe ihres Quotenanteils) als Solidargläubiger berechtigt? Da die Klage der anderen Erwerber abgewiesen wurde, war das Risiko, dass die Verkäuferin mehr als die Nachbesserungskosten zahlen müsste, ausgeschlossen. Die Teilbarkeit des Minderungsrechts bedeutet wohl nicht zwingend, dass, wenn die Minderung im Prozess zunächst «ungeteilt» verlangt wird, weil sie von allen Erwerbern des im Stockwerkeigentum befindlichen Gebäudes geltend gemacht wird, nachträglich, wenn gewisse Erwerber im Prozess wegfallen, zum teilbaren Recht wird und bloss noch quotenmässig einforderbar wäre.²⁹

[62] **3. (ii) Abtretung des Nachbesserungsrechts zahlungshalber (und nicht sicherungshalber):** Im Anschluss an BGE 118 II 142 (E. 1b/1c S. 145 f.) ging das Bundesgericht ohne wei-

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 E. 6.1, letzter Absatz.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 E. 4.1 mit Nachweisen.

²⁷ BGE 116 II 305 E. 4a S. 313 f.: «Aufgrund einer tatsächlichen Vermutung darf mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, der Minderwert des Werkes entspreche den Kosten der Mängelbehebung (BGE 111 II 164 E. c.)»

²⁸ CARRON (Fn. 23), Kapitel III.A.2 bei Anm. 3.

²⁹ Im besprochenen Entscheid betont das Bundesgericht, dass die Teilbarkeit des Minderungsrechts mit einer möglichen individuellen Geltendmachung zusammenhängt (Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 E. 4.1). Intern wären die beiden Erwerber verpflichtet gewesen, bei einer Gutheissung der Klage den Prozenterlös der Stockwerkeigentümergeinschaft zur Verfügung zu stellen, zumal nach verbreiteter Meinung die interne Zuständigkeit des Stockwerkeigentümers, die Behebung eines Mangels am gemeinschaftlichen Teil zu verlangen, grundsätzlich von einer dahin gehenden Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft abhängt (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 1496a).

tere Erörterung der Problematik davon aus, dass die Abtretung des Nachbesserungsanspruchs erfüllungshalber erfolgt sei. Eine Abtretung kann zahlungshalber, sicherungshalber oder treuhänderisch zum Inkasso erfolgen, was auch in BGE 118 II 142 (E. 1b S. 145) festgehalten wurde. Die Schlussfolgerung, wonach die Abtretung in der vorliegenden Konstellation erfüllungs- bzw. zahlungshalber erfolgt und nicht sicherungshalber, ist nicht zwingend, insbesondere aufgrund der Interessenlage der Parteien und des Grundsatzes, dass Freizeichnungsklauseln inklusive Abtretungsklauseln im Zweifel eng und somit zu Ungunsten des Unternehmers auszulegen sind.³⁰ Beim Erwerb einer Eigentumswohnung ohne gleichzeitigen Ausschluss der Gewährleistung der Verkäuferin könnte durchaus angenommen werden, dass die Abtretung einer Mängelbeseitigungsforderung als Sicherheit und nicht zum Zwecke der Zahlung erfolgt, damit der Erwerber im Falle eines Konkurses der Verkäuferin über eine Forderung gegen die Unternehmer verfügt.³¹

[63] 4. (iii) **Möglichkeit und Zumutbarkeit der Käufer, primär gegen die Unternehmer vorzugehen:** Es überrascht, dass das Bundesgericht im Entscheid ohne eingehende Begründung und bloss unter Hinweis auf das vorinstanzliche Urteil festhielt, vorliegend hätten die Erwerber über ausreichend Informationen verfügt, um das Nachbesserungsrecht gegenüber den Unternehmern auszuüben. Die Verkäuferin hatte vor Bundesgericht gerügt, die kantonale Vorinstanz hätte die Reihenfolge, in der die beiden Klagen erhoben werden müssen, nicht geprüft (Rz. 54). Insofern müsste man annehmen, dass das Kantonsgericht eben auch nicht im Einzelnen geprüft hat, inwiefern es für die Erwerber tatsächlich möglich und zumutbar gewesen wäre, primär gegen die Unternehmer vorzugehen und gegen diese Vorkehrungen zu treffen, die über die Vorkehrungen hinausgingen, die nach dem Sachverhalt erfolgt waren. Das Bundesgericht hielt zunächst einleuchtend fest, dass es nicht nur auf die Vorkehrungen der beiden Erwerber ankomme, sondern auf die aller ursprünglicher Erwerber.³² Gemäss Sachverhalt hatten sich zumindest zwei Erwerber erst nach erfolglosen Kontakten mit der Architektin und Bauführerin und verschiedenen Handwerkern (sowie entsprechenden Aufforderungen zur Nachbesserung) an die Veräusserin gewandt.³³ Das Bundesgericht erwog bloss, das Kantonsgericht habe festgestellt, dass die versprochenen Auskünfte zur Ausübung der Gewährleistungsrechte den Käufern frühzeitig erteilt worden seien und es somit nicht erwiesen sei, dass die Verkäuferin die Käufer bei der Ausübung ihrer Gewährleistungsrechte behindert habe (*«entravé»*).³⁴ Entscheidend ist indessen nicht, ob die Verkäuferin die Käufer «behindert» hat, sondern ob es für die Erwerber noch vernünftigerweise zumutbar war, die Unternehmer zur Nachbesserung anzuhalten, zumal anerkannt ist, dass die Zessionare den Klageweg nicht beschreiten müssen³⁵ und wie erwähnt gemäss Sachverhalt feststand, dass gewisse Vorkehrungen gegen die Unternehmer erfolglos getroffen worden waren. Ein Rückweisungsentscheid wäre möglicherweise sachgerechter gewesen.

³⁰ Vgl. BGE 118 II 142 E. 1a S. 145.

³¹ CARRON (Fn. 23), Kapitel III.B.

³² Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 E. 6.2: *«En l'espèce, il s'agit donc d'examiner si, avant d'agir contre la venderesse (cédante), l'un ou l'autre des intimés 1 et 12 (cessionnaires), voire l'un des autres acquéreurs d'origine, ont cherché à obtenir des entrepreneurs (débiteurs cédés) la réparation des parties communes affectées de défauts et, si tel n'est pas le cas, s'ils étaient en mesure de le faire.»*

³³ Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 Sachverhalt Teil A.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 E. 6.2.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 E. 6.1 mit Nachweisen.

[64] 5. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass zwecks Verbesserung der Situation von Bauherren sowie Käuferinnen und Käufern von Grundstücken mit neu erstellten Bauten der Bundesrat am 19. Oktober 2022 einen Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts zu Baumängeln veröffentlichte, in dem er eine Neuregelung der Mängelrüge und der Wegbedingung des Nachbesserungsrechts sowie der Voraussetzungen der Ersatzsicherheit beim Bauhandwerkerpfandrecht vorschlug.³⁶ Art. 219a Abs. 2 E-OR lautet: «Der Käufer eines Grundstücks mit einer Baute, die noch zu errichten ist oder weniger als ein Jahr vor dem Verkauf neu errichtet wurde, kann auch unentgeltliche Verbesserung verlangen. Dieser Anspruch untersteht den Bestimmungen über den Werkvertrag.» Art. 368 Abs. 2^{bis} E-OR lautet: «Eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist.»³⁷

2. Absichtliche Täuschung über die Wohnfläche; Zusicherung in Verkaufsanzeigen; Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel; Minderung

Urteil des Bundesgerichts 4A_535/2021 vom 6. Mai 2022 = Pra 2022, Nr. 81 (CB)³⁸

[65] Im November 2016 erwarb die Käuferin von der Verkäuferin eine Wohnung im zweiten Stock eines Wohnhauses am Genfersee zu einem Preis von CHF 1'200'000. Der öffentlich beurkundete Kaufvertrag bestimmte, dass die im Grundbuch aufgeführten Flächen für beide Parteien gelten. Der Grundbuchauszug bezüglich der Wohnung enthielt jedoch keine Angaben zur Fläche der verkauften Wohnung. Der Kaufvertrag enthielt eine Freizeichnungsklausel.

[66] Zuvor hatte die Verkäuferin von einer Mäklerin eine Verkaufsbroschüre erstellen lassen, in der erwähnt wurde, dass die Wohnung eine Wohnfläche von 110 m² aufweise und über eine Terrasse von 22 m² verfüge. Auf der letzten Seite der Broschüre war angemerkt, dass «dieses Dokument vertraglich nicht bindend ist und ausschliesslich Informationszwecken dient». Die Verkäuferin liess von einer anderen Liegenschaftsverwaltung ebenfalls eine Verkaufsanzeige publizieren, in der dieselben Flächenangaben gemacht wurden. Zudem veröffentlichte die Verkäuferin selbst auf zwei Internetseiten eine Verkaufs- und eine Vermietungsanzeige, die beide erwähnten, dass die Wohnung eine Wohnfläche von 110 m² aufweise.

[67] Die Käuferin hatte die Anzeige der Mäklerin in deren Schaufenster entdeckt und die erwähnte Broschüre entgegengenommen. Daraufhin besichtigte sie die Wohnung zweimal, in Begleitung

³⁶ Siehe BBl 2022 2744 – Obligationenrecht (Baumängel) (Entwurf) (admin.ch) sowie BBl 2022 2743 – Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Baumängel) (admin.ch).

³⁷ Vgl. dazu die Botschaft (Fn. 36), Ziff. 4.1.2.1: «[...] Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wird sodann darauf verzichtet, auch das Wandelungs- und Minderungsrecht für zwingend zu erklären. Für den Bauherren ist die unentgeltliche Nachbesserung oft von grösserem praktischem Nutzen als die anderen Behelfe, und für Unternehmer ist sie oft die günstigste und somit mildeste Variante. Das zeigt sich auch darin, dass das Recht auf unentgeltliche Nachbesserung den Bauherren gemäss Artikel 169 der SIA-Norm 118 zusteht. Die Schaffung eines unabdingbaren Nachbesserungsrechts im Kaufvertrag und im Werkvertrag wurde in der Vernehmlassung von sehr vielen Teilnehmenden im Grundsatz unterstützt.»

³⁸ Vgl. auch JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022 – Obligationenrecht, ZBJV 2023, S. 323 ff., S. 351 ff.; WERRO (Fn. 23), S. 586 f.; TAMARA ZEITER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Mangelbegriff bei Wohnflächenangaben, in: dRSK, publiziert am 4. Mai 2023; PASCAL PICHONNAZ, La jurisprudence récente en droit privé: Le contrat de vente et le contrat d'entreprise, in: Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Journées suisses du droit de la construction 2023, Fribourg 2023, S. 269 ff., S. 274; PASCAL PICHONNAZ, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, BR 2022, Nr. 566, S. 333 f.; HARALD BÄRTSCHI, Unrichtige Wohnfläche als Mangel, ius.focus 2022, Nr. 166.

ihrer Eltern und im Beisein von zwei Angestellten der von der Verkäuferin beauftragten Immobilienverwaltung (Mäklerin). Während den Besichtigungen war nie von der Grösse der Wohnung die Rede.

[68] Kurz nach dem Einzug kamen der Käuferin Zweifel hinsichtlich der Fläche ihrer Wohnung auf. In zwei Gutachten wurde daraufhin festgestellt, dass die Wohnfläche bloss 94 m² betrage. Nachdem die Käuferin Mängelanzeige erhoben hatte, teilte die Verkäuferin mit, dass sie immer davon ausgegangen sei, dass die Wohnung 110 m² umfasse, was sie im Übrigen in der entsprechenden Rubrik ihrer Steuererklärung deklariert habe. Im Weiteren berief sie sich auf die Freizeichnungsklausel.

[69] Vor der ersten Instanz klagte die Käuferin infolge Minderwerts der Wohnung auf Zahlung von CHF 400'000 zuzüglich Zinsen sowie vorprozessuale Anwaltshonorare und Gutachterkosten. Während des Verfahrens ergab sich, dass im Jahr 2010, sechs Jahre vor Abschluss des Kaufvertrags, eine Immobilienfirma in einem Gutachten den Verkaufswert der Wohnung auf CHF 1'160'000 geschätzt hatte und von einer Gesamtwohnfläche von 110 m² ausgegangen war. Andererseits brachte die Käuferin eine Auskunft des zuständigen Steueramtes bei, nach der die Verkäuferin in den letzten Jahren die Wohnfläche der Wohnung für die Berechnung des Eigenmietwertes immer mit 92 m² angegeben hatte. Weiter stellte ein gerichtliches Gutachten eine Wohnfläche von 91 m² fest. Es kam zum Schluss, dass eine solche Differenz einen wesentlichen Einfluss auf den Wert der fraglichen Wohnung habe. Den Wert der Wohnung mit der reduzierten Wohnfläche schätzte das Gutachten auf CHF 1'000'000, was eine Wertminderung von CHF 200'000 ergebe.

[70] Die Gerichte des Kantons Waadt gaben der Klage im Umfang von CHF 200'000 zuzüglich Zinsen für den Minderwert der Wohnung in erster und zweiter Instanz statt. Das Bundesgericht wies die von der Verkäuferin erhobene Beschwerde ab.

[71] 1. Das Bundesgericht verwarf mit der Vorinstanz die Rüge der Verkäuferin, eine verbindliche Zusicherung liege nicht vor, da die Verkaufsbroschüre kein Vertragsbestandteil sei und die dort gemachten Angaben unverbindlich seien. Die in der Verkaufsbroschüre enthaltenen Informationen sowie die von der Verkäuferin selbst in Online-Anzeigen veröffentlichten Informationen seien geeignet gewesen, bei der Käuferin eine Erwartung bezüglich der Fläche der Wohnung zu wecken, die sie zu erwerben beabsichtigte, die weder durch den Kaufvertrag noch durch den Grundbucheintrag korrigiert worden sei. Der Mangel bestehe in der Differenz zwischen der von der Verkäuferin zugesicherten Eigenschaft (Wohnfläche von 110 m²) und der tatsächlichen Fläche der Wohnung von 91 m². Diese Differenz sei nicht leicht zu überprüfen gewesen und die Käuferin habe keinen Grund gehabt, an der zugesicherten Flächenangabe zu zweifeln (E. 4).

[72] Ein Mangel gemäss Art. 197 OR liege vor, wenn (i) die Sache eine vom Verkäufer zugesicherte Eigenschaft nicht aufweist oder der Käufer die Eigenschaft nach den Regeln von Treu und Glauben erwarten durfte, und (ii) die Zusicherung für den Entschluss des Käufers, die Sache überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen zu erwerben, kausal war. Kausalität werde vermutet, wenn die Zusicherung nach dem normalen Lauf der Dinge geeignet ist, die Entscheidung des Käufers, überhaupt oder zu den konkreten Bedingungen zu kaufen, zu beeinflussen (E. 5.1 mit Nachweisen).

[73] Die Vorinstanz habe zu Recht aufgrund einer objektiven Auslegung der Willenserklärungen der Parteien unter Berücksichtigung aller Umstände, die dem Austausch der Willensäusserungen vorausgingen oder diese begleiteten, geschlossen, dass die Käuferin berechtigt war, davon auszugehen, dass die Wohnung eine Wohnfläche von 110 m² aufweisen würde. Die Angabe ei-

ner Fläche von 110 m² durch die Verkäuferin sei nach Treu und Glauben als Zusicherung zu betrachten. Auch die Kausalität sei mit der Vorinstanz ohne Weiteres zu bejahen (E. 5.2).

[74] Schliesslich wies das Bundesgericht auch die Rüge der Verkäuferin ab, die Vorinstanz habe zu Unrecht Arglist gemäss Art. 199 OR angenommen und die Freizeichnungsklausel als nichtig betrachtet. Die Vorinstanz habe verbindlich festgestellt, dass die Verkäuferin wusste, dass ihre Wohnung in Wirklichkeit eine Fläche von 92 m² aufweise, weil sie diese Fläche regelmässig in ihrer Steuererklärung angab. Die Verkäuferin habe nicht dargelegt, warum sie gegenüber der Steuerbehörde während zehn Jahren eine Wohnfläche von 92 m² deklarierte, dies selbst nach dem Gutachten von 2010, auf das sie sich im Verfahren berief. Trotzdem habe sie in ihren Verkaufsanzeigen eine Fläche von 110 m² angegeben. Ferner habe von der Käuferin nicht erwartet werden können, dass sie vor dem Abschluss des Kaufvertrags ein Gutachten zur Ermittlung der bewohnbaren Fläche der streitigen Wohnung erstellen lasse, um deren Beschaffenheit im Sinne von Art. 201 OR zu prüfen (E. 6).

[75] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung, wonach in Fällen, in denen die Wohnfläche einer Stockwerkeinheit nicht der tatsächlichen Fläche entspricht, ein Mangel vorliegen kann, den die Käuferin berechtigt, Minderung zu verlangen.³⁹

[76] 2. Im Urteil des Bundesgerichts 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 ging es um eine Differenz der Bruttogeschossfläche (BGF) von 46 m² (effektiv bloss 146 m² statt 193 m² gemäss Verkaufsunterlagen und den darin enthaltenen Aufteilungsplänen, auf die im Kaufvertrag verwiesen wurde).⁴⁰ Das Bundesgericht bestätigte dort ebenfalls die Begründetheit der Minderungsklage. Es hielt zudem fest, dass Art. 219 OR (Gewährleistung beim Grundstückskauf) nur dasjenige Mass betreffe, welches im Grundbuch aufgrund amtlicher Vermessung angegeben wurde.⁴¹ Andere Massangaben wie Bauvolumen oder Flächenangaben bei Stockwerkeigentum, welche nicht auf einer amtlichen Vermessung beruhen, seien von Art. 197 OR erfasst.

[77] 3. Im Urteil 4A_417/2007 verwies der Kaufvertrag ausdrücklich auf Aufteilungspläne, welche zum Vertragsinhalt wurden. Im vorliegenden Fall war dies nicht der Fall, was indessen ohne Bedeutung blieb. Eine Zusicherung liegt auch bei Aussagen des Verkäufers im Vorfeld des Vertrags (z.B. in der Werbung oder Anpreisung der Sache) vor, wenn der Käufer nach Treu und Glauben berechtigt ist, die Erklärung als Zusicherung zu verstehen.⁴² Angesichts der offenkundigen Bedeutung von Flächenangaben bei Immobilienkaufverträgen blieb daher auch der in der Ver-

³⁹ Siehe die Urteile des Bundesgerichts 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 (siehe Fn. 40) sowie 4A_383/2016 vom 22. September 2016 (vgl. CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016, in: Jusletter vom 20. November 2017, Rz. 3133). Siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2022 vom 8. August 2023 (Fläche von 66,5 m² im zweiten Stock nicht bewohnbar; Bewohnbarkeit zugesicherte Eigenschaft; Minderung); BGE 135 III 537, wo eine Abweichung von 17% (40m²) als ausreichend erachtet wurde, um einen Mietvertrag über Geschäftsräume wegen wesentlichen Irrtums anzufechten.

⁴⁰ Vgl. CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht in den Jahren 2008 und 2009, in: Jusletter vom 26. Juli 2010, Rz. 104109.

⁴¹ Art. 219 OR bestimmt: «¹ Der Verkäufer eines Grundstückes hat unter Vorbehalt anderweitiger Abrede dem Käufer Ersatz zu leisten, wenn das Grundstück nicht das Mass besitzt, das im Kaufvertrag angegeben ist.

² Besitzt ein Grundstück nicht das im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung angegebene Mass, so hat der Verkäufer dem Käufer nur dann Ersatz zu leisten, wenn er die Gewährleistung hierfür ausdrücklich übernommen hat.

³ Die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes verjährt mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet.»

⁴² Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005 E. 1.5; MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 197 OR N 16.

kaufsdokumentation enthaltene «Disclaimer» wirkungslos. Im Urteil 4A_535/2021 nicht thematisiert ist schliesslich die in der Literatur kontrovers diskutierte Frage, ob Zusicherungen öffentlich zu beurkunden sind bzw. dem Formzwang unterstehen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Zusicherungen des Verkäufers über die Eigenschaften des verkauften Grundstückes formfrei gültig, zumal Zusicherungen nach h.L. eine Wissenserklärung und kein zustimmungsbedürftiges Leistungsversprechen des Verkäufers darstellen.⁴³ Auch wenn dies anders gesehen würde, wäre das Ergebnis dasselbe, wenn (wie dies vorliegend der Fall war)⁴⁴ der öffentlich-beurkundete Vertrag die Zusicherung nicht korrigiert und davon ausgegangen wird, dass diese implizit Teil des Kaufvertrags wurde und damit dem Beurkundungserfordernis genüge getan ist.

3. Absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) über die Grösse der landwirtschaftlichen Nutzfläche; Qualitäts- vs. Quantitätsmangel

Urteil des Bundesgerichts 4D_73/2021 vom 2. November 2022 (MV/DG)⁴⁵

[78] Am 27. Oktober 2011 verkaufte B (Verkäufer, Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) 13 landwirtschaftliche Grundstücke an A (Käufer, Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer) zu einem Gesamtpreis von CHF 766'000. Der Kaufpreis war von der Sektion für Landwirtschaft des Kantons Tessin basierend auf einem vom Tessiner Bauernverband erstellten Gutachten genehmigt worden. Die Eigentumsübertragung wurde nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises am 15. Februar 2012 [im Grundbuch] eingetragen. Im November 2014 verkaufte der Verkäufer dem Käufer mehrere Rinder zu einem Preis von CHF 45'000, wofür er am 3. November 2014 eine Anzahlung von CHF 20'000 erhielt. Anfang März 2017 forderte der Verkäufer vom Käufer vergeblich die Zahlung der restlichen CHF 25'000 (Sachverhalt Teil A).

[79] Am 15. Oktober 2019 reichte der Verkäufer beim Bezirksgericht Blenio (*Pretura del distretto di Blenio*) Klage ein und verlangte die Verurteilung des Käufers zur Zahlung von CHF 25'000 entsprechend dem Restbetrag des Kaufpreises für die Rinder. Der Käufer beantragte die Klageabweisung. Er machte einen Minderwert von CHF 46'947.70 geltend, der sich aus der kleineren landwirtschaftlichen Nutzfläche von vier der 13 auf ihn übertragenen Grundstücke im Vergleich zu der beim Kauf angenommenen Fläche ergab, sowie einen weiteren Betrag von CHF 9'434.60 für niedrigere Direktzahlungen von 2015 bis 2019. Mit Urteil vom 1. März 2021 hiess das Be-

⁴³ Vgl. MARKUS BINDER, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 216 OR N 16; MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 197 OR N 16; siehe auch MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, *Anwaltsrevue* 2017, S. 473 ff., S. 484.

⁴⁴ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_535/2021 vom 6. Mai 2022 E. 4.2 = Pra 2022, Nr. 81, S. 944: «La cour cantonale, ensuite, n'a pas fondé son argumentation sur le fait que la plaquette commerciale des courtiers consistait en un document contractuel. Elle a plutôt considéré que les informations qui y figuraient ainsi que celles que la vendeuse elle-même a diffusées sur des annonces en ligne, étaient de nature à créer une attente auprès de l'acquiesse à propos de la surface de l'appartement qu'elle s'appropriait à acquérir, que ni le contrat de vente, ni l'inscription au registre foncier, ne pouvaient corriger. Ces informations ont servi à la cour cantonale pour déterminer la compréhension que l'acquiesse pouvait avoir des manifestations de volonté de la vendeuse au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, la cour cantonale a bien traité des arguments de la recourante et n'a pas commis de déni de justice ni de violation du droit d'être entendu. Le grief de la recourante doit donc être rejeté.»

⁴⁵ Vgl. auch AURORA MEIER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Absichtliche Täuschung über die Grösse der landwirtschaftlichen Nutzfläche, in: dRSK, publiziert am 2. Mai 2023.

zirksgericht die Klage teilweise gut und verurteilte den Käufer zur Zahlung von CHF 25'000 (Sachverhalt Teil B).

[80] Die vom Käufer dagegen erhobene Berufung wies das Appellationsgericht des Kantons Tes-sin (*Tribunale di appello del Cantone Ticino*) mit Urteil vom 15. November 2021 ab. Die Vorinstanz bestätigte die Rechtzeitigkeit der vom Verkäufer erhobenen Verjährungseinrede bezüglich der Gegenforderungen des Käufers. Die Vorinstanz sah es nicht als rechtsmissbräuchlich an, dass der Verkäufer mit der Geltendmachung seiner restlichen Ansprüche bis zum 1. März 2017 gewar-tet hatte. Aufgrund des Fehlens eines Beweises dafür, dass der Verkäufer sich der Unrichtigkeit der Daten über die landwirtschaftliche Nutzfläche bewusst gewesen war, die er der zuständi-gen Behörde mitgeteilt hatte, habe der Verkäufer den Käufer nicht einmal vorsätzlich getäuscht. Schliesslich gäbe es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die landwirtschaftliche Nutzfläche vor dem 9. November 2015 verkleinert habe, da der Sachverständige des Tessiner Bauernverbandes keine Unstimmigkeiten festgestellt und die zuständige Behörde keine zu viel erhaltenen Direkt-zahlungen zurückgefordert habe (Sachverhalt Teil C).

[81] Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragte der Käufer, das vorinstanzliche Urteil sei dahingehend abzuändern, dass die Klage abgewiesen werde. Das Bundesgericht wies die Be-schwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil D und E. 7).

[82] 1. Die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes verjährt mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet (Art. 219 Abs. 3 OR). Gemäss Art. 210 Abs. 6 OR, der analog auf den Grundstückskauf (Art. 221 OR) anwendbar sei, könne der Verkäufer die Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachge-wiesen werde. Diese Regelung entspreche im Wesentlichen der bis 31. Dezember 2012 geltenden Fassung von Art. 210 Abs. 3 aOR (E. 5.1).

[83] 2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unterlägen die Gewährleistungsansprüche bei absichtlicher Täuschung der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR. Art. 210 Abs. 6 OR gehöre zu den Bestimmungen, die eine strengere Regelung absichtlicher Täuschung durch den Verkäufer vorsähen, wie z.B. Art. 199 OR (Ungültigkeit von Klauseln, welche die Haftung beschränken oder aufheben) oder Art. 203 OR (Schutz der Rechte des Käufers auch bei Nicht-einhaltung der Untersuchungs- und Rügepflichten). Obwohl diese Gesetzesbestimmungen un-terschiedliche Begriffe («arglistiges Verschweigen», «absichtliche Täuschung») verwenden, gehe es jeweils um den gleichen Begriff der absichtlichen Täuschung (E. 5.1.1).

[84] 3. Der Verkäufer handle nicht nur dann arglistig, wenn er falsche Angaben über die Beschaf-fenheit der Sache mache, sondern auch dann, wenn er Umstände verschweige, die er dem Käufer anlässlich der dem Vertragsschluss vorausgehenden Verhandlungen nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte offenlegen müssen. Mit anderen Worten werde die Arglist bejaht, wenn der Verkäufer es bewusst unterlassen habe, dem Käufer das Vorhandensein eines Mangels mitzu-teilen, den dieser nicht kannte und ihn angesichts seiner versteckten Natur nicht hätte entdecken können, obwohl er wusste, dass es sich für diesen um einen wesentlichen Umstand handelte (E. 5.1.2).

[85] a. Das Verschweigen müsse vorsätzlich erfolgen; ein Eventualvorsatz sei ausreichend. Der Vorsatz setze Wissen und Wollen voraus. Folglich müsse der Verkäufer den Mangel tatsächlich kennen, d.h. selbst grobfahrlässige Unkenntnis reiche nicht aus. Ob eine Absicht vorliege, den Mangel zu verschweigen, sei eine Tatfrage (E. 5.1.3).

[86] **b.** Laut Vorinstanz habe der Verkäufer den Käufer nicht über die Grösse der landwirtschaftlichen Nutzfläche getäuscht. Der Käufer habe sich daher aus mehreren Gründen nicht auf die zehnjährige Verjährungsfrist (Art. 210 Abs. 6 OR) berufen können. Erstens sei die Kenntnis des Verkäufers von der Unrichtigkeit der Angaben zur landwirtschaftlichen Nutzfläche, die er der zuständigen Behörde gestützt auf die Grundbucheinträge mitgeteilt habe, nicht nachgewiesen worden. Zweitens habe der Käufer eingeräumt, dass es angesichts der Grösse der Grundstücke nicht möglich sei, die gesamte Fläche zu überprüfen. Weiter habe die Sektion für Landwirtschaft des Kantons Tessin vor der Korrektur vom 9. November 2015 die Unrichtigkeit der vom Verkäufer bis zu diesem Zeitpunkt bekannt gegebenen Daten ihm gegenüber nicht bestritten. Drittens hätten weder der Spezialist des Tessiner Bauernverbandes, der die Grundstücke inspiziert habe, noch der Käufer selbst, der das Grundstück seit mindestens dreieinhalb Jahren besessen habe, eine Abweichung festgestellt (E. 5.2).

[87] **c.** Diese vorinstanzliche Argumentation vermöge der Käufer nicht umzustossen (E. 5.3), weshalb die Beschwerde abzuweisen sei, sofern darauf eingetreten werden könne (E. 7).

[88] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht hält zu Recht fest, dass der Grundstücksverkäufer dem Käufer die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 219 Abs. 3 OR nicht entgegenhalten kann, wenn er den Käufer absichtlich getäuscht hat (Art. 221 OR in Verbindung mit Art. 210 Abs. 6 OR, vgl. E. 5.1). In diesem Fall sei vielmehr die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR anwendbar (vgl. E. 5.1.1).

[89] **2.** Das Bundesgericht hält weiter zu Recht fest, dass die verschiedenen Bestimmungen im Kaufrecht, wie z.B. Art. 199 OR oder Art. 203 OR, zwar unterschiedliche Worte verwenden, aber letztlich doch vom gleichen Begriff der absichtlichen Täuschung wie Art. 210 Abs. 6 OR ausgingen (vgl. E. 5.1.1).⁴⁶ Gewisse Autoren setzen diesen Begriff dem strafrechtlichen Begriff der absichtlichen Täuschung gleich,⁴⁷ was das Bundesgericht aber jüngst einmal mehr (zu Unrecht) abgelehnt hat (vgl. Rz. 1 ff.).⁴⁸

[90] **3.** Das Bundesgericht hält weiter zu Recht fest, dass die absichtliche Täuschung sowohl durch falsche Angaben über Eigenschaften der Kaufsache (aktive Täuschung)⁴⁹ als auch durch Schweigen über Umstände (passive Täuschung)⁵⁰ erfolgen kann, zu deren Offenlegung der Verkäufer nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verpflichtet ist (vgl. E. 5.1.2).

[91] **4.** Ebenso hält das Bundesgericht zu Recht fest, dass die absichtliche Täuschung Vorsatz oder Eventualvorsatz in Bezug auf den Mangel voraussetzt (vgl. E. 5.1.3). Weiter hält das Bundesgericht richtigerweise fest, dass Vorsatz nur vorliegen kann, wenn der Verkäufer den Mangel kennt (vgl. E. 5.1.3). Beim Eventualvorsatz kennt der Verkäufer den Mangel dagegen nicht, rechnet aber ernsthaft mit seinem Vorliegen.⁵¹ Kein Eventualvorsatz ist die grobe Fahrlässigkeit, die damit für eine absichtliche Täuschung durch den Verkäufer nicht genügt.⁵² Trotzdem prüfte die Vorinstanz

⁴⁶ Siehe z.B. auch VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1395 f.

⁴⁷ Z.B. VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1401 ff.

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2021 vom 17. Juni 2022 E. 4.2; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 5A_71/2022 vom 14. September 2022 (vgl. Rz. 106 ff.) und Urteil des Bundesgerichts 4A_29/2022 vom 19. April 2022 (vgl. Rz. 93 ff.), die sich beide implizit mit der Rechtsfigur der Opfermitverantwortung im Zivilrecht beschäftigen.

⁴⁹ Siehe z.B. VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1397 und 1399 f.

⁵⁰ Siehe z.B. VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1397 und 1400.

⁵¹ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1.

⁵² Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1 und 7.3.3.

vorliegend nicht nur, ob der Verkäufer vorsätzlich, sondern auch ob er fahrlässig gehandelt hatte. Sie dürfte dies mit der Absicht getan haben, den von der groben Fahrlässigkeit schwierig abzugrenzenden Eventualvorsatz⁵³ aufseiten des Verkäufers ebenfalls verneinen zu können. Dies gelang der Vorinstanz auch, da sie nämlich sowohl ein vorsätzliches als auch ein fahrlässiges Verhalten des Verkäufers verneinte (vgl. E. 5.2).

[92] 5. Auch vor Bundesgericht gilt prinzipiell der Grundsatz «*iura novit curia*».⁵⁴ Trotzdem ging das Bundesgericht im referierten Urteil stillschweigend von einem Sachmangel aus, in dem es verschiedene Bestimmungen aus dem Sachgewährleistungsrecht wie namentlich Art. 210 Abs. 6 OR anwandte. Es prüfte damit nicht, ob im konkreten Fall ein Qualitäts- und Quantitätsmangel vorlag. Ein *Quantitätsmangel* ist in der Regel kein Sachmangel, sondern lediglich eine teilweise Erfüllung. Es verhält sich jedoch anders, wenn eine bestimmte Quantität vertraglich als Eigenschaft der Kaufsache vereinbart wurde, z.B. eine bestimmte Bruttogeschossfläche beim Verkauf von Stockwerkeigentum.⁵⁵ Ob dies in Bezug auf die im vorliegenden Fall relevante landwirtschaftliche Nutzfläche der verkauften Grundstücke zutraf, lässt sich aufgrund der im bundesgerichtlichen Urteil wiedergegebenen Fakten nicht überprüfen.

4. Fahrlässiger Irrtum (Art. 26 Abs. 1 OR); Geltendmachung des Irrtums gegen Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR); Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A_29/2022 vom 19. April 2022 (MV/DG)⁵⁶

[93] A (Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) verkaufte mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 15. Oktober 2019 (nachfolgend: Kaufvertrag) verschiedene Grundstücke (Wohnhaus, Scheune, Wiesen und Auslaufläche für Tiere) in der Gemeinde V an B und C (Kläger, Beschwerdegegner, nachfolgend Käufer). Die Eigentumsübertragung hätte gemäss Kaufvertrag bis Ende März 2020 stattfinden sollen. Am 3. Februar 2020 teilte die Verkäuferin den Käufern per SMS allerdings mit, dass sie den Verkauf «abbrechen» wolle. Mit Schreiben vom 21. Februar 2020 erklärte ihr Rechtsvertreter, dass die Verkäuferin beim Abschluss des Kaufvertrags einem Grundlagenirrtum erlegen sei (Sachverhalt Teil A).

[94] Am 17. Juli 2020 reichten die Käufer beim Bezirksgericht Hinwil Klage ein und verlangten die Eigentumsübertragung der Grundstücke bis 30. Juni 2020. Mit Urteil vom 27. April 2021

⁵³ Z.B. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 12 StGB N 48 ff.; siehe auch LUKAS WAEBER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Mängelhalbkenntnis erfüllt unter Umständen das Tatbestandsmerkmal der Arglist, in: dRSK, publiziert am 24. August 2022, Rz. 20, wonach sich Eventualvorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht auf der Wissens-, sondern auf der Willensseite unterscheiden.

⁵⁴ Siehe aber zur fortschreitenden Aufweichung dieses Grundsatzes: MILOS KARIC/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen?, in: dRSK, publiziert am 26. Oktober 2022, Rz. 13.

⁵⁵ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 E. 4, auch mit Hinweis auf die Sonderbestimmungen von Art. 219 Abs. 1 und 2 OR; zum Ganzen im Allgemeinen z.B. HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 197 OR N 9.

⁵⁶ Vgl. auch STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/NIEVES MALPELI/DELFI TELLENBACH, Rechtsprechungs-panorama Einleitungsartikel und Personenrecht, AJP 2023, S. 744 ff., S. 749 ff.; PASCAL PICHONNAZ/AURÉLIE SANTAROSSA, Le point sur la partie générale du droit des obligations | Entwicklungen im Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, SJZ 2023, S. 432 ff., S. 434 f., HUBERT STÖCKLI, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, BR 2022, Nr. 564, S. 332 f.; CHERNAYA/GALLI/VISCHER (Fn. 8), *passim*; HARALD BÄRTSCHI, Treuwidrige Geltendmachung eines Grundlagenirrtums, ius.focus 2022, Nr. 165.

verpflichtete das Bezirksgericht die Verkäuferin, den Käufern das Eigentum an den Grundstücken zu übertragen. Die Berufung der Verkäuferin wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 3. Dezember 2021 ab. Das Obergericht erachtete die Berufung auf Grundlagenirrtum als Treu und Glauben im Geschäftsverkehr widersprechend (Sachverhalt Teil B).

[95] Die Verkäuferin beantragte dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Käufer beantragten die Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 3).

[96] 1. Das Bundesgericht hielt einleitend fest, ein Vertrag sei für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden habe (Art. 23 OR). Ein solcher liege namentlich vor, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Neben der subjektiven Wesentlichkeit sei erforderlich, dass der zugrunde gelegte Sachverhalt auch objektiv, vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Vertrags erscheine (E. 2.1).

[97] 2. Aus Art. 26 OR lasse sich ableiten, dass ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auch dann vorliegen könne, wenn der Irrtum auf die Fahrlässigkeit des Irrenden zurückzuführen sein sollte. Durch Fahrlässigkeit werde dem Irrenden eine Berufung auf Grundlagenirrtum demnach grundsätzlich nicht abgeschnitten, sondern sie führe im Allgemeinen nur – aber immerhin – dazu, dass er seiner Gegenseite nach Massgabe von Art. 26 OR Schadenersatz zu leisten habe. Eine Schranke für die Berufung auf Grundlagenirrtum bilde der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR), wobei Treu und Glauben bezüglich des Grundlagenirrtums in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR noch zusätzlich betont werde. Kümmere sich etwa eine Partei bei Vertragsschluss nicht um die Klärung einer bestimmten, sich offensichtlich stellenden Frage, könne dies bewirken, dass die Gegenseite daraus nach Treu und Glauben den Schluss ziehen dürfe, der entsprechende Umstand werde vom Partner nicht als notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet. Mit einer Berufung auf Grundlagenirrtum würde alsdann diese durch das Verhalten des Irrenden hervorgerufene berechtigte Erwartung enttäuscht. Die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums sei in solchen Fällen deshalb ausgeschlossen. Ein fahrlässiges Verhalten könne somit, gerade in Verbindung mit weiteren Umständen, eine Berufung auf Grundlagenirrtum als treuwidrig und deshalb unzulässig erscheinen lassen (E. 2.1).

[98] 3. Laut Vorinstanz mache die Verkäuferin geltend, sie habe wegen ihrer körperlichen Einschränkung den Wunsch gehegt, die Liegenschaft umzunutzen und in der Scheune eine Wohnung mit Lift einzubauen. Bei ihrer letzten Abklärung über die Möglichkeit einer Umnutzung im Jahr 2016 habe ihr der zuständige Mitarbeiter der Baudirektion des Kantons Zürich (nachfolgend: Mitarbeiter der Baudirektion) sehr bestimmt mitgeteilt, eine Umnutzung sei in Zukunft ausgeschlossen, weil sich die Grundstücke in der Landwirtschaftszone befinden, frühere Bestrebungen zu baulichen Umnutzungen gescheitert seien und die Regeln immer strenger würden. Kurz nach dem Verkauf habe die Verkäuferin an einer Informationsveranstaltung der Gemeinde V erfahren, dass die Bau- und Zonenordnung geändert werden solle. Sie sei beim Abschluss des Kaufvertrags einem Grundlagenirrtum erlegen, indem sie der irrigen Vorstellung gewesen sei, eine Umnutzung sei nicht möglich. Bei Kenntnis der wahren Sachlage hätte sie den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Angesichts der klaren Äusserungen des Mitarbeiters der Baudirektion habe kein Anlass für neue Abklärungen vor Abschluss des Kaufvertrags bestanden (E. 2.2).

[99] **a.** Laut Vorinstanz könne die Annahme, das zu verkaufende Grundstück könne baulich nicht weiterentwickelt werden, eine subjektiv und objektiv wesentliche Grundlage des Kaufvertrags darstellen (E. 2.4). Allerdings habe die Vorinstanz der Verkäuferin die Berufung auf Irrtum verwehrt, da dies in der konkreten Situation Treu und Glauben im Geschäftsverkehr widerspreche: Die Verkäuferin habe die letzten Abklärungen drei Jahre vor Vertragsschluss getätigt. Als loyale, redlich und gewissenhaft handelnde Vertragspartei hätte sie sich vor dem Verkauf darüber nochmals informieren müssen. Es sei allgemein bekannt, dass Bau- und Zonenordnungen als gesetzliche Normen grundsätzlich abänderbar blieben. Bei der Einschätzung des Mitarbeiters der Baudirektion hätte es sich entsprechend nur um eine auf Erfahrung beruhende und mit gewissen Unsicherheiten behaftete Prognose gehandelt haben können. Ein einziger Anruf bei der Gemeinde V hätte genügt, um vom Bericht «Gemeindeentwicklungskonzept X» und der realen Chance auf Umnutzung Kenntnis zu erhalten. Im Herbst 2017 habe zudem eine Online-Befragung der Bevölkerung zur Dorfentwicklung stattgefunden und der Gemeinderat von V habe im April 2018 an einer öffentlichen Veranstaltung das Gemeindeentwicklungskonzept erläutert, was auf eine breite Diskussion in der Bevölkerung schliessen liesse. Die Verkäuferin habe sich die unterlassene Abklärung als Fahrlässigkeit anrechnen zu lassen und ihren Irrtum im Sinne von Art. 26 OR ihrer Unsorgfalt zuzuschreiben (E. 2.5).

[100] **b.** Die Verkäuferin habe zudem nicht vorgebracht, die Frage der Umnutzung während den Vertragsverhandlungen mit den Käufern thematisiert oder diesen signalisiert zu haben, ihr Motiv für den Verkauf liege in den fehlenden Umnutzungsmöglichkeiten. Weiter habe die Verkäuferin auch nicht behauptet, die Käufer über die Einschätzung des Mitarbeiters der Baudirektion informiert zu haben. Ebenso habe die Verkäuferin nicht behauptet, die Käufer hätten anhand der Höhe des Kaufpreises erkennen können, dass die Verkäuferin von der falschen Annahme fehlender baulicher Umnutzungsmöglichkeiten ausgehe. Die Käufer hätten daher den Irrtum der Verkäuferin nicht erkennen können und müssen. Sie hätten sich vielmehr darauf verlassen dürfen, die Verkäuferin habe die für sie wesentlichen Abklärungen vorgenommen, zumal es sich nicht um ein alltägliches Geschäft gehandelt habe. Die Käufer seien deshalb in diesem berechtigten Vertrauen zu schützen (E. 2.5).

[101] **4.** Das Bundesgericht hielt fest, die Beurteilung der Vorinstanz verstosse nicht gegen Bundesrecht. Was die Verkäuferin dagegen vorbringe, verfange nicht (E. 2.6). Insbesondere habe die Vorinstanz nicht verkannt, dass ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auch dann vorliegen könne, wenn der Irrtum auf die Fahrlässigkeit des Irrenden zurückzuführen sei (vgl. Art. 26 OR). Sie habe jedoch im Weiteren zutreffend geprüft, ob der Verkäuferin im konkreten Fall die Berufung auf Grundlagenirrtum mit Blick auf die Schranke von Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR) verwehrt sei und dies schliesslich bejaht (E. 2.6.2).

[102] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht lehnten bisher die Übertragung der strafrechtlichen Rechtsfigur der Opfermitverantwortung auf das Zivilrecht ausdrücklich ab.⁵⁷ Das Konzept der Opfermitverantwortung hat allerdings unter dem Deckmantel

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2021 vom 17. Juni 2022 E. 4.2 (vgl. Rz. 1 ff.); Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE 143 III 495; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-668/2020 vom 23. November 2020 E. 5.5.

von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) längst Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden,⁵⁸ wobei zum Teil auch von «vertraglicher Selbstverantwortung» die Rede ist.⁵⁹

[103] 2. Auch im vorliegenden Urteil wendet das Bundesgericht die Rechtsfigur der zivilrechtlichen Opfermitverantwortung lediglich implizit an, um die Frage zu klären, ob aufgrund der Fahrlässigkeit der Verkäuferin, zusammen mit anderen Umständen, der Verkäuferin die Berufung auf den Grundlagenirrtum verwehrt bleiben soll. Die Tatsache, dass der Irrtum auf ein Verschulden des Irrenden zurückzuführen ist, lasse die Berufung auf Irrtum noch nicht allein als treuwidrig erscheinen. Die Irrtumsanfechtung sei demnach grundsätzlich verschuldensneutral. Der schuldhaft Irrende sei vielmehr gemäss Art. 26 Abs. 1 OR zum Ersatz des negativen Interesses zu verpflichten. Kümmerge sich der Irrende bei Eingehen des Rechtsgeschäfts dagegen schlicht nicht darum, den fraglichen Punkt aufzuklären, sodass die Gegenpartei davon ausgehen durfte, der Punkt sei für den Irrenden ohne Bedeutung, so stuft das Bundesgericht das Verhalten des Irrenden in ständiger Rechtsprechung als treuwidrig ein, womit die Berufung auf Irrtum in Anwendung von Art. 25 Abs. 1 OR ausgeschlossen bleibt.⁶⁰

[104] 3. Fahrlässiges Verhalten des Irrenden nach Art. 26 Abs. 1 OR muss entsprechend von treuwidrigem Verhalten des Irrenden nach Art. 25 OR unterschieden werden. Die Lehre propagiert, einen bösgläubigen Irrtum gäbe es nicht.⁶¹ Die Fahrlässigkeit nach Art. 26 Abs. 1 OR beziehe sich vielmehr auf das Verhalten, das zum Irrtum beim Vertragsabschluss führt. Es ist der Irrtum selbst (und die damit einhergehende Schadenersatzpflicht), den der Irrende mit der notwendigen Aufmerksamkeit hätte vermeiden können. Anders zu verstehen sei die treuwidrige Berufung auf den Irrtum nach Art. 25 OR, welche die treuwidrige Erhebung der Irrtumsanfechtung (etwa aufgrund unbilliger Interessensverschiebung) betreffe.⁶²

[105] 4. Diese Rechtslage ist in Konstellationen wie der vorliegenden bzw. bei der Fallgruppe «selbst verschuldeter Irrtum des Irrenden»⁶³ nicht befriedigend. Letztlich entscheidet unseres Erachtens der Grad der Fahrlässigkeit des Irrenden (bzw. der Grad der Opfermitverantwortung) darüber, ob die Berufung auf Irrtum unter Erstattung des negativen Interesses zulässig bleiben soll oder gänzlich auszuschliessen ist.⁶⁴ Dabei können drei Konstellationen unterschieden werden:⁶⁵

⁵⁸ Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4D_73/2021 vom 2. November 2022 (vgl. Rz. 78 ff.) und Urteil des Bundesgerichts 5A_71/2022 vom 14. September 2022 (vgl. Rz. 106 ff.), die sich beide implizit mit der Rechtsfigur der Opfermitverantwortung beschäftigen.

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.43/2005 vom 24. Juni 2005 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 4.2; BGE 107 II 419 E. 2 S. 423; siehe zur Opfermitverantwortung im Zivilrecht VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1398 ff.; VISCHER (Fn. 6), S. 549 ff.

⁶⁰ Zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.2 (besprochen von DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Irrtum hinsichtlich der Überbaubarkeit eines Grundstücks, in: dRSK, publiziert am 31. März 2017); Urteil des Bundesgerichts 4A_162/2014 vom 26. August 2014 E. 1.2 = Pra 2015, Nr. 67, S. 523; BGE 129 III 363 E. 5.3 S. 365 = Pra 2004, Nr. 10, S. 55; BGE 117 II 218 E. 3b S. 223 f.

⁶¹ Siehe etwa BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2013, Art. 26 OR N 7; wohl a.M. Urteil des Bundesgerichts 5A_594/2009 vom 20. April 2010 E. 4.

⁶² BK-SCHMIDLIN (Fn. 61), Art. 26 OR N 7.

⁶³ Z.B. INGEBOG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 23 OR N 8 mit weiteren Hinweisen.

⁶⁴ Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass neben der Fallgruppe «Opfermitverantwortung» andere unter Art. 2 Abs. 2 ZGB zu subsumierende Fälle einer treuwidrigen Berufung auf Grundlagenirrtum existieren (siehe z.B. BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOLAKIS [Fn. 63], Art. 25 OR N 4).

⁶⁵ Siehe auch HRUBESCH-MILLAUER/MALPELI/TELLENBACH (Fn. 56), S. 751, wonach die Abgrenzung zwischen den «Fallgruppen» heikel sein könne.

- *Keine Opfermitverantwortung.* Bei fehlender Opfermitverantwortung ist der Vertrag unter Vorbehalt fristgerechter Anfechtung im Sinne von Art. 31 OR gemäss der Ungültigkeitstheorie von Anfang an ungültig.⁶⁶ Der Vertrag kann aber auch auf dem Weg einer Teilanfechtung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert aufrechterhalten werden (vgl. auch Art. 25 Abs. 2 OR). Dies bietet sich etwa bei einem Grundlagenirrtum über die Eigenschaften der Kaufsache an und führt in der Regel zu einer Herabsetzung des Kaufpreises bzw. zur faktischen Minderung (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR).⁶⁷ Vorbehalten bleiben Art. 25 Abs. 1 OR bzw. Art. 2 Abs. 2 ZGB, wobei diesen Normen entweder den schützenswerten Irrtum (Innensicht) oder die Berufungsmöglichkeit auf den Irrtum (Aussensicht) ausschliessen.⁶⁸
- *Leichte Opfermitverantwortung.* Auch bei einer leichten Opfermitverantwortung ist der Vertrag unter Vorbehalt fristgerechter Anfechtung im Sinne von Art. 31 OR (gänzlich oder teilweise) ungültig. In Anwendung von Art. 26 Abs. 1 und 2 OR wird der Irrende aber aufgrund der (gänzlichen oder teilweisen) Ungültigkeit des Vertrags zusätzlich zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens verpflichtet. Vorbehalten bleiben erneut Art. 25 Abs. 1 OR bzw. Art. 2 Abs. 2 ZGB, aufgrund welcher Bestimmungen unter Umständen entweder der Irrtum (Innensicht) oder die Berufungsmöglichkeit auf den Irrtum (Aussensicht) zu verneinen ist.
- *Schwere Opfermitverantwortung.* Bei schwerer Opfermitverantwortung ist der Vertrag gültig. Denn gemäss Art. 25 Abs. 1 OR bzw. Art. 2 Abs. 2 ZGB ist entweder der Irrtum (Innensicht)⁶⁹ oder die Berufungsmöglichkeit auf den Irrtum (Aussensicht) zu verneinen.

III. Fahrniskauf

1. Nähe des Vertragspartners als Kriterium für die Opfermitverantwortung im Zivilrecht; fehlender guter Glaube (Art. 3 Abs. 1 ZGB)

Urteil des Bundesgerichts 5A_71/2022 vom 14. September 2022 (MV/DG)⁷⁰

[106] Mit schriftlichem Vertrag vom 20. Januar 2006 schenkte C (nachfolgend: Schenkerin) das Carigiet-Bild «yyy» (nachfolgend: Carigiet-Bild) ihrer Nichte B (Klägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Beschenkte). Das Carigiet-Bild befand sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Haus, das die Schenkerin bewohnte. Gemäss Vertrag behielt sich die Schenkerin die Nutzniessung am Carigiet-Bild vor, solange sie in diesem Haus wohnte (Sachverhalt Teil A.a).

[107] Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 27. Januar 2006 (nachfolgend: Kaufvertrag) verkaufte die Schenkerin ihr Haus ihrem Enkel A (Beklagter, Beschwerdeführer, nachfolgend: Enkel). Der Kaufpreis entsprach dem Verkehrswert der Liegenschaft gemäss amtlicher Schätzung.

⁶⁶ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 63), Art. 25 OR N 3.

⁶⁷ BGE 130 III 49 E. 3.2 S. 56 f.; BGE 119 II 208 E. 3bb S. 211 = Pra 1994, Nr. 114, S. 369; BGE 107 II 419 E. 3a S. 423 f.; BGE 96 II 101 E. 3a S. 106 f.; BGE 78 II 216 E. 5 S. 217 f.

⁶⁸ Zur Innen- und Aussensicht im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 ZGB z.B. MARKUS VISCHER, Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmenvorschriften wirklich ab?, SJZ 2022, S. 172 ff., S. 177.

⁶⁹ So z.B. HUBERT STÖCKLI, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, Nr. 564, BR 2022, S. 332 f., S. 333.

⁷⁰ Vgl. auch DEBORAH KADERLI/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Die Nähe des Vertragspartners als Kriterium für die Opfermitverantwortung?, in: dRSK, publiziert am 19. Mai 2023; ANNA GOMBERT, Herausgabeanspruch eines Gemäldes im Rahmen einer Schenkung, ius.focus 2022, Nr. 271.

Gleichzeitig begründeten die Vertragsparteien eine lebenslängliche Nutzniessung zugunsten der Schenkerin. Ziff. IV.4 des Kaufvertrags lautete wie folgt: «Die Einrichtungsgegenstände sind Gegenstand des vorliegenden Kaufvertrages, soweit diese nicht durch Schenkungen und oder Vermächnisse Drittpersonen zugewendet werden.» (Sachverhalt Teil A.b).

[108] Am 3. September 2009 verfasste die Schenkerin einen handschriftlichen Testamentszusatz, mit dem sie dem Enkel sämtliche Möbel, Bilder, Teppiche und sämtliches Inventar vermachte (Sachverhalt Teil A.c).

[109] Am 8. März 2017 zog die Schenkerin ins Altersheim. Die Beschenkte ersuchte daraufhin den Enkel, das Carigiet-Bild ihr als Eigentümerin herauszugeben (Sachverhalt Teil A.d).

[110] Am 13. Dezember 2017 verstarb die Schenkerin (Sachverhalt Teil A.e).

[111] Mit Entscheid vom 9. Februar 2021 hiess das Regionalgericht Imboden die von der Beschenkten erhobene Klage gut und verpflichtete den Enkel, das Carigiet-Bild herauszugeben. Dagegen erhob der Enkel erfolglos Berufung beim Kantonsgericht Graubünden (Sachverhalt Teile B.a und B.b).

[112] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Enkel die Aufhebung der kantonalen Urteile und die Klageabweisung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 4).

[113] 1. Die Vorinstanz – so das Bundesgericht – habe die Berufung mit doppelter Begründung abgewiesen. Einerseits habe die Vorinstanz befunden, dass es sich beim Carigiet-Bild nicht um einen Einrichtungsgegenstand gemäss Ziff. IV.4 des Kaufvertrags handelt, weshalb es dem Enkel nicht übertragen worden sei. Andererseits habe die Vorinstanz den guten Glauben des Enkels verneint. Das Bundesgericht indessen stützte seine Begründung auf den fehlenden guten Glauben des Enkels und prüfte nicht die Frage, ob es sich um einen Einrichtungsgegenstand handelte (E. 3.1 und 3.3.4).

[114] 2. Das Bundesgericht hielt fest, dass es zur Übertragung des Fahrniseigentums den Übergang des Besitzes auf den Erwerber bedürfe (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Der Besitz werde übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen (Art. 922 Abs. 1 ZGB). Ohne Übergabe könne der Besitz einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter oder der Veräusserer selbst auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibe (Art. 924 Abs. 1 ZGB [Besitzeskonstitut]). Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhalte, sei in seinem Erwerb auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden sei (Art. 933 ZGB). Dies gelte auch dann, wenn der Erwerb des Eigentums mittels Besitzeskonstitut erfolge (E. 3.3.1).

[115] 3. Der Enkel mache geltend, es komme auf seinen guten Glauben hinsichtlich der Verfügungsmacht der Schenkerin bei Inkrafttreten des Kaufvertrags und nicht darauf an, ob diese aufgrund der Vorbehaltsklausel nach Vertragsabschluss noch Einrichtungsgegenstände gültig habe verschenken können. Er habe keinen Grund gehabt, am Eigentum der Schenkerin am Carigiet-Bild zu zweifeln. Der Enkel berufe sich darauf, dass die Gutgläubigkeit zu vermuten sei. Es bestehe für den Erwerber keine allgemeine Erkundigungspflicht. Eine solche setze einen konkreten Verdacht voraus. Vorbehalten blieben Geschäftszweige, die in besonderem Masse dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft ausgesetzt seien. Vorliegend gehe es um ein Vertragsverhältnis zwischen Grossmutter und Enkelsohn, wobei zwischen den Vertragsparteien ein sehr enges Verhältnis bestanden habe (E. 3.2.2).

[116] 4. Der Enkel, so das Bundesgericht, weise zu Recht darauf hin, dass der streitbetroffene Kauf nicht unter die bisher vom Bundesgericht beurteilten Fälle bejahter Erkundigungsobliegenheiten im Kunst- und Occasionshandel falle. Das allein weise den angefochtenen Entscheid allerdings noch nicht als bundesrechtswidrig aus. Die Vorinstanz verletze kein Bundesrecht, wenn sie in Ziff. IV.4 des Kaufvertrags einen Umstand erblicke, der den Enkel hätte veranlassen müssen, sich bei der Verkäuferin (d.h. der Schenkerin) nach bereits erfolgten Verfügungen zu erkundigen. Wer wie der Enkel damit einverstanden sei, dass die Verkäuferin weiterhin frei über Einrichtungsgegenstände verfügen könne, dürfe allenfalls bereits erfolgte Verfügungen nicht einfach ignorieren. Sodann behaupte der Enkel nicht, dass er solche Erkundigungen angestellt hätte und erst recht mache er nicht geltend, dass seine Grossmutter (d.h. die Schenkerin) ihm nicht die Wahrheit gesagt hätte. Im Ergebnis könne sich der Enkel weder auf seinen guten Glauben im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch später, als er das Haus tatsächlich in Besitz genommen habe, berufen. Entsprechend sei er auch nicht Eigentümer des Carigiet-Bildes geworden (E. 3.3.3).

[117] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht hat sich bereits in mehreren Urteilen zum Spannungsfeld zwischen Aufklärungspflicht des Verkäufers und der Erkundigungsobliegenheit des Käufers geäussert. Obschon die Übertragung der strafrechtlichen Rechtsfigur der Opfermitverantwortung bis anhin nicht ins Zivilrecht übernommen wurde (vgl. Rz. 1 ff.), findet sie unter dem Titel von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung,⁷¹ wobei teils auch von «vertraglicher Selbstverantwortung» die Rede ist.⁷²

[118] 2. Im referierten Urteil geht es nicht um die Frage der Echtheit des Kunstgegenstandes – wie in den anderen bis anhin beurteilten Fällen –, sondern um die Frage, ob die Schenkerin noch gültig über das Carigiet-Bild verfügen konnte bzw. ob der Enkel in seinem gutgläubigen Erwerb zu schützen ist. Dennoch wendet das Bundesgericht *in casu* die Rechtsfigur der zivilrechtlichen Opfermitverantwortung indirekt an, indem es prüft, ob sich der Enkel auf die Vermutung des Vorhandenseins des guten Glaubens (Art. 3 Abs. 1 ZGB) berufen kann.

[119] a. Der gute Glaube wird grundsätzlich vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Allerdings kann nur derjenige sich auf den guten Glauben berufen, der den Nachweis dafür erbringt, den Umständen entsprechend aufmerksam gewesen zu sein (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Die Frage nach der gebotenen Aufmerksamkeit ist ein Ermessensentscheid und stützt sich auf die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles.⁷³

[120] b. Im Kaufvertrag vereinbarten der Enkel und seine Grossmutter (d.h. die Schenkerin), dass Letztere die Einrichtungsgegenstände weiterhin Dritten schenken oder vermachen könne. Weder das Kaufvertragsrecht noch der Kaufvertrag statuiert eine Erkundigungspflicht des Käufers. Allerdings folgert das Bundesgericht richtigerweise, dass der Enkel aufgrund dieser Klausel hätte abklären müssen, ob die Schenkerin noch gültig über das Bild verfügen konnte.⁷⁴ Im

⁷¹ Im Berichtsjahr sind neben dem bereits erwähnten Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2021 vom 17. Juni 2022 (vgl. Rz. 1 ff.) noch zwei weitere Bundesgerichtsurteile (4D_73/2021 vom 2. November 2022 [vgl. Rz. 78 ff.] und 4A_29/2022 vom 19. April 2022 [vgl. Rz. 93]) ergangen, welche die Rechtsfigur der Opfermitverantwortung zum Gegenstand haben.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE 143 III 495; Urteil des Bundesgerichts 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 4.2; BGE 107 II 419 E. 2 S. 423; Urteil des Bundesgerichts 4C.43/2005 vom 24. Juni 2005 E. 3.2; siehe zur Opfermitverantwortung im Zivilrecht VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1398 ff.; siehe ferner CHERNAYA/GALLI/VISCHER (Fn. 8), *passim*; VISCHER (Fn. 6), S. 549 ff.

⁷³ BGE 139 III 305 E. 3.2.2 S. 308; MARKUS MÜLLER-CHEN, Die Crux mit dem Eigentum an Kunst, AJP 2003, S. 1267 ff., S. 1271.

⁷⁴ ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 8 ZGB N 277.

Umkehrschluss bedeutet dies, dass das Bundesgericht eine Aufklärungspflicht der Schenkerin in Bezug auf ihre Verfügungsmacht verneinte. Dies überrascht mit Blick auf die sonst strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Aufklärungspflicht des Verkäufers,⁷⁵ ist aber im vorliegenden Fall vertretbar. Dem Enkel wäre es ohne weiteres möglich gewesen, den Sachverhalt abzuklären, weshalb er sich dies unter dem Titel der «vertraglichen Selbstverantwortung»⁷⁶ entgegenhalten muss.⁷⁷ Damit weicht das Bundesgericht von seiner sonst eher milden, käuferfreundlichen Rechtsprechung⁷⁸ (ausserhalb von Geschäftszweigen, für die erhöhte Sorgfaltspflichten gelten) ab und bestätigt damit die Rechtsfigur der Selbstverantwortung des Käufers im Kaufrecht.⁷⁹

[121] c. Das Bundesgericht folgerte, dass es *in casu* keine Rolle spielt, dass die Verkäuferin die Grossmutter und der Käufer der Enkel ist. Der Enkel trägt die gleiche Selbstverantwortung wie jeder andere Erwerber auch. Dies ist angebracht, da ansonsten die Untersuchungsobliegenheit und damit letztlich auch die Selbstverantwortung des Enkels nicht von seiner Aufmerksamkeit abhinge, sondern von seiner Beziehung zum Vertragspartner. Dies wäre eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zu anderen Käufern, weshalb das Bundesgericht dem Enkel richtigerweise dieselbe Selbstverantwortung auferlegt hat wie jedem anderen Erwerber auch.

[122] 3. Der Entscheid ist im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung korrekt und vertretbar. Das Bundesgericht bestätigt, dass in gewissen Fällen die Selbstverantwortung des Erwerbers höher wiegt als die Aufklärungspflicht des Verkäufers und nimmt im Grunde nichts anderes als eine klassische Interessensabwägung vor, bei der die Interessen zweier Parteien einander gegenübergestellt werden und geprüft wird, welches dieser Interessen überwiegt.⁸⁰

2. Kauf von Feuerlöschern; Wandlung des Kaufvertrags; Anfechtung der Vergleichsvereinbarung wegen zivilrechtlicher Furchterregung (Art. 29 Abs. 1 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A_607/2021 vom 9. August 2022 (MV/DG)⁸¹

[123] Im Juli 2011 gab B (Käufer, Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer) der A SA (Verkäuferin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) die bei ihr gekauften, defekten Feuerlöcher zurück und verlangte eine Rückerstattung von CHF 79'601.40 (Sachverhalt Teil A.b).

⁷⁵ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_437/2020 vom 29. Dezember 2020 (besprochen von LEANDRO SCHAFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Arglistige Täuschung über unbewilligte Bauarbeiten, in: dRSK, publiziert am 11. August 2021, Rz. 8 ff.).

⁷⁶ Siehe zur Selbstverantwortung im Kaufrecht z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 E. 6.3.1 und 6.3.2 (besprochen von CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2020, in: Jusletter vom 29. November 2021, Rz. 149).

⁷⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 E. 6.3.2 (siehe dazu SCHAFER/GALLI/VISCHER [Fn. 75], Rz. 15); 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»; BGE 131 III 145 E. 8.1 S. 151.

⁷⁸ Vgl. Fn. 75; siehe auch GALLI/VISCHER (Fn. 60), Rz. 23.

⁷⁹ Siehe zur Erkundigungspflicht des Käufers: Urteil des Bundesgerichts 5A_962/2017 vom 29. März 2018 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_925/2013 vom 15. April 2014 E. 1.2; BGE 139 III 305 E. 3.2.2 S. 309; BGE 131 III 418 E. 2.3.2 S. 422; BGE 122 III 1 E. 2a/aa S. 3.

⁸⁰ BRUNNER/GALLI/VISCHER (Fn. 76), Rz. 151; SCHAFER/GALLI/VISCHER (Fn. 75), Rz. 16.

⁸¹ Vgl. auch SISSY SCIOLLI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zivilrechtliche Furchterregung und strafrechtlicher Wucher, in: dRSK, publiziert am 9. Juni 2023.

[124] Am 4. Juni 2012 unterbreitete die Verkäuferin dem Käufer ein Angebot (nachfolgend: Vertrag), wonach sie dem Käufer CHF 74'500 (zahlbar in vier Raten) zahle, wenn alle negativen Kommentare im Internet über die Verkäuferin im Zusammenhang mit den Feuerlöschern verschwänden. Der Käufer unterzeichnete den Vertrag, strich aber den Passus betreffend die negativen Kommentare (Sachverhalt Teil A.c). Die Verkäuferin beanstandete die Änderung nicht und zahlte dem Käufer total CHF 36'000, stellte dann aber die Zahlungen ein. In den folgenden Monaten tauchten im Internet wieder negative Kommentare über die Verkäuferin auf und der Käufer forderte vergeblich weitere Zahlungen (Sachverhalt Teil A.d).

[125] Am 9. März 2015 beantragte der Käufer beim Bezirksgericht Lugano (*Pretura di Lugano*) gestützt auf den Vertrag die Verurteilung der Verkäuferin zur Zahlung von CHF 41'500. Das Bezirksgericht hiess die Klage am 23. Dezember 2020 gut (Sachverhalt Teil B).

[126] Das Appellationsgericht des Kantons Tessin (*Tribunale d'appello del Cantone Ticino*) wies die Verkäuferin am 28. März 2021 ab. Nach Ansicht der Vorinstanz hatte die Verkäuferin die vom Käufer vorgeschlagene Änderung des Vertrages durch die Zahlung einiger Beträge konkludent akzeptiert. Zudem seien die Voraussetzungen der begründeten Furcht nicht gegeben bzw. nicht bewiesen (Sachverhalt Teil C).

[127] Die Verkäuferin erhob dagegen Beschwerde in Zivilsachen und beantragte, dass das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen seien. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil D und E. 8).

[128] 1. In seinem Entscheid befasste sich das Bundesgericht zunächst mit dem Zustandekommen des Vertrages zwischen der Verkäuferin und dem Käufer. Der Abschluss eines Vertrages unterliege nur dann einer besonderen Form, wenn eine besondere Rechtsnorm dies vorsehe (Art. 11 Abs. 1 OR) oder wenn die Parteien dies vereinbart hätten (Art. 16 Abs. 1 OR). Es sei davon auszugehen, dass die Parteien, die sich die Schriftform vorbehalten haben, diese zur Bedingung für die Gültigkeit des Vertrages gemacht haben (Art. 16 Abs. 1 OR). Vom Verzicht auf die Schriftform sei jedoch auszugehen, wenn die vertragliche Leistung ungeachtet der Nichteinhaltung der Schriftform vorbehaltlos erbracht und angenommen werde (E. 4.1.3). Die Parteien hätten sich auch konkludent auf die Schriftform einigen können. Doch insistierte die Verkäuferin nicht auf der Unterschrift des Käufers, sondern erfüllte vielmehr den Vertrag durch die Zahlung einiger Beträge, sodass die Parteien den Vertrag mit den vom Käufer vorgeschlagenen Änderungen konkludent geschlossen hätten (E. 4.3.2).

[129] 2. Das Bundesgericht befasste sich sodann mit der Rüge der Verkäuferin, sie habe den Vertrag infolge begründeter Furcht (Art. 29 Abs. 1 OR) abgeschlossen (E. 7 Ingress). Gemäss Art. 29 Abs. 1 OR sei der Vertrag für den Vertragsschliessenden unverbindlich, wenn er von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung des Vertrages bestimmt worden ist. Gemäss Art. 30 Abs. 1 OR sei die Furcht für denjenigen eine begründete, der nach den Umständen annehmen müsse, dass er oder eine ihm nahe verbundene Person an Leib und Leben, Ehre oder Vermögen mit einer nahen und erheblichen Gefahr bedroht sei. Die Furcht vor der Geltendmachung eines Rechtes werde nur dann berücksichtigt, wenn die Notlage des Bedrohten benutzt worden sei, um ihm die Einräumung übermässiger Vorteile abzunötigen (E. 7.1).

[130] 3. Grundsätzlich sei der Einsatz eines rechtmässigen Mittels keine unrechtmässige Drohung. Das Mittel und die damit verfolgten Zwecke dürften jedoch nicht in einem Missverhältnis stehen. Unter einem «übermässigen Vorteil» (im Sinne von Art. 30 Abs. 2 OR) sei ein quantitatives Missverhältnis zu verstehen, das nach denselben Kriterien zu beurteilen sei, die für das

Vorliegen des Wuchers nach Art. 157 StGB massgeblich seien. Der erreichte ökonomische Vorteil dürfe deshalb nach einer objektiven Bewertung nicht in einem klaren Missverhältnis zur erbrachten Leistung stehen. Der Begriff des übermässigen Vorteils schliesse jeden unangemessenen und übermässigen Vorteil ein, mit dem die Person, die mit der Geltendmachung eines Rechts drohe, in Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben einen ausserhalb dieses Rechts liegenden Zweck verfolge oder deutlich über die einfache Ausübung des Rechts hinausgehe (E. 7.1.3).

[131] **a.** Das Bundesgericht erwo, die Verkäuferin habe nicht dargelegt und bewiesen, durch welche Äusserungen und Handlungen die behauptete begründete Furcht begründet worden sei (E. 7.2.1).

[132] **b.** Im Lichte der vorangehenden Ausführungen sei die Beschwerde deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (E. 8).

[133] **Bemerkung: 1.** Das vorliegend kommentierte Urteil ist insofern interessant, als es sich einmal mehr zum Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht im Bereich der Willensmängel beim Vertragsschluss äussert.

[134] **2.** In Bezug auf das Verhältnis der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 1 OR zum strafrechtlichen Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB und der zivilrechtlichen Übervorteilung gemäss Art. 21 Abs. 1 OR zum strafrechtlichen Wucher gemäss Art. 157 Ziff. 1 StGB vertritt das Bundesgericht die Meinung, der zivilrechtliche Tatbestand gehe weiter als der strafrechtliche Tatbestand.⁸²

[135] Im referierten Urteil verweist das Bundesgericht in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der übermässigen Vorteile gemäss Art. 30 Abs. 2 OR bei der zivilrechtlichen Furchterregung ohne weitere Begründung auf den strafrechtlichen Wucher gemäss Art. 157 Ziff. 1 StGB. Es bestätigt seine frühere Rechtsprechung, wonach der Begriff der übermässigen Vorteile gemäss Art. 30 Abs. 2 OR gleich wie der Begriff des offensichtlichen Missverhältnisses in Art. 157 Ziff. 1 StGB auszulegen sei.⁸³ Dem ist zuzustimmen.⁸⁴ Zu beachten ist jedoch, dass das strafrechtliche Pendant zur zivilrechtlichen Furchterregung die Erpressung (Art. 156 Ziff. 1 StGB) oder die Nötigung (Art. 181 StGB) und nicht etwa der Wucher ist.⁸⁵

[136] Der Tatbestand der Übervorteilung (Art. 21 Abs. 1 OR) enthält ebenfalls den Begriff des offenbaren Missverhältnisses. Es ist daher offen, wie das Bundesgericht künftig das Verhältnis der zivilrechtlichen Übervorteilung nach Art. 21 Abs. 1 OR und des strafrechtlichen Wuchers nach Art. 157 Ziff. 1 StGB beurteilt.⁸⁶ Da das Bundesgericht im referierten Urteil den übermässigen Vorteil im Sinne von Art. 30 Abs. 2 OR mit dem offensichtlichen Missverhältnis im Sinne von

⁸² *Betreffend Art. 28 Abs. 1 OR und Art. 146 Abs. 1 StGB:* VISCHER/GALLI (Fn. 3), S. 1393 ff.; *betreffend Art. 21 OR und Art. 157 Ziff. 1 StGB:* REGENFUSS/GALLI/VISCHER (Fn. 10), *passim*. Siehe ferner SCHWARZENBERGER/GALLI/VISCHER (Fn. 10), Rz. 21 (drittes Lemma).

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 4A_259/2009 vom 5. August 2009 E. 2.1.1 «Aux termes de l'art. 30 al. 2 CO, la crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs. En principe, n'est pas une menace sans droit le fait d'user d'un moyen licite qui cause un mal licite. Il doit toutefois y avoir adéquation entre le moyen et la fin que l'auteur se propose d'atteindre [...]. L'expression «avantages excessifs» signifie une disproportion quantitative qui doit être évaluée selon les mêmes critères que ceux permettant de déterminer l'existence de l'usure, au sens de l'art. 157 CP [...].»

⁸⁴ BRUNO SCHMIDLIN/ARNAUD CAMPI, in: LUC Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 29/30 OR N 19 «Les termes «avantages excessifs» signifient d'abord une disproportion quantitative qui doit être évaluée selon les mêmes critères que l'usure.»

⁸⁵ Vgl. MATTHIAS MAURER, *Der Vergleichsvertrag*, Diss. Zürich 2012 = ZStP Band 255, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 620 ff.

⁸⁶ Siehe auch Rz. 17.

Art. 157 Ziff. 1 StGB gleichsetzt (vgl. Rz. 135), ist zu erwarten, dass das Bundesgericht künftig den Begriff des offenbaren Missverhältnisses im Sinne von Art. 21 Abs. 1 OR mit dem Begriff des offensichtlichen Missverhältnisses in Art. 157 Ziff. 1 StGB gleichsetzt. Das wäre eine Abkehr von einem 2017 ergangenen Urteil, in dem das Bundesgericht die vorinstanzliche Ansicht geschützt zu haben scheint, wonach das Vorliegen eines übermässigen Vorteils im Sinne von Art. 30 Abs. 2 OR rascher als ein offenes Missverhältnis im Sinne von Art. 21 Abs. 1 OR anzunehmen sei.⁸⁷

3. Auftrag zum Kauf von Call-Optionen; Vertragsauslegung

Urteil des Bundesgerichts 4A_9/2021 vom 12. Januar 2022 (CB)⁸⁸

[137] Anfang November 2016 empfahl ein externer Anlageberater einem Bankkunden, 100 Call-Optionen der Gesellschaft Actelion zu erwerben. Darauf kaufte der Kunde Optionen bei zwei Banken, darunter auch bei der beklagten Bank. Der Kunde (Käufer der Optionen) führte bei der Bank seit 1997 mehrere Konten und benutzte deren E-Banking-System. Bis November 2016 hatte der Kunde nie Finanzgeschäfte mit der Bank getätigt.

[138] Am 10. November 2016 begab sich der Kunde zur Bank und eröffnete ein Depotkonto für die Erfassung eines Börsenauftrags zum Kauf von Call-Optionen an Aktien der Actelion sowie ein mit dem Depotkonto verbundenes Kontokorrentkonto, auf das er CHF 20'000 einzahlte. Die Bankangestellte füllte ein Börsenauftragsformular aus, welches der Kunde unterzeichnete. Auf der ersten Zeile war «1 Vertrag über 100 Calls» vermerkt, auf der zweiten und dritten Zeile stand «kaufen – 100 – call strike 160.- Aktien Actelion». Auf der vierten Zeile war unter Fälligkeit Dezember 2016 angegeben und eine Limite von 1.57. Zudem unterzeichnete der Bankkunde ein Entlastungsdokument mit der Angabe «1 Vertrag – 100 – call strike 160 Fr.».

[139] Die Bankangestellte, die den Börsenauftrag nicht selbst erteilen konnte, nahm zweimal Kontakt mit Kollegen im Handelsraum auf. Bei diesen Telefonaten konnte der Kunde hören, was die Mitarbeiterin sagte, aber nicht, was die Kollegen im Handelsraum antworteten. Die Abschrift dieser Telefonate umfasst mehrere Seiten.

[140] Die Bank erwarb aufgrund des erteilten Börsenauftrags im Namen des Kunden eine Call-Option für CHF 157, die es dem Kunden ermöglichte, 100 Actelion-Aktien bis im Dezember 2016 für CHF 160.– pro Aktie zu erwerben. Die Bank belastete das Konto des Kunden mit CHF 277.20 (bestehend aus CHF 157 für den Call, CHF 120 Bankkommission und CHF 0.20 Abgaben).

[141] Am Ende des Gesprächs verlangte der Kunde eine Bestätigung des erteilten Börsenauftrags. Die Bankangestellte antwortete ihm, dass er in den nächsten Tagen eine schriftliche Bestätigung erhalten werde. Als der Bankkunde keine Bestätigung erhielt, fragte er bei der Bankangestellten nach, die ihm versicherte, die Bestätigung sei versandt worden; zudem könne er den Auftrag im

⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_726/2016 vom 12. Mai 2017 E. 5; siehe auch ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Band I, Bern 2023, Rz. 14.160.

⁸⁸ Vgl. auch BENJAMIN REIS/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Tückenreicher Optionshandel, in: dRSK, publiziert am 1. Februar 2023; LUC THÉVENOZ/SUSAN EMMENEGGER/CÉLIAN HIRSCH/FABIEN LIÉGEOIS/MARTINA REBER, Le droit bancaire privé suisse 2021, SZW 2022, S. 140 ff., S. 157; CÉLIAN HIRSCH, L'interprétation d'un ordre de bourse: acheter un call ou cent calls?, LawInside vom 12. Februar 2022; FABIEN LIÉGEOIS, Contrat de mandat: Question d'interprétation à un demi-million, 1 ou 100 options call?, Centre de droit bancaire et financier vom 9. Februar 2022; SEBASTIAN MÜLLER, Auslegung der Anweisung an den Beauftragten, ius.focus 2022, Nr. 61.

E-Banking einsehen. Zwischen dem 10. November 2016 und dem 25. November 2016 loggte sich der Kunde mehr als 70-mal im E-Banking ein.

[142] Am 24. und 25. November 2016 verzeichnete die Actelion-Aktie aufgrund von Diskussionen über ein mögliches öffentliches Übernahmeangebot durch Johnson & Johnson den höchsten Kursanstieg seit über 16 Jahren. Als der Kunde am 25. November 2016 immer noch keine Bestätigung erhalten hatte, rief er die Bankangestellte an. In diesem Moment wurde ihm klar, dass der von der Bank getätigte Kauf nur einen Call und nicht 100 Calls umfasst hatte. Ein Call berechtigte zum Kauf von 100 Actelion-Aktien.

[143] Die Bank verkaufte den Call zum Preis von CHF 5'679.80, den sie nach Abzug der Gebühren dem Konto des Kunden gutschrieb.

[144] Im Mai 2017 klage der Bankkunde vor den Gerichten des Kantons Waadt gegen die Bank auf Schadenersatz in der Höhe von CHF 558'567, was dem Veräusserungswert von 99 Call-Optionen entsprach. Er machte geltend, er sei so zu stellen, wie wenn die Bank 100 Calls und nicht nur einen Call gekauft hätte. Im Mai 2019 wurde die Bank erstinstanzlich verurteilt, dem Kunden CHF 552'602.55 nebst Zins zu bezahlen. Das Gericht hielt fest, der Kunde habe seine Absicht, 100 Calls zu kaufen, korrekt kommuniziert. Darüber hinaus habe die Mitarbeiterin dem Kunden widersprüchliche Informationen gegeben, insbesondere darüber, ob er eine Bestätigung seines Auftrags erhalten würde. Dem Kunden könne kein Mitverschulden vorgeworfen werden, da er reagiert habe, sobald er den Fehler der Bank bemerkte.

[145] Im November 2020 bestätigte das Kantonsgericht diesen Entscheid. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht in Fünferbesetzung gut und wies die Klage des Kunden gegen die Bank ab.

[146] 1. Einleitend führt das Bundesgericht aus, Call-Optionen (oder Calls) seien Verträge über Kaufoptionen, die dem Erwerber das Recht, aber nicht die Pflicht einräumen, zu einem bestimmten Ausübungspreis (Strike) einen Basiswert, hier Actelion-Aktien, zu einem bestimmten Zeitpunkt (Fälligkeitsdatum; europäischer Call) zu erwerben. Häufig würden die Anleger nicht von ihrem Recht Gebrauch machen, den Basiswert zu kaufen, sondern die Call-Option vor dem Verfalldatum verkaufen, um den Gewinn zu realisieren. Vorliegend berechtige eine Call-Option zum Kauf von 100 Actelion-Aktien am Fälligkeitsdatum zum Preis (Strike) von CHF 16'000 (CHF 160 pro Aktie); entsprechend berechtigten 100 Optionen zum Kauf von 10'000 Aktien für einen Preis von CHF 1'600'000. Die Parteien seien sich uneinig, ob der Kunde den Auftrag erteilt hat, eine oder 100 Call-Optionen zu kaufen (E. 3 und 4 Ingress).

[147] Das Bundesgericht prüfte, ob die Bank haftet, weil sie ihre Sorgfaltspflicht verletzt hat. Dazu müsse der Inhalt der Anweisungen des Kunden ermittelt werden. Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten seien einseitige Willensäusserungen des Kunden, die von der Bank entgegengenommen werden müssen. Einseitige Willenserklärungen seien nach den allgemeinen Grundsätzen für die Auslegung von Willenserklärungen auszulegen. Nach dem analog anwendbaren Art. 18 Abs. 1 OR habe das Gericht daher zunächst den subjektiven Willen der Parteien zu erforschen, d.h. einerseits den Willen des Erklärenden und andererseits das Verständnis dieses Willens durch den Empfänger. Könne das Gericht diesen tatsächlichen Willen nicht ermitteln, habe es in einem zweiten Schritt den objektiven Sinn zu ermitteln, den der Empfänger der Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip geben konnte und vernünftigerweise geben musste (E. 4.2.2).

[148] Die Vorinstanz habe sich darauf beschränkt, festzustellen, was der Kunde wollte und habe es versäumt, das Verständnis der Bank zu ermitteln. Dabei seien folgende Elemente zu berücksichtigen:

- Der Kunde habe einen Börsenauftrag unterschrieben, den die Vorinstanz selbst als widersprüchlich bezeichnet habe und aus dem nicht abgeleitet werden könne, ob er einen Call oder 100 Calls kaufen wollte;
- Als die Bankangestellte dem Kunden gesagt habe, dass «Sie heute CHF 155 investieren» und dass, wenn die Aktie über CHF 160 steigt, «Sie dann Ihr Recht geltend machen werden, die Aktien für CHF 16'000 plus den Preis des Rechts plus die Kosten zu kaufen», habe der Kunde genickt.
- Der Kunde habe geltend gemacht, er habe sehr wohl von der Anzahl der Call-Optionen gesprochen, auch wenn er in der Verwirrung von Aktien gesprochen habe.
- Beim zweiten Telefongespräch der Angestellten mit dem Handelsraum habe der Kunde bestätigt, dass «wir immer bei 1 [Kontrakt] bleiben», und habe gehört, dass ihm CHF 157 plus Spesen belastet würden.

Daraus folge, dass der Kunde tatsächlich vom zukünftigen Kauf der Actelion-Aktien für CHF 16'000 gesprochen habe (also bloss einer Call-Option), und dass die Angestellte dies auch so verstanden habe. Ein Kunde, der ein komplexes Börsengeschäft tätigen wolle, müsse sich des Zwecks und der Tragweite des Geschäfts bewusst sein und der Bank klare und präzise Anweisungen geben können. Beides sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Da die von der Bank verstandene Bedeutung der vom Kunden erklärten Bedeutung entspreche, stehe der tatsächliche Wille fest. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip sei daher ausgeschlossen (E. 4).

[149] **Bemerkung: 1.** Im Entscheid ruft das Bundesgericht zunächst seine Rechtsprechung zur Auslegung von Willenserklärungen in Erinnerung, wonach in erster Linie auf den tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen ist und das Vertrauensprinzip nur subsidiär anwendbar ist. Bei der Anwendung dieses Prüfschemas im konkreten Fall unterlässt es das Bundesgericht aber, den tatsächlichen Willen des Kunden umfassend festzustellen, sondern stellt auf einen erklärten Willen ab:⁸⁹ «Da die von der Bank verstandene Bedeutung mit der vom Kunden erklärten Bedeutung übereinstimmt, steht der tatsächliche Wille fest. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist daher ausgeschlossen.»⁹⁰

[150] Die Feststellung der tatsächlichen und gemeinsamen Absicht der Parteien (subjektive Auslegung) hat nach der Rechtsprechung gegebenenfalls empirisch anhand von Indizien zu erfolgen. Als Indizien in diesem Sinne gelten nicht nur der Inhalt der Willenserklärungen – ob schriftlich oder mündlich –, sondern auch der Gesamtzusammenhang, d.h. alle Umstände, die Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulassen, seien es Erklärungen vor oder nach Vertragsschluss.⁹¹ Ungenaue Ausdrücke oder Bezeichnungen, die eine Partei irrtümlich verwendet hat, sind unbeachtlich (Art. 18 Abs. 1 OR). Die Feststellung, was eine Vertragspartei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wusste und wollte, ist eine für das Bundesgericht verbindliche Tatsachenfeststellung. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz

⁸⁹ Vgl. die Kritik von LIÉGEOIS (Fn. 88), HIRSCH (Fn. 88) und REIS/GALLI/VISCHER (Fn. 88), Rz. 14.

⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_9/2021 vom 12. Januar 2022 E. 4.2.5 (Übersetzung).

⁹¹ Vgl. BGE 144 III 93 E. 5.2.2 S. 98 = Pra 2019, Nr. 40, S. 446.

festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, die Sachverhaltsfeststellung sei offensichtlich unrichtig und damit willkürlich.⁹²

[151] Vorliegend erscheint diskutabel, ob das Bundesgericht zur Feststellung des tatsächlichen Willens des Kunden den Gesamtzusammenhang, d.h. alle Umstände, die Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulassen, genügend berücksichtigt hat und für die von den Vorinstanzen abweichende Auffassung hinreichende Gründe für eine Annahme von Willkür angeführt hat. So wurde dargelegt, dass der Wortlaut der Gesprächsprotokolle an anderer Stelle klar den Willen des Kunden dokumentiert, 100 Calls zu erwerben.⁹³

[152] 2. Da sich die Bank und der Kunde wohl missverstanden haben, wäre der Inhalt des Vertrags mittels objektiver Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu eruieren gewesen.⁹⁴ Insofern indiziert der Wortlaut des Formulars in der ersten Zeile («1 Kontrakt über 100 Calls»), dass ein Vertrag über 100 Call-Optionen geschlossen werden sollte. Der blosse Erwerb eines einzigen Calls für gerade mal CHF 157 wirft die Frage auf, warum der Kunde CHF 20'000 auf das speziell für die Transaktion eröffnete Konto einbezahlt hat. Zudem scheint der Kunde von Anfang an die Absicht gehabt zu haben, die Optionen nicht auszuüben (also Aktien zu kaufen), sondern bei positiver Kursentwicklung die Optionen mit Gewinn zu verkaufen (wie dies dann auch für den einen Call gemacht wurde).⁹⁵

[153] 3. Wie zutreffend bemerkt wurde, mag für den Prozessausgang entscheidend gewesen sein, was nur zwischen den Zeilen gelesen werden kann: Die Empfehlung, die der unerfahrene Kunde erhalten hat, könnte verdächtig erscheinen (Verdacht auf Insiderhandel); eine Abweisung der Klage könnte die Durchsetzung eines möglicherweise widerrechtlich erlangten Gewinns verhindern haben.⁹⁶

Prof. Dr. iur. CHRISTOPH BRUNNER, Rechtsanwalt, LL.M., ist Inhaber der Anwaltskanzlei Brunner Arbitration LLC 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.

⁹² Vgl. z.B. BGE 131 III 606 E. 4.1 S. 611 = Pra 2006, Nr. 80, S. 572.

⁹³ Siehe LIÉGEOIS (Fn. 88), 1: «Reconnaissons que la forme de ces échanges en obscurcit le fond. Il reste que Jean [der Kunde] exprime sa volonté d'acquérir 100 options call lorsqu'il répond «voilà» à l'employé qui lui dit : «pas les actions». Il n'est, en tous les cas, pas «manifestement insoutenable» de le comprendre ainsi.»

⁹⁴ So etwa auch HIRSCH (Fn. 88).

⁹⁵ Vgl. LIÉGEOIS (Fn. 88), 1 *in fine* sowie unter 2 und 3.

⁹⁶ Vgl. LIÉGEOIS (Fn. 88), 3 *in fine*; HIRSCH (Fn. 88), *in fine*.