

Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2023

Dieser Beitrag enthält eine Zusammenfassung und Kommentierung der wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2023. Berücksichtigt wurden die in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheide sowie die im Internet abrufbaren «unpublizierten Entscheide». Die Initialen in den Titeln geben jeweils den oder die Verfasser an.

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Kaufrecht, Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2023, in: Jusletter 18. November 2024

Inhaltsübersicht

- I. Unternehmenskauf
 - 1. Nichtigte Garantie infolge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Hauptleistung
Urteil des Bundesgerichts 4A_311/2022 und 4A_313/2022 vom 8. August 2023 = Pra 2024, Nr. 45 (MV/DG)
 - 2. Zulässigkeit von Rechtsfragen bei Schiedsgutachten; Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen
Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2022 vom 25. September 2023 (CB)
- II. Grundstückkauf
 - 1. Grundstückkaufvertrag mit Bauleistungspflicht; Nachbesserungsanspruch; Koordinationsbedarf zwischen Erwerber von Stockwerkeigentum und Regeln der Beschlussfassung einer Stockwerkeigentümergeinschaft
Urteil des Bundesgerichts 4A_540/2022 vom 19. Dezember 2023 (CB)
 - 2. Objektive Auslegung einer Earn out-Klausel («Kaufpreiserhöhungsklausel») bzw. des Earn out-Ereignisses «Umzonung des Grundstücks»
Urteil des Bundesgerichts 4A_247/2023 vom 17. November 2023 (MV/DG)
 - 3. Freizeichnungsklausel; Verneinung einer absichtlichen Täuschung aufgrund des beeinträchtigten geistigen Gesundheitszustands der Verkäuferin
Urteil des Bundesgerichts 4A_344/2023 vom 7. September 2023 (MV/DG)
 - 4. Nicht bewohnbare Fläche eines Stockwerkanteils als Mangel; Zusicherung in Verkaufsanzeige; relative Methode zur Berechnung der Minderung
Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2022 vom 8. August 2023 (CB)
 - 5. Verdachtsmangel; Unzumutbarkeit als Mangel
Urteil des Bundesgerichts 4A_189/2021 vom 21. März 2023 (MV/DG)
 - 6. Vertragsrücktritt; Schuldnerverzug bei Einreichen eines Baugesuchs; Setzen einer Nachfrist (Art. 107, 108 OR)
Urteil des Bundesgerichts 4A_355/2022 vom 18. Januar 2023 (CB)
- III. Fahrniskauf
 - 1. Hagelschaden eines Occasionsfahrzeugs; Verneinung des Vorliegens einer absichtlichen Täuschung oder eines Grundlagenirrtums
Urteil des Bundesgerichts 4D_37/2023 vom 25. September 2023 (MV/DG)
 - 2. Kaufrechtsvereinbarung betreffend Aktien; rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an Aktien ohne separates Verfügungsgeschäft?
Urteil des Bundesgerichts 4A_25/2023 vom 22. Juni 2023 (MV/DG)

I. Unternehmenskauf

1. Nichtigte Garantie infolge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Hauptleistung

Urteil des Bundesgerichts 4A_311/2022 und 4A_313/2022 vom 8. August 2023 = Pra 2024, Nr. 45 (MV/DG)¹

[1] Z (Kläger, Beschwerdegegner [4A_311/2022] bzw. Beschwerdeführer [4A_313/2022] und Verkäufer, nachfolgend: Verkäufer) war Mehrheitsaktionär der im Verlagswesen tätigen A SA (Beklagte und Beschwerdeführerin [4A_311/2022] bzw. Beschwerdegegnerin [4A_313/2022], nachfolgend: Zielgesellschaft). Der Verkäufer beabsichtigte, seine Aktien an B (Beklagter, Beschwerde-

¹ Vgl. auch VIVIANA MONTORFANO/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Konsequenzen nicht sauber strukturierter M&A-Transaktionen, in: dRSK, publiziert am 15. Januar 2024; YLBER HASANI, Ungültige Garantie infolge Unmöglichkeit der Hauptpflicht, ius.focus 2023, Nr. 248.

gegner [4A_313/2022] und Käufer, nachfolgend: Käufer) und die C SA zu verkaufen (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Die Zielgesellschaft schuldete unter anderem dem Verkäufer CHF 280'000 aus Darlehensvertrag und befand sich in einer schlechten finanziellen Lage (A.a).

[3] Der Käufer schlug dem Verkäufer vor, auf seine Darlehensforderung zu verzichten und dafür im Gegenzug das Eigentum am Bücherbestand der Zielgesellschaft übertragen zu erhalten. Der Verkäufer würde dadurch die Erlöse aus dem Verkauf der Bücher erhalten und würde daher im Laufe der Zeit das geliehene Geld zurückerstattet erhalten (A.a).

[4] Am 20. Dezember 2011 unterzeichneten der Verkäufer einerseits und der Käufer und die C SA andererseits eine als «Aktienkaufvertrag» bezeichnete Vereinbarung (nachfolgend: Aktienkaufvertrag). Gemäss Aktienkaufvertrag (Art. 5 und 6) verzichtete der Verkäufer auf seine Darlehensforderung, wofür ihm im Gegenzug das Eigentum am Bücherbestand übertragen wurde. Die Zielgesellschaft sollte weiterhin den Bücherbestand verwalten und dem Verkäufer Kommissionsgebühren («royalties») überweisen (A.a).

[5] Zunächst erfüllte die Zielgesellschaft ihre Pflichten und überwies dem Verkäufer den Nettoerlös aus den Buchverkäufen. Nach einem Jahr stellte sie jedoch die «aktive Verwaltung» des Bücherbestandes ein und entfernte die Bücher von ihrer Website und aus ihrem Katalog. Ab Ende 2013 überwies sie die aus dem Verkauf der Bücher eingenommenen Beträge nicht mehr an den Verkäufer (A.b).

[6] Es entbrannte in der Folge ein Streit zwischen den Parteien. Der Verkäufer reichte eine Strafanzeige gegen Unbekannt ein. Das Strafverfahren richtete sich gegen den Käufer, der allerdings am 24. Februar 2017 vom Polizeigericht *Littoral und Val-de-Travers* freigesprochen wurde. Das Kantonsgericht Neuenburg bestätigte den Freispruch (A.c).

[7] Am 26. September 2017 leitete die Zielgesellschaft ein Schlichtungsverfahren gegen den Verkäufer ein. Der Verkäufer reichte daraufhin am 11. Dezember 2017 eine Widerklage über CHF 269'025.10 ein, wobei die Zielgesellschaft im Gegenzug das Eigentum am Bücherbestand zurückerhalten sollte (A.d).

[8] Mit Gesuch vom 19. Dezember 2019 leitete der Verkäufer ein neues Schlichtungsverfahren ein und klagte in der Folge beim Bezirksgericht *Littoral et du Val-de-Travers* gegen die Zielgesellschaft und den Käufer auf Zahlung von CHF 238'155.05 wegen Nichterfüllung des Aktienkaufvertrags (B.a).

[9] Die Zielgesellschaft und der Käufer erhoben unter anderem die Verjährungseinrede betreffend die Ansprüche des Verkäufers auf Rückzahlung des Darlehens (B.a).

[10] Mit Urteil vom 1. Februar 2022 stellte das Bezirksgericht die Nichtigkeit der Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags fest und verurteilte die Zielgesellschaft und den Käufer unter solidarischer Haftbarkeit, dem Verkäufer CHF 237'791.80 zu zahlen. Weiter stellte es fest, dass die Zielgesellschaft Eigentümerin des fraglichen Bücherbestandes sei. Das Bezirksgericht erwog, dass die fraglichen Artikel nichtig seien, weil sie anfänglich objektiv unmögliche Pflichten enthielten: Die zeitlich unlimitierte Pflicht, einen Bücherbestand zu verkaufen, sei unerfüllbar, wenn bereits zum Voraus festgelegt war, dass dieser nur zeitlich begrenzt verkauft werden kann (Obsoleszenz). Diese Nichtigkeit beschlagnahmte nicht nur die Pflicht, den Bücherbestand aktiv zu verwalten, sondern auch die Übertragung des Eigentums an den Büchern. Aufgrund dieser Nichtigkeit *ex tunc* müssten die Parteien in die Situation vor dem Vertragsabschluss versetzt werden: Die Zielgesellschaft

müsse das Eigentum am Buchbestand zurückerhalten, während der Verkäufer wieder eine Forderung von CHF 290'000 gegenüber der Zielgesellschaft habe (B.a).

[11] Mit Urteil vom 7. Juni 2022 änderte das Kantonsgericht Neuenburg diesen Entscheid dahingehend ab, als es die Zielgesellschaft dazu verurteilte, dem Verkäufer einen kleineren Betrag zu zahlen (CHF 227'791.80 statt CHF 237'791.80) und die Klage, soweit sie sich gegen den Käufer richtete, vollumfänglich abwies (B.b).

[12] Gegen dieses Urteil erhoben sowohl der Verkäufer als auch die Zielgesellschaft Beschwerde in Zivilsachen. In ihrer Beschwerde (4A_311/2022) beantragte die Zielgesellschaft, die Klage des Verkäufers sei abzuweisen. Der Verkäufer beantragte in seiner Beschwerde (4A_313/2022), dass die Zielgesellschaft und der Käufer solidarisch zur Zahlung von CHF 237'791.80 zu verurteilen seien. Das Bundesgericht wies beide Beschwerden ab (C und E. 13).

[13] 1. Der Verkäufer rügte vor Bundesgericht die Abweisung seiner Klage gegen den Käufer (E. 5.1). Gemäss den vorinstanzlichen Urteilen habe der Käufer einen Garantievertrag abgeschlossen (E. 5.2). Die Erstinstanz habe den Käufer aufgrund des Garantieverprechens verurteilt, dem Verkäufer CHF 237'791.80 zu zahlen. Laut Erstinstanz handle es sich bei diesem Betrag um den infolge Verletzung des Aktienkaufvertrags entstandenen Schaden. Auch die Vorinstanz habe diese unabhängige Pflicht für gültig befunden. Sie habe allerdings festgehalten, dass der Schaden höchstens dem (tieferen) Betrag entsprechen könne, den der Verkäufer erhalten hätte, wenn die Zielgesellschaft ihre Pflichten gemäss Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags korrekt erfüllt hätte. Es sei klar gewesen, dass der Bücherbestand langfristig nicht mehr verkauft und die Werke nicht mehr vertrieben werden könnten. Selbst wenn die Zielgesellschaft ihre Pflichten vollumfänglich erfüllt hätte, hätte sie nicht den vollen Betrag zurückerstatten können. Folglich hätte der Verkäufer den Betrag behaupten und beziffern müssen, den die Zielgesellschaft ihm hätte zahlen müssen, wenn sie den Bücherbestand aktiv verwaltet und die Bücher verkauft hätte. Da der Verkäufer dies nicht getan habe, sei seine Klage gegen den Käufer abzuweisen (E. 5.3).

[14] 2. Die Analyse der Vorinstanzen scheine widersprüchlich zu sein: Sie würden die Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags aufgrund anfänglicher objektiver Unmöglichkeit für nichtig erachten, aber insinuierten trotzdem, dass der Verkäufer einen Schaden erlitten habe infolge Schlechterfüllung der Pflicht, den Bücherbestand zu verwalten und die Bücher zu verkaufen. Allerdings müssen die fraglichen Artikel des Aktienkaufvertrags als anfänglich objektiv unmöglich angesehen werden, wie dies die Vorinstanzen klar festgehalten haben (E. 5.4). Damit gehe die Rüge des Verkäufers fehl, wonach er die Beträge behauptet und bewiesen habe, die ihm die Zielgesellschaft hätte überweisen können und müssen, wenn sie ihre Pflichten korrekt erfüllt hätte. Nebenbei sei festzuhalten, dass der Verkäufer die Nichtigkeit der Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags nicht bestreite (E. 5.5).

[15] a. Gemäss Rechtsprechung und h.L. sei die Garantie, mit der jemand einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, und sich, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet, grundsätzlich selbständiger Natur. Sie könne daher auch dann fortbestehen, wenn die garantierte Verpflichtung erloschen sei. Es sei jedoch umstritten, wie der Fall zu beurteilen sei, wenn die garantierte Verpflichtung anfänglich objektiv unmöglich ist. Ein Teil der Lehre halte dafür, dass in diesem Fall auch die Garantie nichtig sei. Demgegenüber betone ein anderer Teil der Lehre die Unabhängigkeit der Garantie und gestehe die Möglichkeit ein, unter Umständen die Garantie wegen eines Irrtums oder eines anderen Willensmangels für ungültig zu erklären (E. 5.6).

[16] **b.** Es sei nicht ersichtlich, so das Bundesgericht, wie die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Pflicht der Zielgesellschaft trotz ihrer Unabhängigkeit nicht auch auf die Garantie durchschlagen könne. Denn wenn man die schnelle Obsoleszenz des Bestands und die Unmöglichkeit, die Bücher zu verkaufen, anerkenne, könne man vom beklagten Promissar (d.h. vom Käufer) kaum verlangen, dass er Schadenersatz leiste, weil der Dritte – hier die Zielgesellschaft – eine Verpflichtung, deren Unmöglichkeit anerkannt wurde, schlecht erfüllt habe. Rechtsprechung und Lehre erachteten im Übrigen eine Garantie als nichtig, wenn es unpassend wäre, Schadenersatz für die Nichterfüllung einer rechtswidrigen oder sittenwidrigen Hauptpflicht zu fordern. Gleiches müsse auch hier gelten, wo die Hauptpflicht von vornherein als unmöglich angesehen werde: Es wäre unpassend, den Promittenten, der eine solche Hauptpflicht garantiere, für gebunden zu halten bzw. ihn bis zur Ungültigkeitserklärung der Hauptpflicht für gebunden zu halten, während die Nichtigkeit der Hauptpflicht jederzeit von Amtes wegen festgestellt werden könne. Unter diesen Umständen sei die vom Verkäufer abgegebenen Garantie auch nichtig (E. 5.7).

[17] **c.** Es stelle sich die Frage, was der Wille der Parteien gewesen wäre, wenn sie gewusst hätten, dass es unmöglich ist, den Verkäufer gemäss dem vorgesehenen System zu «entschädigen», d.h. wenn die Parteien Kenntnis von der Nichtigkeit der Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags gehabt hätten. Versuche man, diesen Parteiwillen nach dem Vertrauensprinzip basierend auf den (spärlich) verfügbaren Tatsachenfeststellungen zu ermitteln, so könne man annehmen, dass der Käufer höchstwahrscheinlich nicht bereit gewesen wäre, für die Rückzahlung der Schulden zu garantieren. Die allgemeine Lebenserfahrung lehre, dass eine nachweislich nicht besonders wohlhabende Privatperson nicht ohne Weiteres bereit sei, sich zur persönlichen Rückzahlung solcher Summen zu verpflichten. Die Vorinstanz habe daher zu Recht, wenn auch mit einer anderen Begründung, die Klage gegen den Käufer abgewiesen (E. 5.7).

[18] **3.** Die Zielgesellschaft behaupte, dass die Forderung auf Rückzahlung des Aktionärsdarlehens der zehnjährigen Verjährung unterliege (E. 9.1). Gemäss Rechtsprechung – so das Bundesgericht – sei davon auszugehen, dass die Verjährungsfrist mit Ablauf der sechswöchigen Frist ab Übergabe des Darlehens zu laufen beginne. Die Lehre sei hingegen der Meinung, dass die Verjährung mit der Kündigung des Vertrags und nicht mit Übergabe des Darlehens zu laufen beginne (E. 9.2). Unabhängig davon, ob man der ersten oder zweiten Meinung folge, sei es der Zielgesellschaft nicht gelungen, die Verjährung der Darlehensforderung zu beweisen (E. 9.5 und 9.6).

[19] **Bemerkung: 1.** Das referierte Urteil ist ein klassisches Beispiel dafür, wie man eine M&A-Transaktion nicht strukturieren sollte. Die Parteien des Aktienkaufvertrags unterschieden weder zwischen den verschiedenen beteiligten Personen noch zwischen den verschiedenen, zwischen diesen Personen zu begründenden Rechtsverhältnissen. Vielmehr (ver-)mischten sie fröhlich die verschiedenen beteiligten Personen und Rechtsverhältnisse, ohne zu beachten, dass die Zielgesellschaft gar nicht Vertragspartei war. Das geschieht in der Praxis leider zu häufig. Es bringt die angerufenen Gerichte in Schwierigkeiten und zwingt sie zu Kunstgriffen, um solche Fälle noch halbwegs sinnvoll zu entwirren.²

² Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_500/2011 vom 8. Mai 2012 (besprochen von LARA ELLIOT/MARKUS VISCHER, Richterliche Kunstgriffe bei unüberschaubaren Vertragsgeflechten in M&A-Transaktionen, in: dRSK, publiziert am 30. Juli 2012) oder Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2010 vom 14. Juni 2010 (besprochen von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter vom 3. Oktober 2011, Rz. 60 ff.); siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_520/2009 vom 6. Januar 2010 (besprochen von BRUNNER/VISCHER [Fn. 2], Rz. 33 ff.).

[20] 2. Auch im vorliegenden Fall gerieten die beurteilenden Gerichte in Schwierigkeiten. Die Vorinstanzen verwickelten sich bei der Fallbeurteilung in Widersprüche (vgl. E. 5.4). Denn einerseits stellten sich die Vorinstanzen auf den Standpunkt, dass das im Aktienkaufvertrag vereinbarte Geschäft zwischen der Zielgesellschaft und dem Verkäufer (wohl ein Verkauf des Bücherbestands und eine Verkaufskommission in Bezug auf den Bücherbestand) infolge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR nichtig sei (Variante 1). Andererseits führten sie aus, die Zielgesellschaft schulde dem Verkäufer Schadenersatz infolge Schlechterfüllung des im Aktienkaufvertrag vereinbarten Geschäfts zwischen der Zielgesellschaft und dem Verkäufer (Variante 2). Das Bundesgericht hatte daher die Qual der Wahl zwischen diesen beiden sich widersprechenden Varianten. Es entschied sich ohne klare Begründung für die Variante 1 und erachtete das Geschäft zwischen der Zielgesellschaft und dem Verkäufer als anfänglich objektiv unmöglich (vgl. E. 5.4). Das ist, um es milde auszudrücken, nicht wirklich nachvollziehbar, v.a. auch nicht vor dem Hintergrund des Grundsatzes «*iura novit curia*». ³ Daran ändert die entschuldigende Bemerkung des Bundesgerichts nichts, wonach der Verkäufer die Nichtigkeit des Geschäfts zwischen der verkauften Aktiengesellschaft und ihm anerkannt habe (vgl. E. 5.5).

[21] 3. Immerhin konnte sich das Bundesgericht aufgrund seiner Wahl von Variante 1 (vgl. Rz. 20) zu zwei bislang umstrittenen Fragen äussern:

- Ist eine Garantie betreffend eines infolge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtigen Geschäfts (Art. 20 Abs. 1 OR) gültig (vgl. Rz. 22)?
- Wann beginnt die Verjährungsfrist eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Darlehens (Art. 318 i.V.m. Art. 127 OR und Art. 130 OR) zu laufen (vgl. Rz. 23)?

[22] a. Das Bundesgericht dehnte seine bisherige Rechtsprechung zu den Ausnahmen von der Unabhängigkeit eines Garantievertrags aus ⁴ und verneinte die Gültigkeit einer Garantie bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit des Grundgeschäfts (vgl. E. 5.4). ⁵ Die Begründung dafür bleibt letztlich unklar. ⁶ Das Bundesgericht scheint zu diesem Resultat durch eine Auslegung der infrage stehenden Garantie gelangt zu sein. Allerdings legte es die Garantie in Abweichung seiner sonst meist angewandten subjektiv-objektiven Auslegungsmethode ⁷ nur objektiv, d.h. nach dem Vertrauensprinzip, aus und stellte dabei fälschlicherweise nur auf den (objektivierten) Willen des Garanten statt auf den (objektivierten) Willen beider Vertragsparteien des Garantievertrags ab (vgl. E. 5.7).

[23] b. Das Bundesgericht bestätigte zudem seine langjährige Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist bei einem auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Darlehensver-

³ Siehe z.B. MILOS KARIC/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen?, in: dRSK, publiziert am 26. Oktober 2022, Rz. 11 ff.

⁴ Statt vieler: BGE 76 II 33 E. 4 S. 37.

⁵ Betreffend bisherige Rechtsprechung: BGE 125 III 305 E. 2b S. 308; BGE 76 II 33 E. 4 S. 37; BGE 72 I 267 E. 3 S. 278.

⁶ Freundlicher HASANI (Fn. 1): «Etwas knapp in der Begründung mutet die entscheidende Erwägung an, wonach die selbstständige Garantie wegen der Nichterfüllung der Hauptpflicht auch ohne Irrtumsanfechtung dahinfällt.»

⁷ Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 4A_535/2021 vom 6. Mai 2022 E. 5.1.1 (besprochen von TAMARA ZEITER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Mangelbegriff bei Wohnflächenangaben, in: dRSK, publiziert am 4. Mai 2023).

trag.⁸ Entgegen der Auffassung eines Teils der Lehre⁹ soll die Verjährungsfrist mit dem Ablauf der Frist von sechs Wochen nach Übergabe des Darlehens beginnen (vgl. E. 9.2).

2. Zulässigkeit von Rechtsfragen bei Schiedsgutachten; Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen

Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2022 vom 25. September 2023 (CB)¹⁰

Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2022 vom 25. September 2023 (CB)

[24] Vorbemerkung: Diese Urteilsbesprechung konzentriert sich auf die Problematik des Schiedsgutachtens. Andere Fragen, welche sich in diesem komplexen Fall stellten, werden nachfolgend nicht behandelt.¹¹

[25] Am 9. September 2014 schlossen die C. AG und ihr Alleinaktionär D. (Einbringer) mit E. (Mehrheitsaktionär der übernehmenden Gesellschaft) einen Grundvertrag ab, in dem sie sich verpflichteten, zwei Quasifusionen¹² zu vollziehen. Die von E. als Inhaber der Namenaktienmehrheit kontrollierte A. AG (übernehmende Gesellschaft) sollte eine bestehende und eine noch zu gründende Immobiliengesellschaft übernehmen. Als Gegenleistung für die einzubringenden Aktien sollten die Einbringer Aktien, Partizipationsscheine und Wandelanleihen der übernehmenden Gesellschaft erhalten (Sachverhalt Teil A. Ingress).

[26] Am 19. September 2014 und am 12. Dezember 2014 schlossen die Einbringer und die übernehmende Gesellschaft zwei Sacheinlageverträge ab, mit denen die Aktien der einzubringenden Immobiliengesellschaften in die übernehmende Gesellschaft eingebracht wurden (A.b.).

[27] Als es zwischen den Vertragsparteien zu Differenzen über die Schlussabrechnung der Transaktion kam, schlossen die Einbringer, die übernehmende Gesellschaft und der Mehrheitsaktionär der übernehmenden Gesellschaft am 21. Oktober 2017 einen Erledigungsvertrag ab, in dem sie

⁸ Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 4A_699/2011 vom 22. Dezember 2011 E. 3 und 4; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_181/2012 vom 10. September 2012 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_830/2021 vom 17. Februar 2022 E. 3.5; BGE 91 II 442 E. 5b S. 451 f.; vgl. auch BGE 50 II 401 S. 402 f.

⁹ HARALD BÄRTSCHI, in: Michael Hochstrasser/Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Einzelne Vertragsverhältnisse (Art. 184–529 OR) und Innominatverträge, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 318 OR N 4a; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 1326; BENEDIKT MAURENBRECHER, Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis, recht 2003, S. 180 ff., S. 189; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2003, Art. 315 OR N 22.

¹⁰ In BGE 149 III 465 ist bloss die Erwägung 5 betreffend Verrechnung publiziert (dazu Fn. 11). Vgl. zum Entscheid BGer 4A_428/2022 auch CARINE PESCH/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Bei Schiedsgutachten herrscht weiterhin Rechtsunsicherheit, in: dRSK, publiziert am 19. August 2024; JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2023 – Obligationenrecht, ZBJV 2024, S. 339 ff., S. 350 f.; FLORA STANISCHEWSKI, BGE 4A_428/2022 vom 25. September 2023 (teilweise publiziert in BGE 149 III 465), ZZZ 2024, S. 200 ff., S. 202; PASCAL PICHONNAZ/ANDRÉ LOPES VILAR DE OURO, Le point sur la partie générale du droit des obligations, Entwicklungen im Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, SJZ 2024, S. 373 ff., S. 377 f.; ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, La déclaration de compensation devant le Tribunal fédéral, LawInside vom 8. Dezember 2023.

¹¹ Neben dem Schiedsgutachten befasste sich das Bundesgericht hauptsächlich mit der Frage, ob eine Partei die Verrechnung (bzw. Eventualverrechnung) erstmals vor Bundesgericht geltend machen kann (publiziert in BGE 149 III 465). Das Bundesgericht verneinte dies, primär aufgrund des grundsätzlichen Novenverbots im bundesgerichtlichen Verfahren (Art. 99 BGG), das auch die Verrechnung betrifft (E. 5.5.1). Da die Verrechnung erklärt werden muss, um Wirkung zu entfalten (Art. 124 Abs. 1 OR), könnte sie vor Bundesgericht nur Beachtung finden, wenn die betreffende Partei vor der Vorinstanz prozesskonform eine Verrechnungserklärung behauptet hat. Daran fehlte es vorliegend (E. 5.5.3).

¹² Bei einer Quasifusion erwirbt die übernehmende Gesellschaft alle oder die überwiegende Mehrheit der Anteilsrechte an einer anderen Gesellschaft, wobei die rechtliche Identität der einzelnen Gesellschaften bestehen bleibt.

die F. AG (Gutachterin) als «Sachverständige» einsetzten und sie mit der Erstellung einer Schlussabrechnung beauftragten. Ziffer 3.2 des Erledigungsvertrags lautete wie folgt: «Die Schlussabrechnung muss auf der Basis des vereinbarten Kaufpreises erfolgen, die geldmässige Tilgung nachweisen und in einer für alle Beteiligten steuertechnisch verwendbaren, die Kriterien für die steuerliche Gültigkeit und Durchsetzung der Quasifusionen erfüllenden Form erstellt werden.» Gemäss der von der Gutachterin erstellten Schlussabrechnung hatte die übernehmende Gesellschaft den Einbringern CHF 5'278'812 zu leisten (A.c.).

[28] Im Rahmen der Abwicklung der Transaktion lieferte die übernehmende Gesellschaft verschiedene Wertpapiere in ein *Escrow*-Depot bei einem Notar ein. Das Schicksal dieses Depots wurde ebenfalls im Erledigungsvertrag geregelt (A.d.).

[29] Am 21. September 2016 schlossen die Einbringer mit der B. Foundation (Stiftung) einen Novationsvertrag sowie eine spätere Zessionsvereinbarung desselben Inhalts ab, in denen die Einbringer ihre Ansprüche gegenüber der übernehmenden Gesellschaft der Stiftung zedierten. Auch der Erledigungsvertrag hielt die Zession fest und wurde von sämtlichen Parteien unterzeichnet (A.e., A.f.).

[30] Am 24. September 2019 reichte die Stiftung gegen die übernehmende Gesellschaft (A. AG) beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein und verlangte von der Beklagten unter Nachklagevorbehalt CHF 5'278'812 nebst Zins sowie die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der von ihr angestregten Betreuung. Mit Urteil vom 13. September 2022 sprach das Handelsgericht der Klägerin den geforderten Betrag nebst Zins zu und beseitigte den Rechtsvorschlag. Im Erledigungsvertrag erkannte das Handelsgericht einen Schiedsgutachtervertrag zur Erstellung einer Schlussabrechnung, wobei sich die Parteien tatsächlich einig gewesen seien, dass die im *Escrow*-Depot verwahrten Aktien und Partizipationsscheine nicht an den Kaufpreis anzurechnen, sondern der übernehmenden Gesellschaft in jedem Fall herauszugeben seien (B.).

[31] Vor Bundesgericht beantragte die übernehmende Gesellschaft, die Klage sei abzuweisen. Sie rügte u.a., dass nur Tatsachenfeststellungen Gegenstand eines Schiedsgutachtens sein können. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es seien keine Rechtsfragen zu klären gewesen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[32] 1. Das Bundesgericht liess offen, ob ein Schiedsgutachten über bestimmte Rechtsfragen in jedem Fall ausgeschlossen sei. Allerdings wies es darauf hin, dass die Vorinstanz nicht davon ausgegangen sei, dass die Gutachterin die Frage, was unter einer geldmässigen Tilgung zu verstehen ist, verbindlich festgelegt habe. Die Vorinstanz habe den Erledigungsvertrag selbst ausgelegt (E. 4.2).

[33] a. Weiter erwog das Bundesgericht, eine präzise Trennung von Rechts- und Tatfragen sei kaum oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich, da tatsächliche Elemente von rechtlichen Elementen abhängen (E. 4.2.1).

[34] b. Wichtig sei, dass aus dem Schiedsgutachten hervorgehe, von welchen Voraussetzungen der Gutachter ausgeht. Komme das Gericht zum Schluss, der Schiedsgutachter sei von zutreffenden rechtlichen Prämissen ausgegangen, werde das Gutachten in tatsächlicher Hinsicht verbindlich. Nur wenn dem Schiedsgutachter die Aufgabe übertragen worden wäre, auch Rechtsfragen für einen allfälligen Prozess verbindlich zu entscheiden, stelle sich die Frage, ob dies überhaupt zulässig sei und das Gericht an das Gutachten binden könne (E. 4.2.2.)

[35] **Bemerkung: 1.** Nach Art. 189 Abs. 1 ZPO können die Parteien vereinbaren, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Das Schiedsgutachten bindet das Gericht hinsicht-

lich der darin festgestellten Tatsachen, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können, gegen die beauftragte Person kein Ausstandsgrund vorlag, und das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und nicht offensichtlich unrichtig ist (Art. 189 Abs. 3 ZPO). Unter den Voraussetzungen des Art. 189 ZPO bindet ein Schiedsgutachten nicht nur die Parteien, sondern auch das Gericht. Mittels Schiedsgutachten sollen Streitige Sachverhaltsfragen durch einen Dritten, der das erforderliche Fachwissen aufweist, festgestellt werden. Ob durch Schiedsgutachten auch Prozesse vermieden werden können, hängt davon ab, ob das Schiedsgutachten die Differenzen der Parteien im Wesentlichen beseitigen kann oder die Anrufung des Gerichts dennoch unvermeidbar ist. Dies wiederum hängt u.a. davon ab, inwieweit Schiedsgutachten – in für Gerichte grundsätzlich verbindlicher Weise – sich auch über gewisse Rechtsfragen äussern können.

[36] a. Zur Rechtsnatur des Schiedsgutachtens verweist das Bundesgericht im besprochenen Entscheid bloss auf die Botschaft zur ZPO, welche das Schiedsgutachten als «eigenständiges prozessuales Institut» bezeichnete.¹³ Vor Einführung der ZPO bestand auf Bundesebene keine gesetzliche Regelung über das Schiedsgutachten, aber das Bundesgericht anerkannte die Gültigkeit von Schiedsgutachten und war der Auffassung, neben der verbindlichen Feststellung von Tatsachen könne ein Schiedsgutachter auch gehalten sein, sich über gewisse Rechtsfragen auszusprechen. Vor diesem Hintergrund war es vor der Einführung der ZPO weitgehend unbestritten, dass der Schiedsgutachter nicht nur Tatsachen feststellen, sondern auch Rechtsfragen klären konnte.¹⁴ Indessen war die frühere Auffassung des Bundesgerichts, die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens sei ausschliesslich ein Institut des materiellen Bundesprivatrechts,¹⁵ vom Zweck getragen, die Wirkungen dieser Vereinbarung trotz kantonal zersplittertem Prozessrecht einheitlich festzulegen, und ist nunmehr durch Art. 189 ZPO wohl überholt.¹⁶ Nach zutreffender (aber strittiger) Ansicht ist die Schiedsgutachtensvereinbarung ein privatrechtlicher Vertrag, mit dem die Parteien die verbindliche private Streitbeilegung einer (vorab) tatsächlichen Frage (Tatsachenfeststellung) vereinbaren. Daher kann das Schiedsgutachten weder in Rechtskraft erwachsen noch der Vollstreckung unterliegen.¹⁷ Dem privatrechtlichen Vertrag kommen allerdings insofern prozessrechtliche Wirkungen zu, als die Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens von der Einhaltung prozessualer Formvorschriften¹⁸ und Garantien¹⁹ abhängt. Prozessualer Natur ist auch die Frage, ob das Schiedsgutachten in einem Gerichtsverfahren für das Gericht unter Vorbehalt von Willkür

¹³ E. 4.1 des besprochenen Entscheids mit Hinweis auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221, S. 7325.

¹⁴ Siehe etwa BGE 129 III 535 E. 2; 117 Ia 365 E. 5b (Pra 1992, Nr. 153); 107 Ia 318 E. 5a (Pra 1982, Nr. 145); LUCA ANGSTMANN, Die Klärung von Rechtsfragen durch den Schiedsgutachter, ZZZ 2023, S. 18 ff., S. 19 m.w.Nw.

¹⁵ Z.B. BGE 129 III 535 E. 2.

¹⁶ HANS SCHMID/SAMUEL BAUMGARTNER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 189 ZPO N 2.

¹⁷ Id. N 5 mit weiteren Nachweisen.

¹⁸ Art. 189 Abs. 2 ZPO verweist auf Art. 17 Abs. 2 ZPO und stimmt mit den prozessualen Formvorschriften für Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsklauseln überein («die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht»; vgl. auch Art. 357 Abs. 1 ZPO und Art. 178 Abs. 1 IPRG für Schiedsvereinbarungen; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 189 ZPO N 13).

¹⁹ Art. 189 Abs. 3 ZPO.

(Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO) bindend ist und damit sein Inhalt keiner freien Würdigung unterliegt.²⁰

[37] **b.** Die Frage, ob Art. 189 Abs. 3 ZPO angesichts seines Wortlauts («hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen») ein Schiedsgutachten über bestimmte Rechtsfragen – im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung²¹ – in jedem Fall ausschliesst, hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung nach Inkrafttreten der ZPO und auch im besprochenen Entscheid offengelassen.²² Das Handelsgericht habe zunächst geprüft, ob das Schiedsgutachten von den korrekten rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist (namentlich, was unter einer geldmässigen Tilgung zu verstehen ist), und habe erst im Anschluss an diese Prüfung in tatsächlicher Hinsicht bei der Bestimmung des Quantitatifs auf das Schiedsgutachten abgestellt. Die Frage, ob sich ein Schiedsgutachten auch über Rechtsfragen bindend äussern kann, hätte sich indessen dann gestellt, wenn das Handelsgericht mit rechtlichen Annahmen des Schiedsgutachtens nicht einverstanden gewesen wäre bzw. die Bindungswirkung von rechtlichen Annahmen des Schiedsgutachtens strittig gewesen wäre.

[38] **2.** Zur Frage, ob Schiedsgutachten auch Rechtsfragen zum Gegenstand haben können, ist zunächst klarzustellen, dass sich diese Frage in der Regel²³ nicht auf die zulässige Tätigkeit, sondern vielmehr darauf bezieht, ob und in welchem Umfang im Schiedsgutachten beurteilte Rechtsfragen vom Gericht im Streitfall überprüft werden können bzw. grundsätzlich (im Rahmen von Art. 189 Abs. 3 ZPO) für das Gericht bindend sind.²⁴ Schiedsgutachten, die reine Rechtsfragen zum Gegenstand haben, fallen (nach wohl herrschender, aber strittiger Auffassung)²⁵ grundsätzlich nicht unter Art. 189 ZPO und sind daher für das Gericht nicht bindend; ebenso wenig rechtsgestaltende, vertragsergänzende Schiedsgutachten. Derartige Schiedsgutachten sind auch nach schweizerischem Recht zulässig und unter dem Gesichtspunkt des materiellen Rechts zu beurteilen, wobei auch für solche Schiedsgutachten (mit Ausnahme der Bindungswirkung) die Regeln von Art. 189 ZPO sinngemäss herangezogen werden können.²⁶

[39] **3.** Dass sich die Regelung von Art. 189 ZPO nach seinem Wortlaut auf die Feststellung von Tatsachen beschränkt, lässt sich auf den Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung (*iura novit curia*) zurückführen. Vom Schiedsgutachter beantwortete Rechtsfragen sind daher grundsätzlich einer nachträglichen richterlichen Prüfung nicht entzogen.²⁷ Nach Auffassung der wohl herrschenden Lehre bestehen zwei Ausnahmen:²⁸

²⁰ Vgl. BERNHARD BERGER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur ZPO, Band II, Bern 2012, Art. 189 ZPO N 2 f.; ANNETTE DOLGE, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 189 ZPO N 8.

²¹ So etwa BGE 129 III 535 E. 2.

²² E. 4.2 des besprochenen Entscheids unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2011 vom 5. Juli 2011 E. 4.1; BGE 141 III 201 E. 3.2.1.

²³ Unter Vorbehalt, dass die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können (Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO analog).

²⁴ ANGSTMANN (Fn. 14), S. 19.

²⁵ BSK ZPO-DOLGE (Fn. 20), Art. 189 ZPO N 14; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER (Fn. 16), Art. 189 ZPO N 5b; MÜLLER (Fn. 18), Art. 189 ZPO N 19; ANGSTMANN (Fn. 14), S. 20; a.M. insb. BK ZPO-BERGER (Fn. 20), Art. 189 ZPO N 2.

²⁶ MÜLLER (Fn. 18), Art. 189 ZPO N 19.

²⁷ ANGSTMANN (Fn. 14), S. 20.

²⁸ Mit weiteren Hinweisen LUCA ANGSTMANN, Das Schiedsgutachten im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2020 = ZStP Band 303, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 313 ff.; JEFFREY BROSI, Das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO, Diss. Zürich 2022 = ZStP Band 315, Zürich/Genf 2023, S. 18 ff.

[40] a. *Erstens* kann ein Schiedsgutachten i.S. von Art. 189 ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch *Fragen ausländischen Rechts* zum Gegenstand haben, da solche gemäss Art. 150 Abs. 2 ZPO und Art. 16 Abs. 1 IPRG von den Parteien mit den Beweismitteln der Art. 168 ff. ZPO nachgewiesen werden können.²⁹

[41] Dies drängt sich auch auf, wenn ein Vertrag für allfällige Streitigkeiten die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz nach Kapitel 12 IPRG und zugleich für gewisse Fragen die Klärung durch ein Schiedsgutachten vorsieht.³⁰ Ist ausländisches Recht in der Sache anwendbar, wird dieses regelmässig von den Parteien eingehend plädiert und beweismässig nachgewiesen. Obschon nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Prinzip *iura novit curia* (bzw. *iura novit arbiter*) auch von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz zu beachten ist,³¹ so können die Parteien dieses Prinzip vertraglich einschränken oder ausschliessen,³² wovon bei einer vertraglich vorgesehenen Kombination der beiden Streitbeilegungsinstrumente «Schiedsgutachten» und «Schiedsverfahren» mit der Vereinbarung, dass Fragen eines ausländischen Rechts durch ein Schiedsgutachten zu klären sind, in der Regel ausgegangen werden kann. In dieser Konstellation ist wohl auch anzunehmen, dass die Parteien davon ausgingen, dass dem Schiedsgericht für die Beurteilung dieser Fragen die nötige Fachkunde fehlen wird.

[42] b. *Zweitens* können auch *Rechtsfragen von untergeordneter Bedeutung* durch den Schiedsgutachter geklärt werden, insbesondere bei sog. gemischten Tat- und Rechtsfragen.³³ Folgende Beispiele werden in der Literatur genannt: *Untergeordnete Rechtsfrage bejaht*: Die Frage, ob eine Wand schief ist und damit ggf. noch innerhalb der Toleranz der SIA-Norm liegt oder einen Mangel darstellt, und wie hoch allenfalls der Schaden ist, impliziert auch die Beantwortung einer Rechtsfrage, ob eine einzelne Vertragsverletzung (Mangel) bzw. ein Schaden besteht; Verletzung berufsspezifischer Sorgfaltsregeln.³⁴ *Untergeordnete Rechtsfrage verneint*: Die Frage, ob die minderwertige Qualität auch einen Mangel bzw. eine Vertragsverletzung darstellt bzw. ob die Beklagte ein Verschulden trifft.³⁵

²⁹ KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER (Fn. 16), Art. 189 ZPO N 5c; BSK ZPO-DOLGE (Fn. 20), Art. 189 ZPO N 15; MÜLLER (Fn. 18), Art. 189 ZPO N 18.

³⁰ Auch für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz drängt sich eine (analoge) Anwendung von Art. 189 Abs. 3 ZPO auf (siehe dazu BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 4. Aufl., Bern 2021, Rz. 150). Gerade in Unternehmenskaufverträgen findet sich häufig eine Kombination der beiden Streitbeilegungsinstrumente, namentlich für Preisanpassungsstreitigkeiten. Dabei wird oft die verbindliche Entscheidung über die massgebliche Übergangsstichtagsbilanz und damit die Bestimmung der Höhe der Preisanpassung einem Schiedsgutachter vorbehalten, wohingegen alle anderen Streitigkeiten, u.a. auch die Durchsetzung der aus der Preisanpassung resultierenden endgültigen Kaufpreisforderung, Gegenstand eines Schiedsverfahrens sind (vgl. HAROLD FREY/DOMINIQUE MÜLLER, *Preisanpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskäufen unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachterverfahrens*, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem [Hrsg.], *M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis*, FS Rudolph Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 192 ff., S. 208).

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4P_260/2000 vom 2. März 2001 E. 5b, mit Verweis auf BGE 120 II 172 E. 3a; 116 II 594 E. 3b; BERGER/KELLERHALS (Fn. 30), Rz. 1433; kritisch GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *The Governing Law: Fact or Law? A Transnational Rule on Establishing its Contents*, in: Markus Wirth (Hrsg.), *ASA Special Series No. 26*, Zürich 2006, S. 84; MANUEL ARROYO, in: Manuel Arroyo (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2018, Art. 190 PILA, N 153 ff.

³² BERGER/KELLERHALS (Fn. 30), Rz. 1437.

³³ KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER (Fn. 16), Art. 189 ZPO N 5e; BSK ZPO-DOLGE (Fn. 20), Art. 189 ZPO N 14; ULRICH HAAS/JEFFREY BROSI, *Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, ZZPInt 2016, S. 323 ff., Rz. 20.211; FRANZ HASENBÖHLER/SONIA YAÑEZ, *Beweisrecht der ZPO*, Band II, Zürich 2019, Rz. 7.306; MÜLLER (Fn. 18), Art. 189 ZPO N 17; möglicherweise in diesem Sinne auch BGE 141 III 274 E. 2.5 («vorab um Tatsachenfeststellungen»).

³⁴ BSK ZPO-DOLGE (Fn. 20), Art. 189 ZPO N 14.

³⁵ BSK ZPO-DOLGE (Fn. 20), Art. 189 ZPO N 14; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER (Fn. 16), Art. 189 ZPO N 5e.

[43] c. Indessen zeigen diese Beispiele, dass die Unterscheidung zwischen «untergeordneten» und «übergeordneten» Rechtsfragen schwierig und in Ermangelung klarer Abgrenzungskriterien unklar sein kann.³⁶ Sachgerechter und zielführender erscheint daher der Vorschlag, dass immer dann ein Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO vorliegt, wenn «Fachfragen» betroffen sind, unabhängig davon, ob sie im Einzelnen eine Tat- oder Rechtsfrage darstellen. Fachfragen liegen dann vor, wenn das Gericht sie mangels Fachwissens nicht oder bloss eingeschränkt beantworten kann.³⁷ Fachfragen beinhalten Fragestellungen, deren Beantwortung aufgrund der technischen Komplexität zwingend Fachwissen erfordern. Insofern erscheint es sachgerecht, dem Schiedsgutachter einen Spielraum zuzugestehen, verbunden mit einer Reduktion der Prüfungsdichte auf Willkür gemäss Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO im Fall eines anschliessenden Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens.³⁸

[44] d. In Bezug auf das in der Praxis wichtige Beispiel von Preisanpassungsklauseln in Unternehmenskaufverträgen oder – wie im vorliegenden Entscheid, (Schluss-)Abrechnungen bei M&A Transaktionen – bedeutet dies, dass Fragen der Rechnungslegung sowie der Bewertungsmethode wie auch buchhalterische Fragen durch eine Schiedsgutachterin (oft eine Revisionsgesellschaft) geklärt werden können und anschliessend durch das Gericht nur noch im Rahmen einer Plausibilitäts- und Angemessenheitskontrolle (nach Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO beschränkt auf Willkür) überprüft werden können. Ist dagegen eine Vertrags- oder Gesetzesauslegung erforderlich, beispielsweise zur Klärung des Verhältnisses von Gewährleistung und Preisanpassung oder der Einhaltung bestimmter vertraglicher oder gesetzlicher Fristen, sind die Kompetenzen der Schiedsgutachterin jedoch überschritten, so dass insofern eine uneingeschränkte richterliche Kontrolle als sachgerecht erscheint.³⁹ Für solche Fragen hat das Gericht das erforderliche Fachwissen und ist die fachkundige Instanz.

[45] 4. Einer der Hauptgründe für die Einsetzung einer Schiedsgutachterin besteht darin, einen möglichst raschen, unkomplizierten und meist auch kostengünstigeren Streitbeilegungsmechanismus zu wählen und eine parallele oder nachgelagerte Führung von Gerichts- oder Schiedsverfahren wenn möglich zu vermeiden.⁴⁰ Diesen Zweck können Schiedsgutachten dann eher erfüllen, wenn sie – in für Gerichte grundsätzlich verbindlicher Weise – sich auch über gewisse

³⁶ ANGSTMANN (Fn. 14), S. 21; DARIO GALLI/MICHAEL KÜNDIG/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, S. 424 ff., S. 426. GALLI/KÜNDIG/VISCHER vertreten indessen die Auffassung, dass weil ein Schiedsgutachten nach Art. 189 ZPO nur Tat- und nicht auch Rechtsfragen beschlagen können, die entsprechenden «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen entgegen der fast einhelligen Lehre in aller Regel keine Schiedsgutachterklauseln i.S.v. Art. 189 ZPO darstellen, auch dann nicht, wenn sie die Parteien als solche bezeichnen (id., S. 428).

³⁷ ANGSTMANN (Fn. 14), S. 21.

³⁸ Ibid. In diesem Sinne wohl auch FREY/MÜLLER (Fn. 30), S. 214: «Wesentlich scheinen uns aber in diesem Zusammenhang vor allem die Komplexität der sich stellenden Rechts- bzw. Auslegungsfragen und die Frage, durch wen (und in welchem Verfahren) diese am besten und effizientesten entschieden werden können. Stellt sich etwa in Bezug auf eine vertraglich vereinbarte Bewertungsvorschrift die Frage, wie diese von den Parteien verstanden wurde und lässt sich das (tatsächliche oder objektivierte) Parteiverständnis diesbezüglich nur im Rahmen eines eigentlichen Beweisverfahrens (etwa unter Berücksichtigung der Vertragshistorie oder sogar mittels Zeugenbeweis) feststellen, so kann (und sollte nach dem mutmasslichen Parteiwillen in Bezug auf die Streiterledigungsklauseln) diese Frage wohl dem vertraglich vereinbarten (Schieds-)Gericht vorgelegt werden. In vielen Fällen wird aber der Schiedsgutachter aufgrund seiner praktischen Erfahrung (und gestützt auf die Sachverhaltsdarstellungen der Parteien und die von ihnen vorgelegten Dokumente) in der Lage sein, auch rechtliche bzw. Auslegungsfragen zu entscheiden, die sich im Rahmen seines Prüfungsauftrags stellen. Dies trifft insbesondere auf Fragen des Rechnungslegungsrechts zu.»

³⁹ ANGSTMANN (Fn. 14), S. 21 f.

⁴⁰ FREY/MÜLLER (Fn. 30), S. 214.

Rechtsfragen äussern können. Neben Fragen ausländischen Rechts ist eine solche Bindungswirkung grundsätzlich auch dann zu bejahen, wenn die Parteien die Klärung bestimmter «*Fachfragen*» durch ein Schiedsgutachten vereinbaren, unabhängig davon, ob diese im Einzelnen (gemischte) Tat- oder Rechtsfragen beinhalten. Insofern handelt es sich wertungsmässig «vorab um Tatsachenfeststellung».⁴¹

II. Grundstückskauf

1. Grundstückskaufvertrag mit Bauleistungspflicht; Nachbesserungsanspruch; Koordinationsbedarf zwischen Erwerber von Stockwerkeigentum und Regeln der Beschlussfassung einer Stockwerkeigentümergeinschaft

Urteil des Bundesgerichts 4A_540/2022 vom 19. Dezember 2023 (CB)⁴²

[46] B. und C. (Verkäuferinnen) errichteten in den Jahren 2013 bis 2015 eine Terrassenüberbauung, an der Stockwerkeigentum begründet wurde. Die Stockwerkeinheiten wurden teilweise «ab Plan», teilweise nach Abschluss der Bauarbeiten verkauft. A. (Käufer) erwarb am 11. Januar 2013 mittels Grundstückskaufvertrag mit Bauleistungspflicht eine Stockwerkeinheit «ab Plan» für CHF 1.4 Mio. (Sachverhalt Teil A, A.a.).

[47] Im Juni und Dezember 2013 reichten die Verkäuferinnen neue Baugesuche ein, ohne den Käufer darüber zu informieren. Als die beiden Gesuche bewilligt wurden, änderte sich das Bauprojekt dahingehend, dass aus einer geplanten Duplexwohnung zwei kleinere Wohnungen mit einer Verbindungsmöglichkeit entstanden. Dies führte zu einer zusätzlich beanspruchten Fläche von ca. 45m² für die Wohnraumerweiterung. Einige (neue) Interessenten erwarben später ihre Einheit ab Plan unter Hinweis auf die Projektänderungen (A.b.).

[48] Der Käufer beanstandete die durch die Änderung bedingten baulichen Massnahmen mit der Begründung, die Verkäuferinnen hätten die Eigentumsrechte der übrigen Stockwerkeigentümer verletzt, indem sie, ohne über ein Sonderrecht zu verfügen, auf gemeinschaftlichem Boden einen zweistöckigen Anbau mit einer Grundfläche von 34.9 m² und einen Sitzplatz mit einer Grundfläche von 12.5 m² erstellt hätten. Statt einer freien Sicht aus seinem östlichen Schlafzimmerfenster auf eine Wiese sehe er auf einen mehrere Meter hohen mit Schottersteinen gefüllten Eisengitterkoffer, auf «verunkrautete» Pflanzkübel mit tiefen Rissen und dahinter auf die verlängerte Hausfassade (A.c.).

[49] Mit Klage vom 24. April 2019 verlangten die Verkäuferinnen vor dem Bezirksgericht Lenzburg vom Käufer die Zahlung von CHF 300'910.10 (vom Käufer zurückbehaltener Restkaufpreis) nebst Zins sowie die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der von ihnen eingeleiteten Beteibung. Der Käufer erhob Widerklage, wonach die Verkäuferinnen zu verpflichten seien, den Rückbau der abweichend gebauten Bauteile entsprechend dem ursprünglichen Begründungsakt mit den Aufteilungsplänen und den dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglementen vorzunehmen. Zudem sei eine Ordnungsbusse von CHF 1'000 für jeden Tag der Nichterfüllung oder verspäte-

⁴¹ Im Sinne der Bemerkung des Bundesgerichts in BGE 141 III 274 E. 2.5 («Die systematische Einordnung im Rahmen der Beweismittel zeigt denn auch, dass es beim Schiedsgutachten vorab um Tatsachenfeststellung geht»).

⁴² Vgl. auch SCHMID (Fn. 10), S. 361 ff.

ten Erfüllung aufzuerlegen. Schliesslich verlangte er im Sinne einer Teilklage unter solidarischer Haftbarkeit CHF 13'121.30 nebst Zins (B).

[50] Mit Urteil vom 13. Januar 2013 entschied das Bezirksgericht zugunsten der Verkäuferinnen. Es befand, die tatsächlich errichtete Baute weiche zwar von der vertraglich vereinbarten ab und stelle somit einen Werkmangel dar. Das Begehren um Nachbesserung wies das Gericht unter Hinweis auf Art. 368 Abs. 2 OR *in fine* bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 ab. Das Interesse des Käufers an einem Rückbau vermöge die damit verbundenen Nachbesserungskosten von ca. CHF 1 Mio. nach Treu und Glauben nicht zu rechtfertigen (B.a.).

[51] Mit Urteil vom 22. September 2022 wies das Obergericht des Kantons Aargau die vom Käufer erhobene Berufung ab. Es hielt fest, der Käufer berufe sich ausschliesslich auf seinen werkvertraglichen Nachbesserungsanspruch und mache weder andere Gewährleistungsrechte noch Schadenersatzansprüche oder allfällige sachenrechtliche Ansprüche geltend. Es sei unstrittig, dass die übrigen Stockwerkeigentümer den heutigen Zustand des Gebäudes akzeptiert haben und einer baulichen Veränderung daher nicht zustimmen würden. Somit sei eine Nachbesserung für die Verkäuferinnen aus rechtlichen Gründen nicht mehr möglich (B.b.).

[52] 1. Das Bundesgericht wies die vom Käufer gegen den Entscheid des Obergerichts erhobene Beschwerde ab. Die Parteien hätten einen Grundstücksvertrag mit Bauleistungspflicht abgeschlossen. Als gemischter Vertrag verbinde dieser eine kaufrechtliche Leistungspflicht mit einer werkvertraglichen Herstellungspflicht. Auf Letztere fänden die werkvertraglichen Regeln zur Mängelhaftung Anwendung, sofern es keine andere Parteiabreden gebe. Konkret hätten die Parteien die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbart. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 privilegieren im Vergleich zu den gesetzlichen Regeln die Nachbesserung, setze aber für diese analog zu Art. 368 Abs. 2 OR voraus, dass dadurch nicht übermässige Kosten verursacht werden (E. 2.1). Da der Käufer keine kaufvertraglichen oder sachenrechtlichen Ansprüche geltend gemacht habe, ginge es vorliegend bloss um ein werkvertragliches Nachbesserungsrecht (E. 2.3.1).

[53] a. Da die vertraglichen Erfüllungsansprüche der einzelnen Stockwerkeigentümer nicht auf den gleichen Gebäudezustand lauteten (je nachdem, ob der Erwerb vor bzw. nach Vornahme der Projektänderung erfolgte), bestehe offensichtlich ein Bedarf an Koordination zwischen der Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche der einzelnen Erwerber der Stockwerkeinheiten. Eine Koordination mit den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft im Sinne von BGE 145 III 8 E. 3.5 nütze dem Käufer aber vorliegend nichts. Die Feststellung, dass die übrigen Stockwerkeigentümer seinen Forderungen und einer Veränderung des heutigen baulichen Zustands nie zustimmen würden, sei unbestritten geblieben bzw. nicht rechtsgenügend beanstandet worden (E. 2.2).

[54] b. Ob der Kläger einen Rückbau entgegen dem Willen der übrigen Stockwerkeigentümer durchsetzen könnte, liess das Bundesgericht offen. Die übrigen Miteigentümer seien nicht Prozesspartei, so dass der Umfang der Ansprüche des Käufers diesen gegenüber nicht rechtskräftig beurteilt werden könnte. Selbst wenn die Auffassung des Käufers grundsätzlich zutreffen würde, müsste den übrigen Miteigentümern die Gelegenheit gegeben werden, dazu Stellung zu nehmen, um ihre Interessen wahren zu können. Nur wenn diese mit dem Rückbau einverstanden oder davon offensichtlich nicht betroffen wären, würde sich die Frage nicht stellen; dies sei vorliegend aber nicht der Fall (E. 2.3.2).

[55] 2. Der Käufer begehre eine Erfüllung seines werkvertraglichen Anspruchs auf Nachbesserung (Abänderung der Baute), ohne vorherige Klärung der sachenrechtlichen Situation mit den betroffenen Stockwerkeigentümern. Das sei unzulässig (E. 2.5.2). Zwar hätten es die Verkäuferin-

nen selbst zu verantworten, wenn sie den einen Käufern die eine und dem Käufer (Beschwerdeführer) eine andere Ausführung der Bauten versprechen. Es sei ihnen aber nicht zuzumuten, den Rückbau vorzunehmen, solange nicht feststehe, in welchem Umfang der Käufer den Rückbau mit Blick auf die anderen Stockwerkeigentümer tatsächlich verlangen könne. Denn ansonsten bestünde die Gefahr, dass sie den verlangten Rückbau wieder zurückbauen müssten. Es liege am Käufer, für die nötige Klärung zu sorgen, denn die Frage, ob und wenn ja inwieweit er gegen den Willen der übrigen in irgendeiner Form davon betroffenen Stockwerkeigentümer den Rückbau verlangen könne, liesse sich nur für alle verbindlich entscheiden, wenn sowohl er als auch die anderen davon Betroffenen in die Klärung der Frage miteinbezogen würden (E. 2.6).

[56] **Bemerkung: 1.** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Verträge, mit denen Käufer in einem einzigen, gemischten Vertrag einen Miteigentumsanteil (Stockwerkeinheit) an einem sich bei Vertragsschluss im Bau befindlichen Gebäude erwerben (Grundstückkaufvertrag mit Bauleistungspflicht), als gemischte Verträge zu qualifizieren, die Elemente des Kaufvertrags und des Werkvertrags kombinieren. Auf die Pflicht zur Herstellung bzw. Vollendung der Neubau- te sind die werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung nach Art. 368 ff. OR anzuwenden, soweit die Parteien keine andere Abrede getroffen haben.⁴³

[57] 2. Die Stockwerkeigentümer sind individuelle Inhaber der Gewährleistungsrechte für Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen, da diese Rechte aus dem Vertrag jedes einzelnen Erwerbers mit dem Verkäufer hervorgehen. Das war für das Recht auf Preisminderung, das teilbarer Natur ist, unbestritten und gilt seit der Praxisänderung in BGE 145 III 8 E. 3.5 S. 13 im Prinzip auch für das Recht auf Nachbesserung, das jedem Stockwerkeigentümer unteilbar und vollumfänglich zusteht. Das bedeutet, dass grundsätzlich jeder einzelne Stockwerkeigentümer eine Klage auf Durchsetzung des Nachbesserungsrechts aller mit Mängeln behafteten gemeinschaftlichen Teile erheben kann, gegebenenfalls mit dem Antrag auf Zahlung der Kosten für die Beseitigung der Mängel durch Dritte. Allerdings steht dieses individuelle Nachbesserungsrecht an den gemeinsamen Teilen unter Vorbehalt einer allenfalls erforderlichen Koordination zwischen der Durchsetzung des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs einzelner Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft. In BGE 145 III 8 E. 3.5 wurde dieser Vorbehalt erwähnt, wobei sich in diesem Fall konkret keine Koordinationsfragen stellten.⁴⁴

[58] a. Vorliegend war aber ein solcher Koordinationsbedarf offenkundig, da im Unterschied zum Käufer einige andere Stockwerkeigentümer ihre Einheit unter Hinweis auf die Projektänderungen erworben und damit die Abänderungen akzeptiert hatten. Das Bundesgericht entschied mit der Vorinstanz, dass der Käufer ausschliesslich eine Erfüllung (Nachbesserung mittels Rückbau, d.h. Herstellung der baulichen Situation gemäss der Begründung von Stockwerkeigentum mit Aufteilungsplänen vom 5. Oktober 2012, vor Einreichung der neuen Baugesuche) verlange, ohne vorherige Klärung der sachenrechtlichen Situation mit den betroffenen übrigen Stockwerkeigentümern. Indem der Käufer den Rückbau ohne Klärung der Koordination mit den übrigen Stockwerkeigentümern verlangte, die nachweislich vom verlangten Rückbau betroffen wären und offenbar gegenteilige Interessen hatten, wurde ihm ein schützenswertes Interesse an der Durch-

⁴³ E. 2.1 des besprochenen Entscheids mit Nachweisen; siehe dazu auch die Besprechung von BGer 4A_152/2021 vom 20. Dezember 2022 (CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2022, in: Jusletter 6. November 2023, Rz. 42 ff.).

⁴⁴ Vgl. dazu BGE 145 III 8 E. 3.6.

setzung des Nachbesserungsanspruchs abgesprochen. Dies ist der Kerngehalt des bundesgerichtlichen Entscheids.

[59] 3. Die Vorinstanz hatte erwogen, es sei rechtlich unmöglich, die Nachbesserung gegen den Willen der übrigen Stockwerkeigentümer durchzuführen oder diese zu einer Zustimmung zu zwingen, da unbestritten sei, dass die weiteren Stockwerkeigentümer den heutigen Zustand bereits akzeptiert und kein Interesse daran hätten, den Forderungen des Käufers zuzustimmen, und sie im Übrigen einer Veränderung des heutigen baulichen Zustands nie zustimmen würden. Daher sei die an sich (faktisch) mögliche Nachbesserung jedenfalls im heutigen Zeitpunkt (rechtlich) unmöglich. Das Bundesgericht liess die Frage der Unmöglichkeit aber offen, was zu Recht kritisiert wurde.⁴⁵ Weil für den Rückbau einschneidende bauliche Massnahmen an einem Grundstück im Miteigentum notwendig wären, bräuchte es aus sachenrechtlicher Sicht (mindestens) die Zustimmung der Mehrheit der Stockwerkeigentümer nach Köpfen und Wertquoten.⁴⁶ Nach der Vorinstanz war eine solche Mehrheit unmöglich zu erreichen. Die Nachbesserung setzt aber voraus, dass sie objektiv möglich ist, woran es bei rechtlicher Unmöglichkeit fehlt.⁴⁷ Ein etwaiger «Vorrang» der ursprünglichen, dem Begründungsakt beigefügten Aufteilungspläne (Art. 69 Abs. 1 GBV) konnte vom Käufer nicht geltend gemacht werden, da diese Pläne, wie vom Bundesgericht ausgeführt (E. 2.1.1), am öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht teilnehmen.

[60] 4. Wie auch das Bundesgericht festhielt, hatten es die Verkäuferinnen an sich selbst zu verantworten, dass sie den einen Käufern die eine und dem Beschwerdeführer eine andere Ausführung der Bauten versprochen hatten. Letzterer konnte den Nachbesserungsanspruch aber nicht erzwingen, da er die sich aus dem Stockwerkeigentum ergebende Koordinationspflicht nicht klärte und einen – aufgrund der sachenrechtlichen Rechtslage – rechtlich objektiv unmöglichen Anspruch geltend machte. Der Käufer hätte es in der Hand gehabt, zumindest alternativ Minderung und/oder Schadenersatz geltend zu machen. Damit hätte er den durch die baulichen Änderungen verursachten Minderwert seiner Stockwerkeinheit (namentlich aufgrund der beeinträchtigten Aussicht) geltend machen können.

2. Objektive Auslegung einer Earn out-Klausel («Kaufpreiserhöhungsklausel») bzw. des Earn out-Ereignisses «Umzonung des Grundstücks»

Urteil des Bundesgerichts 4A_247/2023 vom 17. November 2023 (MV/DG)⁴⁸

[61] Die B Genossenschaft (Beschwerdegegnerin und Verkäuferin, nachfolgend: Verkäuferin) betrieb während mehrerer Jahre eine Klinik in U. Nachdem der Betrieb 2004 aufgegeben worden war, suchte sie einen Käufer für das ehemalige Klinikgebäude, Grundstück Nr. xxx, und das Personalhaus X, Grundstück Nr. yyy, mit Nebenparzellen. Beide Parzellen lagen raumplanungsrecht-

⁴⁵ SCHMID (Fn. 10), S. 365.

⁴⁶ Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647d ZGB, allenfalls bedarf es sogar der Einstimmigkeit (Art. 647d Abs. 2 und Art. 647e ZGB); SCHMID (Fn. 10), S. 365 f.

⁴⁷ Vgl. z.B. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 1746; dies gilt auch im Anwendungsbereich von Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118.

⁴⁸ Vgl. auch DAVID GRAF/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Auslegung einer Earn out-Klausel, in: dRSK, publiziert am 4. September 2024; HUBERT STÖCKLI, Grundstückskaufvertrag/Contrat de vente immobilière, BR 2024, Nr. 221, S. 131.

lich zum grössten Teil in der Kurbetriebszone, wo Sanatorien, Höhen- und Rehabilitationskliniken als konforme Nutzung galten (Sachverhalt Teil A).

[62] Mit Grundstückskaufvertrag vom 10. Mai 2007 veräusserte die Verkäuferin die Grundstücke an die A AG (Beschwerdeführerin und Käuferin, nachfolgend: Käuferin) zu einem Kaufpreis von zusammen CHF 12.51 Mio. Der Kaufvertrag betreffend das Klinikgrundstück enthielt eine Bestimmung «Kaufpreiserhöhung», wonach die Käuferin der Verkäuferin 60% der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem anteiligen Ausgangswert des Grundstücks zu bezahlen hätte, falls dieses innert 10 Jahren umgezont und ganz oder zu einem wesentlichen Teil weiterveräussert werden sollte. Die Käuferin wurde verpflichtet, der Verkäuferin Einsicht in die von ihr abgeschlossenen Veräusserungsverträge zu gewähren (A).

[63] Am 7. Juli 2009 änderte die Gemeinde U ihr Baugesetz und erweiterte die in der Kurbetriebszone zulässige Nutzung. Neu waren unter gewissen Bedingungen auch solche Betriebe zulässig, die in die kommunale Wirtschaftsstruktur passen und ein hohes langfristiges Wertschöpfungs- und Arbeitspotential aufwiesen, wie Forschungsstätten, Hotels oder Schulungs- und Ausbildungszentren. Am 12. Juni 2012 verkaufte die Käuferin das Klinikgrundstück für CHF 15.8 Mio. weiter. Als die Verkäuferin davon erfuhr, ersuchte sie die Käuferin um Einsicht in den Kaufvertrag, was diese verweigerte. Ein Schlichtungsverfahren, womit die Verkäuferin die Aushändigung des Kaufvertrags und Beteiligung am Wiederverkaufsgewinn verlangte, verlief ergebnislos (B).

[64] Mit Klage beim Regionalgericht Prättigau/Davos beantragte die Verkäuferin, die Käuferin sei zu verpflichten, ihr CHF 5'071'807.72 zuzüglich Zins zu 5% zu bezahlen. Mit Urteil vom 20. September 2018 verpflichtete das Regionalgericht die Käuferin, der Verkäuferin CHF 4'436'131.70 nebst Zins zu bezahlen. Die dagegen erhobene Berufung der Käuferin wies das Kantonsgericht von Graubünden am 30. März 2023 ab. Es verurteilte sie in teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung der Verkäuferin, dieser CHF 4'634'912.43 zuzüglich Zins zu bezahlen (C).

[65] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Käuferin im Wesentlichen, die Klage sei abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (D und E. 4).

[66] 1. Die Käuferin beanstandete vor Bundesgericht die Sachverhaltsfeststellung sowie die Vertragsauslegung. Das angefochtene Urteil enthalte – so die Käuferin – keine Feststellung zur behaupteten Wertsteigerung der in der Kurbetriebszone gelegenen Parzellen. Die Vorinstanz habe die Investitionen der Käuferin falsch beziffert und den vertraglichen Konsens zur Vertragsbestimmung «Kaufpreiserhöhung» falsch festgelegt (E. 3 Ingress).

[67] 2. Für das Zustandekommen und die Auslegung einer Vereinbarung sei zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt hätten. Die empirische oder subjektive habe gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibe, seien die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei sei vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen seien. Ein objektivierter und damit rechtlicher Konsens bedeute nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen gehabt hätte, sich zu binden; es reiche, wenn die andere Partei aufgrund des objektiv verstandenen Sinns der Erklärung oder des Verhaltens nach Treu und Glauben habe annehmen können, die sich äussernde Partei habe einen Rechtsbindungswillen. Das Bundesgericht überprüfe diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen

Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden sei (E. 3.1.1).

[68] a. Der vorliegenden Streitsache liege folgende Klausel zugrunde (E. 3.2.1):

«Kaufpreiserhöhung»

«Sollte derjenige Teil des Grundstücks Nr. xxx, Plan zzz, der heute in der Klinikzone liegt, nach Unterzeichnung dieses Vertrages umgezont und ganz oder zu einem wesentlichen Teil veräussert werden, ist die Käuferschaft verpflichtet, der Verkäuferschaft 60% der Differenz zwischen ihrem Verkaufspreis abzüglich (anteiliger) Investitionen (Planung, Bau, Zins), Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern und dem (anteiligen) Ausgangswert zu bezahlen. Als Ausgangswert vereinbaren die Parteien CHF 3.3 Millionen für den ganzen in der Klinikzone liegenden Teil. Diese Bestimmung gilt für die Dauer von 10 Jahren ab Unterzeichnung dieses Vertrages. Die Käuferschaft ist verpflichtet, der Verkäuferschaft Einsicht in die von ihr abgeschlossenen Veräusserungsverträge zu gewähren.»

[69] b. Die Vorinstanz habe erwogen, es liege kein tatsächlicher Konsens bezüglich der Definition des Begriffs *Umzonung* vor. Keine Partei habe nachgewiesen, dass bei Vertragsschluss nach übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien klar gewesen wäre, dass eine Erweiterung der Nutzung in der Zone für Kurbetriebe *eine Umzonung* im Sinne der Kaufpreiserhöhungsklausel darstellen würde. Über den Begriff *Umzonung* sei nicht speziell diskutiert worden. Die Kaufpreiserhöhungsklausel sei daher nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und ein normativer Konsens zu ermitteln. Zwar sei laut Vorinstanz davon auszugehen, dass die bei der Vertragsredaktion juristisch vertretenen Parteien über die Rechtslage aufgeklärt worden seien und dass sie die eingesetzten Fachausdrücke in ihrem juristisch-technischen Sinn verwendet hätten. Der Begriff *Umzonung* werde aber in der Raumplanungsgesetzgebung nicht einheitlich und klar definiert verwendet. Es könne daher nicht einfach auf den unklaren Wortlaut abgestellt werden, sondern es seien die mit dem Vertragsschluss zusammenhängenden Umstände bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen (E. 3.2.2).

[70] c. Die Aufnahme der Kaufpreiserhöhungsklausel in den Vertrag sei – so die Vorinstanz – im Zusammenhang mit der Umzonung des Grundstücks «X» zu sehen, welche im Oktober 2004 stattgefunden habe. Das Grundstück «X» sei damals aus der Kurbetriebszone in die Zone für städtisches Wohnen umgeteilt worden. Gemäss Aussagen der auf Seiten der Verkäuferin für den Verkauf zuständigen Person habe die Verkäuferschaft vor diesem Hintergrund wertmässig partizipieren wollen, falls es auf dem Klinikgrundstück zu einer anderen Nutzung als einer Klinik kommen sollte und das Grundstück verkauft würde. Das Klinikgelände sei aufgrund der Beschränkung durch die Kurbetriebszone sehr viel günstiger gewesen als das Grundstück «X». Letzteres sei den Parteien also ein bekanntes Beispiel dafür gewesen, wie es zu einer Nutzungsänderung kommen könnte. Es greife – so die Vorinstanz – aber zu kurz, aufgrund dessen davon auszugehen, dass lediglich eine Umteilung aus der Kurbetriebszone in die Zone für städtisches Wohnen Anlass für einen Wertausgleich sein sollte. Insbesondere habe die Gemeinde den Parteien kurz vor der hier massgebenden Vertragsunterzeichnung, am 16. März 2007, mitgeteilt, dass die Zone für Kurbetriebe, in der sich das Klinikgrundstück befinde, einer Überprüfung unterzogen werde. Es habe sich gezeigt, dass die zurzeit enge Nutzungsumschreibung der Zone für Projekte und Nutzungen, welche keine Kliniken oder Kurbetriebe beinhalten würden, entwicklungshemmend

wirken könne. Dieses Schreiben kurz vor der Vertragsunterzeichnung deute, so die Vorinstanz, eher darauf hin, dass die Parteien dieses Szenario vor Augen gehabt hätten, nämlich, dass die Nutzung in der Zone für Kurbetriebe möglicherweise erweitert würde. Mithin hätten die Parteien den Fall X zwar als Anlass genommen, eine Kaufpreiserhöhungsklausel zu diskutieren. Jedoch sei aufgrund der durch die Gemeinde signalisierten möglichen Anpassung der Kurbetriebszone davon auszugehen, dass dies schliesslich dazu geführt habe, die Klausel mit der entsprechenden Formulierung in den Vertrag aufzunehmen. Entsprechend hätten die Parteien unter der im Vertrag festgehaltenen «Umzonung» nicht nur eine formelle Umteilung von der Kurbetriebszone in die Zone für städtisches Wohnen verstanden, sondern auch eine lediglich inhaltliche Anpassung der Kurbetriebszone, so wie dies durch die Änderung des Baugesetzes der Gemeinde im Jahr 2009 schliesslich geschehen sei. Entscheidend sei nicht, wie die Zone benannt werde, sondern welche Nutzungsmöglichkeiten bestünden. Dies gehe auch klar aus den Aussagen der Vertreter der Verkäuferin hervor. Diese habe an bauplanerischen Änderungen, welche zu einer Erweiterung der Nutzung führen würden, partizipieren wollen (E. 3.2.3).

[71] **d.** Die hievor zusammengefassten Erwägungen der Vorinstanz seien überzeugend. Es sei nicht ersichtlich, dass sie den massgebenden Sachverhalt willkürlich festgestellt oder, namentlich im Rahmen der Vertragsauslegung, Bundesrecht verletzt hätte (E. 3.3).

[72] **3.** Gestützt auf den willkürfrei erstellten Sachverhalt habe die Vorinstanz sodann ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen dürfen, dass die Parteien bei Vereinbarung der strittigen Kaufpreiserhöhungsklausel entgegen dem sich aus dem Wortlaut ergebenden Anschein nicht bloss eine formelle Umzonung, sondern generell Änderungen der Nutzungsmöglichkeiten der Klinikliegenschaft im Auge gehabt hätten, die zu einem wesentlichen, nicht lediglich marktbedingten, sondern einem planungsbedingten Wertzuwachs der Liegenschaft führen würden. Dies ergebe sich schlüssig aus den von der Vorinstanz herangezogenen Umständen der Vertragsverhandlungen, insbesondere den Aussagen der Verhandlungsführer der Verkäuferin sowie der kurz vor Vertragsschluss erfolgten Mitteilung der Gemeinde, wonach eine Erweiterung der Nutzungsmöglichkeiten der Kurbetriebszone angestrebt werde. Vor diesem Hintergrund sei es naheliegend anzunehmen, dass die Verkäuferin von dieser absehbaren Zonenänderung profitieren wollte und zwar, unabhängig davon, ob es nun um eine formelle Umzonung oder eine blosser Erweiterung der Nutzungsmöglichkeiten ginge. Ebenso sei naheliegend, dass dieser Umstand für die Käuferin erkennbar gewesen sei. Die Vorinstanz sei daher zutreffend davon ausgegangen, dass die strittige Vertragsklausel von den Parteien nach Treu und Glauben in diesem Sinne verstanden werden dürfe und müsse (E. 3.3.3).

[73] Nach dem Gesagten könne die Käuferin nichts aus dem Umstand für sich ableiten, dass das Verkaufsgrundstück nicht formell umgezont worden sei. Die Vorinstanz sei gleichwohl zu Recht von einem Anwendungsfall der Kaufpreiserhöhungsklausel ausgegangen (E. 3.3.4).

[74] **Bemerkung: 1.** Die Kernfrage des besprochenen Urteils lautet, ob die Anwendungsvoraussetzungen der im Grundstückkaufvertrag enthaltenen *Earn out*-Klausel⁴⁹ erfüllt waren. Konkret

⁴⁹ Unter einer *Earn out*-Klausel versteht man eine Klausel, aufgrund derer der Käufer dem Verkäufer nach Vollzug des Kaufvertrags einen von bestimmten, nach Vollzug eintretenden (und damit zukünftigen) Ereignissen abhängigen Kaufpreis zahlt (z.B. SEMAL YILDIZ/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Earn out*-Klausel mit unbeschränkter Laufzeit, in: dRSK, publiziert am 22. September 2022, Rz. 21; MEIKE PAULETZKI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Auslegung von Suspensivbedingungen*, in: dRSK, publiziert am 30. April 2020, Rz. 11; MARKUS VISCHER, *Earn out*-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, S. 509 ff., S. 509 und 512). Für Beispiele aus der Rechtsprechung von Kaufverträgen mit *Earn out*-Klauseln siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 2C_731/2017 vom 12. November 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2018 vom 2. November 2018; Urteil des Bundesgerichts

war strittig, ob das *Earn out*-Ereignis «Umzonung des Grundstücks» als eingetreten betrachtet werden kann, wenn die Nutzungsmöglichkeiten des Grundstücks innerhalb der bestehenden Zone erweitert werden, ohne dass dieses aber formell umgezont wird.

[75] 2. Das Bundesgericht legte die *Earn out*-Klausel objektiv (d.h. nach dem Vertrauensprinzip) aus, weil die Vorinstanzen – wie in fast allen Fällen – im Rahmen der subjektiven Auslegung keinen tatsächlichen Konsens betreffend die Definition des Begriffs «Umzonung» festgestellt hatten (vgl. Rz. 69). Dabei schützte das Bundesgericht die vorinstanzliche Auslegung, wonach vom Begriff «Umzonung» auch Änderungen der Nutzungsmöglichkeiten erfasst seien (vgl. Rz. 72). Das vorliegende Urteil hinterlässt einen schalen Nachgeschmack:⁵⁰ Von juristisch beratenen Parteien wird (anders als von juristischen Laien)⁵¹ erwartet, dass sie rechtliche Begriffe verstehen und in ihrem juristisch-technischen Sinn verwenden.⁵² Entsprechend sollen Gerichte solchen rechtlichen Begriffen im Rahmen der Vertragsauslegung⁵³ den juristischen-technischen Sinn beimessen. Dieser Grundsatz gilt aber nur dann, wenn die juristischen Begriffe eindeutig sind.⁵⁴ Falls nicht, sind unklare juristische Fachausdrücke mithilfe anderer Auslegungsmittel zu präzisieren.⁵⁵ Es mag zwar zutreffen, dass der Begriff «Umzonung» nicht klar definiert ist.⁵⁶ Es ist aber stossend, wenn bei der Vertragsredaktion juristisch beratene Parteien einen nicht restlos klaren juristischen Begriff verwenden, obwohl es sich um ein Kaufgeschäft im mehrstelligen Millionenbereich handelt und die Parteien damit rechnen mussten, dass die Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks künftig geändert und die Verkäuferin deshalb an einem solchen Wertzuwachs partizipieren wollte (vgl. Rz. 70). Das Bundesgericht schützte damit die Verkäuferin bzw. die (auch) ihr zurechenbare unklare Formulierung der *Earn out*-Klausel. Dies mag zwar dogmatisch korrekt sein, weil der wirkliche Wille (wie in den meisten Fällen) nicht festgestellt werden konnte und das Bundesgericht die Klausel deshalb objektiv auslegen und dabei den unklaren juristischen Begriff mit-

4A_536/2017 vom 3. Juli 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2017 vom 11. Januar 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_539/2016 vom 6. März 2017; Urteil des Bundesgerichts 6B_189/2016 vom 13. Mai 2016; Urteil des Bundesgerichts 6B_881/2014 vom 3. August 2015.

⁵⁰ Vgl. aber STÖCKLI (Fn. 48), S. 131, den das Urteil «nicht überrascht».

⁵¹ Laut Bundesgericht darf der Verwendung von juristischen Begriffen im Rahmen der Auslegung keine grosse Bedeutung zugemessen werden (z.B. BGE 125 III 305 E. 2b S. 308 *in fine* = Pra 1999, Nr. 172, S. 898; siehe aber Urteil des Bundesgerichts 4C.301/2004 vom 9. Dezember 2004 E. 2.2, wonach juristisch-technische Begriffe entsprechend ihrem juristischen Sinn zu verstehen seien).

⁵² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_316/2007 vom 21. November 2007 E. 3.2.

⁵³ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_267/2019 vom 5. September 2019 E. 3.4 (besprochen von PAULETZKI/GALLI/VISCHER [Fn. 49], *passim*) siehe ferner CHRISTOPH ZAUGG/MARKUS VISCHER, Belastete Standorte: Öffentlich-rechtliches Schattenboxen, in: dRSK, publiziert am 2. Juni 2022, Rz. 15.

⁵⁴ Vgl. WOLFGANG WIEGAND, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 18 OR N 22.

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_247/2023 vom 17. November 2023 E. 3.2.2; BSK OR I-WIEGAND (Fn. 54), Art. 18 OR N 22.

⁵⁶ «Der Ausdruck umfasst die in der Umgangssprache häufig verwendeten Ausdrücke «Einzonung» für die Zuweisung eines Grundstückes zur Bauzone und «Auszonung» für die Umzonung von einer Raumplanungsgesetzkonformen Bauzone in die Landwirtschafts- oder Landschaftsschutzzone.» (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 19 39 vom 30. März 2023 E. II.6.5). Das Baugesetz des Kantons Bern definiert die Umzonung als «Zuweisung von Land in einer Bauzone zu einer anderen Bauzonenart mit besseren Nutzungsmöglichkeiten» (Art. 142a Abs. 2 BauG). Im Mehrwertausgleichsgesetz des Kantons Zürich wird die Umzonung als «Zuweisung einer Bauzone zu einer anderen Bauzonenart» (Art. 1 lit. d MAG) definiert. Siehe ferner «bei der Umzonung wird ein sich in einer Bauzone befindliches Grundstück einer anderen Bauzone zugeordnet, welche den Mehrwert hervorruft (z.B. Industriezone wird zu Wohnzone umgewandelt)» (DANIEL DONAUER/PHILIPP HUSI/CHRISTIAN EICHENBERGER, Die Mehrwertabschöpfung gemäss Art. 5 des Raumplanungsgesetzes, in: Jusletter 10. Dezember 2018, Rz. 13); ebenso «Bei der Umzonung wird Bauland einer anderen Bauzonenart zugewiesen, die eine vorteilhaftere Nutzungsmöglichkeit mit sich bringt.» (JAVIER GONZALEZ PATALLO, Die Berechnung der Mehrwertabgabe, in: Thomas Sutter-Somm [Hrsg.], Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band 93, Zürich/Genf 2023, S. 12).

hilfe anderer Auslegungsmittel präzisieren musste. Das Urteil hinterlässt aber – wie erwähnt – einen schalen Nachgeschmack.

3. Freizeichnungsklausel; Verneinung einer absichtlichen Täuschung aufgrund des beeinträchtigten geistigen Gesundheitszustands der Verkäuferin

Urteil des Bundesgerichts 4A_344/2023 vom 7. September 2023 (MV/DG)⁵⁷

[76] Mit notarieller Urkunde vom 29. April 2010 begründete die Alleineigentümerin C (Beklagte und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Verkäuferin) an der Parzelle am U-Weg in Nyon Stockwerkeigentum bestehend aus sechs Stockwerkeinheiten (Sachverhalt Teil A.a).

[77] Gestützt auf den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 18. Mai 2010 erwarben A und B (Kläger und Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer) von der Verkäuferin die Stockwerkeinheit Nr. 3 zu einem Kaufpreis von CHF 1'485'000. Im Kaufvertrag wurden die Gewährleistungsansprüche unter Vorbehalt von Art. 192 Abs. 3 OR und Art. 199 OR wegbedungen (A.b).

[78] Einer der Käufer kontaktierte in der Folge das Stadtplanungsamt der Stadt Nyon, um sich über die Parkplätze der Siedlung zu informieren. Das Amt antwortete mit Schreiben vom 2. Mai 2011, dass «entlang des U-Weges keine Parkplätze akzeptiert werden können» (A.c).

[79] Mit E-Mail vom 20. Dezember 2011 informierte einer der Käufer die übrigen Stockwerkeigentümer unter anderem darüber, dass die Wohnungen mit einem Aussenparkplatz verkauft worden seien. Weiter führte dieser Käufer aus, dass die Eigentümer von Block A nach dem Verkauf erfahren hätten, dass die Behörden zuvor die Bewilligung der Parkplätze verweigert hätten und gestützt auf den vor dem Verkauf aufgelegten Raumplan nach wie vor deren Bewilligung verweigern würden (A.d).

[80] Mit Schreiben vom 2. Juli 2013 wies der Anwalt der Käufer die Verkäuferin darauf hin, dass sie zum Zeitpunkt der Begründung des Stockwerkeigentums hätte wissen können und müssen, dass die in den Stockwerkeigentumsplänen aufgelisteten Aussenanlagen (inklusive Parkplätze), die Gegenstand ordnungsgemäss errichteter und im Grundbuch eingetragener Nutzungsdienstbarkeiten sind, von der Gemeindebehörde möglicherweise nicht bewilligt werden würden. Der Anwalt forderte die Verkäuferin deshalb auf, die Entscheidungen der zuständigen Gemeindebehörden anzufechten, und wies sie darauf hin, dass die Käufer eine Minderungsklage einreichen würden, falls dieser Gemeindebeschluss nicht aufgehoben würde (A.e).

[81] Am 4. Dezember 2015 klagten die Käufer bei der Kammer für vermögensrechtliche Angelegenheiten des Kantons Waadt (*Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud*) gegen die Verkäuferin. Sie beantragten, die Verkäuferin sei unter anderem zu verpflichten, CHF 27'000 zuzüglich Zinsen zu zahlen und alle notwendigen und nützlichen Änderungen des Begründungsakts des Stockwerkeigentums und der Stockwerkeigentümerpläne sowie der im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeiten vornehmen zu lassen. Mit Urteil vom 18. Mai 2022 wies die Erstinstanz die Klage ab (B).

⁵⁷ Vgl. auch VANESSA SCHRANZ/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Beeinträchtigter geistiger Gesundheitszustand als Ausschlusskriterium für die absichtliche Täuschung?, in: dRSK, publiziert am 16. Juli 2024; PASCAL PICHONNAZ, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, BR 2024, Nr. 223, S. 133.

[82] Mit Urteil vom 25. Mai 2023 wies die Berufungskammer in Zivilsachen des Waadtländer Kantonsgerichts (*Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud*) die von den Käufern erhobene Berufung ab (B).

[83] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragten die Käufer im Wesentlichen die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Gutheissung ihrer Klage. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde nicht ein (C und E. 6).

[84] **1.** Die Käufer rügten vor Bundesgericht unter anderem, dass die Verkäuferin vom Mangel im Zusammenhang mit den Parkplätzen gewusst und sie getäuscht habe (E. 4 Ingress). Das Bundesgericht erwog, bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer finde eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nicht statt (Art. 203 OR). Die Vorinstanz habe erwogen, es sei nicht erstellt, dass die Verkäuferin von diesem Mangel gewusst habe. So sei die Verkäuferin vor Unterzeichnung des Kaufvertrags nie in direktem Kontakt zu den Käufern gestanden. Zwar habe die Verkäuferin die am 15. Oktober 2008 öffentlich aufgelegten Pläne – in denen die nicht bewilligten Aussenparkplätze aufgeführt waren – und die von den Behörden genehmigten Pläne vom 9. Januar 2009 – in denen die Aussenparkplätze nicht mehr erwähnt waren – unterzeichnet. Deshalb könne laut Vorinstanz aber nicht angenommen werden, dass die Verkäuferin bei Unterzeichnung des Kaufvertrags von der Parkplatzproblematik gewusst habe. Die im Jahr 1935 geborene Verkäuferin habe an einem langjährigen ängstlich-depressivem Zustand gelitten, der zu emotionalen Störungen und Gedächtnislücken führte. Deshalb sei es – so die Vorinstanz – unklar, ob die Verkäuferin tatsächlich verstanden hatte, dass die Parkplätze nicht genehmigt worden waren (E. 4.2).

[85] **2.** Die Käufer behaupteten vor Bundesgericht unter anderem, dass die Verkäuferin jederzeit vom Parkplatzproblem gewusst habe und entsprechend die Käufer über diesen Umstand habe täuschen wollen (E. 4.3). Das Bundesgericht hielt fest, es handle sich hierbei um unzulässige appellatorische Kritik. Die Käufer übersähen insbesondere die gesundheitlichen Probleme, mit denen die Verkäuferin seit 2001 zu kämpfen habe. Jedenfalls zeigten die Käufer nicht auf, inwiefern die vorinstanzliche Feststellung willkürlich sei, wonach unklar sei, ob die Verkäuferin überhaupt verstanden habe, dass die Parkplätze nicht bewilligt worden waren (E. 4.4).

[86] **3.** Schliesslich rügten die Käufer, dass die im Kaufvertrag enthaltene Freizeichnungsklausel ungültig sei (E. 5 Ingress). Eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht – so das Bundesgericht – sei ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen habe (Art. 199 OR) (E. 5.1). Laut Vorinstanz sei nicht erwiesen, dass die Verkäuferin davon gewusst habe, dass die Parkplätze nicht gebaut werden können. Folglich könne erst recht nicht davon ausgegangen werden, dass sie den Käufern diesen Mangel arglistig verschwiegen habe (E. 5.2). Das Bundesgericht befasste sich nicht mit dieser Rüge, weil die Käufer lediglich appellatorische Kritik äusserten oder eine hinreichende Begründung fehlte (E. 5.4).

[87] **Bemerkung: 1.** Erneut musste sich das Bundesgericht mit einer Freizeichnungsklausel in einem Grundstückkaufvertrag beschäftigen.⁵⁸ Das Bundesgericht muss sich häufig mit diesem

⁵⁸ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2020 vom 24. August 2021 (besprochen von JENNY VON ARX/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Der Ausschluss der Gewährleistung beim Immobilienkauf, in: dRSK, publiziert am 30. Juni 2022); Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 vom 12. April 2018 (besprochen von ANISSA KERN/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen: Die Fallgruppe der Neubauten, in: dRSK, publiziert am 18. September 2018); Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2015 vom 25. Juni 2015 (besprochen von DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am

Thema befassen, weil die Parteien im Grundstückskaufvertrag die Gewährleistungshaftung des Verkäufers in aller Regel mittels einer Freizeichnungsklausel wegbedingen. Das ist darauf zurückzuführen, dass der Liegenschaftenmarkt überwiegend ein Verkäufermarkt ist. Deshalb müssen die Käufer in aller Regel eine Freizeichnungsklausel akzeptieren. Oft fehlt es den Käufern und ihren Beratern, aber auch den involvierten Notaren, am notwendigen Know-how, um ein Gewährleistungsregime zu entwickeln, wie es beim Unternehmenskauf üblich ist.⁵⁹

[88] 2. Das Bundesgericht sieht sich daher vielfach gezwungen, aus seiner Sicht unbillige Resultate der Freizeichnungsklauseln nachträglich zu korrigieren, indem es solche Klauseln ganz oder teilweise für ungültig erklärt.⁶⁰ Zu diesem Zweck unterzieht es in Grundstückskaufverträgen enthaltene Freizeichnungsklauseln einer AGB-ähnlichen Kontrolle, wobei es verschiedene Ansätze verfolgt.⁶¹ Einer dieser Ansätze ist die Korrektur mittels des Instruments der absichtlichen Täuschung, also insbesondere gestützt auf Art. 199 OR, Art. 203 OR und Art. 210 Abs. 6 Satz 1 OR, wobei nach der hier vertretenen Meinung der Begriff der absichtlichen Täuschung in Art. 203 OR und in Art. 210 Abs. 6 Satz 1 OR mit dem Begriff der arglistigen Täuschung in Art. 199 OR gleichzusetzen und im Sinne der arglistigen Täuschung zu verstehen ist.⁶² Aufgrund dieses Ansatzes hat das Bundesgericht die Schwelle der absichtlichen (bzw. arglistigen) Täuschung gesenkt.⁶³ Dies ist unbefriedigend, vor allem unter Berücksichtigung des Umstands, dass bei der (zivilrechtlichen) absichtlichen (bzw. arglistigen) Täuschung immer der (strafrechtliche) Vorwurf des Betrugs mitschwingt, auch wenn das Bundesgericht – nach hier vertretener Ansicht zu Un-

30. September 2015); Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014 (besprochen von ELENA KOCH/MARKUS VISCHER, Die «falsche» Zone beim Grundstückskauf, in: dRSK, publiziert am 17. Oktober 2014); Urteil des Bundesgerichts 4A_648/2012 vom 25. Februar 2013 (besprochen von SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Augen auf, Kauf ist Kauf, in: dRSK, publiziert am 22. Mai 2013); Urteil des Bundesgerichts 4A_470/2012 vom 23. Januar 2013 (besprochen von SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Mangelhafte Sache und arglistiges Verschweigen von Mängeln, in: dRSK, publiziert am 7. Mai 2013); Urteil des Bundesgerichts 4A_622/2012 vom 18. Januar 2013 (besprochen von MARKUS VISCHER/SCARLETT SCHWARZENBERGER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Ungültigkeit aufgrund arglistigen Verschweigens, in: dRSK, publiziert am 23. April 2013); Urteil des Bundesgerichts 4A_492/2012 vom 22. November 2012 (besprochen von MARKUS VISCHER/SCARLETT SCHWARZENBERGER, Grundstückskaufvertrag – Freizeichnungsklauseln und Grundlagentrum, in: dRSK, publiziert am 28. Februar 2013); Urteil des Bundesgerichts 4A_351/2010 vom 9. Februar 2012 (besprochen von LARA ELLIOTT/MARKUS VISCHER, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, quantitative und qualitative Mängel und Freizeichnung beim Grundstückskauf, in: dRSK, publiziert am 20. Juni 2012); Urteil des Bundesgerichts 4A_272/2011 vom 22. August 2011 (besprochen von PHILIPP CHIARI/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 12. Januar 2012); Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2011 vom 4. Juli 2011 (besprochen von PHILIPP CHIARI/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 15. November 2011).

⁵⁹ Zum Ganzen: MARKUS VISCHER/LUCAS HÄNNI, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP 2012, S. 613 ff.

⁶⁰ GALLI/VISCHER (Fn. 58), Rz. 11.

⁶¹ Einlässlich: MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 177 ff.; siehe auch HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 100 OR N 3.

⁶² AURORA MEIER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Absichtliche Täuschung über die Grösse der landwirtschaftlichen Nutzfläche, in: dRSK, publiziert am 2. Mai 2023, Rz. 12; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Entscheidungsberechnungen. BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1396.

⁶³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021 (besprochen von LIVIA HÄBERLI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Opfermitverantwortung beim Kunstkauf, in: dRSK, publiziert am 21. Januar 2022); Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 (besprochen von LEANDRO SCHAFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht, in: dRSK, publiziert am 26. Februar 2021); VON ARX/GALLI/VISCHER (Fn. 58), Rz. 17.

recht – die Meinung vertritt, die Hürden für die (zivilrechtliche) absichtliche (bzw. arglistige) Täuschung seien tiefer als für den strafrechtlichen Betrug.⁶⁴

[89] a. Während das Bundesgericht also in vielen Fällen durch die schnelle Annahme einer absichtlichen (bzw. arglistigen) Täuschung ein Herz für den Käufer zeigt, hatte das Bundesgericht im vorliegenden Fall ein Herz für die Verkäuferin. Wie die Vorinstanz hielt es der Verkäuferin zugute, dass aufgrund ihrer psychischen Störungen nicht klar sei, ob sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses um die Probleme mit den Parkplätzen wusste und insbesondere in diesem Zeitpunkt wusste, dass die Realisierung der Parkplätze nicht möglich war.⁶⁵

[90] b. Der Begriff der absichtlichen (bzw. arglistigen) Täuschung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Dieser verlangt wie jeder unbestimmte Rechtsbegriff eine normative Wertung durch die Gerichte, die diese im Sinne von Art. 4 ZGB in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 ZGB *modo legislatoris*, also mittels typischer Fallkategorien vorzunehmen haben.⁶⁶ Dabei ist das Verhalten des Täuschenden und des Getäuschten zu beurteilen und wertend im Spannungsfeld des gegenseitigen Vertrauens gegeneinander abzuwägen.⁶⁷ Bei dieser Prüfung sind auch personenbezogene Elemente zu berücksichtigen, wie z.B. der Gesundheitszustand des Täuschenden.⁶⁸ Das kann dazu führen, dass im Einzelfall eine absichtliche (bzw. arglistige) Täuschung zu verneinen ist. Alternativ kann, was das Bundesgericht in vorliegenden Fall zu bevorzugen scheint und was zu demselben Resultat führt, der Täuschungsvorsatz entfallen, der aus einer Wissens- und Willenskomponente besteht (vgl. E. 4.2).⁶⁹

[91] c. Absichtliche (bzw. arglistige) Täuschung bzw. Täuschungsvorsatz und Urteilsunfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB dürfen auch im Zivilrecht nicht vermischt werden.⁷⁰ Allerdings weckt das Verneinen der Täuschung bzw. des Täuschungsvorsatzes infolge psychischer Störungen der Verkäuferin im konkreten Fall Zweifel an der Urteilsfähigkeit der Verkäuferin und damit Zweifel an der Gültigkeit des Verkaufs insgesamt. Denn Geschäfte sind ungültig, wenn sie von Urteilsunfähigen infolge psychischer Störungen⁷¹ abgeschlossen werden.⁷² Das Bundesgericht brauchte dieser Frage aber im vorliegenden Fall nicht weiter nachzugehen, wurde doch von keiner Seite eine Urteilsunfähigkeit der Verkäuferin geltend gemacht.

⁶⁴ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2021 vom 17. Juni 2022 E. 4.2 (besprochen von 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).

⁶⁵ Siehe dazu auch PICHONNAZ (Fn. 57), S. 133, der auch auf die verspätete Mängelrüge eingeht.

⁶⁶ Z.B. MARKUS VISCHER, Mängelrechte des Vermieters bei der Rückgabe einer mangelhaften Mietsache, AJP 2023, S. 673 ff., S. 679, betreffend Schadensbegriff; MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, S. 130 ff., S. 132 f., betreffend Art. 2 Abs. 2 ZGB, Art. 27 ZGB und Begriff des wichtigen Grunds.

⁶⁷ VISCHER/GALLI (Fn. 62), S. 1402.

⁶⁸ VISCHER/GALLI (Fn. 62), S. 1402.

⁶⁹ Vgl. BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2013, Art. 28 OR N 69; siehe auch MEIER/GALLI/VISCHER (Fn. 62), Rz. 14; LUKAS WAEBER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Mängelhalbkenntnis erfüllt unter Umständen das Tatbestandsmerkmal der Arglist, in: dRSK, publiziert am 24. August 2022, Rz. 20.

⁷⁰ Betreffend Vorsatz und Schuldunfähigkeit im Strafrecht im Allgemeinen z.B. FELIX BOMMER/VOLKER DITTMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 19 StGB N 19.

⁷¹ Zu diesem Begriff z.B. ROLAND FANKHAUSER, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 16 ZGB N 29.

⁷² Z.B. BSK ZGB I-FANKHAUSER (Fn. 71), Art. 16 ZGB N 44.

4. Nicht bewohnbare Fläche eines Stockwerkanteils als Mangel; Zusicherung in Verkaufsanzeige; relative Methode zur Berechnung der Minderung

Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2022 vom 8. August 2023 (CB)⁷³

[92] Am 23. März 2010 verkaufte die A. SA (Verkäuferin) dem B. (Käufer) einen zwei Etagen umfassenden Stockwerkeigentumsanteil für CHF 865'000. Gemäss Verkaufsbescrieb der beauftragten Maklerin handelte es sich um eine 6.5-Zimmer-Wohnung (inkl. zwei Parkplätze und Keller) mit einer Wohnfläche von 288 m². Im Jahr 2016 stellte der Käufer im Rahmen einer Renovation fest, dass das 66.5 m² grosse zweite Stockwerk, welches bis dahin als Kinderzimmer ohne Nasszelle genutzt wurde, in Wirklichkeit nicht bewohnbar war. Mit Schreiben vom 3. Februar 2016 benachrichtigte er die Verkäuferin und verlangte (erfolglos) die Erstattung des Minderwerts (Sachverhalt Teil A.).

[93] Am 22. Februar 2017 erhob der Käufer vor dem erstinstanzlichen Zivilgericht des Kantons Waadt Minderungsklage gegen die Verkäuferin im Betrag von CHF 285'969 (zzgl. Zinsen). Mit Urteil vom 27. Juli 2021 wurde die Klage abgewiesen (B.).

[94] In der Berufung reduzierte der Käufer seine Forderung auf den gerundeten Betrag von CHF 180'000 (zzgl. Zinsen). Mit Urteil vom 29. September 2022 hiess das Kantonsgericht die Berufung des Käufers gut. Zusammenfassend stellte es fest, dass (i) die Fläche von 66.5 m² im zweiten Stock nicht bewohnbar sei, (ii) die Bewohnbarkeit eine zugesicherte und vorausgesetzte Eigenschaft darstelle, (iii) die Verkäuferin diesen Mangel verschwiegen habe und (iv) die Verkäuferin sich daher weder auf die Verwirkung noch die Verjährung der Forderung berufen könne (B.).

[95] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Verkäuferin die Abweisung der Minderungsklage des Käufers (C.).

[96] 1. Das Bundesgericht befasste sich zunächst mit der von der Verkäuferin angerufenen Verjährung nach Art. 219 Abs. 3 OR. Gemäss der Rechtsprechung sei Art. 219 OR nicht auf den Verkauf eines Stockwerkeigentumsanteils anwendbar, da der Käufer einen Miteigentumsanteil erwerbe und nicht – wie von Art. 219 OR vorausgesetzt – ein Objekt, das durch eine im Grundbuch vermerkte amtliche Vermessung abgegrenzt ist (E. 3.2).

[97] 2. Die Erkenntnis der Vorinstanz, wonach die Verkäuferin im Sinne von Art. 210 Abs. 6 OR arglistig gehandelt habe, so dass sie sich weder auf die verspätete Mängelanzeige noch auf die Verjährung berufen könne, blieb vor Bundesgericht im Wesentlichen unbestritten (E. 5). Die Begründung bleibt im Entscheid unerwähnt, aber aus dem Sachverhalt folgt, dass vor dem Verkauf für die Fläche von 66.5 m² im zweiten Stock des strittigen Stockwerkanteils keine Wohngenehmigung erteilt worden war und die Verkäuferin auch nicht nach Einbau von zwei Schlafzimmern eine Wohngenehmigung beantragt hatte (A.c.).

[98] 3. Aufgrund der Tatsachenfeststellungen hielt das Bundesgericht fest, dass nur der erste Stock mit einer Fläche von 139.3 m² bewohnbar sei, indem ein Schlafzimmer oder Büros und die Installation einer Nasszelle eingerichtet werden können (E. 4.2.1). Demgegenüber nenne der

⁷³ Vgl. auch SUAN JUNG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Berechnung der Preisminderung im Gewährleistungsrecht, in: dRSK, publiziert am 20. August 2024; PASCAL PICHONNAZ, (Fn. 57), S. 131 f.; PHILIPP EBERHARD, Preisminderung wegen Unbewohnbarkeit einzelner Räume, ius.focus 2023, Nr. 276.

Verkaufsbescrieb der Maklerin eine bewohnbare Fläche von 288 m², wobei auch eine Fläche im zweiten Stock berücksichtigt worden sei, obschon diese bloss für wohnungsnaher Zwecke wie ein Kinderspielzimmer, eine Fernsehcke oder eine Heimwerkerwerkstatt nutzbar sei. Die Flächenangabe im Verkaufsbescrieb sei als eine zugesicherte und vorausgesetzte Eigenschaft der Kaufsache zu qualifizieren. Es liege daher ein Mangel vor (E. 4.2.2). Die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz seien weder willkürlich noch bundesrechtswidrig (E. 4.2.3).

[99] 4. Weiter überprüfte das Bundesgericht die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung der Kaufpreisreduktion nach der relativen Methode (E. 4.3). Es stellte fest, dass die Vorinstanz zu einem falschen Betrag gelangt sei, indem sie es bei der Berechnung des objektiven Minderwerts der Wohnung belassen und keine proportionale Reduktion des Kaufpreises vorgenommen habe. Damit habe die Vorinstanz gegen Art. 205 Abs. 1 OR und die Rechtsprechung zur relativen Methode verstossen (E. 4.3.2).

[100] a. Korrekt sei von einem objektiven Wert mit Mangel von CHF 930'000, einem objektiven Wert ohne Mangel von CHF 1'111'320 und einem Kaufpreis von CHF 865'000 auszugehen. Der reduzierte Preis betrage demnach CHF 723'869 (= CHF 865'000 x [CHF 930'000 / CHF 1'111'320]), was in einem zu erstattenden Minderwert von CHF 141'131 (= CHF 865'000 – CHF 723'869) resultiere (E. 4.3.3). Daran ändere auch nichts, dass der Kaufpreis unter dem objektiven Wert (mit Mangel) der Wohnung liege, da die relative Methode gerade dazu diene, dem Käufer eine Reduktion im Verhältnis zum objektiven Minderwert zu ermöglichen und so von einem ausgehandelten Vorzugspreis profitieren zu können (E. 4.3.4).

[101] b. Im Ergebnis wurde die Beschwerde daher teilweise gutgeheissen und das vorinstanzliche Urteil dahingehend abgeändert, dass die Verkäuferin zur Bezahlung von CHF 141'131 (zzgl. Zinsen) verurteilt wurde (E. 6).

[102] **Bemerkung: 1.** Im vorliegend behandelten Urteil bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung, wonach eine nicht der tatsächlichen Fläche entsprechende zugesicherte Wohnfläche einen Mangel darstellen kann, welchen den Käufer zur Minderung berechtigt.⁷⁴ Die Gewährleistung für Flächenangaben bei Stockwerkeigentumsanteilen unterliegt nicht Art. 219 OR, sondern den allgemeinen Regeln von Art. 197 ff. OR.⁷⁵

[103] a. Was den Mangel betrifft, so ist zu prüfen, ob die Bewohnbarkeit der Gesamtfläche im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR zugesichert wurde. Ist dies der Fall, wird die Kausalität zum Kaufentschluss vermutet.⁷⁶ Im vorliegenden Fall schloss die Vorinstanz anhand des von der Maklerin erstellten Verkaufsbescriebes⁷⁷ und den übrigen Umständen⁷⁸ auf eine solche Zusicherung.

⁷⁴ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_535/2021 vom 6. Mai 2022 (vgl. BRUNNER/GALLI/VISCHER [Fn. 43], Rz. 65 ff., m.w.H.).

⁷⁵ Art. 219 OR findet auf die Gewährleistung der Grundstücksfläche, nicht aber andere Massangaben wie Bauvolumen oder Bruttogeschossfläche, Anwendung; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 E. 4.3; BGE 87 II 244 E. 1d S. 248; BSK OR I-HONSELL (Fn. 61), Art. 219 OR N 5.

⁷⁶ Zum Ganzen: BSK OR I-HONSELL (Fn. 61), Art. 197 OR N 14 ff; vgl. auch zur Zusicherung beim Werkmangel: PETER GAUCH (Fn. 47), Rz. 1370 ff.

⁷⁷ Vgl. Sachverhalt Teil A.d.: «*indiquant un appartement de 6,5 pièces, une surface habitable de 288 m², dont le deuxième étage comportait deux chambres et était aménageable à souhaits [sic], avec considérable hauteur de plafonds (possibilité de créer une salle d'eau supplémentaire et également une mezzanine)*».

⁷⁸ Die Maklerin führte den Käufer namentlich durch die Wohnung, in deren zweiten Stock sich zu diesem Zeitpunkt zwei Schlafzimmer befanden. Beim Verkauf wurde dem Käufer zudem Pläne der Wohnung ausgehändigt, worauf offenbar nichts darauf hindeutete, dass der zweite Stock nicht für Wohn- oder Arbeitszwecke nutzbar war.

Den Verkaufsbescrieb der Maklerin rechnete sie der Verkäuferin als Handlung einer Hilfsperson (Art. 101 OR) zu.⁷⁹

[104] 2. Der Entscheid bestätigt, dass die Berechnung des Minderwerts nach der sogenannten *relativen oder proportionalen Minderungsmethode* zu erfolgen hat. Das Verhältnis zwischen reduziertem Preis und Kaufpreis entspricht dem Verhältnis zwischen objektivem Wert mit Mangel und ohne Mangel, wodurch sich zur Berechnung der Preisminderung die folgende Formel ergibt:⁸⁰

$$\text{Reduzierter Preis} = \text{Kaufpreis} \times \frac{\text{objektiver Wert mit Mangel}}{\text{objektiver Wert ohne Mangel}}$$

[105] a. Die Anwendung der relativen Minderungsmethode – sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht – entspricht ständiger Rechtsprechung und der h.L.⁸¹ Die Methode beruht auf dem Gedanken, dass das «von den Parteien autonom ausgehandelte Preis-Wert-Gefälle [...] durch die Minderung nicht verwischt werden, sondern proportional erhalten bleiben [soll]».⁸² Das vereinbarte Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung wird also der veränderten Sachlage angepasst. Wird indessen eine Differenz zwischen dem Preis und dem objektiven Wert der Sache nicht nachgewiesen, lässt das Bundesgericht die Berufung auf die tatsächliche Vermutung zu, wonach der Preis dem Wert der mangelfreien Sache entspricht. Diesfalls besteht die Preisminderung in der Differenz zwischen dem objektiven Wert der mängelfreien und mangelhaften Ware (sogenannte *absolute oder lineare Berechnungsmethode*).⁸³ Es obliegt der Partei, die behauptet, dass der objektive Marktwert der mangelfreien Sache höher oder niedriger als der vereinbarte Preis ist, dies zu beweisen. Wird diese Vermutung nicht widerlegt, entspricht die Preisminderung lediglich dem linear berechneten objektiven Minderwert.⁸⁴

[106] b. Demgegenüber will ein Teil der Lehre der absoluten Minderungsmethode generell den Vorzug geben. Die relative Methode berücksichtige den Parteiwillen nicht angemessen. Das gelte insbesondere dann, wenn der Kaufpreis unter dem objektiven Wert der mangelfreien Sache liegt. Diesfalls müsse der Verkäufer nur für einen Teil des (linear berechneten) objektiven Minderwerts eintreten und der Käufer werde durch das für ihn günstige Geschäft benachteiligt.⁸⁵ Die Problematik wird durch den vorliegenden Entscheid illustriert. Die Vorinstanz hatte die absolute Min-

⁷⁹ E. 4.2.2.1 des besprochenen Entscheides.

⁸⁰ Vgl. etwa MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Michael Hochstrasser/Tina Hubert-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Einzelne Vertragsverhältnisse (Art. 184529 OR) und Innominatverträge, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 205 OR N 13; GAUCH (Fn. 47), Rz. 1669 ff.

⁸¹ Statt vieler CHK-MÜLLER CHEN (Fn. 80), Art. 205 OR Rz. 12; GAUCH (Fn. 47), Rz. 1662 ff. und 1670; Urteil des Bundesgerichts 4A_303/2023 vom 26. März 2024 E. 6.1.1 m.w.H.; siehe auch E. 4.1.2.1 des besprochenen Entscheides m.w.H.

⁸² BSK OR I-HONSELL (Fn. 61), Art. 205 OR N 8; vgl. auch CHK-MÜLLER CHEN (Fn. 80), Art. 205 OR Rz. 12; Urteil des Bundesgerichts 4A_303/2023 vom 26. März 2024 E. 6.1.1; siehe auch E. 4.1.2.1 des besprochenen Entscheides m.w.H.

⁸³ E. 4.1.2.2 des besprochenen Entscheids; BGE 111 II 162 E. 3b S. 163 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_23/2021 E. 4. Zum Minderwert in der Höhe der Reparatur- oder Instandsetzungskosten siehe BGE 116 II 305 E. 4a S. 313 f.; BGE 111 II 162 E. 3c S. 164.

⁸⁴ E. 4.1.2.2 des besprochenen Entscheids; Urteil des Bundesgerichts 4A_303/2023 vom 26. März 2024 E. 6.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_23/2021 vom 12. Dezember 2022 E. 4; GAUCH (Fn. 47), Rz. 1677.

⁸⁵ Ausführlich dazu: JUNG/GALLI/VISCHER (Fn. 73), Rz. 20 ff. m.w.H.; vgl. auch BSK OR I-HONSELL (Fn. 61), Art. 205 OR N 9.

derungsmethode angewendet.⁸⁶ In Anwendung der relativen Methode reduzierte das Bundesgericht den Anspruch des Käufers von CHF 180'000 (objektiver Minderwert) auf CHF 141'131⁸⁷ (proportionaler Minderwert gemäss relativer Methode). Liegt der Kaufpreis über dem objektiven Wert der mangelfreien Sache, so ist der Käufer bei Anwendung der relativen Methode zu einer über dem objektiven Minderwert liegenden Preisminderung berechtigt.⁸⁸ Indessen steht dieses Ergebnis der relativen Methode nach der hier vertretenen Auffassung mit dem hypothetischen Parteiwillen durchaus in Einklang, da dem ursprünglich vereinbarten Äquivalenzverhältnis Rechnung getragen wird. Die gegenteilige Annahme, die Parteien hätten den Preis bei Berücksichtigung des Mangels bloss linear im Umfang des objektiven Minderwerts tiefer angesetzt, ist nicht zu vermuten, wenn der Preis höher oder tiefer als der Marktpreis vereinbart wurde.

5. Verdachtsmangel; Unzumutbarkeit als Mangel

Urteil des Bundesgerichts 4A_189/2021 vom 21. März 2023 (MV/DG)⁸⁹

[107] A (Verkäuferin und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) ist Eigentümerin des Grundstücks xxx RFD in Locarno, auf dem sich ein Hotel befindet und von dem die Parzelle yyy abgetrennt wurde. Beide Grundstücke befinden sich in der touristischen Zone des Nutzungsplans. Am 1. Februar 2011 erteilte die Gemeinde Locarno die Baubewilligung für den Bau von vier Mehrfamilienhäusern auf dem Grundstück yyy, die später erneuert und ergänzt wurde. Die Mehrfamilienhäuser sollten im Stockwerkeigentum (STOWE) errichtet werden. Die Baubewilligung hielt fest, dass «die funktionale Verbindung der Wohnungen mit der Hotelstruktur durch eine klare Definition der Dienstleistungen, die das Hotel erbringen muss, im künftigen STOWE-Reglement gewährleistet werden muss» (Sachverhalt Teil A.a).

[108] Am 14. Dezember 2014 verkaufte die Verkäuferin an B (Käuferin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) eine sich im Bau befindliche Wohnung zum Preis von CHF 1'235'000, zahlbar in mehreren Raten. Ziffer 6 der Urkunde sah vor, dass «im Falle des Verzichts auf den Kauf des oben erwähnten Objekts von den geleisteten Anzahlungen ein Betrag in der Höhe von 25% zurückbehalten [wird]» (aus dem Italienischen übersetzt). In Ziffer 11 stand wörtlich «Der Erwerber ist nicht verpflichtet, die Wohnung während seiner Abwesenheit zu vermieten. Er kann frei darüber verfügen.» (aus dem Italienischen übersetzt). In Ziffer 20 wurde festgehalten, dass der Übergang des Besitzes mit Nutzen und Gefahr nach Erlangung der Bewohnbarkeit und mit Übergabe des Objekts nach separater Vereinbarung erfolgen sollte (A.b).

[109] Am 22. April 2015 verfügte die Gemeindeverwaltung eine Reihe von Änderungen des Verwaltungs- und Nutzungsreglements der STOWE, unter anderem dass «der Miteigentümer der Hotelverwaltung jedes Jahr seine Anteile an den ausschliesslichen Rechten und die ihm zur

⁸⁶ E. 4.3.2 des besprochenen Entscheids. Die Vorinstanz berechnete direkt den (gerundeten) Minderwert der nicht bewohnbaren Fläche von 66.5 m², wobei ein Quadratmeterpreis von CHF 5'400 für bewohnbare Flächen und von CHF 2'700 für nichtbewohnbare Flächen verwendet wurde (2'700 CHF/m² x 66.5 m² = CHF 179'550). Eine Dachschräge-Fläche von 81.7 m² blieb im Übrigen völlig unberücksichtigt (vgl. E. 4.3.3), was von den Parteien vor Bundesgericht nicht bestritten war und von diesem entsprechend nicht berücksichtigt wurde.

⁸⁷ E. 4.3.3 des besprochenen Entscheids (oben Rz. 100).

⁸⁸ Vgl. GAUCH (Fn. 47), Rz. 1675.

⁸⁹ Vgl. auch DEBORAH KADERLI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Unzumutbarkeit als Mangel, in: dRSK, publiziert am 2. Februar 2024.

ausschliesslichen Nutzung zugewiesenen Anteile zur Verfügung stellt, um die Nutzung des Eigentums als Hotel sicherzustellen», und dass «die Verwaltung dieser Mietwohnungen in der Verantwortung der Hotelverwaltung liegt». Am 18. Mai 2015 focht die Verkäuferin diesen Entscheid beim Staatsrat des Kantons Tessin an, der diese Einsprache mit Entscheid vom 20. Januar 2016 guthiess und den Gemeindebeschluss für nichtig erklärte. Die Kantonsregierung stellt fest, dass die Gemeinde mit Erlass eines Miteigentümerreglements zur Durchsetzung der baurechtlichen Vorschriften ein ungeeignetes Instrument gewählt hatte, wobei sie jedoch feststellte, dass die Pflicht zur Bereitstellung der Wohnungen inhaltlich richtig war (A.c).

[110] Nachdem die Käuferin die Verkäuferin mehrmals zur Rückerstattung des bereits bezahlten Betrags aufgefordert hatte, klagte sie am 15. September 2017 beim erstinstanzlichen Gericht der Stadt Locarno und verlangte unter anderem die Verurteilung der Verkäuferin zur Zahlung von CHF 185'500 zuzüglich Zinsen. Mit Urteil vom 14. Januar 2020 wies die Erstinstanz die Klage ab (B).

[111] Gegen diesen Entscheid erhob die Käuferin Berufung beim Appellationsgericht des Kantons Tessin, das die Berufung und die Klage mit Urteil vom 24. Februar 2021 guthiess (C).

[112] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Verkäuferin die Aufhebung dieses Urteils und die Klageabweisung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (D und E. 6).

[113] 1. Die Vorinstanz – so das Bundesgericht – habe festgehalten, es sei unbestritten, dass sich die Verkäuferin verpflichtet habe, der Käuferin eine Wohnung zur freien Verfügung und ausschliesslichen Nutzung zu überlassen, ohne dass eine Pflicht bestehe, diese Wohnung für eine Hotelnutzung zur Verfügung zu stellen. Sie habe weiter erwogen, dass dies nicht vereinbar sei mit dem Flächennutzungsplan und dessen Durchführungsbestimmungen, was sowohl die Gemeinde als auch die Kantonsregierung bestätigt hätten. Es existiere zwar kein verwaltungsrechtlicher Entscheid, der diese Beschränkungen aberkenne, es sei aber nicht möglich, die Käuferin zu verpflichten, entgegen der Angaben der zuständigen Behörden in der Wohnung zu wohnen oder jahrelang auf ein Urteil betreffend die Nutzungsvoraussetzungen zu warten. Die Vorinstanz habe daher das Vorliegen eines Mangels bejaht, der einen Rücktritt im Sinne von Art. 205 Abs. 1 OR und Art. 208 OR rechtfertige (E. 4.1).

[114] 2. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Verkäufer gemäss Art. 197 Abs. 1 OR dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch für Mängel hafte, die den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch wesentlich oder rechtlich erheblich beeinträchtigen oder mindern. Die zugesicherten Eigenschaften müssten spätestens bei Gefahrenübergang vorliegen. Liege ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so könne der Käufer mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig machen (Art. 205 Abs. 1 OR) und der Verkäufer habe den gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten und die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer unmittelbar verursacht worden sei (Art. 208 Abs. 2 OR). Der Verkäufer hafte dabei verschuldensunabhängig. Diese Regeln seien analog auch auf den Grundstückkauf anwendbar (Art. 221 OR). Es sei unerheblich, dass die Gemeinde die Bereitstellung der Wohnungen erst nach Unterzeichnung des Vertrags bewilligt habe, da der Gefahrenübergang erst mit Wohnungsübergabe, d.h. Ende Mai 2016, hätte erfolgen sollen. Die Vorinstanz habe daher kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschieden habe, dass die Zusicherung betreffend die exklusive Nutzung der Wohnung verletzt sei und es für die Käuferin unzumutbar sei, während mehrerer Jahre den Ausgang des Verfahrens abzuwarten (E. 4.3).

[115] 3. Zudem schützte das Bundesgericht die Verurteilung der Verkäuferin durch die Vorinstanz zur Zahlung der Notarkosten und der Zinsen. Es hielt betreffend die Notarkosten fest, dass es sich hierbei um einen unmittelbaren Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR handle, der verschuldensunabhängig ersetzt werden müsse (E. 5.1 und 5.2).

[116] **Bemerkung: 1.** Das Bemerkenswerte am hier kommentierten Urteil ist, dass das Bundesgericht (und vor ihm die beiden Vorinstanzen) nicht prüften, ob die von der Verkäuferin zugesicherte freie Verfügbarkeit und ausschliessliche Nutzung der Wohnung verwaltungsrechtlich gegeben war oder nicht. Vielmehr begnügten sich die Gerichte mit der Feststellung, die ausstehende verwaltungsrechtliche Klärung und die deshalb bestehende Unsicherheit über die freie Verfügbarkeit und die ausschliessliche Nutzung der Wohnung stelle einen Mangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR dar, weil es der Käuferin nicht zuzumuten sei, jahrelang auf eine verwaltungsrechtliche Klärung zu warten.⁹⁰ Soweit ersichtlich erkannte das Bundesgericht damit erstmals einen blossen Verdacht auf das Vorliegen eines Mangels als Mangel selbst an.⁹¹

[117] 2. Mit dieser Rechtsfigur des Verdachts als Mangel ist behutsam umzugehen.⁹² Ein solcher Verdacht kann nur dann ein Mangel sein, wenn eine Parteivereinbarung vorliegt, welche die Sollbeschaffenheit des Kaufgegenstands ohne das Vorliegen eines solchen Verdachts umschreibt.⁹³ Andernfalls wird dem Käufer eine unzulässige Beweiserleichterung bzw. sogar eine unzulässige Beweislastumkehr in Bezug auf das Vorliegen des behaupteten Mangels gewährt.⁹⁴ Vorliegend war eine solche Parteivereinbarung wohl nicht gegeben, weshalb das Bundesgericht den blossen Verdacht auf das Vorliegen eines Mangels nicht als Mangel selbst hätte genügen lassen dürfen.

[118] 3. Bei dieser Würdigung spielt es keine Rolle, ob es sich beim Mangel um einen körperlichen oder einen rechtlichen Mangel handelt.⁹⁵ Auch rechtliche Mängel müssen in der Regel nachgewiesen werden und können in der Regel nicht mit der Rechtsfigur des Verdachts als Mangel umgangen werden. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn es sich um einen rechtlichen Mangel aus einem anderen Rechtsgebiet als das Zivilrecht handelt. Das Gleiche gilt für Rechtsmängel im Sinne von Art. 192 ff. OR, die sich nach hier vertretener Auffassung so oder so nicht klar von den rechtlichen (Sach-)Mängeln abgrenzen lassen und zudem immer auch Sachmängel im Sinne von Art. 197 ff. OR sind.⁹⁶

⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_189/2021 vom 21. März 2023 E. 4.1 und 4.3.

⁹¹ Siehe im Allgemeinen zum Verdachtsmangel ARNOLD F. RUSCH, Verdacht als Mangel, AJP 2012, S. 44 ff.

⁹² Zurückhaltend auch CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 80), Art. 197 OR N 26a, betreffend Kaufrecht; etwas liberaler GAUCH (Fn. 47), Rz. 1424, betreffend Werkvertragsrecht; siehe zur Meinung von GAUCH auch Urteil des Bundesgerichts 4A_497/2018 vom 14. März 2019 E. 2.2 f., wo die Meinung von GAUCH «in der Tendenz» abgelehnt wird (so ROLAND HÜRLIMANN/THOMAS SIEGENTHALER, in: Michael Hochstrasser/Tina Hubert-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Einzelne Vertragsverhältnisse [Art. 184529 OR] und Innominatverträge, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 366 OR N 3 *in fine*).

⁹³ MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_394/2018 (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Min-derwert, AJP 2019, S. 842 ff., S. 851.

⁹⁴ Dazu THOMAS KOLLER/DAVID JOST, Rinder-Lasagne mit Pferdefleisch, Salatgurken mit EHEC-Bakterien, dioxin-verseuchtes Schweinefleisch – oft nur ein Verdacht und doch ein Mangel? Überlegungen zum Mangelverdacht bei Lebensmitteln als Vertragswidrigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht (CISG), in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fagnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 35 ff., S. 47 f. mit Hinweis auf die vom BGH entschiedenen deutschen «Hasenfleisch-Fälle».

⁹⁵ Zur traditionellen Unterscheidung von körperlichen und rechtlichen Mängeln bei der Sachgewährleistung z.B. CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 80), Art. 197 OR N 20.

⁹⁶ MARKUS VISCHER, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, S. 129 ff., S. 130; MARKUS VISCHER, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, S. 233 ff., S. 234 f.; a.M. z.B. CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 80), Art. 192 OR N 6.

6. Vertragsrücktritt; Schuldnerverzug bei Einreichen eines Baugesuchs; Setzen einer Nachfrist (Art. 107, 108 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A_355/2022 vom 18. Januar 2023 (CB)⁹⁷

[119] Zwei Schwestern (Verkäuferinnen) sind Miteigentümerinnen eines Grundstücks, auf dem eine Villa errichtet wurde. Am 16. November 2021 schlossen sie mit einem benachbarten Ehepaar (Käufer) einen Kaufvertrag über ihre Liegenschaft ab. Der Kaufpreis betrug CHF 3'960'000 und setzte sich aus einem Kapitalbetrag, einer monatlichen Leibrente zugunsten beider Schwestern sowie einem lebenslangen Wohnrecht im Erdgeschoss zugunsten einer der beiden Schwestern zusammen. Zusätzlich verpflichteten sich die Käufer zu Umbau- und Renovierungsarbeiten, da die Liegenschaft einer umfassenden Renovierung bedurfte. Dazu gehörte auch die Abtrennung der künftigen Wohnung der Käufer vom Teil der Wohnung, der Gegenstand des Wohnrechts der einen Verkäuferin war. Die Parteien legten eine Frist für die Einreichung des Baugenehmigungsgesuchs und eine zweite Frist für den Beginn der Bauarbeiten fest (Sachverhalt Teil A.a., A.b.).

[120] Die Käufer reichten daraufhin fristgerecht das Baugenehmigungsgesuch für alle im Kaufvertrag vorgesehenen Arbeiten bei der zuständigen Behörde ein. Mit Entscheid vom 18. Oktober 2013 lehnte diese das Gesuch ab. Daraufhin erklärten die Käufer den Verkäuferinnen ihre Absicht, ein weiteres Baugenehmigungsgesuch zu stellen, um ihren Verpflichtungen bestmöglich nachzukommen. Für den Fall, dass keine Lösung gefunden würde, besprachen die Käufer und die Verkäuferinnen die Möglichkeit, einen (neuen) Käufer zu suchen, der den Kaufvertrag übernehmen würde. Die Verkäuferinnen bestätigten ihre grundsätzliche Zustimmung zur Abtretung des Kaufvertrags an eine Drittperson und erklärten, dass keine Dringlichkeit für die Durchführung der Arbeiten bestehe (A.c., A.f., A.g., A.h., A.i.).

[121] Später beauftragten die Verkäuferinnen eine Innenarchitektin, um sich nach dem Fortschritt des Baugesuchs zu erkundigen. Als sie erfuhren, dass die Käufer kein neues Baugenehmigungsgesuch gestellt hatten, erklärten sie am 13. Januar 2016 den Kaufvertrag wegen wesentlichen Irrtums und absichtlicher Täuschung für ungültig (A.k., A.l.).

[122] Am 16. April 2018 reichten die Käufer ein neues Baugesuch für einen Umbau der Villa ein, welches von der zuständigen Behörde bewilligt wurde (A.m.).

[123] Am 28. Dezember 2018 reichten die Verkäuferinnen beim erstinstanzlichen Gericht des Kantons Genf Klage ein, mit den Begehren, der Kaufvertrag sei für ungültig zu erklären und es sei ihre Verpflichtung festzustellen, den Käufern die erhaltenen Beträge zurückzuerstatten. Das Gericht wies die Klage am 19. Oktober 2021 ab. Mit Urteil vom 22. Juni 2022 bestätigte das Kantonsgericht Genf das erstinstanzliche Urteil (B.a., B.b.). Die von den Verkäuferinnen dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ab.

[124] 1. Das Bundesgericht erwog, nach Art. 107 Abs. 1 OR könne bei einem zweiseitigen Vertrag, bei dem sich eine Partei in Verzug befinde, die andere Partei eine angemessene Frist zur Erfüllung ansetzen. In den Fällen des Art. 108 OR – d.h., wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass die Nachfrist sich als unnütz erweisen würde (Ziff. 1) oder die Verpflichtung genau zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Frist erfüllt werden muss (Ziff. 3) – sei eine Nachfristansetzung nicht erforderlich.

⁹⁷ Vgl. auch YANNICK HIRSCHI, Vertragsrücktritt beim Grundstückkauf, *ius.focus* 2023, Nr. 58; PASCAL PICHONNAZ, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, *BR* 2023, Nr. 214, S. 149.

[125] Die Vorinstanz habe willkürfrei festgestellt, dass das erste eingereichte Baubewilligungsgesuch den im Kaufvertrag vorgesehenen Arbeiten entsprochen habe. Die Käufer hätten sich nicht in Verzug befunden, als sie das Baugenehmigungsgesuch für alle im Kaufvertrag vorgesehenen Arbeiten fristgerecht einreichten. Der Einwand der Verkäuferinnen, die Käufer seien hinsichtlich der zweiten Frist betreffend Beginn der Bauarbeiten gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR in Verzug gewesen und hätten zudem ein Verhalten an den Tag gelegt, das eine Nachfristsetzung als unnötig erscheinen lasse (Art. 108 Ziff. 1 OR), verwarf das Bundesgericht.

[126] Die Vorinstanz befand, dass die Käufer nicht mehr in der Lage gewesen seien, den Baubeginn innert der festgelegten Frist, d.h. bis zum 30. November 2013, zu veranlassen, als die Baubewilligung am 18. Oktober 2013 verweigert wurde. Bereits vor Ablauf dieser Frist hätten die Käufer ihre Absicht kundgetan, ein weiteres Baugenehmigungsgesuch einzureichen und ggf. einen Teil der Arbeiten auszuführen. Zudem hätten die Parteien vereinbart, die Liegenschaft auf Leibrentenbasis zu verkaufen. Da die Verkäuferinnen bereits vor Ablauf der für den Baubeginn vereinbarten Frist schriftlich mitteilten, dass keine Dringlichkeit bestehe, komme der vereinbarten Frist für den Baubeginn bis zum 30. November keine besondere Bedeutung zu. Das Bundesgericht bestätigte diese Erwägungen. Die Behauptung, die Einhaltung der Frist betreffend Beginn der Bauarbeiten sei im Sinne von Art. 108 OR wesentlich gewesen, sei angesichts des Schreibens der Verkäuferinnen vom 24. Oktober 2013, in der sie erklärten, die Arbeiten seien nicht dringend und sie hätten es nicht eilig, die baulichen Änderungen durchzuführen, haltlos. Der Umstand, dass das 2018 eingereichte Bewilligungsgesuch innerhalb weniger Wochen erfolgreich war, ändere daran nichts. (E. 6.2, 6.3).

[127] **Bemerkung:** Aufgrund des Sachverhalts lag kein Fall des Art. 108 OR vor. Die Verkäuferinnen hätten daher die Käufer zur Ausführung der Arbeiten mittels einer Nachfristansetzung auffordern sollen, bevor sie am 13. Januar 2016 erklärten, den Vertrag aufzulösen. Da sie dies unterlassen hatten, war ihre Klage und auch die Beschwerde abzuweisen.

III. Fahrniskauf

1. Hagelschaden eines Occasionsfahrzeugs; Verneinung des Vorliegens einer absichtlichen Täuschung oder eines Grundlagenirrtums

Urteil des Bundesgerichts 4D_37/2023 vom 25. September 2023 (MV/DG)⁹⁸

[128] A (Käufer, Kläger und Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer) erwarb am 12. Oktober 2012 für CHF 24'000 einen Personenwagen von B (Verkäufer, Beklagter und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer). In der Folge entstand Streit im Zusammenhang mit einem Hagelschaden (Sachverhalt Teil A).

[129] Der Käufer verlangte mit Klage vom 7. Januar 2020, der Verkäufer sei zu verpflichten, ihm CHF 21'637 nebst Zins zu 5% zu bezahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Personenwagens. Der Einzelrichter am Bezirksgericht March wies die Klage am 23. Februar 2022 ab. Die dagegen gerichtete Berufung des Käufers wies das Kantonsgericht Schwyz am 30. Mai 2023 ab, soweit es darauf eintrat (B).

⁹⁸ Vgl. auch LUKAS MOSER/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Hagelschaden eines Occasionsfahrzeugs, in: dRSK, publiziert am 18. Oktober 2024; YANNICK HIRSCHI, Willensmängel beim Fahrzeugkauf, ius.focus 2023, Nr. 302.

[130] Der Käufer beantragte mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde im Wesentlichen, das kantonserichtliche Urteil sei aufzuheben und die Klage sei gutzuheissen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (C und E. 5).

[131] 1. Der Käufer habe sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht auf die Sachgewährleistung berufen, sondern habe nur Willensmängel geltend gemacht. Der Personenwagen habe am 7. Juli 2011 vor dem Verkauf einen Hagelschaden erlitten. Der Käufer werfe dem Verkäufer vor, er habe im Kaufvertrag dennoch erklärt, dass der Personenwagen unfallfrei sei und dass ihm keine Mängel bekannt seien. Am 18. August 2017 sei am Personenwagen nach dem Verkauf abermals ein Hagelschaden entstanden. Der Käufer habe im kantonalen Verfahren geltend gemacht, gemäss Schadenexperte werde die Reparatur des zweiten Hagelschadens unbefriedigend ausfallen, weil der erste Hagelschaden nicht fachmännisch repariert worden sei. Der Verkäufer habe ihn über den ersten Hagelschaden getäuscht (E. 2).

[132] 2. Der Käufer rügte vor Bundesgericht eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung (E. 3 Ingress). Die Erstinstanz – so das Bundesgericht – sei in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen, dass der erste Hagelschaden mit lebenslanger und halterunabhängiger Garantie fachmännisch repariert worden sei und weder rechtlich noch nach dem Verständnis eines Laien einen Unfall oder einen Mangel darstelle. Weiter habe die Erstinstanz erwogen, dass die Gebrauchstauglichkeit und der merkantile Wert des Personenwagens nicht einmal dann erheblich beeinträchtigt worden wären, wenn der erste Hagelschaden nicht vollständig behoben worden wäre. Zudem habe der Verkäufer annehmen dürfen, dass die Reparatur des Schadens *lege artis* erfolgt sei (E. 3.1). Die Vorinstanz habe – so das Bundesgericht – den erstinstanzlichen Entscheid im angefochtenen Urteil geschützt. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringe, verfange nicht (E. 3.2). So zeige der Käufer nicht rechtsgenügend auf, dass die Vorinstanz in Willkür verfiel (E. 3.2.1). Im Übrigen übe der Käufer über weite Strecken appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil. Darauf ist nicht einzutreten (E. 3.2.5). Nach dem Gesagten liege keine willkürliche Beweiswürdigung vor (E. 3.3).

[133] 3. Der Käufer werfe der Vorinstanz eine willkürliche Anwendung von Bundesrecht, insbesondere der Voraussetzungen für das Vorliegen eines Grundlagenirrtums oder einer Täuschung, das Vorliegen von Zusicherungen seitens des Verkäufers sowie eines merkantilen Minderwerts vor (E. 4 Ingress).

[134] a. Das Bundesgericht erwog, der Vertrag sei für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden habe (Art. 23 OR). Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR liege namentlich ein wesentlicher Irrtum vor, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. 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 erscheint. Sei ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zum Vertragsabschluss verleitet worden, so sei der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Das täuschende Verhalten könne in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen von Tatsachen bestehen. Der Getäuschte könne sich kumulativ auch auf Irrtum im Sinne von Art. 24 OR berufen, sofern dieser wesentlich sei. Die von einem Dritten verübte absichtliche Täuschung hindere die Verbindlichkeit für den Getäuschten nur, wenn der andere zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt habe oder hätte kennen sollen (Art. 28 Abs. 2 OR) (E. 4.2).

[135] **b.** Gemäss Vorinstanz – so das Bundesgericht – stehe fest, dass der Verkäufer angenommen habe, der erste Hagelschaden sei fachmännisch repariert worden. Sie habe erwogen, der Käufer habe im Berufungsverfahren nicht geltend gemacht, dass der Verkäufer aufgrund seines Fachwissens eine mangelhafte Reparatur im Sinne von Art. 28 Abs. 2 OR hätte erkennen sollen. Die Vorinstanz habe mit der Erstinstanz festgehalten, der erste Hagelschaden sei kein Unfall gewesen. Sie habe auf eine Lehrstelle verwiesen, wonach der Begriff «Unfall» voraussetzt, dass dem Fahrzeug in der Kausalkette eine «gewisse minimale» Bedeutung oder Mitursache zukommt. Daran fehle es beispielsweise, wenn ein Fahrzeug mit einem Wurfgeschoss beschädigt werde. Vor diesem Hintergrund sei die Vorinstanz sicher nicht in Willkür verfallen, als sie den Hagelschaden nicht als Unfall qualifiziert habe. Weiter habe die Vorinstanz erwogen, dass «die Qualität der Reparatur des Hagelschadens zwar objektiv nicht bewiesen» sei. Doch habe der Verkäufer von einer fachmännischen Reparatur ausgehen können. Mit dieser Begründung sei die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass der Verkäufer keine absichtliche Täuschung beging, indem er erklärte, der Personenwagen sei unfallfrei und mängelfrei. Er habe den reparierten Hagelschaden als behobenen Mangel ansehen dürfen (E. 4.3).

[136] **c.** Nachdem die Vorinstanz – so das Bundesgericht – eine absichtliche Täuschung verneint hatte, habe sie einen Grundlagenirrtum des Käufers geprüft. Sie habe erwogen, der Käufer habe nicht behauptet, dass er im Zeitpunkt des Kaufs aus der vom Verkäufer zugesicherten Mängelfreiheit geschlossen habe, dass kein reparierter Hagelschaden vorliege. Ein allfälliger Irrtum über den reparierten Hagelschaden sei für ihn erst wesentlich geworden, als ihm rund fünf Jahre später mitgeteilt worden sei, wegen des ersten Hagelschadens werde die Reparatur des zweiten Hagelschadens unbefriedigend ausfallen. Daraus habe die Vorinstanz geschlossen, dass für den Verkäufer nach Treu und Glauben subjektiv nicht erkennbar war, dass die Abwesenheit eines reparierten Hagelschadens für den Käufer eine wesentliche Vertragsgrundlage gebildet habe. Gemäss Vorinstanz lege der unbestrittene Verzicht des Käufers auf Gewährleistung nahe, dass reparierte Schäden für ihn nicht vertragswesentlich gewesen seien, zumal er sich nicht nach einem reparierten Hagelschaden erkundigt habe (E. 4.4).

[137] **d.** Die Vorinstanz habe ergänzt, der behauptete Irrtum könne objektiv nicht als wesentlich betrachtet werden, weil die Abwesenheit eines Hagelschadens für eine durchschnittliche Drittperson nur dann eine notwendige Vertragsgrundlage darstellen würde, wenn er nicht repariert wäre oder wenn der Wert des Personenwagens trotz Reparatur erheblich gemindert worden wäre. Der Verkäufer habe eine lebenslange Reparaturgarantie erhalten. Vor diesem Hintergrund könne ihm nicht das Wissen angerechnet werden, wonach der reparierte Hagelschaden die Reparatur eines späteren Hagelschadens beeinträchtigen könnte. Mit dieser Argumentation sei die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass höchstens ein unbeachtlicher Motivirrtum gemäss Art. 24 Abs. 2 OR vorliegt. Sie habe hervorgehoben, dass der Käufer den Personenwagen unbeanstandet Jahre lang gefahren habe, sodass selbst ein allfälliger nicht vertragswesentlicher merkantiler Minderwert in dieser Zeit entfallen sei (E. 4.5).

[138] **e.** Das Bundesgericht hielt fest, was der Käufer dagegen einwende, dringe nicht durch. Er lege nicht rechtsgenügend dar, dass die Vorinstanz die bundesrechtlichen Voraussetzungen eines Grundlagenirrtums oder eines merkantilen Minderwerts willkürlich angewendet hätte (E. 4.6). Nach dem Gesagten liege keine willkürliche Anwendung von Bundesrecht vor (E. 4.7).

[139] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht ist normalerweise eher streng mit den Verkäufern und nimmt deshalb relativ schnell eine absichtliche Täuschung durch den Verkäufer oder einen

Grundlagenirrtum des Käufers an.⁹⁹ Im vorliegenden Fall verneinte es jedoch mit den Vorinstanzen die absichtliche Täuschung durch den Verkäufer und den Grundlagenirrtum des Käufers, auch weil der Käufer die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ungenügend begründet und keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung oder willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanzen nachgewiesen hatte (vgl. E. 3.3 und 4.6).

[140] 2. Wie die Vorinstanzen war auch das Bundesgericht der Meinung, ein Hagelschaden sei kein Unfall und demzufolge ein hagelgeschädigtes Fahrzeug kein Unfallfahrzeug, weshalb die Zusicherung der Unfallfreiheit des Fahrzeugs durch den Verkäufer keine absichtliche Täuschung darstellen könne. Dieser Meinung kann man sich anschliessen, mindestens dann, wenn man die entsprechende Zusicherung des Verkäufers objektiv auslegt, versteht man doch in der Tat landläufig unter einem Unfallfahrzeug kein hagelgeschädigtes Fahrzeug.¹⁰⁰

[141] 3. Ebenso war das Bundesgericht wie die Vorinstanzen der Meinung, der Verkäufer habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass der erste Hagelschaden fachmännisch behoben worden sei, weshalb auch die Zusicherung der Mängelfreiheit keine absichtliche Täuschung darstellen könne. Auch dieser Meinung kann man sich anschliessen, wenn es effektiv so war, dass der Verkäufer nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der erste Hagelschaden fachmännisch behoben worden war, auch wenn die fachmännische Reparatur des ersten Hagelschadens nachträglich objektiv nicht erstellt werden konnte.

[142] 4. Schliesslich war das Bundesgericht wie die Vorinstanzen der Meinung, es liege kein Grundlagenirrtum vor. Diesbezüglich ist die Begründung des Bundesgerichts weniger überzeugend. Denn das Bundesgericht hält zunächst zu Recht fest, dass für die Annahme eines Grundlagenirrtums zwei Merkmale gegeben sein müssen, nämlich die subjektive und objektive Wesentlichkeit des Irrtums für den Irrenden (vgl. E. 4.2).¹⁰¹ Allerdings lässt es dann wie die Vorinstanzen im konkreten Fall den Grundlagenirrtum primär an einem fehlenden dritten Merkmal, nämlich der Erkennbarkeit des Irrtums des Irrenden (hier des Käufers) durch die Gegenpartei (hier des Verkäufers) scheitern (vgl. E. 4.4). Die Erkennbarkeit des Irrtums des Irrenden durch die Gegenpartei spielt aber beim Grundlagenirrtum keine Rolle.¹⁰² Immerhin hielt das Bundesgericht auch die Alternativbegründung der Vorinstanzen für richtig, wonach der erste Hagelschaden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für den Käufer objektiv nicht wesentlich war (vgl. E. 4.5).

[143] 5. Als Lehre auch aus diesem Entscheid müssen Käufer mitnehmen, dass sie in Bezug auf das Kaufobjekt eine angemessene *Due Diligence* durchführen und dem Verkäufer präzise Fragen

⁹⁹ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021 (besprochen von HÄBERLI/GALLI/VISCHER [Fn. 63], *passim*); Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2020 vom 2. November 2020 (besprochen von SCHAFER/GALLI/VISCHER [Fn. 63], *passim*). Für Gegenbeispiele vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_344/2023 vom 7. September 2023 (besprochen von SCHRANZ/GALLI/VISCHER [Fn. 57], *passim*) oder Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2020 vom 24. August 2021 (besprochen von VON ARX/GALLI/VISCHER [Fn. 58], *passim*).

¹⁰⁰ Zur normalerweise vom Bundesgericht vorgenommenen Auslegung, die nicht nur objektiv, sondern zuerst subjektiv und erst bei Scheitern der subjektiven Auslegung objektiv ist, und der Kritik daran z.B. PASCALE BECHER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zum Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei einer Biogasanlage, in: dRSK, publiziert am 14. Dezember 2023, Rz. 14.

¹⁰¹ Siehe dazu z.B. auch BENJAMIN REIS/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Das Element von Treu und Glauben im Irrtumsrecht, in: dRSK, publiziert am 5. Mai 2024, Rz. 14.

¹⁰² Z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 781 mit weiteren Nachweisen.

vorlegen müssen, um alsdann mit dem Verkäufer einen Kaufvertrag mit vernünftigen Zusicherungen aufsetzen zu können.¹⁰³ Das gilt gerade auch im Autooccasionshandel.¹⁰⁴

2. Kaufrechtsvereinbarung betreffend Aktien; rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an Aktien ohne separates Verfügungsgeschäft?

Urteil des Bundesgerichts 4A_25/2023 vom 22. Juni 2023 (MV/DG)¹⁰⁵

[144] A.A (Kläger und Beschwerdeführer, nachfolgend: Kaufrechtsbelasteter) sowie B.A (Beklagter 1 und Beschwerdegegner 1, nachfolgend: Käufer 1), C.A (Beklagter 2 und Beschwerdegegner 2, nachfolgend: Käufer 2) und D.A (Beklagter 3 und Beschwerdegegner 3, nachfolgend: Käufer 3) sind die vier Söhne von E.A und F.A (Sachverhalt Teil A.a).

[145] Am 28. Dezember 2011 schlossen die vier Söhne sowie ihre Eltern eine öffentlich beurkundete Vereinbarung (nachfolgend: Vereinbarung 2011) über die Nachfolge in den Familienunternehmen B AG (nachfolgend: B) und C SA (nachfolgend: C), die unter anderem vorsah, dass E.A die ihm gehörenden Aktien der C den Söhnen zu gleichen Teilen (je 1'375 Namenaktien) und F.A die ihr gehörenden Aktien an der B den Söhnen ebenfalls zu gleichen Teilen (je 2'500 Inhaberaktien) schenken, unter Vorbehalt des Nutzniessungsrechts des schenkenden Elternteils. Für den Fall, dass ein Aktionär plane, seine Aktien zu verkaufen, wurde vorgesehen, dass die Aktien zunächst den übrigen Aktionären (Brüdern) zu einem Vorzugspreis anzubieten seien. Die Schenkung der B-Inhaberaktien wurde noch am selben Tag vollzogen (A.b).

[146] Am 22. November 2018 räumte der Kaufrechtsbelastete der damals von seinem Vater gehaltenen D SA (nachfolgend: D) ein unwiderrufliches Kaufsrecht an den ihm geschenkten B-Aktien ein. Die Käufer erklärten daraufhin dem Kaufrechtsbelasteten, ihr Erwerbsrecht an seinen B-Aktien nach der Vereinbarung 2011 zu gleichen Teilen auszuüben. In der Folge händigte F.A die dem Kaufrechtsbelasteten geschenkten, nicht mehr mit ihrer Nutzniessung belasteten 1'250 B-Inhaberaktien dem Käufer 1 aus und kündigte dem Kaufrechtsbelasteten an, auch seine restlichen Aktien nach Ablauf des verbleibenden Nutzniessungsrechts Ende 2023 zu übertragen (A.c).

[147] Mit Urteil vom 22. März 2022 stellte das Bezirksgericht Horgen fest, der Kaufrechtsbelastete sei Eigentümer von (inzwischen geschaffenen) 125'000 unbelasteten B-Namenaktien sowie weiteren 125'000 bis 31. Dezember 2023 mit der Nutzniessung von F.A belasteten B-Namenaktien (Dispositivziffern 1 und 2). Ferner verpflichtete es ihn (in Gutheissung der Eventualwiderklage der Käufer), seine Zustimmung zur Übertragung der 250'000 B-Namenaktien durch Zession an die Käufer zu erklären und diese Erklärung F.A anzuzeigen, wobei es anord-

¹⁰³ Grundlegend zur *Due Diligence* im Allgemeinen z.B. MARKUS VISCHER, *Due diligence bei Unternehmenskäufen*, SJZ 2000, S. 229 ff.

¹⁰⁴ Siehe dazu LUIS MAISSEN, *Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen*, Diss. Zürich 1999, insbesondere S. 35, wonach Anpreisungen keine Zusicherungen im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR darstellen, sondern als Reklame lediglich die Kauflust fördern sollen; vgl. zudem unter anderem Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 2.3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 1.3.1; BGE 109 II 24 E. 4 S. 24; Urteil des Obergerichts Uri OG Z 12 5 vom 10. Juli 2013 E. 5f), in: RB 2012/13, Nr. 5, S. 71.

¹⁰⁵ Vgl. auch FEDERICO TRABALDO TOGNA/NICOLAS ROUVINEZ, *Under What Conditions can an Option Right be Enforced in a Shareholders Agreement?*, Swiss Contract Law vom 4. September 2024; LUCA BARTOLOMEI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an Aktien ohne separates Verfügungsgeschäft?*, in: DRSK, publiziert am 23. Januar 2024.

nete, die Zessionserklärung des Kaufrechtsbelasteten werde sogleich durch das Urteil ersetzt (Dispositivziffer 4) (B.a).

[148] Mit Urteil vom 29. November 2022 hiess das Obergericht des Kantons Zürich die Berufung teilweise und die Anschlussberufung vollumfänglich gut, hob die Dispositivziffern 1, 2 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts auf und bestätigte unter anderem die Dispositivziffer 3 (Abweisung der Anträge auf Erstattung von Dividendenzahlungen), unter Abweisung der (geänderten) Klagebegehren des Kaufrechtsbelasteten, dass er Eigentümer von 125'000 unbelasteten und 125'000 mit der Nutzniessung belasteten B-Namenaktien sei (B.b).

[149] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Kaufrechtsbelastete dem Bundesgericht im Wesentlichen, es sei das Urteil des Obergerichts vollumfänglich aufzuheben (Ziffer 1) und festzustellen, dass er Eigentümer von 125'000 unbelasteten (Ziffer 2.1) sowie von weiteren 125'000 belasteten B-Namenaktien sei (Ziffer 2.2). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (C und E. 9).

[150] 1. Die Erstinstanz sei, so das Bundesgericht, davon ausgegangen, dass für die Übertragung des Eigentums an Fahrnis nach überwiegender Lehre und der (neueren) bundesgerichtlichen Rechtsprechung zusätzlich zum Verpflichtungsgeschäft und der tatsächlichen Übertragung des Besitzes auf den Erwerber (*traditio*) ein sogenannter dinglicher Vertrag (*contrat réel*) erforderlich sei (E. 8.1).

[151] 2. Gemäss Art. 967 OR bedürfe es zur Übertragung von Wertpapieren zu Eigentum in allen Fällen der Übertragung des Besitzes an der Urkunde. Anwendbar seien die allgemeinen Regeln der Besitzübertragung gemäss Art. 922 ff. ZGB. Nach jenen Regeln werde im Normalfall der Besitz durch Übertragung der Urkunde übertragen, die sich in einer qualifizierten Ortsveränderung (Änderung des Gewahrsams mit Willen des Veräusserers), also in einem körperlichen Vorgang äussere. Es könne jedoch bei gegebenen Voraussetzungen die Übertragung auch ohne Übergabe des Papiers (mittels Traditionssurrogate) geschehen. Art. 967 Abs. 1 OR präge keinen besonderen wertpapierrechtlichen Begriff der Besitzübertragung, sondern enthalte lediglich eine Verweisung auf die allgemeinen sachenrechtlichen Regeln (E. 8.1.1).

[152] a. Die Vorinstanz habe erwogen, das Bundesgericht habe zur Übertragung von Fahrniseigentum in langjähriger Praxis einzig einen gültigen Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft) sowie die Übertragung des Besitzes an der Fahrnis vorausgesetzt. Auch wenn es in neueren Entscheidungen den Begriff des dinglichen Vertrags erwähne, habe es am kausalen Charakter der Übereignung festgehalten, wonach der Erwerb von Fahrniseigentum von der Gültigkeit des ihm zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (*causa*) abhängt. Das Bundesgericht habe bis anhin keine differenzierte Diskussion vorgenommen, aus der sich eine Abkehr von der langjährigen auf dem kausalen Charakter beruhenden Rechtsprechung erkennen liesse und sich ergäbe, dass neben dem Verpflichtungsgeschäft und der Übergabe der Sache (*traditio*) zusätzlich ein dinglicher Vertrag zur Eigentumsübertragung erforderlich wäre. Weder hätten sich die gesetzlichen Grundlagen geändert noch habe sich die bisherige Praxis als unzulänglich erwiesen. Die Vertragsparteien hätten in Ziff. III.2.c der Vereinbarung 2011 ein Kaufrecht vereinbart. Mit Erklärung der Käufer vom 28. Februar 2019 sei ein Kaufvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Die Eigentumsverschaffung sei dem Fahrniskauf inhärent. Der Wille zur Eigentumsübertragung sei anhand der Regelung in Ziff. III.2.c der Vereinbarung 2011 jedenfalls klar ersichtlich. Die Vertragsparteien hätten ihren Willen, Eigentum an den B-Aktien des verkaufswilligen Aktionärs auf die Erwerber zu übertragen, deutlich im Verpflichtungsgeschäft ausgedrückt, einer zusätzlichen Einigung über den Willen zur Eigentumsverschaffung habe es nicht bedurft. Zusammenfassend bedürfe

die Übereignung der B-Aktien neben dem Verpflichtungsgeschäft und der *traditio* keines dogmatisch selbstständigen dinglichen Vertrags über den Willen der Parteien, Eigentum an der Sache zu verschaffen (E. 8.1.2).

[153] **b.** Explizit erwähnt werde laut Bundesgericht das Erfordernis eines dinglichen Vertrags («*un contrat réel entre le constituant et l'acquéreur*») in einem publizierten Bundesgerichtsentscheid im Zusammenhang mit der Begründung eines Pfandrechts an Fahrnis. In der Lehre sei die Frage nach dem Erfordernis eines dinglichen Vertrags zur Übertragung von Eigentum an Fahrnis umstritten (E. 8.1.3).

[154] **c.** Auf die Frage, ob es neben dem Verpflichtungsgeschäft und der *traditio* (bzw. dem Traditionssurrogat) bei der Eigentumsübertragung an Fahrnis (vorliegend an Wertpapieren) zusätzlich generell eines dinglichen Vertrags bedürfe, müsse nicht weiter eingegangen werden. Mit der Vorinstanz sei immerhin festzuhalten, dass mit der Erwähnung eines dinglichen Vertrags keine Abkehr vom Kausalitätsprinzip verbunden sei. Jedenfalls stellen auch die Befürworter eines dinglichen Vertrags nicht in Abrede, dass der dingliche Vertrag, mit dem die Vertragsparteien ihren Willen (in Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts) zur Eigentumsübertragung erklären würden, regelmässig mit dem Verpflichtungsgeschäft und dessen Erfüllung zusammenfalle. Vorliegend sei nicht ersichtlich und der Kaufrechtsbelastete tue auch nicht dar, weshalb der Konsens über das Grundgeschäft (Vereinbarung eines bedingten Kauf- und Verkaufsrechts in der Vereinbarung 2011) noch keine dingliche Wirkung haben solle. Vor diesem Hintergrund seien denn auch die vorinstanzlichen Ausführungen nicht zu beanstanden, mit denen sich der Kaufrechtsbelastete im Übrigen kaum auseinandersetze. Selbst die Erstinstanz habe ein gültiges Verfügungsgeschäft letztlich nicht aufgrund eines fehlenden dinglichen Vertrags, sondern aufgrund der nach ihrer Ansicht fehlenden Verfügungsmacht von F.A. verneint. Dieser Ansicht scheine im Übrigen auch der Kaufrechtsbelastete selbst zu sein, wenn er in seiner Beschwerde ausführe, unabhängig davon, ob man im Zusammenhang mit der *traditio* von einem «dinglichen Vertrag» spreche, gehe es zentral um die Frage, ob F.A. zur Besitz- und Eigentumsübertragung betreffend die B-Aktien ermächtigt gewesen sei (E. 8.1.4).

[155] **3.** Der Kaufrechtsbelastete mache geltend, F.A. sei zur Übertragung der ihm gehörenden B-Aktien mangels entsprechender Ermächtigung nicht befugt gewesen. Sie habe somit den Käufern kein Eigentum an den entsprechenden B-Aktien übertragen können (E. 8.2).

[156] **a.** Die Vorinstanz erwo, nachdem zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande gekommen sei, der den Käufern einen Anspruch auf Eigentums- und Besitzübertragung an den Aktien verleihe, bedürfe es grundsätzlich keiner zusätzlichen Ermächtigung des Kaufrechtsbelasteten zur Besitzübertragung der Aktien an diese. Betreffend die B-Inhaberaktienzertifikate Nr. 1, 3 und 5 erwo die Vorinstanz, die Vertragsparteien seien in Ziff. III.2.b der Vereinbarung 2011 übereingekommen, dass F.A. nach der Schenkung das Recht zur Nutzniessung an den B-Aktien behalte und diese bei ihr verblieben. Sie habe die Aktien mit Willen der Parteien aufgrund ihres obligatorisch wirkenden Nutzniessungsrechts als unselbstständige und unmittelbare Besitzerin für die Parteien gehalten. Die Kaskadenregelung gemäss Ziff. III.2.c der Vereinbarung 2011 habe für sie eine *conditio sine qua non* für die Schenkung ihrer B-Aktien gebildet. Unter diesen Umständen liege es auf der Hand, dass die Vertragsparteien in Ziff. III.2 impliziert hätten, dass der selbstständige, mittelbare Besitz der verkaufswilligen Vertragspartei an den Aktien auf die Erwerber gemäss Kaskade übergehe, wobei die Aktien aufgrund des Nutzniessungsrechts im unselbstständigen, unmittelbaren Besitz von F.A. verbleiben sollten. Eine gegenteilige Auslegung führte dazu, dass der verkaufswillige Aktionär (hier der Kaufrechtsbelastete) nach dem Zustandekommen ei-

nes Kaufvertrags F.A noch die Ermächtigung zur Besitzübertragung an die Käufer hätte erteilen müssen. Damit könne die Regelung in Ziff. III.2.c leicht umgangen werden (Verweigerung der Ermächtigung). Die Vereinbarung 2011 enthalte denn auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass es zum Erwerb der Aktien eines zusätzlichen Akts bedürfe. Die Vereinbarung 2011 enthalte daher eine Besitzesanweisung im Falle des Erwerbs gemäss Ziff. III.2.c., wonach die Erwerber mit dem Abschluss des Kaufvertrags selbstständigen, mittelbaren Besitz erlangen. Die Käufer seien daher seit dem Zustandekommen des Kaufvertrags (am 28. Februar 2019 [Anzeige der Ausübung des Kaufrechts]) selbstständige, mittelbare Besitzer der fraglichen B-Aktien und F.A sei berechtigt gewesen, ihnen die B-Inhabertzertifikate Nr. 1, 3 und 5 herauszugeben. Daran ändere der Umstand nichts, dass bezüglich dieser Aktienzertifikate die Nutzniessung per 31. Dezember 2018 geendet habe, weil die Zertifikate unbestritten bei F.A geblieben und auch nach Ablauf der Nutzniessung als ihr anvertraut gegolten hätten (E. 8.2.1).

[157] **b.** Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setze sich der Kaufrechtsbelastete kaum auseinander. Er mache pauschal geltend, die Vorinstanz gehe davon aus, die Vereinbarung 2011 enthalte für den Fall der Ausübung des Erwerbsrechts (stillschweigend) eine Besitzesanweisung, die F.A ermächtigt habe, die davon betroffenen Aktien den Käufern zu übertragen, wobei eine solche Besitzesanweisung bzw. Ermächtigung weder aus dem Wortlaut der Vereinbarung 2011 noch aus den zu dieser Vereinbarung führenden Umständen ableitbar sei. Eine Verletzung von Bundesrecht sei nicht ersichtlich. Die Vorinstanz habe im Rahmen ihrer Auslegung zum Ergebnis gelangen dürfen, die Vereinbarung 2011 enthalte bereits eine Besitzesanweisung. Ansonsten könne – wie die Vorinstanz in ihrer Auslegung zutreffend ausführe – das in der Vereinbarung 2011 vereinbarte Kaufrecht leicht umgangen werden. Zudem habe die Vorinstanz zutreffend erwogen, die Vereinbarung 2011 enthalte keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass es zum Erwerb der Aktien eines zusätzlichen Akts bedürfe, sei es, dass der verkaufswillige Aktionär dem Besitzübergang an die Erwerber explizit zustimmen müsse, sei es, dass er seine Aktien zunächst herausverlangen müsse, um diese danach den anderen Aktionären zu übergeben. Der Vorwurf des Kaufrechtsbelasteten, die Vorinstanz habe den Rahmen der zulässigen objektivierten Auslegung überschritten, sei unbegründet. Damit müsse nicht auf die (von der Vorinstanz offengelassene) Frage eingegangen werden, ob die Käufer beim Erwerb der entsprechenden Aktien gutgläubig waren (E. 8.2.2).

[158] **Bemerkung: 1.** Das Schweizer Recht folgt unbestrittenermassen für Fahrnis dem Prinzip, wonach sich der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb in mehreren Akten vollzieht und neben einem Verpflichtungsgeschäft auch eines selbständigen Verfügungsgeschäfts bedarf.¹⁰⁶ So verlangen Art. 714 Abs. 1 ZGB und Art. 967 Abs. 1 OR die Besitzübertragung zur Erlangung des Fahrniseigentums. Sachenrechtliche Wirkung kommt damit dem Verfügungsgeschäft und nicht dem Verpflichtungsgeschäft zu.¹⁰⁷ Dagegen ist das Erfordernis eines dinglichen Vertrags für die

¹⁰⁶ RICARDA STOPPELHAAR, Grundprinzipien der Rechtsübertragung, ZBJV 2023, S. 295 ff., S. 305; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Einleitung in das OR N 154 ff.; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, Rz. 05.14 f. und 05.18; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, Rz. 1689; vgl. ferner JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich/Genf 2022, Rz. 1119 für die vorliegend nicht einschlägigen Ausnahmen.

¹⁰⁷ STOPPELHAAR (Fn. 106), S. 306 f.; ARNOLD F. RUSCH/Ivo SCHWANDER, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023, Art. 714 ZGB N 5.; BK-MÜLLER (Fn. 106), Einleitung in das OR N 156 und 158.

Eigentumsübertragung an Fahrnis, wie das Bundesgericht festhält (vgl. E. 8.1.3), in der Lehre umstritten.¹⁰⁸

[159] a. Bereits in der Vergangenheit hat sich das Bundesgericht mehrfach mit der Frage beschäftigt, inwiefern der rechtsgültige Erwerb von Fahrniseigentum einen dinglichen Vertrag voraussetzt. So erwog es, dass die blosser Besitzübertragung nicht ausreiche und rechtsgeschäftlicher Erwerb von Fahrniseigentum kumulativ eines gültigen Erwerbstitels und eines dinglichen Vertrags bedürfe bzw. dass die Begründung eines Fahrnispfandrechts ein Verfügungsgeschäft erfordere, das sich aus einem dinglichen Vertrag und einer Besitzübertragung zusammensetzt.¹⁰⁹ Insbesondere hinsichtlich einer in einem Wertpapier verbrieften Aktie, so das Bundesgericht, setze die Eigentumsübertragung neben dem Erwerbstitel, wie namentlich einem Aktienkaufvertrag, und der Besitzübertragung als materiellen Akt noch einen dinglichen Vertrag als Verfügungsakt voraus, mit dem Käufer und Verkäufer ihren Übertragungswillen bekunden.¹¹⁰

[160] b. Jedoch knüpfte das Bundesgericht im vorliegenden Urteil nicht an diese Rechtsprechung an, sondern ging, mangels Entscheidrelevanz, auf die Frage der Erforderlichkeit eines dinglichen Vertrags explizit nicht weiter ein. Stattdessen begnügte es sich mit der Feststellung, dass die Erwähnung eines dinglichen Vertrags in vergangenen Urteilen in keiner Weise eine Abkehr vom Kausalitätsprinzip darstelle und dass der dingliche Vertrag, sollte er denn erforderlich sein, regelmässig mit dem Verpflichtungsgeschäft und dessen Erfüllung zusammenfalle (vgl. E. 8.1.4).

[161] c. Dadurch zieht das Bundesgericht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem, allenfalls erforderlichen, dinglichen Vertrag und dem Kausalitätsprinzip den richtigen Schluss. Denn damit ein Verpflichtungsgeschäft für das Verfügungsgeschäft überhaupt kausal (oder eben abstrakt) sein kann, muss es sich beim Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft um zwei getrennte Institute handeln. Damit verhält es sich anders als im französischen und italienischen Recht, wo das Konsensprinzip gilt und sich der Eigentumserwerb bereits mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts vollzieht und eine Besitzübertragung hinfällig wird.¹¹¹ Das Verhältnis dieser beiden Institute zueinander wird durch das Kausalitäts- bzw. das Abstraktionsprinzip definiert¹¹² und gerade nicht durch den dinglichen Vertrag.¹¹³ Der dingliche Vertrag ist nur für das Verfügungsgeschäft bedeutsam. Dieser bestimmt nämlich, ob für die Übergabe als Verfügungsgeschäft ein Realakt ausreicht oder ob dieser «von einer dinglichen Einigung begleitet werden muss», unabhängig davon, ob dieses Verfügungsgeschäft kausal oder abstrakt ist.¹¹⁴ So folgt bspw. auch das österreichische Recht dem Kausalitätsprinzip, verlangt aber dennoch einen dinglichen Vertrag.¹¹⁵

¹⁰⁸ Befürwortend neueren Datums z.B. EDOUARD BENOIT, 3 conditions de constitution, 2 voies possibles pour constituer, 1 droit de gage général, 0 pouvoir d'appréciation, in: Marie-Laure Papaux van Delden/Sylvain Marchand/Frédéric Bernard (Hrsg.), *Le juge apprécie. Mélanges en l'honneur de Bénédicte Foëx*, Genf/Zürich 2023, S. 5 ff., S. 9 f.

¹⁰⁹ BGE 142 III 746 E. 2.1 S. 751 f. = Pra 2018, Nr. 15, S. 134; Urteil des Bundesgerichts 6B_994/2010 vom 7. Juli 2011 E. 5.3.3.2.

¹¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_314/2016 und 4A_320/2016 vom 17. November 2016 E. 4.1.

¹¹¹ BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, *Berner Kommentar*, Bern 2022, Art. 641 ZGB N 409 und 425.

¹¹² STOPPELHAAR (Fn. 106), S. 307 ff.; HEINRICH HONSELL, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt? in: Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris/Heinrich Honsell/Thomas Koller (Hrsg.), *Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, S. 349 ff., S. 350 ff.

¹¹³ A.M. wohl NATAŠA HADŽIMANOVIĆ, *Grundfragen des Mobiliarkreditsicherungsrechts*, Bern 2022, S. 263 f. und PETER HANSJÖRG, *Der Eigentumsübergang an Fahrnis*, BLSchK 2017, S. 137 ff., S. 137, die den dinglichen Vertrag zwingend mit Abstraktheit gleichsetzen.

¹¹⁴ STOPPELHAAR (Fn. 106), S. 303; HONSELL (Fn. 112), S. 352.

¹¹⁵ STOPPELHAAR (Fn. 106), S. 309 f.; HONSELL (Fn. 112), S. 351 und 353.

Dem Bundesgericht ist daher zuzustimmen, dass der dingliche Vertrag dem Kausalitätsprinzip nicht widerspricht.

[162] 2. Angesichts dieser Ausführungen ist die Aussage des Bundesgerichts im vorliegenden Fall etwas verwirrend, dass nicht ersichtlich sei, «weshalb der Konsens über das Grundgeschäft (Vereinbarung eines bedingten Kaufs- und Verkaufsrechts in der Vereinbarung 2011) noch keine dingliche Wirkung haben soll» (E. 8.1.4). Gemeint ist damit aber nicht, dass bereits das in der Vereinbarung 2011 enthaltene Verpflichtungsgeschäft diese Wirkung hat. Vielmehr ist damit gemeint, dass in der Vereinbarung 2011 nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch bereits das Verfügungsgeschäft enthalten ist, das aus einer Besitzesanweisung besteht und diese dingliche Wirkung hat (E. 8.2.2).

[163] Die Erkenntnis, dass das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft im gleichen Vertrag enthalten sein können, eröffnet neue Möglichkeiten zur Absicherung von gegenseitig eingeräumten Kaufsrechten und ähnlichen Rechten wie dies bspw. in einem Aktionärbindungsvertrag häufig vorkommt.¹¹⁶ Denn die Absicherung solcher Rechte ist ein Problem in der Praxis und entsprechend ein viel diskutiertes Thema.¹¹⁷

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 Managing 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.

¹¹⁶ MARKUS VISCHER, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften), *successio* 2020, S. 4 ff., S. 8 ff.

¹¹⁷ VISCHER (Fn. 116), S. 15; MARKUS VISCHER, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XIII*, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 141 ff., S. 156 ff.