

Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2018

Der Beitrag führt im Sinne eines Updates den Überblick über die im Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie die in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2018 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Die Initialen in den Titeln geben jeweils den/die Verfasser an.

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Kaufrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2018, in: Jusletter 11. November 2019

Inhaltsübersicht

- I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)
 - 1. Bestreitungslast bei impliziter Behauptung der Herstellung der Ware; Schadensminderungspflicht (Art. 77 CISG) und Beweislast
 - 2. Schaden des Verkäufers bei Annahmeverzug und Vertragsaufhebung (Marktminderwert und Qualitätsverlust bei Rohöl)
- II. Unternehmenskauf
 - 1. Kauf eines landwirtschaftlichen Gewerbes; fehlende BGGB-Bewilligung
 - 2. Betriebskauf (*Asset Deal*); Kauf eines Garagenbetriebs; Irrtum über wertbeeinflussende Faktoren
 - 3. Auslegung einer Indexklausel zur Festsetzung des Baurechtszinses in einem Aktienkaufvertrag; Bedeutung nachträglichen Parteiverhaltens
 - 4. Kaufsrecht (*Call-Option*) an Aktien; «Schiedsgutachterklausel» in ABV
 - 5. Aktienkaufvertrag; Fälligkeit des Kaufpreises bei vinkulierten Namenaktien; Wirksamkeit einer 10 Monate vor Vertragsschluss erteilten Zustimmung des Verwaltungsrats zur Übertragung
 - 6. Durch richterliche Vertragsauslegung nicht auflösbarer widersprüchlicher Wortlaut bei einem Aktienkaufvertrag (Dissens)
- III. Grundstückkauf
 - 1. Formungültige Reservationsvereinbarung; Rückforderung der Anzahlung
 - 2. Dissimulierter Grundstückkaufvertrag; fehlende BewG-Bewilligung
 - 3. Vermittlungsmäklerlei; Wegbedingung des psychologischen Zusammenhangs im Sinne von Art. 413 Abs. 1 OR
 - 4. Unwirksamkeit einer Freizeichnungsklausel des «Hersteller-Verkäufers» einer zweijährigen Liegenschaft für Mängel, mit denen der Käufer vernünftigerweise nicht rechnen musste
 - 5. Auslegung einer Konventionalstrafen-Klausel; gemischter Grundstückkaufvertrag und Hotelvertrag
- IV. Diverses
 - Finanzierung bei Aushubmaterial von belasteten Standorten; Begriff des «Inhabers eines Grundstücks» im Sinne von Art. 32b^{bis} USG; keine Aktivlegitimation für obligatorisch Berechtigte

- I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)**
 - 1. Bestreitungslast bei impliziter Behauptung der Herstellung der Ware; Schadensminderungspflicht (Art. 77 CISG) und Beweislast**

Urteil des Bundesgerichts 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 (CB)¹

[1] Die Firma Z. mit Sitz in Deutschland (Käuferin) wurde von der Stadt U. (Deutschland) mit der Errichtung einer Beleuchtungs- und Bühneninstallation für ein Fernsehstudio beauftragt. Zur Erfüllung dieses Vertrags schloss Z. mit der X. SA mit Sitz in der Schweiz (Verkäuferin) einen als Subunternehmervertrag («*contrat de sous-traitance*») bezeichneten Vertrag über die Herstellung, Lieferung und Konfiguration einer Beleuchtungsanlage ab. Die Käuferin leistete eine Anzahlung

¹ Vgl. auch FRANÇOIS BOHNET, Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause X. SA contre Z. (recours en matière civile) 4A_243/2018 du 17 décembre 2018, SZPP 2019, Nr. 2223 S. 239 ff.; GRÉGOIRE GEISSBÜHLER/MÉLANIE TRITTEN, Procédure suisse et vente internationale de marchandises, in: dRSK, publiziert am 11. Juni 2019.

von EUR 35'647. Nachdem die Verkäuferin angekündigt hatte, die bestellten Elemente des Systems seien lieferbereit, kündigte die Käuferin den Vertrag mit sofortiger Wirkung, mit der Begründung, die Konformitätsbescheinigungen der Anlage zu den geltenden Normen in Deutschland sei von der Verkäuferin nicht vorgelegt worden.

[2] In der Folge verlangte die Verkäuferin die Restanz des Kaufpreises, wohingegen die Käuferin die Rückerstattung der von ihr geleisteten Anzahlung verlangte. Die Verkäuferin erhob daraufhin eine Klage auf Zahlung, worauf die Käuferin Widerklage auf Rückerstattung der bereits geleisteten Anzahlung erhob. Offenbar hob die Verkäuferin den Vertrag anschliessend selbst aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung der Käuferin auf (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. a / Art. 25 CISG).²

[3] Das Zivilgericht von Lausanne hiess die Klage der Verkäuferin gut und verpflichtete die Käuferin, den Restbetrag von EUR 71'295 unter dem Titel Schadenersatz gem. Art. 74 CISG zu zahlen. Die Erstinstanz hielt dafür, die Käuferin habe den Nachweis nicht erbracht, dass die von der Verkäuferin erstellte Anlage nicht den in Deutschland geltenden Normen entspreche und dass die Vertragsaufhebung daher ungerechtfertigt gewesen sei. Zudem stellte sie in Bezug auf den Schadensnachweis fest, die Verkäuferin habe die Anlage nach den spezifischen Bedürfnissen der Käuferin erstellt und die Anlage sei lieferbereit gewesen. Es gäbe daher keinen Anlass, an den Behauptungen der Verkäuferin zu zweifeln, dass die Anlage aufgrund der besonderen Spezifikationen auf dem Markt nicht weiterverkauft werden könne.

[4] Auf Berufung der Käuferin hob das Kantonsgericht des Kantons Waadt dieses Urteil auf und verurteilte die Verkäuferin zur Rückerstattung der Anzahlung von EUR 35'647. Es stellte fest, die Verkäuferin habe weder behauptet noch den Beweis erbracht, dass die Anlage tatsächlich hergestellt worden sei; daher sei sie nicht berechtigt, den Kaufpreis zu verlangen. Zudem habe die Verkäuferin nicht bewiesen, dass es unmöglich gewesen wäre, die Anlage an einen Dritten weiterzuverkaufen. Damit habe sie auch ihre Schadenersatzminderungspflicht verletzt und könne keinen Schaden geltend machen. Die Verkäuferin erhob Beschwerde beim Bundesgericht.

[5] 1. Das Bundesgericht stellte einleitend fest, dass die Käuferin vor dem Kantonsgericht nur die zwei oben genannten Aspekte kritisiert hatte: Einerseits, dass die Verkäuferin weder behauptet noch den Beweis erbracht habe, dass die Anlage tatsächlich hergestellt worden sei; und zweitens, dass die Verkäuferin nicht bewiesen habe, dass die Anlage anderweitig hätte weiterverkauft werden können.

[6] 2. Im Hinblick auf die Behauptungs- und Bestreitungslast hinsichtlich der Herstellung der Anlage stellte das Bundesgericht im Sachverhalt fest, dass die Verkäuferin in Rz. 21 der Klage behauptet hatte, sie habe der Käuferin mit Schreiben vom 17. März 2011 mitgeteilt, dass die Ware versandbereit sei, und dass sie zum Beweis dieses Schreiben einreichte. Die Käuferin bestritt diese Behauptung vor erster Instanz nicht und machte vor der zweiten kantonalen Instanz wie auch vor Bundesgericht geltend, sie sei zu einer Bestreitung mangels einer hinreichenden entsprechenden Behauptung seitens der Verkäuferin nicht verpflichtet gewesen.

[7] 3. Die Verkäuferin rügte vor Bundesgericht, das Vorgehen der Vorinstanz sei überspitzt formalistisch. Sie habe auch verkannt, dass die Theorie der implizit vorgebrachten Tatsachen zu beachten sei. Das Bundesgericht führte dazu aus, in Verfahren, bei denen die Verhandlungsmaxime gilt,

² Dies folgt wohl implizit aus E. 3: «Elle [la cour d'appel] a constaté tout d'abord que l'acheteuse ne conteste pas le principe de sa responsabilité, ne remettant pas en cause sa contravention essentielle au contrat, ni ne conteste le droit de la vendeuse à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 74 CVIM.».

müsse der Beklagte Sachverhaltsbehauptungen des Klägers, die für die Gültigkeit einer Rechts-handlung sprechen, ausdrücklich bestreiten; ansonsten würden sie als anerkannt gelten (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Eine bloss pauschale Bestreitung genüge nicht (E. 4.2.1). Eine implizite Behauptung beziehe sich auf eine Tatsache, welche offenkundig in einer anderen, ausdrücklich erhobenen Tat-sachenbehauptung mitenthalten ist. Vorliegend müsse nach der allgemeinen Lebenserfahrung als erstellt gelten, dass in der Behauptung, die Ware sei versandbereit, implizit auch die Behauptung enthalten ist, dass die Ware hergestellt worden ist. Die Tatsache der Herstellung der Ware sei da-her eine implizite Tatsache, die nicht habe ausdrücklich behauptet werden müssen. Es hätte daher der Käuferin obliegen, die angeblich fehlende Herstellung zu bestreiten und damit ihrer Bestrei-tungslast nachzukommen. Da die Käuferin dies nie bestritten habe, musste die Herstellung von der Verkäuferin auch nicht speziell bewiesen werden.

[8] 4. Weiter stellte das Bundesgericht fest, die Vorinstanz habe zu Unrecht zu Lasten der Verkäu-ferin erkannt, diese habe nicht bewiesen, dass es unmöglich sei, die Anlage an einen Dritten wei-terzuverkaufen. Gemäss Art. 77 CISG habe die Partei, die sich auf eine Vertragsverletzung beruft, alle den Umständen nach angemessenen Massnahmen zur Verringerung des aus der Vertrags-verletzung folgenden Verlusts, einschliesslich des entgangenen Gewinns, zu treffen. Versäumt sie dies, so kann die vertragsbrüchige Partei Herabsetzung des Schadenersatzes in Höhe des Betrags verlangen, um den der Verlust hätte verringert werden sollen. Vorliegend sei die «vertragsbrü-chige Partei» im Sinne von Art. 77 Satz 2 CISG die Käuferin; sie hätte also eine Verletzung der Schadenminderungspflicht der Verkäuferin behaupten und beweisen müssen. Die Beweislast hin-sichtlich der Behauptung, die ersatzberechtigte Partei habe ihren Schaden nicht gemindert, trage der Schuldner, da er daraus Rechte ableite. Die Vorinstanz habe die Beweislast zu Unrecht der Verkäuferin statt der Käuferin auferlegt (E. 5). Das Bundesgericht hiess daher die Beschwerde gut und urteilte reformatorisch im Sinne des erstinstanzlichen Urteils.

[9] **Bemerkung:** Den Ausführungen des Bundesgerichts ist beizupflichten. Dem Entscheid der kantonalen Vorinstanz haftete in der Tat der Makel eines exzessiven Formalismus an.³ Was die Ausführungen zur Schadenminderungspflicht gemäss Art. 77 CISG und zur Beweislast betrifft, so ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Beweislast vom CISG mitgeregelt ist.⁴ Weiter ist zu ergänzen, dass die Käuferin vorliegend zwar die Beweislast hinsichtlich einer Verletzung der Schadenminderungspflicht der Verkäuferin trug, dass aber der Verkäuferin eine prozessuale Mitwirkungspflicht bei der Beweisführung hätte auferlegt werden können. Hätte die Verkäuferin diese Mitwirkungspflicht ungerechtfertigt verweigert, so hätte dies zwar nicht zu einer Umkehr der Beweislast geführt, aber bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden können.⁵

2. Schaden des Verkäufers bei Annahmeverzug und Vertragsaufhebung (Marktminderwert und Qualitätsverlust bei Rohöl)

Urteil des Bundesgerichts 4A_154/2018 vom 9. Juli 2018 (CB)

³ Vgl. zu den prozessualen Aspekten des Entscheids GEISSBÜHLER/MÉLANIE TRITTEN (Fn. 1), Rz. 23–31.

⁴ Vgl. etwa CHRISTOPH BRUNNER/THOMAS MURMANN/MARIUS STUCKI, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn 2019, N 53 zu Art. 4 CISG je m.Nw.

⁵ CHRISTOPH BRUNNER/FRIEDERIKE SCHÄFER, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn 2019, N 15 zu Art. 77 CISG m.Nw.; zustimmend GEISSBÜHLER/TRITTEN (Fn. 1), Rz. 21.

[10] Am 24. Dezember 2013 schlossen die A. AG (Verkäuferin mit Sitz in der Schweiz) und die D. Span (Käuferin mit Sitz in Italien) einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Rohöl ab. Die Verkäuferin verpflichtete sich, der Käuferin jährlich ansteigende Mengen von Rohöl aus einem Ölfeld in Albanien sukzessiv zu liefern. Zugleich schlossen die Parteien ein «Amendment Agreement» über die erste Lieferung von 58'000 Barrel (ca. 9'200 MT) Rohöl ab. Die Parteien einigten sich auf einen Preis von 70% des Marktpreises der Rohölsorte Brent. Zum Erfüllungsort wurde vereinbart, die Verkäuferin habe das Rohöl an Bord der Schiffe (Incoterm: FOB) im Schiffsterminal Porto Romano in Albanien zu bringen. Die Parteien bestimmten im Rahmenvertrag als Gerichtsstand das Gericht am Sitz der jeweiligen Beklagten und vereinbarten die Anwendung italienischen Rechts.

[11] Die Käuferin bezahlte am 27. Dezember 2013 USD 4'535'020 für die erste Lieferung von 58'000 Barrel Rohöl zum Voraus. Nach Lieferverzögerungen seitens der Verkäuferin teilte diese im Juli 2014 der Käuferin mit, dass mehr als 10'000 MT Rohöl im Hafen Porto Romano und auf dem Ölfeld bereit stünden und sie zur Lieferung ab Lagerort bereit sei. In der Folge stritten die Parteien über die Modalitäten der Lieferung. Mangels Einigung holte die Käuferin das Rohöl nicht ab. Am 31. Dezember 2014 akzeptierte die Verkäuferin die von der Käuferin verlangte Auflösung des «Amendment Agreement».

[12] Am 15. Mai 2015 verurteilte das Handelsgericht des Kantons St. Gallen die Verkäuferin (Beklagte), der Käuferin (Klägerin) USD 3'428'960 nebst Zins ab 15. Mai 2015 zu bezahlen. Das Handelsgericht hielt fest, dass die Käuferin nach dem massgebenden italienischen Recht mit Schreiben der Verkäuferin vom 4. November 2014 in Abnahme- bzw. Gläubigerverzug geriet und dieser durch die vereinbarte Aufhebung des «Amendment Agreement» am 31. Dezember 2014 endete. Es zog vom eingeklagten Betrag (Rückzahlung der USD 4'535'020) einen auf den Gläubigerverzug der Käuferin zurückzuführenden Wertverlust des Rohöls ab.

[13] 1. Vor Bundesgericht rügte die Verkäuferin, das Handelsgericht sei rechtsfehlerhaft von einem zu tiefen Verzugschaden ausgegangen. Das Handelsgericht stellte fest, dass sich der Rohölpreis zum Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs am 4. November 2014 im Tagesdurchschnitt noch auf USD 83.65 pro Barrel belief und damit höher war als der vereinbarte Kaufpreis von USD 75.81 pro Barrel. Aus diesem Grund stellte sie für die Berechnung des Verzugschadens nicht auf den Tagesdurchschnitt vom 4. November 2014 ab, sondern auf den vereinbarten Kaufpreis. Am Ende des Verzugs der Käuferin betrug der Rohölpreis nur noch durchschnittlich USD 56.74 pro Barrel. Den Verzugschaden von USD 1'106'060 errechnete das Handelsgericht mit der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis für das Rohöl (USD 4'396'980) und dem durchschnittlichen Rohölpreis am Ende des Verzugs (31. Dezember 2014; USD 3'290'920).

[14] 2. Die Verkäuferin machte geltend, für die Berechnung des Verzugschadens hätte richtigerweise die Differenz zwischen Kaufpreis und 70% des Marktpreises der Rohölsorte Brent per 31. Dezember 2014 ermittelt werden müssen. Das Bundegericht erwog, die Verkäuferin verkenne, dass wenn für den Wert des Rohöls 70% des Marktpreises der Rohölsorte Brent per 31. Dezember 2014 eingesetzt würden, auch bei Eintritt des Verzugs 70% des Brent-Preises eingesetzt werden müssten. In diesem Fall würde sich die Berechnung aus der Differenz von 70% des Brent-Preises bei Verzugsseintritt (USD 58.55 pro Barrel) und 70% des Brent-Preises bei Verzugsende (USD 39.72 pro Barrel) ergeben. Da die Differenz von USD 1'092'140 geringer sei als der von der Vorinstanz ermittelte Schaden aus Gläubigerverzug von USD 1'106'060, habe sie an der entsprechenden Rüge zum Vornherein kein schutzwürdiges Interesse (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG).

[15] 3. Weiter rügte die Verkäuferin eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und des Rechts auf Beweis nach Art. 152 Abs. 1 ZPO, weil das Handelsgericht Beweise nicht erhoben habe, mit denen sie den Qualitätsverlust des Rohöls durch die längere Lagerung während der Zeit des Gläubigerverzugs habe beweisen wollen. Das Handelsgericht erachtete die Behauptung der Verkäuferin, das Rohöl habe wegen langer Lagerung und mehrfachen Aufheizens in der Zeit des Gläubigerverzugs zwischen dem 4. November 2014 und dem 31. Dezember 2014 an Qualität und damit Wert verloren, als unbewiesen. Um einen Qualitätsverlust während der Dauer des Verzugs nachzuweisen, hätte die Verkäuferin nach den Erwägungen des Handelsgerichts ihre entsprechenden Messungen bei Beginn und bei Ende des Verzugs vornehmen müssen. Zudem hielt sie es als wenig wahrscheinlich, dass in der kurzen Verzugsdauer von weniger als zwei Monaten eine massgebliche Qualitätseinbusse eingetreten sein könnte und bemerkte, dass die Verkäuferin ohnehin keinen substantiierten Beweisantrag zur Begutachtung einer allfälligen Qualitätsverminderung während der Dauer des Verzugs gestellt hatte.

[16] 4. Die Beweisofferten der Verkäuferin, welche das Handelsgericht nicht abgenommen hatte, betrafen neben Parteibefragungen/Beweisaussagen von Organen der Verkäuferin bzw. ihrer Tochtergesellschaft eine Zeugenbefragung des Vertreters der Drittkäuferin, der die Verkäuferin das umstrittene Rohöl schliesslich verkaufte, sowie ein Gutachten zur Frage, wie sich das Rohöl verändert, wenn es 17 bis 18 Monate gelagert wird.

[17] 5. Das Bundesgericht erwog, die beantragten Parteiaussagen und Zeugenbefragungen seien von vornherein keine im Sinne von Art. 152 Abs. 1 ZPO taugliche Beweismittel, um den behaupteten Qualitätsverlust des Rohöls während der Verzugsdauer zu beweisen. Das Handelsgericht habe zu Recht festgehalten, um die Behauptung der Verkäuferin zu beweisen, wären Messungen zu den massgebenden Zeitpunkten oder wenigstens Expertenerklärungen zum möglichen Qualitätsverlust unter den gegebenen Umständen und während der massgebenden Zeit möglich und erforderlich gewesen. Doch selbst wenn die Aussagen von Organen der Verkäuferin oder des Vertreters der Drittkäuferin, welche das Rohöl schliesslich kaufte, grundsätzlich im Sinne von Art. 152 ZPO zur Beweiserbringung tauglich wären, wäre ihnen jedenfalls eine so geringe Beweiskraft zuzuschreiben, dass das Handelsgericht willkürfrei davon ausgehen konnte, sie würden nicht vermögen, das Ergebnis der Beweiswürdigung in Frage zu stellen. Es bedürfe zudem keiner Erklärung, dass das von der Verkäuferin beantragte Gutachten zum möglichen Qualitätsverlust des Rohöls durch Lagerung und Wiederaufheizung für eine Lagerhaltung von 17 bis 18 Monaten für den möglichen Qualitätsverlust während zweier Monate nicht taue. Damit sei die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis nicht verletzt. Daran ändere auch nichts, dass das Handelsgericht nicht ausdrücklich erklärte, es würdige die angebotenen Beweise antizipiert, da aus der Begründung der erhobenen Rügen hervorgehe, dass die Verkäuferin den Entscheid in voller Kenntnis an das Bundesgericht habe weiterziehen können (E. 4). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[18] **Bemerkung:** 1. Vorliegend war die Verkäuferin aufgrund des einvernehmlichen Aufhebungsvertrags verpflichtet, der Käuferin den zum Voraus entrichteten Kaufpreis zurückzuerstatten, allerdings bloss unter Abzug des auf den Gläubigerverzug zurückzuführenden Wertverlusts des Rohöls zwischen dem 4. November und dem 31. Dezember 2014. Ein allfälliger Wertverlust des Rohöls in dieser Zeitperiode war nach dem Entscheid unter dem Titel Verzugsschaden von der Käuferin zu tragen.

[19] 2. Der Fall wurde vom Handelsgericht nach internem italienischem Recht entschieden.⁶ Aufgrund des im Entscheid enthaltenen Sachverhalts ist nicht ersichtlich, weshalb das CISG nicht zur Anwendung kam. Bei einer Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Vertragsstaates (hier: italienisches Recht) ist auch das CISG als integraler Bestandteil erfasst und es liegt nach ganz h.M. vermutungsweise kein impliziter Ausschluss des CISG vor, es sei denn, die Auslegung der Rechtswahlvereinbarung lege einen Ausschluss mit hinreichender Eindeutigkeit nahe.⁷ Dies wurde neuerdings im Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019 (zur amtlichen Publikation vorgesehen) bestätigt.⁸ Dort hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass wenn beide Seiten auf Grundlage eines bestimmten nationalen Rechts argumentieren, darin eine nachträgliche Ausschlussvereinbarung höchstens dann erblickt werden könne, wenn erstellt ist, dass die Parteien die Anwendbarkeit des CISG gesehen und dennoch das unvereinlichte Recht übereinstimmend zur Grundlage ihrer Argumentation genommen haben.⁹

[20] 3. Wäre das CISG anwendbar, so wären bei einer Vertragsaufhebung des Verkäufers infolge Nichtannahme der Ware durch den Käufer gem. Art. 64 CISG neben Art. 74 (Umfang des Schadenersatzes), Art. 75 (Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung und Deckungsgeschäft; konkrete Berechnungsmethode) und Art. 76 (Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung ohne Deckungsgeschäft; abstrakte Berechnungsmethode) zu berücksichtigen. Aufgrund des im Entscheid enthaltenen Sachverhalts ist unklar, weshalb die Verkäuferin nicht den – möglicherweise höheren – Schaden aufgrund konkreter Berechnung unter Berücksichtigung des erfolgten Deckungsverkaufs, der möglicherweise zu einem tieferen Preis als dem per Ende des Verzugs ermittelten Marktpreis erfolgte, berechnen konnte. Im Fall, dass der Gläubiger ein Deckungsgeschäft, das zeitlich, sachlich oder preislich nicht angemessen ist, abschliesst, entfällt die konkrete Berechnung und der Gläubiger kann den Schaden nach der abstrakten Methode gemäss Art. 76 CISG oder subsidiär bzw. alternativ nach Art. 74 CISG berechnen.¹⁰ In der Sache folgt der Entscheid des Handelsgerichts einer abstrakten Berechnung.¹¹ Die abstrakte Schadensberechnung nach Art. 76 CISG setzt voraus, dass der Vertrag aufgehoben worden ist, kein angemessenes Deckungsgeschäft abgeschlossen wurde und ein Marktpreis besteht. Der Gläubiger kann dann die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis, zu dem ein Deckungsgeschäft hätte abgeschlossen werden können, als Schaden für den entgangenen Warenwert geltend machen. Art. 76 CISG unterstellt also ein hypothetisches Deckungsgeschäft zu Marktbedingungen. Für die Be-

⁶ Siehe Sachverhalt Teil A.c.: «Die Parteien bestimmten im Rahmenvertrag als Gerichtsstand das Gericht am Sitz der jeweiligen Beklagten und vereinbarten die Anwendung italienischen Rechts.» Das Handelsgericht erwog offenbar, dass damit internes italienisches Recht anwendbar sei. Dies ergibt sich insbes. aus E. 2.1: «Die Vorinstanz hielt fest, dass der Gläubiger nach dem massgebenden italienischen Recht (Art. 1206 des Codice Civile [CC]) in Verzug gerät, wenn er ohne rechtmässigen Grund eine angebotene Zahlung nicht annimmt oder nicht die erforderlichen Handlungen vornimmt, damit der Schuldner die Verbindlichkeit erfüllen kann.»

⁷ Vgl. etwa FRANCO FERRARI, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., Basel 2019, N 22 zu Art. 6 CISG; SIMON MANNER/MORITZ SCHMITT, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn 2019, N 3 und 5 zu Art. 6 CISG je m.Nw.

⁸ Siehe E. 4.1 und 4.3.2 mit ausführlichen Nw. Dieser Entscheid wird in der Rechtsprechungsübersicht zu den im Jahr 2019 ergangenen Bundesgerichtsentscheiden kommentiert werden.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019 E. 4.4.1.

¹⁰ Art. 76 CISG, vgl. auch Art. 215 Abs. 2 OR. Siehe etwa CHRISTOPH BRUNNER/NILS SCHMIDT-AHRENDTS/ MARK CZARNECKI, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, N 2 zu Art. 76 CISG.

¹¹ Art. 76 CISG bestimmt: «(1) Ist der Vertrag aufgehoben und hat die Ware einen Marktpreis, so kann die Schadenersatz verlangende Partei, wenn sie keinen Deckungskauf oder Deckungsverkauf nach Artikel 75 vorgenommen hat, den Unterschied zwischen dem im Vertrag vereinbarten Preis und dem Marktpreis zur Zeit der Aufhebung sowie jeden weiteren Schadenersatz nach Artikel 74 verlangen.»

rechnung des Schadens nach der Marktpreisregel ist auf den Zeitpunkt der Vertragsaufhebung abzustellen (Art. 76 Abs. 1 Satz 1 CISG).¹²

[21] 4. Vorliegend hatte aber die Verkäuferin den Vertrag nicht einseitig beendet, sondern hatte die von der Käuferin zuvor erklärte Auflösung des «Amendment Agreement» akzeptiert.¹³ Das Handelsgericht und auch das Bundesgericht erkannten, dass die Käuferin bloss den Verzugs Schaden zu tragen hatte, woraus sich ergibt, dass eine Reduktion des Marktpreises bis zum Verzugs eintritt von der Verkäuferin, nicht von der Käuferin, zu tragen war.¹⁴

[22] 5. Die Erwägungen des Bundesgerichts zur antizipierten Beweiswürdigung zeigen exemplarisch, wie hoch die Hürde für eine Beschwerde der Verletzung des Anspruchs der beweisbelasteten Partei gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 152 ZPO, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, ist. Ist die Offerte eines direkten Beweises möglich (hier: Messungen zu den massgebenden Zeitpunkten oder wenigstens Expertenerklärungen zum möglichen Qualitätsverlust unter den gegebenen Umständen und während der massgebenden Zeit), können Beweisanträge mit geringerer Beweisnähe und mit geringerem Beweiswert (Parteibefragungen/Beweisaussagen von Organen der Verkäuferin bzw. ihrer Tochtergesellschaft sowie eine Zeugenbefragung des Vertreters der Käuferin des Deckungsverkaufs) als untauglich betrachtet oder doch infolge antizipierter Beweiswürdigung aufgrund der geringen Beweiskraft abgelehnt werden. Das Bundesgericht schützte dabei auch ein eher formalistisches Vorgehen des Handelsgerichts, da die Verkäuferin (Beschwerdeführerin) vor der Vorinstanz zwar ein Gutachten beantragt hatte, aber offenbar für die falsche Zeitdauer (statt für 2 Monate für 17–18 Monate).¹⁵ Hätte die Verkäuferin das Gutachten für die gerichtlich festzulegende Verzugsdauer verlangt, hätte das Handelsgericht diesem Antrag möglicherweise statt geben müssen, es sei denn, dass dessen Ablehnung mittels antizipierter Beweiswürdigung auf weitere Gründe hätte gestützt werden können.

II. Unternehmenskauf

1. Kauf eines landwirtschaftlichen Gewerbes; fehlende BGBB-Bewilligung

Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2018 vom 28. November 2018 (MV/DG)¹⁶

¹² Dies entspricht grundsätzlich Art. 215 Abs. 2 OR, wonach der Markt- oder Börsenpreis zur Erfüllungszeit massgeblich ist. Als Erfüllungszeit gilt der Zeitpunkt des Erfüllungsanspruchsverzichts (nach Art. 107 Abs. 2 oder Art. 214 OR).

¹³ Vgl. «A.h. Sodann konnte nach weiteren Verhandlungen zwar kein neuer Vertrag geschlossen werden, doch akzeptierte die Beklagte mit Schreiben vom 23. Dezember 2014 die Auflösung des Amendment Agreements, welches die Klägerin am 31. Dezember 2014 erhielt.»

¹⁴ Nur nebenbei sei bemerkt, dass nach dem im Entscheid festgestellten Sachverhalt zunächst die Verkäuferin selbst nicht im Stande war, zu liefern, so dass sie möglicherweise für den offenbar erst später erfolgenden Rückgang des Marktpreises eine Mitursache setzte. Der Entscheid enthält dazu aber keine Angaben.

¹⁵ Siehe E. 4.4 *in fine*: «Ein Gutachten zum möglichen Qualitätsverlust des Rohöls durch Lagerung und Wiederaufhebung hatte die Beschwerdeführerin im Übrigen nach ihrer eigenen Aussage in der Beschwerde für eine Lagerhaltung von 17 bis 18 Monaten beantragt. Es bedarf keiner Erklärung, dass eine derartige Expertise für den möglichen Qualitätsverlust während zweier Monate nicht taugt.»

¹⁶ Vgl. auch TIMON NYDEGGER/MARKUS VISCHER, *Schwebend ungültiger Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes*, in: dRSK, publiziert am 21. Februar 2019; HARALD BÄRTSCHI, *Verkauf eines landwirtschaftlichen Gewerbes*, ius.focus 2019, Nr. 5.

[23] Gegenstand des referierten Urteils bildete ein Streit um die Nutzungsrechte an einem Bauernbetrieb im Kanton Solothurn. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt ist komplex und letztlich infolge von Widersprüchlichkeiten oder mindestens Lücken der Sachverhaltsdarstellung im bundesgerichtlichen und vorinstanzlichen Urteil nicht vollständig nachvollziehbar. Soweit nachvollziehbar kann er wie folgt leicht vereinfacht umschrieben werden: D., der vormalige Eigentümer des Bauernbetriebs, geriet in finanzielle Schwierigkeiten und schloss zur Finanzierung eines Nachlassvertrags mit A. (Beklagter 2, Beschwerdeführer 1) einen Darlehensvertrag ab. In der Folge wurde der Bauernbetrieb mittels eines Sacheinlagevertrags auf die neu gegründete B. AG (Beklagte 1, Beschwerdeführerin 2) übertragen und ein Pachtvertrag mit D. abgeschlossen.

[24] D. verpfändete A. zuerst die von ihm gehaltenen Aktien der B. AG und räumte A. ein zeitlich begrenztes Kaufsrecht an diesen Aktien ein. In der Folge verkaufte D. diese Aktien der B. AG mit Aktienkaufvertrag vom 3. Januar 1995 an A. Eine Bewilligung gemäss den Vorschriften des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) wurde dabei nicht eingeholt. Nachdem D. das Pensionsalter erreicht hatte, wurde der Pachtvertrag auf C. (Klägerin, Beschwerdegegnerin), die Ehefrau von D., übertragen. Ende 2015 kündigte A. den Pachtvertrag mit der Begründung, sein Sohn wolle den Bauernbetrieb bewirtschaften.

[25] Mit Urteil vom 1. Juni 2017 wies der Amtsgerichtspräsident des Richteramts Thal-Gäu die von C. erhobene Klage ab, mit welcher sie u.a. die Feststellung der Nichtigkeit des Pachtvertrags und dessen Kündigung anbeehrte. Die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht des Kantons Solothurn mit Urteil vom 5. April 2018 gutgeheissen. Das Obergericht erwog insbesondere, dass A. ohne die BGBB-Bewilligung des Aktienkaufvertrags vom 3. Januar 1995 nie Aktionär der B. AG geworden sei, nicht zu deren Vertretung befugt gewesen sei und folglich sämtliche nachfolgenden Geschäfte nichtig seien. In der Folge erhob A. in eigenem und im Namen der B. AG Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut.

[26] 1. Das Bundesgericht erwog zunächst, dass der betreffende Bauernbetrieb unbestrittenermassen ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGBB darstelle. Folglich unterstehe der Aktienkaufvertrag vom 3. Januar 1995 einer behördlichen Bewilligungspflicht nach Art. 61 BGBB. Als Erwerb gelte dabei die Eigentumsübertragung sowie jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkomme. Die Ausführungen von A. und der B. AG zur eigentümerähnlichen Stellung von A. aufgrund des vor dem Inkrafttreten des BGBB eingeräumten Kaufs- und Pfandrechts würden daher ins Leere stossen, da *in casu* nur die Ausübung des Kaufsrechts von Relevanz sei (E. 2.1). 2. Bezüglich der Rechtsnatur der behördlichen Bewilligung gemäss Art. 61 BGBB hielt das Bundesgericht sodann fest, dass es sich um eine privatrechtsgestaltende Verwaltungsverfügung handle. Aus dieser Rechtsnatur folge, dass sich das Rechtsgeschäft bis zum Bewilligungsentscheid in einem Zustand der schwebenden Unwirksamkeit befinde. Je nach Entscheid der Behörde werde das Rechtsgeschäft in einen Zustand der Vollgültigkeit überführt oder aber zunichte gemacht. Da im vorliegenden Fall bislang kein Bewilligungsverfahren eingeleitet worden sei, könne jedenfalls nicht von Nichtigkeit des Aktienkaufvertrags vom 3. Januar 1995 ausgegangen werden (E. 2.2.2/2.2.3). 3. Ausgehend von dieser schwebenden Ungültigkeit des Aktienkaufvertrags vom 3. Januar 1995 ging das Bundesgericht ferner auf die Frage ein, ob dieser Schwebezustand zeitlich befristet sei. Dabei erwog es, dass es sich bei der diesbezüglichen Gesetzeslücke um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handle. Dies ergebe sich insbesondere auch aus einer teleologischen Auslegung, wonach das Rechtsgeschäft alleine durch den Parteiwillen keine Rechtsgültigkeit erlangen könne. Es würde

geradezu dem Kernanliegen des BGBB widersprechen, wenn der Erwerber durch Zuwarten mit einem Gesuch um eine Erwerbsbewilligung die Gültigkeit des Erwerbs und damit die Vollgültigkeit des diesem zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts bewirken könnte. Umgekehrt erfordere der öffentliche Zweck des Schutzes des bäuerlichen Bodenerwerbs nicht, dass mit einem bestimmten Zeitablauf das Recht, eine Bewilligung zu beantragen, untergehe und als Folge davon das privatrechtliche Rechtsgeschäft rückwirkend nichtig werden solle. Auch sei vorliegend kein Fall des Rechtsmissbrauchs zu erkennen, zumal die Parteien des Aktienkaufvertrags vom 3. Januar 1995 davon ausgegangen seien, es sei keine Bewilligung nötig. Folglich sei der Aktienkaufvertrag vom 3. Januar 1995 nach wie vor schwebend ungültig, aber nicht nichtig (E. 2.3). 4. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage insofern abzuweisen sei, als sie die Feststellung der Nichtigkeit des Pachtvertrags und dessen Kündigung verlange (E. 3.3).

[27] **Bemerkung:** Siehe Rz. 66.

2. Betriebskauf (*Asset Deal*); Kauf eines Garagenbetriebs; Irrtum über wertbeeinflussende Faktoren

Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2018 vom 27. Juni 2018 (MV/DG)¹⁷

[28] B. (Verkäufer, Beschwerdegegner) veräusserte gestützt auf eine als «Kaufvertrag» bezeichnete Vereinbarung seinen Garagenbetrieb an die A. AG (Käuferin, Beschwerdeführerin). Darin verpflichtete sich die Käuferin, gegen Bezahlung des Kaufpreises von CHF 280'000 diverse Aktiven der Garage zu erwerben bzw. Rechtsverhältnisse zu übernehmen. Im Gegenzug verpflichtete sich der Verkäufer, der Käuferin das Eigentum an den fraglichen Aktiven zu verschaffen bzw. die betreffenden Rechtsverhältnisse auf sie zu übertragen. Nach Vollzug des Kaufvertrags klagte die Käuferin beim Handelsgericht des Kantons Zürich u.a. auf Rückzahlung des Kaufpreises. Mit Urteil HG140021 vom 21. Dezember 2015 wies das Handelsgericht die Klage in Bezug auf den geltend gemachten Grundlagenirrtum mit der Begründung ab, dass ein Irrtum über den Wert des Kaufgegenstands kein wesentlicher sei. Mit Urteil 4A_97/2016 vom 11. August 2016 (nachfolgend: Rückweisungsurteil) hiess das Bundesgericht die von der Käuferin hiergegen erhobene Beschwerde teilweise gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück.¹⁸ Das Bundesgericht erwog im Rückweisungsurteil, dass die Grundlagen der Kaufpreisberechnung Gegenstand eines Grundlagenirrtums bilden könnten (E. 2.3 des Rückweisungsurteils). Die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie entschieden habe, der Käuferin sei der Beweis nicht gelungen, dass der Garagenbetrieb ein zu liquidierendes Unternehmen sei, ohne das zur Feststellung des Unternehmenswerts von der Käuferin beantragte Gutachten abzunehmen. Deshalb forderte das Bundesgericht im Rückweisungsurteil die Vorinstanz auf, eine Expertise über den Unternehmenswert einzuholen. Die Vorinstanz, so das Bundesgericht, habe zudem zu prüfen, ob die Kaufofferte an den behaupteten Mängeln leide

¹⁷ Vgl. auch JOSIANE WEDER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Grundlagenirrtum über wertbeeinflussende Faktoren, in: dRSK, publiziert am 29. Oktober 2018; HARALD BÄRTSCHI, Irrtum über Unternehmenswert, ius.focus 2018, Nr. 217.

¹⁸ Siehe dazu die Urteilsbesprechung von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016, in: Jusletter 20. November 2017, Rz. 4 ff.; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Irrtum über den Wert eines Unternehmens, in: dRSK, publiziert am 13. Oktober 2016.

und gegebenenfalls, ob die Käuferin eine Fehlvorstellung über den Wert des Garagenbetriebes gehabt habe, die sich auf ihren Kaufentschluss ausgewirkt habe (E. 2.5 des Rückweisungsurteils). [29] Am 3. Januar 2018 fällte die Vorinstanz ihr neues Urteil HG160185. Gestützt auf ein von H. zum Unternehmenswert erstelltes Gutachten änderte sie punktuell die Begründung ihres Urteils HG140021 vom 21. Dezember 2015. Das Dispositiv dieses Urteils änderte die Vorinstanz hingegen nicht ab. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Käuferin sei – trotz des abgenommenen Gutachtens – der Beweis nicht gelungen, dass der tatsächliche Unternehmenswert wesentlich von ihrer Vorstellung abgewichen war. Gegen dieses Urteil gelangte die Käuferin mit einer Beschwerde in Zivilsachen erneut an das Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut.

[30] 1. Das Bundesgericht erwog, im Rückweisungsurteil sei die Vorinstanz damit beauftragt worden, ein Gutachten über den Unternehmenswert einzuholen. Gestützt darauf sei zu prüfen, ob die von der Käuferin unterbreitete Kaufofferte an Mängeln bezüglich der allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Bewertungsmethoden leide, und ob die Käuferin dadurch eine sich auf den Kaufentschluss auswirkende Fehlvorstellung erhalten habe.

[31] 2. Gemäss Gutachten habe der Wert des Garagenbetriebs am 7. Dezember 2002 (*recte*: 2012) zwischen CHF 0 und 80'000 (Liquidationswert: CHF 0 bis 40'000; Fortführungswert: ca. CHF 80'000) betragen, wobei betriebswirtschaftlich eher die Liquidation des Unternehmens hätte eingeleitet werden sollen. Kaufgegenstand bilde jedoch nicht der Betrieb als Gesamtheit, sondern nur die im Kaufvertrag umschriebenen Aktiven. Daher sei im Ergebnis gestützt auf das Gutachten für den Wert des Kaufgegenstands von einer Bandbreite von CHF 0 bis CHF 65'620.50 auszugehen (E. 5.1).

[32] 3. Gemäss Gutachten seien die der Kaufofferte zugrunde gelegten Berechnungen von Berater G. «sowohl von der Methodik her als auch hinsichtlich der verwendeten Zahlen und Annahmen kaum nachvollziehbar und in wesentlichen Teilen grundsätzlich falsch» gewesen. Im Rahmen seiner Bewertung habe der Berater G. «sowohl methodische als auch grundsätzliche Fehler begangen». Dass eine mit derartigen grundsätzlichen Fehlern behaftete Unternehmensbewertung geeignet sei, eine Fehlvorstellung über den tatsächlichen Wert des Garagenbetriebs zu bewirken, liege auf der Hand. Bei den zur Diskussion stehenden fehlerhaften Zahlen und Annahmen handle es sich um wertbeeinflussende Faktoren, über die ein Grundlagenirrtum möglich sei. Die vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Erfolgsrechnungen bildeten die Grundlage für die fehlerhafte Bewertung des Betriebs. Die mangelhaften Berechnungen ihres Beraters G. hätten bewirkt, dass die Käuferin zum Zeitpunkt der Kaufofferte einem Irrtum über die Grundlagen der Kaufpreisberechnung unterlegen sei (E. 5.2.2).

[33] 4. Der von der Käuferin beigezogene Berater habe aufgrund seiner mangelhaften Berechnungen für den Kaufgegenstand eine Bandbreite von CHF 103'794 bis CHF 344'656 ermittelt. Davon weiche die *lege artis* ermittelte Bewertung des Gerichtsgutachters erheblich ab. Danach habe der Wert der zu übernehmenden Aktiven am 7. Dezember 2002 (*recte*: 2012) zwischen CHF 0 und CHF 65'620.50 gelegen, wobei betriebswirtschaftlich eher die Liquidation des Unternehmens hätte eingeleitet werden sollen. Die Parteien hätten einen Kaufpreis von CHF 280'000 vereinbart. Dies zeige, dass die Käuferin bereit gewesen war, das Risiko einzugehen, im schlimmsten Fall einen Betrieb für CHF 280'000 zu erwerben, dessen tatsächlicher Wert nur CHF 103'794 betrüge. Dass sie jedoch bereit gewesen wäre, für diesen Kaufpreis ein aus betriebswirtschaftlicher Sicht eher zu liquidierendes Unternehmen zu kaufen, dessen zu übernehmende Aktiven im besten Fall einen Wert von CHF 65'620.50 aufwiesen, sei nicht anzunehmen. Es sei vielmehr davon

auszugehen, dass die infolge der mangelhaften Berechnungen entstandene Fehlvorstellung der Käuferin sich auf ihren Kaufentschluss ausgewirkt habe. Dass die Käuferin überhaupt den Unternehmenswert von einem Fachmann ermitteln liess, zeige, dass die entsprechende Bandbreite des methodisch korrekt ermittelten Unternehmenswerts für ihre Willensbildung über den Kauf eine subjektiv wesentliche Grundlage bildete. Die Grössenordnung des methodisch korrekt ermittelten Unternehmenswerts bilde nach allgemeiner Verkehrsanschauung eine notwendige Grundlage des Vertrags. Die grundlegende Bedeutung der Kaufpreisermittlung hätte nach Treu und Glauben auch für den Verkäufer erkennbar sein müssen. Objektiv wesentlich sei der Irrtum über die Grundsätze der Kaufpreisermittlung auch nicht zuletzt angesichts des wesentlichen Unterschieds zwischen der Bewertung des Beraters der Käuferin und dem *lege artis* ermittelten Unternehmenswert. Mithin sei die Wesentlichkeit des Irrtums der Käuferin über die Grundsätze der Kaufpreisermittlung sowohl in subjektiver wie auch in objektiver Hinsicht zu bejahen. Das Bundesgericht kam entsprechend zum Schluss, dass ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 des Obligationenrechts (OR) vorliege (E. 5.2.3).

[34] **Bemerkung: 1.** Der Grundlagenirrtum muss einen bestimmten Sachverhalt betreffen, der inner- oder ausserhalb des Vertrags liegen kann.¹⁹ Nicht irren im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kann man sich über den Wert der gegenseitigen Leistungen – sei es die Eigenleistungspflicht (z.B. den Kaufpreis aus Sicht des Käufers) oder die synallagmatisch verknüpfte Gegenleistungspflicht.²⁰ Ein solcher Wertirrtum betrifft in der Regel lediglich das Motiv des Vertragsschlusses und berechtigt in Übereinstimmung mit Art. 24 Abs. 2 OR nicht zur Aufhebung des Vertrags infolge Grundlagenirrtums.²¹ 2. Demgegenüber kann man sich – wie das Bundesgericht in E. 5.2.2 des referierten Urteils erneut richtigerweise bestätigte²² – über die Grundlagen der Kaufpreisberechnung (nicht aber den Kaufpreis selbst) und damit über die wertbeeinflussenden Faktoren irren. Ein Grundlagenirrtum kann jedoch, wie das Bundesgericht in E. 5.2.3 des besprochenen Urteils zu Recht angetönt hat, nur geltend gemacht werden, wenn die fehlerhaft ermittelte Unternehmensbewertung «erheblich» bzw. «wesentlich» von einer *lege artis* ermittelten Unternehmensbewertung abweicht.²³ Damit ist auch gesagt, dass kleinere Abweichungen, welche innerhalb der normalen Bandbreite von Unternehmensbewertungen liegen, der Risikosphäre des Käufers zuzurechnen sind.²⁴ 3. Im referierten Entscheid ermittelte der Berater der Käuferin einen Unternehmenswert von CHF 103'794 bis CHF 344'656. Der von der Vorinstanz beauftragte Gutachter hingegen schätzte den Unternehmenswert methodisch korrekt auf CHF 0 bis CHF 65'620.50. Diese Abweichung ist keinesfalls mehr als klein zu bezeichnen. Mit anderen Worten geht die Abweichung zwischen dem korrekt und fehlerhaft ermittelten Unternehmenswert über die normale Bandbreite von Unternehmensbewertungen hinaus. Zu Recht nahm das Bundesgericht daher *in casu* einen Grundlagenirrtum über wertbeeinflussenden Faktoren (fehlerhafte Zahlen und Annahmen, siehe E. 5.2.2) an.²⁵ 4. Abschliessend ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Ausserhalb von Unternehmenskäufen und anderen M&A-Verträgen bezieht sich der Grundlagenirrtum in

¹⁹ INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 37.29.

²⁰ Teilweise gl.M. LINUS CATHOMAS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstands, insbesondere beim Unternehmenskauf, SZW 2017, S. 112 ff., S. 118 ff.

²¹ GALLI/VISCHER (Fn. 18), Rz. 20.

²² So schon Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2016 vom 11. August 2016 E. 2.3.

²³ So bereits GALLI/VISCHER (Fn. 18), Rz. 21.

²⁴ WEDER/GALLI/VISCHER (Fn. 17), Rz. 20.

²⁵ Gl.M. SIMONE SCHÜRCH, Le dol et l'erreur dans la vente d'entreprises, in: Jusletter 3. Dezember 2018, Rz. 46.

der Regel auf bestimmte (oder zumindest bestimmbare) Eigenschaften des Vertragsgegenstands, wie z.B. die Echtheit eines Gemäldes²⁶ beim Fahrniskauf. Bei diesen Eigenschaften handelt es sich letztlich aber ebenfalls um wertbeeinflussende Faktoren. Es ist deshalb zu konstatieren, dass sich der Grundlagenirrtum nicht nur beim Unternehmenskauf, sondern im Grunde genommen generell immer um wertbeeinflussende Faktoren dreht, mindestens dann, wenn der Begriff der Eigenschaften weit definiert wird.²⁷

3. Auslegung einer Indexklausel zur Festsetzung des Baurechtszinses in einem Aktienkaufvertrag; Bedeutung nachträglichen Parteiverhaltens

Urteil des Bundesgerichts 4A_371/2017 vom 11. Juni 2018 (CB)

[35] Grundlage dieser Streitigkeit war ein Aktienkaufvertrag von 1991, mit dem der Verkäufer den Käufern seine 200 Aktien an der F. AG, welche im Jahr 1984 das Baurecht an Land in Wallisellen erwarb, verkaufte. Der Sachverhalt ist ausserordentlich komplex, weshalb nachstehend nur auf einen erwähnenswerten Punkt eingegangen wird. Zwischen den Parteien bestand Uneinigkeit, wie die im Aktienkaufvertrag in Ziff. 3.2. enthaltene Indexklausel zur Festsetzung des Baurechtszinses bei einer Veränderung des Landesindex der Konsumentenpreise auszulegen ist. Ziff. 3.2 lautet: «3.2. Der Baurechtszins erhöht sich um die Hälfte des Landesindex der Konsumentenpreise (Beispiel: 4% Teuerung = 2% Erhöhung Baurechtszins.)» Die Kläger (Rechtsnachfolger des Verkäufers) erachteten entsprechend ihren Berechnungen in den bisherigen Verfahren die Indexpunkte für massgeblich (Punktendifferenzmethode, d.h. $[\text{Index neu} - \text{Index alt}] / 2$). Demgegenüber gingen die Beklagten (Käufer bzw. Rechtsnachfolger) davon aus, es sei die gängige vom Bundesamt für Statistik publizierte Formel anzuwenden ($\text{Veränderungsrate} = [\text{Index neu} - \text{Index alt}] / \text{Index alt} \times 100$) geteilt durch 2).

[36] Mit Bezug auf die Anpassung an die Indexerhöhung kam die Vorinstanz (Obergericht des Kantons Zürich) aufgrund des Parteiverhaltens nach Vertragsschluss zum Ergebnis, die Anpassung habe nicht, wie eine Auslegung der Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip nahelegen würde, auf der Basis der gängigen %-Methode gemäss dem Bundesamt für Statistik ($\text{Veränderungsrate} = [\text{Index neu} - \text{Index alt}] / \text{Index alt} \times 100$) zu erfolgen, sodann gemäss der Vereinbarung im Vertrag geteilt durch zwei. Vielmehr hätten die Parteien tatsächlich eine unübliche Punktendifferenzmethode $(\text{Index neu} - \text{Index alt}) / 2$ aufgestellt. Sie stützte sich dabei insbesondere auf Abrechnungen aus den Jahren 1992–1994. Entscheidend war für das Obergericht, dass es für den Abrechnungsmodus und die Umsetzung von Ziff. 3.2 des Aktienkaufvertrages auf die Abrechnungen in den ersten Jahren nach Vertragsschluss ankomme und in einem späteren Zeitpunkt erstellte nicht massgebend seien.

[37] 1. In ihrer Beschwerde an das Bundesgericht rügten die Käufer (Beschwerdeführer) das Ergebnis dieser Beweiswürdigung als aktenwidrig und willkürlich. Sie brachten vor, die Vorinstanz sei grundlos vom klaren Vertragswortlaut abgewichen, habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass

²⁶ Z.B. BGE 82 II 411 E. 7 S. 424.

²⁷ So z.B. MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff., S. 328; MARKUS VISCHER, Unternehmensübertragungsvertrag, GesKR 2011, S. 81 ff., S. 84, wo die Meinung des Bundesgerichts im besprochenen Urteil gutgeheissen wird, wonach die Zusicherung, dass gekündigte Arbeitnehmer des Unternehmens nach dem Verkauf des Unternehmens keine Kunden des Unternehmens abwerben, eine (zugesicherte) Eigenschaft des Unternehmens sei.

die Abrechnungen der Jahre 1992, 1993 und 1994, auf die sie sich abstütze, bereits 1995 korrigiert worden seien, so dass nicht auf diese, sondern auf die ihre Position stützenden Abrechnungen der Jahre 1992, 1996, 2004–2010 und 2013 abzustellen wäre (E. 3.1).

[38] 2. Das Bundesgericht erwog, auch die Vorinstanz habe erkannt, dass eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht zu Gunsten der Beschwerdegegner ausfallen würde. Sie habe ihre abweichende Auffassung indessen auf eine übereinstimmende tatsächliche Einigung, gestützt auf nachträgliches Parteiverhalten, abgestellt. Insofern habe die Vorinstanz nur die ersten nach Abschluss des Aktienkaufvertrages vorgenommenen Abrechnungen berücksichtigt. Selbst wenn man zu Gunsten der Beschwerdeführer annehme, der Wortlaut der Vereinbarung sei in ihrem Sinne eindeutig, wäre es angesichts der davon abweichenden Abrechnungen nicht willkürlich, zu prüfen, ob die Parteien nicht tatsächlich etwas vom Wortlaut der Vereinbarung Abweichendes gewollt haben.

[39] 3. Für die Version der Beschwerdeführer spreche, dass die von der Vorinstanz als gewollt betrachtete Anpassungsmethode je nach Entwicklung der Parameter offenbar auch nach Ansicht der Vorinstanz zu unrealistischen Ergebnissen führen könne. Die Vorinstanz messe der Frage keine Bedeutung bei, weil die Situation bis anhin keineswegs «aus dem Ruder» gelaufen sei. Das Bundesgericht hielt dazu fest, es sei nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz dennoch aus den zu Beginn tatsächlich erfolgten Rechnungen und der fehlenden Beanstandung der Gegenseite in den bisherigen Prozessen auf den Nachweis eines diesbezüglichen übereinstimmenden Willens geschlossen habe (E. 3.3.3). In Bezug auf die Anpassungsmethode erwies sich die Beschwerde demnach als unbegründet (E. 3.4).

[40] **Bemerkung: 1.** Das vom Bundesgericht geschützte Auslegungsergebnis ist schwer nachzuvollziehen. Die beiden Berechnungsarten führen zu ähnlichen Ergebnissen, solange sich der Ausgangsindex in der Nähe von 100 Punkten befindet. Je weiter sich der Index davon entfernt, desto mehr öffnet sich die Schere. Beispiel: Steigt der Index von 100 auf 110, so führen beide Berechnungsarten zu einem Anstieg von 5% (10% geteilt durch 2). Steigt der massgebende Indexstand aber etwa von 400 auf 410, so führt die akzeptierte Berechnung ebenfalls zu einem Anstieg von 5%, wohingegen die klassische, sachgerechte Methode bloss zu einem Anstieg von 1,25% führen würde ($(410-400)/400 \cdot 100 = 2,5\%$, geteilt durch 2 = 1,25%).

[41] 2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das nachträgliche Verhalten der Parteien nur dazu dienen, im Rahmen einer subjektiven Auslegung den tatsächlichen Willen der Parteien festzustellen.²⁸ Mit guten Gründen wird dagegen in der Literatur eingewendet, nachträgliches Verhalten der Parteien im Falle eines Auslegungsstreits könne grundsätzlich ebenfalls als Auslegungsmittel und Element des Gesamterklärungstatbestandes berücksichtigt werden.²⁹ Liegt das nachträgliche Verhalten der Parteien zeitlich nahe beim Vertragsschluss, so kann es eher als Indiz dafür dienen, was die Parteien tatsächlich vereinbart haben bzw. wie vernünftige

²⁸ CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, N 165 zu Art. 18 OR, Anm. 348, mit Verweis auf BGE 143 III 157 E. 1.2.2 S. 159 («namentlich kann auch aus dem nachträglichen Verhalten geschlossen werden, was die Partei mit ihrer Erklärung tatsächlich wollte»), BGE 133 III 61 E. 2.2.2.2 S. 69 («En effet, pour l'application du principe de la confiance, les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs»), BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632 («Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen»), BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; siehe auch WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 29 zu Art. 18 OR.

²⁹ BK-MÜLLER (Fn. 28), N 163 ff. zu Art. 18 OR m.Nw.

Parteien in der gleichen Situation den Vertrag verstehen durften und mussten, als wenn zwischen Vertragsschluss und nachträglichem Verhalten eine längere Zeitperiode verstrichen ist. Zu prüfen ist aber gegebenenfalls auch eine nachträgliche (konkludente) Vertragsänderung.³⁰

[42] 3. Weiter kann das nachträgliche Parteiverhalten auch auf einem seit Vertragsschluss andauernden Missverständnis einer oder beider Parteien beruhen.³¹ Insoweit kann bezogen auf die vorliegende Konstellation die Frage gestellt werden, ob jedenfalls dann, wenn eine Partei aufgrund von nachträglichem Parteiverhalten ein Auslegungsergebnis behauptet, das vom klaren Wortlaut oder einer verkehrsüblichen bzw. einer «sachgerechten» Auslegung abweicht, sie nachweisen sollte, dass die Parteien «bewusst» von der verkehrsüblichen Methode abgewichen sind. Mit anderen Worten müsste in einer solchen Konstellation wohl verlangt werden, dass das Erklärungsbewusstsein und der Erklärungswille für eine vom Verkehrsüblichen abweichende Auslegung gestützt auf nachträgliches Parteiverhalten mit hinreichender Klarheit zu Tage tritt.³² Weiter wäre zu prüfen, ob die ursprünglichen Abrechnungen deshalb nicht beanstandet wurden, weil die Differenzen nur unbedeutend waren (vgl. Rz. 40). Zudem ist fraglich, ob das Bundesgericht die sich stellende Auslegungsfrage nicht mit freier Kognition statt bloss unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots hätte prüfen sollen (siehe auch Rz. 55, 87).

4. Kaufsrecht (*Call-Option*) an Aktien; «Schiedsgutachterklausel» in ABV

Urteil des Bundesgerichts 4A_282/2017 vom 2. Mai 2018 (MV/DG)³³

[43] X. (Verkäufer, Beklagter, Beschwerdeführer) arbeitete als Berater für die A. SA (nachfolgend: Gesellschaft), deren Hauptaktionär und Mitglied des Verwaltungsrats Z. (Käufer, Kläger, Beschwerdegegner) war. Am 1. Mai 2001 kaufte der Verkäufer 700 Inhaberaktien (nachfolgend: Aktien) der Gesellschaft und unterzeichnete am 29. Juni 2001 einen Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV). In Art. 26 ABV vereinbarten die Parteien, dass jedem Aktionär ein Kaufsrecht in Bezug auf die vom ausscheidenden Aktionär gehaltenen Aktien der Gesellschaft zusteht, wobei der an den ausscheidenden Aktionär zu zahlende Kaufpreis durch die Revisionsstelle der Gesellschaft mittels der in Anhang 3 zum ABV vereinbarten Methode berechnet wird. Der auf diese Weise ermittelte Kaufpreis ist gemäss ABV für den jeweiligen Verkäufer und den/die Käufer bindend.

[44] Am 11. Mai 2007 kündigte der Verkäufer mit Wirkung per 30. November 2007 sein Arbeitsverhältnis. Am 21. September 2007 übte der Käufer sein Kaufsrecht in Bezug auf die vom Verkäufer gehaltenen Aktien aus. Am 8. Januar 2008 forderte der Käufer den Verkäufer auf, ihm die Aktien zu überlassen. Dem Schreiben wurde ein Scheck über CHF 7'441 Franken (entsprechend CHF 10.63 pro Aktie) beigelegt. Am 12. Februar 2008 lehnte der Verkäufer das Angebot ab und bestritt die per 30. November 2007 erstellte Berechnung und teilte dem Käufer mit, dass er den Check über CHF 7'441 als Akontozahlung eingelöst habe. Am 21. August 2008 unterbreitete der Käufer dem Verkäufer ein neues Angebot. Er teilte dem Verkäufer mit, dass die Revisionsstelle

³⁰ BK-MÜLLER (Fn. 28), N 166–167.

³¹ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 28), N 29 zu Art. 18 OR.

³² Vgl. dazu analog Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019 E. 4.4.3 und 4.4.4.

³³ Vgl. auch ANGELA BAUMELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachten» über die Bestimmung des Aktienwerts, in: dRSK, publiziert am 31. Januar 2019.

eine neue Berechnung des Werts der Aktien vorgenommen habe. Der auf diese Weise ermittelte Preis pro Aktie (bestätigt durch ein dem Angebot beigefügtes Schreiben der Revisionsstelle) betrug CHF 31.48 (entsprechend CHF 22'036 für die Aktien). Dieses Angebot nahm der Verkäufer nicht an. Das «*Tribunal de première instance de Genève*» und die «*Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève*» hiessen die Klage des Käufers gut und verpflichteten den Verkäufer, dem Käufer die im Aktienzertifikat verbrieften Aktien herauszugeben.

[45] Mit Urteil 4A_361/2012 vom 30. Oktober 2012 hiess das Bundesgericht die vom Verkäufer gegen das Urteil der «*Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève*» erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an die kantonale Instanz zurück. Das Bundesgericht erwog im Wesentlichen, dass die Revisionsstelle bei der Berechnung des Werts der Aktien verschiedene Fehler begangen habe. Mit Urteil vom 30. Juni 2016 ordnete das «*Tribunal de première instance de Genève*» die Einholung des vom Verkäufer beantragten Gutachtens an und setzte in der Folge basierend auf diesem Gutachten den Wert der Aktien auf CHF 18'923 (entsprechend ca. CHF 27.03 pro Aktie) fest. Der Verkäufer bestritt diese Berechnung nicht. Die «*Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève*» bestätigte dieses Urteil.

[46] 1. Im bundesgerichtlichen Verfahren bestritt der Verkäufer seine Verurteilung zur Lieferung des Aktienzertifikats nicht. Er bestritt jedoch den von ihm geschuldeten Kaufpreis (den die Vorinstanz auf CHF 11'482.24 beziffert hatte, d.h. CHF 18'923.24 abzüglich des an den Verkäufer am 8. Januar 2008 bezahlten Betrags von CHF 7'441) und machte geltend sowohl das Gerichtsgutachten als auch die Vorinstanz hätten den vom Bundesgericht im Rückweisungsurteil verbindlich festgelegten Wert des Goodwills von CHF 600'000 missachtet, indem sie den Goodwill auf CHF 305'402 festgelegt hätten. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass gemäss Anhang 3 des ABV der Goodwill zwingend einem Vielfachen des Aktienkapitals der Gesellschaft entsprechen müsse. Der Faktor, mit dem das Aktienkapital zu multiplizieren sei, werde jedoch nicht im Anhang 3 des ABV erwähnt. Im ABV sei der Goodwill auf CHF 600'000 festgelegt worden (Vervielfachung des Aktienkapitals mit Faktor 6), wobei ausdrücklich darauf hingewiesen werde, dass dies der Wert der Gesellschaft per 31. Dezember 1998 sei. Der im ABV genannte Faktor 6 stelle kein allgemeines Kriterium dar, mit welchem jährlich der Wert der Aktien zu bestimmen sei, sondern dieser Faktor 6 werde lediglich als Beispiel für die Anwendung der von den Parteien in Anhang 3 vorgesehenen Methode («Vervielfachung des Aktienkapitals») für ein bestimmtes Jahr (1998) genannt. Die Kritik sei daher nicht stichhaltig (E. 4/4.1). 2. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde jedoch aus anderen Gründen teilweise gut. Es verpflichtete den Verkäufer, dem Käufer die Aktien zu übergeben und wies den Käufer an, dem Verkäufer CHF 11'482.24 (entsprechend dem Saldo des Preises für die Aktien) mit Verzugszins von 5% p.a. ab dem 12. Juni 2015 zu zahlen (E. 5).

[47] **Bemerkung:** 1. Viele M&A-Verträge sehen vor, dass eine bestimmte, von den Parteien einstweilen offengelassene Frage, wie z.B. eine Kaufpreisanpassung (*in casu* Bestimmung des Kaufpreises für die Aktien), später durch einen Dritten (*in casu* Revisionsstelle der Gesellschaft) entschieden werden soll. Solche Klauseln werden von den Parteien oft als «Schiedsgutachterklauseln» bezeichnet und von der überwiegenden Mehrheit der Juristen als «Schiedsgutachterklauseln» im Sinne von Art. 189 ZPO qualifiziert. 2. Nach der hier vertretenen Auffassung sind – entgegen der h.L. – solche Klauseln, wie die vorliegend in Art. 26 ABV vereinbarte Klausel, keine Schieds-

gutachterklauseln im Sinne von Art. 189 ZPO.³⁴ Denn Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 ZPO können sich nur zu Tatfragen, nicht aber auch zu Rechtsfragen äussern.³⁵ Bei solchen in M&A-Verträgen enthaltenen «Schiedsgutachterklauseln» geht es jedoch in aller Regel nicht nur um die Feststellung von Tatsachen, sondern auch um die Beantwortung von Rechtsfragen, insbesondere im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung.³⁶ So verhielt es sich auch im vorliegenden Fall: Die Revisionsstelle hatte u.a. auszulegen bzw. zu bestimmen, mit welchem *Multiple* das Aktienkapital der Gesellschaft multipliziert werden muss, um den *Goodwill* zu berechnen (siehe E. 4.1). Solche Klauseln sind u.E. daher i.d.R. Anwendungsfälle von Art. 184 Abs. 3 OR und sind zwecks klarer Abgrenzung von den Schiedsgutachterklauseln im Sinne von Art. 189 ZPO als Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln zu bezeichnen.³⁷ 3. Dieses Urteil zeigt erneut³⁸ exemplarisch auf, dass sich die aufgrund von «Schiedsgutachterklauseln» durchgeführten Verfahren entgegen der Hoffnungen der Parteien als sehr kompliziert und deswegen als kostspielig und zeitaufwändig erweisen.³⁹ Dies hängt letztlich auch damit zusammen, dass – wie *in casu* – eine oder beide Parteien nicht gewillt ist bzw. sind, die Vertragspunkt-Bestimmung (*in casu* Bestimmung des Kaufpreises für die Aktien) zu akzeptieren, und deswegen an den Richter gelangen.⁴⁰ Vorliegend mussten sich die involvierten Instanzen zweimal mit dem «Schiedsgutachten» der Revisionsstelle befassen. Aus diesem Grund stand der Kaufpreis für die vom Verkäufer gehaltenen Aktien erst über zehn Jahre nach der Ausübung des Kaufrechts durch den Käufer rechtsverbindlich fest. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten die Parteien von M&A-Verträgen daher auf die Vereinbarung von solchen Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln verzichten und die Vertragspunkt-Bestimmung unter der allgemeinen Streitbeilegungsklausel direkt dem Richter (oder allenfalls Schiedsrichter) überlassen.⁴¹

5. Aktienkaufvertrag; Fälligkeit des Kaufpreises bei vinkulierten Namenaktien; Wirksamkeit einer 10 Monate vor Vertragsschluss erteilten Zustimmung des Verwaltungsrats zur Übertragung

Urteil des Bundesgerichts 4A_440/2017 vom 3. April 2018 (CB)⁴²

[48] A. (Verkäufer) war zusammen mit B. und C. Aktionär der D. AG. Die Übertragung der Aktien bedurfte laut Statuten der Zustimmung des Verwaltungsrats. Im Jahr 2009 nahmen die Aktionäre Gespräche mit der V. AG (Käuferin) auf, um alle Aktien an sie zu verkaufen. Der Verwaltungsrat

³⁴ Einlässlich DARIO GALLI/MICHAEL KÜNDIG/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, S. 424 ff., S. 427 f.

³⁵ GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Fn. 34), S. 426; a.M. BERNHARD BERGER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, N 1 zu Art. 189 ZPO.

³⁶ GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Fn. 34), S. 427.

³⁷ GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Fn. 34), S. 429.

³⁸ Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016 (besprochen von PHILIP CARR/MARKUS VISCHER, Sinn und Unsinn von Schiedsgutachten bei M&A-Streitigkeiten, in: dRSK, publiziert am 29. August 2016); Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2011 vom 16. Dezember 2011.

³⁹ GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Fn. 34), S. 434.

⁴⁰ GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Fn. 34), S. 434.

⁴¹ GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Fn. 34), S. 435.

⁴² Vgl. auch LEA ALTERMATT/MARKUS VISCHER, Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien als Gestaltungserklärung, in: dRSK, publiziert am 28. Juni 2018.

der D. AG beschloss am 6. Mai 2010 einstimmig, dem Verkauf aller Aktien an einen Dritten zuzustimmen.

[49] Am 7. Juni 2010 schloss die Käuferin mit jedem der drei Aktionäre einen Vertrag über einen Teil der Aktien der D. AG ab. Die drei Verträge wurden vollständig erfüllt. A (Verkäufer) blieb mit 2'600 Aktien Aktionär der D. AG. Er verkaufte diese Aktien der Käuferin mit einem weiteren Vertrag vom 16. März 2011. Der Vertrag sah vor, dass der Verkäufer das Originalprotokoll der «Entscheidung der Aktionäre der Gesellschaft über die Genehmigung der Übertragung der Aktien auf die Käuferin gemäss dem Zeitplan» zur Verfügung stellen würde.

[50] Als sich die Käuferin weigerte, den Kaufpreis zu bezahlen, reichte der Verkäufer Klage auf Bezahlung des Kaufpreises ein. Die kantonalen Gerichte des Kantons Wallis kamen zum Schluss, dass der vereinbarte Preis von CHF 300'000 fällig sei.

[51] 1. Die Käuferin machte vor Bundesgericht geltend, dass der am 16. März 2011 abgeschlossene Vertrag an eine Bedingung geknüpft gewesen sei, welche die Zustimmung zur Übertragung der Aktien durch die D. AG vorsehe. Sie verwies auf Art. 685a Abs. 1 OR und die statutarische Grundlage sowie auf die oben erwähnte Vertragsklausel, welche die Vorlage des Protokolls der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien verlangt. Die Käuferin stellte sich auf den Standpunkt, diese Bedingung sei nicht erfüllt und daher sei sie nicht verpflichtet, den Preis der Aktien zu zahlen.

[52] 2. Das Bundesgericht führte aus, der Aktienkaufvertrag sei ein Fahrniskauf gemäss Art. 187 Abs. 1 OR. Art. 213 Abs. 1 OR sehe vor, dass, falls kein anderer Zeitpunkt bestimmt ist, der Kaufpreis mit dem Übergange des Kaufgegenstandes in den Besitz des Käufers fällig wird. Allerdings sehe Art. 685c Abs. 1 OR vor, dass solange eine erforderliche Zustimmung zur Übertragung von Aktien nicht erteilt wird, das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer verbleiben.

[53] 3. Vorliegend stelle sich die Frage, ob der Verkäufer eine neue Genehmigung vom Verwaltungsrat der D. AG zum gültigen Verkauf der Aktien hätte einholen müssen, oder ob die Genehmigung vom 6. Mai 2010 noch gültig war. Am 6. Mai 2010, fast ein Jahr vor Abschluss des fraglichen Vertrags, ermächtigte die D. AG den Verkäufer formell, alle seine Aktien an die Verkäuferin zu verkaufen. Die Käuferin sei mit dem Abschluss des ersten Vertrags mit dem Verkäufer darüber in Kenntnis gesetzt worden. Die Genehmigung einer Übertragung von vinkulierten Namenaktien durch das zuständige Organ einer Aktiengesellschaft habe rechtsgestaltende Wirkung, da diese dem übertragenden Aktionär eine Verfügungsmacht über seine Namenaktien verleihe, die er zuvor nicht innehatte. In der Regel sei dieser Gestaltungsakt unwiderruflich. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass im Leben einer Aktiengesellschaft Ereignisse nach der Genehmigung einer Aktienübertragung dazu führen könnten, dass diese Genehmigung erlösche, wenn sich die Übertragung anschliessend verzögere. Im vorliegenden Fall sei jedoch kein solches Ereignis aktenkundig. Insbesondere sei die Zusammensetzung der Aktionärsbasis nicht verändert worden, ausser durch den Eintritt der Käuferin, die umfassend über die Situation informiert worden sei. Die am 6. Mai 2010 erteilte Genehmigung habe im Laufe der Zeit weder ihre Gültigkeit noch ihre Wirksamkeit verloren. Eine neue Genehmigung durch die D. AG sei daher für die Gültigkeit des am 16. März 2011 abgeschlossenen Vertrages und auch für die Fälligkeit des vereinbarten Verkaufspreises nicht erforderlich gewesen (E. 4.).

[54] 4. Zudem stellte das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz den Aktienkaufvertrag gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ausgelegt habe. Es sei zum Schluss gekommen, dass der übereinstimmende tatsächliche Wille der Vertragsparteien darin bestanden hätte, die Zahlung des Preises in aufein-

anderfolgenden Raten nicht von der vorherigen Vorlage eines neuen Protokolls über die Genehmigung der Übertragung von Aktien durch die D. AG abhängig zu machen. Das Bundesgericht sei an diese Feststellung tatsächlicher Natur gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG gebunden. Die Beschwerde wurde daher abgewiesen.

[55] **Bemerkung:** Hinsichtlich der zuletzt genannten Erwägung sei auf die vorstehenden Bemerkungen zur Vertragsauslegung und der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts verwiesen (Rz. 42). Der vorliegende Entscheid illustriert, dass die kantonalen Gerichte aufgrund der Praxis des Bundesgerichts, wonach die subjektive Vertragsauslegung generell von ihm nicht als Rechtsfrage überprüft werden kann, einen Anreiz haben, im Hinblick auf einen «beschwerderesistenten» Entscheid eine tatsächliche Einigung der Parteien über einen strittigen Punkt festzustellen. Es ist offenkundig, dass dies auch ein Missbrauchspotential in sich birgt.⁴³ Die Fragwürdigkeit der Praxis des Bundesgerichts wird auch in einem neuen mietrechtlichen Entscheid BGer 4A_149/2019 vom 9. September 2019 exemplarisch dargestellt. Konkret ging es dort um die Ausscheidung von Nebenkosten. Die beschwerdeführenden Mieter hätten unter objektiven Gesichtspunkten vor Bundesgericht an sich gewonnen, scheiterten dann aber an der subjektiven Auslegung der Vorinstanz, die selbst aufgrund der Erwägungen des Bundesgerichts fragwürdig (aber noch willkürfrei) war.⁴⁴ Es kann nicht übersehen werden, dass es auch bei der Ermittlung eines tatsächlichen übereinstimmenden Willens der Parteien um einen (im weiten Sinne) mutmasslichen Willen geht, der basierend auf hinreichenden Anhaltspunkten durch Auslegung ermittelt werden muss, und dass der Übergang von der empirischen oder subjektiven Auslegung zur normativen oder objektivierten Vertragsauslegung fließend ist (siehe auch Rz. 86). Die Feststellung eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens bei der Vertragsauslegung sollte deshalb auch als eine Rechtsfrage angesehen werden und als solche vom Bundesgericht frei überprüfbar sein (siehe auch Rz. 87).

6. Durch richterliche Vertragsauslegung nicht auflösbarer widersprüchlicher Wortlaut bei einem Aktienkaufvertrag (Dissens)

Urteil des Bundesgerichts 4D_71/2017 vom 31. Januar 2018 (CB)⁴⁵

[56] B. (Käufer) kaufte von A. (Verkäufer) Aktien der C. AG (Aktienkapital CHF 250'000). Ziff. 1 des Aktienkaufvertrags lautete wie folgt: «B. will purchase from A. 45 shares, out of 450 registered shares (representing 10.0% of all shares in C. AG) for 45,000 CHF.». Da das Aktienkapital CHF 250'000 betrug, muss davon ausgegangen werden, dass insgesamt 250 (und nicht 450) Aktien zu einem Nennwert von je CHF 1'000 pro Aktie bestanden (der im Entscheid enthaltene Sachverhalt ist indessen unklar). Der Käufer zahlte dem Verkäufer CHF 45'000. In der Folge klagte der Käufer auf Rückzahlung eines Teils der geleisteten Zahlung. Die Erstinstanz wies die Klage ab, wohingegen das Obergericht des Kantons Zürich diese guthiess, mit der Begründung, die Forderung auf Rückzahlung sei ausgewiesen, da mangels Konsenses kein Vertrag zustande gekommen sei. Da der Mindeststreitwert von CHF 30'000 nicht erreicht wurde, konnte das Bundesgericht

⁴³ Damit sei nicht etwa gesagt, dass dieser Anreiz im vorliegenden Fall für die betreffende Erwägung der Vorinstanz eine Rolle gespielt hat; der im Entscheid enthaltene Sachverhalt enthält dazu keine Anhaltspunkte.

⁴⁴ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_149/2019 vom 9. September 2019 E. 2.

⁴⁵ Vgl. auch YVES JAQUENOD/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Auslegung eines Aktienkaufvertrags, in: dRSK, publiziert am 15. Januar 2019.

die vom Käufer erhobenen Rügen nur im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde bzw. im Hinblick auf eine Verletzung des Willkürverbots prüfen.

[57] **1.** Das Bundesgericht bestätigte die Ansicht der Vorinstanz und erwog, es liege ein durch Vertragsauslegung nicht auflösbarer Dissens vor. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass der Wortlaut (Verkauf von 10% oder 45 Aktien) widersprüchlich sei, da 10% des Aktienkapitals von CHF 250'000 nur 25 (und nicht 45) Aktien entsprächen. Objektiv lasse sich nicht sagen, ob die Quote (10%) oder die Anzahl der zu übertragenden Titel (45 Stück) vorgehe. Unter Willkürgesichtspunkten könne dies nicht beanstandet werden. Es sei auch nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz berücksichtigte, dass die Quote nur in Klammern gesetzt ist und die Parteien nach dem Vertrauensprinzip aus dem Kaufpreis weder die eine noch die andere Deutung dieser Klausel ableiten mussten. Insbesondere könne das vom Verkäufer genannte «objektive Kriterium» der 10%-Quote kein Kriterium dafür sein, welche Deutungsvariante die Parteien ihrem Verständnis nach Treu und Glauben hätten zugrunde legen müssen, da es bereits das von ihm behauptete Auslegungsergebnis darstelle. Beide Parteien müssten sich entgegenhalten lassen, dass ihnen die Zweideutigkeit der gewählten Formulierung nicht aufgefallen sei.⁴⁶

[58] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht erwog, ein versteckter «Dissens» könne dennoch zum Vertragsschluss führen, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liege ein normativer Konsens vor; ansonsten liege ein durch richterliche Vertragsauslegung nicht auflösbarer Dissens vor (E. 5.1). Diese Formulierung macht nur Sinn, wenn man unter Dissens einen Willensdissens versteht, wobei die erklärten wirklichen Willen nicht übereinstimmen.⁴⁷ Ein derartiger versteckter «Willensdissens» kann dann aufgrund einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip noch zu einem normativen Konsens führen. Die vom Bundesgericht gewählte Formulierung ist verwirrt und wohl überholt. Dissens ist das Gegenstück zu Konsens, d.h. es ist zu prüfen, ob ein tatsächlicher oder normativer Konsens besteht. Ist dies nicht der Fall, so liegt ein (offener oder versteckter) Dissens vor.⁴⁸

III. Grundstückskauf

1. Formungültige Reservationsvereinbarung; Rückforderung der Anzahlung

Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2018 vom 8. November 2018 (MV/DG)⁴⁹

[59] B. (Kläger, Beschwerdegegner) und seine Ehefrau interessierten sich für den Erwerb einer Immobilie. B. und seine Ehefrau schlossen deshalb mit der A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin), der Eigentümerin eines Grundstücks, eine als Reservationsvertrag bezeichnete Vereinbarung

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 4D_71/2017 vom 31. Januar 2018 E. 5.3 m.Hw. auf die Kasuistik bei ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar, Bern 1986, N 150 zu Art. 1 OR.

⁴⁷ Vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 327 f.

⁴⁸ Vgl. etwa SCHWENZER (Fn. 19), Rz. 29.01 ff.

⁴⁹ Vgl. THOMAS SIEGENTHALER, Grundstückskaufvertrag/Contrat de vente immobilière, BR 2019, Nr. 267 S. 143 f.; TIMON NYDEGGER/MARKUS VISCHER, Nichtigkeitsvereinbarung zum Grundstückskauf, in: dRSK, publiziert am 11. Juni 2019; MARIE-THERES HUSER, Reservationsvereinbarung für einen Kauf ab Plan, NZZ vom 9. März 2019, S. 53.

ab. Darin verpflichtete sich die A. AG, für B. und dessen Ehefrau auf dem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück ein als «Lofthaus Y» bezeichnetes Wohn- und Bürohaus zu erstellen. B. und seine Ehefrau verpflichteten sich zur Leistung einer Anzahlung in Höhe von CHF 50'000, welche an den Gesamtkaufpreis angerechnet werden sollte. Mit E-Mail vom 1. September 2014 teilten B. und seine Ehefrau der A. AG ihren Entscheid mit, das Projekt «Lofthaus Y» abzubrechen. Mit Schreiben vom 7. September 2014 forderten sie die Rückleistung der geleisteten Anzahlung. Die Rückleistung blieb aus. In der Folge zederte die Ehefrau von B. dem B. ihren Rückforderungsanspruch. Mit Entscheid vom 17. August 2016 hiess das Kreisgericht Wil die von B. erhobene Klage gut, mit welcher er u.a. die Verurteilung der A. AG zur Bezahlung von CHF 50'000 nebst Zins zu 5% verlangte. Die dagegen erhobene Berufung der A. AG wurde vom Kantonsgericht St. Gallen mit Entscheid vom 12. Januar 2018 abgewiesen. Hiergegen erhob die A. AG Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der A. AG ab.

[60] 1. Im Verfahren vor Bundesgericht rügte die A. AG u.a., die rechtskundigen Parteien hätten die Reservationsvereinbarung zumindest in der Hauptsache erfüllt, weswegen die Rückforderung der Anzahlung rechtsmissbräuchlich sei. Ferner seien gemäss A. AG die Voraussetzungen einer einzig das negative Interesse abgeltenden und damit formlos gültigen Konventionalstrafe erfüllt (Sachverhalt Teil C). 2. Nach Art. 216 Abs. 1 OR bedürften Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Auch Vorverträge seien öffentlich zu beurkunden (Art. 22 Abs. 2 und Art. 216 Abs. 2 OR). Bei Missachtung der Formvorschrift sei der Vertrag nichtig im Sinne von Art. 20 OR. Unter den Formzwang fielen u.a. auch mit dem Vorvertrag verbundene Konventionalstrafen, die Leistungspflichten bekräftigen sollen, deren Eingehung die Einhaltung der Formvorschriften erfordern würde. Hingegen seien Vereinbarungen über Konventionalstrafen bzw. Pauschalvergütungen formlos gültig, wenn sie einzig den Zweck haben, das sog. negative Interesse abzugelten, wie beispielsweise Planungsaufwand zu ersetzen, den eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht habe (E. 3/3.1). 3. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass die geleistete Anzahlung der A. AG als Entschädigung für erbrachte Arbeiten verbleibe, soweit B. vom Reservationsvertrag zurücktreten wolle und die Realisierung der Baute nicht aus Gründen, die von der A. AG oder den Behörden zu verantworten seien, unmöglich geworden sei. Da die Anzahlung gemäss Vorinstanz verfallen solle, wenn B. aus anderen Gründen unverschuldet vom Vorvertrag zurücktrete, gehe sie über die vorvertragliche Haftung aus *culpa in contrahendo* hinaus, was sich verstärkend auf die Einhaltung des Vorvertrags auswirke. Das Bundesgericht schützte deswegen die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Regelung über den Verfall der Anzahlung (form-)nichtig sei, auch wenn in der Reservationsvereinbarung durchwegs Positionen des negativen Interesses als entschädigungspflichtig erwähnt werden (E. 3.2/3.3). 4. Das Bundesgericht verneinte wie schon die Vorinstanz ein rechtsmissbräuchliches Verhalten von B. im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Der Vorvertrag sei entgegen der Ansicht der A. AG nicht, zumindest nicht in der Hauptsache, erfüllt. Denn erfüllt, so das Bundesgericht, werde er mit dem Abschluss des Hauptvertrags, der nicht zustande gekommen sei. Die geleistete Anzahlung sei lediglich eine Teilerfüllung (E. 4.1).

[61] **Bemerkung:** 1. Der Abschluss von Reservationsvereinbarungen ist in der Praxis weit verbreitet.⁵⁰ Unterzeichnen Kaufinteressenten vor Abschluss des Grundstückkaufvertrags nämlich keine solche Reservationsvereinbarung und bezahlen sie die in einer solchen Reservationsverein-

⁵⁰ HUSER (Fn. 49), S. 53.

barung meist verabredete «Anzahlung» (auch «Reservierungsgebühr» genannt)⁵¹ nicht, ist es für sie enorm schwierig, überhaupt eine Immobilie erwerben zu können.⁵² 2. *In praxi* werden solche Reservationsvereinbarungen häufig in einfacher Schriftlichkeit abgefasst. Solche in einfacher Schriftlichkeit abgefassten Reservationsvereinbarungen sind jedoch formungültig und gestützt darauf geleistete Anzahlungen können bei Scheitern der beabsichtigten Immobilientransaktion daher vom Kaufinteressenten zurückgefordert werden.⁵³ 3. Das Bundesgericht hat allerdings in BGE 140 III 200 ein «Hintertürchen» geöffnet, indem es entschied, dass in öffentlich zu beurkundenden Vorverträgen enthaltene Konventionalstrafen zur Absicherung der *culpa in contrahendo* oder Schadenspauschalierungen nicht vom Formzwang umfasst sind und folglich formfrei abgeschlossen werden können.⁵⁴ Denn in diesem Fall übt die Konventionalstrafe laut Bundesgericht keinen (mittelbaren) Zwang auf die Parteien aus, den formbedürftigen Hauptvertrag (z.B. Grundstückkaufvertrag) zu unterzeichnen.⁵⁵ Unter dem Titel «Absicherung der *culpa in contrahendo*» geleistete Anzahlungen können folglich trotz Formungültigkeit der Reservationsvereinbarung (bzw. Vorvertrags) nicht zurückgefordert werden. 4. Seit BGE 140 III 200 versuchen Parteien (z.B. Grundstückverkäufer), welche gestützt auf einen nicht öffentlich beurkundeten Vorvertrag eine Anzahlung erhalten haben, deren Rückforderung durch die Kaufinteressen mit dem Argument zu verweigern, dass die Anzahlung als Konventionalstrafe lediglich zur Absicherung der *culpa in contrahendo* diene. Damit dringen sie vor Gericht jedoch häufig, wie auch *in casu*, nicht durch.⁵⁶ Dieses «Hintertürchen» steht nämlich nur offen, wenn die Konventionalstrafe wirklich nur *culpa in contrahendo*-Haftungstatbestände abdeckt. 5. Im Lichte dieser Ausführungen ist das referierte Urteil korrekt: B. und seine Ehefrau waren verpflichtet, die Konventionalstrafe auch zu zahlen, wenn sie unverschuldet vom Reservationsvertrag zurücktreten und somit keinen *culpa in contrahendo*-Haftungstatbestand geschaffen haben.⁵⁷ Die Konventionalstrafe übte mit anderen Worten einen mittelbaren Erfüllungszwang auf die Parteien aus, weswegen deren Verabredung formbedürftig ist. Folgerichtig konnte B. die Anzahlung wegen Formungültigkeit der Reservationsvereinbarung von der A. AG zurückverlangen, da die Berufung auf die Formungültigkeit gemäss Bundesgericht und Vorinstanz nicht rechtsmissbräuchlich ist.

⁵¹ DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Qualifikation einer Zusatzvereinbarung zu einem Mietvertrag, in: dRSK, publiziert am 25. Februar 2016, Rz. 10.

⁵² NYDEGGER/VISCHER (Fn. 49), Rz. 9.

⁵³ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2018 vom 8. November 2018 E. 3.1.

⁵⁴ A.M. SIEGENTHALER (Fn. 49), S. 142, welcher die Ansicht vertritt, dass im referierten Urteil der Leitentscheid BGE 140 III 200 dahingehend präzisiert worden sei, dass formfrei vereinbarte Konventionalstrafen nur gültig seien, wenn sie «auf Fälle der *culpa in contrahendo* beschränkt» werde. Nach der hier vertretenen Auffassung wurde BGE 140 III 200 nicht präzisiert. Diese «Einschränkung» hielt das Bundesgericht bereits in BGE 140 III 200 E. 5.5. S. 206 = Pra 2014 Nr. 102 S. 817 ff. fest («Nella nuova sentenza la Corte di appello esaminerà quindi se la pena convenzionale è stata stipulata per garantire la *culpa in contrahendo*. In caso di risposta affermativa stabilirà se sono dati i presupposti per ammettere una tale responsabilità dell'opponente e, se così fosse, ridurrà la pena convenzionale qualora la ritenga eccessiva.»; nicht explizit erwähnt hat das Bundesgericht diese «Einschränkung» hingegen im Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 3.2.

⁵⁵ BGE 140 III 200 E. 5.3 S. 204 und E. 5.5 S. 205 f. = Pra 2014 Nr. 102 S. 817 ff.

⁵⁶ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_637/2014 vom 15. September 2015 E. 5 (besprochen von DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Formungültiger Vorvertrag zu einem Kaufrechtsvertrag, in: dRSK, publiziert am 26. August 2016, Rz. 22); Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 3.3/3.4 (besprochen von ANNINA LIPPUNER/MARKUS VISCHER, Formungültige Abgeltungsvereinbarung eines Grundstückkaufvorvertrages, in: dRSK, publiziert am 6. März 2015).

⁵⁷ Gl.M. NYDEGGER/VISCHER (Fn. 49), Rz. 11.

2. Dissimulierter Grundstückkaufvertrag; fehlende BewG-Bewilligung

Urteil des Bundesgerichts 4A_235/2018 vom 24. September 2018 (MV/DG)⁵⁸

[62] A. (Verkäufer, Vermieter, Beschwerdeführer) und B. (Käufer, Mieter, Beschwerdegegner) unterzeichneten am 6. März 1993 einen als Mietvertrag bezeichneten Vertrag betreffend eine 3-Zimmerwohnung. Der Vertrag bezeichnete den Verkäufer als Vermieter und den Käufer als Mieter. Mit Schreiben vom 27. September 2013 kündigte der Verkäufer den Vertrag auf den 31. Dezember 2013 mit der Begründung, der Mietzins für das Jahr 2013 sei nicht bezahlt worden. Der Käufer bestreitet eine entsprechende Forderung, da nie ein Mietverhältnis vorgelegen habe. Gemäss Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanzen vereinbarten der Käufer und der Verkäufer, dass der Käufer die streitgegenständliche Wohnung zu einem Preis von CHF 220'000 zu Eigentum erwerbe. Hierfür übergab der Käufer dem Verkäufer im Winter 1992/93 einen Betrag von CHF 220'000 in bar. Beiden Parteien war bekannt, dass in der Schweiz für den gültigen Erwerb von Grundstücken eine öffentliche Beurkundung vorzunehmen ist. Sie waren deshalb übereingekommen, die öffentliche Beurkundung wegen der Ausländergesetzgebung um zehn Jahre hinauszuschieben. Bis dahin konnte der Käufer die Wohnung gegen Bezahlung der Nebenkosten nutzen. Zu diesem Zweck unterzeichneten sie einen fingierten Mietvertrag.

[63] Am 6. Februar 2014 reichte der Käufer beim Bezirksgericht Visp Klage gegen den Verkäufer ein und beantragte u.a., das Kündigungsschreiben für nichtig zu erklären. Am 3. April 2014 reichte der Verkäufer seinerseits beim Bezirksgericht Klage gegen den Käufer ein mit den Begehren, der Käufer sei zu verpflichten, (i) den Mietzins für das Jahr 2013 in der Höhe von CHF 8'000 nebst Zins zu 5% seit Klageeinreichung zu bezahlen, und (ii) die Wohnung unverzüglich zu räumen und ordnungsgemäss zu übergeben. Mit Urteil vom 4. März 2016 erklärte das Bezirksgericht das Kündigungsschreiben für nichtig, weil kein Mietvertrag vorliege und wies die Klagebegehren des Verkäufers ab. Die vom Verkäufer gegen dieses Urteil erhobene Berufung hiess das Kantonsgericht Walls teilweise gut und wies den Käufer an, die Wohnung innert einer Frist von 30 Tagen zu räumen.

[64] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Verkäufer dem Bundesgericht im Wesentlichen, es sei das Urteil der Vorinstanz kostenfällig aufzuheben, der Käufer zu verpflichten, ihm den Mietzins für das Jahr 2013 von CHF 8'000 nebst Zins zu 5% seit Klageeinreichung zu bezahlen und die Wohnung unverzüglich zu räumen und ihm ordnungsgemäss zu übergeben. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut.

[65] 1. Das Bundesgericht erwog, dass der gewollte Verkauf zweifellos unter das BewG falle, da der Käufer seit 1992/93 im Ausland Wohnsitz habe (Art. 1 BewG). Solange die erforderliche Bewilligung nicht verweigert worden sei (Art. 26 Abs. 2 lit. b BewG), der Bewilligungsentscheid also ausstehe, sei das Verpflichtungsgeschäft gemäss Art. 26 Abs. 1 BewG unwirksam. Es bleibe in der Schwebe, vergleichbar mit einem aufschiebend bedingten Geschäft. Der Vollzug des Rechtsgeschäfts durch den Erwerber ohne oder vor Rechtskraft der Bewilligung führe, so das Bundesgericht, zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts (Art. 26 Abs. 1 lit. a BewG). Mit Vollzug sei nach der Lehre nicht die Bezahlung des Kaufpreises gemeint, sondern der Grundbucheintrag. (E. 3). 2. Das Bundesgericht hielt weiter fest, der Kaufvertrag sei mangels öffentlicher Beurkun-

⁵⁸ Vgl. SIEGENTHALER (Fn. 49), S. 143; RAFFAEL GNÄDINGER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zum Begriff der schwebenden Ungültigkeit, in: dRSK, publiziert am 29. März 2019; ALFRED KOLLER, BGer 4A_235/2018: Rückabwicklung eines nichtigen Grundstückkaufs, AJP 2019, S. 226 ff.; ANDREAS SCHNEUWLY, Rückabwicklung bei Umgehung des Bewilligungsgesetzes, ius.focus 2018, Nr. 298.

dung (Art. 216 Abs. 1 OR) ohnehin nichtig. Beide Parteien seien davon ausgegangen, dass der Grund für das Verbleiben des Käufers in der Wohnung – nämlich deren künftigen Erwerb in Vollzug des vereinbarten Kaufvertrags – nicht mehr bestehe. Entsprechend habe der Verkäufer den «Mietvertrag» auf den 31. Dezember 2013 gekündigt. Ist der Käufer nicht mehr berechtigt, die Wohnung zu besitzen, könne der Eigentümer und Nutzniesser gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB die Herausgabe des Eigentums verlangen. Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, die Vorinstanz habe zu Recht die Ausweisung des Käufers angeordnet (E. 3).

[66] **Bemerkung:** 1. Sowohl im Urteil 4A_235/2018 vom 24. September 2018 (Rz. 62 ff.) als auch im Urteil 4A_260/2018 vom 28. November 2018 (Rz. 23 ff.) hat sich das Bundesgericht mit der Rechtswirksamkeit bewilligungspflichtiger Rechtsgeschäfte auseinandergesetzt. Dabei hat es u.E. zu Unrecht unterschiedlich entschieden. 2. Im Urteil 4A_235/2018 vom 24. September 2018 (Rz. 62 ff.) streifte das Bundesgericht den «Unwirksamkeitsbegriff» gemäss BewG. Es bestätigte ausdrücklich, dass Verpflichtungsgeschäfte (von nach BewG bewilligungspflichtigen Rechtsgeschäften im Sinne von Art. 4 BewG) bis zur rechtskräftigen Bewilligung, wie ein suspensiv bedingtes Rechtsgeschäft, in der Schwebe bleiben.⁵⁹ Denn obgleich ein Vollzug nicht stattfand, erwog das Bundesgericht, dass die Übertragung des Eigentums nicht gefordert werden durfte und dass der bezahlte Kaufpreis hätte zurückgefordert werden können.⁶⁰ Nach BewG bewilligungspflichtige Rechtsgeschäfte sind mit anderen Worten in Bezug auf die Erteilung der rechtskräftigen BewG-Bewilligung (in der Praxis auch «Lex-Koller-Bewilligung» oder «Lex-Friedrich-Bewilligung» genannt) schwebend ungültig. 3. In seinem Urteil 4A_260/2018 vom 28. November 2018 (Rz. 23 ff.) qualifizierte das Bundesgericht hingegen einen Kaufvertrag über die Aktien einer Aktiengesellschaft, deren Aktiven u.a. aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe im Sinne des BGBB bestanden, infolge fehlender Bewilligung nach Art. 61 BGBB als schwebend gültig, statt als schwebend ungültig.⁶¹ 4. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Konzept der schwebenden Ungültigkeit nach BewG oder BGBB bewilligungspflichtiger Rechtsgeschäfte – entgegen der vom Bundesgericht im Urteil 4A_260/2018 vom 28. November 2018 vertretenen Ansicht – dogmatisch korrekt. Denn Sinn und Zweck privatrechtsgestaltender Bewilligungen (z.B. nach BGBB oder BewG) liegt darin, bestimmte Rechtsgeschäfte von der behördlichen Genehmigung abhängig zu machen. Dies spricht gegen die schwebende Gültigkeit, die auch ein resolutiv bedingtes Rechtsgeschäft hätte.⁶²

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_235/2018 vom 24. September 2018 E. 3, so schon BGE 105 II 308 E. 3 S. 312 *in fine*; siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 47), Rz. 724; URS MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Lex F. Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, N 1 f. zu Art. 26 BewG.

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_235/2018 vom 24. September 2018 E. 3.

⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2018 vom 28. November 2018 E. 2.3.3 *in fine*; siehe dazu auch NYDEGGER/VISCHER (Fn. 16), Rz. 9 f., auch zu den vom Bundesgericht synonym verwendeten Begriffen der Ungültigkeit und der Unwirksamkeit, wobei u.E. der Begriff «Ungültigkeit» dem Begriff «Unwirksamkeit» vorzuziehen ist.

⁶² Gl.M. NYDEGGER/VISCHER (Fn. 16), Rz. 9; JONAS RÜEGG, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Luzern 2014 = LBR Band 89, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 566; gl.M. betreffend Art. 7 Abs. 3 LPG: ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Bern 1991, N 268 zu Art. 19 – 20 OR.

3. Vermittlungsmäklerlei; Wegbedingung des psychologischen Zusammenhangs im Sinne von Art. 413 Abs. 1 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_562/2017 vom 7. Mai 2018 (MV/DG)⁶³

[67] Am 14. August 2013 schlossen die B. AG (Beauftragte, Klägerin, Beschwerdegegnerin) und die A. AG (Auftraggeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) einen mit «Verkaufsauftrag (im Sinne von Art. 412 ff OR)» betitelten Vertrag ab. Die Beauftragte erhielt den exklusiven Verkaufsauftrag für die Altstadtliegenschaft an der Strasse X. (nachfolgend: Liegenschaft). Der Auftrag wurde bis zum 31. März 2014 befristet. In Ziff. 5.3 des Vertrags vereinbarten die Parteien: «Erfolgt die öffentliche Beurkundung nach Ablauf des Auftragsverhältnisses mit B. AG [d.h. der Beauftragten], ist das Honorar geschuldet, wenn der Käufer während der Dauer des Auftragsverhältnisses als Interessent bekannt war.». Mit Schreiben vom 2. April 2014 teilte die Beauftragte der Auftraggeberin mit, dass es ihr nicht gelungen sei, die Liegenschaft erfolgreich zu verkaufen. Dem Brief legte sie die Liste aller Interessenten bei, die von ihr im Zusammenhang mit dem Verkaufsauftrag kontaktiert worden seien. Auf der Liste waren u.a. C. und E. aufgeführt. Im Sommer 2014 gelangte E. an C. und informierte diesen darüber, dass der Verkaufspreis der Liegenschaft reduziert worden sei. Am 16. Oktober 2014 wurde die obgenannte Liegenschaft an die G. AG, vertreten durch deren Verwaltungsratspräsidenten C., verkauft. Mit Schreiben vom 6. Februar 2015 forderte die Beauftragte von der Auftraggeberin gestützt auf den Vertrag eine Provision. Diese verweigerte die Zahlung. Die beiden Vorinstanzen schützten die in der Folge von der Beauftragten erhobene Klage. Das Bundesgericht hiess die von der Auftraggeberin erhobene Beschwerde in Zivilsachen teilweise gut.

[68] 1. Strittig war vor Bundesgericht nur die Frage, ob der Beauftragten der Mäklerlohn («Provision») zusteht, obwohl der Verkauf der Liegenschaft erst nach Beendigung des Mäklervertrags zustande kam (E. 3). 2. Das Bundesgericht hielt fest, die strittige Vertragsklausel müsse im gesamten Zusammenhang beurteilt werden, in dem sie stehe (E. 3.3). 3. Ohne anderslautende Vereinbarung habe die Beauftragte nur dann Anspruch auf die Provision für den nach Beendigung des Mäklervertrags erfolgten Verkauf, wenn zwischen ihrer Tätigkeit während der Vertragsdauer und dem späteren Kaufabschluss von C. ein psychologischer Zusammenhang bestanden habe. Die Beauftragte mache nun geltend, mit Ziff. 5.3 des Vertrags liege eine solche Vereinbarung vor. Damit hätten die Parteien das Erfordernis der Kausalität wegbedungen, weshalb einzig entscheidend sei, dass der spätere Käufer während des Auftragsverhältnisses ein Interessent gewesen sei (E. 3.3.2). 4. Das Bundesgericht erwog, dass lediglich gestützt auf den Wortlaut von Ziff. 5.3 der vorliegende Sachverhalt in der Tat erfasst wäre. Damit sei jedoch noch nicht gesagt, dass Ziff. 5.3 nach Treu und Glauben als Wegbedingung des Kausalzusammenhangs verstanden werden durfte und musste (E. 3.3.2). 5. Stelle man genau auf den Wortlaut von Ziff. 5.3 («Erfolgt die öffentliche Beurkundung...») ab, sei nur der Fall vorbehalten, dass der Beurkundungsakt nach Vertragsbeendigung stattfinde. Daraus könnte *e contrario* abgeleitet werden, dass der (für die Begründung des Provisionsanspruchs relevante) Kaufabschluss andererseits noch während der Dauer des Auftragsverhältnisses zustande gekommen sein müsse. Auch wenn es zutrefte, dass demgegenüber der letzte Halbsatz von Ziff. 5.3 («..., wenn der Käufer während der Dauer des Auftragsverhältnisses als Interessent bekannt war») für die Wegbedingung der Kausalität spreche, sei die Bestim-

⁶³ Vgl. auch HUBERT STÖCKLI, Weitere Verträge und Haftpflichtrecht/Autres contrats et responsabilité civile, BR 2018, Nr. 642 S. 394 f.; LEA ALTERMATT/MARKUS VISCHER, «Mäklers Mühe ist oft umsonst» – Der Mäklerlohn und der psychologische Kausalzusammenhang, in: dRSK, publiziert am 18. September 2018.

mung damit doch insgesamt nicht eindeutig. Diesbezüglich sei zudem zu beachten, dass mit der Wegbedingung der Kausalität vom dispositiven Recht abgewichen werde, das in der Regel die Interessen der Parteien genügend wahrt, weshalb eine Partei, die davon abweichen wolle, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen müsse. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Vertrag auf einem Formular der Beauftragten abgedruckt sei. Von ihr als professioneller Mäklerin sei zu erwarten, dass sie Bestimmungen von grundlegender Bedeutung so verfasse, dass Streitigkeiten über deren Tragweite vermieden werden (E. 3.3.2). 6. Insgesamt habe daher die Auftraggeberin nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen und müssen, dass ein Kauf nach Beendigung des Auftragsverhältnisses den Provisionsanspruch nicht ausschliesse, wenn der Käufer noch während der Dauer des Auftragsverhältnisses als Interessent bekannt gewesen sei, dass aber ein psychologischer Zusammenhang zwischen Kauf und der Tätigkeit der Beschwerdegegnerin bestehen müsse (E. 3.3.2). 7. Aus den von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen ergebe sich kein genügender psychologischer Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit der Beauftragten. Ein Anspruch der Beauftragten gestützt auf den Vertrag sei somit zu verneinen (E. 3.4/3.4.3).

[69] **Bemerkung:** 1. Beim Mäklervertrag wird unterschieden zwischen Nachweis- und Vermittlungsmäklererei (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Nachweismäkler verpflichtet sich, einen Nachweis einer Abschlussgelegenheit zu erbringen, d.h. mindestens einen Interessenten zu präsentieren. Der Vermittlungsmäkler muss die Abschlussbereitschaft des potentiellen Käufers fördern. In der Praxis wurde der Zuführungsmäkler als dritte Art der Mäklererei entwickelt, welcher die Parteien zusammenführen soll.⁶⁴ 2. Der Mäklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR) und somit potestativ suspensiv bedingt.⁶⁵ Folglich muss ohne anderslautende Vereinbarung zwischen der Mäklertätigkeit und dem Vertragsabschluss ein Kausalzusammenhang bestehen, wobei bei der Nachweismäklererei ein psychologischer Zusammenhang zwischen den Bemühungen des Mäklers und dem Entschluss des Dritten ausreicht.⁶⁶ 3. Im referierten Urteil entbrannte zwischen den Parteien ein *Auslegungsstreit* mit Bezug auf Ziff. 5.1 des Mäklervertrags. Umstritten war, ob die Parteien von dem in Art. 413 Abs. 1 OR statuierten Erfordernis des Kausalzusammenhangs abgewichen sind. 4. Mangels Vorliegen eines übereinstimmenden wirklichen Willens legte das Bundesgericht die streitgegenständliche Klausel objektiv aus⁶⁷ und kam zum Schluss, dass die Parteien den Kausalzusammenhang nicht wegbedungen hätten. 5. Das Auslegungsergebnis des Bundesgerichts ist u.E. vertretbar⁶⁸, zumal die fragliche Klausel in der Tat nicht klar verfasst ist und nach der Maxime «*in dubio contra proferentem*» jenes Auslegungsergebnis vorzuziehen ist, welches für den Verfasser (*in casu* die Beauftragte) ungünstiger ist.⁶⁹ 6. Dieses Urteil ist für den Praktiker insofern bedeutsam, als es daran erinnert, die Verträge unzweideutig und klar zu formulieren

⁶⁴ ALTERMATT/VISCHER (Fn. 63), Rz. 12 m.w.H.

⁶⁵ CATERINA AMMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 2 zu Art. 413 OR; siehe auch MARKUS VISCHER, BGER 4A_269/2017: Erfolgshonorar, AJP 2018, S. 517 ff., S. 521 f.

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_153/2017 vom 29. November 2017 E. 2.3.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_283/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.1 m.w.H.

⁶⁷ Die subjektiv-objektive Auslegung ablehnend z.B. CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017, in: Jusletter 24. September 2018, Rz. 20 m.w.H.

⁶⁸ Kritischer STÖCKLI (Fn. 63), S. 395.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_314/2017 vom 28. Mai 2018 E. 2.3.2.5; BK-MÜLLER (Fn. 28), N 197 zu Art. 18 OR; BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018, Rz. 1144.

sowie sorgfältig zu redigieren. Andernfalls erweist sich in den Worten RAINER SCHUMACHERS die richterliche Vertragsauslegung bzw. -ergänzung⁷⁰ als eine «Bestrafung» des Verfassers des Vertrags.⁷¹ Mit anderen Worten hat der Verfasser seinen Willen klar auszudrücken.⁷² Die Kausalität im Sinne von Art. 413 Abs. 1 OR ist folglich unzweideutig unter ausdrücklicher Nennung von Art. 413 Abs. 1 OR wegzubedingen, sodass für den Vertragspartner (und den Richter) klar ist, dass der Makler die Provision auch verdient hat, wenn die Vermittlungstätigkeit in keinem Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäfts durch den Auftraggeber steht.⁷³

4. Unwirksamkeit einer Freizeichnungsklausel des «Hersteller-Verkäufers» einer zweijährigen Liegenschaft für Mängel, mit denen der Käufer vernünftigerweise nicht rechnen musste

Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 vom 12. April 2018 (CB)⁷⁴

[70] Die B. AG, deren Gesellschaftszweck der «Betrieb eines Architektur- und Bauleitungsbüros» war, verkaufte im Oktober 2009 den Käufern ein Mehrfamilienhaus. Dieses war unter der Bauherrschaft der Verkäuferin neu erstellt und zwei Jahre vor dem Verkauf fertiggestellt worden. Der Kaufvertrag enthielt eine umfassende Freizeichnungsklausel bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelrechte gegenüber den Baubeteiligten.⁷⁵

[71] Im Juni 2012 wurde auf dem gekauften Grundstück ein Rohrbruch festgestellt, worauf die Kläger ein Problem mit der Böschungssicherung und eine mangelhafte Foundation des gekauften Mehrfamilienhauses feststellten. Die Sanierungskosten betrugen rund CHF 140'000.

[72] Das Obergericht des Kantons Aargau hiess die Klage gegen die Verkäuferin gut, nachdem das Bezirksgericht diese abgewiesen hatte. Letzteres hatte gestützt auf ein Gerichtsgutachten einen erheblichen Mangel der Kaufsache (mangelhafte Foundation des Kaufobjekts: konkret Unterlassung des Einlassens von Betonsporen in den gewachsenen Grund) festgestellt, aber erwogen, dass der Kaufvertrag eine gültige Freizeichnungsklausel enthalte, die auch den Streitgegenständlichen Mangel erfasse. Das Obergericht lehnte diese Auffassung ab, was im Ergebnis das Bundesgericht bestätigte.

[73] **1.** Das Bundesgericht bestätigte zunächst seine Praxis, wonach ein Mangel bei Grundstückkaufverträgen im Rahmen der objektivierten Auslegung nicht unter den Gewährleistungsaus-

⁷⁰ Die Vertragsauslegung und die Vertragsergänzung lassen sich u.E. nicht voneinander trennen (MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 227).

⁷¹ RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 279, siehe auch Rz. 637.

⁷² SCHUMACHER (Fn. 71), Rz. 280.

⁷³ Vgl. BSK OR I-AMMANN (Fn. 65), N 13 zu Art. 412 OR und N 9 zu Art. 413 OR.

⁷⁴ Vgl. auch THOMAS SIEGENTHALER, Immobilienverkauf durch «Hersteller-Verkäufer»: Grenzen für Haftungsbegrenzungen, BR 2018, S. 363 f.; ANISSA KERN/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen: Die Fallgruppe der Neubauten, in: dRSK, publiziert am 18. September 2018.

⁷⁵ Diese lautete wie folgt: «2. Währschaft In Bezug auf die Kaufobjekte wird unter Vorbehalt von Absatz 2 hienach, seitens der Verkäuferschaft jegliche Währschaft wegbedungen (soweit gesetzlich zulässig). Die Käuferschaft übernimmt die Räumlichkeiten im heutigen Zustand und wie besichtigt. Die Parteien erklären ausdrücklich, dass sie vom Notar über die Folgen der Währschaftswegbedingung eingehend orientiert worden sind. Zur Geltendmachung der heute noch bestehenden Mängelrechte der Grundstücke U. Nr. XXX (Mehrfamilienhaus) und V. Nr. XXX (Tiefgarage) überträgt hiermit die Verkäuferschaft der Käuferschaft alle mit den Kaufobjekten verbundenen Garantien der an der ganzen Überbauung beteiligten Planer und Unternehmer. Sie verpflichtet sich die Käuferschaft bei einer allfälligen Geltendmachung von Mängelrechten zu unterstützen.»

schluss fällt, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dabei hänge es von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, womit ein Käufer zu rechnen habe. Es komme für die Auslegung wesentlich darauf an, zu welchem erkennbaren Zweck jemand einen Gegenstand gekauft habe. Insofern seien Mängel, die eine Sache weitgehend für den vorgesehenen Gebrauch untauglich machen, anders zu werten als solche, die diesen zwar erschweren, aber dennoch zulassen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss falle oder nicht, sei deshalb auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen.⁷⁶

[74] 2. Der Einwand der Verkäuferin, der Wortlaut der Freizeichnungsklausel sei klar, sei nicht stichhaltig. Die Verkäuferin hätte vielmehr aufzeigen müssen, dass Umstände beständen, die zwingend darauf schliessen lassen würden, dass beide Parteien über einen allgemeinen Ausschluss der Währschaft die Haftung auch für Mängel, mit denen ein Käufer vernünftigerweise nicht rechnen musste, ausschliessen wollten. Der Verweis auf die Übertragung der Garantien im Zusammenhang mit allenfalls noch bestehenden Mängelrechten würde dazu nicht ausreichen. Die Käufer hätten nach Treu und Glauben aufgrund der vereinbarten Abtretung der Gewährleistungsrechte nicht auf eine Ausdehnung der Freizeichnungsklausel schliessen müssen, da die Abtretung eine Verbesserung der Stellung der Käuferschaft und insofern eine Kompensation für die (nach den normalen Regeln auszulegende) Freizeichnungsklausel darstelle.⁷⁷

[75] 3. Vorliegend liege der Mangel gänzlich ausserhalb dessen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste:

- Da die Käufer nicht eine Altbaute, sondern eine unter der Bauherrschaft der Verkäuferin neu erstellte Liegenschaft erworben haben, liege eine ungenügende Foundation des Wohnhauses im Sinne einer teilweise fehlenden Verankerung im gewachsenen Boden gänzlich ausserhalb dessen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen müsse.
- Aus der Tatsache, dass die Mangelbehebung nur knapp 5% des Kaufpreises ausmache, könne die Verkäuferin nichts zu ihren Gunsten ableiten: Zum einen sei dies bloss eine Folge davon, dass der Mangel entdeckt wurde, bevor er infolge Instabilität des Gebäudes zu grösseren Schäden und Sanierungskosten führen konnte. Zum anderen habe die Vorinstanz zu Recht das Schadenspotential berücksichtigt. Die Tragweite des vereinbarten Haftungsausschlusses könne nicht vom Zeitpunkt abhängen, in dem der Mangel entdeckt wird (E. 5.5).

[76] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung seine Rechtsprechung zur Frage, welche Mängel nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung von der Freizeichnungsklausel erfasst werden (siehe insbesondere BGE 130 III 686 E. 4.3.1) weiterentwickelt. Diese Rechtsprechung kommt nicht nur bei Altbauten, sondern auch bei Neubauten zum Tragen. Nach objektiver Auslegung werden vom allgemeinen Gewährleistungsausschluss Mängel erfasst, die bei jedem Neubau auftreten können, nicht aber auch Mängel, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss. Der Umstand, dass das Mehrfamilienhaus vor nur zwei Jahren unter der Bauherrschaft der fachkundigen Verkäuferin als «Hersteller-

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 vom 12. April 2018 E. 5.1.

⁷⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 vom 12. April 2018 E. 5.2.2 und 5.3.

Verkäufer» erstellt worden war, wurde als zusätzlichen Grund für eine enge Auslegung der Freizeichnungsklausel berücksichtigt.⁷⁸

[77] 2. Da der Mangel gänzlich ausserhalb dessen lag, womit die Kläger vernünftigerweise rechnen mussten, wurde er im Rahmen der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip von der Freizeichnungsklausel nicht erfasst. Für diese Auslegungskontrolle der Freizeichnungsklausel ist – im Unterschied zur Inhaltskontrolle von Freizeichnungsklauseln gemäss Art. 100 Abs. 1 OR für grobfahrlässige Vertragsverletzungen – unerheblich, ob der Mangel vom Verkäufer zu verantworten war und welches Verschulden ihn trifft.⁷⁹ Unerheblich war somit die vor dem Hintergrund von Art. 100 Abs. 1 OR dennoch interessante Erwägung der Vorinstanz, das gewählte Vorgehen der Herstellerin-Verkäuferin – Verzicht auf eine Berechnung der Hangstabilität bzw. allenfalls eine Berechnung unter Einsetzung zu optimistischer Werte – sei als grober Fehler zu qualifizieren. Deshalb könne sie sich auch nicht darauf berufen, externe Dritte (Bauingenieure) beigezogen zu haben, da die als Architektin und Bauleiterin tätige Verkäuferin selber über die Kenntnisse hätte verfügen sollen, die ihr die Erstellung von Bauten nach den Regeln der Baukunst ermöglichten.

[78] 3. Wie gesehen lehnte es das Bundesgericht ab, aus der unmittelbar im Anschluss an die Freizeichnungsklausel enthaltenen Abtretung der «Garantien der an der ganzen Überbauung beteiligten Planer und Unternehmer» etwas zugunsten der Verkäuferin abzuleiten (Rz. 74). Nach dem Entscheid war damit eine Abtretung allenfalls noch bestehender Mängelrechte gemeint. Eine solche Abtretung ist aus zweierlei Hinsicht problematisch. Zum einen ist es aufgrund praktischer Gesichtspunkte für den Käufer viel mühsamer, solche Rechte, soweit sie überhaupt noch geltend gemacht werden können, gegen die Unternehmer durchzusetzen als gegen den Verkäufer, selbst wenn dieser sich wie hier vertraglich verpflichtet hat, den Käufer zu unterstützen. Die Kosten für die Ursachenerforschung von Mängeln übersteigen nicht selten die Kosten der Mängelbeseitigung. Weiter sind solche Klauseln oft unvollständig. Im besprochenen Entscheid erwog das Bundesgericht, die vorliegend verwendete Klausel umfasse nach ihrem Wortlaut keine Schadenersatzansprüche für allfällige Mangelfolgeschäden, die von den Mängelrechten zu unterscheiden seien, und die Vorinstanz hatte darauf hingewiesen, dass auch Ansprüche gegen den Planer, soweit sie dem Auftragsrecht unterstehen, von der Klausel nicht erfasst seien.⁸⁰

[79] 4. Zum ändern ist die vertragliche Abtretung (oder Übertragung) von Mängelrechten rechtlich problematisch. Das Bundesgericht ging auf die rechtliche Zulässigkeit nicht ein. Obschon eine Abtretung von Mängelrechten in der Praxis häufig vorkommt, ist die Frage, ob die Mängelrechte überhaupt abtretbar sind, immer noch umstritten.⁸¹ Das Minderungs- und Wandelungsrecht sind unabtretbare Gestaltungsrechte und werden als unselbstständig betrachtet, indem sie mit dem konkreten Kauf- oder Werkvertrag ihrer Natur nach (vgl. Art. 164 Abs. 1 OR) unlösbar verbunden sind, weil deren Ausübung so sehr in das Vertragsgefüge und in die Stellung der

⁷⁸ So zutreffend SIEGENTHALER (Fn. 74), S. 364, der dazu Folgendes bemerkt: «Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen haben die Funktion, dem Verkäufer zu ermöglichen, seine Gewährleistung nicht für die uneingeschränkte Qualität der Kaufsache erbringen zu müssen, weil er das Risiko von Mängeln selber gar nicht einschätzen kann (BGer 4C.273/1995 vom 1. November 1995, E. 4b, in: ZBGR 77/1996, S. 330 ff.)». Etwas anders liegen die Dinge beim «Hersteller-Verkäufer»: Der «Hersteller-Verkäufer» kann das Risiko von Mängeln eher einschätzen – erst recht, wenn er selber fachkundig ist.»

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 vom 12. April 2018 E. 5.6.

⁸⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 vom 12. April 2018 E. 5.2.2 und 5.4 *in fine*.

⁸¹ Siehe etwa PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 2437 m.Nw.

Parteien eingreift.⁸² Demgegenüber gilt das Nachbesserungsrecht nach der h.M. als grundsätzlich abtretbar.⁸³ Als unproblematisch gilt die Abtretung des Rechts des Bestellers auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens.⁸⁴ Ob eine gesamthafte Abtretung «im Bündel» aller alternativen Mängelrechte (Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht) rechtlich zulässig ist, wird in der Lehre teilweise vertreten, ist indessen umstritten.⁸⁵ Im Rahmen der Auslegungskontrolle der Freizeichnungsklausel erwog das Bundesgericht, in der Abtretung der Gewährleistungsansprüche sei eine Besserstellung des Käufers bzw. eine Kompensation für die Freizeichnung zu sehen, wobei dies aber nicht bedeute, dass der Käufer nach Treu und Glauben auf eine Ausdehnung der Freizeichnung auf Mängel schliessen musste, die gänzlich ausserhalb dessen liegen, womit der Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Die entsprechende Erwägung des Bundesgerichts lässt darauf schliessen, dass das Bundesgericht offenbar eine Abtretung der Gewährleistungsrechte im Bündel als zulässig erachtet. Es ist schade, dass das Bundesgericht sich mit dieser Frage nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat.

5. Auslegung einer Konventionalstrafen-Klausel; gemischter Grundstückskaufvertrag und Hotelvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2017 vom 6. Februar 2018 (CB)⁸⁶

[80] Die Z. SA (Verkäuferin), Besitzerin eines 5-Sterne-Hotels, das sieben Zimmer, sechs Suiten, ein Restaurant, ein Hallenbad, Spa sowie vier Luxusappartements umfasste, schloss mit X. (Käufer) am 1. April 2010 einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über ein Appartement in dieser Hotelanlage ab. Die Verkäuferin verpflichtete sich zusätzlich, dass der Käufer sämtliche Dienstleistungen des Hotelbetriebs in Anspruch nehmen dürfe.

[81] Während den Vertragsverhandlungen verlangte X. in einem Schreiben vom Februar 2010 die Aufnahme einer Vertragsklausel, welche die Verkäuferin verpflichtete, dem Käufer eine Konventionalstrafe zu bezahlen, falls die Zweckbestimmung als Hotelanlage geändert oder aufgegeben werden sollte. Das Schreiben lautete wie folgt: «Le prix de vente est entendu et motivé par le fait que l'appartement se situe dans un hôtel de première catégorie (5 étoiles luxe). Dans l'hypothèse où l'affectation hôtelière serait modifiée et/ou transformée en appartement à vendre, la valeur de la propriété pourrait dès lors subir un impact négatif. Nous souhaitons par conséquent inclure une clause de dédommagement d'un montant à définir.».

⁸² Siehe GAUCH (Fn. 81), Rz. 2439 m.Nw. und unter Berufung auf die h.M. in der Schweiz. Abtretbar sind dagegen die Wandelungs- oder Minderungsforderung des Bestellers auf ganze oder teilweise Rückleistung der bezahlten Vergütung, die aus der (unabtretbaren) Ausübung des Wandelungs- oder Minderungsrechts fliessen kann. Der Besteller kann den Zessionar ermächtigen, das bei ihm verbliebene Gestaltungsrecht im Namen des Bestellers auszuüben (GAUCH, [Fn. 81], Rz. 2442).

⁸³ GAUCH (Fn. 81), Rz. 2443 m.Nw. Mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts wird die Rechtslage nicht umgestaltet wie bei der Minderung oder der Wandelung; der Nachbesserungsberechtigte macht bloss eine Forderung geltend, ohne dass der Kauf- oder Werkvertrag inhaltlich verändert würde (insofern a.M. GAUCH, [Fn. 81], *ibid.*).

⁸⁴ GAUCH (Fn. 81), Rz. 2445 m.Nw.

⁸⁵ Befürwortend HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl. Bern 2017, S. 322 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen, Rz. 529/530; ablehnend GAUCH (Fn. 81), Rz. 2446–2448 m.w.Nw.

⁸⁶ Vgl. auch FRANZ WERRO, Weitere Verträge und Haftpflichtrecht/Autres contrats et responsabilité civile, BR 2018, Nr. 643 S. 395.

[82] Der Vertrag enthielt dazu unter dem Titel «Service hôtelier» die folgende Klausel: «la société vendeuse, Z. SA, s'engage et oblige la société exploitante de l'hôtel à fournir à l'acquéreur [...], les services hôteliers usuels [...] et l'accès au(x) locaux sauna, fitness et piscine [...]. Il est prévu la pénalité suivante, dans le cas où ces services et accès ne pourraient être assurés à l'avenir par la société vendeuse, respectivement ses successeurs ayants droit: Fr. 500.- [...] par jour. [...] Cet engagement est pris pour une durée de 25 ans dès l'inscription au Registre Foncier de l'affectation hôtelière de l'immeuble. Il échoit en même temps que cette servitude d'affectation hôtelière inscrite au Registre Foncier. [...].»

[83] Seit 2009 wurde das Hotel während der Nebensaison jeweils geschlossen. Im August 2011 verlangte der Käufer eine Entschädigung in der Höhe von CHF 211'575 für diejenigen Tage, an denen das Hotel geschlossen war (403 Tage zwischen 2010 und 2014 à CHF 500). Sowohl das erst- als auch das zweitinstanzliche Gericht des Kantons Wallis wiesen die Klage ab.

[84] 1. Das Bundesgericht bestätigte, dass es sich um einen gemischten Vertrag handle, der einen Grundstückskaufvertrag und Elemente des Hotelvertrags kombiniere. Der Vertrag enthalte auch eine Konventionalstrafen-Klausel im Sinne der Art. 160 ff. OR, dessen Auslegung Gegenstand der Streitigkeit sei.

[85] 2. Das Bundesgericht bestätigte die Erwägungen der Vorinstanz, die zunächst eine subjektive Auslegung der Klausel vornahm und feststellte, dass der wirkliche Wille der Parteien auf den Schutz des Käufers vor einer Änderung der Zweckbestimmung als Hotelbetrieb gerichtet gewesen sei und es nicht darum gegangen sei, dem Käufer die Dienstleistungen des Hotelbetriebs während des ganzen Jahres zu gewährleisten. Auch die objektive Auslegung führe zum gleichen Resultat. Aus dem Wunsch des Käufers, die genannte Konventionalstrafe vorzusehen, habe die Verkäuferin nach dem Vertrauensprinzip nicht verstehen müssen, dass der Käufer beabsichtigte, die Dienstleistungen auch ausserhalb der üblichen saisonalen Öffnungszeiten des Hotels zu erhalten. Das Bundesgericht betonte, dass der Käufer bei Vertragsunterzeichnung gewusst habe, dass das Hotel nicht das ganze Jahr über geöffnet war. Zudem habe er mehr als ein Jahr gewartet, bevor er die Konventionalstrafe geltend machte, und sein Lebensstil (zahlreiche Reisen ins Ausland und Aufenthalt als spanischer Staatsangehöriger in der Schweiz aus steuerlichen Gründen) mache keine ganzjährige Anwesenheit in der Wohnung erforderlich. Es bestätigte das kantonale Urteil und weist die Beschwerde ab.

[86] **Bemerkung: 1.** Der Entscheid veranschaulicht, dass es auch bei der Ermittlung eines tatsächlichen übereinstimmenden Willens der Parteien zum Zweck der Vertragsauslegung um einen (im weiten Sinne) mutmasslichen Willen geht, der basierend auf hinreichenden Anhaltspunkten ermittelt werden muss. Der Übergang von dieser empirischen oder subjektiven Auslegung zur normativen oder objektivierten Vertragsauslegung ist fliessend.⁸⁷ Bei der objektivierten Auslegung sind zur Ermittlung des (im engen Sinne) mutmasslichen Parteiwillens 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.⁸⁸ Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien

⁸⁷ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 28), N 14 zu Art. 18 OR.

⁸⁸ Siehe z.B. BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666.

eine unangemessene Lösung gewollt haben.⁸⁹ Bei beiden Auslegungsarten werden grundsätzlich dieselben Auslegungsmittel herbeigezogen.⁹⁰

[87] 2. Bekanntlich überprüft das Bundesgericht die objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage frei, ist aber an Feststellungen der Vorinstanz über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden.⁹¹ Daraus sollte indessen nicht, wie die Rechtsprechung dies bisher mehr oder weniger explizit festhält,⁹² geschlossen werden, dass die subjektive Vertragsauslegung generell nicht als Rechtsfrage überprüft werden kann.⁹³ Die Feststellung eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens bei der Vertragsauslegung muss wie erwähnt ebenfalls unter Anwendung der etablierten Auslegungsmittel erfolgen, was eine Rechtsfrage darstellt und als solche vom Bundesgericht frei überprüfbar sein sollte.⁹⁴ Die Abgrenzung zur grundsätzlich nur auf Willkürzüge hin überprüfbaren Beweiswürdigung mag in Einzelfällen schwierig sein, erscheint aber weder als unmöglich noch unpraktikabel (siehe dazu auch die Bemerkungen in Rz. 42 und 55).

IV. Diverses

Finanzierung bei Aushubmaterial von belasteten Standorten; Begriff des «Inhabers eines Grundstücks» im Sinne von Art. 32b^{bis} USG; keine Aktivlegitimation für obligatorisch Berechtigte

Urteil des Bundesgerichts 4A_67/2017 vom 15. März 2018, publiziert als BGE 144 III 227 = Pra 2019 Nr. 20 (MV/DG)⁹⁵, ⁹⁶

[88] Die Genossenschaft Z. 1 – auf Französisch Groupe Z. – (Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gesellschaft Z.) war Eigentümerin der Parzelle Nr. xxx (nachfolgend Parzelle). Die Gesellschaft Z. betrieb bis zum 3. Februar 1988 Grosshandel mit Brennstoffen. Es resultierten daraus chemische und physikalische Bodenbelastungen der Parzelle.

[89] Durch Terminkauf und mit Kaufsrecht vom 20. Oktober 1986 verkaufte die Gesellschaft Z. die Parzelle zum Preis von CHF 1'950'000 an die Gesellschaft A. SA oder an die von der A. SA bezeichneten Personen. Mit Rechtsakt vom 29. Januar 1988 setzte die A. SA, welche nie Eigentümerin der Parzelle geworden ist, ihren Verwaltungsratspräsidenten X. (Beschwerdeführer) als

⁸⁹ BGE 122 III 420 E. 3a S. 424.

⁹⁰ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 28), N 14 zu Art. 18 OR.

⁹¹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2017 vom 6. Februar 2018 E. 3.1 m.Nw.

⁹² Vgl. die Nachweise bei BSK OR I-WIEGAND (Fn. 28), N 15 zu Art. 18 OR.

⁹³ Siehe die Kritik von HEINRICH HONSELL, Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 335 ff., S. 349; BK-KRAMER (Fn. 46), N 74 ff. zu Art. 18 OR; BSK OR I-WIEGAND (Fn. 28), N 42 zu Art. 18 OR sowie BK-MÜLLER (Fn. 28), N 100 ff. und 110 ff. zu Art. 18 OR (der dafür plädiert, dass die subjektive Auslegungsmethode zugunsten der objektiv-konkreten Auslegung nach dem Vertrauensprinzip gänzlich aufzugeben ist).

⁹⁴ In diesem Sinn bereits BK-KRAMER (Fn. 46), N 76 zu Art. 18 OR.

⁹⁵ Vgl. auch JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JACQUES DUBEY/CLÉMENTINE GRISEL RAPIN, Journées suisses du droit de la construction 2019, Freiburg i.Ue. 2019, S. 290 *in fine* Nr. 308; ISABELLE ROMY, Umweltschutz/Protection de l'environnement, BR 2018, Nr. 547 S. 311; MARKUS VISCHER/CHRISTOPH ZAUGG, Art. 32bbis USG: Keine Aktivlegitimation für obligatorisch Berechtigte, in: dRSK, publiziert am 9. Juli 2018.

⁹⁶ Der Originaltext des bundesgerichtlichen Urteils 4A_67/2017 vom 15. März 2018 ist in französischer Sprache. Sachverhalt und Erwägungen dieses Urteils wurden von MARC GIGER in der Pra 2019 Nr. 20 S. 249 ff. übersetzt. Diese Übersetzung wurde übernommen, jedoch teilweise leicht modifiziert.

ihre berechnete Person ein. X. wurden die Rechte wie auch die entsprechenden Pflichten aus dem Kaufvertrag vom 20. Oktober 1986 übertragen. Am 3. Februar 1988 wurde X. als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen.

[90] Die Parzelle wurde Ende 2003 in den Kataster der belasteten Standorte eingetragen.

[91] Am 26. Oktober 2006 reichte der Architekt von X. ein Baugesuch für ein Geschäftsgebäude sowie ein Bürogebäude auf der Parzelle ein. Am 2. Februar 2017 wurde die Baubewilligung erteilt. Der Umgang mit belastetem Material hatte sich nach der *Technischen Verordnung über Abfälle* zu richten. Am 20. Februar 2007 verkaufte X. seine Liegenschaft zum Preis von CHF 9'500'000 an die B. AG. X. verpflichtete sich als Verkäufer, sämtliche Kosten für die Sanierung des Bodens zu übernehmen, wobei er der B. AG als Käuferin eine Bankgarantie von CHF 500'000 vorlegte, und die B. AG wurde berechnigt, «gegen seinen eigenen Verkäufer Regress zu nehmen».

[92] Die von X. erlangte Baubewilligung vom 2. Februar 2007 wurde an die B. AG, die neue Eigentümerin, abgetreten, welche dessen Bauprojekt übernahm und realisierte. Die Arbeiten zur Sanierung des belasteten Terrains erfolgten zwischen März und September 2007. Mit Schreiben vom 21. Juni 2007 stellte X. der Gesellschaft Z. eine Mängelanzeige zu, auf die keine Reaktion erfolgte. Am 31. August 2007 leitete X. gegen die Gesellschaft Z. für einen Betrag von CHF 3'000'000 zuzüglich Zinsen die Betreibung ein. Am 1. Oktober 2007 und am 18. September 2008 bezahlte X. der mit den Sanierungsarbeiten beauftragten Gesellschaft insgesamt CHF 1'903'200.45 (inkl. MWST).

[93] X. reichte eine Klage am 26. September 2008 gegen die Gesellschaft Z. bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts Waadt («*Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud*») ein und beantragte, die Gesellschaft Z. sei zu verpflichten, ihm den Betrag von CHF 1'239'884.06 zu bezahlen. Mit Urteil vom 2. November 2015 wies die Zivilkammer des Kantonsgerichts die Klage ab. Am 15. September 2016 wies die Berufungskammer für Zivilsachen des Kantonsgerichts Waadt («*Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud*») die von X. einlegte Berufung ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid. Gegen diesen Entscheid legte X. am 3. Februar 2017 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[94] 1. X. rügte im Verfahren vor Bundesgericht u.a., dass die Vorinstanz ihn zu Unrecht nicht als Inhaber der ausgehobenen Abfälle (tatsächliche Herrschaft) betrachtet und folglich seine Aktivlegitimation verneint habe (Sachverhalt Teil C).

[95] 2. Das Bundesgericht hielt fest, der Begriff «Inhaber» werde in mehreren Bestimmungen des USG verwendet. Im Allgemeinen gelte auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts des Bundes derjenige als Inhaber der Abfälle, der darüber die tatsächliche Herrschaft habe, d.h. der faktisch in der Lage sei, über die Abfälle zu verfügen. Die Begriffe des Privatrechts (Eigentum und Besitz) seien in diesem Bereich nicht entscheidend. Damit könne der Mieter eines Grundstücks oder eines Depots, auf dem sich Abfälle befinden, somit ihr Inhaber sein (E. 3.3/3.3.1).

[96] 3. Beim in Art. 32b^{bis} Abs. 1 USG verwendeten Begriff des Inhabers handle es sich, so das Bundesgericht, nicht um den Inhaber der Abfälle, sondern um den Inhaber des Grundstücks. Der Begriff des Inhabers des Grundstücks sei in BGE 143 III 73⁹⁷ untersucht worden. Es wurde festgehalten, dass es sich beim Inhaber eines Grundstücks, welcher Material aus einem belasteten Standort entfernt, nicht nur um den aktuellen Eigentümer des Grundstücks handle, sondern

⁹⁷ BGE 143 III 73 E. 6–8 S. 74 ff. = Pra 2018 Nr. 32 S. 288 ff.

auch um denjenigen, dem ein beschränktes dingliches Recht an diesem zustehe, das ihm die Möglichkeit gebe, darauf zu bauen bzw. über das zu entfernende Material zu verfügen (E. 3.3.2).

[97] 4. Das Bundesgericht führte aus, dass der Kreis der Inhaber, denen die Legitimation zukomme, eine Haftungsklage im Sinne von Art. 32b^{bis} USG anzubringen, nicht nur durch den Begriff des «Inhabers des Grundstücks» eingeschränkt werde, sondern ebenfalls durch den Zeitraum, in welchem das Grundstück erworben worden sein müsse, wie auch durch die Voraussetzung, dass der Inhaber das belastete Material ausheben müsse, um Bauten zu erstellen oder solche umzugestalten. ISABELLE ROMY könne daher nicht gefolgt werden, wenn sie die Auffassung vertrete, der Mieter könne als Inhaber qualifiziert werden, falls er die rechtliche oder tatsächliche Herrschaft ausübe, soweit sie eine Aufspaltung zwischen der Inhaberschaft am Grundstück und der Inhaberschaft an den Abfällen voraussetze (ISABELLE ROMY, in: Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Anne-Christine Favre [Hrsg.], *Loi sur la protection de l'environnement [LPE]*, Commentaire Stämpfli, Band 2, Bern 2011, N 24 zu Art. 32b^{bis} USG). Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass der Begriff des Inhabers nicht jenem des öffentlichen Rechts des Bundes entspreche, sondern einem Begriff des Privatrechts, der jedes persönliche Recht – sei dies am Grundstück oder an den Abfällen – ausschliesse (E. 3.3.3).

[98] 5. Im vorliegenden Fall war X., so das Bundesgericht, am Tag der Einleitung der Klage am 11. April 2008 nicht der Inhaber des Grundstücks, da er dieses am 20. Februar 2017 an einen Dritten weiterverkauft hatte. Laut der Rechtsprechung sei er auch nicht im Genuss eines beschränkten dinglichen Rechts am Grundstück verblieben, das ihm im Sinne der Rechtsprechung die Möglichkeit zum Bauen verliehen hätte. X. sei auch nicht der Eigentümer, der das belastete Material ausgehoben habe, um bauen zu können, denn Letzteres habe der neue Erwerber, die B. AG, getan. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass X. – als er noch Eigentümer war – die für die Erteilung der Baubewilligung erforderlichen Schritte veranlasst habe, nach dem Verkauf der Parzelle mit dem zur Sanierung herangezogenen Unternehmen zusammengearbeitet habe und vertraglich verpflichtet gewesen sei, die Kosten für die Entsorgung des belasteten Materials zu übernehmen und diese auch übernommen habe (E. 3.4).

[99] **Bemerkung: 1.** Es ist zu begrüssen, dass gemäss Bundesgericht für die Bestimmung des «Inhabers eines Grundstücks» im Sinne von Art. 32b^{bis} USG einzig sachenrechtliche Kriterien massgebend sind.⁹⁸ Dadurch wird eine extensive Auslegung des Begriffs «Inhaber eines Grundstücks» zu Recht verhindert. Folglich kann die Aktivlegitimation gemäss Art. 32b^{bis} USG nicht vertraglich übertragen werden.⁹⁹ 2. Im Lichte dieses Urteils ist Grundstückeigentümern oder Inhabern eines entsprechenden¹⁰⁰ beschränkten dinglichen Rechts, die berechtigt sind, Mehrkosten nach Art. 32b^{bis} USG zu verlangen, zu empfehlen, Material eines belasteten Standorts selbst auszuheben und die Mehrkosten bei den Verursachern oder früheren Inhabern des Standorts zu verlangen, bevor sie das Grundstück oder das beschränkte dingliche Recht verkaufen.¹⁰¹ Auf der anderen Seite ist Personen, die als Verursacher der Belastung oder als frühere Inhaber eines belasteten

⁹⁸ Gl.M. wie das Bundesgericht: ALAIN GRIFFEL/HERIBERT RAUSCH, Kommentar zum Umweltschutzgesetz. Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 11 zu Art. 32b^{bis} USG; SÉBASTIEN CHAUMONTET, Verursacherhaftungen im Schweizer Umweltrecht, Diss. Freiburg 2008 = AISUF Band 290, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 846 ff.; HANS RUDOLF TRÜEB, Die so genannte Bauherrenaltlast, URP 2007, S. 616 ff., S. 638; ERICH RÜEGG, Von der Haftung des Grundstückverkäufers für «Bauherren-Altlasten», BR 2006, S. 108 ff., S. 110.

⁹⁹ Gl.M. VISCHER/ZAUGG (Fn. 95), Rz. 11.

¹⁰⁰ Siehe BGE 144 III 227 E. 3.3.2 S. 231 f. = Pra 2019 Nr. 20 S. 256.

¹⁰¹ Siehe auch CHAUMONTET (Fn. 98), Rz. 863.

Standorts mit Ansprüchen gemäss Art. 32b^{bis} USG konfrontiert werden, zu empfehlen, genau abzuklären, ob derjenige, welcher den Anspruch gestützt auf Art. 32b^{bis} USG geltend macht, Eigentümer eines Grundstücks oder Inhaber eines entsprechenden beschränkten dinglichen Rechts an einem Grundstück ist, das als belasteter Standort im Sinne von Art. 32b^{bis} USG qualifiziert.¹⁰²

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

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

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

¹⁰² VISCHER/ZAUGG (Fn. 95), Rz. 12.