dRSK

Kommentar zu: Urteil: 4A_352/2023 vom 16. Januar 2025
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

De | Fr | It |

Risikoüberwälzungsklausel in einem Kaufvertrag?

Autor / Autorin

Eda Oezseven, Dario Galli, Markus Vischer
walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner
brunner.arbitration

In seiner Verfügung 4A_352/2023 vom 16. Januar 2025 bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Auffassung, wonach auf Risikoüberwälzungsklauseln Art. 100 OR analog anwendbar ist – allerdings erstmals im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag.

Sachverhalt

[1] Gegen Ende des Jahres 2018 beauftragte C (nachfolgend: Auftraggeber) A (Auftragnehmer, Kläger, Beschwerdeführer, nachfolgend: Auftragnehmer) damit, für ihn einen nach seinen Wünschen konfigurierten Sportwagen X (nachfolgend: Sportwagen) auf dem Zweitmarkt zu beschaffen. Da der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt kein X-Kunde war, konnte er ein solches «Special Series»-Modell nicht direkt bei einem offiziellen X-Händler erwerben. Der Auftragnehmer beauftragte daraufhin D, ihm einen Verkäufer eines nach den Wünschen des Auftraggebers konfigurierten Sportwagens zu vermitteln (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Durch die Vermittlung von D schlossen der Auftragnehmer und die B AG (Zwischenverkäuferin, Beklagte, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Zwischenverkäuferin) am 23. Januar 2019 einen Kaufvertrag über den Sportwagen. Der Kaufvertrag enthielt unter anderem folgende Klauseln (Sachverhalt Teil A.b):

> *«§6 Confidentiality*
>
> *1. Subject to clause 6.3, the Parties agree that this Agreement and its terms are strictly confidential and shall only be shared with:*
>
> *1.1. the parties and their respective family members and legal advisors;*
>
> *1.2. the customer with whom Buyer might have entered into a contract for purchase of the Vehicle immediately upon the Vehicle having been sold to Buyer under this Agreement.*
>
> *2. Without limiting clause 6.1, the Parties agree to use their best endavours to ensure the Manufacturer and any X dealer worldwide do not become aware of the existence of this Agreement. Therefore it is recommended to perform each Service at the delivering X dealership in Switzerland.*
>
> *3. The provisions of the Contract Particulars shall remain strictly confidential as between Buyer and Seller. The Parties agree they shall not disclose the Contract Particulars to the Manufacturer, any X dealer worldwide or any prospective customer of Buyer while this Agreement is in force and for a period of 12 months thereafter.*

§8 Termination

4. In Case X cancels the production slot or the contract or decides not to produce or deliver the Vehicle for whatever reason, all payments made to date are refunded in full without a penalty [...]»

[3] Ende Januar 2019 leistete der Auftragnehmer vereinbarungsgemäss die Prämie von EUR 45’000 und eine Kaufpreisanzahlung von CHF 30’000 an die Zwischenverkäuferin. E, Alleinaktionär und Verwaltungsratsmitglied der Zwischenverkäuferin, schloss daraufhin mit der F AG (nachfolgend: Herstellervertreterin), einer offiziellen Vertretung der X SpA, einen Kaufvertrag über den nach den Angaben des Auftragnehmers konfigurierten Sportwagen zum Preis von CHF 428’151 (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Nach der Produktion des bestellten Sportwagens weigerte sich die Herstellervertreterin, den Sportwagen an die Zwischenverkäuferin auszuliefern, und verkaufte es direkt an den Auftraggeber. Im Dezember 2019 verlangte der Auftragnehmer die Rückerstattung der geleisteten Anzahlungen sowie die Bezahlung einer Konventionalstrafe und betrieb die Zwischenverkäuferin für einen Betrag von CHF 89’500 nebst Zins (Sachverhalt Teil A.d).

[5] Mit Klage vom 14. September 2020 beantragte der Auftragnehmer beim Kantonsgericht Zug im Wesentlichen, die Zwischenverkäuferin sei zu verpflichten, ihm CHF 88’500 nebst Zins zu bezahlen. Mit Entscheid vom 14. April 2022 verpflichtete das Kantonsgericht Zug die Zwischenverkäuferin im Wesentlichen dazu, dem Auftragnehmer CHF 30’000 und EUR 45’000 nebst Zins zu bezahlen (Sachverhalt Teil B.a).

[6] Mit Urteil vom 1. Juni 2023 hiess das Obergericht des Kantons Zug die von der Zwischenverkäuferin gegen diesen Entscheid erhobene Berufung teilweise gut und verpflichtete die Zwischenverkäuferin nur noch zur Zahlung von CHF 30’000 nebst Zins an den Auftragnehmer. Im Übrigen wies es die Klage ab (Sachverhalt Teil B.c).

[7] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Auftragnehmer dem Bundesgericht im Wesentlichen, das vorinstanzliche Urteil sei abzuändern und die Zwischenverkäuferin sei zu verpflichten, ihm CHF 30’000 und EUR 45’000 nebst Zins zu bezahlen. Das Bundesgericht schrieb das Verfahren als gegenstandslos ab, nachdem die Zwischenverkäuferin während des bundesgerichtlichen Verfahrens in Konkurs gefallen war (Sachverhalt Teil C sowie E. 2.3.2 und 4).

Erwägungen

[8] Die Vorinstanz habe festgehalten, der Auftragnehmer habe die in § 6 des Kaufvertrags vereinbarte Geheimhaltungspflicht verletzt, indem er den Auftraggeber über den Inhalt des abgeschlossenen Kaufvertrags informiert und ihm die Geheimhaltungspflicht nicht überbunden habe. Hätte sich der Auftraggeber aufgrund der überbundenen Geheimhaltungspflicht nicht bei der Herstellervertreterin nach dem speziell konfigurierten Sportwagen erkundigt, wäre der beabsichtigte Verkauf des Sportwagens X auf dem Graumarkt nicht bekannt geworden und der Sportwagen wäre der Zwischenverkäuferin ausgeliefert worden. Da somit der Auftragnehmer die subjektive Unmöglichkeit der Lieferung allein zu vertreten habe, sei die Zwischenverkäuferin so zu stellen, wie wenn sie ihre Leistung vertragsgemäss erbracht hätte. Sie habe daher grundsätzlich auch Anspruch auf die volle Gegenleistung des Auftragnehmers, wobei sie sich diejenigen Aufwendungen anrechnen lassen müsse, die sie infolge der Befreiung von ihrer Leistung eingespart habe. Demnach habe sie dem Auftragnehmer die als Kaufpreis anzusehende Anzahlung von CHF 30’000 zurückzubezahlen. Demgegenüber stehe ihr die Prämie von EUR 45’000 als entgangener Gewinn zu (E. 3.2).

[9] Das Bundesgericht hielt fest, § 6 Ziff. 1.2 des Kaufvertrages sehe zwar vor, dass die Vertragsbestimmungen einem potenziellen Käufer des Auftragnehmers bekannt gegeben werden dürften. Diese Bestimmung stehe jedoch gemäss § 6 Ziff. 1 unter dem Vorbehalt von § 6 Ziff. 3, wonach die Parteien den Vertragsinhalt während der Dauer des Kaufvertrags und während eines Zeitraums von 12 Monaten danach weder einem Hersteller, einem X Händler weltweit noch einem potenziellen Käufer des Auftragnehmers bekannt geben dürften. Zudem sehe § 6 Ziff. 2 vor, dass die Parteien nach besten Kräften zu verhindern hätten, dass der Hersteller oder der X Händler vom Bestehen des Kaufvertrags Kenntnis erlangen. Angesichts dieser Bestimmungen erscheine es jedenfalls nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, die Geheimhaltungspflicht gelte auch gegenüber einem potenziellen Käufer des Auftragnehmers bis zwölf Monate nach der Fahrzeugübergabe (*«upon the Vehicle having been sold to Buyer under this Agreement»).* Andernfalls bestehe auch ein potenzieller Widerspruch zur Verpflichtung in § 6

Ziff. 3. Dabei scheine sich die Geheimhaltungspflicht – entgegen der Behauptung des Auftragnehmers – auch nicht nur auf Vertragsdetails, sondern allgemein auf den Vertragsinhalt zu beziehen. Zwar spreche § 6 Ziff. 3 von *«Contract Particulars»,* was dem Wortlaut nach allenfalls als Vertragsdetails verstanden werden könnte. Zugleich ergebe sich aber aus einer Gesamtschau dieser Geheimhaltungsbestimmungen, dass sie verhindern sollten, dass ein X Händler oder der Hersteller von einem Weiterverkauf Kenntnis erlange. Dies spreche dafür, dass sämtliche Vertragsinhalte der Geheimhaltung unterliegen sollten und für den Fall, dass einem potenziellen Käufer des Auftragnehmers dennoch Vertragsinhalte – wie etwa die spezifische Konfiguration des Sportwagens – mitgeteilt würden, diesem jedenfalls die Geheimhaltungspflicht aufzuerlegen wäre, um ein Bekanntwerden des Weiterverkaufs zu verhindern. Unter diesen Umständen sei es nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, der Auftragnehmer habe die Geheimhaltungspflicht verletzt, indem er den Auftraggeber über den Kaufvertrag informiert und ihm keine Geheimhaltungspflicht auferlegt habe (E. 3.4.1).

[10] Daran vermöge auch § 8 Ziff. 4 des Kaufvertrags nichts zu ändern. Zwar sehe diese Bestimmung vor, dass, wenn X SpA aus irgendeinem Grund *(«for whatever reason»)* beschliesse, den Sportwagen nicht zu liefern, die geleisteten Anzahlungen dem Auftragnehmer zurückzuerstatten seien und keine Konventionalstrafe geschuldet werde. Nach Art. 100 Abs. 1 OR könne jedoch die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit vertraglich nicht wegbedungen werden. Diese Regelung gelte analog auch für sogenannte Risikoüberwälzungsklauseln, mit denen ein Risiko, das nach der Rechtsordnung eine Vertragspartei zu tragen habe, auf die Gegenpartei überwälzt werde. Bei § 8 Ziff. 4 handle es sich – wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt habe – um eine solche Risikoüberwälzungsklausel. Der Gläubiger, der die subjektive Unmöglichkeit der Leistung verschulde, bleibe grundsätzlich zur vollen Gegenleistung verpflichtet, wobei sich der Schuldner ersparte Aufwendungen anrechnen lassen müsse. Dieses Risiko, das grundsätzlich vom Gläubiger zu tragen sei, werde in § 8 Ziff. 4 in der Weise umverteilt, dass die vom Auftragnehmer geleisteten Anzahlungen trotz seines Verschuldens an der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung infolge der Nichtlieferung des Sportwagens zurückzuerstatten seien. Es handle sich somit um eine Risikoüberwälzungsklausel, auf die Art. 100 Abs. 1 OR analog anwendbar sei. Da dem Auftragnehmer durchaus eine grobfahrlässige Verletzung der Geheimhaltungspflicht vorzuwerfen sei, indem er den Auftraggeber über den Vertragsinhalt informiert und diesem keine Geheimhaltungspflicht auferlegt habe, sei die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die Risikoüberwälzungsklausel von § 8 Ziff. 4 vorliegend aufgrund von Art. 100 Abs. 1 OR nicht anwendbar sei (E. 3.4.2).

Kurzkommentar

[11] In der referierten Verfügung musste sich das Bundesgericht zwecks Prozesskostenallokation im Rahmen der summarischen Beurteilung der Aktenlage mit einer durch die Verletzung der vertraglichen Geheimhaltungspflicht seitens des Gläubigers der Sachleistungspflicht (d.h. des Auftragnehmers und damit Erstkäufers des Sportwagens) verursachten subjektiven Unmöglichkeit der Leistung auseinandersetzen. Ein besonderes Augenmerk verlangt vorliegend der vom Bundesgericht gewählte Lösungsweg über die Risikoüberwälzungsklausel.

[12] Das Bundesgericht legte zunächst nachvollziehbar dar, dass der Auftragnehmer (als Erstkäufer) seine vertragliche Geheimhaltungspflicht verletzt habe, indem er den Auftraggeber (als Zweitkäufer) über den Kaufvertrag zwischen dem Auftragnehmer und der Zwischenverkäuferin informierte und ihm keine Geheimhaltungspflicht auferlegte (vgl. Rz. 9). Im Anschluss daran legte das Bundesgericht § 8 Ziff. 4 des Kaufvertrages aus. Es qualifizierte diese Bestimmung als Risikoüberwälzungsklausel und bestätigte seine bisherige Praxis, wonach auf Risikoüberwälzungsklauseln Art. 100 OR analog anwendbar sei (vgl. Rz. 10).[1]

[13] Mit einer *Risikoüberwälzungsklausel* wird das Risiko, das nach dispositivem Recht von der einen Vertragspartei zu tragen wäre, durch vertragliche Abrede auf die andere Vertragspartei überwälzt.[2] Solche Klauseln finden sich besonders häufig in den AGB von Banken, mit denen das seiner Natur nach in der Risikosphäre der Bank liegende Risiko einer Doppelzahlung bei Erfüllung gegenüber einem Nichtberechtigten dem Kunden überwälzt wird.[3]

[14] Das Bundesgericht begründet seine Qualifikation von § 8 Ziff. 4 des Kaufvertrages als Risikoüberwälzungsklausel wie folgt: Das Risiko, wonach der Gläubiger (d.h. der Auftragnehmer), der die subjektive Unmöglichkeit der Leistung verschulde, unter Anrechnung der ersparten Aufwendungen des Schuldners (d.h. der Zwischenverkäuferin), zur vollen Gegenleistung verpflichtet bleibe, werde durch § 8 Ziff. 4 derart umverteilt, dass dem Auftragnehmer als

Schuldner die geleisteten Anzahlungen trotz seines Verschuldens zurückzuerstatten seien (vgl. Rz. 10). Diese Ausführungen des Bundesgerichts erscheinen schwerfällig und überzeugen nicht wirklich. Zwar sieht diese Bestimmung des Kaufvertrages vor, dass die geleisteten Anzahlungen dem Auftragnehmer zurückzuerstatten seien und keine Konventionalstrafe geschuldet werde, wenn die X SpA aus irgendeinem Grund *(«for whatever reason»)* beschliesse, den Sportwagen nicht zu liefern. Diese Klausel regelt somit den Fall, dass der geschuldete Leistungsgegenstand (also der Sportwagen) nicht beschafft werden kann (Beschaffungsrisiko). Dieses Risiko fällt jedoch typischerweise in die Sphäre des Verkäufers (also vorliegend der Zwischenverkäuferin).[4] Die Klausel bewirkt somit keine eigentliche Überwälzung dieses originär beim Verkäufer liegenden Risikos auf den Käufer, sondern bestätigt lediglich die ohnehin geltende Rechtslage: Kann der Verkäufer den versprochenen Kaufgegenstand nicht beschaffen, so hat er hierfür einzustehen.[5]

[15] Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Angelegenheit nicht unter dem Gesichtspunkt einer Risikoüberwälzungsklausel und der darauf analog anzuwendenden Bestimmung von Art. 100 OR zu lösen, sondern als Fall einer Vertragsverletzung mit daraus folgender Schadenersatzpflicht gestützt auf die Grundnorm des Art. 97 Abs. 1 OR. Indem der Auftragnehmer den Auftraggeber über den Kaufvertrag informierte und ihm keine Geheimhaltungspflicht auferlegte, verletzte er die in § 6 des Kaufvertrages statuierte Geheimhaltungspflicht (vgl. Rz. 9). Diese verschuldete Vertragsverletzung führte sodann auch zur Verweigerung der Auslieferung des Sportwagens durch die Herstellervertreterin und damit zur subjektiven Unmöglichkeit der Sachleistung der Zwischenverkäuferin (vgl. Rz. 4 und 10).[6] Daraus entstand ihr ein kausaler Schaden in Form von entgangenem Gewinn, für den der Auftragnehmer einzustehen hat. Der ersatzfähige entgangene Gewinn entspricht dabei der vertraglich vereinbarten Prämie von EUR 45’000, welche die Zwischenverkäuferin erhalten hätte (positives Interesse),[7] wäre ihr nicht aus Gründen, die im Fehlverhalten des Auftragnehmers liegen, die Auslieferung des Sportwagens verweigert worden.

[16] Die referenzierte Verfügung zeigt, dass viele Wege nach Rom führen – Der vom Bundesgericht gewählte Weg war vielleicht der steinigere, doch das Resultat ist im Ergebnis nicht falsch,[8] erhielt die Zwischenverkäuferin doch ihre Prämie von EUR 45’000 auch auf diesem Weg.

MLaw Eda Oezseven, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. Dario Galli, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

---

[1] BGE 132 III 449 E. 2 S. 452; Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.1.

[2] Corinne Widmer Lüchinger, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 100 OR N 2a; Rolf H Weber, in: Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 100 OR N 17; siehe für Schadloshaltungsklauseln im Verhältnis Bank – Bankkunde z.B. Markus Vischer, Schadensabwälzungsklauseln, in: dRSK, publiziert am 8. September 2017; siehe zu Schadloshaltungsklauseln in Unternehmenskaufverträgen z.B. Markus Vischer, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff.; siehe zu Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen z.B. Markus Vischer, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, S. 491 ff.

[3] BGE 132 III 449 E. 2 S. 452; Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; Célian Hirsch/Jérémie Bongiovanni, Entscheidbesprechungen. Besprechung von BGer, 4A_610/2023, 8.1.2025, AJP 2025, S. 548 ff., S. 549 f.; BSK OR I-Widmer Lüchinger (Nr. 2), Art. 100 OR N 2a.

[4] Corinne Zellweger-Gutknecht, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, 11. Aufl., Zürich/Genf 2025, Art. 184 OR N 4; vgl. auch betreffend CISG: Urteil des Bundesgerichts 4C.92/2006 vom 12. Juni 2006 E. 1.4.

[5] Miguel Sogo, Das übernommene Beschaffungsrisiko: Eine klärungsbedürftige Rechtsfigur im System vertragsrechtlicher Differenzierungen, in: Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012 = APARIUZ Band 14, S. 103 ff., S. 111 ff.

[6] Vgl. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II,11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 2652.

[7] Vgl. Gauch/Schluep/Emmenegger (Nr. 6), Rz. 2898.

[8] Im Ergebnis gl.M. Jörg Schmid/Jonas Wolfisberg, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2024, ZBJV 2025, S. 499 ff., S. 529.

Zitiervorschlag: Eda Oezseven / Dario Galli / Markus Vischer, Risikoüberwälzungsklausel in einem Kaufvertrag?, in: dRSK, publiziert am 17. November 2025

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw