

Christoph Brunner / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007

«unpublizierte» und «publizierte» Entscheide

Der nachstehende Beitrag führt im Sinne eines Update den Überblick über die im Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2007 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert.

Rechtsgebiet(e): Kaufvertrag / CISG

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007, in: Jusletter 13. Oktober 2008

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkung
- II. Anhalterecht gemäss Art. 71 CISG; Auslegung von konventionsfremden Forderungen; Beweis- und Substantiierungslast
- III. Mängelrechte und Irrtum über die Eigenschaft der Kaufsache
 1. Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden bei der Wandelung
 2. Alternativität der Sachmängelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung; Verjährung; Unzulässigkeit der Berufung auf Grundlagenirrtum wegen mangelhafter Lieferung beim Gattungskauf
 3. Grundlagenirrtum über die Eigenschaft der Kaufsache nur bei Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs
- IV. Herabsetzung von Ratenzahlungen bei deren Verfall an den Verkäufer im Falle des Rücktritts gemäss den Vorschriften der Konventionalstrafe
- V. Abstrakte Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR und alternative Schadensberechnungen
- VI. Grundstücksgeschäfte
 1. Formnichtigkeit eines Grundstückkaufvertrags bei «Falschaussage» bezüglich des Kaufpreises; Vertragsauslegung
 2. Auslegung eines formbedürftigen Kauf- und Vorkaufrechtsvertrags; Simulations- einwand

I. Vorbemerkung

[Rz 1] Frühere Rechtsprechungsübersichten zum Kaufvertragsrecht finden sich für das Jahr 2006 in Jusletter 12. November 2007 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2005 in Jusletter 19. Juni 2006 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2004 in Jusletter 18. April 2005 (Markus Vischer) und für die Jahre 2000-2003 in Jusletter 18. Oktober 2004 (Angela Geisselhardt).

II. Anhalterecht gemäss Art. 71 CISG; Auslegung von konventionsfremden Forderungen; Beweis- und Substantiierungslast

Urteil 4C.94/2006 vom 17. Juli 2007 (CB)

[Rz 2] Die vorliegende Streitigkeit rührte aus Kaufverträgen über Kickboards und Scooter. Da die Verkäuferin (Berufungsklägerin) Sitz in Taiwan und die Käuferin Sitz in der Schweiz hatte, fand das CISG Anwendung. In der Sache ging es um ausstehende Kaufpreisforderungen, welche die Verkäuferin vor den Zürcher Gerichten weitgehend erfolglos einklagte.

[Rz 3] In ihrer Berufung vor Bundesgericht rügte die Verkäuferin in einem ersten Punkt die Abweisung einer Kaufpreisforderung von USD 536'000. Sie warf der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vor, namentlich Art. 71 CISG nicht richtig angewendet zu haben. Die Verkäuferin stoppte die Auslieferung der Waren, für welche sie diesen Betrag forderte, und berief sich dabei auf Art. 71 CISG mit der Behauptung, im Moment des Auslieferungsstopps habe sich ihr Guthaben gegenüber der Käuferin auf insgesamt USD 7'429'634.20 belaufen¹. Da

die Käuferin über Monate fällige Forderungen nicht bezahlt habe, berief sich die Verkäuferin auf ihr Anhalterecht, das sie als vorleistungspflichtige Partei nach CISG habe, wenn die vertragsgerechte Erfüllung gefährdet sei. Das von der Käuferin angebotene Akkreditiv habe keine ausreichende Gewähr für die Bezahlung des Kaufpreises dargestellt.

[Rz 4] Die Käuferin bestritt demgegenüber das Anhalterecht und behauptete, die Verkäuferin habe mit der Zurückbehaltung der Container vertragswidrig gehandelt. Sie erklärte, auf die nachträgliche Lieferung bzw. Abnahme dieser Ware zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten (weshalb kein Kaufpreis mehr geschuldet sei). Sie machte geltend, die Verkäuferin habe gewusst, dass die Guthaben aus der Lizenzvereinbarung sehr viel höher als die offenen Rechnungen für die Warenlieferungen gewesen seien. Nach ihrer Darstellung habe es deshalb keinen Grund gegeben, dass die Verkäuferin nicht mehr zum Voraus hätte leisten müssen. Selbst den Vorschlag der Käuferin, ein Akkreditiv für den Container zu eröffnen und damit den Kaufpreis sicherzustellen, habe die Verkäuferin abgelehnt.

[Rz 5] Nach den Ausführungen der Vorinstanz hatte die Verkäuferin ihre vertraglichen Pflichten verletzt und war in Verzug geraten. Durch die Nichtübergabe der Wertpapiere habe die Verkäuferin eine wesentliche Vertragspflicht verletzt, sofern kein Anhalterecht gegeben sei. Dies würde die Käuferin berechtigen, den Kaufvertrag nach Art. 49 CISG aufzuheben. Aufgrund der knappen Ausführungen der Verkäuferin könne nicht beurteilt werden, ob ein schwerwiegender Mangel der Zahlungsfähigkeit bei der Käuferin hinsichtlich der einzelnen Kaufverträge vorgelegen habe. Hinzu komme, dass die Verschlechterung der Vermögenslage im Vergleich zum Vertragsschluss massgebend sei. Wisse die Verkäuferin, dass die Bonität bereits vor Vertragsschluss schlecht sei und habe sie sich seither nicht verschlechtert, bestehe kein Recht, die Ware anzuhalten. Aufgrund der knappen Ausführungen der Verkäuferin lasse sich nicht beurteilen, ob sich nach Vertragsschluss herausgestellt habe, dass die Käuferin wegen eines schwerwiegenden Mangels ihrer Kreditwürdigkeit einen wesentlichen Teil ihrer Pflichten des jeweiligen Vertrags nicht erfüllt habe. Mangels genügender Substantiierung der Tatbestandselemente von Art. 71 CISG wies die Vorinstanz die Klage ab.

[Rz 6] In ihrer Berufung vor Bundesgericht machte die Verkäuferin in der Sache geltend, sie habe entgegen der Ansicht der Vorinstanz ihre Substantiierungspflicht erfüllt. Das Bundesgericht hielt dazu zunächst fest, dass das Bundesrecht bestimme, wie weit ein Sachverhalt zu substantieren sei, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden könne (E. 5.3). Entscheidend sei, ob die

die andere Partei einen wesentlichen Teil ihrer Pflichten nicht erfüllen wird a) wegen eines schwerwiegenden Mangels ihrer Fähigkeit, den Vertrag zu erfüllen, oder ihrer Kreditwürdigkeit oder b) wegen ihres Verhaltens bei der Vorbereitung der Erfüllung oder bei der Erfüllung des Vertrages.»

¹ Art. 71 Abs. 1 CISG lautet wie folgt: «Eine Partei kann die Erfüllung ihrer Pflichten aussetzen, wenn sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass

Verkäuferin ihre Klage hinsichtlich der wesentlichen Tatbestandselemente der Kreditwürdigkeit der Käuferin nach Vertragsschluss betreffend die jeweiligen konkreten Verträge genügend subsumiert habe. Dies treffe nicht zu.

[Rz 7] Als Zweites rügte die Verkäuferin die Verletzung des Vertrauensprinzips bei der Auslegung einer angeblichen Schuldanerkennung seitens der Käuferin bzw. der Übernahme einer Schuld gegenüber der Verkäuferin von einer Drittgemeinschaft mit Sitz in Deutschland, an der der Verwaltungsratspräsident der Käuferin beteiligt war. Da die Begründungsanforderungen nicht erfüllt waren, trat das Bundesgericht nicht näher auf die Rüge ein, hielt aber immerhin fest, dass die von der Vorinstanz unter Berufung u.a. auf Art. 2 ZGB vorgenommene Auslegung nicht zu beanstanden sei.

[Rz 8] Als Drittes warf die Verkäuferin der Käuferin ein rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 2 ZGB vor, da diese die Forderungen gegenüber ihr sowie der genannten Gesellschaft mit Sitz in Deutschland «wild durcheinander gemischt» und erst in der Duplik die Haftung für Forderungen gegenüber dieser Gesellschaft bestritten habe. Auch in diesem Punkt vermochte das Bundesgericht der Verkäuferin nicht zu folgen.

[Rz 9] Gegen die Gutheissung einer Verrechnungsforderung der Käuferin für Kommissionen über USD 4'081'580 wandte die Verkäuferin ein, die Vorinstanz habe die Beweislastregel nach Art. 8 ZGB und eventuell die allgemeinen «Auslegungsregeln der Einleitungsartikel des ZGB, insbesondere des Vertrauensgrundsatzes von Art. 2 ZGB» verletzt. Die Details dieser Auseinandersetzung interessieren hier nicht, interessant ist einzig, dass sich das Bundesgericht in der Tat mit Art. 2 und 8 ZGB auseinandersetzte, als ob diese Normen vorliegend direkt anwendbar wären (deutlich erkennbar schliesslich etwa am Satz, wonach eine «Verletzung von Art. 8 ZGB ... nicht ersichtlich» sei [so in E. 7.6]).

Bemerkung

[Rz 10] Zunächst drängen sich Bemerkungen zu den aufgeworfenen Fragen rund um die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip sowie der Beweislast auf. Das Bundesgericht hat hier insofern zu Recht schweizerisches internes Recht angewendet, als die Anerkennung oder Übernahme einer *Drittschuld* (also einer Schuld, die nicht in den dem CISG unterstellten Kaufverträgen zwischen den Parteien begründet war) streitig war. Schuldübernahmen oder Schuldbeiträge sind nach dem kollisionsrechtlich berufenen nationalen Recht zu beurteilen². Das erlaubt freilich nicht, unmittelbar auf schweizerisches Sachrecht als *lex fori* abzustellen, sondern setzt

zunächst eine kollisionsrechtliche Prüfung des anwendbaren Rechts voraus. Nach den Behauptungen der Verkäuferin hätte vorliegend die Käuferin mit Sitz in der Schweiz eine Schuld einer deutschen Gesellschaft gegenüber der in Taiwan ansässigen Verkäuferin übernommen. Der interne wie externe Schuldübernahmevertrag ist im IPRG nicht speziell geregelt. Beide Spielarten der Schuldübernahme sind selbständig anzuknüpfen³. Fehlt eine Rechtswahl, so gilt das Recht des engsten Zusammenhangs (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Als charakteristische Leistung gilt jene des Übernehmers, was vorliegend auf die Anwendung schweizerischen Rechts hinausgelaufen wäre. Aus dem Entscheid geht indes nicht hervor, ob die Vorinstanz diesen Zwischenschritt gemacht hat, aus methodischer Sicht wäre er aber notwendig gewesen.

[Rz 11] In BGE 130 III 258 E. 5.3 und Urteil 4C.307/2003 vom 19. Februar 2004 E. 3.2.2 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass die Verteilung der Beweislast zu den im CISG geregelten Gegenständen gehört. Fehlt eine ausdrückliche Beweislastregel, so ist diese Lücke nach den allgemeinen Grundsätzen zu schliessen, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen (Art. 7 Abs. 2 CISG). Da es indessen bei den Erwägungen rund um die Beweislast um den Bestand einer *konventionsfremden* Verrechnungsforderung ging, war wiederum internes Recht anwendbar (mithin auch Art. 8 ZGB bezüglich Beweislast)⁴; bei Forderungen aus Kommission das Recht der Kommissionärin, d.h. Schweizer Sachrecht.

[Rz 12] Bezüglich der Erwägungen zum Aussetzungsrecht nach Art. 71 CISG stellt sich die mit der Beweislastproblematik eng verknüpfte Frage der Substantiierungslast. Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, wird die Frage der genügenden Substantiierung vom materiellen Recht bestimmt. Damit ist unmittelbar einsichtig, dass diese Frage vom CISG selbst bestimmt wird und nicht etwa vom internen Sachrecht. Insofern ist zwar zutreffend, aber immerhin etwas verwirrend, wenn das Bundesgericht ausführt, die Substantiierungslast werde vom Bundesrecht bestimmt. Natürlich ist das CISG auch Bundesrecht, dem Bundesgericht ging es aber darum zu sagen, dass das Substantiierungsrecht keine Frage des (kantonalen) Prozessrechts ist, sondern eben des materiellen Rechts.

² Vgl. Christoph Brunner, UN-Kaufrecht – CISG, Stämpfli Handkommentar, CISG, Art. 4 N 34. Hätte es sich nicht um eine derartige Drittschuld gehandelt, sondern um die Anerkennung einer umstrittenen, zwischen den Parteien begründeten Kaufpreisschuld, hätte die Auslegung der Schuldanerkennung wohl nach den Grundsätzen des CISG und nicht nach internem Recht erfolgen müssen (Art. 8 CISG).

³ Vgl. BSK OR I-Tschäni, Art. 176 N 14, Art. 177 N 12.

⁴ Vgl. zur Verrechnung bei Verträgen, die dem CISG unterstehen auch BGE 4C.314/2006 vom 20. Dezember 2006 sowie Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006, in: Jusletter 12. November 2007, Rz. 2 ff.

III. Mängelrechte und Irrtum über die Eigenschaft der Kaufsache

1. Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden bei der Wandelung

BGE 133 III 257 (4C.180/2005 vom 28. November 2006) (MV)

[Rz 13] Ein Vogelzüchter kaufte 6 Mülleramazonen-Papageien im Wert von CHF 4'800. Trotz Quarantäne litt, wie der Käufer beweisen konnte, zumindest ein gekaufter Papagei an einem Virus und infizierte nach der Umstallung der 6 gekauften Papageien fast den gesamten Vogelbestand des Käufers. Daraufhin starben neben den gekauften 6 Papageien auch alle übrigen infizierten Tiere. Der Käufer erklärte darauf die Wandelung des Kaufvertrages und verlangte vom Verkäufer die Rückerstattung des Kaufpreises und den Ersatz des durch die Krankheit der gekauften Papageien verursachten Schadens. Der Verkäufer verweigerte die Zahlung, worauf ihn der Käufer über CHF 2'000'000 zzgl. Zinsen betreiben liess. Der Verkäufer erhob in dieser Betreibung keinen Rechtsvorschlag, klagte aber in der Folge auf Feststellung, dass die Forderung nicht bestehe. Das Bezirksgericht stellte sich in seinem Entscheid auf den Standpunkt, dass der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis zurückzuerstatten sowie ihm die Kosten für die Rückabwicklung des Kaufs und für die Feststellung der Schadensursache zu erstatten habe. Den übrigen Schaden in der Höhe von knapp CHF 2'000'000 qualifizierte das Bezirksgericht als weiteren Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 3 OR, weshalb der Kläger mangels Verschulden diesen nicht zu ersetzen habe. Der beklagte Käufer erhob Berufung, woraufhin das Obergericht das erstinstanzliche Urteil aufhob, die Klage des Verkäufers im Wesentlichen abwies und die Betreibung nur in sehr kleinem Umfang einstellte. Daraufhin erhob der (inzwischen konkursite) Verkäufer Berufung an das Bundesgericht und beantragte, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und festzustellen, dass die betriebene Forderung im den Kaufpreis und die Kosten für die Rückabwicklung und für die Feststellung der Schadensursache übersteigenden Umfang nicht bestehe. Das Bundesgericht wies die Berufung im Wesentlichen ab.

[Rz 14] Im Zentrum der bundesgerichtlichen Erörterungen steht die Frage, ob der Schaden, der durch den Tod aller erkrankten Vögel verursacht wurde, als unmittelbarer Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR zu qualifizieren ist und deshalb unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers zu ersetzen ist.

[Rz 15] Das Bundesgericht stellt, einer grammatikalischen Auslegung von Art. 208 Abs. 2 OR folgend (E. 2.5.1), für die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf die Länge der Kausalkette zwischen der Lieferung der fehlerhaften Ware und dem eingetretenen Schaden ab. Auch eine historische und systematische Auslegung

ergebe nichts anderes (E. 2.5.2-2.5.4). Die Haftung des Verkäufers für die dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schäden erfasse demnach auch durch Mängel der Ware hervorgerufene Schäden, soweit sie innerhalb der Kausalkette als direkte Folge des Mangels erscheinen. Das Virus sei zwar infolge der Einnistung ausgebrochen. Eine solche liege aber im Rahmen des üblichen oder vereinbarten Verwendungszwecks (E. 3.2 und 3.3), weshalb der entstandene Schaden als unmittelbare Folge zu qualifizieren sei.

Bemerkung

[Rz 16] Das Urteil des Bundesgerichts stützt sich auf die Mehrheit der Lehre, welche bezüglich der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden die Auffassung vertritt, es sei auf die Nähe bzw. die Intensität des Kausalzusammenhangs zwischen der Schadensursache und dem eingetretenen Schaden abzustellen. Ein unmittelbarer Schaden liege demnach vor, wenn er ohne Hinzutreten weiterer Schadensursachen in direkter Folge der fehlerhaften Lieferung entstanden sei. Dagegen werde mittelbarer Schaden durch zusätzliche Teilursachen verursacht, so dass er als entfernte Folge der Lieferung mangelhafter Ware erscheine (E. 2.1). In Weiterführung dieser Aussage befand das Bundesgericht, dass Mangelfolgeschäden nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich von Art. 208 Abs. 2 OR ausgeschlossen seien und vorliegend der Schaden ohne Hinzutreten weiterer Schadensursachen in direkter Folge der Mangelhaftigkeit entstanden sei.

[Rz 17] Das Urteil und die Argumentation des Bundesgerichts überzeugen nicht⁵. Die Abgrenzung nach der Länge der Kausalkette ist kein klares Kriterium⁶ und führt zu widersprüchlichen Resultaten, je nach dem, ob die Kaufsache für den Eigengebrauch oder für den Weiterverkauf bestimmt ist. Denn auch nach dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre ist in letzterem Fall bei Verunmöglichung oder Einschränkung des Weiterverkaufs entgangener Gewinn nicht unmittelbarer Schaden, obwohl die Kausalkette hier nicht länger ist als im Fall eines Schadens bei Verunmöglichung oder Einschränkung des Eigengebrauchs⁷.

[Rz 18] Insbesondere spricht gerade der vom Bundesgericht hauptsächlich zur Stützung seiner Ansicht herangezogene allgemeine Sprachgebrauch für eine andere Auslegung. Denn «unmittelbar» heisst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch «ohne räumlichen und zeitlichen Abstand» bzw.

⁵ Gl.M. Thomas Coendet, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht 2008, 15 ff.; Heinrich Honsell, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – Papageienfall des Bundesgerichts, recht 2007, 154 ff.; Roland Keller, AJP 2007, 780 ff.

⁶ So das Bundesgericht in BGE 79 II 376 S. 380 selber: «Le critère ... manque ... de précision et provoque des distinctions excessivement subtiles ...»

⁷ Honsell, recht 2007, 155.

«ohne vermittelndes Glied»⁸. Das trifft nur für Schäden zu, die am Kaufobjekt selber entstehen⁹. Entsprechend sind unmittelbare Schäden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR (und von Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR) nur Schäden am Kaufobjekt selber¹⁰. Mangelfolgeschäden sind typischerweise keine unmittelbaren Schäden¹¹, sondern fallen in die Kategorie weiterer Schäden i.S.v. Art. 208 Abs. 3 OR.

[Rz 19] Mit der deutschen Doktrin ist davon auszugehen, dass der unmittelbare oder Objektschaden die nachteilige Änderung am verletzten Rechtsgut selbst ist, also im Regelfall die Kosten für die Reparatur oder Wiederbeschaffung einer beschädigten oder entzogenen Sache¹².

[Rz 20] Mit einer solch restriktiven Auslegung wird ein möglichst grosser Gleichklang mit der sonst im Vertragsrecht geltenden Regelung erzielt, wonach Schadenersatz in aller Regel nur bei Verschulden geschuldet ist¹³.

[Rz 21] Nur pro memoria sei hier erwähnt, dass Art. 208 Abs. 2 OR neben dem zurückzuerstattenden Kaufpreis und den Zinsen darauf noch zwei weitere Kategorien von (verschuldensunabhängig) zu ersetzenden Positionen nennt, nämlich die Prozesskosten und die Verwendungen.

2. Alternativität der Sachmängelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung; Verjährung; Unzulässigkeit der Berufung auf Grundlagenirrtum wegen mangelhafter Lieferung beim Gattungskauf

Urteil 4C.300/2006 vom 19. Februar 2007 (BGE 133 III 335) – «Brandschutzglas-Fall» (CB)

[Rz 22] Eine Unternehmerin (Käuferin) kaufte im August 1999 bei ihrer Lieferantin (Verkäuferin) Brandschutzglas, und baute dieses in der Fassade einer Bank ein. Im Dezember 2001 meldete die Bank der Käuferin, dass das Glas mangelhaft sei. Daraufhin lieferte die Verkäuferin der Käuferin neues Glas, welches diese anstelle des mangelhaften Glases in die Fassade der Bank einbaute.

[Rz 23] Es ist davon auszugehen, dass der Bank als Bauherrin gegen die Unternehmerin (Käuferin des Glases) Ansprüche aus werkvertraglicher Gewährleistung nach Art. 368

OR zustanden. Diese Ansprüche waren noch nicht verjährt, da der Unternehmer dem Besteller bei einem unbeweglichen Bauwerk gem. Art. 371 Abs. 2 OR während fünf Jahren seit Abnahme Gewähr zu leisten hat¹⁴.

[Rz 24] Die Unternehmerin (Käuferin) versuchte daher, gegen ihre eigene Lieferantin (Verkäuferin) Regress zu nehmen. Wie gesehen lieferte die Verkäuferin neues Glas und übernahm auch die Kosten der Umglasung, obschon die Gewährleistungsansprüche der Käuferin (Unternehmerin) nach Art. 210 Abs. 1 OR aufgrund der Einjahresfrist seit Lieferung bereits verwirkt und verjährt waren. Es muss indessen angenommen werden, dass entweder die Verkäuferin im Kaufvertrag eine längere Gewährleistungsfrist akzeptiert hatte oder aus Kulanz bereit war, trotz Ablaufs der einjährigen Gewährleistungsfrist für die Behebung des Mangels aufzukommen¹⁵.

[Rz 25] Anschliessend verlangte die Verkäuferin von ihrer Betriebshaftpflichtversicherung die Erstattung der Kosten für die Ersetzung des Brandschutzglases. Das versicherte Risiko war mit «Verarbeitung, Vertrieb und Montage von Glas aller Art» umschrieben. Gemäss Art. 7 lit. d der allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) waren jedoch vertraglich übernommene – über die gesetzliche Haftung hinausgehende – Ansprüche nicht versichert. Unter Berufung auf diese Vorschrift lehnte die Versicherung ihre Haftung ab.

[Rz 26] Das Obergericht wies die Klage der Verkäuferin gegen die Versicherung ab. Es erkannte, dass eine Schadenersatzforderung der Unternehmerin und Käuferin nach Gesetz (Art. 210 Abs. 1 OR) verjährt gewesen wäre und deshalb vom in den AVB enthaltenen Deckungsausschluss erfasst war. Das Bundesgericht bestätigte das vorinstanzliche Urteil.

[Rz 27] Die Verkäuferin anerkannte, dass die Ansprüche der Käuferin aus Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) bei Anwendbarkeit der einjährigen Frist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR verjährt waren. Sie ersuchte jedoch das Bundesgericht, seine Praxis dahingehend abzuändern, dass es nunmehr die Untersuchungs- und Anzeigeobligationen nach Art. 201 Abs. 1 OR und die Verjährung nach Art. 210 Abs. 1 OR nicht auf Schadenersatzforderungen anwende, welche dem Käufer gestützt auf die allgemeine Vertragshaftung (Art. 97 OR) zustehen. Zur Begründung führte sie an, der vom Bundesgericht anerkannte Grundsatz, dass sich der Käufer neben der Haftung aus Sachgewährleistung alternativ auch auf die allgemeine vertragliche Haftung berufen könne, sei nicht durch die Anwendung der kurzen gewährleistungsrechtlichen Rüge- und Verjährungsfristen wieder einzuschränken.

[Rz 28] Das Bundesgericht lehnt eine Praxisänderung ab. Es

⁸ Nachweise in BGE 133 III 257 E. 2.5.1; Honsell, recht 2007, 155; Keller, AJP 2007, 782.

⁹ Honsell, recht 2007, 155.

¹⁰ Vischer, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001 364 ff.

¹¹ Vgl. dazu auch Brunner, UN-Kaufrecht – CISG, Art. 74 CISG N 46, 33 ff., 22 ff.

¹² Honsell, recht 2007, 155, mit Verweis auf Palandt/Heinrichs, Vorbem. 15 vor §§ 249 ff. BGB. Vgl. auch Vischer, SJZ 2001, 364 ff.

¹³ Honsell, recht 2007, 157; Keller, AJP 2007, 782 f.; BaK-Honsell, OR 208 N 9.

¹⁴ Vgl. die eingehende Besprechung des Entscheids von Thomas Koller, Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung, AJP 2007, 1183, 1186 ff.

¹⁵ Koller [Fn. 14], AJP 2007, 1187. Dem BGE lässt sich der genaue Sachverhalt nicht entnehmen.

bestätigt die Alternativität von Ansprüchen aus Sachgewährleistungsrecht und allgemeiner vertraglicher Haftung mit der Schranke, dass Ansprüche gem. Art. 97 OR ebenfalls den Prüfungs- und Rügepflichten sowie der Verjährung des Kaufrechts unterstehen.

Bemerkung

[Rz 29] Der dem Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt ist insofern atypisch, als die Verkäuferin aufgrund der Haftungsbegrenzungsklausel in den AVB versuchte, beim Bundesgericht die genannte Praxisänderung herbeizuführen, die haftungsverschärfend und damit verkäuferfeindlich gewesen wäre. Bemerkenswert ist weiter, dass die Ansprüche der Bestellerin des Glases aufgrund der Fünfjahresfrist von Art. 371 Abs. 2 OR gegenüber der Unternehmerin und Käuferin des Glases noch nicht verjährt, während die Ansprüche der Käuferin gegen ihre Verkäuferin von Gesetzes wegen bereits aufgrund der Einjahresfrist von Art. 210 Abs. 1 OR verjährt waren. Diese Inkongruenz der Verjährungsfristen ist unbefriedigend und hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) neulich dazu bewogen, der parlamentarischen Initiative Bürgi zur entsprechenden Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht Folge zu geben¹⁶.

[Rz 30] Im Ergebnis ist der Entscheid zu begrüssen. Er bietet aber Anlass, Einzelheiten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kritisch zu hinterfragen.

[Rz 31] (a) Das Bundesgericht lehnt eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR, welche dem Käufer einen Schadenersatzanspruch im Umfang des aufgrund mangelhafter Lieferung entstandenen Schadens (Mangelfolgeschaden) einräumt auf Fälle, in denen der Käufer keine Wandelung verlangt (sondern Minderung nach Art. 205 OR, Nachlieferung nach Art. 206 OR oder ein vereinbartes Nachbesserungsrecht), ab¹⁷. Es räumt jedoch dem Käufer das Recht ein, aus einem Mangel alternativ auch Schadenersatzansprüche gemäss Art. 97 Abs. 1 OR abzuleiten, wobei es die Alternativität insoweit einschränkt, als der Käufer in beiden Fällen die Untersuchungs- und Anzeigepflichten gemäss Art. 201 OR erfüllen und die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 bzw. 219 Abs. 3 OR wahren muss.

[Rz 32] Der einzige Zweck, den diese eingeschränkte Alternativität erfüllt, besteht also darin, dem Käufer in den Fällen, wo er keine Wandelung verlangt (oder vom Gericht gem. Art. 205 Abs. 2 OR statt auf Wandelung auf Minderung erkannt wird), einen Schadenersatzanspruch einzuräumen. Der praktische Unterschied zur Auffassung der wohl herrschenden Lehre,

die eine analoge Anwendung des Schadenersatzanspruchs gem. Art. 208 Abs. 2 und 3 OR befürwortet, wenn der Käufer Minderung, Nachlieferung oder Nachbesserung verlangt, besteht darin, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den genannten Fällen im Unterschied zur Wandelung keine Kausalhaftung des Verkäufers für den unmittelbaren Schaden besteht. Die bundesgerichtliche Praxis ist nicht überzeugend, da die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs des Käufers nicht von der (zuweilen zufälligen) Geltendmachung eines bestimmten gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfs (z.B. Wandelung oder Nachlieferung bzw. Minderung) abhängig sein sollten. Die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR ist eine singuläre Erscheinung im vertraglichen Haftungsrecht und sollte deshalb generell restriktiv ausgelegt werden¹⁸.

[Rz 33] (b) Zutreffend ist der Entscheid des Bundesgerichts, die volle Alternativität zwischen Art. 97 und Art. 197 ff. OR abzulehnen (E. 2.3/2.4). Andernfalls würden die gewährleistungsrechtlichen Spezialnormen von Art. 201, 210 bzw. 219 Abs. 3 OR im Ergebnis aus den Angeln gehoben. Die bestehenden – und generell anerkannten – Schwachpunkte des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts (z.B. zu kurze Verjährungs- und Verwirkungsfrist) sind durch den Gesetzgeber zu lösen¹⁹.

[Rz 34] (c) Zur Begründung ihrer gesetzlichen Haftpflicht berief sich die Verkäuferin überdies auf Grundlagenirrtum der Käuferin. Dieser wurde vom Bundesgericht mit dem Argument verneint, dass beim Gattungskauf (wie vorliegend) die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden könne, weil der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen müsse, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte (E. 5/5.3).

[Rz 35] Das Bundesgericht hätte sich diese Ausführung aber wohl sparen können, da sich die Käuferin, die Ersatz des mangelhaften Glases verlangt hatte, gar nicht auf Grundlagenirrtum hätte berufen können. Macht nämlich der Käufer vertragliche Ansprüche geltend, genehmigt er nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts den allenfalls irrtumbehafteten Vertrag²⁰. Zudem bleibt im Entscheid unerwähnt und in der Tat schleierhaft, gestützt auf welche rechtliche Grundlage die Käuferin im Falle, dass sie den Vertrag

¹⁶ Die parlamentarische Initiative Bürgi fordert, die Verjährungsfrist für Klagen auf Gewährleistung wegen Mängeln an Sachen, welche für ein unbewegliches Bauwerk verwendet oder in ein solches eingebaut werden, von einem auf fünf Jahre zu verlängern. Siehe Jurius, RK-S: Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht, in Jusletter 30. Juni 2008.

¹⁷ BGE 133 III 335 E. 2.4/2.4.1 m.Hw. auf BGE 63 II 401 E. 2; BGE 107 II 161 E. 7a S. 165 f.

¹⁸ Zutr. Koller (Fn. 14), AJP 2007, 1188 m.Nw.; vgl. aber den Papageien-Fall (BGE 133 III 257), wo das Gebot der restriktiven Auslegung zu Unrecht nicht beachtet wurde. Eine Diskrepanz besteht auch zum Werkvertragsrecht, wo das Bundesgericht ausschliesslich die werkvertraglichen Sachmängelgewährleistungsrechte als anwendbar erklärt und eine Berufung des Bestellers auf Art. 97 OR ausgeschlossen ist (BGE 100 II 30 E. 2; Koller, (Fn. 14), 1189).

¹⁹ Dazu Koller (Fn. 14), AJP 2007, 1189-90.

²⁰ Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006, in Jusletter 12. November 2007, Rz. 31; dieselben: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005, Rz. 43.

erfolgreich wegen Grundlagenirrtums hätte anfechten können, gegenüber der Verkäuferin eine entsprechende (den Kaufpreis übersteigende) Schadenersatzforderung hätte geltend machen können²¹.

[Rz 36] Dennoch sind die Ausführungen des Bundesgerichts aufschlussreich, weil klargestellt wird, dass beim Gattungskauf eine Berufung auf Grundlagenirrtum infolge Mangelhaftigkeit der Ware praktisch ausgeschlossen ist²². Die vom Bundesgericht angeführte Begründung, die bei Gattungskäufen künftige mängelfreie Lieferung könne keine als *sicher*²³ vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden, über die sich der Käufer irren könnte, ist deshalb richtig, weil die kaufrechtlichen Spezialbestimmungen im Falle von Mängeln jedenfalls beim Gattungskauf keinen Raum für einen Grundlagenirrtum belassen. Daraus folgt, dass der Ausschluss eines Grundlagenirrtums bei Gattungskäufen einfacher mit dem Vorrang der kaufrechtlichen Sondernormen hätte begründet werden können. Dass das Bundesgericht dies nicht getan hat, liegt möglicherweise darin begründet, dass es in diesem Entscheid nicht mit seiner langjährigen Praxis in Konflikt geraten wollte, wonach bei Spezieskäufen neben der Sachmängelhaftung alternativ die Berufung auf Grundlagenirrtum zulässig ist²⁴. Das Bundesgericht wird diese Praxis jedenfalls aus

Gründen der Rechtssicherheit (wie in BGE 114 II 131 S. 139, «Picasso», betont) zu Recht nicht leichthin aufgeben.

3. Grundlagenirrtum über die Eigenschaft der Kaufsache nur bei Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs

Urteil 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007 (CB)

[Rz 37] Der Käufer (Berufungskläger), ein Landschaftsgärtner, kaufte im Februar 2001 eine Hebebühne, die er zum Ausästen von Bäumen einsetzen wollte. Am 21. Juni 2002, etwas mehr als ein Jahr nach Lieferung und Inbetriebnahme der Hebebühne, stürzte diese während Baumschneidearbeiten um. Der Käufer und einer seiner Arbeitskollegen, die sich auf der Hebebühne befanden, fielen aus einer Höhe von acht Metern zu Boden, glücklicherweise ohne sich dabei zu verletzen. Schaden entstand einzig an der Hebebühne selber. In der Folge wurde die Maschine in Anwesenheit eines Vertreters der Verkäuferin (Berufungsbeklagte) und der SUVA einer Überprüfung unterzogen. Es erwies sich, dass die Hebebühne stets umstürzte, sobald sie sich in einer gewissen Position befand. Mit Schreiben vom 10. Juli 2002 informierte der Käufer die Verkäuferin, dass die Hebebühne an einem offensichtlichen Konstruktionsfehler leide. Das dadurch verursachte Problem, das zu «Verletzungen oder Tötungen von Menschen» führen könne, sei mehr als ein «simpler Garantiefall im Sinne des Obligationenrechts». Mit Schreiben vom 15. Juli 2002 teilte schliesslich die SUVA dem italienischen Herstellerunternehmen mit, dass die Hebebühnen einen schweren Konstruktionsfehler aufwiesen, und verlangte diesbezügliche Erklärungen. Mit Schreiben vom 19. September 2002 teilte die SUVA dem Käufer daraufhin mit, dass die Herstellerin bereit sei, die Hebebühne zu reparieren. Die SUVA halte dies für die beste Lösung.

[Rz 38] Der Käufer stieg nicht auf das Angebot ein und klagte am 2. Dezember 2002 unter anderem gegen die Verkäuferin und die Herstellerin. Er hielt dafür, dass der Kaufvertrag aufgelöst bzw. nichtig sei und die Beklagten solidarisch zur Zahlung von Fr. 109'429.20 zu verurteilen seien. Mit Urteil vom 28. Dezember 2005 wies die Cour civile des Tribunal cantonal des Kantons Waadt die Klage vollumfänglich ab. In seiner Klagebegründung berief sich der Käufer auf Grundlagenirrtum. Das Kantonsgericht billigte ihm zwar zu, dass er in seinem Schreiben vom 10. Juli 2002 keine Sachmängelrechte ausgeübt und damit den Vertrag nicht implizit genehmigt habe, allerdings müsse bei einem Irrtum über eine Eigenschaft der Kaufsache der Fehler im Moment des Vertragsschlusses bereits vorhanden sein. Dies sei nicht erstellt worden, weshalb der Käufer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe und die Klage schon aus diesem Grund abzuweisen sei. Darüber hinaus habe der Käufer die Hebebühne während eines Jahres benutzt, ohne dass nennenswerte

²¹ Vgl. auch Koller (Fn. 14), AJP 2007, 1192: «Ein Schadenersatzanspruch des Irrenden dagegen könnte ausschliesslich auf culpa in contrahendo beruhen, und es dürfte in aller Regel nicht leicht sein, dem Irrtumsgegner einen Schuldvorwurf zu machen (zumal der Gesetzgeber selbst von der Vorstellung ausgeht, dass eher der Irrende seinem Vertragspartner ersatzpflichtig wird (Art. 26 OR) und nicht umgekehrt). Der Irrtumsgegner schuldet dem Irrenden wohl nur dann Schadenersatz, wenn er den Irrtum des andern fahrlässig verursacht hat (Schwenzer, a.a.O., Rz. 39.38), und das dürfte in Fällen wie dem vorliegenden (wenn ein Irrtum bejaht würde) in der Praxis kaum je vorkommen.»

²² Dies ist nach dem Entscheid wohl selbst dann der Fall, wenn die gesamte Gattung mangelhaft ist, sich also der geltend gemachte Irrtum auf eine Eigenschaft der ganzen Gattung bezieht. Da im vorliegenden Brandschutzglas-Fall dies nicht der Fall war, hatte das Obergericht eine Berufung auf Grundlagenirrtum abgelehnt (E. 5.1). Auch im Fall, wo die ganze Gattung mangelhaft ist, greift die Erwägung des Bundesgerichts (E. 5.3), wonach der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen muss, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte und deshalb beim Gattungskauf die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden kann. Vgl. auch schon BGE 114 II 131 S. 139 («Picasso»): «Wenn der Kaufvertrag sich wie hier auf eine **Speziessache mit einer bestimmten Eigenschaft bezieht, die angeblich fehlt, ist es dem Käufer daher weiterhin nicht verwehrt, sich wahlweise auf die Vorschriften über den Irrtum oder auf Gewährleistungsrecht zu berufen.**»

²³ Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist ein Irrtum über einen künftigen Sachverhalt grundsätzlich möglich. Voraussetzung für das Vorliegen eines Grundlagenirrtums ist indessen, dass einerseits die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, und andererseits auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war (BGE 118 II 297).

²⁴ Dies ist eine in der Lehre nach wie vor stark umstrittene Frage; vgl. Heinrich Honsell, Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung – Irrungen und Wirrungen, SJZ 2007, 137 ff.

Probleme aufgetreten seien. Daraus sei zu folgern, dass die Maschine den Erwartungen des Käufers grundsätzlich entsprochen habe. Folglich sei auch nicht erstellt, dass das Stabilitätsproblem den Kaufentschluss beeinflusst hätte, geschweige denn, dass dieses ein nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr objektiv wesentliches Element der Willensbildung gewesen sei. Die gegenüber der Herstellerin geltend gemachten Ansprüche aus Produkthaftpflicht verneinte das Gericht zudem mit der (zutreffenden) Begründung, dass die Herstellerin nicht für Schäden am Produkt selbst hafte.

[Rz 39] Vor Bundesgericht rügte der Käufer nur die Verletzung der Bestimmungen über den Grundlagenirrtum. Dies veranlasste das Höchstgericht zunächst zur Vorbemerkung, dass damit die kontroverse Debatte zur Frage, ob der Grundlagenirrtum alternativ zu den Rechtsbehelfen des Sachmängelrechts (Art. 197 ff. OR) geltend gemacht werden könne, im vorliegenden Urteil nicht eröffnet zu werden brauche (E. 3.2)²⁵. In den anschliessenden Erwägungen zum Grundlagenirrtum hielt das Bundesgericht vorab fest, dass die Frage, ob sich der Käufer in einem Irrtum befunden habe, Tatfrage sei, während die Wesentlichkeit des (erstellten) Irrtums einer rechtlichen Wertung bedürfe und damit als Rechtsfrage im Berufungsverfahren überprüft werden könne (E. 4.1). Zunächst bringt der Käufer vor, dass der Mangel an der Kaufsache nicht zwingend bereits im Moment des Vertragsabschlusses habe bestehen müssen. Vielmehr komme es auf die Abwesenheit eines Sicherheitsrisikos an, auf das der Käufer im Moment des Vertragsschlusses vertraut habe (E. 4.2). Auf diese Argumentation ging das Bundesgericht nur insoweit ein, als es festhielt, dass aus Art. 31 OR zumindest nicht hervorgehe, ob sich der Irrtum auf einen Mangel beziehen muss, der im Moment des Vertragsschlusses bereits besteht. Im vorliegenden Fall beziehe sich der geltend gemachte Irrtum auf den Gegenstand des Vertrags selbst, bzw. auf die physischen Eigenschaften des Kaufgegenstands. Deshalb rechtfertige es sich, die Frage im Lichte des Sachmängelrechts zu untersuchen. Dieses verlange nun aber, dass der Sachmangel bzw. dessen «Keim» («*germe*») bereits im Moment des Gefahrenübergangs, der vorbehältlich einer Ausnahme mit dem Vertragsabschluss zusammenfällt (Art. 185 Abs. 1 OR), besteht. Eine Verschlechterung der Kaufsache nach Gefahrenübergang stelle keinen Sachmangel dar, ausser es handle sich um einen sekundären Mangel, der auf einen bereits im Moment des Gefahrenübergangs existierenden primären Mangel zurückgeht. Diese Prinzipien können – so das Bundesgericht – auch auf das Irrtumsrecht übertragen werden. Der Käufer könne einen Vertrag nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfechten, wenn man ihm eine mangelbehaftete Sache verkauft habe und dieser Mangel bereits im Moment des Gefahrenübergangs bestanden habe, bzw. auf einen in diesem Moment bestehenden Mangel zurückgeht. Demgegenüber könne er sich nicht auf Grundlagenirrtum berufen,

wenn sich eine im Moment des Gefahrenübergangs mangelfreie Kaufsache erst in der Folge verschlechtert habe. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr könne im Übrigen auch nicht als wesentlicher Beweggrund zum Kaufabschluss betrachtet werden, dass die verkaufte Sache den Zustand beibehalte, den sie im Moment des Vertragsschlusses aufwies (E. 4.3.1).

[Rz 40] Der Käufer könne nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr indessen erwarten, dass die Kaufsache so beschaffen ist, dass sie ohne Gefahr für Leben und Gesundheit verwendet werden könne (E. 4.3.2)²⁶. Falls dies vorliegend nicht gegeben sein sollte, läge in der Tat ein Grundlagenirrtum vor. Insofern dürfe die Vorinstanz vom Umstand, dass der Käufer die Hebebühne während eines Jahres problemlos einsetzen konnte, nicht darauf schliessen, dass das Stabilitätsproblem für seine Willensbildung beim Vertragsschluss unwichtig gewesen sei. Zwar sei in der Tat kaum denkbar, dass die Hebebühne im Moment des Vertragsschlusses völlig frei von den sich später manifestierenden Stabilitätsproblemen gewesen sei. Allerdings sei auch denkbar, dass die Instabilität durch mangelhaften Unterhalt oder unsachgemässen Gebrauch verursacht wurde. Schliesslich habe die Vorinstanz trotz des Schreibens der SUVA vom 15. Juli 2002 festgestellt, dass das Vorliegen eines Konstruktionsfehlers der Maschine nicht erstellt und das Bundesgericht an diese Sachverhaltsfeststellung gebunden sei. Der Käufer hatte demnach die Beweislosigkeit zu tragen, insbesondere auch deshalb, weil er auf eine Expertise verzichtet hatte. Die Berufung wurde deshalb abgewiesen.

Bemerkung

[Rz 41] Die Vorbemerkung des Bundesgerichts in E. 3.2, dass sich die Prüfung der Frage nach der Alternativität der Irrtums- und Sachmängelbehelfe aufgrund der Tatsache erübrige, dass die Vorinstanz den Fall nur unter dem Blickwinkel des Irrtumsrechts geprüft und sich auch der Berufungskläger auf keine anderen Rechtsnormen berufen habe, ist nur aus verfahrensrechtlichen Gründen zutreffend: Zwar wendet das Bundesgericht bekanntlich das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Das ist unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie durchaus begründet. Nicht überzeugend ist die Vorbemerkung des Bundesgerichts aber aus *materiellrechtlicher* Sicht. Die Frage der Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung stellt sich im vorliegenden Fall nämlich grundsätzlich genauso, denn wenn man zum Schluss käme, dass im vorliegenden Fall die Irr-

²⁵ Mit Hinweis auf Honsell (Fn. 24), 137 ff.

²⁶ Unter Hinweis auf Silvio Venturi, Commentaire romand, Code des obligations I, n. 18 ad art. 197 OR, sowie auf Art. 4 Abs. 1 Bst. a PrHG.

tumsanfechtung ausgeschlossen ist, hätte die Berufung (bzw. die Klage) schon deshalb abgewiesen werden müssen.

[Rz 42] Im rund zwei Monate früher ergangenen Urteil 4C.300/2006 vom 19. Februar 2007 (BGE 133 III 335) hat das Bundesgericht im Ergebnis festgehalten, dass bei Gattungskäufen eine Irrtumsanfechtung infolge von Sachmängeln ausgeschlossen ist (E. 5; vgl. dazu oben 2.). So gesehen hätte sich das Bundesgericht konsequenterweise fragen müssen, ob diese Erwägung im Urteil vom 19. Februar 2007 nicht auch im vorliegenden Hebebühne-Fall relevant gewesen wäre. Nach dem in dieser Entscheidung enthaltenen Sachverhalt scheint in der Tat ein Gattungskauf vorgelegen zu haben.

IV. Herabsetzung von Ratenzahlungen bei deren Verfall an den Verkäufer im Falle des Rücktritts gemäss den Vorschriften der Konventionalstrafe

Urteil 4C.374/2006 vom 15. März 2007 (CB)

[Rz 43] Die Verkäuferin (Berufungsklägerin) und die Käuferin (Beklagte) schlossen einen Vorvertrag («*accord d'achat*») über den Kauf eines Flugzeuges des Typs Canadair Challenger 601-3A-ER zum Preis von \$ 17'595'000 ab. Als Zahlungsmodalität wurde die Zahlung des Gesamtkaufpreises einerseits in sechs Zahlungsraten und andererseits die Garantie der Restanz mittels eines Akkreditivs vereinbart. Kurz darauf schlossen die Parteien den Kaufvertrag («*contrat de vente d'aéronef*») unter Bezug auf den «*accord d'achat*» ab; darin wurden die Kosten für das Flugzeug als solches und für die Innenausstattung aufgeschlüsselt, die Ratenzahlungen indessen nur bei den Kosten für das Flugzeug als «*acompte*» bezeichnet. Art. 3 des Vertrages sah vor, dass die «*sommes versées par l'acheteur à titre d'acompte*» als Haftgeld («*arrhes*») und für den Fall der «*bonne et fidèle exécution du contrat*» als «*acomptes*» gelten, demgegenüber im Falle der Nichterfüllung («*inexécution*») des Vertrages durch die Käuferin vollumfänglich der Verkäuferin verfielen. Durch eine Verkettung unglücklicher Umstände ergab sich in der Folge eine erhebliche Zahlungsverzögerung auf Seiten der Käuferin, was von der Verkäuferin als «*inexécution*» im Sinne des Vertrages ausgelegt wurde, die ihr das Recht gebe, vom Vertrag zurückzutreten («*départir du contrat*»). Die bereits bezahlten Raten von \$ 3'733'500 beanspruchte sie daher gestützt auf Art. 3 des Vertrages als Vertragsstrafe. Dies nicht akzeptierend, klagte die Käuferin gegen die Verkäuferin auf Rückzahlung. Die Genfer Cour de justice hiess die Klage teilweise gut. Zum einen hielt sie dafür, dass die Zahlungen bezüglich der Innenausstattung nicht von Art. 3 des Vertrages erfasst worden seien, da sie im Gegensatz zu den Ratenzahlungen bezüglich des Flugzeuges selbst im Vertrag nicht als «*acomptes*» (Ratenzahlungen) bezeichnet seien. Letztere hingegen würden grundsätzlich der Verkäuferin

verfallen; allerdings seien sie gestützt auf Art. 162 OR unter dem Blickwinkel der Bestimmungen über die Konventionalstrafe zu würdigen. Die Genfer Richter hielten eine Herabsetzung der als Konventionalstrafe behandelten «*arrhes*» bzw. «*acomptes*» auf \$ 500'000 für gerechtfertigt. Die Verkäuferin hatte somit insgesamt \$ 3'233'500 an die Käuferin zu leisten. Gegen dieses Urteil legte die Verkäuferin Berufung beim Bundesgericht ein.

[Rz 44] Zum einen warf sie der Vorinstanz vor, bei der Auslegung des Vertrages das Vertrauensprinzip und damit Art. 18 OR verletzt zu haben. Dieser Rüge gab das Bundesgericht statt. Tatsächlich sei nicht einzusehen, weshalb die Ratenzahlung bezüglich des Flugzeuges selbst und jene bezüglich der Innenausstattung verschieden zu behandeln seien, zumal die Aufschlüsselung im Vorvertrag noch nicht vorgenommen worden sei (E. 2.2.4). Zum anderen warf die Verkäuferin den Genfer Richtern vor, die Vorschriften über die Konventionalstrafe verletzt zu haben. Um dies zu beurteilen, stellte das Bundesgericht zunächst fest, dass sämtliche Ratenzahlungen nach dem Willen der Parteien im Falle einer Leistungsstörung dem Empfänger (Verkäuferin) verfallen sollten. Entsprechend seien sie gemäss Art. 162 OR den Vorschriften über die Konventionalstrafe und damit nach Art. 163 OR der Möglichkeit der Herabsetzung zu unterstellen (E. 2.2.5.1). Folglich war zu überprüfen, ob die Genfer Richter die Summe übermässig herabgesetzt hatten. Das Bundesgericht wiederholte seine bereits in BGE 133 III 43 E. 3.3.2 und 4.3 gemachten Ausführungen zu den Kriterien der Herabsetzung²⁷. Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertige sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, ein krasses Missverhältnis bestehe. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, entscheide sich nicht allgemein, sondern hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehörten insbesondere die Art und Dauer des Vertrages, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Zu berücksichtigen seien ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrung der Beteiligten. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertige sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern. Das Ermessen des Richters beziehe sich sowohl auf die Frage der Übermässigkeit der Konventionalstrafe wie auch auf das Ausmass der allfälligen Reduktion (E. 5.2). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass im vorliegenden Fall tatsächlich eine übermässige Konventionalstrafe vorlag, zumal die Verkäuferin das Flugzeug an einen Dritten verkaufen konnte und damit

²⁷ Vgl. dazu Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006, in: Jusletter 12. November 2007, Rz. 36 ff.

kein besonderes Interesse an der Vertragserfüllung mehr hatte. Allerdings sei die Reduktion durch die Genfer Richter auf bloss 13% des vereinbarten Betrags exzessiv. Das Bundesgericht bezog sich auf zwei frühere Entscheide (Urteil 4C.96/1993 E. 3 und Urteil 4C.178/1993 E. 3c), in denen es eine Konventionalstrafe im Umfang von 10% des Kaufpreises für gerechtfertigt hielt. Weiter führte es Art. 227h Abs. 2 Satz 2 OR an, wonach bei einem Rücktritt des Verkäufers von einem Vorauszahlungsvertrag, dessen Dauer höchstens ein Jahr beträgt, der Käufer nur eine Konventionalstrafe verlangen kann, die 10% des Barkaufpreises nicht übersteigt (E. 5.5). Gestützt auf diese Wertungen hielt das Bundesgericht eine Reduktion der Konventionalstrafe auf 10% des Gesamtkaufpreises für gerechtfertigt, was immerhin noch 47% des ursprünglich vereinbarten Betrags ausmachte.

V. Abstrakte Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR und alternative Schadensberechnungen

4A_257/2007 vom 8. November 2007 (MV)

[Rz 45] B und der Beschwerdeführer unterzeichneten am 22. Juli 1999 einen Treuhandvertrag über 20'000 Inhaberaktien der Z.AG. Der Vertrag sah eine Verpflichtung des Beschwerdeführers vor, die Inhaberaktien in eigenem Namen, aber auf Rechnung von B zu erwerben, und zunächst vorzufinanzieren. Die Aktien wären vom Beschwerdeführer für B zu halten und ihm auf Verlangen herauszugeben. Nach der Kündigung des Treuhandvertrags weigerte sich der Beschwerdeführer, die Aktien herauszugeben. B klagte nach einer Nachfristansetzung und dem Verzicht auf die nachträgliche Leistung gegen den Beschwerdeführer und verlangte den Ersatz des entgangenen Gewinns, der sich aus der Differenz des Kaufpreises (CHF 10 pro Aktie) und des möglichen Verkaufspreises (CHF 54 pro Aktie) ergab. Nach der erstinstanzlichen Gutheissung der Klage und der Abweisung der vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Appellation wies das Bundesgericht die vom Beschwerdeführer gegen den zweitinstanzlichen Entscheid erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab. Der Beschwerdeführer hatte im Wesentlichen geltend gemacht, das zweitinstanzliche Urteil verletze Art. 191 Abs. 3 OR.

[Rz 46] Das Bundesgericht führte aus, dass ein Treuhandvertrag und nicht ein Kaufvertrag zur Diskussion stehe und deshalb Art. 191 Abs. 3 OR höchstens analog Anwendung finden könne. Die Anwendung von Art. 191 Abs. 3 OR könne aber offen bleiben. Denn selbst wenn die Bestimmung anwendbar sei, schliesse sie einen Schadensnachweis nach den allgemeinen Regeln nicht aus. Ebenso wenig hindere diese Bestimmung das Gericht daran, im Rahmen der Beurteilung des eingetretenen Schadens nach Art. 97 ff. OR in Verbindung mit Art. 42 OR auch Gedanken zu berücksichtigen, die Art. 191 Abs. 3 OR zugrundeliegen. Demnach gehe es nicht an, jede abstrakte Schadensberechnung ausserhalb

des Anwendungsbereichs von Art. 191 Abs. 3 OR als unzulässig zu betrachten. Der Schaden könne daher unabhängig von einem konkreten Weiterverkaufsgeschäft berechnet werden als Differenz zwischen dem von den Parteien mit dem Dritten vereinbarten Preis und dem hypothetischen Preis, zu dem der Gegenstand bei gehöriger Leistung – bestimmt nach Ermessen mit Rücksicht auf den üblichen Lauf der Dinge (Art. 42 Abs. 2 OR) – hätte verkauft werden können.

VI. Grundstücksgeschäfte

1. Formnichtigkeit eines Grundstückkaufvertrags bei «Falschaussage» bezüglich des Kaufpreises; Vertragsauslegung

Urteil 5A.33/2006 vom 24. April 2007 (CB)

[Rz 47] Im vorliegenden Fall ging es um die Formgültigkeit eines Grundstückkaufvertrages, dessen öffentliche Urkunde folgende Klauseln enthielt:

«1. Die Verkäuferin verkauft den Käufern das Grundstück Nr. xxxx/GB G. (...) zum Preis von CHF 850'000.00 (in Worten: Franken acht/fünf/ null/null/null/null).

Die Käufer erwerben das Grundstück zu je hälftigem Miteigentum. (...)

3. Der Kaufpreis wird wie folgt bezahlt:

a) Durch Banküberweisung am Beurkundungstag auf das Konto Nr. yyyy bei der Bank B. in S. (lautend auf V.u.W.) CHF 830'000.00

b) CHF 20'000.00 durch Banküberweisung innerhalb von 10 Tagen nach Anmeldung des Eigentumsübergangs beim Grundbuchamt auf das Klientenkonto zzzz des Notars zur Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer CHF 20'000.00

Total Kaufpreis CHF 850'000.00

(...)

7. Zur Ablösung des im dritten Rang bestehenden Inhaberschuldbriefes bezahlen die Käufer gleichzeitig mit dem Nutzen- und Schadenübergang auf das Klientenkonto des Notars Nr. zzzz den Betrag von CHF 500'000.00. Der Notar leitet diesen Betrag an den Inhaber des fraglichen Schuldbriefes weiter und sorgt dafür, dass dieser Zug-um-Zug an die Käufer bzw. an die von diesen bezeichnete Bank ausgehändigt wird.»

[Rz 48] Der Grundbuchverwalter wies die Eintragung des Kaufvertrags ab mit der Begründung, dass sich aufgrund der Zahlung von Fr. 500'000 gemäss Ziff. 7 der wirkliche Kaufpreis auf Fr. 1'350'000 belaufe. Ziff. 3 der Vertragsurkunde entspreche damit nicht dem effektiven Wert der Gegenleistung. Die hiergegen erhobene Grundbuchbeschwerde wurde abgewiesen, worauf die Vertragsparteien sowie der

verurkundende Notar Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht einlegten. Das Bundesamt für Justiz stellte in der Vernehmlassung keinen förmlichen Antrag, äusserte sich aber zugunsten der Beschwerdeführer, da nach seinem Dafürhalten die Formvorschriften der öffentlichen Beurkundung eingehalten worden seien. Das Bundesgericht hielt demgegenüber fest, dass die Angabe des Kaufpreises objektiv und subjektiv falsch und damit unwahr beurkundet worden sei. Es sei ein nicht dem wirklichen Parteiwillen entsprechender Kaufpreis beurkundet worden und der Vertrag damit nichtig (E. 5). Vor diesem Hintergrund sei – so das Bundesgericht wörtlich – «belanglos, dass die in Ziff. 7 zusätzlich vereinbarte Leistung ebenfalls öffentlich beurkundet ist, wird doch die Falschaussage in Ziff. 1 und 3 damit nicht richtig» (E. 5). «Praxisüblich» sei, zuerst den Kaufpreis zu nennen und unmittelbar anschliessend die Modalitäten der Kaufpreistilgung zu regeln, wozu auch die Ablösung oder Übernahme von Grundpfandschulden gehöre. Die Darstellungsweise könne keinen anderen Hintergrund haben, als den Umfang der effektiv zu erbringenden geldwerten Leistungen vor Dritten (gemeint sind wohl vor allem die Steuerbehörden) zu verbergen, «solche Intentionen verdienen keinen Rechtsschutz».

Bemerkung

[Rz 49] Der Entscheid verdient aus privatrechtlicher Sicht keine Zustimmung. Er verletzt den fundamentalen, in Art. 18 OR positivierten schuldrechtlichen Grundsatz, dass bei jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung in erster Linie auf den wirklichen Willen des Erklärenden abzustellen ist²⁸. Ist die Erklärung in einer Urkunde niedergelegt, bildet der Wortlaut zwar die Grundlage, aber nicht die Grenze der Auslegung, d.h. selbst bei einem eindeutigen Auslegungsergebnis ist zu prüfen, ob der ermittelte Wortsinn nicht durch andere Indizien in Frage gestellt oder ausgeschlossen wird²⁹. Dies umso mehr, als das Bundesgericht die sog. Eindeutigkeitsregel, wonach sich bei klarem Vertragswortlaut jede weitere Auslegung erübrige (sog. *sens clair*-Doktrin, vgl. BGE 111 II 287 und BGE 99 II 285), ausdrücklich ablehnt; der klare Wortsinn allein ist für die Vertragsauslegung nicht massgebend (BGE 127 III 444 E. 1b), ja die «reine Wortauslegung verboten» (Urteil 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2). Was das Bundesgericht im vorliegenden Fall tut, wenn es den in Ziff. 3 verwendeten Begriff des «Kaufpreises» als «Falschaussage» bezeichnet, ist nun aber genau das: eine reine Buchstabenauslegung, welche Ziff. 7 des Vertrages ausser Acht lässt und damit eine ganzheitliche Auslegung negiert.

[Rz 50] Damit kann es auch nicht darauf ankommen, was als «Kaufpreis» bezeichnet, sondern nur was nach dem Willen der Parteien als Gegenleistung für die Übereignung des Grundstückes vereinbart wurde. Dass die Fr. 500'000 dazu gehören, ist bei aufmerksamem Durchlesen des Vertrages

unmittelbar einsichtig; es liegt auch keine Simulation vor, denn der durch Auslegung der Urkunde ohne nennenswerten Aufwand ermittelbare Wille, dem Verkäufer als Gegenleistung Fr. 850'000 + Fr. 500'000 zu leisten, entspricht dem wirklichen Willen des Käufers.

[Rz 51] Nach gefestigter Lehre ist dem Formerfordernis von Art. 216 OR Genüge getan, wenn die Urkunde die formbedürftigen Geschäftspunkte in zumindest bestimmbarer Weise bezeichnet, ohne dass es hierzu weiterer Beweismittel bedürfte³⁰. Der beurkundungsrechtliche Einwand, dass die in Frage stehende Urkunde ihrer Belegfunktion nicht gerecht wird, kann man wohl dem Notar unter notariatsrechtlichen Gesichtspunkten vorwerfen, ändert aber an der schuldrechtlichen Gültigkeit des Vertrages nichts – zumal vorliegend unumstritten ist, dass alle den Kaufpreis determinierende Elemente von der Beurkundung umfasst sind. Letztlich geht es im vorliegenden Fall um ganz etwas anderes, nämlich um die Frage, ob die Parteien die Steuerbehörden täuschen wollten. Selbst wenn solche Intentionen vorhanden gewesen wären, sind diese unter privatrechtlichen Gesichtspunkten solange unerheblich, als der Kaufpreis aufgrund der Urkunde zumindest bestimmbar ist. In der Literatur wurde der Entscheid mit der Begründung begrüsst, das Bundesgericht habe durch die Abweisung der Beschwerde «*ein klares Zeichen setzen wollen, damit künftig die Ablösung oder die Übernahme von Grundpfandforderungen nicht ausserhalb des Vertrags geregelt werden*»³¹. Vorliegend konnte der vollständige Preis aber gerade alleine aufgrund einer ganzheitlichen Auslegung der Urkunde ohne ausserhalb der Urkunde liegende Beweismittel bestimmt werden.

2. Auslegung eines formbedürftigen Kauf- und Vorkaufrechtsvertrags; Simulations- einwand

Urteil 4A_309/2007 vom 22. Oktober 2007 (MV)

[Rz 52] Die Beschwerdegegnerin beurkundete mit dem Beschwerdeführer am 19. Dezember 2002 einen Kaufrechts- und Vorkaufrechtsvertrag über eine Liegenschaft. Neben diesem Vertrag tätigten die Parteien weitere Geschäfte miteinander, aus denen insgesamt Forderungen des Beschwerdegegners gegen den Beschwerdeführer resultierten. Am 29.3.2006 teilte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer mit, dass sie das Kaufrecht gemäss Kaufrechts- und Vorkaufrechtsvertrag vom 19. Dezember 2002 ausübe. Nachdem sich der Beschwerdeführer in der Folge weigerte, die betroffene Liegenschaft zu übereignen, reichte die Beschwerdegegnerin gegen den Beschwerdeführer Klage

²⁸ Statt aller BSK OR I-Wiegand, Art. 18 OR N 1.

²⁹ So zutreffend BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 25.

³⁰ Vgl. Wolfgang Wiegand/Christoph Brunner, Vom Umfang des Formzwanges, recht 1993, 6-7; BK-Giger, Art. 216 OR N 225; Roland Pfäffli, Rechtsfolgen bei unrichtiger Angabe des Kaufpreises beim Grundstückkauf, in: Jusletter 1. Oktober 2007, Rz. 15.

³¹ Pfäffli (Fn. 30), Rz. 10.

ein mit dem Begehren, es sei der Beschwerdeführer zu verpflichten, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen. Die erste Instanz hiess die Klage gut. Ein dagegen vom Beschwerdeführer eingereichter Rekurs wies die zweite Instanz ab. Daraufhin erhob der Beschwerdeführer beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Er machte im Wesentlichen geltend, der Kaufrechts- und Vorkaufrechtsvertrag vom 19. Dezember 2002 sei sicherungshalber abgeschlossen worden und sei, nachdem die Sicherungsabrede nicht öffentlich beurkundet worden sei, formungültig. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[Rz 53] Das Bundesgericht führte aus, dass formbedürftige Rechtsgeschäfte nach denselben Grundsätzen auszulegen seien wie formfreie, was heisse, dass nach den gesamten Umständen zu ermitteln sei, was die Parteien tatsächlich gewollt haben oder wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen seien. Dabei seien entgegen der Vorinstanz auch ausserhalb der Urkunde liegende Umstände zu berücksichtigen. Es liege aber, wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt habe, kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille in Bezug auf eine Sicherungsabrede vor und eine solche ergebe sich auch nicht nach dem Vertrauensprinzip. Entsprechend stelle sich die Frage der Formungültigkeit nicht. Im Übrigen sei eine Vereinbarung eines Kaufrechts nach Art. 216 Abs. 2 OR auch dann nicht simuliert, sondern wirklich gewollt und ohne Beurkundung der Sicherungsabrede formgültig, wenn ein Beweggrund des Geschäftsabschlusses darin lag, dem Kaufrechtsnehmer für vom Kaufrechtsgeber geschuldetes Geld eine Sicherheit in Form einer zukünftigen Verrechnungsposition sowie eines Anspruchs auf Grundstückübertragung zu verschaffen. Anders verhielte es sich dagegen etwa dann, wenn die Parteien übereinstimmend der Meinung wären, das Kaufrecht solle ausschliesslich der Sicherung einer Forderung dienen und im Falle der Bezahlung der Forderung nicht mehr ausgeübt werden dürfen bzw. das bereits übertragene Grundstück sei an den Schuldner zurückzuübertragen.

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss & Partner, Zürich.

PD Dr. Christoph Brunner, LL.M., ist Konsulent in der Anwaltskanzlei Python & Peter, Bern/Genf, und Leiter des Ressort Nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter. Er dankt Dr. Christoph Hurni für die Mitarbeit bei der Erstellung der Rechtsprechungsübersicht.

* * *