

Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

## **Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017**

---

Der Beitrag führt im Sinne eines «update» 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 2017 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Die Initialen in den Titeln geben jeweils den/die Verfasser an.

---

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht  
Rechtsgebiete: Kaufrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017, in: Jusletter 24. September 2018

## Inhaltsübersicht

- I. Unternehmenskauf
  - 1. *Earn-Out*; *ultra Vires*-Handlung; Auslegung einer Saldoklausel
  - 2. Geschäftsübertragungsvertrag; absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR); Teilungsgültigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR analog)
- II. Grundstückkauf
  - 1. Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag; Umfang des Formzwangs; Nichteinhaltung der Form; Rechtsmissbrauchsverbot
  - 2. «Lex Koller»: Erwerb einer Ferienwohnung durch eine Person im Ausland; kantonaler Bewilligungsgrund der Förderung des Fremdenverkehrs (Art. 9 Abs. 2 und 3 BewG); kontingentsfreie Eigentumsübertragung (Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG)
  - 3. Irrtum hinsichtlich der Überbaubarkeit eines Grundstücks; Abgrenzung der unbewussten Nichtkenntnis vom bewussten Nichtwissen; Rechtsirrtum; Geltendmachung eines Irrtums gegen Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR)
  - 4. Sachlicher Umfang des Formzwangs; Formungültigkeit; Mantelgesellschaftshandel
- III. Fahrniskauf
  - 1. Sukzessivlieferungsvertrag (Weintrauben); nachträgliche Unmöglichkeit; Konventionalstrafe (Art. 160 Abs. 1, 3 OR)
  - 2. Sukzessivlieferungsvertrag; Zurückbehaltungsrecht bei rückständigen Teilleistungen auch ohne Verzug (Art. 82 OR)
  - 3. Wandelung, unter Einschluss der Nebensache (Art. 205 Abs. 2, Art. 209 Abs. 3 OR; Blutuntersuchungsgeräte und Reagenzmittel); Behauptungs- und Beweislast für rechtzeitige Mängelrüge; Abtretung der Käuferrechte an den Leasingnehmer, teleologische Reduktion der Unwirksamkeitsnorm (Art. 165 OR)
  - 4. Rückkaufvereinbarung zwischen finanzierender Bank und Garagist für Leasing eines Porsches 911 (Art. 107 Abs. 2 OR; Art. 215 Abs. 1 OR)
- IV. Diverses
  - 1. Altlasten; altrechtliche Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven (Art. 181 OR); Übergang der Kostentragungspflicht (Art. 32d USG) vom Verhaltensstörer auf seinen Rechtsnachfolger?
  - 2. Software-Integrationsvertrag, Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung
  - 3. Risikoüberwälzungsklausel – Übertragung des Risikos von Legitimationsmängeln bzw. Unterschriftsfälschungen (Schadensabwälzung; Art. 100 OR analog); Unwirksamkeit im Falle grober Fahrlässigkeit («faute grave»)

## I. Unternehmenskauf

### 1. *Earn-Out*; *ultra Vires*-Handlung; Auslegung einer Saldoklausel

#### Urteil des Bundesgerichts 4A\_539/2016 vom 6. März 2017 (MV/DG)

[Rz 1] Die A. (Switzerland) SA (Käuferin), welche auf dem Wege der Fusion von der A. AG (Beschwerdeführerin) übernommen wurde, erwarb mit Kaufvertrag vom 11. September 2000 von B. (Verkäufer 1, Beschwerdegegner) und C. (Verkäufer 2) sämtliche Aktien der D.-Gruppe. Der Kaufpreis für die Aktien umfasste einen fixen Betrag von CHF 7'500'000 und eine variable *Earn-Out*-Komponente. Der *Earn-Out* hing von den zu Konsolidierungszwecken an den Konzern gemeldeten Geschäftszahlen der D.-Gruppe in den Jahren 2000 bis 2005 ab (siehe dazu unten; Rz. 7 f.). Am 17. Juli 2003 unterzeichneten die Parteien eine Vertragsergänzung (*Deed of Amendment to the Share Purchase Agreement*), in welcher die Berechnung des *Earn-Out*-Anteils für die Jahre 2003 bis 2005 neu geregelt wurde. In Art. 6 der Vertragsergänzung kamen die Parteien zudem überein: «[...] *The Parties confirm by signing this Deed of Amendment that all Payments to be*

*made for the years 2000, 2001 and 2002 under the Sale and Purchase Agreement signed on the 11<sup>th</sup> of September 2000 have been made in full and are settled.*» (nachfolgend Klausel). Die Käuferin zahlte den Verkäufern neben dem fixen Kaufpreisanteil einen variablen Kaufpreis für die Jahre 2000 bis 2002 von je CHF 4'448'500. Für die Jahre 2003 bis 2005 leistete die Käuferin keine Kaufpreiszahlungen mehr. Die Verkäufer, welche vor und nach Verkauf der Aktien der D.-Gruppe Mitglieder des Verwaltungsrats der D.-Gruppe waren, wurden im Februar 2004 «fristlos entlassen» (Sachverhalt Teil A).

[Rz 2] Am 24. November 2008 reichte die Käuferin beim Bezirksgericht Zürich Klage ein und verlangte, der Verkäufer 1 sei zu verpflichten, ihr CHF 9'606'000 nebst Zins zu bezahlen. Das Bezirksgericht schützte mit Urteil vom 17. Dezember 2014 die Klage teilweise und verpflichtete den Verkäufer 1, der Käuferin CHF 3'895'207.80 nebst Zins zu bezahlen. Das Bezirksgericht war nach Durchführung eines Beweisverfahrens zum Ergebnis gelangt, dass die Verkäufer ihre Pflicht zur Lieferung korrekter Zahlen als Grundlage für die Berechnung der *Earn-Out*-Zahlung verletzt hätten. Die Verkäufer hätten fiktive Rechnungen auf verschiedene Firmen erstellt und dann namens dieser Rechnungsschuldner aus eigenen Mitteln an die Käuferin (siehe dazu unten Rz. 7 f.) Zahlungen (sog. Selbstzahlungen) geleistet, um so gestützt auf zu hohe Gewinne *Earn-Out*-Zahlungen durch die Käuferin an sich selber zu generieren. Wegen dieser Vertragsverletzung, so das Bezirksgericht, hätten die Verkäufer den unter dem Titel «*Earn-Out*» zu viel geleisteten Betrag sowie einen Teil des fixen Kaufpreisanteils (negative Kaufpreisanpassung) unter solidarischer Haftbarkeit zurückzuzahlen. Die streitgegenständliche Klausel qualifizierte das Bezirksgericht als Saldoklausel. Es erachtete die Saldoklausel aber wegen den Selbstzahlungen zufolge Grundlagenirrtums der Käuferin als ungültig (Sachverhalt Teil B.a).

[Rz 3] Der Verkäufer 1 erhob Berufung gegen dieses Urteil. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich kam – anders als das Bezirksgericht – mit Urteil LB150013 vom 22. Juli 2016 zum Schluss, der Beweis sei nicht erbracht worden, dass der Verkäufer 1 die Selbstzahlungen getätigt habe. Im Rahmen ihrer Eventualbegründung qualifizierte die Vorinstanz die fragliche Klausel ebenfalls als Saldoklausel. Die Vorinstanz verneinte aber einen Grundlagenirrtum der Käuferin mit dem Argument, dass im Zeitpunkt des Abschlusses der Vertragsergänzung der Käuferin allfällige Verfehlungen des Verkäufers 1 bekannt gewesen seien. Die Vorinstanz hiess daher das Rechtsmittel des Verkäufers 1 gut und wies die Klage der Käuferin ab. Gegen dieses Urteil erhob die Käuferin eine Beschwerde in Zivilsachen und beantragte dem Bundesgericht u.a. die Aufhebung dieses Urteils und die Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz (Sachverhalt Teile B.b und C). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.

[Rz 4] 1. Im Verfahren vor Bundesgericht war im Wesentlichen strittig, ob die Verkäufer Selbstzahlungen getätigt haben. 2. Das Bundesgericht fasste einleitend die Beweiswürdigung des Bezirksgerichts (E. 3) und jene der Vorinstanz (E. 4) zusammen. Sodann ging das Bundesgericht zur Beweiswürdigung über (E. 6/6.1/6.2/6.3) und kam zum Schluss, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen sei, indem sie Selbstzahlungen durch die Verkäufer verneint habe (E. 6.4). 3. Der Verkäufer 1 machte geltend, selbst wenn man ihm ein Fehlverhalten nachweisen könnte, so wäre ihm dieses nicht vorwerfbar. Denn die Käuferin habe durch ihre Vertreter solche Verfehlungen genehmigt, womit die Rückforderung allfällig erhöhter *Earn-Out*-Zahlungen treuwidrig sei. Das Bundesgericht verwarf dieses Argument. Selbst wenn eine Genehmigung durch die Organpersonen der Käuferin vorgelegen hätte, wären nach Ansicht des Bundesgerichts solche offensichtlich dem Gesellschaftszweck diametral entgegenlaufende Rechtshandlungen der Organe nicht durch deren Vertretungsmacht (Art. 718a Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]) gedeckt gewesen (E. 7.1).

4. Die Käuferin rügte ihrerseits vor Bundesgericht, die streitgegenständliche Klausel stelle keine Saldoklausel dar. Selbst wenn man im Wortlaut der Vertragsergänzung eine solche erkennen wollte, dürfe diese nach Treu und Glauben nicht dahingehend verstanden werden, dass die Käuferin in Kenntnis der Manipulationen eine Saldoerklärung hinsichtlich der bereits geleisteten *Earn-Out-Zahlungen* habe abgeben wollen (E. 8.2). 5. Das Bundesgericht erwog, eine Saldoklausel beinhalte einen Vergleich. Mit einem Vergleichsvertrag legten die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Sei eine Saldoklausel vereinbart worden, sei gestützt auf Art. 18 Abs. 1 OR zu prüfen, welches deren Gegenstand bzw. Umfang sei (E. 8.3/8.3.1). 6. Das Bundesgericht führte weiter aus, das Ziel, einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis zu beenden, lasse sich regelmässig nur erreichen, wenn sämtliche mit dem Streit oder der Ungewissheit zusammenhängenden Fragen im Vergleichsvertrag geregelt würden. Dieses Anliegen sei bei der Auslegung zu berücksichtigen, auch wenn der Umfang einer vergleichsweisen Beilegung von Streitigkeiten unterschiedlich weit gezogen werden könne. Bei der Auslegung des Vergleichsvertrags habe das Gericht jedoch nur zu berücksichtigen, was sachgerecht sei, weil nicht anzunehmen sei, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt hätten (E. 8.3.2). 7. Da der wirkliche Wille der Parteien nicht erstellt war, legte das Bundesgericht die Klausel objektiv<sup>1</sup> nach dem Vertrauensprinzip aus und kam – wie die beiden Vorinstanzen – zum Schluss, dass es sich um eine Saldoklausel handle. Das Bundesgericht hielt jedoch fest, aufgrund des Wortlauts der Klausel könne nach Treu und Glauben nicht davon ausgegangen werden, dass allfällige Selbstzahlungen von der Saldoklausel erfasst würden (E. 8.4/8.4.1/8.4.2). 8. Abschliessend prüfte das Bundesgericht, ob ausserhalb der Vereinbarung liegende Umstände nach dem Vertrauensprinzip die Annahme erlaubten, die Saldoklausel bezöge sich auch auf allfällige Selbstzahlungen (E. 8.5). Es verneinte dies. Der Verkäufer 1, welcher um die Selbstzahlungen gewusst habe, habe nicht in guten Treuen darauf schliessen dürfen, die Käuferin wolle durch die Saldoklausel nicht geschuldete *Earn-Out-Zahlungen* nicht mehr in Frage stellen, selbst wenn diese auf fiktiven Rechnungen und Selbstzahlungen basierten (E. 8.5.3/8.5.4).

[Rz 5] **Bemerkung: 1.** Der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt ist schwierig zu erfassen und u.E. auch nicht ganz eindeutig. Klar ist, dass Gegenstand des referierten Urteils die Manipulation des im Aktienkaufvertrag vereinbarten *Earn-Outs* mittels Selbstzahlungen war. Wie genau der *Earn-Out* manipuliert wurde, ist hingegen (nach der Lektüre des vorliegenden Urteils) unklar (siehe aber unten Rz. 8).

[Rz 6] **a. Definition von «Earn-Out».** Bevor dieses Urteil besprochen wird, ist daran zu erinnern, dass *Earn-Out-Zahlungen* suspensiv bedingte Kaufpreiszahlungen darstellen, deren Schuldner der Käufer ist.<sup>2</sup> Die relevanten Bedingungen können positiver oder negativer Art sein.<sup>3</sup> In aller Regel sind *Earn-Out-Zahlungen* vom Eintritt des künftigen Geschäftserfolgs (meist der zukünft-

---

<sup>1</sup> Zu den verschiedenen Bezeichnungen der «objektiven Auslegung» siehe unten Fn. 34.

<sup>2</sup> MARKUS VISCHER, *Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen*, SJZ 2002, S. 509 ff., S. 509; ALEXANDER FISCHER/DANIEL KÄLIN, *Earn-Out Bestimmungen: Käufer- und Verkäuferperspektive in der Vertragsgestaltung*, in: Jusletter 15. Mai 2017, Rz. 1 Anm. 1.

<sup>3</sup> ALEX VON WERRA, *Conception et valorisation de l'earnout dans le cadre de transactions M&A. Aperçu d'une technique de structuration du prix de cession (1<sup>ère</sup> partie)*, ST 2014, S. 565 ff., S. 565 f.; siehe ferner BENJAMIN FEHR/STEFAN BENKERT/RUBEN POGGENSEE, *Earn-out: Erfolgsorientierter Kaufpreis*, EF 2015, S. 798 ff., S. 801.

tige Umsatz oder der zukünftige Gewinn) der verkauften Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften (= *Target* in der M&A-Sprache) abhängig.<sup>4</sup>

[Rz 7] **b.** Das Bundesgericht und die Vorinstanzen scheinen davon auszugehen, dass die Selbstzahlungen durch Begleichung fiktiver Rechnungen<sup>5</sup> direkt an die Käuferin geleistet worden sind, um dadurch den *Earn-Out*-Anteil zu erhöhen. Indessen führt das Bundesgericht auch aus, dass der «[...] *Earn-out* [...] von den zu Konsolidierungszwecken an den Konzern gemeldeten Geschäftszahlen der D.-Gruppe in den Jahren 2000 bis 2005 [...]» abhing (vgl. Sachverhalt Teil A). In diesem Fall wären einzig die Selbstzahlungen an die D.-Gruppe, also an das *Target*, und nicht an die Käuferin *Earn-Out*-relevant.

[Rz 8] **c.** Das besprochene Urteil ist diesbezüglich allerdings nur auf den ersten Blick widersprüchlich. Im Anschluss an dieses Rückweisungsurteil hat sich die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich nochmals mit dem Fall beschäftigen müssen. In seinem zweiten Urteil führt das Obergericht aus, dass der für den *Earn-Out* massgebliche Schwellenwert aufgrund der konsolidierten Konzernrechnung der Käuferin ermittelt werde.<sup>6</sup> Dieser *Earn-Out*-Parameter ist eher ungewöhnlich, stellen die Parteien in der Regel doch nur auf den Geschäftserfolg des *Targets* ab (oben Rz. 6). Mit einer solchen Regelung werden jedoch die sich üblicherweise bei Umstrukturierungen des *Targets* nach Vollzug stellenden Probleme im Zusammenhang mit dem *Earn-Out* umgangen.<sup>7</sup> Nach Vollzug des Aktienkaufvertrags gehörte die *Target*-Gruppe (= D.-Gruppe) zum Konsolidierungskreis der Käuferin und wurde deshalb von der konsolidierten Konzernrechnung der Käuferin erfasst. Folglich waren sowohl Selbstzahlungen direkt an die Käuferin als auch an die D.-Gruppe *Earn-Out*-relevant und damit manipulierbar.

[Rz 9] **2.** In einer mehrseitigen Beweiswürdigung schloss das Bundesgericht u.E. überzeugend darauf, dass die Verkäufer Selbstzahlungen getätigt haben, um *Earn-Out*-Zahlungen an sich selbst zu generieren. Ausgehend von diesem Beweisergebnis stellten sich zwei Fragen: Erstens, ob die Rückforderung der *Earn-Out*-Zahlungen – wie vom Verkäufer 1 behauptet – treuwidrig ist, weil die Selbstzahlungen durch die Käuferin genehmigt wurden (E. 7.1, dazu unten Rz. 10 ff.) und zweitens, ob es sich bei der fraglichen Klausel um eine Saldoklausel handelt, und ob aus diesem Grunde die Rückforderung der *Earn-Out*-Zahlungen unzulässig ist (E. 8, dazu unten Rz. 13 ff.).

[Rz 10] **3. Treuwidrigkeit der Rückforderung der Selbstzahlungen.** Die zur Vertretung befugten Personen können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a Abs. 1 OR). Diese «Zweckgrenze» schränkt nicht nur die externe Vertretungsmacht<sup>8</sup> ein, sondern umschreibt auch die Grenze der Geschäftsfähig-

---

<sup>4</sup> ROLF WATTER/MATTHIAS GSTOEHL, Preisanpassungsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VI*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 33 ff., S. 48 f.; VISCHER (Fn. 2), S. 510; CHRISTOPH H. SEIBT, Sinn und Zweck, Einsatz und Mechanik von *Earnout*-Regelungen, in: Tim Drygala/Gerhard H. Wächter (Hrsg.), *Kaufpreisanpassungs- und Earnout-Klauseln bei M&A-Transaktionen*, S. 221 ff., S. 231.

<sup>5</sup> Dem vorliegenden Urteil kann entnommen werden, dass unter dem Begriff «fiktive Rechnungen» nicht existente Rechnungen im Namen existierender Rechnungsschuldner zu verstehen sind. Davon abzugrenzen sind Konstellationen, in denen darüber hinaus auch die Rechnungsschuldner nicht real sind (zu dieser Abgrenzung z.B. MARKUS BOOG, in: *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 3. Aufl., Basel 2013, N 35 zu Art. 251 StGB; vgl. auch BGE 79 I 34 E. 4a S. 37). Diese Abgrenzung spielt in der Praxis aber keine Rolle, da es nach der h.M. irrelevant ist, ob der vorgetäuschte Urheber der Erklärung in Tat und Wahrheit wirklich existiert (BGE 132 IV 57 E. 5.1.1 S. 60; BSK StGB II-Boog [Fn. 5], N 5 zu Art. 251 StGB).

<sup>6</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB170024 vom 6. September 2017.

<sup>7</sup> Siehe VISCHER (Fn. 2), S. 517; URS SCHENKER, *Unternehmenskauf*, Bern 2016, S. 250.

<sup>8</sup> Zum Unterschied zwischen externer Vertretungsmacht und interner Vertretungsbefugnis z.B. GEORG KRNETA, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1969; PATRIK R. PEYER, *Vertretung der Ak-*

keit der AG,<sup>9</sup> weswegen zweckwidrige Rechtshandlungen von Anfang an als ungültig zu qualifizieren sind.<sup>10</sup> Diese Zweckgrenze versteht das Bundesgericht weit.<sup>11</sup> Zweckwidrig sind etwa Rechtshandlungen, die dem Gesellschaftszweck geradezu diametral entgegenlaufen und daher geeignet sind, diesen zu vereiteln.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund verdient die Aussage des Bundesgerichts Zustimmung, wonach Rechtshandlungen, welche eine ungerechtfertigte Vermögensverminderung zur Folge haben («unlautere Machenschaften»), ungültig sind.<sup>13</sup> Entsprechend kann auch die Zustimmung zu einer solchen Rechtshandlung bzw. deren Genehmigung durch ein anderes Organ (andere Mitglieder des Verwaltungsrats oder die Generalversammlung) nicht gültig sein. Zum selben Resultat gelangt man mit der von uns bevorzugten Argumentationslinie, wonach Rechtshandlungen, welche eine ungerechtfertigte Vermögensverminderung bei der Gesellschaft zur Folge haben, interessenwidrig, also *ultra vires*, und damit zweckwidrig und somit ungültig sind.<sup>14</sup>

[Rz 11] a. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Genehmigung durch Organe der Käuferin bzw. des A.-Konzerns aufgrund der Vermögensverminderung bei der Käuferin bzw. beim A.-Konzern zufolge der Selbstzahlungen durch die Verkäufer ungültig sei (E. 7.1). Die Genehmigung der Selbstzahlungen durch Organe der Käuferin bzw. des A.-Konzerns hatte zwar unmittelbar einen Zufluss an die Käuferin bzw. den A.-Konzern zur Folge. Mittelbar hatte die Genehmigung der Selbstzahlungen jedoch den ungerechtfertigten Vermögensabfluss zufolge Leistung der *Earn-Out-Zahlung* durch die Käuferin bewirkt. Daher war die Genehmigung der Selbstzahlungen *ultra vires*, weswegen die Rückforderung gar nicht – wie vom Verkäufer 1 behauptet – treuwidrig sein konnte. *Ultra vires* wäre die Genehmigung der Selbstzahlungen auch gewesen, wenn die Organe der D.-Gruppe, also der *Target-Gruppe*, diese Genehmigung erteilt hätten.

[Rz 12] b. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das Bundesgericht jedoch gar keine Überlegungen zur Genehmigung der Selbstzahlungen durch andere Organe anstellen müssen. Vielmehr hätte das Bundesgericht das Argument des Verkäufers 1, wonach die Rückforderung des *Earn-Outs* treuwidrig sei, auf dem Wege der Vertragsauslegung (Art. 18 Abs. 1 OR) entkräften müssen: Eine *Earn-Out-Vereinbarung* soll die nachhaltige Wertsteigerung des gekauften Unternehmens

---

tiengesellschaft: Wirkung der Vertretungsmacht und einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis, GesKR 2008, S. 382 ff., S. 384; PREDRAG SUNARIC, in: Kurzkomentar, Obligationenrecht, Basel 2014, N 1 zu Art. 718a OR; siehe auch EMIL SCHUCANY, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, N 1 und 2 zu Art. 718 OR; a.M. ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 10 zu Art. 718a OR, der nicht zwischen Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht unterscheidet.

<sup>9</sup> BSK OR II-WATTER (Fn. 8), N 2 zu Art. 718a OR.

<sup>10</sup> Z.B. ADRIAN PLÜSS/DOMINIQUE FACINCANI-KUNZ, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft. Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 3 zu Art. 718a/718b OR.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1; BGE 116 II 320 E. 3a S. 323; BGE 111 II 284 E. 3b S. 288 f.; BGE 95 II 442 E. 3. S. 450.

<sup>12</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 Rz. 497; MARIE-NOËLLE ZENRUFFINEN/MARC BAUEN, Le conseil d'administration, Genf/Zürich/Basel 2017, Rz. 663; CHRISTOPH B. BÜHLER/NICOLAS SPICHTIN, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR 2015, S. 150 ff., S. 153; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110170 vom 1. November 2013 E. 4.1.2.3.

<sup>13</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_539/2016 vom 6. März 2017 E. 7.1.

<sup>14</sup> Gl.M. BSK OR II-WATTER (Fn. 8), N 5 zu Art. 718a OR; MARKUS VISCHER, in: Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 14 zu Art. 678 OR; MARKUS VISCHER, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, S. 563 ff., S. 568; a.M. Urteil des Bundesgerichts 4A\_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1; BÖCKLI (Fn. 12), § 13 Rz. 497.

fördern.<sup>15</sup> Ist zwischen den Parteien umstritten, ob der Käufer eine *Earn-Out*-Zahlung zu leisten hat, muss die entsprechende Klausel nach Massgabe von Art. 18 Abs. 1 OR ausgelegt werden. Kann kein wirklicher Parteiwille festgestellt werden, muss nach dem Dogma der h.M. (zur Kritik zu dieser Vorgehensweise siehe unten Rz. 20) die Klausel objektiv<sup>16</sup> ausgelegt werden. Auf den vorliegenden Fall gemünzt bedeutet dies, dass die kurzfristige, nicht nachhaltige Wertsteigerung der Käuferin zufolge Selbstzahlungen zum Zwecke der Erhöhung des *Earn-Outs* nach dem Vertrauensprinzip – ein wirklicher Parteiwille war vorliegend nicht erstellt – klarerweise gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer (und *Earn-Out*-Schuldner) rechnen muss.<sup>17</sup> Entsprechend war die Käuferin von vornherein nicht verpflichtet, die *Earn-Out*-Zahlung zu leisten und konnte folgerichtig den *Earn-Out* auch von den Verkäufern zurückfordern.

[Rz 13] 4. *Inhaltlicher Umfang der Saldoklausel* («*clause pour solde de tout compte*»). Umstritten war vor Bundesgericht ferner, ob die streitgegenständliche Klausel, welche vom Bundesgericht als Vergleichsvertrag in Form einer Saldoklausel qualifiziert wurde, sich auch auf die Selbstzahlungen bezieht. Das Bundesgericht verneinte, dass sich der Wortlaut der Saldoklausel nach dem grammatikalischen Auslegungselement auch auf Selbstzahlungen beziehe. Gemäss Bundesgericht existieren aber auch nach Treu und Glauben keine «ausserhalb der Vereinbarung liegende Umstände», welche die Annahme erlauben, die Saldoklausel beziehe sich auch auf Selbstzahlungen (vgl. E. 8.5). Anzumerken hierzu ist in der gebotenen Kürze zweierlei:

[Rz 14] a. Die Aussage des Bundesgerichts<sup>18</sup>, wonach eine Saldoklausel einen Vergleich beinhalte (und damit letztlich einen Vergleichsvertrag darstellt), ist zu absolut und damit unzutreffend. Ein Vergleichsvertrag kann in Form einer Saldoklausel gekleidet sein<sup>19</sup> bzw. sind Saldoklauseln in aller Regel in Vergleichsverträgen enthalten.<sup>20</sup> Saldoklauseln können jedoch ausnahmsweise auch in anderen Verträgen als Vergleichsverträgen vorkommen, selbst wenn kein Streit oder keine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis besteht.

[Rz 15] b. Saldoklauseln bzw. Vergleiche sind nach dem Dogma der h.M. subjektiv-objektiv<sup>21</sup> auszulegen, wie vom Bundesgericht *in casu* praktiziert. Im Rahmen der objektiven Auslegung ist

---

<sup>15</sup> Vgl. FEHR/BENKERT/POGGENSEE (Fn. 3), S. 803.

<sup>16</sup> Zu den verschiedenen Bezeichnungen der «objektiven Auslegung» siehe unten Fn. 34.

<sup>17</sup> So betreffend den Umfang von Freizeichnungsklauseln mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 177 ff., S. 182.

<sup>18</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_539/2016 vom 6. März 2017 E. 8.3; so bereits Urteil des Bundesgerichts 4A\_523/2014 vom 12. Februar 2015 E. 4.2.

<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass etwa arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge in Form einer Saldoklausel gekleidet sein können (siehe dazu z.B. CHRISTOPH ZOBL, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, Diss. Zürich 2017 = SSA Band 82, Bern 2017, Rz. 600; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2014, N 6 m.w.H. zu Art. 341 OR; MARTIN FARNER, Der Aufhebungsvertrag, ArbR 2010, S. 33 ff., S. 40 *in fine*).

<sup>20</sup> CAMILLE MEIER, Standardklauseln (Kapitel 6), in: Peter Münch/Sabine Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, 3. Aufl., Basel 2017, Rz. 9.1 f.; MATTHIAS MAURER, Der Vergleichsvertrag, Diss. Zürich 2012 = ZStP Band 255, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 743 ff.; ERNST PLATZ, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 2013 = SGRW Band 24, Zürich/St. Gallen 2014, S. 342 f.; DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band 312, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 383; JOHANN ZÜRCHER, Der gerichtliche Vergleich – Chancen und Fallstricke, in: Stephan Weber (Hrsg.), Schlichten statt richten, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 61 ff., S. 71 *in fine*; PETER GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 3 ff., S. 8; siehe auch WALTER R. SCHLUEP, Innominatverträge, in: Obligationenrecht. Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/2, Basel 1979, S. 763 ff., S. 943 ff.

<sup>21</sup> Zu unserer Kritik siehe unten Rz. 20.

zu beachten, dass Saldoklauseln bzw. Vergleiche nicht solche Punkte erfassen, welche die Parteien nicht erfasst haben wollen. Legt man die fragliche Klausel objektiv aus, kommt man zum Schluss, dass es um die Bereinigung von Spezialproblemen (namentlich die Aktivierung von Lizenzen) und nicht um eine umfassende Bereinigung sämtlicher in der Vergangenheit geleisteten Zahlungen geht. Vor diesem Hintergrund verdient das vorliegende Urteil in diesem Punkt Zustimmung.

## 2. **Geschäftsübertragungsvertrag; absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR); Teilungültigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR analog)**

**Urteil des Bundesgerichts 4A\_62/2017 vom 22. November 2017 (MV/DG)<sup>22</sup>**

[Rz 16] X. (Verkäufer, Beschwerdeführer) verkaufte mit Geschäftsübertragungsvertrag («*contrat de remise de commerce*») vom 30. Oktober 2012 Z. (Käufer, Beschwerdegegner) die Geschäftseinrichtung seines Bäckerei-Konditorei-Tearooms «xxx» für CHF 150'000. Art. 8 des Geschäftsübertragungsvertrags machte die Gültigkeit des Vertrags von der Übertragung des Mietvertrags über den Tearoom auf den Käufer abhängig. Bei Unterzeichnung leistete der Käufer eine Anzahlung von CHF 20'000. Im Zuge der Verhandlungen mit der Hausverwaltung, welche B. (Vermieterin) vertrat, erfuhr der Käufer, dass die Vermieterin einige Monate vor Abschluss des Geschäftsübertragungsvertrags den Mietvertrag über den Tearoom wegen Zahlungsrückstands des Verkäufers gekündigt hatte. Am 23. Januar 2013 schloss der Käufer mit der Vermieterin einen neuen Mietvertrag über den Tearoom mit Wirkung per 1. Februar 2013 ab. Mit Schreiben vom 28. Januar 2013 teilte die Treuhänderin des Käufers dem Verkäufer mit, dass der Geschäftsübertragungsvertrag durch eine absichtliche Täuschung zustande gekommen sei. Die Treuhänderin warf dem Verkäufer u.a. vor, den Käufer nicht über die Kündigung des Mietvertrags informiert zu haben und teilte dem Verkäufer mit, dass die vereinbarte Zahlung nicht zu leisten sei. Der Käufer trug am 29. Januar 2013 sein Einzelunternehmen ins Handelsregister ein, nahm zwei Tage später die Räumlichkeiten des Tearooms in Besitz und betreibt seither den Tearoom. Während die Kammer für vermögensrechtliche Angelegenheiten des Kantons Waadt («*Chambre patrimoniale cantonale*») die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Zahlung des Restkaufpreises guthiess, wies die Rechtsmittelinstanz – die Berufungskammer in Zivilsachen des Waadtländer Kantonsgerichts («*Cour d'appel civile*») – die Klage des Verkäufers hingegen vollständig ab. Die vom Verkäufer erhobene Beschwerde in Zivilsachen hiess das Bundesgericht teilweise gut und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.

[Rz 17] 1. Das Bundesgericht schützte die Rechtsauffassung der Vorinstanz, dass der Verkäufer den Käufer absichtlich getäuscht habe, indem er ihm die Kündigung des Mietverhältnisses verschwiegen habe (E. 2.3). 2. Der Verkäufer beanstandete vor Bundesgericht, dass der Käufer sein Recht, den Geschäftsübertragungsvertrag für ungültig zu erklären, nicht nach den Regeln von Treu und Glauben ausgeübt habe. Denn der Käufer betreibe den Tearoom und profitiere von den Einrichtungen, den Kunden sowie vom guten Ruf, ohne jedoch den Preis hierfür zu bezahlen

---

<sup>22</sup> Vgl. auch DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Verkauf eines Bäckerei-Konditorei-Tearooms, in: dRSK, publiziert am 5. Juli 2018; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff.; BLAISE CARRON, Invalidation du contrat pour cause de dol: notion, principe et exceptions (arrêt 4A\_62/2017), Newsletter Bail.ch janvier 2018, [www.bail.ch/files/analyses/2\\_18\\_janvier\\_Analyse\\_4A\\_62\\_2017.pdf](http://www.bail.ch/files/analyses/2_18_janvier_Analyse_4A_62_2017.pdf) (besucht am 7. September 2018).



(E. 4). 3. Mit diesem Argument drang der Verkäufer vor Bundesgericht durch. Das Bundesgericht führte aus, jede absichtliche Täuschung erlaube dem Getäuschten, den Vertrag auf Grundlage von Art. 28 Abs. 1 OR für ungültig zu erklären. Dieses Prinzip gelte jedoch nicht ausnahmslos. Betreffe die absichtliche Täuschung eine Abrede von gänzlich untergeordneter Bedeutung («*clause très accessoire*»), müsse der Richter prüfen, ob das Opfer der Täuschung den Vertrag nicht trotzdem zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen hätte. Gleiches gelte, wenn der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte, aber mit einem anderen Inhalt (*dolus incidens*), und eine vollständige Ungültigerklärung des Vertrags stossend erscheine («*paraît choquante*»). Diesfalls könne der Richter die Ungültigerklärung verweigern und sich darauf beschränken, die Leistungen des Getäuschten zu reduzieren und zwar so weit, wie diese Partei den Vertrag abgeschlossen hätte, wenn sie nicht irregeführt worden wäre. Die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR komme in solchen Fällen in Betracht. Im Allgemeinen müsse das Recht, den Vertrag für ungültig zu erklären, nach den Regeln von Treu und Glauben (Art. 2 des Zivilgesetzbuchs [ZGB]) ausgeübt werden (E. 4.1). 4. Das Bundesgericht erwog, der Käufer habe den Geschäftsübertragungsvertrag einige Tage vor Inbesitznahme der Räumlichkeiten für ungültig erklärt. Eine vollständige Ungültigerklärung des Geschäftsübertragungsvertrags, die das Recht des Getäuschten beinhalte, die geleistete Anzahlung zurückzufordern und die Zahlung des Restkaufpreises zu verweigern, schein im vorliegenden Fall gegen die Regeln von Treu und Glauben zu verstossen. Zum Zeitpunkt, als der Käufer den Geschäftsübertragungsvertrag für ungültig erklärt habe, habe er gewusst, dass er trotzdem von den zum Tearoom zugehörigen und dem Verkäufer gehörenden Objekten sowie von den immateriellen Vermögenswerten (*Goodwill*), die an den Betrieb gekoppelt sind, profitieren würde. Unter solchen Umständen könne nur eine partielle Ungültigerklärung in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR in Betracht kommen, die darin bestehe, die Leistung des Käufers, d.h. den Kaufpreis, auf den Betrag zu reduzieren, den der Käufer bezahlt hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre.

[Rz 18] **Bemerkung: 1.** Sind eine oder mehrere Vertragsklauseln mangelhaft, so sind nur diese nichtig, sofern anzunehmen ist, dass nach dem – gemäss der h.L.<sup>23</sup> hypothetischen<sup>24</sup> – Parteiwillen der Vertrag auch ohne sie abgeschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Art. 20 Abs. 2 OR verkörpert das Prinzip der Teilnichtigkeit («*utile per inutile non vitiatur*»<sup>25</sup>).

[Rz 19] 2. Zwar hat das Bundesgericht in der Vergangenheit stets betont, dass bei Willensmängeln Art. 20 Abs. 2 OR analog angewendet werden könne. Allerdings wendet das Bundesgericht Art. 20 Abs. 2 OR nur beim Grundlagenirrtum konsequent analog an, d.h. ohne gleichzeitigen Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben.<sup>26</sup> Bei durch absichtliche Täuschung zustande gekommenen Verträgen leitet das Bundesgericht die geltungserhaltende Reduktion hingegen primär aus dem Rechtsmissbrauchsverbot her und stützt sich nur sekundär analog auf Art. 20 Abs. 2 OR.<sup>27</sup> Diese Vorgehensweise des Bundesgerichts ist aus dogmatischer Hinsicht etwas bedauerlich.<sup>28</sup> Art. 2 ZGB stellt eine Generalklausel dar, welche durch Typisierungen und Fallgruppen

---

<sup>23</sup> Zu Recht kritisch zum Begriff «herrschende Lehre» und dessen Verwendung RENATA TRAJKOVA, Vom Monopol der «herrschenden Lehre», in: Jusletter 11. Juni 2018, Rz. 1 ff.

<sup>24</sup> Statt vieler CLAIRE HUGUENIN/BARBARA MEISE, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 63 zu Art. 19/20 OR.

<sup>25</sup> HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1929, N 62 zu Art. 20 OR.

<sup>26</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 226 f.

<sup>27</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 227.

<sup>28</sup> GALLI/VISCHER (Fn. 22), Rz. 18 ff.

erschlossen und somit konkretisiert werden muss.<sup>29</sup> Diese Aufgabe obliegt nicht nur dem Richter, sondern auch dem Gesetzgeber.<sup>30</sup> Eine solche Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB stellt Art. 20 Abs. 2 OR dar. Vor diesem Hintergrund ist die Vorgehensweise des Bundesgerichts, bei Verträgen, die zufolge eines Willensmangels teilweise ungültig sein sollen, auf die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB statt auf die positiv gesetzliche Konkretisierung von Art. 20 Abs. 2 OR zurückzugreifen, etwas unelegant (*«inelegantia iuris»*).<sup>31</sup> Dogmatisch befriedigender wäre es, die Rechtsfolgen einer absichtlichen Täuschung, die bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft, analog aus Art. 20 Abs. 2 OR abzuleiten, da der Gesetzgeber diese Bestimmung eigens für solche Fälle geschaffen hat.<sup>32</sup>

[Rz 20] 3. Nach der h.L. und dem Bundesgericht hat die Untersuchung, ob der Vertrag gemäss Art. 20 Abs. 2 OR auch ohne die mangelhafte Klausel abgeschlossen worden wäre, anhand des *hypothetischen Parteiwillens* – d.h. gestützt auf das Vertrauensprinzip – zu geschehen.<sup>33</sup> Die Ansicht der h.M. ist inkohärent. Nach der h.M. müssen Verträge subjektiv-objektiv<sup>34</sup> gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ausgelegt werden. Folgt man diesbezüglich also der h.M., muss auch die Vertragsauslegung gemäss Art. 20 Abs. 2 OR subjektiv-objektiv erfolgen.<sup>35</sup> Wieso es sich bei der Vertragsauslegung im Rahmen von Art. 20 Abs. 2 OR anders als bei allen anderen Vertragsauslegungen verhalten soll, ist nicht nachvollziehbar. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Konzept der subjektiv-objektiven Auslegung mangels Praktikabilität und aus dogmatischen Gründen jedoch ohnehin zugunsten einer einheitlichen Auslegung gestützt auf das Vertrauensprinzip aufzugeben.<sup>36</sup>

## II. Grundstückkauf

### 1. Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag; Umfang des Formzwangs; Nichteinhaltung der Form; Rechtsmissbrauchsverbot

Urteil des Bundesgerichts 4A\_573/2016 vom 19. September 2017 (MV/DG)<sup>37</sup>

---

<sup>29</sup> HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, N 68 f. zu Art. 2 ZGB; HEINRICH HONSELL, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, N 3 und 37 zu Art. 2 ZGB.

<sup>30</sup> VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, La propriété par étages en droit public, in: Bénédict Foëx (Hrsg.), La propriété par étages aujourd'hui, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 123 ff., S. 144 *in fine*; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 29), N 75 ff. zu Art. 2 ZGB; ARIANE MORIN, La mise en oeuvre des droits dans la perspective du droit des obligations, JdT 2002 III, S. 80 ff., S. 84 *in fine*.

<sup>31</sup> GALLI/VISCHER (Fn. 22), Rz. 20.

<sup>32</sup> GALLI/VISCHER (Fn. 22), Rz. 20 m.w.H.

<sup>33</sup> Z.B. BGE 123 III 292 E. 2d S. 297; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Bern 1991, N 348 ff. zu Art. 19/20 OR; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 24), N 63 f. zu Art. 19/20 OR.

<sup>34</sup> Häufig wird statt von *«objektiver Auslegung»* von *«objektivierter Auslegung»*, vereinzelt von *«objektivierender Auslegung»*, gesprochen. Die Begriffe bedeuten jedoch dasselbe (so bereits VISCHER/GALLI [Fn. 22], S. 227 Anm. 51).

<sup>35</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 227.

<sup>36</sup> GL.M. CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, N 70 ff. zu Art. 18 OR; BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 29), N 13 zu Art. 2 ZGB; HEINRICH HONSELL, Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsel/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 335 ff.; BRUNO SCHMIDLIN, Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR: Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis, ZSR 2015 I, S. 107 ff., S. 110 ff.; BERNHARD STEHLE, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, S. 257 ff.; MARKUS VISCHER, BGer 4A\_451/2017: Die «besondere Vereinbarung» bezüglich Nebenkosten, AJP 2018, S. 765 ff., S. 767; kritisch bereits VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 227.

<sup>37</sup> Vgl. auch STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/OLIVIA FUHRER, Rechtsprechungspanorama Einleitungsartikel und Personenrecht, AJP 2018, S. 634 ff., S. 638 ff.; FRANZ WERRO, Grundstückkauf/Contrat de vente immobilière, BR 2018,

[Rz 21] Am 28. Oktober 2005 schlossen X. (Verkäuferin, Beschwerdeführerin) und Z. (Käufer, Beschwerdegegner) einen öffentlich beurkundeten Vorvertrag («*promesse de vente*») über den Kauf einer Fläche von 28'182 m<sup>2</sup> der im Eigentum der Verkäuferin stehenden Parzelle 2 zu einem Preis von CHF 76'091.40 ab. Der Vorvertrag verpflichtete die Parteien zum Abschluss eines definitiven Kaufvertrags, sobald ihnen die erforderlichen Bewilligungen gemäss dem Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB) erteilt wurden. Der Vorvertrag sah eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 76'091.40 für den Fall vor, dass eine Partei den Abschluss des definitiven Kaufvertrags verhindern sollte. In der Folge wirkte die Verkäuferin zweimal freiwillig bei der Bestimmung der massgebenden Fläche auf der Parzelle 2 durch den Geometer mit, da deren Umfang sowie deren Form und Lage unklar waren. Mit Verfügung vom 1. Juni 2012 teilte der Regierungsrat des Kantons Bern den Parteien mit, dass für den Verkauf des Vertragsgegenstands keine Bewilligung notwendig sei und der Käufer das Grundstück erwerben könne. Am 24. August 2012 informierte die Verkäuferin den Käufer, dass sie den Vorvertrag nicht mehr erfüllen und die ganze Parzelle 2 für sich behalten wolle. Daraufhin erhob der Käufer Klage gegen die Verkäuferin vor dem Regionalgericht Berner Jura–Seeland (Aussenstelle Berner Jura). Mit Urteil vom 9. Dezember 2015 ordnete das Regionalgericht die Übertragung des Eigentums der streitigen Parzelle an den Käufer gegen Bezahlung des Kaufpreises von CHF 76'091.40 an. Gleichzeitig verurteilte es die Verkäuferin zur Bezahlung einer reduzierten Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 20'000. Dagegen legte die Verkäuferin Berufung beim Obergericht des Kantons Bern ein. Die 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern wies mit Urteil vom 1. September 2016 die Berufung ab. Hiergegen erhob die Verkäuferin eine Beschwerde in Zivilsachen und beantragte u.a., es sei festzustellen, dass der Vorvertrag nichtig sei.

[Rz 22] 1. Das Bundesgericht führte aus, der Vorvertrag über einen Grundstückkauf bedürfe – wie der Grundstückkauf selber (Art. 216 Abs. 1 OR) – der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Die öffentliche Beurkundung müsse alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte umfassen. Sie müsse sich zudem auf die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte erstrecken, aber nur so weit, als diese ihrer Natur nach ein Element des Kaufvertrags bildeten. Dies sei der Fall bei Vertragselementen, welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berührten. Diese Elemente seien in der öffentlichen Urkunde mit genügender Präzision zu beschreiben. Die Angabe einer Fläche genüge nicht, vielmehr müsse bestimmt (oder bestimmbar) sein, wo auf dem Grundstück sich die Fläche befinde. Zudem müssten in der öffentlichen Urkunde alle Gegenleistungen für das Grundstück und der Kaufpreis, welcher mit dem effektiv vereinbarten Kaufpreis übereinstimme, festgehalten sein. Andernfalls sei die Urkunde nichtig (Art. 11 Abs. 2 OR). Die Nichtigkeit des formungültigen Vorvertrags über einen Grundstückkauf sei zwingend und von Amtes wegen festzuhalten (E. 4.2.2/4.2.3). 2. Das Bundesgericht urteilte, dass im vorliegenden Fall zwar die Fläche des Grundstücks in der öffentlichen Urkunde bestimmt, der Urkunde aber kein Plan betreffend Form und Lage des Kaufgegenstands beigefügt worden sei. Es fehle damit an der notwendigen öffentlichen Beurkundung aller wesentlichen Vertragselemente, weshalb der Vorvertrag nichtig sei (E. 4.3). 3. Weiter prüfte das Bundesgericht, ob die Berufung der Verkäuferin auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB war. Bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs bei nichtigen Grundstückkäufen sei, so das Bundesgericht, ein grosses Gewicht auf die freiwillige

---

Nr. 286 S. 180; CARMEN SPICHIGER/MARKUS VISCHER, Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formungültigkeit eines Vorvertrages, in: dRSK, publiziert am 8. Februar 2018; STEPHANIE STOHWASSER, Ungültiges Verkaufsversprechen, ius.focus 2017, Nr. 275.

und gegenseitige Erfüllung des nichtigen Vertrages zu legen (E. 5.2.1). Das Bundesgericht wende aber keine strikten Regeln an, weshalb unter besonderen Umständen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten angenommen und gegebenenfalls die Erfüllung der Leistungen angeordnet werden könne, selbst wenn noch gar keine Erfüllung des formungültigen Grundstückkaufvertrags stattgefunden habe (E. 5.2.3). 4. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Verkäuferin freiwillig bei der Bestimmung der betroffenen Fläche auf der Parzelle 2 mitgewirkt und sich dabei zu keiner Zeit auf die Nichtigkeit des Vorvertrages berufen habe. Entsprechend habe sie sich zweckwidrig auf die Formungültigkeit berufen. Es liege deshalb ein Rechtsmissbrauch seitens der Verkäuferin vor. Für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs spreche auch, dass die Verkäuferin die durch ihr Verhalten bei der Feststellung der betroffenen Fläche auf der Parzelle 2 erweckte berechnigte Erwartung des Käufers durch andere Massnahmen – wie die Vereinbarung einer Konventionalstrafe und den Abschluss eines Pachtvertrages – zusätzlich verstärkt habe (E. 5.4.1/5.4.2).

[Rz 23] **Bemerkung:** 1. Das Bundesgericht bestätigte im besprochenen Urteil seine konstante Rechtsprechung zum Umfang des Formzwangs bei Grundstückkaufverträgen und -vorverträgen (siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_530/2016 vom 20. Januar 2017, unten Rz. 42 ff.).<sup>38</sup> Es führte aus, dass die objektiv wesentlichen Punkte zu beurkunden seien, worunter das Bundesgericht die typenwesentlichen Punkte, also Kaufgegenstand und Kaufpreis, versteht.<sup>39</sup> Die subjektiv wesentlichen Punkte sind laut Bundesgericht nur insoweit zu beurkunden, als sie «ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen».<sup>40</sup> Damit folgt das Bundesgericht in Bezug auf den Umfang des Formzwangs beim Grundstückkaufvertrag der sogenannten *ingeschränkten subjektiven Theorie*.<sup>41</sup> Diese Theorie ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen. Sie vermischt Formumfang und Konsensumfang und verkennt, dass der Formumfang betreffend Nebenabreden lediglich objektiv, d.h. abstrakt, und keinesfalls individuell-konkret anhand der konkreten Willenserklärungen der Parteien bestimmt werden darf, zumal die Urkundsperson bei der Beurkundung weder den wirklichen noch den hypothetischen Willen der Parteien wirklich feststellen kann.<sup>42</sup> Es sollte deshalb der *gemässigten objektiven Theorie* gefolgt werden, wonach die typenwesentlichen Punkte und die Nebenabreden so weit zu beurkunden sind, als Letztere den unentbehrlichen Geschäftskern des Vertrages beschlagen, d.h., mit den typenwesentlichen Vertragspunkten untrennbar verbunden sind.<sup>43</sup>

[Rz 24] Sowohl nach der gemässigten objektiven Theorie als auch nach der vom Bundesgericht vertretenen eingeschränkten subjektiven Theorie muss der Kaufgegenstand bestimmt oder bestimmbar sein.<sup>44</sup> Entsprechend hat das Bundesgericht zu Recht festgehalten, dass der Vorvertrag nichtig sei, weil das Grundstück mangels eines Plans betreffend Form und Lage nicht bestimmt/bestimmbar gewesen sei.

---

<sup>38</sup> Zum Umfang der Nichtigkeitsfolgen bei Nichteinhaltung der Form bei Vorverträgen (Art. 22 Abs. 2 OR) siehe z.B. EUGEN BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Eugen Bucher/Peter Saladin (Hrsg.), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, S. 169 ff., S. 174.

<sup>39</sup> ALFRED KOLLER, Der Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 107 ff., S. 111.

<sup>40</sup> BGE 113 II 402 E. 2a S. 404.

<sup>41</sup> MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff., S. 477.

<sup>42</sup> Zum Ganzen VISCHER/GALLI (Fn. 41), S. 478 ff.

<sup>43</sup> Einlässlich VISCHER/GALLI (Fn. 41), S. 476 und 480 ff.

<sup>44</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 41), S. 476 f.

[Rz 25] 2. Das Bundesgericht verhalf – wie schon so oft in der Vergangenheit – trotz Nichtigkeit des Grundstückkaufvorvertrags der Klage unter Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zum Durchbruch. Das Verdienst des besprochenen Urteils ist, dass das Bundesgericht – soweit ersichtlich – erstmals ausdrücklich festgehalten hat, dass unter besonderen Umständen («*circonstances particulières*»), selbst wenn noch gar keine Erfüllung des formungültigen Grundstückkaufvertrags stattgefunden hat, ein rechtsmissbräuchliches Verhalten angenommen und gegebenenfalls die Erfüllung der Leistungen angeordnet werden kann (vgl. E. 5.2.3).<sup>45</sup> Das Bundesgericht hat mit anderen Worten ausdrücklich eine dritte Kategorie von Rechtsmissbrauch bei Geltendmachung der Ungültigkeit eines Vertrags wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften – neben teilweiser Erfüllung bzw. Erfüllung zur Hauptsache und vollständiger Erfüllung – anerkannt.<sup>46</sup> In dem vom Bundesgericht diesbezüglich zitierten Urteil 5A\_739/2012<sup>47</sup> hat es zwar erstmals angetönt, es sei bei besonderen Umständen nicht ausgeschlossen, dass ein Rechtsmissbrauch angenommen werden könne, wenn der Vertrag noch nicht oder nicht in der Hauptsache erfüllt worden sei. Im ebenfalls zitierten BGE 112 II 107<sup>48</sup> hat das Bundesgericht einzig bestätigt, dass die Missbrauchseinrede wegen Nichterfüllung der Form auch bei nur annähernd oder zur Hauptsache erfüllten Verträgen – entgegen früheren Urteilen – erhoben werden könne.<sup>49</sup> Das referierte Urteil ist somit wirklich ein Novum, zumal das Bundesgericht – soweit ersichtlich – erstmals ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor Erfüllung angenommen und die Erfüllung der Leistungen angeordnet hat.<sup>50</sup>

[Rz 26] 3. Die Ausführungen des Bundesgerichts verdienen in theoretischer Hinsicht Zustimmung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Urteil auch im Ergebnis richtig. Die Verkäuferin hat diverse Vorbereitungshandlungen getroffen. Zum einen hat sie zweimal bei der Bestimmung der Fläche und Form der streitgegenständlichen Parzelle 2 durch den Geometer mitgewirkt und zum anderen mit dem Käufer das Gesuch betreffend BGGB beim Regierungstatthalteramt eingereicht sowie einen Pachtvertrag – obwohl dieser Vertragsschluss u.E. eigentlich keinen Sinn ergibt – abgeschlossen. Die Verkäuferin verhält sich also tatsächlich widersprüchlich, wenn sie im Nachhinein den Formmangel geltend macht. Hingegen ist das Argument des Bundesgerichts, wonach auch die Vereinbarung der Konventionalstrafe widersprüchlich sei, nicht stichhaltig, zumal doch nach der eigenen Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Konventionalstrafe bei Formungültigkeit in der Regel – BGE 140 III 200<sup>51</sup> vorbehalten – nichtig ist. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht diese dritte und neu anerkannte Kategorie der Rechtsmissbräuchlichkeit noch genauer erläutern muss. Insbesondere besteht u.E. diesbezüglich, jedoch auch ganz generell, Erklärungsbedarf hinsichtlich der Frage, inwiefern das Wissen der sich auf

---

<sup>45</sup> Siehe aber WERRO (Fn. 37), der festhält: «Le présent arrêt est dans la ligne de sa jurisprudence classique [...]».

<sup>46</sup> Siehe zur Geltendmachung der Formungültigkeit vor der Erfüllung z.B. MAX BAUMANN, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1998, N 272 und 276 ff. m.w.H. zu Art. 2 ZGB.

<sup>47</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_739/2012 vom 17. Mai 2013 E. 5.3.1 *in fine*.

<sup>48</sup> BGE 112 II 107 E. 3b *in fine* S. 112.

<sup>49</sup> BGE 112 II 107 E. 3b und 3c S. 111 f. unter Berufung auf BGE 104 II 99 E. 3d S. 104.

<sup>50</sup> Vgl. auch URS FASEL, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 20 zu Art. 216 OR m.w.H.; EUGEN BUCHER, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, ZBGR 1975, S. 65 ff., S. 69.

<sup>51</sup> Dazu z.B. MARC WOLFER, (2) Formmangel eines Vorvertrags zu einem Grundstückkaufvertrag. Gültigkeit einer schriftlich vereinbarten Konventionalstrafe, welche das durch eine culpa in contrahendo entstehende negative Vertragsinteresse entschädigen soll., AJP 2015, S. 962 ff.; DAVIDE GIAMPAOLO/MARKUS VISCHER, Gültigkeit von Konventionalstrafen in formmangelbehafteten Vorverträgen zu Grundstückskäufen (Art. 216 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 OR)?; in: dRSK, publiziert am 27. Februar 2015; JÖRG SCHMID, Reservationsvereinbarung beim Grundstückkauf, Formmangel und Konventionalstrafe, BR 2014, S. 278 ff.

den Formmangel berufenden Partei betreffend Kenntnis des Formmangels bei der Beurteilung des Rechtsmissbrauchs eine Rolle spielt.

## 2. «Lex Koller»: Erwerb einer Ferienwohnung durch eine Person im Ausland; kantonaler Bewilligungsgrund der Förderung des Fremdenverkehrs (Art. 9 Abs. 2 und 3 BewG); kontingentsfreie Eigentumsübertragung (Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG)

Urteil des Bundesgerichts 2C\_1082/2016 vom 2. Juni 2017 (MV/DG)<sup>52</sup>

[Rz 27] Die in Italien wohnhafte italienische Staatsbürgerin B. (Verkäuferin) erwarb im Jahr 2008 durch Erbgang bzw. Erbteilung bewilligungsfrei in Zermatt eine Ferienwohnung, welche ihre Rechtsvorgängerin mit Bewilligung erworben hatte. Am 23. Februar 2016 schloss die Verkäuferin mit dem in den Niederlanden wohnhaften niederländischen Staatsangehörigen A. (Käufer, Beschwerdegegner) einen Kaufvertrag über dieselbe Ferienwohnung ab. Der Käufer beabsichtigte, die Wohnung als Ferienwohnung zu benutzen. In der Folge erteilte die Dienststelle der Grundbuchämter und der Geomatik des Kantons Wallis (Bewilligungsbehörde) dem Käufer die Bewilligung für den Erwerb des Grundstücks. Das Bundesamt für Justiz BJ (Beschwerdeführer) erhob hiergegen Beschwerde an das Kantonsgericht Wallis. Mit Urteil vom 20. Oktober 2016 wies dieses die Beschwerde ab. Die vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht gut und verweigerte dem Käufer die Bewilligung zum Erwerb der Ferienwohnung.

[Rz 28] 1. Das Bundesgericht führte aus, dass Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken eine Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde benötigten (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland [BewG]). Die allgemeinen Bewilligungsgründe seien in Art. 8 BewG festgehalten. Vorliegend würden keine solchen geltend gemacht (E. 2/4.2). 2. Die Kantone, so das Bundesgericht, könnten durch Gesetz weitere Bewilligungsgründe gemäss Art. 9 BewG vorsehen. Die Kantone könnten z.B. bestimmen, dass einer natürlichen Person der Erwerb als Ferienwohnung oder als Wohneinheit in einem Aparthotel im Rahmen des kantonalen Kontingents bewilligt werden könne (Art. 9 Abs. 2 BewG). Dabei bestimme Art. 9 Abs. 3 BewG, dass durch die Kantone hierzu Orte zu bezeichnen seien, welche des Grundstückerwerbs durch Personen im Ausland bedürften, um den Fremdenverkehr zu fördern. Gemäss Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG wird eine Bewilligung nicht an das Kontingent angerechnet, wenn bereits dem Veräusserer der Erwerb der Ferienwohnung oder Wohneinheit in einem Aparthotel bewilligt worden ist (E. 2/4.2). 3. Das Bundesgericht hielt fest, vorliegend sei unbestritten, dass Zermatt gemäss der kantonalen Gesetzgebung kein Fremdenverkehrsort ist. Unstrittig sei auch, dass es sich bei der Verkäuferin und dem Käufer gleichermaßen um Personen im Ausland handle, sodass Letzterer für den Grundstückerwerb einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde bedürfe, welche gemäss Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG nicht an das Kontingent anzurechnen sei (E. 2/5). 4. Strittig sei hingegen, ob Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG dahingehend verstanden werden dürfe, dass Grundstückübertragungen unter Personen im Ausland auch ausserhalb

---

<sup>52</sup> Vgl. auch JANICK HÜPPI/NICOLE TSCHIRKY, Walliser Praxis zu Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG unzulässig, in: dRSK, publiziert am 8. Februar 2018. Für einen weiteren aktuellen Fall betreffend den Erwerb von Ferienwohnungen durch Personen im Ausland siehe Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2016.338 vom 12. Juni 2017, in: BVR 2017, S. 399 ff.

der bezeichneten touristischen Orte bewilligt werden können, sofern dem Veräusserer seinerzeit eine Bewilligung erteilt wurde. Der Beschwerdeführer mache diesbezüglich geltend, die Qualifikation des Orts der gelegenen Sache als Fremdenverkehrsort sei eine notwendige Voraussetzung für die Bewilligung des Grundstückkaufs. Indem die Vorinstanz das mengenmässige (= Kontingentierung) vom geografischen (= Fremdenverkehrsort) Bewilligungskriterium entkoppelt habe, habe sie Art. 9 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 2 und Art. 3 BewG verletzt. Die Vorinstanz gehe hingegen davon aus, dass das Kriterium des Fremdenverkehrsorts nur für Bewilligungen im Rahmen des kantonalen Kontingents gelte, nicht jedoch für solche, welche gemäss Art. 9 Abs. 4 BewG nicht an das Kontingent anzurechnen sind (E. 3/5).<sup>5</sup> Das Bundesgericht nahm eine Auslegung von Art. 9 Abs. 4 BewG vor. Aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG ergebe sich mithin nicht, dass eine Bewilligung auch ausserhalb solcher Orte erteilt werden könne. Wenngleich Art. 9 BewG den Titel «Kantonale Bewilligungsgründe» trage, liessen Wortlaut und Aufbau der Bestimmung nicht darauf schliessen, Abs. 4 schaffe neue, eigenständige Bewilligungsgründe. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 4 BewG ergäben sich sodann keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Grundlage für die Bewilligungserteilung ausserhalb von Fremdenverkehrsorten im Sinne von Art. 9 Abs. 3 BewG hätte geschaffen werden sollen (E. 5.1/5.2).<sup>6</sup> Im Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG bilde keine gesetzliche Grundlage für die Bewilligung der (kontingentsfreien) Eigentumsübertragung zwischen Personen im Ausland ausserhalb von Fremdenverkehrsorten, sondern setze einen anderen Bewilligungsgrund voraus. Im vorliegenden Fall käme nur eine Bewilligung nach Art. 9 Abs. 2 und 3 BewG in Frage. Zermatt, so das Bundesgericht, sei im kantonalen Reglement über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland nicht aufgelistet. Damit fehle eine Voraussetzung für den Erwerb des Grundstücks durch eine Person im Ausland. Es könne keine Bewilligung erteilt werden. Die Praxis des Kantons Wallis, Grundstückübertragungen zwischen Personen im Ausland auch ausserhalb von Fremdenverkehrsorten zu bewilligen, sei folglich rechtswidrig (E. 5.4/6/7).

[Rz 29] **Bemerkung: 1.** Die jährliche gesamtschweizerische Höchstzahl an Bewilligungen für Ferienwohnungen und Wohneinheiten in Apparthotels wurde durch den Bundesrat gestützt auf Art. 11 Abs. 1 und 2 BewG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV) in Abs. 1 von Anhang 1 auf 1'500 festgesetzt.<sup>53</sup> Dieses gesamtschweizerische Kontingent wird mittels eines Verteilschlüssels (vgl. Art. 11 Abs. 3 BewG) auf jene Kantone verteilt, welche legiferiert haben und den Bewilligungsgrund für den Erwerb von Ferienwohnungen oder Wohneinheiten in Apparthotels kennen.<sup>54</sup> Zurzeit sehen 17 Kantone diesen Bewilligungsgrund vor (vgl. Abs. 2 von Anhang 1 BewV).

[Rz 30] Dieser seit Inkrafttreten des BewG bestehende kantonale Bewilligungsgrund hat in den letzten Jahren an Bedeutung verloren.<sup>55</sup> Wurde das Kontingent zwischen 2005 und 2009 in der Regel noch zu 100% ausgeschöpft (der langjährige Durchschnittswert beträgt 76%), sank dieser Prozentsatz seit 2010 kontinuierlich auf 33% im Jahre 2015. Dabei machte die Handänderung

---

<sup>53</sup> Zur Geschichte des BewG z.B. GIORGIO DE BIASIO/SIMONE ALBISETTI, LAFE, Lugano-Pregassona 2017, S. 43 ff.

<sup>54</sup> URS MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Lex F. Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, N 2 und 36 zu Art. 9 BewG.

<sup>55</sup> Vgl. AS 1984 1148, 1151 f. und Botschaft vom 16. September 1981 zu einem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland und zur Volksinitiative «gegen den Ausverkauf der Heimat», BBl 1981 III 585; vgl. auch die Ausführungen in der Botschaft zur Revision von Art. 9 Abs. 3 BewG: Botschaft vom 28. Mai 2003 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BBl 2003 4357, 4367.

zwischen Personen im Ausland betreffend Ferienwohnungen seit 2005 durchschnittlich 25% aus, womit der hier interessierende Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG durchaus praxisrelevant ist.<sup>56</sup>

[Rz 31] 2. Das referierte Urteil überzeugt.<sup>57</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen das sprachliche, systematische und historische Auslegungselement gegen die Ansicht der Vorinstanz und der Bewilligungsbehörde, dass das geografische Kriterium (Art. 9 Abs. 3 BewG) nur bezüglich Ferienwohnungen innerhalb des Kontingents gelte.<sup>58</sup> Art. 9 Abs. 3 BewG wurde im Rahmen einer Teilrevision des BewG beschlossen und per 1. April 2005 in Kraft gesetzt.<sup>59</sup> Nach altem Recht konnten zwar die Kantone wie heute (Art. 9 Abs. 2 BewG) die «Fremdenverkehrsorte» bestimmen, mussten aber gewisse bundesrechtliche Vorgaben erfüllen.<sup>60</sup> Der hier interessierende Art. 9 Abs. 4 lit. a BewG wurde im Zuge der Teilrevision des BewG per 1. September 2002 in Kraft gesetzt.<sup>61</sup> Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist, dass bei Handänderungen unter Personen im Ausland keine Anrechnung ans Kontingent erfolgt, wodurch die Kantone diesbezüglich bessergestellt werden, weil sie mehr Bewilligungen erteilen können. Dies im Gegensatz zur alten Rechtslage, die das Kontingent an die Person und nicht an das zu übertragende Objekt knüpfte.<sup>62</sup> Der Ansicht der Bewilligungsbehörde und der Vorinstanz kann auch unter dem Gesichtswinkel der *ratio legis* des BewG nicht gefolgt werden. Durch das BewG soll die Überfremdung des einheimischen Bodens verhindert werden (vgl. Art. 1 BewG). Durch ihre Gesetzesinterpretation bewirkten die Vorinstanzen genau das Gegenteil: Sie schufen einen neuen, gesetzlich nicht vorgesehenen Bewilligungsgrund und liessen zusätzliche Eigentumsübertragungen zu, welche das BewG zu verhindern versucht.

### **3. Irrtum hinsichtlich der Überbaubarkeit eines Grundstücks; Abgrenzung der unbewussten Nichtkenntnis vom bewussten Nichtwissen; Rechtsirrtum; Geltendmachung eines Irrtums gegen Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR)**

Urteil des Bundesgerichts **4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 (MV/DG)**<sup>63</sup>

[Rz 32] Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 19. August 2013 erwarb die A. AG (Käuferin, Beschwerdeführerin) von der B. GmbH (Verkäuferin, Beschwerdegegnerin) das Grundstück

---

<sup>56</sup> Statistik zum BewG seit 2006, abrufbar unter: [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/grundstueckerwerb/statistik-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/grundstueckerwerb/statistik-d.pdf) (besucht am 7. September 2018).

<sup>57</sup> Kritischer HÜPPI/TSCHIRKY (Fn. 52), Rz. 7 ff.

<sup>58</sup> Gl.M. betreffend das geografische Bewilligungskriterium FABIAN MÖSCHING, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014 = ASR Heft 803, Bern 2014, S. 161; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Merkblatt vom 1. Juli 2009 (Stand 28. März 2017), S. 10.

<sup>59</sup> AS 2005 1337.

<sup>60</sup> Wortlaut von Art. 9 Abs. 3a BewG: «Die Kantone bestimmen periodisch die Orte, die nach einem genehmigten Entwicklungskonzept im Sinne des Bundesrechts über die Investitionshilfe in Berggebieten oder nach einer gleichwertigen amtlichen Planung des Erwerbs von Ferienwohnungen oder von Wohneinheiten in Aparthotels durch Personen im Ausland bedürfen, um den Fremdenverkehr zu fördern.»; siehe dazu auch MÜHLEBACH/GEISSMANN (Fn. 54), N 44 zu Art. 9 BewG.

<sup>61</sup> AS 2002 2467.

<sup>62</sup> Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 15. Oktober 2001 betreffend Parlamentarische Initiative Wiederverkauf von Immobilien zwischen Personen im Ausland, BBl 2002 1052, 1060.

<sup>63</sup> Vgl. auch HUBERT STÖCKLI, Irrige Vorstellung über die Überbaubarkeit eines Grundstücks: Grundlagenirrtum?, BR 2017, S. 354 ff.; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Irrtum hinsichtlich der Überbaubarkeit eines Grundstücks, in: dRSK, publiziert am 31. März 2017; ANDREAS SCHNEUWLY, Irrtum beim Grundstückkaufvertrag, ius.focus 2017, Nr. 85.



Kat.-Nr. xxx in U. für CHF 675'000. Das Grundstück war mit einem «Pflanz- und Benützungsrecht» dinglich belastet, was im Kaufvertrag unter dem Titel «Dienstbarkeiten» entsprechend vermerkt war. Das «Pflanz- und Benützungsrecht» räumte dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks das Recht ein, die Erdoberfläche des belasteten Grundstücks alleine als Gartenfläche zu benutzen und zu bepflanzen. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens realisierte die Käuferin, dass sie das Grundstück wegen der Dienstbarkeit nicht überbauen kann. Im Juli 2014 verlangte sie unter Berufung auf Grundlagenirrtum die Rückabwicklung des Kaufvertrags, was die Verkäuferin ablehnte. Die Käuferin stellte sich auf den Standpunkt, die Überbaubarkeit des Grundstücks sei für sie eine *conditio sine qua non* für den Erwerb gewesen, zumal sie auch einen Baulandpreis bezahlt habe. Mit Klage vom 13. Januar 2015 beehrte die Käuferin beim Handelsgericht des Kantons Zürich, die Verkäuferin habe ihr CHF 675'000 nebst Zins zu bezahlen, Zug um Zug gegen Rückübergang des Grundstücks. Mit Urteil vom 16. Juni 2016 im Verfahren HG150007 wies das Handelsgericht die Klage ab. Hiergegen gelangte die Käuferin mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte u.a., es sei das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben und die Verkäuferin zu verpflichten, ihr CHF 675'000 nebst Zins zu bezahlen, Zug um Zug gegen Rückübertragung des Grundstücks. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[Rz 33] 1. Das Bundesgericht stellte fest, die Vorinstanz habe erwogen, ein Grundlagenirrtum sei eine «nicht bewusste mangelhafte Vorstellung», worunter die «bewusst gewollte Unkenntnis» nicht falle. Die Vorinstanz habe weiter ausgeführt, die Käuferin habe sich für die hinsichtlich der Überbaubarkeit problematische Rechtsfrage nicht interessiert und sie habe den diesbezüglichen Sachverhalt nicht abgeklärt. Dieses «bewusste Nichtwissen» schliesse einen Irrtum aus (E. 3.3/4.3). 2. Das Bundesgericht erwog, die Berufung auf Grundlagenirrtum sei ausgeschlossen, wenn sich die auf den Irrtum berufende Person beim Vertragsschluss ihrer Ungewissheit bezüglich einer bestimmten Tatsache sowie deren Relevanz hinsichtlich der notwendigen Vertragsgrundlage bewusst gewesen sei. Der Umstand, dass die Käuferin zwar um die Existenz der Dienstbarkeit hätte wissen müssen, deren Inhalt aber nicht gekannt habe, genüge dafür noch nicht. Feststellungen zum Wissen und Wollen der Käuferin bei Vertragsschluss habe die Vorinstanz keine getroffen. Infolgedessen könne nicht beurteilt werden, ob sich die Käuferin geirrt oder ob sie sich in einem Zustand der bewusst gewollten Unkenntnis befunden habe, der einen Irrtum gerade ausschliesse (E. 4.1/4.3.1). 3. Das Bundesgericht führte weiter aus, zur subjektiven und objektiven Wesentlichkeit habe sich die Vorinstanz bloss am Rande geäußert. Sie habe ausgeführt, ein Irrtum über die Rechtsfolgen einer Vertragsklausel und damit auch über die Rechtsfolgen der Dienstbarkeit sei ohnehin nicht wesentlich. Der Irrtum, so das Bundesgericht, beziehe sich vorliegend – entgegen der Vorinstanz – nicht auf die rechtlichen Nebenfolgen des geschlossenen Vertrags, was als unwesentlicher Motivirrtum gelten würde. Vielmehr beziehe er sich auf das tatsächliche Bestehen eines rechtlichen Zustands, namentlich auf die Überbaubarkeit des Grundstücks. Ein solcher Rechtslageirrtum unterstehe den gewöhnlichen Voraussetzungen und die Wesentlichkeit sei nicht von vornherein ausgeschlossen. Da die Vorinstanz keine Feststellungen dazu getroffen habe, könne das Bundesgericht keine abschliessende Beurteilung vornehmen (E. 4.3.2). 4. Im Ergebnis bestätigte das Bundesgericht trotzdem das vorinstanzliche Urteil. Der Kaufvertrag führe das «Pflanz- und Benützungsrecht» – ohne den genauen Wortlaut wiederzugeben – als eine auf dem erworbenen Grundstück liegende «Last» auf. Die Käuferin habe zudem im Rahmen der öffentlichen Beurkundung bestätigt, dass ihr der Wortlaut der Dienstbarkeiten bekannt sei, obwohl dies gar nicht zugetroffen habe, wie sie selbst zugestehe. Hätte sie als Käufe-

rin nicht ihre Kenntnis des Dienstbarkeitswortlauts versichert, wäre die Urkundsperson gemäss § 154 Abs. 1 und 2 der Notariatsverordnung des Kantons Zürich (Notariatsverordnung; LS 242.2) verpflichtet gewesen, die Dienstbarkeit in ihrem vollen Wortlaut vorzulesen. Die Kenntnis des Wortlauts der Dienstbarkeit hätte aber bereits genügt, um deren Umfang und Tragweite zu offenbaren. Die von der Käuferin im Rahmen der öffentlichen Beurkundung abgegebene Erklärung stehe damit in einem unauflösbaren Widerspruch zu ihrer späteren Berufung auf Grundlagenirrtum. Ein derart in sich widersprüchliches Verhalten lasse sich nicht mit Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR) vereinbaren und verdiene keinen Rechtsschutz (E. 4.4).

[Rz 34] **Bemerkung: 1.** Die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Falls gestaltete sich für das Bundesgericht schwierig. Die Vorinstanz hatte den Sachverhalt in Bezug auf das Wissen der Käuferin bei Vertragsschluss nicht hinreichend abgeklärt. Insbesondere blieb vor Bundesgericht unklar, ob die Käuferin ein «bewusstes Nichtwissen» oder doch nur eine «unbewusste mangelhafte Vorstellung des Sachverhalts» betreffend die fehlende Überbaubarkeit des Grundstücks besass. Die Unterscheidung ist insofern relevant, als nur in letzterem Fall eine Irrtumsanfechtung gemäss Art. 23 ff. OR möglich ist. Trotz mangelnder Sachverhaltsfeststellungen durch die Vorinstanz versagte das Bundesgericht im Ergebnis der Käuferin durch einen Kunstgriff die Berufung auf Grundlagenirrtum. Dies erfolgte u.E. zu Recht.<sup>64</sup> Die Käuferin hatte während der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrags bestätigt, den Wortlaut des Servitutenprotokolls zu kennen, obwohl dies gar nicht zutraf. Ein Irrtum hinsichtlich der Überbaubarkeit des streitgegenständlichen Grundstücks wäre allerdings bei Kenntnis des Wortlauts *a priori* ausgeschlossen gewesen. Hätte die Käuferin der Urkundsperson nicht (fälschlicherweise) angegeben, dass sie den Wortlaut kenne, wäre diese verpflichtet gewesen, den Wortlaut vorzulesen. Die Käuferin beruft sich mit anderen Worten im Nachhinein auf einen Irrtum, dessen Ursache sie durch ihre unzutreffende Aussage selbst gesetzt hat. Sie macht in Bezug auf ihren damaligen Kenntnisstand bei Vertragsschluss eine 180-Grad-Kehrtwende, was das Bundesgericht korrekterweise als widersprüchlich und somit rechtsmissbräuchlich gemäss Art. 25 Abs. 1 OR qualifiziert hat.

[Rz 35] 2. Obwohl der Sachverhalt nicht hinreichend erstellt war, bietet dieses Urteil gleichwohl Anlass, um auf zwei Themen näher einzugehen: die Abgrenzung des bewussten Nichtwissens von der unbewussten Unkenntnis (unten Rz. 36 f.) sowie den Rechtsirrtum (unten Rz. 38 ff.).

[Rz 36] a. Die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums ist nur zulässig, wenn der Irrtum auf eine unbewusste Nichtkenntnis eines Sachverhalts zurückzuführen ist.<sup>65</sup> Demgegenüber ist die Irrtumsanfechtung demjenigen versagt, der weiss, dass er etwas nicht weiss (sog. *bewusstes Nichtwissen*), oder der an der Richtigkeit seiner Vorstellung zweifelt und den Sachverhalt bewusst in der Schwebe lässt.<sup>66</sup> Es ist also für ein Gericht unerlässlich, entsprechende Sachverhaltsfeststellungen zu treffen. Andernfalls kann nicht beurteilt werden, ob die sich auf den Irrtum berufende Person einem Irrtum erlegen ist.<sup>67</sup>

[Rz 37] b. Die Tatsache, dass die Käuferin von der Dienstbarkeit hätte wissen müssen, deren Inhalt aber nicht kannte, ermöglicht nicht, zu beurteilen, ob sie sich auch der Relevanz der feh-

---

<sup>64</sup> GALLI/VISCHER (Fn. 63), Rz. 23.

<sup>65</sup> Statt vieler BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2013, N 14 zu Art. 23/24 OR; siehe auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150007 vom 16. Juni 2016 E. 3.1.2.

<sup>66</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 763; BK-SCHMIDLIN (Fn. 65), N 15 zu Art. 23/24 OR.

<sup>67</sup> GALLI/VISCHER (Fn. 63), Rz. 18.

lenden Überbaubarkeit bewusst gewesen ist, wie das Bundesgericht zu Recht festgehalten hat.<sup>68</sup> Die Vorinstanz ging somit bei der Beurteilung des Sachverhalts von einer falschen Prämisse aus. Sie schloss aus den unterlassenen Aufklärungen der Käuferin betreffend die Überbaubarkeit des Grundstücks darauf, dass ein bewusstes Nichtwissen in Bezug auf die Überbaubarkeit vorliegen müsse.<sup>69</sup> Mit dem Bundesgericht ist jedoch festzuhalten, dass aus dem Umstand, wonach die Käuferin Kenntnis der Dienstbarkeit gehabt und nicht abgeklärt hat, welche Konsequenzen die auf dem Grundstück liegende Dienstbarkeit nach sich zieht, nicht *a priori* abgeleitet werden kann, es liege kein Irrtum vor. Vielmehr hätte mittels eines Beweisverfahrens geklärt werden müssen, ob sich die Käuferin der Relevanz der Dienstbarkeit bewusst gewesen ist.<sup>70</sup>

[Rz 38] 3. Die Vorinstanz hatte sich ferner auf den Standpunkt gestellt, ein Irrtum über die Rechtsfolgen einer Vertragsklausel sei nicht wesentlich im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.<sup>71</sup> Diese Aussage verdient grundsätzlich Zustimmung, ist aber *in casu* mit Bezug auf die streitgegenständliche Dienstbarkeit falsch.

[Rz 39] a. Steht ein Irrtum über den Beweggrund zum Vertragsschluss zur Diskussion, muss immer geprüft werden, ob es sich um einen qualifizierten Motivirrtum, d.h. um einen Grundlegensirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, oder um einen einfachen Motivirrtum gemäss Art. 24 Abs. 2 OR handelt.<sup>72</sup> Der Irrtum kann dabei ein Sachverhalts- oder ein Rechtsirrtum sein.<sup>73</sup>

[Rz 40] b. Beim Rechtsirrtum unterscheidet man den echten und unechten Rechtsirrtum.<sup>74</sup> Irrt sich jemand über eine Rechtsnorm, liegt ein echter Rechtsirrtum vor. Dieser kann entweder auf Rechtsunkenntnis (Rechtsregelirrtum, sog. «*ignorantia iuris*») oder auf einen Subsumtionsfehler (Rechtsfolgenirrtum, sog. *error iuris*) zurückzuführen sein.<sup>75</sup> Der *echte Rechtsirrtum*, wozu auch der Irrtum über die rechtlichen Nebenfolgen eines Vertrags zu zählen ist<sup>76</sup>, gilt als unwesentlicher Motivirrtum und berechtigt grundsätzlich nicht zur Anfechtung.<sup>77</sup> Etwas anderes gilt dagegen bezüglich des unechten Rechtsirrtums (Rechtsslageirrtum, sog. «*error facti iuri qualificati*»). In dieser Konstellation wird über das Vorliegen eines bestimmten rechtlichen Sachverhalts geirrt<sup>78</sup>, wie z.B. in Bezug auf das Eigentum im Falle eines gestohlenen Kaufgegenstands.<sup>79</sup> Ein

---

<sup>68</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.3.1; vgl. auch HANS CASPAR VON DER CRONE/URS HENRYK HOFFMANN-NOWOTNY, Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht, SJZ 2008, S. 53 ff., S. 59.

<sup>69</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.3 und 4.3.1.

<sup>70</sup> So bereits GALLI/VISCHER (Fn. 63), Rz. 18.

<sup>71</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.3.2 und Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150007 vom 16. Juni 2016 E. 3.3.

<sup>72</sup> Statt vieler AHMET KUT, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 25 zu Art. 23–24 OR; siehe im Kontext mit Wertirrtümern DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Irrtum über den Wert eines Unternehmens, in: dRSK, publiziert am 13. Oktober 2016, Rz. 20.

<sup>73</sup> CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 524; SALOME WOLF, Rechtsirrtum im Privatrecht – Argument oder Anachronismus?, Diss. Basel 2003 = BSzR Reihe A Band 69, Basel 2003, S. 10.

<sup>74</sup> Einlässlich WOLF (Fn. 73), S. 4 ff.

<sup>75</sup> HUGUENIN (Fn. 73), Rz. 525 ff.

<sup>76</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_228/2007 vom 1. Oktober 2007 E. 2; BGE 118 II 58 E. 3b S. 63

<sup>77</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.37/2004 vom 19. April 2004 E. 3.3; INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 29 zu Art. 24 OR; FELIX DASSER, in: Orell Füssli Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 18 zu Art. 24 OR, BK-SCHMIDLIN (Fn. 65), N 220 ff. und 232 ff. zu Art. 23/24 OR.

<sup>78</sup> HUGUENIN (Fn. 73), Rz. 530.

<sup>79</sup> Vgl. BGE 109 II 319.

solch unechter Rechtsirrtum berechtigt nach der h.M. unter den Voraussetzungen des regulären Sachverhaltsirrtums zur Irrtumsanfechtung.<sup>80</sup>

[Rz 41] c. Im Lichte dieser Ausführungen kann der Subsumtion der Vorinstanz, wonach sich der Irrtum der Käuferin auf die Rechtsfolgen der Dienstbarkeit bezogen haben soll, nicht gefolgt werden.<sup>81</sup> Der Irrtum der Käuferin bezog sich auf einen rechtlichen Zustand, nämlich auf die Überbaubarkeit des streitgegenständlichen Grundstücks und nicht auf die normative Qualifikation der Rechtslage. Ein unwesentlicher Irrtum über die rechtlichen Nebenfolgen der Dienstbarkeit hätte vorgelegen, wenn die Käuferin zwar den genauen Wortlaut der Dienstbarkeit gekannt, sich jedoch eine irriige Vorstellung über deren Rechtsfolgen gemacht hätte. Zu denken ist etwa an den Fall, in welchem die Käuferin irrigerweise angenommen hätte, die Dienstbarkeit sei für sie rechtlich nicht bindend und sie könne das Grundstück trotz des «Pflanz- und Benützungsrechts» überbauen.<sup>82</sup> Die Ansicht des Bundesgerichts, wonach *in casu* ein unechter Rechtsirrtum vorliegt, welcher nach Massgabe von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR zur Anfechtung berechtigt, verdient daher Zustimmung.

#### 4. Sachlicher Umfang des Formzwangs; Formungültigkeit; Mantelgesellschaftshandel

Urteil des Bundesgerichts 4A\_530/2016 vom 20. Januar 2017 (MV/DG)<sup>83</sup>

[Rz 42] Die C. AG (Vermieterin, Beschwerdegegnerin) ist Eigentümerin einer Stockwerkeigentumseinheit in der Gemeinde U. F. ist Mitglied des Verwaltungsrats der C. AG. A.A. und B.A. (Mieter 1 und 2, Beschwerdeführer 1 und 2) bewohnen die Liegenschaft. Die Vermieterin hat die Liegenschaft mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 23. Juni 2005 vom Mieter 1 erworben. Der Kaufpreis wurde u.a. durch Übernahme eines Hypothekendarlehens gegenüber der E. GmbH getilgt. Zuvor, nämlich am 14. Juni 2005 (*recte* evtl.: 8. Juni 2005), hatten die Mieter mit der E. GmbH einen öffentlich beurkundeten Kreditvertrag abgeschlossen. Darin wurde festgehalten, dass die E. GmbH gegenüber verschiedenen Firmen des Mieters 1 offene Kreditforderungen habe. Diese wurden im Zuge der Umschuldung von den Mietern als Solidarschuldner übernommen und von der E. GmbH durch verschiedene Darlehen gewährt. Die Einzelheiten dieses Liegenschaftsverkaufs wurden in einer in einfacher Schriftlichkeit gehaltenen Zusatzvereinbarung vom 8./14. Juni 2005 zwischen der E. GmbH, der Vermieterin und den Mietern geregelt. Darin verpflichtete sich die Vermieterin, die Liegenschaft an die Mieter zu vermieten und den Mietern ein Kaufrecht an der Liegenschaft einzuräumen. Dieses Kaufrecht konnte erstmals ausgeübt werden, wenn die Mieter die bestehenden Schulden gegenüber der E. GmbH gemäss Kreditvertrag vollständig getilgt haben. Mit Klage vom 15. November 2012 beehrte die Vermieterin beim Kreisgericht Gaster-See (*recte*: See-Gaster) die Ausweisung der Mieter aus der Liegenschaft. Mit Entscheid vom 29. Mai 2015 hiess das Kreisgericht das Exmissionsbegehren gut. Die gegen die-

---

<sup>80</sup> BK-SCHMIDLIN (Fn. 65), N 214 zu Art. 23/24 OR.

<sup>81</sup> So bereits GALLI/VISCHER (Fn. 63), Rz. 22.

<sup>82</sup> Siehe dazu auch BGE 95 II 407 E. 1b *in fine* S. 410 f. betreffend einen unwesentlichen Irrtum über baupolizeiliche Vorschriften.

<sup>83</sup> Vgl. auch DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Ungültigkeit eines Grundstückkaufs infolge Nichteinhaltung der Form, Simulation und zugrundeliegendem Mantelgesellschaftshandel, in: dRSK, publiziert am 6. November 2017; HARALD BÄRTSCHI, Fiduziarische Übertragung eines Grundstücks, *ius.focus* 2017, Nr. 115.

sen Entscheid erhobene Berufung der Mieter wies das Kantonsgericht St. Gallen mit Entscheid vom 2. August 2016 ab. Hiergegen gelangten die Mieter mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragten u.a. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[Rz 43] 1. Die Mieter beriefen sich im Verfahren vor Bundesgericht auf Nichtigkeit des Kaufvertrags. Sie machten geltend, F. habe die Vermieterin als Aktienmantel erworben. Dieser Erwerb sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichtig. Daher sei auch der von der Vermieterin abgeschlossene Kaufvertrag nichtig (E. 3). 2. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich sei, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten stehe und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäusche (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es erwog, nach der Darstellung der Mieter sei die Übertragung des Eigentums an eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete und über handlungsfähige Organe verfügende Gesellschaft gewollt gewesen. Daher verhielten sich die Mieter widersprüchlich und missbräuchlich, wenn sie sich auf die Übertragung des Grundeigentums beriefen, mit der sie die Liegenschaft den Gläubigern entziehen wollten, dann aber im vorliegenden Verfahren Nichtigkeit der von der Vermieterin getätigten Rechtsgeschäfte geltend machten, weil diese auf einem Mantelkauf beruhten (E. 3.2). 3. Die Mieter machten ferner die Formungültigkeit des Kaufvertrags mit dem Argument geltend, das in der Zusatzvereinbarung vorgesehene Rückkaufsrecht sei nicht beurkundet worden. 4. Das Bundesgericht rekapitulierte seine ständige Rechtsprechung zum sachlichen Umfang des Formzwangs. Es kam zum Schluss, die Vorinstanz habe treffend darauf abgestellt, dass die Rücküberführung der Liegenschaft in das Eigentum der Mieter von der Bedingung abhing, dass die Schulden der Mieter gegenüber der E. GmbH vollständig getilgt seien. Das Rückkaufsrecht sei somit Teil des Kreditvertrags und der Zusatzvereinbarung gewesen, womit die Vorinstanz zu Recht von einem formgültig abgeschlossenen Kaufvertrag ausgegangen sei (E. 8/8.2/8.3).

[Rz 44] **Bemerkung:** 1. Die Mieter beriefen sich im bundesgerichtlichen Verfahren auf die Formungültigkeit des Kaufvertrags und versuchten damit, die Ausweisung aus der Liegenschaft zu verhindern. Wären sie mit diesem Argument durchgedrungen, hätte dies zur Folge gehabt, dass der Kaufvertrag nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig im Sinne von Art. 20 OR gewesen wäre.<sup>84</sup> Die Liegenschaft wäre daher mangels eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts (d.h. einer gültigen *causa*) zurück in das Eigentum des Mieters 1 gefallen.<sup>85</sup>

[Rz 45] 2. Wird ein Grundstück zwecks Sicherung einer Forderung (in der Regel eine Darlehensforderung) auf den Darlehensgeber oder eine mit ihm verbundene Gesellschaft übertragen mit der Abrede, dass der Schuldner bzw. Verkäufer es nach der Tilgung der Schuld zurückkaufen kann (sog. Rückkaufsrecht), spricht man von einem *Sicherungskauf*.<sup>86</sup> Der vorliegende Kaufver-

---

<sup>84</sup> Statt vieler BGE 90 II 34 E. 3 S. 38; zustimmend RONA SEROZAN, Die Überwindung der Formnichtigkeit, in: Institut de Droit Comparé de l'Université d'Istanbul (Hrsg.). La forme dans les actes juridiques. Travaux de la 5<sup>ème</sup> Semaine juridique turco-suisse (Les journées d'Istanbul, 13 – 20 avril 1975), Istanbul 1975, S. 151 ff.; S. 152 ff.; wohl auch PETER MÜLLER, Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung, Diss. Freiburg 1938, S. 26. A.M. ist die h.L., welche eine Heilung des Formmangels zulassen und den Formmangel nicht *ex officio* beachten will, siehe z.B. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 169; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 66), Rz. 558 ff. m.w.H.; CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016, in: Jusletter 20. November 2017, Rz. 27.

<sup>85</sup> Sog. *Kausalitätsprinzip*, vgl. Art. 974 Abs. 2 ZGB.

<sup>86</sup> BGE 86 II 221 E. 4 S. 226 f.; DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 2010, N 1387 f. des systematischen Teils vor Art. 884 ZGB; BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018, Rz. 571.

trag ist als Sicherungskauf zu qualifizieren. Denn die Liegenschaft wurde zwecks Sicherung der Forderung der E. GmbH aus dem Kreditvertrag gegenüber den Mietern auf die Verkäuferin zu Eigentum übertragen (sog. Sicherungsübereignung) und den Mietern wurde gleichzeitig ein Rückkaufsrecht eingeräumt, welches sie aber nur ausüben konnten, wenn sie ihre Schulden aus dem Kreditvertrag gegenüber der E. GmbH getilgt haben.

[Rz 46] **3.** Rückkaufsrechte bedürfen zu ihrer Gültigkeit immer der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Die Frage, ob Rückkaufsrechte im Rahmen von Sicherungskäufen zusätzlich – was quasi einen «doppelten Formzwang»<sup>87</sup> bewirkt – auch unter dem Aspekt einer formbedürftigen Nebenabrede öffentlich zu beurkunden sind, ist schwierig zu beantworten. Diese Fragestellung ist jedoch praktisch bedeutsam. Denn wird das Rückkaufsrecht – wie *in casu* – nicht öffentlich beurkundet, wurde es nicht formgültig vereinbart und kann somit nicht ausgeübt werden. Wird jedoch das Rückkaufsrecht zusätzlich als formbedürftige Nebenabrede des Grundstückkaufvertrags qualifiziert, wäre infolge Nichtbeurkundung der gesamte Grundstückkauf formungültig.

[Rz 47] **a.** In ständiger Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass sämtliche objektiv wesentlichen (= *essentialia negotii*) und von den objektiv unwesentlichen Punkten (= *accidentalia negotii*) die subjektiv wesentlichen Punkte – also jene Punkte, welche subjektiv *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss sind – der Formstrenge unterliegen.<sup>88</sup> Um eine zweckwidrige Überdehnung des Formzwangs auf sämtliche subjektiv wesentlichen Punkte zu verhindern, schränkt das Bundesgericht die Beurkundungspflicht auf jene subjektiv wesentlichen Punkte ein, welche «ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstücksvertrags betreffen».<sup>89</sup>

[Rz 48] **b.** Wie bereits festgehalten (oben Rz. 23), ist nach der hier vertretenen Auffassung die vom Bundesgericht praktizierte eingeschränkte subjektive Theorie aus dogmatischen und praktischen Gründen abzulehnen.<sup>90</sup> Vorzuziehen ist die *gemässigte objektive Theorie*, welche ohne Rückgriff auf die Konsenslehre den sachlichen Umfang des Formzwangs bestimmt.<sup>91</sup>

[Rz 49] **4.** Die Vorinstanz und das Bundesgericht haben das Argument der Formungültigkeit im Lichte der vom Bundesgericht praktizierten eingeschränkten subjektiven Theorie u.E. zu Recht verworfen und den Kaufvertrag als formgültig qualifiziert (vgl. E. 8.1/8.3). Die Einräumung des Rückkaufsrechts als Nebenpunkt würde nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann dem Formzwang zufolge subjektiver Wesentlichkeit unterliegen, wenn es unmittelbar den Inhalt des Kaufvertrags beträfe. Dies war *in casu* nicht erstellt. Vielmehr bestand ein innerer Konnex des Rückkaufsrechts zum Kreditvertrag bzw. zur Zusatzvereinbarung.<sup>92</sup>

[Rz 50] Wie wäre das Argument der Formungültigkeit nach der gemässigten objektiven Theorie zu beurteilen gewesen? Nach dem von uns entworfenen Prüfschema sind Rückkaufsrechte als Nebenleistungspflichten zu qualifizieren, die eine Partei zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung verpflichten (Fallgruppe 1).<sup>93</sup> Weiter sind Rückkaufsrechte als artfrem-

---

<sup>87</sup> GALLI/VISCHER (Fn. 83), Rz. 20.

<sup>88</sup> *Leading Case* BGE 113 II 402 E. 2a S. 404 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_573/2016 vom 19. September 2017 E. 4.2.2; BGE 106 II 146 E. 1 S. 148; BGE 95 II 309 E. 2 S. 310.

<sup>89</sup> Sog. «*cadre naturel*», BGE 113 II 402 E. 2a S. 404.

<sup>90</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 41), S. 478 ff.

<sup>91</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 41), S. 478 ff. (siehe auch die Übersicht zu den verschiedenen Theorien auf S. 475 ff.).

<sup>92</sup> GALLI/VISCHER (Fn. 83), Rz. 21.

<sup>93</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 41), S. 482.

de Kaufvertrags-Nebenleistungspflichten zu qualifizieren. Denn Rückkaufsrechte stehen nicht in direktem Zusammenhang mit dem Kaufvertrag, sondern in der Regel mit dem Darlehensvertrag. Rückkaufsrechte haben mit anderen Worten ihren wirtschaftlichen Grund nicht im Grundstückkauf, sondern im Darlehensvertrag, da sie nur ausgeübt werden können, wenn die Schulden beglichen sind. Ein Beurkundungszwang in Bezug auf Rückkaufsrechte ist daher abzulehnen, da es an einem Geldfluss in zeitlicher Nähe zum Abschluss des Grundstückkaufvertrags fehlt. Ferner dürfte ein Beurkundungszwang auch zu verneinen sein, weil das Rückkaufsrecht bzw. dessen Höhe in der Regel vom Darlehensvertrag und nicht vom Grundstückkaufvertrag abhängig ist.

[Rz 51] 5. Zur behaupteten Ungültigkeit des Kaufvertrags zufolge nichtigen Mantelgesellschaftshandels ist in der gebotenen Kürze Folgendes anzumerken: Das Bundesgericht entkräftete den Vorwurf der Ungültigkeit des Kaufvertrags mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs (vgl. E. 3.2). Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das Bundesgericht das Argument des nichtigen Mantelgesellschaftshandels auch ohne Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot lösen können. Dies würde aber voraussetzen, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Mantelgesellschaftshandel überdenkt bzw. aufgibt. In ständiger Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht nämlich die Auffassung, dass der Mantelgesellschaftshandel nichtig ist.<sup>94</sup> Für eine Legalisierung des Mantelgesellschaftshandels spricht im Wesentlichen das Argument, dass nach der h.M. die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nur angenommen wird, wenn diese vom Gesetz positivrechtlich angeordnet wird oder der Sinn und Zweck der verletzten Norm es gebietet.<sup>95</sup> Da der Gesetzgeber den Mantelgesellschaftshandel nicht positivrechtlich regelt, kann das Bundesgericht folglich auch keine Nichtigkeitsfolge anordnen.<sup>96</sup>

### III. Fahrniskauf

#### 1. Sukzessivlieferungsvertrag (Weintrauben); nachträgliche Unmöglichkeit; Konventionalstrafe (Art. 160 Abs. 1, 3 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A\_653/2016 vom 20. Oktober 2017 (CB)<sup>97</sup>

[Rz 52] Die Z. SA (Käuferin), Betreiberin eines Weinkellers, schloss mit dem Ehepaar X. (Verkäufer) im Jahr 2008 einen 10-jährigen Vertrag über die Lieferung sämtlicher Trauben aus der Ernte bestimmter Parzellen im Kanton Wallis. Der Vertrag enthielt einen Anhang mit Angabe der Parzellen, deren Ernte von den Verkäufern an die Käuferin geliefert werden sollte, der Parzellennummern, der Identität des Eigentümers/Verpächters der Parzellen, des Standorts sowie der angebauten Sorte (Chasselas, Pinot noir, Gamay). Die Gesamtfläche betrug 40'021 m<sup>2</sup>. Davon befanden sich nur zwei Parzellen mit einer Gesamtfläche von 658 m<sup>2</sup> im Eigentum der Verkäufer; alle anderen Parzellen wurden von den Verkäufern im Rahmen eines Pachtvertrags bewirtschaftet.

---

<sup>94</sup> *Leading Case* BGE 64 II 361 E. 1. S. 362; BGE 123 III 473 E. 5c S. 483 f.; siehe auch das *obiter dictum* im Urteil des Bundesgerichts 4A 470/2017 vom 14. Juni 2018 Sachverhalt Teil A.b und im Urteil des Bundesgerichts 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016 Sachverhalt Teil A.b.

<sup>95</sup> Statt vieler: BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 24), N 54 m.w.H. zu Art. 19/20 OR.

<sup>96</sup> VISCHER (Fn. 14), S. 571.

<sup>97</sup> Vgl. auch MONIKA KAWA/MARKUS VISCHER, Herabsetzung von Konventionalstrafen – nur im Ausnahmefall?, in: dRSK, publiziert am 20. März 2018; STEPHANIE STOHWASSER, Übermässig hohe Konventionalstrafe, *ius.focus* 2017, Nr. 302.

[Rz 53] Art. 3 des Sukzessivlieferungsvertrags enthielt die folgende Klausel (übersetzt): «Der Verkäufer verpflichtet sich ausdrücklich, diesen Vertrag durch einen allfälligen neuen Erwerber übernehmen zu lassen, wenn eine oder mehrere Parzellen der beigelegten Liste geteilt, verkauft oder vermietet (verpachtet) werden. Der Käufer verpflichtet sich, diesen Vertrag von einem möglichen Nachfolger des Kellereibetriebes übernehmen zu lassen.» Weiter enthielt der Vertrag in Art. 5 eine Konventionalstrafe mit dem folgenden Wortlaut (übersetzt): «Kommt eine der Parteien diesem Vertrag nicht nach, zahlt sie der anderen Partei eine jährliche Ernteentschädigung, die auf Grundlage des Durchschnitts der Ernten der letzten drei Jahre berechnet wird.»

[Rz 54] In den Jahren 2009 und 2010 konnten die Verkäufer die Trauben von rund 25% der bezeichneten Reben nicht liefern, weil die entsprechenden Pachtverträge aus verschiedenen Gründen von den jeweiligen Eigentümern/Verpächtern beendet worden waren. Im Februar 2011 kündigten die Verkäufer den Sukzessivlieferungsvertrag aus wichtigem Grund. Diese Kündigung wurde von der Vorinstanz als gültig erachtet und war vor Bundesgericht nicht strittig. Die Vorinstanz befand, die Käuferin habe infolge der mangelhaften Vertragserfüllung bezüglich der Ernten 2009 und 2010 Anspruch auf eine Konventionalstrafe, verpflichtete die Verkäufer zur Zahlung von CHF 50'407.25 nebst Zins als reduzierte Konventionalstrafe und stellte fest, dass davon CHF 35'415.60 nebst Zins als «Restbetrag» für die Lieferung der Ernte 2010 abzuziehen sei. Das Bundesgericht hiess die von den Verkäufern erhobene Beschwerde teilweise gut und reduzierte die Konventionalstrafe auf CHF 25'203.60.

[Rz 55] 1. Die Verkäufer rügten vor Bundesgericht zunächst, die Vorinstanz habe verkannt, dass sie keine Vertragsverletzung begangen hätten, welche die Konventionalstrafe rechtfertigen könnte. Sie seien lediglich verpflichtet gewesen, Trauben zu liefern, solange sie in der Lage gewesen seien, die genannten Parzellen zu bewirtschaften (E. 2.2).

[Rz 56] 2. Das Bundesgericht erwog, Art. 5 des Vertrages weise eine Konventionalstrafe gemäss den Art. 160 ff. OR auf. Aufgrund des akzessorischen Charakters der Konventionalstrafe falle die Konventionalstrafe dahin, falls die Hauptverpflichtung nachträglich durch einen nicht vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich wird (Art. 119 Abs. 1 und Art. 163 Abs. 2 OR). Es obliege dem Schuldner, die nachträgliche Unmöglichkeit und das fehlende Verschulden nachzuweisen. Gemäss Art. 163 Abs. 2 OR («mangels anderer Abrede») könnten die Parteien indessen von diesem Grundsatz abweichen und eine Konventionalstrafe vereinbaren, die verschuldensunabhängig geschuldet ist. In einem solchen Fall habe die Konventionalstrafe eine Garantiefunktion (E. 3.1). Die Hauptverpflichtung der Verkäufer beinhalte nach Art. 1 des Vertrags die Lieferung der Traubenernte der im Vertrag bezeichneten Parzellen. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seien fast alle Parzellen von den Verkäufern als Pächter bewirtschaftet worden. Die Verkäufer könnten daher nach Treu und Glauben nicht annehmen, diese Hauptverpflichtung würde bei Wegfall eines Pachtvertrags für eine vertraglich vereinbarte Parzelle einfach erlöschen. Durch die entsprechende Nichtlieferung der Ernte hätten die Verkäufer ihre Hauptverpflichtung verletzt (E. 3.2.1).

[Rz 57] 3. Die Verkäufer machten subsidiär geltend, ihre Lieferpflicht sei nachträglich teilweise unmöglich geworden; hinsichtlich der gekündigten Pachtverträge treffe sie keine Schuld. Insgesamt waren vier Pachtverträge von verschiedenen Verpächtern gekündigt worden. Hinsichtlich zweier Pachtverträge stellte das Bundesgericht fest, dass die Verkäufer das Fehlen eines Verschuldens nicht nachgewiesen hätten bzw. ein Verschulden erstellt sei. Hinsichtlich der anderen zwei Pachtverträge stellte es fest, die Kündigung sei nicht durch ein Verhalten der Verkäufer veranlasst worden, liess aber die Frage offen, ob der Wegfall dieser Pachtverträge dennoch aufgrund



von Art. 3 des Vertrags (Übernahmeverpflichtung) von den Verkäufern zu vertreten sei, da diese nur rund 2% der Gesamtfläche von rund 40'000 m<sup>2</sup> ausmachten (E. 3.2.2).

[Rz 58] 4. Die Vorinstanz hatte die Konventionalstrafe auf CHF 50'407.25 festgesetzt, indem sie den durchschnittlichen Jahresernteerlös von CHF 100'814.50 je für die Jahre 2009 und 2010 berücksichtigte und die Summe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR um 75% reduzierte. Das Bundesgericht erwog, dass die Verkäufer in den Jahren 2009 und 2010 ihre Lieferpflichten nur teilweise nicht erfüllt hatten, da sie wegen der aufgelösten Pachtverträge rund 25% der betroffenen Reben nicht liefern konnten. Unter Berücksichtigung des alternativen Sanktionssystems von Art. 160 Abs. 1 OR<sup>98</sup> müsse bei einer teilweisen Nichterfüllung die alternative Sanktion unabhängig von der Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR (Herabsetzung wegen Übermässigkeit) proportional reduziert werden. Vorliegend führe eine 25%ige Kürzung der jährlichen Ernteentschädigung von CHF 100'814.50 für die betreffenden zwei Jahre zu einer Strafe von CHF 50'407.20 (2 x CHF 25'203.60) (E. 5.2.2, 5.2.3).

[Rz 59] Weiter erwog das Bundesgericht, dass dieser Betrag zusätzlich gemäss Art. 163 Abs. 3 OR infolge Übermässigkeit auf insgesamt CHF 25'203.60 herabzusetzen sei. Dabei berücksichtigte es insbesondere, dass das Vorliegen bzw. die Höhe eines Schadens zwar nicht Voraussetzung einer Konventionalstrafe, aber dennoch für die Beurteilung des Erfüllungsinteresses des Gläubigers ein relevantes Indiz sei (E. 5.1). Die Käuferin habe vorliegend keinen Schaden behauptet oder bewiesen und bei Zugrundelegung einer (grosszügigen) Marge der Käuferin von 30% hätte der entgangene Gewinn der Käuferin für die 25%ige Nichterfüllung in den beiden Jahren nur rund CHF 15'000 betragen (E. 5.2.3).

[Rz 60] **Bemerkung:** Der Entscheid bestätigt die Praxis des Bundesgerichts zur Anwendung von Konventionalstrafen und deren Reduktion im Falle der Übermässigkeit.<sup>99</sup> Wie erwähnt konnte das Bundesgericht die Frage offen lassen, ob die Verkäufer das Risiko vertraglich übernommen hatten, dass während der Laufzeit des Sukzessivlieferungsvertrags ein Pachtvertrag aus Gründen, die sie nicht zu vertreten haben, gekündigt wird (siehe oben Rz. 57). Die Verkäufer hatten sich ja in Art. 3 des Vertrags verpflichtet, «diesen Vertrag durch einen allfälligen neuen Erwerber übernehmen zu lassen, wenn eine oder mehrere Parzellen auf der beigefügten Liste geteilt, verkauft oder vermietet (verpachtet) werden». Die Vorinstanz hatte die Frage der Risikoübernahme im Ergebnis bejaht und befunden, die Auslegung von Art. 3 in Verbindung mit Art. 5 des Vertrags ergebe, dass die Parteien eine eigenständige Strafklausel mit der Funktion einer Garantie abgeschlossen hätten. Es liege mithin eine «andere Abrede» gemäss Art. 163 Abs. 2 OR vor, wonach die Konventionalstrafe unter Vorbehalt einer gegenteiligen Abrede nicht gefordert werden kann, wenn die Erfüllung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist (E. 3.2.2). Bei der Auslegung von Art. 3 des Vertrags stellte sich insbesondere die Frage, ob die Pflicht der Verkäufer, ihre Lieferpflichten aus dem Traubenlieferungsvertrag auf einen neuen Erwerber zu übertragen, eine Pflicht, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, darstellt oder bloss eine Pflicht zum Einsatz aller Kräfte («best efforts»). Vorliegend wäre die Frage der Risikoübernahme durch die Verkäufer auch im Fall, dass ein Pachtvertrag durch einen von ihnen

---

<sup>98</sup> Gemäss Art. 160 Abs. 1 OR wird Alternativität vermutet: entweder ist die Hauptverpflichtung zu erfüllen (bzw. Schadenersatz zu leisten) oder die Konventionalstrafe zu zahlen (vgl. etwa KATJA ROTH PELLANDA, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016, N 33 zu Art. 160 OR).

<sup>99</sup> Siehe auch BRUNNER/VISCHER/GALLI (Fn. 84), Rz. 13 ff. zu BGer 4A\_268/2016 vom 14. Dezember 2016, BGE 143 III 1.

nicht zu vertretenden Umstand beendet werden sollte, aufgrund der Umstände (Vertragsdauer, Vertragspreis, Wahrscheinlichkeit und Ausmass des Risikos; Geschäftserfahrenheit der Verkäufer) wohl nicht leichthin zu bejahen gewesen.<sup>100</sup>

## 2. Sukzessivlieferungsvertrag; Zurückbehaltungsrecht bei rückständigen Teilleistungen auch ohne Verzug (Art. 82 OR)

Urteil des Bundesgerichts 4A\_589/2016 vom 2. März 2017 (CB)<sup>101</sup>

[Rz 61] B. (Verkäufer) lieferte A. (Käufer) im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrags seit 20 Jahren wöchentlich 70 bis 80 Ferkel, ohne dass eine schriftliche Vereinbarung vorlag. Zwischen dem 3. Oktober und dem 28. November 2014 erfolgten neun Lieferungen, die jeweils wenige Tage später in Rechnung gestellt, jedoch nicht bezahlt wurden. Der Verkäufer machte geltend, das Vertragsverhältnis nach mehrmaliger Zahlungsaufforderung gekündigt und weitere Lieferungen ausgeschlossen zu haben. In der Folge klagte der Verkäufer auf Zahlung von CHF 66'262.22 zzgl. Zins und Kosten. Der Käufer erhob eine Verrechnungseinrede in der Höhe von CHF 45'000 als Ersatz für den durch den Lieferungsstopp entstandenen Schaden. Die Gerichte des Kantons Thurgau hiessen die Klage des Verkäufers gut. Das Bundesgericht wies die Beschwerde des Käufers ab.

[Rz 62] 1. Die Vorinstanz ging aufgrund übereinstimmender Parteieingaben im Verfahren von einer vereinbarten Zahlungsfrist von zwei Monaten aus. In seiner Beschwerde verwies der Käufer auf seine Aussage an der Hauptverhandlung, wonach der Verkäufer ihn bei ausstehenden Zahlungen nach Ablauf zweier Monate jeweils angerufen habe, und erachtete es als erstellt, dass der Verkäufer Zahlungsfristen von zwei Monaten zuzüglich (bis zu) drei Tagen akzeptiert habe, weshalb der Kaufpreis der Lieferung vom 3. Oktober 2014 erst am 6. Dezember 2014 fällig geworden wäre und daher den Verkäufer nicht dazu berechtigt habe, die Lieferung vom 5. Dezember 2014 zurückzubehalten. Das Bundesgericht erwog, mit diesen Ausführungen nehme der Beschwerdeführer lediglich eine eigene Würdigung der Beweismittel in seinem Sinne vor, ohne sich rechtsgenügend mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen; Willkür in der Beweiswürdigung lasse sich mit einer derart appellatorischen Kritik nicht aufzeigen (E. 4.1). Jedenfalls könne eine Partei nach Treu und Glauben nicht einfach aus dem eigenen verzögerten Zahlungsverhalten auf eine entsprechende Vertragsanpassung schliessen (E. 4.2). Weiter könne der Käufer zu seinen Gunsten auch nichts aus dem Umstand ableiten, dass der Verkäufer ihm eine letzte Mahnung am 14. Januar 2015 zukommen liess, und entgegenkommenderweise bereit gewesen sei, zwei Teilzahlungen entgegenzunehmen. Aus diesem Schreiben könne der Käufer nach Treu und Glauben nicht schliessen, die für die Anwendung von Art. 82 OR massgebende Fälligkeit der Forderungen sei hinausgeschoben (E. 5.1/5.2).

---

<sup>100</sup> Vgl. etwa die Kriterien gemäss Art. 5.1.5 UNIDROIT Prinzipien (Bestimmung der Art der übernommenen Pflicht): «Um festzustellen, in welchem Maße eine Verpflichtung einer Partei eine Pflicht zum Einsatz aller Kräfte bei der Ausführung einer Tätigkeit enthält oder eine Pflicht, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, sollen neben anderen Umständen berücksichtigt werden (a) die Art, in der die Verpflichtung im Vertrag ausgedrückt ist; (b) der Vertragspreis und andere Bedingungen des Vertrages; (c) das Ausmaß des Risikos, das normalerweise mit der Erreichung des erwarteten Erfolges verbunden ist; (d) die Fähigkeit der anderen Partei, die Erfüllung der Verpflichtung zu beeinflussen.»

<sup>101</sup> Vgl. auch LINDA BIERI/MARKUS VISCHER, Leistungsverweigerungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag, in: dRSK, publiziert am 5. Juli 2017; YLBER HASANI, Leistungsverweigerung beim Sukzessivlieferungsvertrag, ius.focus 2017, Nr. 113.

[Rz 63] 2. Unbehelflich war auch das Argument des Käufers, eine Leistung gestützt auf Art. 82 OR könne nur zurückbehalten werden, wenn sich die andere Partei mit einer Teilleistung *in Verzug* befinde; indessen habe er sich im massgebenden Zeitpunkt mangels Mahnung nicht in Verzug befunden. Das Bundesgericht hielt fest, die Anwendung von Art. 82 OR setze unter anderem voraus, dass die beiden Leistungen fällig seien. Dass sich die Gegenpartei in Verzug befinde, sei nicht notwendig. Art. 82 OR beruhe auf dem allgemeinen Grundgedanken, dass der Belangte nur insoweit gezwungen werden könne, seine Leistung zu kreditieren, als er vertraglich zur Vorleistung verpflichtet sei. Dieser Grundgedanke treffe insbesondere auch auf Dauerschuldverhältnisse mit zeitlich verschobenen Fälligkeiten innerhalb der einzelnen Leistungspaare zu, wie sie gerade beim Sukzessivlieferungsvertrag vorkommen. Soweit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von Verzug die Rede gewesen sei, sei es meist darum gegangen, dass die Rückhaltung nach Art. 82 OR nur zulässig sei, um die Vornahme einer bereits verfallenen, nicht aber einer erst künftig verfallenden Leistung durch den Vertragsgegner zu erzwingen.<sup>102</sup> Da der Käufer fällige Ansprüche aus dem Sukzessivlieferungsvertrag nicht erfüllt habe, habe der Verkäufer weitere Lieferungen zurückhalten können (Art. 82 OR). Der vom Käufer geltend gemachten Schadenersatzforderung wegen unberechtigtem Lieferstopp des Verkäufers sei damit die Grundlage entzogen (E. 6.3). Es könne daher offen bleiben, ob es sich bei der Zahlungsfrist von zwei Monaten um einen Verfalltag (Art. 102 Abs. 2 OR) gehandelt habe, da Art. 82 OR eben keinen Verzug der Gegenpartei voraussetze (E. 6.3).

### **3. Wandelung, unter Einschluss der Nebensache (Art. 205 Abs. 2, Art. 209 Abs. 3 OR; Blutuntersuchungsgeräte und Reagenzien); Behauptungs- und Beweislast für rechtzeitige Mängelrüge; Abtretung der Käuferrechte an den Leasingnehmer, teleologische Reduktion der Unwirksamkeitsnorm (Art. 165 OR)**

**Urteil des Bundesgerichts 4A\_28/2017 vom 28. Juni 2017 (CB)<sup>103</sup>**

[Rz 64] B., Inhaber einer Tierarztpraxis, schloss einen Leasingvertrag über zwei Analysegeräte für Blutuntersuchungen ab. Das Eigentum an den zwei Geräten blieb beim Leasinggeber, welcher diese von der A. SA (Verkäuferin) für CHF 32'400 gekauft hatte. Der Leasingvertrag berechnete und verpflichtete B. (Leasingnehmer), die Rechtsansprüche, welche sich aus dem Kaufvertrag aufgrund von Mängeln ergeben sollten, direkt gegen die A. SA geltend zu machen. Gemäss einem separaten Vertrag vom selben Datum des Kaufvertrags verpflichtete sich die A. SA, die zwei Geräte während vier Jahren zum Preis von CHF 9'363.60 zu warten.

[Rz 65] Die Lieferung der Analysegeräte an B. erfolgte Ende Mai 2013. Am 28. Juni 2013 teilte B. der A. SA mit, dass das eine Gerät fehlerhafte, inkonsistente oder mit den vorhandenen Krankheitserscheinungen inkompatible Testergebnisse lieferte. Die A. SA versuchte vergeblich, diese

---

<sup>102</sup> Vgl. dazu Art. 83 OR sowie Art. 71, 73 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, abgeschlossen am 11. April 1980, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. März 1991 (CISG; SR0.221.211.1).

<sup>103</sup> Vgl. auch VALÉRIE SCHRÄMLI/MARKUS VISCHER, Fehlender ökonomischer (sparsamer) Verbrauch eines Gerätes als Sachmangel, in: dRSK, publiziert am 19. September 2017; FLAVIO ELLER, Abtretung von Gewährleistungsrechten, ius.focus 2017, Nr. 222.

Mängel zu beseitigen. Alsdann bot sie an, das Gerät gegen ein neues, aber eines anderen Typs, auszutauschen. B. lehnte dieses Angebot ab.

[Rz 66] Vom zweiten Gerät durfte B. gemäss den vor Vertragsschluss erhaltenen Zusicherungen der A. SA schnellere und kostengünstigere Resultate erwarten als vom Gerät, welches er vorher für diese Zwecke gebraucht hatte. B. stellte jedoch fest, dass dieses zweite Gerät grössere Mengen des zum Betrieb erforderlichen Reagenzmittels benötigte, als die A. SA angegeben hatte. Dieses Mittel musste B. bei der A. SA in grossen Mengen kaufen, was bei B. zu entsprechend hohen Ausgaben führte. Die von der A. SA dafür gestellten Rechnungen von CHF 7'603.17 bezahlte B. nicht.

[Rz 67] Die A. SA betrieb B. für die Zahlung der CHF 7'603.17. B. erhob Rechtsvorschlag und erklärte die Wandelung bzw. Aufhebung sowohl des Kaufvertrags als auch des Wartungsvertrags und verlangte die Rückerstattung von CHF 32'400 und CHF 9'363.60. Er berief sich auf die Mängel, welche die Geräte aufwiesen und die A. SA trotz mehrfachen Versuchen nicht beheben konnte.

[Rz 68] Die erste Instanz hiess die Klage des B. gegen die A. SA auf Rückerstattung von CHF 32'400 (Geräte) und CHF 9'363.60 (Wartung) sowie Feststellung, dass CHF 7'603.17 (Reagenzmittel) nicht geschuldet seien, vollumfänglich gut. Das Obergericht des Kantons Waadt erwog, dass B. nicht berechtigt sei, die CHF 9'363.60 (Wartung) zurückzuverlangen (wohl weil B. insofern nicht aktivlegitimiert war), bestätigte aber im Übrigen das erstinstanzliche Urteil. Das Bundesgericht wies die von der A. SA erhobene Beschwerde mit Ausnahme eines marginalen Kostenpunkts ab.

[Rz 69] 1. (*Abtretung der Käuferrechte an den Leasingnehmer; teleologische Reduktion der Unwirksamkeitsnorm; Art. 165 OR*). Die A. SA bestritt zunächst die Aktivlegitimation von B. Da B. nicht Käufer der beiden Geräte sei, könne er die Käuferrechte nur als Zessionar des Leasinggebers ausüben. B. habe es aber versäumt, eine Abtretung vor den kantonalen Instanzen geltend zu machen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Zudem würde die Abtretung ohnehin nicht der Formvorschrift von Art. 165 Abs. 1 OR genügen, da der Leasingvertrag nicht eigenhändig unterschrieben worden sei. Das Bundesgericht wies beide Einwände zurück. Die A. SA anerkenne, dass B. sich global auf den Leasingvertrag berufen habe und diesen als Beweismittel ins Recht gelegt habe. Die Vorinstanzen hätten daher ohne Verletzung der Verhandlungsmaxime den gesamten Vertragstext unter Einschluss der Bestimmungen über die Abtretung der Käuferrechte an B. berücksichtigen können. Hinsichtlich des Einwands des Formmangels der Abtretung hielt das Bundesgericht dafür, zwar sei der Leasingvertrag tatsächlich vom Leasinggeber nicht unterschrieben worden. Indessen müsse die nach Art. 165 Abs. 1 OR erforderliche Schriftform die Sicherheit und Transparenz der Rechtsgeschäfte gewährleisten; sie müsse es ermöglichen, festzustellen, wem die betreffenden Rechte zu einem bestimmten Zeitpunkt gehören. Vorliegend seien die Kauf- und Leasingverträge sowie der Wartungsvertrag gleichzeitig und von denselben Personen verhandelt und abgeschlossen worden. Die A. SA wusste also von Anfang an, dass die Rechte aus etwaigen Mängeln an den Geräten dem Leasingnehmer zustehen würden. Die Rechtslage sei eindeutig, so dass die A. SA sich zu Unrecht (*«argutieusement»*; d.h. spitzfindig bzw. überspitzt formalistisch) auf die Nichteinhaltung der Schriftform berufe (E. 3).

[Rz 70] 2. (*Behauptungs- und Beweislast für rechtzeitige Mängelrüge bzw. Genehmigung der Kaufsache bei verspäteter Rüge*). Die A. SA machte weiter geltend, die Geräte müssten gemäss Art. 201 Abs. 2/3 OR als von B. genehmigt erachtet werden, da dieser nicht geltend gemacht habe, er habe die Mängel rechtzeitig gerügt. Das Bundesgericht verwarf dieses Argument. Nach dem Vor-

bringen der A. SA habe B. im kantonalen Verfahren behauptet, die Mängel gerügt zu haben; er habe jedoch nicht behauptet, dass er die Mängel «unverzüglich» oder «sofort» nach ihrer Entdeckung gerügt habe. Dem Verkäufer, der sich auf eine stillschweigende Annahme der Sache mit ihren Mängeln durch den Käufer berufe, obliege es, diese Annahme geltend zu machen. Erst dann obliege es dem Käufer, zur Entkräftung dieser Einrede die Mängelrüge und damit auch den Zeitpunkt, in dem die Mängelrüge dem Verkäufer übermittelt wurde, geltend zu machen und zu beweisen. Vorliegend habe die A. SA keine stillschweigende Annahme behauptet, weshalb ihr eine Berufung auf Art. 201 OR nicht helfen könne (E. 4).

[Rz 71] 3. (*Kein Recht auf Ersatzlieferung eines Geräts eines anderen Typs bzw. einer anderen Gattung gemäss Art. 206 Abs. 2 OR*). Die A. SA brachte weiter vor, die Vorinstanz hätte verkannt, dass sie befugt gewesen sei, ein Ersatzgerät eines anderen Typs zu liefern bzw. dass B. dieses Angebot zu Unrecht abgelehnt habe. Das Bundesgericht hielt dafür, Art. 206 Abs. 2 OR ermächtige den Verkäufer, die mangelhafte Sache, die er geliefert hat, durch eine andere gleichartige, aber mangelfreie Sache zu ersetzen. Dem Verkäufer sei aber nicht gestattet, das Gerät durch ein solches eines anderen als des vereinbarten Typs zu ersetzen, also einer anderen Gattung. Es sei irrelevant, dass der vorgeschlagene Apparat funktionell hätte gleichwertig sein können oder dass B. zuvor Reparaturversuche der A. SA akzeptiert habe, obschon der Vertrag ihn dazu nicht verpflichtet hätte. Die Annahme einer Ausnahme von der geltenden Regelung verpflichte nicht dazu, eine andere, weitere Ausnahme zu akzeptieren (E. 7).

[Rz 72] 4. (*Hinreichend schwerwiegender Mangel; Wandelung unter Einschluss der Nebensache gerechtfertigt; Art. 205 Abs. 2, Art. 209 Abs. 3 OR*). Die A. SA machte schliesslich geltend, der Defekt, welchen das eine Gerät aufgezeigt habe, sei nicht als genügend schwerwiegend zu betrachten, damit eine Wandelung gerechtfertigt sein könne. Der Umstand, dass dieses Gerät grössere Mengen an Reagenzien verbraucht habe als angekündigt, dürfe nicht zur Wandelung führen, sondern höchstens zu einer Preisreduktion. Das Bundesgericht verwarf auch dieses Argument. Der wirtschaftliche bzw. kostengünstige Betrieb des Geräts sei als eine zugesicherte Eigenschaft anzusehen, deren Mangel ausreiche, um die Beendigung des Vertrags zu rechtfertigen. Da B. einen übermässigen Verbrauch der Reagenzien behauptet habe, hätte es der A. SA obliegen, diese Behauptung zu bestreiten, woraufhin B. die Last getragen hätte, mit entsprechenden Beweisangeboten vollständiger und detaillierter Behauptungen über die jeweiligen Kosten der Nutzung des vormals verwendeten Geräts einerseits und des geleasteten Geräts andererseits aufzustellen. Aufgrund ihrer Untätigkeit im erstinstanzlichen Verfahren sei es der A. SA verwehrt, einen unzureichend festgestellten Mangel des Analysegeräts zu beanstanden (E. 5).

[Rz 73] 5. (*Wandelung unter Einschluss der Nebensache; Art. 209 Abs. 3 OR*). Schliesslich erwog das Bundesgericht, die Vorinstanzen hätten Art. 209 Abs. 3 OR korrekt angewendet, indem sie auch die Wandelung der Reagenzien zugelassen hätten. Es sei nicht bestritten, dass das Analysegerät als Hauptsache und das Reagenzienmittel als Nebensache zu betrachten seien, weshalb sich die Wandelung des Analysegeräts auch auf den Kauf der Reagenzienmittel erstrecke (E. 6).

[Rz 74] **Bemerkung:** Der Entscheid bringt die strittigen Punkte prägnant und konzise auf den Punkt. Bemerkenswert ist, mit welcher Selbstverständlichkeit das Bundesgericht den von der Verkäuferin vorgebrachten Einwand der fehlenden Aktivlegitimation von B. als Leasingnehmer infolge formungültiger Abtretung der Käuferrechte verwarf (siehe oben Rz. 69). Das Bundesgericht geht vom Schutzzweck der Formvorschrift des Art. 165 Abs. 1 OR aus. Das Schriftlichkeitserfordernis bei der Abtretung soll der Verkehrssicherheit dienen bzw. die Klarheit der Rechtsinhaberschaft sicherstellen; für den Drittschuldner soll klar ersichtlich sein, wer sein Gläubiger ist.

Vorliegend war die fehlende Unterschrift im Hinblick auf den Schutzzweck belanglos, weil der Drittschuldnerin, d.h. der A. SA als Verkäuferin aufgrund der Umstände die Rechtszuständigkeit völlig klar war (die Kauf- und Leasingverträge sowie der Wartungsvertrag waren gleichzeitig und von denselben Personen verhandelt und abgeschlossen worden). Ohne es so zu bezeichnen und ohne weitere Hinweise hat das Bundesgericht in der Sache eine teleologische Reduktion der Unwirksamkeitsnorm mit dem Ziel der grösstmöglichen Aufrechterhaltung des Vertrags vorgenommen, wie dies moderner Auffassung entspricht.<sup>104</sup> Das Rechtsmissbrauchsverbot wird dabei nicht (mehr) bemüht.

#### **4. Rückkaufsvereinbarung zwischen finanzierender Bank und Garagist für Leasing eines Porsches 911 (Art. 107 Abs. 2 OR; Art. 215 Abs. 1 OR)**

**Urteil des Bundesgerichts 4A\_126/2017 vom 3. Oktober 2017 (CB)<sup>105</sup>**

[Rz 75] Der Garagist X. ging mit der Bank Z. SA eine Kooperation ein, wonach die Bank den Kauf von Fahrzeugen finanzierte, die sie bei X. erwarb und die dann von Dritten geleast wurden. Entsprechend kaufte die Bank vom Garagisten im Juli 2008 einen Porsche 911 zum Preis von CHF 207'332. Der Kaufvertrag enthielt eine Rückkaufsklausel, welche den Garagisten dazu verpflichtete, das Fahrzeug 49 Monate nach Empfang zum Preis von CHF 115'000 zzgl. MWST zurückzukaufen. Am selben Tag schloss die Bank mit U. (Leasingnehmer) einen Leasingvertrag für den Gebrauch des Porsches 911 während 49 Monaten. Der Leasingvertrag verpflichtete U., das Fahrzeug am 14. August 2012 der Bank zurückzugeben. Ab Beginn 2009 setzte die Bank die Kooperation mit dem Garagisten nicht mehr fort, indem sie keine weiteren Finanzierungsleasinggeschäfte mehr mit ihm tätigte.

[Rz 76] U. gab das Fahrzeug der Bank fristgemäss zurück. Seit dem 5. Oktober 2012 forderte die Z. SA von X. die Bezahlung des Rückkaufspreises. X. bestritt jedoch jegliche Verpflichtung zur Rücknahme des Fahrzeuges, da die Bank die Vertragsbeziehungen auf Ende 2008 gekündigt habe. Am 18. April 2013 und nochmals am 22. Mai 2013 informierte X. die Bank darüber, dass U. bereit sei, das Fahrzeug zum Marktpreis bzw. «zu gewissen Konditionen» zurückzunehmen, und dass U. ein Angebot für ein Fahrzeug derselben Marke zum Preis von CHF 93'500 gesehen habe.

[Rz 77] Am 8. Oktober 2013 erklärte die Bank den Rücktritt vom Vertrag und teilte mit, sie habe zwecks Verkaufs des Porsches auf einer Webseite für Occasionsfahrzeuge eine Annonce aufgeschaltet und werde Schadenersatz einklagen. Die Bank Z. SA verkaufte das Fahrzeug am 10. Januar 2014 zum Preis von CHF 75'400. Das Obergericht des Kantons Waadt hiess die Klage der Bank gegen den Garagisten auf Zahlung von Schadenersatz (Differenz zwischen dem Rückkaufspreis und dem durch den Deckungsverkauf erzielten Preis) gut. Das Bundesgericht wies die Beschwerde des Garagisten ab.

[Rz 78] 1. Das Bundesgericht verwarf den Einwand des Garagisten, die Rückkaufsvereinbarung sei unwirksam, da die Bank die Vertragsbeziehung anfangs 2009 beendet habe. Nach Treu und

---

<sup>104</sup> Vgl. etwa BSK OR I-SCHWENZER (Fn. 77), N 24 zu Art. 11 OR; CHK-KUT (Fn. 72), N 21 zu Art. 11 OR; vgl. auch BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 24), N 61 zu Art. 19/20 OR.

<sup>105</sup> Vgl. auch MARTINA WIDMER/MARKUS VISCHER, *Schadensberechnung beim Rückverkaufsrecht nach der Differenztheorie*, in: dRSK, publiziert am 23. Januar 2018.

Glauben habe der Garagist nicht davon ausgehen können, dass das Ausbleiben weiterer Finanzierungsleasinggeschäfte mit der Bank auch die Aufhebung der Rückkaufsvereinbarung nach sich gezogen hätte. Zwar könne ein Vertrag mit einem Rückkaufsrecht durch Übereinkunft gemäss Art. 115 OR aufgehoben werden. Allein aus dem Umstand, dass die Bank die Geschäftsbeziehungen nicht mehr weiterführen wollte, könne indessen aber nicht abgeleitet werden, dass sie auf ihr Rückkaufsrecht verzichtet habe. Eine Rückkaufsklausel verleihe einer Partei die Möglichkeit, das Rückkaufsrecht auszuüben oder eben nicht. Auch aus dem Umstand, dass die Bank nur hinsichtlich des Porsches 911 auf die Ausübung des Rückkaufs bestanden hatte, nicht aber bei anderen Transaktionen mit dem Garagisten, liesse sich nicht herleiten, dass die Bank auf alle Rückkaufsklauseln verzichtet habe. X. sei daher an die Rückkaufsklausel gebunden (E. 5).

[Rz 79] 2. Ebenfalls keinen Erfolg hatte der Garagist mit dem Argument, die Bank hätte beim Deckungsverkauf die nach den Umständen zumutbare Sorgfalt ausser Acht gelassen bzw. das Fahrzeug nicht in guten Treuen weiterverkauft (Art. 215 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht befand, die Bank sei nach Art. 107 Abs. 1/2 OR vorgegangen; sie habe dem Garagisten eine Nachfrist gesetzt, sei nach unbenutztem Ablauf vom Vertrag zurückgetreten und habe den Schaden nach Art. 215 Abs. 1 OR berechnet (Differenz zwischen dem Preis gemäss Rückkaufsvereinbarung und dem geringeren Deckungsverkaufspreis). Daran sei nichts auszusetzen. Es gebe keinen Hinweis darauf, dass der Bank ein konkretes und genau quantifiziertes Kaufangebot nach den Bedingungen der Rückkaufsklausel vorgelegen hätte bzw. dass sie ein solches abgelehnt, ignoriert oder einem solchen entgegengewirkt hätte (E. 6).

[Rz 80] **Bemerkung:** Der Entscheid kommt aufgrund objektiver Auslegung und Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien überzeugend zum Schluss, dass die Beendigung der Geschäftsbeziehungen zwischen Bank und Garagist am Weiterbestand der Rückkaufsvereinbarung nichts änderte. Die Geschäftsbeziehungen zwischen der die Leasinggeschäfte finanzierenden Bank und dem Garagisten qualifizierte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* als Agenturvertrag gemäss Art. 418a OR und entgegen der Vorinstanz nicht als Mäklervertrag gemäss Art. 412 OR (E. 3).

[Rz 81] Der Entscheid zeigt weiter, dass der Käufer, der behaupten will, der Verkäufer habe einen Deckungsverkauf nicht in guten Treuen vorgenommen, dies unter Bezugnahme auf die Bedingungen des Grundkaufvertrags im Einzelnen nachweisen muss und gut beraten ist, dem Verkäufer bei Androhung des Deckungsgeschäfts sofort spezifische und hinreichend dokumentierte Hinweise zu einem allenfalls bestehenden vorteilhafteren Deckungsgeschäft zu geben.

#### IV. Diverses

##### 1. Altlasten; altrechtliche Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven (Art. 181 OR); Übergang der Kostentragungspflicht (Art. 32d USG) vom Verhaltensstörer auf seinen Rechtsnachfolger?

Urteil des Bundesgerichts 1C\_170/2017 vom 7. September 2017 (MV/DG)<sup>106</sup>

[Rz 82] Der Standort Nr. 4441 S 01 auf den Liegenschaften Gbbl.-Nrn. 554, 556 und 557 in Salm-sach (TG) wurde mit Entscheid des Amts für Umwelt des Kantons Thurgau vom 19. März 2012 als

---

<sup>106</sup> Vgl. CHRISTOPH ZAUGG/MARKUS VISCHER, Übergang der Kostentragungspflicht bei Verhaltensstörern, in: dRSK, publiziert am 28. November 2017.

Standort in den kantonalen Kataster der belasteten Standorte eingetragen. Historische und technische Untersuchungen der Gemeinde Salmsach im Sinne von Art. 7 der Altlasten-Verordnung (AltIV; SR 814.680) ergaben, dass an diesem Standort auf der Liegenschaft Gbbl.-Nr. 554 von 1947 bis 1948 die Kollektivgesellschaft C.A., von 1948 bis 1972 die Einzelfirma D.A. und ab 1972 die B.A. AG (Beschwerdeführerin, ursprünglich firmierend als E.A. AG) tätig gewesen sind. Die belastungsrelevanten Tätigkeiten umfassten insbesondere die mechanische Reinigung von alten Maschinenteilen und deren Grundierung mit Rostschutzfarben. Mit Entscheid vom 13. April 2016 verpflichtete das Amt für Umwelt des Kantons Thurgau die Beschwerdeführerin, 17% der angefallenen Untersuchungskosten von CHF 47'221.95, ausmachend CHF 8'027.75, zu übernehmen. Diese 17% entsprachen den Verhaltensstöreranteilen der Kollektivgesellschaft C.A. und der Einzelfirma D.A. Die hiergegen erhobenen Rechtsmittel wiesen das Departement für Bau und Umwelt des Kantons Thurgau und das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragte die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und sie sei von der Kostentragungspflicht am Standort Nr. 4441 S 01 zu befreien. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.

[Rz 83] 1. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass gemäss Art. 32d Abs. 1 des Umweltschutzgesetzes (USG) der Verursacher die Kosten für die notwendigen Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte zu tragen hat. Für den Begriff des Verursachers sei auf den polizeirechtlichen Störerbegriff abzustellen, wobei zwischen Verhaltens- und Zustandsstörern zu unterscheiden sei (E. 2). 2. Es führte weiter aus, es sei strittig, ob die Beschwerdeführerin als Nachfolgebetrieb von Verhaltensverursachern (Kollektivgesellschaft C.A. und Einzelfirma D.A.) für die Kosten der Untersuchung eines belasteten Standortes belangt werden könne (E. 3). 3. Für die Rechtsnachfolge bei Verhaltensverursachern sei zwischen Singular- und Universalsukzession zu unterscheiden. Die Kostenpflicht des Verhaltensverursachers verbleibe im Fall einer Singularsukzession als persönliche Schuld bei diesem und gehe nicht auf den Rechtsnachfolger über. Bei der Universalsukzession hingegen könne die Kostenpflicht des Verhaltensverursachers durch Erbgang oder bei Vermögens- oder Geschäftsübernahme auf den Rechtsnachfolger übergehen, so bei der Geschäftsübertragung mit Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 aOR (E. 3.2). 4. In Anwendung dieser Grundsätze verwarf das Bundesgericht die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach im Jahr 1972 die Kostenpflicht zufolge Singularsukzession nicht auf sie übergegangen sei (E. 3.1). Vielmehr kam das Bundesgericht nach eingehender Analyse zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin die Einzelfirma D. A. auf dem Wege der Geschäftsübernahme im Sinne von Art. 181 aOR übernommen habe (E. 3.3). 5. Die Beschwerdeführerin machte im bundesgerichtlichen Verfahren weiter geltend, im Zeitpunkt der Betriebsübergabe habe keine rechtliche Grundlage für eine Sanierungs- und Kostentragungspflicht bestanden (E. 4.1). 6. Das Bundesgericht führte aus, dass die Kostenpflicht bei der Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 aOR nur übergehe, wenn im Zeitpunkt der Übernahme eine Rechtsgrundlage für die Haftung bestanden habe. Dabei beurteile sich die Frage, ob die Voraussetzung einer Sanierungspflicht gegeben sei, nach heutigem Wissensstand (E. 4.3). Es erwog, dass das Amt für Umwelt des Kantons Thurgau den Standort (einzig) hinsichtlich des Schutzguts «Boden» gemäss Art. 12 der Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung, AltIV) als belastet und sanierungsbedürftig beurteilt habe (E. 4.5.1). 7. Das Bundesgericht folgerte, im Zeitpunkt der Geschäftsübernahme im Jahr 1972 habe zwar in Bezug auf die Schutzgüter «Grundwasser» und «oberirdische Gewässer» eine gesetzliche Grundlage zur Sanierungs- und Kostentragungspflicht bestanden. Da vorliegend jedoch das Schutzgut



«Gewässer» nicht betroffen sei, könne Art. 12 aGSchG (1955) nicht als Haftungsgrundlage herangezogen werden. Hinsichtlich des betroffenen Schutzguts «Boden» habe damals hingegen eine solche gesetzliche Grundlage zur Kostentragung des Verursachers gefehlt, weshalb die Beschwerde gutzuheissen sei (E. 4.5.2/6).

[Rz 84] **Bemerkung: 1.** Bereits im letzten Berichtsjahr hat sich das Bundesgericht mit der Frage beschäftigen müssen, ob die Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers auf seinen Rechtsnachfolger übergeht.<sup>107</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend den Übergang der Kostentragungspflicht lässt sich wie folgt zusammenfassen:<sup>108</sup>

- Wird ein Grundstück auf dem Weg der *Singularsukzession* übertragen, verbleibt die Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers als persönliche Schuld beim Verkäufer.<sup>109</sup>
- Bei einer Übertragung des Grundstücks mittels *Universalsukzession* unterscheidet das Bundesgericht zwei Konstellationen:
  1. Bei einer altrechtlichen Fusion<sup>110</sup> nach Art. 748 aOR geht die Kostentragungspflicht über, selbst wenn zum Übertragungszeitpunkt die Sanierungsschuld noch nicht bestanden und die Rechtsgrundlage dieser Haftung im Zeitpunkt der Fusion gefehlt hat.<sup>111</sup>
  2. Anders beurteilt das Bundesgericht die Rechtslage beim Erbgang: Die Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers geht nur auf dessen Erben über, wenn zum Zeitpunkt des Erbgangs eine Rechtsgrundlage bestanden hat und die Sanierungspflicht zu diesem Zeitpunkt voraussehbar gewesen ist.<sup>112</sup>
- Sonderfall der (*altrechtlichen*) *Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 OR*: Wird ein Grundstück im Rahmen einer Geschäftsübernahme übertragen, geht die Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers auf den Übernehmer über, sofern im Zeitpunkt der Geschäftsübernahme eine Rechtsgrundlage für die Haftung bestanden hat, wobei sich die Frage, ob die Voraussetzung einer Sanierungspflicht gegeben ist, nach heutigem Wissensstand beurteilt.<sup>113</sup> Anzufügen ist, dass das Bundesgericht davon ausgeht, dass bei einer Geschäftsübernahme nach Art. 181 aOR die Passiven zufolge *Universalsukzession* auf den Erwerber übergehen.<sup>114</sup> Diese Auffassung der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts ist unzutreffend.<sup>115</sup> Bei der altrechtlichen und neurechtlichen Geschäfts-

---

<sup>107</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 (besprochen von BRUNNER/VISCHER/GALLI [Fn. 84], Rz. 49 ff. und PHILIP CARR/MARKUS VISCHER, Haftung für Sanierungskosten von Altlasten bei Rechtsnachfolge, in: dRSK, publiziert am 16. September 2016).

<sup>108</sup> Siehe auch ERICH RÜEGG, § 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. Aufl., Bern 2017, Rz. 100 ff.

<sup>109</sup> BGE 139 II 106 E. 5.3.1 S. 116; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 1C\_170/2017 vom 7. September 2017 E. 3.2 *in initio*; vgl. auch BEATRICE WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Überwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien, ZBl 2004, S. 117 ff., S. 139.

<sup>110</sup> Diese Aussage gilt sinngemäss auch bei *Universalsukzessionen* nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301) wie Fusionen oder Vermögensübertragungen (so bereits BRUNNER/VISCHER/GALLI [Fn. 84], Rz. 51).

<sup>111</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 4.2 und 4.3.

<sup>112</sup> BGE 142 II 232 E. 6.4.1 und 6.4.2; Urteil des Bundesgerichts 1A.273/2005, 1A.274/2005 und 1P.669/2005 vom 25. September 2006 E. 5.2 und 5.3.

<sup>113</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_170/2017 vom 7. September 2017 E. 4.3.

<sup>114</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_170/2017 vom 7. September 2017 E. 3.2; BGE 142 II 232 E. 6.3 S. 240; BGE 139 II 106 E. 5.3.2 S. 116 f.

<sup>115</sup> Gl.M. BGE 136 V 268 E. 2.3.2 S. 271 f.; Entscheidung der Eidgenössischen Steuerrekurskommission vom 1. Juni 2004, in: StR 2004, S. 793 f., S. 793; BGE 125 III 18 E. 3a S. 20; BGE 115 II 418 E. 2b S. 418.

übernahme nach Art. 181 OR werden die Passiven auf dem Wege einer regulären externen, kumulativen Schuldübernahme übertragen, wobei die Schuldübernahme grundsätzlich alle Schulden erfasst, die mit dem übernommenen Geschäft oder Vermögen verbunden sind (sog. Kumulativübernahme).<sup>116</sup> Die Besonderheit des Rechtsinstituts von Art. 181 OR besteht darin, dass die Schuldübernahme keiner Mitwirkung der Gläubiger bedarf und insofern *ex lege* erfolgt.<sup>117</sup> Da die Gläubiger den Schuldnerwechsel nicht verhindern können, halten EUGEN BUCHER<sup>118</sup>, FRANK VISCHER<sup>119</sup> und WALTER FELLMANN<sup>120</sup> zu Recht fest, dass der Schuldübergang *ex lege* im Ergebnis eine Annäherung an die Universalsukzession darstelle. Das bedeutet aber nicht, dass es sich bei der Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR um einen Anwendungsfall der Universalsukzession handelt.<sup>121</sup>

[Rz 85] 2. Das Bundesgericht erachtet die Anwendung des neuen Rechts, d.h. von Art. 32d USG, auf Rechtsnachfolger von Verhaltensstörern als *Rückwirkungsproblem* (siehe aber unten Rz. 86 ff.). Dabei vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass die Verhaltensstörung einen Dauersachverhalt darstelle. Seine Ansicht begründet das Bundesgericht wie folgt: Die für die Altlastenentstehung ursächlichen Handlungsbeiträge des Verhaltensstörers seien zwar in der Vergangenheit erfolgt. Die damit verbundene Gefährdungssituation sei jedoch nicht als abgeschlossener Sachverhalt zu verstehen. Die Gefahrenlage wirke bis in die Gegenwart fort und werde erst durch die erfolgreiche Sanierung behoben. Die Anwendung von Art. 32d USG stellt aus Sicht des Bundesgerichts daher eine *zulässige unechte Rückwirkung* dar.<sup>122</sup> Die h.L. teilt diese Auffassung.<sup>123</sup> Das

---

<sup>116</sup> PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER, in: Orell Füssli Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 und 3 zu Art. 181 OR; RUDOLF TSCHÄNI, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 1 zu Art. 181 OR; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 35 Rz. 31; FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, BJM 1999, S. 289 ff., S. 301; EUGEN SPIRIG, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1994, N 65 und 227 ff. zu Art. 181 OR.

<sup>117</sup> BGE 60 II 107 E. 3 S. 106 f.; BGE 49 II 248 E. 2 S. 251; MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht. Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Band IV, 2. Aufl., Basel 1984, S. 92; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER (Fn. 25), N 3 zu Art. 181 OR; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 352; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1945, N 1 und 22 ff. zu Art. 181 OR; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 3629; HANS U. LINIGER/CURDIN CONRAD, Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 229 ff., S. 237 ff. (auf diese Autoren beruft sich das Bundesgericht in den in Fn. 114 zitierten Urteilen zu Unrecht); KARIN SCHERRER, Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung, Diss. Bern 2004 = ASR Heft 703, Bern 2015, S. 96; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 91.26 ff.; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1984, S. 395.

<sup>118</sup> BUCHER (Fn. 84), S. 589 Anm. 62.

<sup>119</sup> VISCHER (Fn. 116), S. 302.

<sup>120</sup> WALTER FELLMANN, Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR – ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken, AJP 1994, S. 539 ff., S. 539.

<sup>121</sup> A.M. PETER REETZ/MICHAEL GRABER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 10 zu Art. 181 OR; CHRISTOPH BAUER, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Diss. St. Gallen 2010 = SSHW Band 294, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 490.

<sup>122</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 6.3.

<sup>123</sup> PIERRE TSCHANNEN/MARTIN FRICK, Der Verursacherbegriff nach Artikel 32d USG. Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) vom 11. September 2002, S. 19; BEATRICE WAGNER PFEIFFER, Umweltrecht. Besondere Regelungsbereiche, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 784; SCHERRER (Fn. 117), S. 97; CHRISTOPH METTLER, Neues Recht für alte Lasten? Zum zeitlichen Anwendungsbereich des revidierten USG, URP 2007, S. 580 ff., S. 581 ff.; PIERRE TSCHANNEN, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 1998, N 46 zu Art. 32d USG; JÜRGEN E. HARTMANN/MARTIN K. ECKERT, Sanierungspflicht und Kostenverteilung bei der Sanie-

Bundesgericht hat in einem nicht amtlich publizierten Urteil im Jahre 1998 sogar die Auffassung vertreten, dass sich letztlich nicht einmal die Frage einer unechten Rückwirkung stelle, wenn die Sanierungskosten durch Kostenverfügung gestützt auf Art. 32d USG entstünden.<sup>124</sup> Allerdings bejaht das Bundesgericht die Zulässigkeit der unechten Rückwirkung von Art. 32d USG auf Rechtsnachfolger von Verhaltensstörern nur bei (altrechtlichen) Fusionen, wohingegen es die Zulässigkeit der unechten Rückwirkung bei altrechtlichen Geschäftsübernahmen im Sinne von Art. 181 OR und im Erbgang verneint (siehe oben die Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rz. 84).

[Rz 86] **3.** Diese unterschiedliche Behandlung der Rechtsnachfolger von Verhaltensstörern durch die h.M. (oben Rz. 84) ist gemäss Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB<sup>125</sup> zwar theoretisch möglich, u.E. aber nicht gerechtfertigt. Ohnehin kann der h.M. aus dogmatischen Gründen nicht gefolgt werden. Bei der Beantwortung der Frage, ob unter heute geltendem Recht eine Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers für in der Vergangenheit unter altem Recht verursachte Altlasten («les sites contaminés») besteht, ist es wichtig, Tatsachen strikt von Rechtsverhältnissen abzugrenzen.

[Rz 87] **a.** Unter «Tatsachen» sind Vorgänge oder Zustände (auch Dauertatsachen genannt [sog. «negotia pendencia»]) zu verstehen.<sup>126</sup> Demgegenüber sind «Rechtsverhältnisse» Rechtsbeziehungen zwischen Personen und somit stets Schöpfungen einer bestimmten Rechtsordnung.<sup>127</sup> Rechtsverhältnisse sind entweder als alt- oder neurechtlich zu qualifizieren und zwar je nachdem, ob sie vom alten oder neuen Recht geschaffen wurden.<sup>128</sup> Hat sich der Sachverhalt unter dem alten Recht zugetragen und abschliessend *verwirklicht*, stellt die Anwendung neuen Rechts auf diesen altrechtlichen Sachverhalt eine *echte (retroaktive) Rückwirkung* dar.<sup>129</sup>

[Rz 88] **b.** Im Zusammenhang mit der vorliegend interessierenden Frage der Rückwirkung von Art. 32d USG auf altrechtliche Sachverhalte hat SÉBASTIEN CHAUMONTET treffend festgehalten, dass danach differenziert werden müsse, ob die Altlastenhaftung an den Zustand der Sache oder das Verhalten der Person anknüpfe.<sup>130</sup> Bei der Haftung des hier interessierenden Verhaltensstörers wird u.E. an sein *abgeschlossenes* Verhalten angeknüpft.<sup>131</sup> Abgeschlossen und verwirklicht hat sich nämlich ein Verhalten, wenn die Handlung oder Unterlassung abgeschlossen ist. Irrelevant sind die etwaigen Auswirkungen des Verhaltens in der Zukunft.<sup>132</sup> Wurde also das «schädigende» Verhalten eingestellt (z.B. Reinigung von Geräten mit umweltbelastenden Stoffen), so

---

zung von Altlasten-Standorten nach (neuem) Art. 32d USG und Altlastenverordnung, URP 1998, S. 603 ff., S. 629; HANS W. STUTZ/MARK CUMMINS, Die Sanierung von Altlasten, Zürich 1996, S. 34.

<sup>124</sup> Urteil des Bundesgerichts 1A.67/1997 vom 26. Februar 1998 E. 4d/bb, in: URP 1998, S. 152 ff.

<sup>125</sup> Die Art. 1–4 SchlT ZGB stellen nach der hier vertretenen Auffassung materielles öffentliches Recht dar und sind somit auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anwendbar (gl.M. MARKUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 2 zu Art. 1 SchlT ZGB m.w.H.).

<sup>126</sup> BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 125), N 5 zu Art. 1 SchlT ZGB.

<sup>127</sup> BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 125), N 6 zu Art. 1 SchlT ZGB.

<sup>128</sup> BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 125), N 6 f. zu Art. 1 SchlT ZGB.

<sup>129</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 24 Rz. 23.

<sup>130</sup> SÉBASTIEN CHAUMONTET, Verursacherhaftungen im Schweizer Umweltrecht, Diss. Freiburg 2008 = AISUF Band 290, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 765.

<sup>131</sup> So bereits CHAUMONTET (Fn. 130), Rz. 767.

<sup>132</sup> PAUL MUTZNER, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1926, N 46 zu Art. 1 SchlT ZGB; WAGNER PFEIFER (Fn. 109), S. 146 mit Verweis auf BGE 127 III 257 E. 2b/aa S. 260 («massgeblich ist einzig der Zeitpunkt des den Schaden verursachenden Verhaltens»); BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 125), N 9 zu Art. 1 SchlT ZGB; a.M. LINIGER/CONRAD (Fn. 117), S. 241.

liegt – selbst wenn sich die Gefahrenlage bis in die Gegenwart auswirkt – kein Dauersachverhalt, sondern ein abgeschlossener altrechtlicher Sachverhalt vor.<sup>133</sup> Ergo stellt die Anwendung von Art. 32d USG auf altrechtliche Sachverhalte eine echte Rückwirkung dar.<sup>134</sup> Die vom Bundesgericht angenommene unechte Rückwirkung von Art. 32d USG (oben Rz. 85) ist somit gar nicht möglich und damit auch unzulässig.

[Rz 89] 4. Um die Frage beantworten zu können, ob man die Kosten der Altlastensanierung, welche auf das Verhalten des Verhaltensstörers zurückzuführen sind, dessen Rechtsnachfolger auferlegen kann, müssen folgende zwei Fragen geklärt werden:

- *Frage 1:* Kann man die Kosten der Altlastensanierung gestützt auf Art. 32d USG dem Verhaltensstörer auferlegen, wenn zum Zeitpunkt des «schädigenden» Verhaltens noch keine Rechtsgrundlage bestanden hat (unten Rz. 90)?
- *Frage 2:* Kann man die Kosten der Altlastensanierung gestützt auf Art. 32d USG dem Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers auferlegen, wenn zum Zeitpunkt des «schädigenden» Verhaltens des Verhaltensstörers noch keine Rechtsgrundlage bestanden hat (unten Rz. 91)?

[Rz 90] a. *Zulässigkeit der echten Rückwirkung von Art. 32d USG auf altrechtliche Sachverhalte und damit Zulässigkeit der Auferlegung der Kostentragungspflicht an den Verhaltensstörer in altrechtlichen Sachverhalten.* Fraglich ist, ob die Anwendung von Art. 32d USG und die damit verbundene echte Rückwirkung auf altrechtliche Sachverhalte zulässig ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Frage gestützt auf Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB<sup>135</sup> – also mittels einer Interessenabwägung zwischen den Vertrauensinteressen der Privaten und den öffentlichen Interessen – zu beantworten.<sup>136</sup> Bei dieser Interessenabwägung sind betreffend Art. 32d USG folgende Überlegungen anzustellen: Der Schutz der Umwelt hat in den letzten Jahrzehnten stark an Bedeutung gewonnen. Es ist daher nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber Private verpflichten möchte, Altlasten zu beseitigen und die Kosten für diese Sanierungen dem «Verursacher» auferlegen will. Dies gilt umso mehr, als bei Nichtauferlegung der Sanierungskosten an die Privaten eine Ausfallhaftung des Gemeinwesens und letztlich des Steuerzahlers besteht. Auf der anderen Seite steht das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Beständigkeit und Verlässlichkeit der schweizerischen Rechtsordnung. Die Verhaltensverursacher haben bei Verursachung der – aus heutiger Sicht – Umweltschädigung sämtliche geltenden gesetzlichen Bestimmungen eingehalten (teilweise sogar behördlich bewilligt). Wirft man diese öffentlichen und privaten Interessen in eine Waagschale, überwiegen u.E. die privaten Interessen. Diesbezüglich zu berücksichtigen ist auch, dass der Gesetzgeber durch Erlass des USG Private bereits verpflichten kann, die Altlasten (auch gegen ihren Willen) beseitigen zu lassen, womit dem Umweltschutz genügend Rechnung getragen wird (Realleistungspflicht<sup>137</sup>). Das rein monetarische Interesse der öffentlichen Hand an der Auferlegung

---

<sup>133</sup> Gl.M. CHAUMONTET (Fn. 130), Rz. 770 ff.; WAGNER PFEIFER (Fn. 109), Rz. 784; HANS RUDOLF TRÜEB, Die so genannte Bauherrenaltlast, URP 2007, S. 616 ff., S. 625.

<sup>134</sup> Gl.M. Urs CH. NEF, Die Kostenpflicht bei der Sanierung von historischen Altlasten, in: Alexander Ruch/Gérard Hertig/Urs Ch. Nef (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit. Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 389 ff., S. 402.

<sup>135</sup> Zu den Kriterien der Interessenabwägung der verwaltungsrechtlichen Lehre und der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts betreffend echte Rückwirkung z.B. TRÜEB (Fn. 133), S. 625 f.

<sup>136</sup> BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 125), N 14 zu Art. 1 SchIT ZGB und N 1 ff. zu Art. 2 SchIT ZGB.

<sup>137</sup> Die Auferlegung der Realleistung gestützt auf Art. 32c USG (zur Realleistungspflicht nach Art. 32c USG z.B. CHRISTOPH JÄGER/ANDREAS BÜHLER, Schweizerisches Umweltrecht, Bern 2016, Rz. 610 ff.), stellt zwar auch eine echte Rückwirkung von Art. 32c USG auf einen altrechtlichen Sachverhalt dar. Im Gegensatz zur echten Rückwirkung von Art. 32d USG (Kostentragungspflicht) ist diese echte Rückwirkung von Art. 32c USG jedoch aufgrund der überwiegenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt.

dieser Kosten an Private überwiegt keinesfalls die privaten Interessen, so dass eine echte Rückwirkung gerechtfertigt wäre. Die gegenteilige Schlussfolgerung, also die Bejahung der Zulässigkeit der echten Rückwirkung von Art. 32d USG auf altrechtliche Sachverhalte, ist u.E. nur dann gerechtfertigt, wenn zum Zeitpunkt der Vornahme des «schädigenden» Verhaltens mit Bezug auf das in Frage stehende kontaminierte Schutzgut eine vergleichbare Rechtsgrundlage bestanden hat (z.B. aGSchG).

[Rz 91] **b.** *Zulässigkeit der echten Rückwirkung von Art. 32d USG auf altrechtliche Sachverhalte und damit Zulässigkeit der Auferlegung der Kostentragungspflicht an den Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers in altrechtlichen Sachverhalten.* Wie ausgeführt, ist es unzulässig, in altrechtlichen Sachverhalten dem Verhaltensstörer die Kosten einer Sanierung gestützt auf Art. 32d USG aufzuerlegen, sofern keine vergleichbare Rechtsgrundlage bestanden hat (oben Rz. 90). Folgerichtig dürfen die Kosten einer Sanierung in altrechtlichen Sachverhalten erst recht nicht dem Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers auferlegt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Rechtsnachfolger das Grundstück mittels Singular- oder Universalsukzession erwirbt. Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB ist nur zu berücksichtigen, dass der Rechtsnachfolger noch viel höhere schützenswerte Vertrauenserwartungen in die Rechtsordnung hat als der ursprüngliche Verhaltensstörer. Das Bundesgericht teilt (implizit) diese Meinung, wenn auch mit anderer Begründung (unten Rz. 92 f.), jedoch nur in Bezug auf den Erwerb mittels Singulärsukzession, Erbgang und (altrechtlicher) Geschäftsübernahme gemäss Art. 181 OR, nicht aber betreffend Fusionen. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung (siehe auch oben Rz. 84 f.) führt nach der hier vertretenen Auffassung zu einer nicht haltbaren unterschiedlichen Behandlung der Singulärsukzession, (altrechtlichen) Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR sowie dem Erbgang einerseits und der alt- oder neurechtlichen Fusion andererseits mit Bezug auf die Kostentragungspflicht des Rechtsnachfolgers des Verhaltensstörers in altrechtlichen Sachverhalten.

[Rz 92] **c.** Wie aufgezeigt (oben Rz. 84), legen das Bundesgericht und die h.L. den intertemporalen Anwendungsbereich von Art. 32d USG bei Rechtsnachfolgern von Verhaltensstörern unterschiedlich fest. Abgesehen davon, dass diese unterschiedliche Behandlung u.E. einer Interessenabwägung nach Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB nicht standhält, ist die Begründung des Bundesgerichts und der h.L. für diese unterschiedliche Behandlung dogmatisch nicht haltbar. Das Bundesgericht<sup>138</sup> und die h.L.<sup>139</sup> stellen zur Beantwortung der Frage, ob dem Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers die Sanierungskosten auferlegt werden können, jeweils Überlegungen zum Übergang der Kostentragungspflicht vom Verhaltensstörer auf dessen Rechtsnachfolger an (siehe oben die Übersicht bei Rz. 84). Solche Überlegungen zum Übergang der Kostentragungspflicht müssen jedoch gar nicht gemacht werden. Es bedarf einzig einer Interessenabwägung nach Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB, da es sich ausschliesslich um ein Problem der echten Rückwirkung und nicht des rechtsgeschäftlichen Übergangs der Kostentragungspflicht handelt.

[Rz 93] Damit ist auch gesagt, dass das Bundesgericht und die h.L. verkennen, dass die Kostentragungspflicht in altrechtlichen Sachverhalten gar nicht im Rahmen der Universalsukzession auf den Rechtsnachfolger übergeht bzw. übergehen kann. Bei einer Fusion geht zwar die Gesamtheit

---

<sup>138</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 4.3.

<sup>139</sup> LINIGER/CONRAD (Fn. 117), S. 236 ff.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/ISABELLE ROMY, Die finanzielle Verantwortlichkeit von Gesellschaften innerhalb von Wirtschaftsgruppen für die Sanierungskosten von Altlasten (Endgültige Fassung vom 21. Oktober 2008), [http://have.ch/fileadmin/user\\_upload/Newsdateien/Gutachten\\_Zufferey\\_Romy.pdf](http://have.ch/fileadmin/user_upload/Newsdateien/Gutachten_Zufferey_Romy.pdf) (besucht am 7. September 2018), S. 23.

der Aktiven und Passiven im Zuge der Universalsukzession über.<sup>140</sup> Passiven gehen nach der h.M. sogar über, wenn sie zum Zeitpunkt der Fusion unbekannt oder unbezifferbar sind.<sup>141</sup> Allerdings muss u.E. ein Passivum im Zeitpunkt der Fusion, d.h. bei Eintragung ins Handelsregister (Art. 22 Abs. 1 FusG) bereits bestanden haben, damit es übergehen kann. Mit anderen Worten haftet die übernehmende Gesellschaft nur für jene Verbindlichkeiten, welche die übernommene Gesellschaft vor dem Vollzug der Fusion, d.h. dem Eintrag ins Handelsregister, eingegangen ist.<sup>142</sup> Gab es zum Zeitpunkt der Fusion die rechtliche Grundlage für eine umweltrechtliche Haftung (noch) nicht, war die Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers im Fusionszeitpunkt nicht begründet (und zwar selbst dann nicht, wenn die nach heute geltendem Recht haftungsbegründenden Sachverhaltselemente im Zeitpunkt der Rechtsnachfolge bereits erfüllt waren<sup>143</sup>). Aus diesem Grund ist die Kostentragungspflicht zum Fusionszeitpunkt kein Passivum, welches bei einer Fusion durch Universalsukzession übergehen könnte.<sup>144</sup> Bestand zum Zeitpunkt der Vornahme der relevanten Handlungen durch den Verhaltensstörer keine gesetzliche Grundlage, handelt es sich bei den fraglichen Handlungen oder Unterlassungen nicht um Rechtsverhältnisse, sondern lediglich um Tatsachen.<sup>145</sup> Wie aufgezeigt, vermögen Tatsachen ohne Bezug zur Rechtsordnung keine Rechtswirkungen zu zeitigen. Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung abzulehnen, wonach die Gesamtrechtsnachfolge «auch alle im Werden begriffenen Rechtsbeziehungen» umfasse.<sup>146</sup>

[Rz 94] 5. Zusammenfassend ist was folgt festzuhalten: (1) Ob dem Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers die Sanierungskosten nach Art. 32d USG auferlegt werden können, ist eine Frage, welche den intertemporalen Anwendungsbereich von Art. 32d USG beschlägt. (2) Entgegen der h.M. ist die Anwendung von Art. 32d USG auf altrechtliche Sachverhalte eine echte und nicht eine unechte Rückwirkung. (3) Entsprechend lässt sich die Frage, ob dem Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers die Sanierungskosten nach Art. 32d USG auferlegt werden können, nur mittels Vornahme einer Interessenabwägung gemäss Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB beantworten. Die vom Bundesgericht und der h.L. anstelle dessen angestellten Überlegungen zum Übergang der Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers auf seinen Rechtsnachfolger sind folglich unbehelflich. (4) Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Auferlegung der Sanierungskosten auf den Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers in altrechtlichen Sachverhalten gestützt auf Art. 32d USG nicht gerechtfertigt, da die privaten Interessen der Rechtsnachfolger die öffentlichen Interessen überwiegen. Eine Ausnahme hiervon ist nur zu machen, wenn zum Zeitpunkt der Vornahme der «schädigenden» Handlung durch den Verhaltensstörer bereits eine mit Art. 32d USG vergleichbare gesetzliche Grundlage bestanden hat. Diesfalls ist die Auferlegung der Sanierungskosten auf den Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers zulässig. (5) Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht seine Rechtsprechung bezüglich des Übergangs der Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers generell aufgeben und inskünftig statt dessen eine Interessenabwägung gestützt auf Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB vornehmen würde. Insbesondere

---

<sup>140</sup> Z.B. MARTIN FREY, in: Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Bern 2015, N 6 zu Art. 3 FusG.

<sup>141</sup> Statt vieler RUDOLF TSCHÄNI/TINO GABERTHÜEL/STEPHAN ERNI, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, N 7 zu Art. 22 FusG; BÖCKLI (Fn. 12), § 3 Rz. 143.

<sup>142</sup> URS SCHENKER, in: Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Bern 2015, N 11 zu Art. 13 FusG.

<sup>143</sup> A.M. WAGNER PFEIFER (Fn. 123), Rz. 816; WAGNER PFEIFER (Fn. 109), S. 140.

<sup>144</sup> A.M. ZUFFEREY/ROMY (Fn. 139), S. 23; LINIGER/CONRAD (Fn. 117), S. 241.

<sup>145</sup> Vgl. NEF (Fn. 134), S. 402; BGE 103 II 330 E. 3 S. 334.

<sup>146</sup> Betreffend deutsches Recht HANS-JÜRGEN PAPIER, Zur rückwirkenden Haftung des Rechtsnachfolgers für Altlasten, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1996, S. 125 ff., S. 127.

sollte das Bundesgericht seine Rechtsprechung betreffend Übergang der Kostentragungspflicht im Zuge einer Fusion auf den Rechtsnachfolger des Verhaltensstörers in altrechtlichen Sachverhalten ändern und damit die polizeirechtliche «Ewigkeitshaftung»<sup>147</sup> für Altlasten aufgeben. (6) Für die M&A-Praxis ergibt sich aus dem vorliegend besprochenen Urteil, dass die Haftung für Altlasten und andere umweltrechtliche Risiken im Vertragswerk über die Transaktion zu regeln sind.<sup>148</sup> Mit einer entsprechenden vertraglichen Regelung kann freilich nicht über die öffentlich-rechtliche Kostentragungspflicht verfügt, wohl aber das damit zusammenhängende Risiko alloziert werden.<sup>149</sup> Genauere Abklärungen betreffend die Altlasten-Problematik sollten bereits dann erfolgen, wenn ein Unternehmen, dessen Rechtsvorgänger oder der Verkäufer eines Betriebsteils in der näheren oder entfernteren Vergangenheit einen Bezug zu einem belasteten Grundstück oder zu einer sonstigen umweltrechtlichen Thematik hatte.<sup>150</sup>

## 2. Software-Integrationsvertrag, Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung

**Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2017 vom 4. September 2017, publiziert als BGE 143 III 495 (MV/DG)**<sup>151</sup>

[Rz 95] Im Jahre 2011/2012 schrieb die Stadt U. (Kundin, Beschwerdeführerin) die Gesamterneuerung ihres Internetauftritts im Rahmen eines Submissionsverfahrens öffentlich aus. Die A. AG (Unternehmerin, Beschwerdegegnerin) reichte zusammen mit ihrer Offerte, welche auf der Softwarelösung B. (nachfolgend Software) beruhte, ein umfangreiches Dossier ein. In der Folge plausibilisierte die Kundin unter Beizug eines externen Beraters die Angaben der Unternehmerin. Nachdem die Unternehmerin den Zuschlag erhalten hatte, unterzeichneten die Parteien am 9./10. August 2012 einen Projektierungs-Vertrag (nachfolgend Vertrag). Am 31. Oktober/11. November 2013 schlossen die Parteien zusätzlich eine «Vereinbarung Entschädigung Zusatzaufwendungen» (nachfolgend Zusatzvereinbarung) ab. Aufgrund von Differenzen setzte die Kundin der Unternehmerin zweimal Nachfrist zur mängelfreien Erfüllung an und erklärte mit Schreiben vom 22. September 2014 schliesslich u.a. unter Berufung auf Täuschung den sofortigen Rücktritt vom Vertrag und von der Zusatzvereinbarung. Mit Klage vom 17. April 2015 beantragte die Kundin dem Handelsgericht des Kantons Zürich, die Unternehmerin sei zu verpflichten, ihr CHF 513'305.27 zuzüglich Zins zu 5% zu bezahlen. Sie forderte damit die von ihr an die Unternehmerin geleisteten Zahlungen zurück und machte überdies Schadenersatzansprüche geltend.

---

<sup>147</sup> PAPIER (Fn. 146), S. 146.

<sup>148</sup> ZAUGG/VISCHER (Fn. 106), Rz. 16; zur Sachmängelhaftung des Verkäufers bei Altlasten im Allgemeinen siehe JÖRG SCHMID, Die Gewährleistung beim Grundstückskauf, ZBGR 2000, S. 353 ff., 368 ff.

<sup>149</sup> RÜEGG (Fn. 108), Rz. 103; LINIGER/CONRAD (Fn. 117), S. 236 f.; BRUNNER/VISCHER/GALLI (Fn. 84), Rz. 51 *in fine*.

<sup>150</sup> Vgl. HANS U. LINIGER, Altlasten und kein Ende, GesKR 2007, S. 273 ff., S. 276 f.; ZAUGG/VISCHER (Fn. 106), Rz. 16.

<sup>151</sup> Vgl. auch PABLO SCHUMACHER, Sachliche Zuständigkeit bei der Widerklage, *ius.focus* 2018, Nr. 149; ROMAN HUBER, (2) BGer 4A\_141/2017: Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bei konnexer Widerklage und Rücktrittsfragen bei gescheitertem IT-Projekt, *AJP* 2017, S. 1521 ff.; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, BGer 4A\_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, *AJP* 2017, S. 1393 ff.; SUSANNA GUT, Zuständigkeit des Handelsgerichts bei Widerklagen gegen Nicht-Kaufleute, in: *dRSK*, publiziert am 21. November 2017; SIMONE SCHÜRCH, La demande reconventionnelle devant le Tribunal de commerce, le dol et le délai convenable dans la demeure (2/2), in: *LawInside.ch*, publiziert am 26. Oktober 2017; YLBER HASANI, Verzögerter Vertragsrücktritt, *ius.focus* 2017, Nr. 248.

Die Vorinstanz wies mit Urteil vom 9. Februar 2017 die Klage ab. Die hiergegen von der Kundin erhobene Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht ab.

[Rz 96] **1.** Das Bundesgericht erinnerte daran, der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setze einerseits voraus, dass der Vertragspartner – durch positives Verhalten oder durch Schweigen – absichtlich getäuscht worden sei. Andererseits sei erforderlich, dass der Vertragspartner durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet worden sei (E. 3.1). **2.** Dem Täuschenden sei der Einwand verwehrt, der Getäuschte hätte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt, etwa durch Nachforschungen, die Täuschung erkennen können (E. 3.1.4). **3.** Die Vorinstanz habe erwogen, es sei «a priori nicht ersichtlich», inwiefern ein täuschendes Verhalten der Unternehmerin vorgelegen haben soll. Sie habe die Frage aber offengelassen. Denn selbst wenn ein täuschendes Verhalten der Unternehmerin vorliegen würde, würde dieses völlig in den Hintergrund treten. Dies weil laut Vorinstanz im Rahmen der Täuschung gemäss Art. 28 OR die «Opfermitverantwortung» der Getäuschten zu berücksichtigen ist (E. 3.2). **4.** Das Bundesgericht erklärte, es sei nicht ganz klar, was die Vorinstanz mit «Opfermitverantwortung» und ähnlichen Ausdrücken meine. Es gebe zivilrechtlich keine Opfermitverantwortung in dem Sinn, dass ein Getäuschter zufolge seiner Fahrlässigkeit gleichsam «selber schuld» sei (E. 3.3). **5.** Der Vorwurf der Kundin sei im Kern, dass die Unternehmerin sich zur Realisierung umfangreicher, detailliert umschriebener Funktionen gemäss Pflichtenheft verpflichtet habe, obwohl ihr von Anfang an klar gewesen sei, dass sie diese mit der Software nicht «*out of the box*», d.h. standardmässig ohne zusätzlich zu entschädigende Ergänzungen, werde erbringen können (E. 3.4.1/3.4.2.1). Demgegenüber sei die Unternehmerin der Ansicht, dass sich aus dem Vertrag, der dem Pflichtenheft vorgehe, ergebe, dass kein Kostendach vereinbart worden sei. Darin werde nämlich festgehalten, dass die Unternehmerin «nach effektivem Aufwand» abrechne (E. 3.4.2.1). Das Bundesgericht folgerte, es gehe also letztlich darum, was vereinbart worden sei. Namentlich scheine ein unterschiedliches Verständnis darüber bestanden zu haben, was der Begriff «*out of the box*» bedeute (E. 3.4.2.1). **6.** Das Bundesgericht kam zum Schluss, es liege keine Täuschung vor. Beide Parteien könnten sich für ihr jeweiliges unterschiedliches Verständnis darüber, welche Leistungen zu welchem Preis vereinbart worden seien, auf bestimmte Indizien stützen. Der Streit sei daher eigentlich ein solcher über die Vertragsauslegung. Eine Täuschung über Tatsachen und insbesondere eine diesbezügliche Täuschungsabsicht der Unternehmerin liege jedenfalls nicht vor. Auch eine Täuschung durch passives Verhalten sei zu verneinen. Dies würde voraussetzen, dass die Unternehmerin nach Treu und Glauben eine entsprechende Aufklärungspflicht gehabt hätte, was allein schon deswegen zu verneinen sei, weil die Kundin für das Projekt einen Berater beigezogen habe. Wenn jemand einen Experten beiziehe, könne die Gegenpartei davon ausgehen, dass dieser über Fachkunde verfüge, und müsse nicht selber noch Aufklärungsarbeit leisten (E. 3.4.2/3.4.2.3).

[Rz 97] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass es bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung keine Opfermitverantwortung gibt. Es ist dem Bundesgericht zwar beizupflichten, dass der Terminus «Opfermitverantwortung» ein dem Strafrecht entlehnter Begriff ist. Dies vermag allerdings nichts am Umstand zu ändern, dass das Konzept der Opfermitverantwortung – wie nachfolgend aufgezeigt wird – schon vor Jahrzehnten unter Hinweis auf das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden hat.<sup>152</sup> Entsprechend sind nur qualifizierte, d.h. *arglistige* Täuschungen tatbe-

---

<sup>152</sup> Einlässlich VISCHER/GALLI (Fn. 151), S. 1398 ff.



standsmässig im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR.<sup>153</sup> Denn im Zivilrecht – wie auch im Strafrecht<sup>154</sup> – existiert kein absolutes Täuschungsverbot.<sup>155</sup>

[Rz 98] 2. Ob eine Täuschung arglistig und damit tatbestandsmässig im Sinne von Art. 28 OR ist, wird durch eine Abwägung der Interessen des Täuschenden und jenen des Getäuschten im Spannungsfeld des gegenseitigen Vertrauens<sup>156</sup> bzw. des Wissens und Wissen-Müssens des Täuschenden und des Wissens und Wissen-Müssens des Getäuschten ermittelt.<sup>157</sup> Dabei wird das Verhalten des Täuschenden auf der einen Seite und das Verhalten des Getäuschten auf der anderen Seite gewürdigt<sup>158</sup> und zueinander in Kontext gesetzt.<sup>159</sup> Im Zentrum dieser Abwägung stehen die Täuschungsintensität beim Täuschenden und die Opfermitverantwortung<sup>160</sup> beim Getäuschten.<sup>161</sup> Es muss also – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts im besprochenen Urteil (vgl. E. 3.3) – zwingend auch das Verhalten des Getäuschten mitbeurteilt werden, weil das Bestehen einer arglistigen Täuschung nicht absolut, d.h. nur anhand einer Würdigung des Verhaltens des Täuschenden, bejaht werden kann.<sup>162</sup> Folglich ist das Verhalten des Getäuschten unter dem Gesichtspunkt des aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) fliessenden Prinzips der Opfermitverantwortung zu bewerten.<sup>163</sup> Ob eine Täuschung arglistig ist, beurteilt sich – auf eine einfache Formel gebracht – am Kriterium der Sozialadäquanz. Solange sich der Täuschende sozialadäquat verhält, ist die Täuschung in der Regel nicht arglistig, und solange sich der Getäuschte sozialadäquat verhält, ist im Regelfall eine Opfermitverantwortung des Getäuschten zu verneinen.<sup>164</sup>

[Rz 99] 3. Das Bundesgericht hat zu Recht das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung verneint, auch wenn es dies teilweise etwas oberflächlich begründet hat. Die Kundin führte vor Bundesgericht aus, die Täuschung sei darin zu erblicken, dass die Unternehmerin ihr tatsachenwidrig vor-

---

<sup>153</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 225 f. m.w.H.

<sup>154</sup> Statt vieler CHRISTOF RIEDO, Die Gegenwart der Zukunft. Zur Möglichkeit der Täuschung über künftige Tatsachen, in: Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 203 ff., S. 213, welcher die Arglist als Korrektiv bezeichnet.

<sup>155</sup> Einlässlich VISCHER/GALLI (Fn. 151), S. 1398 ff. unter Berufung auf MARKUS VISCHER, Der Einsatz des Strafrechts im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung. Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 541 ff., S. 551 *in initio*; MAJA L. BLUMER, in: Kurzkommentar, Obligationenrecht, Basel 2014, N 2 zu Art. 28 OR; BRUNO VON BÜREN, Arglistig oder einfach arg?, SJZ 1971, S. 8 f., S. 9; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972, S. 31 (Anm. 122) und 36 (Anm. 153); ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER (Fn. 25), N 5 zu Art. 28 OR; a.M. etwa BSK OR I-SCHWENZER (Fn. 77), N 1 zu Art. 28 OR; KARL SPIRO, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 1952, S. 449 ff., S. 504 Anm. 4.

<sup>156</sup> HANS MERZ, in: Berner Kommentar, Bern 1966, N 17 zu Art. 2 ZGB.

<sup>157</sup> VISCHER (Fn. 155), S. 551.

<sup>158</sup> Ebenso ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER (Fn. 25), N 7 zu Art. 28 OR; in diesem Sinne auch AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1930, N 1 zu Art. 2 ZGB, der festhält, dass Rechtskonflikte «[...] unter sorgfältiger Bewertung der dabei in Frage kommenden Interessen einer Lösung entgegengeführt werden [...]» müssen (Hervorhebung durch die Autoren dieses Beitrags hinzugefügt).

<sup>159</sup> Siehe auch KURT KLAUSBERGER, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Zürich 1988 = ZStP Band 66, Zürich 1989, S. 32 Anm. 138, welcher darauf hinweist, dass die Umstände bei einer «Täuschung» beim Täuschenden und Getäuschten unterschiedlich sein können.

<sup>160</sup> Dass auch die zivilrechtliche absichtliche Täuschung arglistig sein muss und somit immer das Verhalten beider Parteien gewürdigt sowie zueinander in Relation gesetzt werden muss, lässt sich auch aus dem Vertrauensgrundsatz herleiten (einlässlich VISCHER/GALLI [Fn. 22], S. 225 f.).

<sup>161</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 225.

<sup>162</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 151), S. 1402.

<sup>163</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 151), S. 1402.

<sup>164</sup> VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 225 f.

gegaukelt habe, die Software sei eine Standard-CMS-Software mit «out of the box»-Funktionalität (vgl. E. 3.4.1).

[Rz 100] a. Worin genau die Täuschungshandlung bestanden haben soll, ist u.E. unklar. Auch das Bundesgericht konnte die täuschende Verhaltensweise nicht genau identifizieren (vgl. E. 3.4.2/3.4.2.3). Erachtet man das tatsachenwidrige Ausfüllen der Selbstdeklaration als Täuschung, wäre dies als aktive Täuschung zu qualifizieren, da falsche Tatsachen vorgespiegelt worden wären. Wie ausgeführt, ist dieses «täuschende» Verhalten der Unternehmerin in Relation zum Verhalten der Kundin zu setzen. Unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist festzuhalten, dass die Kundin u.E. aufgrund des Submissionsverfahrens gesetzlich verpflichtet war, die Angebote zu prüfen. Aus diesem Grund konnte sie sich nicht auf die Richtigkeit dieser Angaben verlassen. Zwar hat die Kundin die Angaben – sogar unter Beizug des Experten – geprüft, offenbar aber nicht genau genug. Das Bundesgericht begnügte sich mit der Aussage, eine (aktive) Täuschung und eine Täuschungsabsicht lägen nicht vor. Dies stellt nach hier vertretener Auffassung keine rechtsgenügende Begründung dar und zeigt zugleich deutlich auf, dass es schwierig ist, das Vorliegen einer Täuschung zu bejahen oder zu verneinen, wenn man nicht auf die im Rahmen der Opfermitverantwortung entwickelten Kriterien zurückgreifen kann.

[Rz 101] b. Man könnte die Täuschung auch in der fehlenden Aufklärung durch die Unternehmerin erblicken, mithin in einer passiven Täuschung. Auch dieses Verhalten hat das Bundesgericht zu Recht nicht als Täuschung taxiert. Begründet hat dies das Bundesgericht mit dem in der vorliegenden Konstellation stichhaltigen Argument, dass die Kundin einen Experten beigezogen hatte. Somit konnte die Unternehmerin davon ausgehen, dass sie keine Aufklärung betreiben muss. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Aussage des Bundesgerichts, wonach keine Aufklärungsarbeit durch eine Partei geleistet werden müsse, wenn die Gegenseite einen Experten beigezogen hat, in dieser Absolutheit falsch ist.<sup>165</sup> Zum einen widerspricht sich das Bundesgericht, wenn es einerseits ausführt, es gebe «zivilrechtlich keine Opfermitverantwortung» (vgl. E. 3.3 *in initio*), andererseits aber das Vorliegen einer passiven Täuschung generell verneint, wenn die «getäuschte» Partei einen Experten beigezogen hat (vgl. E. 3.4.2.3 *in fine*). Richtig ist, dass jedermann nach schweizerischem Rechtsverständnis seine Interessen im Geschäftsverkehr eigenverantwortlich zu wahren hat.<sup>166</sup> Das bedeutet aber nicht, dass der Beizug eines Experten ausschliesst, dass man getäuscht werden und damit den Rechtsbehelf von Art. 28 Abs. 1 OR geltend machen kann. Vielmehr erhöht sich die Schwelle für die Annahme einer passiven absichtlichen Täuschung, weil die «getäuschte» Partei durch eine fachkundige Person beraten wird.

---

<sup>165</sup> So bereits VISCHER/GALLI (Fn. 22), S. 225 (Anm. 33); gl.M. GUT (Fn. 151), Rz. 43 f.

<sup>166</sup> ALEXANDER NIKITINE, Management Buy-out – Vorvertragliche Aufklärungspflichten der Manager, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 239 ff., S. 259; VISCHER/GALLI (Fn. 151), S. 1400.

### 3. Risikoüberwälzungsklausel – Übertragung des Risikos von Legitimationsmängeln bzw. Unterschriftsfälschungen (Schadensabwälzung; Art. 100 OR analog); Unwirksamkeit im Falle grober Fahrlässigkeit («faute grave»)

Urteil des Bundesgerichts 4A\_379/2016 vom 15. Juni 2017 (CB)<sup>167</sup>

[Rz 102] A., wohnhaft in Paris, eröffnete am 9. September 2004 ein Konto bei der Bank Z. SA, auf welchem sie einen Betrag von ca. EUR 1.5 Mio. hinterlegte. Gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Kontoeröffnungsvertrags hatte der Kunde den Schaden aus Legitimationsmängeln oder nicht entdeckten Fälschungen zu tragen, es sei denn, die Bank treffe ein schweres Verschulden (grobe Fahrlässigkeit<sup>168</sup>). Seit April 2007 wurde das Konto von der unabhängigen Vermögensverwalterin V. SA, vertreten durch B., verwaltet. B. war früher für die Bank Z. SA tätig und betreute A. im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrags, bevor er zur V. SA wechselte und A. als Vermögensverwaltungskunden der V. SA weiter betreute. Die Vermögenswerte blieben bei der Bank Z. SA hinterlegt. A. stellte zugunsten der V. SA eine Vollmacht aus, in welcher der V. SA die Möglichkeit eingeräumt wurde, A. für alle aktuellen und zukünftigen Geschäftsbeziehungen mit der Bank Z. SA zu vertreten.

[Rz 103] Zwischen Juni 2006 und Ende 2010 überwies B. ohne Wissen der A. deren Geld in fünf Transaktionen, teilweise mittels Fälschung ihrer Unterschrift bzw. indem er gegenüber der Bank falsche Instruktionen vorspiegelte, zunächst auf ein Konto der T. SA, einer im Edelmetallgeschäft tätigen Firma, und von dort auf ihn selbst und schloss alsdann das geleerte Konto der A. bei der Bank. Während dieser vier Jahre nahm A. von den banklagernden Belastungsanzeigen keine Kenntnis, besuchte aber vereinzelt B., der ihr von den Transaktionen nichts sagte. Am 24. Februar 2011 erhob die V. SA gegen B. Strafanzeige.

[Rz 104] Die Tochter von A., der A. die entsprechende Forderung abgetreten hatte, klagte gegen die Bank Z. SA auf Schadloshaltung (rund EUR 1.3 Mio.). Die Gerichte des Kantons Waadt hiessen die Klage im Umfang von EUR 82'800 gut, da nur hinsichtlich dieses Betrags eine schwere Verletzung der Sorgfaltspflicht der Bank festzustellen sei. Im Unterschied zu allen anderen Transaktionen hatte B. diese Überweisung getätigt, als er noch bei der Bank Z. SA angestellt war. Hinsichtlich der restlichen durch B. abgehobenen Beträge wurden die durch die Bank vorgenommenen Abklärungen als ausreichend bzw. nicht grobfahrlässig angesehen und eine entsprechende Haftung der Bank verneint. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der A. gut.

[Rz 105] 1. Das Bundesgericht erwog, nach der gesetzlich vorgesehenen Risikoverteilung sei der aus der ungerechtfertigten (weil nicht durch eine Bevollmächtigung gedeckten) Zahlung resultierende Schaden ein Schaden der Bank, nicht des Kunden. Der Kunde habe einen Erfüllungsanspruch auf Rückerstattung des Kontosalos. Diese gesetzliche Risikoverteilung könne aber durch vertragliche Vereinbarung abgeändert werden (E. 3.2.2). Es sei üblich, dass die AGB der Banken

---

<sup>167</sup> Der vorliegende Entscheid betrifft keinen Kaufvertrag, wird aber aufgrund seiner allgemeinen Relevanz auch für Kaufverträge kurz dargestellt. Vgl. auch MARKUS VISCHER, Schadensabwälzungsklauseln, in: dRSK, publiziert am 8. September 2017; YLBER HASANI, Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser!, ius.focus 2017, Nr. 198; ARNAUD NUSSBAUMER, Les devoirs de vérification de la banque face à un document falsifié, in: LawInside.ch, publiziert am 26. Juli 2017; MARIE JENNY, Défait de légitimation. Responsabilité de la banque dans l'exécution d'ordres falsifiés par un gérant indépendant, publiziert am: 20 Juli 2017 durch das Centre de droit bancaire et financier, [www.cdbf.ch/979/#.W4qE484zZhE](http://www.cdbf.ch/979/#.W4qE484zZhE) (besucht am 6. September 2018).

<sup>168</sup> Der Begriff «faute grave» findet sich in der französischen Fassung von Art. 100 Abs. 1 OR und entspricht in der deutschen Fassung dem Begriff «grobe Fahrlässigkeit».

eine sogenannte Risikoüberwälzungsklausel enthielten, welche vorsehe, dass Schäden, die durch Legitimationsmängel oder Fälschung entstehen, vom Kunden zu tragen sind, ausser bei grober Fahrlässigkeit der Bank. Nach der Rechtsprechung sei die Gültigkeit einer solchen Klausel in analoger Anwendung der Art. 100 und 101 Abs. 3 OR zu prüfen, die Vereinbarungen regeln, die die Parteien von der Haftung für Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung des Vertrags befreien, auch wenn die Gefahrübergangsklausel keine vertragliche Nichterfüllung im Sinne von Art. 97 ff. OR darstelle. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Bank sei die Freistellungsklausel nichtig (Art. 100 Abs. 1 OR), was auch die AGB der Banken (wie vorliegend) regelmässig so vorsähen (E. 3.3.1).

[Rz 106] 2. Grobe Fahrlässigkeit liege vor, wenn elementare Vorsichtsregeln verletzt werden, deren Einhaltung von jeder vernünftigen Person unter den gleichen Umständen verlangt worden wäre. Bloss leichte Fahrlässigkeit liege bei einer Sorgfaltspflichtverletzung vor, die nicht als Verletzung der elementarsten Vorsichtsregeln angesehen werden könne. Der Richter beurteile die Schwere des Verschuldens unter Bezugnahme auf die Sorgfalt, welche die andere Partei insbesondere aufgrund des Vertragsinhalts und der branchenspezifischen Usanzen erwarten darf. Hinsichtlich der Prüfung von Unterschriften müsse die Bank keine ausserordentlichen Massnahmen ergreifen, die mit einer raschen Abwicklung von Transaktionen unvereinbar wären, und sie müsse nicht systematisch von einer Fälschung ausgehen. Sie sei nur dann zur Durchführung von zusätzlichen Kontrollen verpflichtet, wenn gewichtige Anhaltspunkte für eine Fälschung vorlägen, wenn sich der Auftrag nicht auf ein im Vertrag vorgesehenes oder üblicherweise verlangtes Geschäft beziehe oder wenn besondere Umstände Anlass zu Zweifeln gäben (E. 3.3.2).

[Rz 107] 3. Vorliegend sei insbesondere relevant, dass nach der von A. unterzeichneten Vollmacht die V. SA (bzw. B.) nicht befugt gewesen sei, Gutschriften an Dritte zu tätigen, die das Konto der Kundin belasteten, wenn die Gegenleistung nicht wieder dem Depot der Kundin gutgeschrieben wurde, etwa in der Form einer Hinterlegung von Aktien, Obligationen oder Edelmetallen. Zudem war zumindest ungewöhnlich, dass sich die Kundin plötzlich und im Widerspruch zu ihren bisherigen Anlagen entschlossen haben sollte, fast ihr gesamtes Vermögen in zwei Edelmetalle zu investieren (wie von B. behauptet), ohne Gutschrift auf dem Depot. Bei derartigen Zweifeln könne der Bankmitarbeiter nicht einfach den externen Vermögensverwalter (hier: B.) anrufen, und wenn er selbst keinen direkten Kontakt zum Kunden herstellen könne, müsse er warten, bis der Kunde ihn persönlich kontaktiere (E. 3.2.2, 5.3.2). Daher ging das Bundesgericht von einem schweren Verschulden aus, hob das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Sache zur Neuurteilung an diese zurück. Die Vorinstanz habe dabei auch zu beurteilen, ob die Bank, wie es die Rechtsprechung präzisiere, gegen die Klientin einen Schadenersatzanspruch habe, weil diese durch ihr Verschulden eine Mitursache für die Schadensentstehung gesetzt habe. So habe die Bank behauptet, dass die Kundin ihr Konto über vier Jahre lang nicht überwacht, die banklagerten Belastungsanzeigen nicht eingesehen und keine Kontrolle über ihren unabhängigen Vermögensverwalter ausgeübt habe (E. 5.4).

[Rz 108] **Bemerkung:** Der Entscheid ist von allgemeinem Interesse, insbesondere auch für das Kaufrecht, zum einen wegen der Definition und Diskussion der groben Fahrlässigkeit, die gemäss Art. 100 Abs. 1 OR eine zwingende Gültigkeitsschranke von Freizeichnungsklauseln darstellt, und zum andern im Hinblick auf den Anwendungsbereich von Art. 100 f. OR (analoge Anwendung).

[Rz 109] Nach der im vorliegenden Fall anwendbaren Risikoüberwälzungs- bzw. Schadenabwälzungsklausel schloss die Bank im Ergebnis ihre von Gesetzes wegen bestehende Leistungspflicht

aus (unter Vorbehalt schweren Verschuldens), dem Kunden sein hinterlegtes Geld auch dann zurückerzahlen, wenn aufgrund von Legitimationsmängeln oder nicht entdeckten Unterschriftenfälschungen das Geld ohne Instruktion des Kunden zu Unrecht an Dritte bezahlt wird. Die Bank beschränkte also nicht wie im Fall von Freizeichnungsklauseln gemäss Art. 100 f. OR ihre Haftung, da eine solche eine vertragliche Pflicht voraussetzt, sondern beschränkte vorab diese Pflicht. Eine analoge Anwendung von Art. 100 Abs. 1 OR drängt sich deshalb auf, weil eine derartige Klausel im Ergebnis eben wie eine Haftungsbeschränkung wirkt. So hätte die Bank in den AGB auch stipulieren können, dass sie bei Legitimationsmängeln den Kunden schadlos halte (wie gesetzlich vorgesehen; oben 1. zu E. 3.2.2), aber nur, falls sie ein grobes Verschulden treffe (d.h. im Falle von grober Fahrlässigkeit).

[Rz 110] Auch im Kaufrecht sind Konstellationen vertraglicher Risikoüberwälzungen denkbar. So etwa, wenn beim Spezieszkauf die Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache zu liefern, ersatzlos entfällt, wenn der Kaufgegenstand vor dem Lieferzeitpunkt untergeht, und zwar unabhängig von der Ursache bzw. der Frage, ob den Verkäufer insofern ein Verschulden treffe bzw. ob er den Untergang sonst wie zu vertreten habe. Auch in diesem Fall wird die Leistungspflicht eingeschränkt und nicht die Haftung (die mangels einer entsprechenden Pflicht an sich gar nicht entstehen kann). Aber auch hier könnte dasselbe Ergebnis dadurch erzielt werden, wenn vereinbart würde, dass der Verkäufer im Falle eines Untergangs der Kaufsache nicht hafte, selbst wenn er den Untergang zu vertreten habe.

[Rz 111] Ein weiteres Beispiel bietet die Konstellation, in der die Pflicht des Käufers zur Annahme der Kaufsache und Zahlung des Preises ersatzlos entfällt (bzw. keine Pflicht besteht), wenn die Kaufsache vom Käufer im Zeitpunkt der Lieferung nicht bestimmungsgemäss (z.B. für die Wiederausfuhr in ein bestimmtes Drittland) verwendet werden kann. Von Gesetzes wegen (bzw. wenn sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt) trägt der Käufer das Verwendungsrisiko. Wenn nicht spezifisch vereinbart, dürfte eine solche Klausel nur greifen, wenn die Unmöglichkeit der bestimmungsgemässen Verwendung durch höhere Gewalt bzw. eine Drittorsache eintritt, also wenn sie vom Käufer nicht zu vertreten ist und ihn keinerlei Verschulden trifft. Wird vereinbart, dass die Annahme- und Zahlungspflicht auch dann entfallen soll, wenn die Unmöglichkeit des Verwendungszwecks vom Käufer verschuldet wurde (z.B. versäumt der Käufer, rechtzeitig die Wiederausfuhrgenehmigung zu beantragen), so ist zumindest fraglich, ob eine solche Regelung nicht der Natur des Geschäfts widerspricht und daher gänzlich unzulässig ist. In jedem Fall müsste auch hier die Schranke von Art. 100 Abs. 1 OR greifen. Das von der Leistungsausschlussklausel bezweckte Ergebnis hätte auch dadurch erzielt werden können, dass vereinbart worden wäre, der Käufer hafte im Fall, dass er infolge des Ausbleibens der Wiederausfuhrgenehmigung die Ware nicht annimmt, nur bei grobem Verschulden. Es geht hier also um eine wertungsgleiche Behandlung von vertraglichen Vereinbarungen, die im Ergebnis eine Haftungsbeschränkung zum Ziel haben.<sup>169</sup>

---

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

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

---

<sup>169</sup> Vgl. dazu LUC THÉVENOZ, in: *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2. Aufl., Basel 2012, N 7-10 zu Art. 100 OR; WOLFGANG WIEGAND, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Aufl., Basel 2015, N 6 zu Art. 100 OR; ROLF H. WEBER, *Berner Kommentar*, Bern 2000, N 44 f. zu Art. 100 OR.

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.