Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2024

Dieser Beitrag enthält eine Zusammenfassung und Kommentierung der wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2024. Berücksichtigt wurden die in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheide sowie die im Internet abrufbaren «unpublizierten Entscheide». Die Initialen in den Titeln geben jeweils den oder die Verfasser an.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Kaufrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Dario Galli / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2024, in: Jusletter 24. November 2025

ISSN 1424-7410, jusletter.weblaw.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77

Inhaltsübersicht

I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)
1. Kauf von E-Scootern; Nachfrist bei Nichtlieferung
Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2024 vom 16. Mai 2024 (CB)
2. Verzugsschaden; Haftungsfreizeichnungsklausel; Art. 82 OR
Urteil des Bundesgerichts 4A_237/2023 vom 18. April 2024 (CB)
3. Lieferung von Gold; Gefahrenübergang
Urteil des Bundesgerichts 4A_459/2023 vom 4. März 2024 (CB)
II. Unternehmenskauf
1. Verkauf eines Hammams; keine arglistige Täuschung über Wasserlecks
Urteil des Bundesgerichts 4A_47/2024 vom 21. November 2024 (MV/DG)
2. ABV; Auslegung; Abgrenzung Vorkaufsrecht vom Vorhandrecht; Mitteilungspflicht bei Eintritt eines Vorhandfalls
Urteil des Bundesgerichts 4A_379/2024 vom 5. November 2024 (MV/DG)
3. Kauf eines landwirtschaftlichen Gewerbes; Sachmängel; Rügefrist
Urteil des Bundesgerichts 4A_392/2023 vom 24. April 2024 (MV/DG)
4. Betriebskauf; Übertragung des Mietvertrags und der Einbauten; kein nichtiges Koppelungsgeschäft; Zahlung Restkaufpreis
Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2024 vom 20. März 2024 (MV/DG)
5. Gewährleistung beim Aktienkaufvertrag; Verhältnis von Zusicherungen und Haftungsausschluss für vom Käufer gekannte Mängel; Auslegung gemäss Art. 200 OR
Urteil des Bundesgerichts 4A_211/2023 vom 18. April 2024 (CB)
III. Grundstückkauf
1. Lex Koller-Bewilligung; echte Bedingungen vs. Rechtsbedingungen; Nichtzustandekommen Grundstückkaufvertrag
Urteil des Bundesgerichts 4A_30/2024 vom 20. August 2024 (MV/DG)
2. Kaufsrecht an einem Grundstück; Umfang des Formzwangs; Formungültigkeit
Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2024 vom 15. Juli 2024 (MV/DG)
3. Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks
Urteil des Bundesgerichts 4A_406/2023 vom 5. März 2024 (MV/DG)

I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)

1. Kauf von E-Scootern; Nachfrist bei Nichtlieferung

Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2024 vom 16. Mai 2024 (CB)[1]

[1] Die B GmbH (Käuferin, Klägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) mit Sitz in Deutschland plante ab Juni 2019 – das heisst ab der gesetzlichen Zulassung von E-Scootern zum Strassenverkehr in Deutschland – mit mehreren tausend E-Scootern auf dem deutschen Sharing-Markt präsent zu sein. Im März 2019 schloss sie mit der A AG (Verkäuferin, Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) mit Sitz in der Schweiz einen Kaufvertrag über 4'000 E-Scooter und 2'000 Ersatz-Akkus ab. Im Januar 2019 hatte die Käuferin einen ersten Vertragsentwurf erhalten. Die Parteien vereinbarten eine Anzahlung von 50% des Rechnungsbetrags

[1] Vgl. auch Franz Werro/Nathan Pagot, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations. Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2025, S. 885 ff., S. 887.

sowie den 14. bzw. den 27. Juni 2019 als Liefertermine. Am 8. April 2019 ging die Zahlung über USD 1'384'600 bei der Verkäuferin ein (A.a–A.b).

[2] Als die Verkäuferin Ende Mai 2019 den Prototyp eines neuen Hybrid-Modells des E-Scooters lieferte, beanstandete die Käuferin am darauffolgenden Tag dessen schlechte Qualität und schlug vor, das Vertragsverhältnis zu beenden. Die Verkäuferin antwortete, dass sie mit dem Muster nur habe zeigen wollen, wie der E-Scooter aussehe. Der Prototyp entspreche daher nicht der Qualität des für den Strassengebrauch gedachten Endproduktes. Daraufhin gab die Käuferin der Verkäuferin Gelegenheit, bis zum 11. Juni 2019 drei neue E-Scooter in der vereinbarten Qualität samt Nachweis der deutschen Strassenzulassung zu liefern. Nachdem die Verkäuferin mitgeteilt hatte, sie könne diesen Termin nicht einhalten, erstreckte die Käuferin den Liefertermin bis zum 18. Juli 2019. Für den Fall, dass die Verkäuferin auch diesen Liefertermin nicht einhalten sollte, behielt sich die Käuferin alle Rechte vor, einschliesslich das Recht zur Beendigung des Vertrags und zur Rückforderung der Anzahlung. Die Verkäuferin bestätigte, dass sie die drei E-Scooter, welche die Anforderungen der deutschen Strassenzulassung erfüllen und die vereinbarte Qualität aufweisen würden, bis zum 18. Juli 2019 liefern werde (A.c).

[3] Ende Juli 2019 teilte die Käuferin der Verkäuferin mit, dass die drei am 18. Juli 2019 gelieferten E-Scooter dieselben Qualitätsmängel aufwiesen. Nach weniger als einer Woche Probefahrt sei bei zwei der drei E-Scooter das Lenkrohr gebrochen. Die Käuferin hob den Vertrag auf und verlangte die Rückerstattung der Anzahlung. Anfang September 2019 wies die Verkäuferin sämtliche Beanstandungen der Käuferin zurück, bot ihre Lieferung mehrfach an und forderte den Restkaufpreis, da die E-Scooter nun alle rechtlichen und technischen Voraussetzungen für die Zulassung im Strassenverkehr erfüllen würden. Im November 2019 verlangte die Verkäuferin Schadenersatz aufgrund der Nichterfüllung des Vertrages, da die Käuferin «offensichtlich kein Interesse mehr an der bestellten Ware habe» (A.d).

[4] Die Käuferin reichte beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen Klage auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Anzahlung nebst Zins zu 5% ein. Die Verkäuferin bestritt das Recht der Käuferin zur Vertragsaufhebung und erhob Widerklage auf Schadenersatz wegen des Dahinfallens des Vertrages, welcher (erst) durch die Verkäuferin im November 2019 aufgehoben worden sei. Mit Urteil HG.2020.148-HGK, HG.2021.30 HGK_vom 3. November 2023 hiess das Handelsgericht die Klage der Käuferin gut und wies die Widerklage der Verkäuferin ab (B).

[5] Die Verkäuferin beantragte vor Bundesgericht, den Entscheid des Handelsgerichts aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an dieses zurückzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (C und E. 6).

[6] **1.** Das Bundesgericht erwog, die Vorinstanz habe gestützt auf die Rechtswahl der Parteien unbestrittenermassen das schweizerische Recht und mit Blick auf den Sitz der Parteien in der Schweiz bzw. Deutschland das CISG angewendet. Die Vorinstanz habe festgehalten, der wesentliche Vertragsinhalt habe darin bestanden, dass die Verkäuferin die E-Scooter mit deutscher Strassenzulassung innert der vereinbarten Frist zu liefern habe. Da die E-Scooter nicht innerhalb der gesetzten Nachfrist über eine deutsche Strassenzulassung verfügt hätten, liege eine wesentliche Vertragsverletzung vor, womit die Käuferin zur Vertragsauflösung berechtigt gewesen sei. Die Rügen der Verkäuferin beträfen hauptsächlich das Tatsächliche bzw. das Ergebnis der Beweiswürdigung und würden durchweg die Begründungsanforderungen verfehlen (E. 3.2–4.4).

[7] **2.** Zudem wies das Bundesgericht den Vorwurf der Verkäuferin zurück, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt. Die Verkäuferin beanstandete, dass sich die Vorinstanz bei den von der Käuferin in Englisch eingereichten und nicht übersetzten Dokumenten entweder auf von den

Parteien vorgelegte Übersetzungen hätte stützen, eine amtliche Übersetzung hätte anordnen oder ihre eigene «fachrichterliche» Übersetzung den Parteien vor Urteilsfällung zur Stellungnahme hätte unterbreiten müssen. Das Bundesgericht stellte fest, dass der Vorwurf unbegründet sei, die Vorinstanz habe die englischsprachigen Akten ohne Übersetzung falsch verstanden, weil sich ihre Sachverhaltsfeststellung als richtig erwiesen habe. Zudem habe die Verkäuferin selbst keine Übersetzung verlangt (E. 5).

[8] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz, wonach die Verkäuferin eine wesentliche Vertragsverletzung begangen habe, indem sie auch innert der von der Käuferin gesetzten Nachfrist, d.h. bis zum 18. Juli 2019, nicht über E-Scooter mit einer deutschen Strassenzulassung verfügt habe und dementsprechend nicht in der Lage gewesen sei, vertragskonforme E-Scooter zu liefern.[2] Angesichts der Umstände erscheint es gerechtfertigt, dass die Käuferin den Vertrag nach Ablauf der Nachfrist aufheben durfte. Die Begründung der Vorinstanz, die vor Bundesgericht nicht beanstandet wurde, ist allerdings unscharf.

[9] **a.** Nach Art. 49 Abs. 1 CISG kann der Käufer die Aufhebung des Vertrages erklären, a) wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder dem CISG obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt oder b) wenn im Fall der Nichterfüllung der Verkäufer die Ware nicht innerhalb der vom Käufer nach Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzten Nachfrist liefert oder wenn er erklärt, dass er nicht innerhalb der so gesetzten Frist liefern wird. Zudem gibt Art. 72 CISG (vorzeitige Vertragsaufhebung) einer Partei ein Aufhebungsrecht, falls es vor Fälligkeit offensichtlich ist, dass die andere Partei eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird.

[10] **b.** Eine verspätete Lieferung stellt nur dann eine wesentliche Vertragsverletzung gemäss Art. 25 CISG dar, wenn ein Fixgeschäft vorliegt (die Leistung hat genau zu einer bestimmten Zeit oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erfolgen) oder der Liefertermin ist bereits seit längerer Zeit verstrichen.[3] Häufig lässt sich nicht mit Sicherheit beantworten, ob eine Lieferverzögerung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. In Zweifelsfällen empfiehlt sich daher eine Nachfristsetzung. Dabei ist zu beachten, dass der Käufer grundsätzlich bis zum Fristablauf einer eingeräumten Nachfrist an das Erfüllungsverlangen gebunden bleibt, auch wenn an sich ein Fixgeschäft vorliegt.[4] Dies ist auch dann relevant, wenn der Verkäufer zwar innerhalb der gesetzten Nachfrist liefert, die Lieferung jedoch Mängel (i.c. keine deutsche Strassenzulassung) aufweist.[5] In einem solchen Fall kann der Käufer den Vertrag nicht mehr gestützt auf Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG aufheben, da es sich nunmehr um eine im Sinne von Art. 35 CISG vertragswidrige Lieferung und keine Nichtlieferung mehr handelt. Für die Vertragsaufhebung steht somit

---

2 E. 3.3 des vorliegenden Entscheids; E. 6.5 des vorinstanzlichen Entscheids, Rz. 78.

3 Christoph Brunner/Benjamin Leisinger, in: Christoph Brunner (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 25 N 13.

4 Markus Müller-Chen/Yeşim M. Atamer, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 8. Aufl., Basel 2025, Art. 47 N 4. Art. 47 Abs. 2 CISG lautet wie folgt: «Der Käufer kann vor Ablauf dieser Frist [d.h. der Nachfrist gemäss Abs. 1] kein Recht wegen Vertragsverletzung ausüben, ausser wenn er vom Verkäufer die Anzeige erhalten hat, dass dieser seine Pflichten nicht innerhalb der so gesetzten Frist erfüllen wird. Der Käufer behält jedoch das Recht, Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen.»

5 Vgl. dazu SHK CISG-Brunner/Boehm/Gottlieb (Fn. 3), Art. 35 N 6. Mit Ausnahme von Rechtsmängeln nach Art. 41 CISG sowie der Belastung mit Schutzrechten Dritter nach Art. 42 CISG zählen auch rechtliche Merkmale – wie etwa die Einhaltung bestimmter öffentlich-rechtlicher Sicherheitsvorschriften – zur Beschaffenheit bzw. Qualität der Ware. Siehe auch Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 4), Art. 35 CISG N 9.

nur noch Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG (wesentliche Vertragsverletzung) zur Verfügung.[6] Obwohl für die Bestimmung der Wesentlichkeit von Qualitätsmängeln auch eine zeitliche Komponente zu berücksichtigen ist, ergibt sich diese in erster Linie nach anderen Kriterien, wie etwa der objektiven Schwere des Mangels und dessen Behebbarkeit. Bei letzterem soll der Käufer bei durch Nacherfüllung (Nachbesserung oder Ersatzlieferung) behebbaren Mängeln nicht zur Vertragsaufhebung berechtigt sein, es sei denn, die Nacherfüllung ist unzumutbar oder kann vom Verkäufer nicht erwartet werden.[7] Eine abgelaufene Nachfrist indiziert zwar die Unzumutbarkeit einer Nachbesserung, doch dies ist nicht immer der Fall. Hebt die Käuferin den Vertrag dennoch auf, riskiert sie ihrerseits eine (wesentliche) Vertragsverletzung, die sie schadenersatzpflichtig machen kann.

[11] **2.** Die Vorinstanz liess offen, ob die Nachfrist angemessen war, da die Verkäuferin behauptete, die am 18. Juli 2019 zugestellten Prototypen hätten alle vertraglich vereinbarten Anforderungen erfüllt.[8] Diese Frage konnte auch deshalb offen gelassen werden, weil die Verkäuferin die Frist vom 18. Juli 2019 ausdrücklich bestätigt hatte.[9] Nach herrschender Meinung setzt eine zu kurz bemessene Frist eine angemessene Nachfrist in Gang, an welche die Käuferin gemäss Art. 47 Abs. 2 CISG gebunden ist und vor deren Ablauf sie grundsätzlich keinen Rechtsbehelf ausüben kann.[10]

[12] Gemäss Kaufvertrag waren für die 4'000 E-Scooter zwei Teillieferungen am 14. bzw. 27. Juni 2019 vereinbart worden. Da die Käuferin ihren Markteintritt in Deutschland ab Juni 2019 mit dem Inkrafttreten der gesetzlichen Zulassung von E-Scootern für den Strassenverkehr plante, ist davon auszugehen, dass die Lieferzeit von grosser Bedeutung war, was der Verkäuferin wohl bewusst gewesen sein muss. Mit der Nachfristgewährung für die Lieferung des Musters räumte die Käuferin implizit auch eine Nachfrist für die Lieferung der 4'000 E-Scooter ein. Dabei ist anzunehmen, dass die Nachfrist für die Lieferung der 4'000 E-Scooter etwas länger bemessen sein musste als die Nachfrist für das Muster, welche am 18. Juli 2019 auslief. Man könnte sich nun fragen, ob relevant ist, ob Ende Juli 2019, als die Klägerin den Vertrag aufhob, die Nachfrist für die Lieferung der 4'000 E-Scooter schon abgelaufen war, da gemäss Art. 47 CISG der Käufer unter Vorbehalt einer Erfüllungsverweigerung bis zum Fristablauf einer eingeräumten Nachfrist an das Erfüllungsverlangen gebunden bleibt. Diese Frage ist zu verneinen, da der Käufer den Vertrag sofort aufheben kann, wenn der Verkäufer vor Ablauf der Nachfrist eine erneute Vertragsverletzung, die die sofortige Vertragsaufhebung rechtfertigt, begeht.[11] Zudem hätte sich die Käuferin auch auf Art. 72 CISG (vorzeitige Vertragsaufhebung) berufen können. Gemäss Rechtsprechung liegt eine künftige wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers namentlich dann vor, wenn zugesandte Proben nicht vertragsgemäss sind und darauf schliessen lassen, dass der Verkäufer

6 Müller-Chen/Atamer (Fn. 4), Art. 49 CISG N 10.

7 SHK CISG-Brunner/Leisinger (Fn. 3), Art. 25 N 14.

8 Entscheid der Vorinstanz, E. 5.5 (Rz. 69).

9 Siehe oben Rz. 2 *in fine*.

10 Müller-Chen/Atamer (Fn. 4), Art. 47 CISG N 8–9; SHK CISG-Brunner/Akikol/Bürki (Fn. 3), Art. 47 N 9. Erklärt die Käuferin bereits vor Ablauf der angemessenen Frist die Vertragsaufhebung, begeht sie ihrerseits eine Vertragsverletzung, welche die Verkäuferin gegebenenfalls zur Geltendmachung ihrer Rechte aus Art. 72 CISG (vorzeitige Vertragsaufhebung) berechtigen kann. Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, wonach die Käuferin nach Ablauf der zu kurz bemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung nicht sofort erklärt, sondern noch eine weitere Zeit abwartet. Ist die Nachfrist und die durch das weitere Abwarten zusätzlich gewährte Frist gesamthaft als «angemessene Frist» i.S.v. Art. 47 Abs. 1 CISG zu bewerten, muss der Käuferin nunmehr das Recht zustehen, die Vertragsaufhebung gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG zu erklären.

11 Müller-Chen/Atamer (Fn. 4), Art. 47 CISG N 15 m.Nw.

offensichtlich nicht in der Lage ist, vertragskonforme Ware zu liefern.[12] Wie gesehen war die Verkäuferin nicht in der Lage, am 18. Juli 2019 ein vertragskonformes Muster zu liefern. Damit war offensichtlich, dass die Verkäuferin auch die Lieferung der 4'000 E-Scooter in vertragsgemässem Zustand innerhalb nützlicher Frist nicht gewährleisten konnte, zumal bereits am 18. Juli 2019 eine deutliche Überschreitung der Liefertermine vom Juni 2019 vorlag. Das Fehlen des Nachweises der deutschen Strassenzulassung für die E-Scooter per 18. Juli 2019 stellte angesichts des Zeitablaufs einen schwerwiegenden Mangel dar und begründete somit eine wesentliche Vertragsverletzung im Hinblick auf die ausstehende Lieferung der E-Scooter.

2. Verzugsschaden; Haftungsfreizeichnungsklausel; Art. 82 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_237/2023 vom 18. April 2024 (CB)[13]

[13] Die A AG (Abnehmerin/Käuferin, Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Abnehmerin) schloss mit der B LLC (Lieferantin/Verkäuferin, Klägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Lieferantin) einen Alleinvertriebsvertrag über den wiederkehrenden Verkauf und Vertrieb von Medikamenten für die Gebiete der Demokratischen Republik Kongo, Ruanda und Burundi ab. Der Vertrieb in diesen Ländern erforderte zwingend eine Registrierung, welche durch die Lieferantin zu erfolgen hatte. Im Weiteren enthielt der Vertriebsvertrag eine Haftungsausschlussklausel,[14] wonach die Abnehmerin keine Ansprüche wegen Nicht- bzw. Spätlieferung der bestellten Produkte geltend machen könne, es ihr aber vorbehalten sei, die Bestellung zu annullieren, wenn die Ware nicht innerhalb von vier Monaten seit dem Lieferabruf («placing of the order») erfolge (A, E. 4.1 und 4.2).

[14] In den Jahren 2017 und 2018 kam es zu Lieferunterbrüchen infolge interner Auditprobleme der Lieferantin. Nachdem es zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten gekommen war, beglich die Abnehmerin ab Januar 2019 fällige Rechnungen der Lieferantin nicht mehr. Im März 2019 kündigte die Lieferantin an, die Registrierung der Arzneimittel im Vertragsgebiet einzustellen. Im August 2019 setzte sie diese Ankündigung um und stellte ab Juli 2019 ihre Lieferungen ein. Im Juni 2020 kündigte die Lieferantin den Vertrag per 31. Juli 2020, wobei die Abnehmerin die Kündigung als unrechtmässig bzw. nichtig erachtete[15] (A und E. 5.1).

[15] Die Lieferantin klagte beim Handelsgericht des Kantons Zürich auf die ausstehenden Kaufpreisforderungen von EUR 986'070.05 nebst Zins. Die Abnehmerin anerkannte die Forderung in Höhe von EUR 984'881, machte aber ihrerseits Schadenersatz aufgrund des Lieferunterbruchs in den Jahren 2017/2018 sowie des Lieferstopps ab Juli 2019 als Verrechnungsforderungen geltend

---

12 Fountoulakis (Fn. 4), Art. 72 CISG N 14 mit Verweis auf ICC 8786/1997.

13 Vgl. auch Jörg Schmid/Jonas Wolfisberg, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2024 – Obligationenrecht, ZBJV 2025, S. 499 ff., S. 550 f.; Oliver Dreyer, Unmöglichkeit der Erfüllung eines Alleinvertriebsvertrags, ius.focus 2024, Nr. 139; Andrea Haefeli/Carmen Stetter/Dario Galli/Markus Vischer, Alleinvertriebsvertrag: Schadenersatz wegen Leistungsstörungen, in: dRSK, publiziert am 7. August 2024.

14 Siehe E. 4.1 des vorliegenden Entscheids: «Der Vertriebsvertrag enthält in Ziffer 5.1 folgende Haftungsausschlussklausel:» «Delivery by C. [Lieferantin] of shipments of Products to WHOLESALER [Abnehmerin] pursuant to this Agreement, will be done within a reasonable period of time and be dependent on availability of the Products. WHOLESALER will not be entitled to make any claim against C. for non-delivery or delay in delivery of the Products ordered under the Agreement; however, the WHOLESALER will be entitled to cancel the order if the Products are not delivered within four (4) months after the date of placing the order.»

15 Siehe E. 2 des vorinstanzlichen Entscheids.

und beantragte die Klageabweisung. Das Handelsgericht hiess die Klage mit Urteil HG210054 teilweise gut und verpflichtete die Abnehmerin zur Zahlung der ausstehenden Kaufpreisforderungen. Die von der Abnehmerin eingebrachte Verrechnung wies das Handelsgericht mangels materieller Begründetheit der zur Verrechnung gestellten Forderungen ab (B).

[16] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Abnehmerin, das Urteil sei aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut (C und E. 7).

[17] **1.** Das Bundesgericht erwog zunächst, dass die Parteien ihren Sitz in verschiedenen Staaten haben und das Schweizer Recht für anwendbar erklärt hätten. Da beide Parteien sowie die Vorinstanz übereinstimmend von der Anwendbarkeit des OR ausgegangen seien (allerdings ohne Erwähnung des CISG), werde die Anwendung des CISG mangels Rüge nicht weiter geprüft (E. 4.2).

[18] **2.** In Bezug auf die Schadenersatzforderung infolge des Lieferunterbruchs im vierten Quartal 2017 und im ersten Quartal 2018 führte das Bundesgericht an, dass sich die Abnehmerin zur Geltendmachung des Verspätungsschadens auf Art. 97 Abs. 1 OR und nicht auf Art. 103 Abs. 1 OR berufen habe. Der Verzugsschaden gemäss Art. 103 Abs. 1 OR bzw. die Verzugsbestimmungen des Art. 102 ff. OR stellten indessen gegenüber dem Schaden infolge Nichterfüllung bzw. nicht gehöriger Erfüllung nach Art. 97 OR eine *lex specialis* dar, welche Vorrang habe. Während auf Fälle der Nichterfüllung und der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrags grundsätzlich Art. 97 OR anwendbar sei, fänden auf Fälle einer objektiv pflichtwidrigen Verspätung der Erfüllung die Bestimmungen über den Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR Anwendung. Ein Anspruch aus Verzug liege dann vor, wenn die Leistung nachholbar und damit noch möglich sei. Die Lieferantin habe den Lieferunterbruch aufgrund interner Auditprobleme entschieden. Diese Probleme hätten die Lieferung zwar erheblich erschwert, hätten aber kein unüberwindbares Leistungshindernis dargestellt. Die Abnehmerin habe aber weder einen Schuldnerverzug geltend gemacht noch dessen Voraussetzungen hinreichend dargelegt. Insbesondere habe sie nicht dargelegt, inwiefern sie die Lieferantin wegen der ausgehenden Lieferungen gemahnt und damit in Verzug gesetzt habe. Damit fehle es bereits an einer massgeblichen Voraussetzung für die Annahme eines Schuldnerverzugs und damit für die Zusprechung eines Verzugsschadens im Sinne von Art. 103 Abs. 1 OR. Der Entscheid der Vorinstanz, wonach die Abnehmerin diesen geltend gemachten Verspätungsschaden nicht als Verrechnungsforderung erheben könne, sei daher zu bestätigen (E. 5.3–5.5).

[19] Das Bundesgericht liess daher die Frage der Anwendung der Freizeichnungsklausel offen, obschon es erwog, dass «die Einstellung der Medikamentenlieferungen einen bewussten Entscheid der Beschwerdegegnerin darstellte» und es «[u]nter diesen Umständen [...] zumindest fraglich [erscheine], welche weiteren Umstände die Beschwerdeführerin [Abnehmerin] hätte darlegen müssen, um eine vorsätzliche Lieferunterbrechung und damit die Nichtigkeit der in Ziffer 5.1 des Vertriebsvertrags vorgesehenen Haftungsfreizeichnungsklausel nach Art. 100 Abs. 1 OR aufzuzeigen» (E. 5.4.1).

[20] **3.** Zur Schadenersatzforderung aufgrund der definitiven Einstellung der Medikamentenlieferungen ab Juli 2019 verwarf das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, wonach sich die Lieferantin auf das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR berufen könne, da sich die Abnehmerin ab Januar 2019 in einem Zahlungsrückstand befunden hatte. Die Einrede gemäss Art. 82 OR berechtige zur vorläufigen Weigerung einer Lieferung, nicht jedoch zu einer definitiven Leistungsverweigerung. Art. 82 OR bezwecke die Durchsetzung der gleichzeitigen Erfüllung

von zwei miteinander verknüpften Leistungspflichten, um eine einseitige Vorleistung zu vermeiden. Wer vom Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen wolle, dürfe sich deshalb nicht gänzlich vom Vertrag lossagen und die Erbringung der Gegenleistung schlechthin ablehnen. Wolle der belangte Schuldner nicht am Vertrag festhalten, habe er statt der Einrede aus Art. 82 OR andere Rechtsbehelfe anzustrengen (wie z.B. Rücktritt vom Vertrag), die zur endgültigen Klärung der Verhältnisse führen. Die Lieferantin habe bereits im März 2019 der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige, die Registrierung der Arzneimittel im Vertragsgebiet einzustellen. Durch die fehlende Registrierung sei der Vertrieb der Arzneimittel im Rahmen des Vertriebsvertrags dauerhaft verunmöglicht worden. Daher stehe der Beschwerdeführerin die Einrede nach Art. 82 OR aufgrund dessen dilatorischen Charakters ab diesem Zeitpunkt mangels Erfüllungsbereitschaft nicht mehr zur Verfügung (E. 6.2–6.3).

[21] **4.** Zur Frage, ob die Haftungsfreizeichnungsklausel eine Haftung der Lieferantin ausschliesse, erwog das Bundesgericht mit der Vorinstanz, dass diese nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sei. Nach dem Wortlaut und im Zusammenhang mit den gesamten Umständen sei diese bloss auf einzelne Produktlieferungen zugeschnitten und erfasse nicht eine dauerhafte Liefereinstellung bzw. den Vertriebsvertrag als solchen. Es wäre widersprüchlich anzunehmen, dass in einem Vertriebsvertrag die grundlegende vertragliche Verpflichtung zur Lieferung von Produkten sogleich bei den Liefermodalitäten wieder ohne Weiteres vollständig aufgehoben werden könnte. Die Nichtregistrierung der Medikamente durch die Lieferantin habe zur Vereitelung des Vertragszwecks insgesamt geführt und komme somit faktisch einer Vertragskündigung gleich. Dementsprechend erscheine es gerechtfertigt, diesen Fall unter den im Vertriebsvertrag separat geregelten Tatbestand der Vertragskündigung und nicht als Fall des Verzugs oder Nichtlieferung der bestellten Ware im Sinne der Haftungsfreizeichnungsklausel zu fassen. Daraus folge, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen sei, dass die Haftungsfreizeichnungsklausel die Konstellation einer dauerhaften Liefereinstellung nicht erfasse und nur Schadenersatzansprüche aus verspäteten oder nicht erfolgten Einzellieferungen regle (E. 6.5–6.6).

[22] Die Vorinstanz habe nicht abschliessend geklärt, ob die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 97 Abs. 1 OR (namentlich Kausalität, Schaden und Verschulden) erfüllt seien, weshalb die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (E. 6.6).

[23] **Bemerkung: 1**. Das Bundesgericht lässt vorliegend offen, ob das CISG anwendbar ist. Da ein internationaler Sachverhalt vorlag und die Parteien Schweizer Recht für anwendbar erklärt hatten, wäre das CISG als integraler Bestandteil des Schweizer Rechts im Rahmen seines Anwendungsbereiches tatsächlich anwendbar gewesen.[16] In Bezug auf das CISG ist bei (Allein-)Vertriebsverträgen zwischen dem Vertrag als solchem und den einzelnen Bestellungen zu unterscheiden. Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Rahmenvertrag, der in der Regel auch zahlreiche kauffremde Elemente enthält. Demnach unterstehen zwar die einzelnen Bestellungen dem CISG, nicht aber der Alleinvertriebsvertrag als solcher.[17]

---

16 Siehe SHK CISG-Brunner/Manner/Schmitt (Fn. 3), Art. 6 N 3.

17 Vgl. etwa Christoph Brunner/Michael Feit, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Haywards Heath 2019, Art. 3 N 14 m.Nw. Siehe ferner Claire Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 3838 f., die von zwei gleichzeitig bestehenden Austauschverhältnissen ausgeht. Einerseits gibt es das Kauf- oder Werklieferungsverhältnis, aus dem sich die Lieferpflicht der Lieferantin und die Abnahme- und Zahlungspflicht des Abnehmers ergeben. Anderseits gibt es das Alleinvertriebsverhältnis, bei dem sich die Pflicht eines exklusiven Bezugsrechts und die Pflicht zur Verkaufsförderung gegenüberstehen.

[24] **a.** Ein Ausschluss des CISG kann sowohl explizit als auch implizit erfolgen, erfordert aber die Feststellung eines klaren und unzweideutigen Parteiwillens hinsichtlich des Ausschlusses. Ein nachträglicher Ausschluss während des Prozesses ist grundsätzlich möglich. In der Regel darf jedoch nicht allein daraus, dass die Parteien im Verfahren auf Grundlage des nationalen Rechts argumentieren, ohne sich der Anwendbarkeit des CISG bewusst zu sein und ohne darauf Bezug zu nehmen, geschlossen werden, sie hätten das CISG ausschliessen wollen.[18] Auf diesen Grundsatz scheint auch das Bundesgericht implizit hinzuweisen, wenn es anmerkt, «[b]eide Parteien sowie die Vorinstanz gehen jedoch überstimmend (*allerdings ohne Erwähnung des CISG*) von der Anwendbarkeit des OR aus».[19] Vorliegend konnte das Bundesgericht die Frage der Anwendbarkeit des CISG mangels Rüge nicht weiter prüfen.

[25] **b.** Wäre *in casu* von der Anwendbarkeit des CISG ausgegangen worden, wäre wohl nur die Forderung aus Lieferunterbruch dem CISG unterstanden, nicht aber die Forderung aus der definitiven Liefereinstellung, welche dem Vertriebsvertrag als solchem zuzuordnen gewesen wäre. Im Ergebnis wäre bei Anwendung des CISG die Frage einer Schadenersatzforderung infolge des Lieferunterbruchs im vierten Quartal 2017/ersten Quartal 2018 anders zu beurteilen gewesen. Anders als das OR unterscheidet das CISG grundsätzlich nicht zwischen den einzelnen Leistungsstörungen. Es kennt stattdessen einen einheitlichen Tatbestand der Vertragsverletzung. Zur Begründung eines Verspätungsschadens ist es daher ausreichend, wenn eine Vertragspflicht bei Fälligkeit nicht korrekt erfüllt wird; auch bei einer Leistungsverspätung muss der Schuldner nicht etwa durch Mahnung in Verzug gesetzt werden.[20] Die Abnehmerin hätte daher – anders als nach OR – keinen Verzugseintritt nachweisen müssen.[21]

[26] **2.** Das Bundesgericht äusserte sich zur Anwendung der Haftungsfreizeichnungsklausel sowohl im Rahmen der Prüfung des Schadenersatzanspruchs aufgrund Lieferunterbruchs (E. 5) als auch anlässlich der Prüfung des Schadenersatzanspruchs aufgrund definitiver Einstellung der Medikamentenlieferungen ab Juli 2019 (E. 6). Beim Schadenersatzanspruch aufgrund eines Lieferunterbruchs war das Bundesgericht grundsätzlich der Auffassung, dass die Haftungsfreizeichnungsklausel aufgrund des vorsätzlichen Verhaltens der Lieferantin (bewusster Entscheid der Lieferantin, aufgrund der internen Auditprobleme die Lieferung zu unterbrechen) gemäss Art. 100 Abs. 1 OR keine Anwendung hätte finden sollen, wenngleich es diese Frage letztlich offenlassen konnte.[22]

[27] Beim Schadenersatzanspruch wegen der definitiven Einstellung der Medikamentenlieferungen verneinte das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Freizeichnungsklausel. Dies bereits deshalb, weil die Vertragsauslegung ergab, dass die Klausel die vorliegende Konstellation gar nicht erfasste. Die endgültige Einstellung der Lieferungen stellte eine definitive und vollständige Beendigung der zentralen vertraglichen Verpflichtung zur Produktelieferung dar. Der Wortlaut der

---

18 Burghard Piltz, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2025, S. 2524 ff., Rz. 8 m.Nw. zur neueren Rechtsprechung («Noch weniger belegt auf der Basis eines solchen nationalen Rechts argumentierender Vortrag in Gerichtsverfahren einen stillschweigen Ausschluss, da er auch anwaltlicher Vorsicht geschuldet oder in Verkennung der Rechtslage irrtümlich erfolgt sein kann.»); SHK CISG-Brunner/Manner/Schmitt (Fn. 3), Art. 6 N 4. Vgl. auch Lisa Spagnolo, CISG-SC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, adopted by the CISG Advisory Council following its 19th meeting in Pretoria (South Africa) on 30 May 2014, Rz. 2.6.

19 E. 4.2 des vorliegenden Entscheids (vgl. Rz. 16).

20 Siehe etwa SHK CISG-Brunner/Schmidt-Ahrendts/Czarnecki (Fn. 3), Art. 74 N 3. Ebenso Haefeli/Stetter/Galli/Vischer (Fn. 13), Rz. 29.

21 Vgl. E. 5.4.3 des vorliegenden Entscheids (vgl. Rz. 17).

22 Vgl. E. 5.4.1 des vorliegenden Entscheids (vgl. Rz. 18).

Haftungsfreizeichnung deutete hingegen darauf hin, dass sie sich lediglich auf einzelne Bestellungen, nicht aber auf einen dauerhaften Lieferausfall unter dem Vertrag bezieht. Zutreffend wies das Bundesgericht zudem darauf hin, dass die Nichtregistrierung der Medikamente den Vertragszweck insgesamt vereitelte und damit faktisch einer Vertragskündigung gleichkam. Der Fall der definitiven Einstellung der Medikamentenlieferungen war daher dem im Vertrag gesondert geregelten Tatbestand der Vertragskündigung zuzuordnen und nicht als Fall der Nichtlieferung bestellter Ware im Sinne der Freizeichnungsklausel zu behandeln.

[28] **3.** Hinsichtlich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung, wonach im Sukzessivlieferungsvertrag ein Austauschverhältnis zwischen allen Teillieferungen einerseits und dem gesamten Kaufpreis andererseits besteht und der Verkäufer daher weitere Leistungen nicht zu erbringen hat, solange der Käufer mit der Zahlung des Preises für frühere Leistungen in Verzug ist.[23] Der Lieferantin blieb indessen vorliegend zu Recht die Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäss Art. 82 OR verwehrt. Aufgrund des dilatorischen Charakters von Art. 82 OR darf der Schuldner die Einrede nicht erheben, wenn er sich der Erfüllung seiner Verpflichtung endgültig und nicht nur vorläufig widersetzen will.[24] Infolge der definitiven Einstellung der Medikamentenlieferungen hatte sich die Lieferantin faktisch gänzlich vom Vertrag losgesagt. Eine Durchsetzung einer gleichzeitigen Erfüllung der verknüpften Leistungspflichten – vorliegend der ausstehenden Rechnungen für frühere Lieferungen mit neuen Lieferungen – kam nicht mehr in Frage, da die Lieferantin neue Lieferungen aufgrund ihres Entscheids, die Registrierung der Arzneimittel im Vertragsgebiet einzustellen, verunmöglicht hatte.

3. Lieferung von Gold; Gefahrenübergang

Urteil des Bundesgerichts 4A_459/2023 vom 4. März 2024 (CB)[25]

[29] C (Käufer, Kläger, Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer) gewährte der B Ltd (Verkäuferin 1, Beklagte 1, Beschwerdeführerin 1, nachfolgend: Verkäuferin 1) sowie deren Alleinaktionär, einzigen Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer A (Verkäufer 2, Beklagter 2, Beschwerdeführer 2, nachfolgend: Verkäufer 2) im August 2012 ein Darlehen von EUR 380'000, welches im Jahr 2013 um EUR 85'000 erhöht wurde. Die Parteien vereinbarten in der Folge eine Tilgung des Darlehens mittels Umwandlung in einen Kaufvertrag über 14 kg Gold aus Ghana. Die 14 kg Gold waren Teil einer grösseren Lieferung, welche gemäss Exportdokumenten an die Zweigniederlassung der Verkäuferin 1 erfolgen sollte. Das Gold wurde in Ghana (angeblich) gestohlen. Der Käufer machte geltend, dass eine Bringschuld vorliege und die Gefahr des Untergangs nicht auf ihn übergegangen sei. Die Verkäufer hielten dagegen, es liege ein Versendungskauf vor und eine abweichende Vereinbarung über den Lieferort im Sinne einer Bringschuld sei nicht getroffen wor-

23 Vgl. E. 6.3 des vorliegenden Entscheids (vgl. Rz. 19).

24 Vgl. E. 6.3 des vorliegenden Entscheids mit Nachweisen. Eingehend Oliver D. William, Überlegungen hinsichtlich einer Rezeption der Regelung in §298 BGB ins schweizerische Recht, in: Susan Emmenegger/Bettina Hürlimann-Kaup/Alexandra Jungo/Frédéric Krauskopf/Hubert Stöckli (Hrsg.), Recht Suchen. Liber comitum für Jörg Schmid, Zürich/Genf 2024, S. 357 ff., S. 364 ff.

25 Vgl. auch Stephanie Stohwasser, Übergang der Gefahrtragung, ius.focus 2024, Nr. 140; Thomas Mayer, Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz, SRIEL 2024, S. 619 ff., S. 622 ff.; Maxime Francis, Risk Transfer under the CISG for Gold (allegedly) Stolen in Ghana, in: Swiss Contract Law, publiziert am 21. März 2025.

den. Im Übrigen sei nur die Beklagte 1 (Verkäuferin 1, d.h. die B Ltd) vertraglich gebunden. Da die Parteien abgemacht hätten, dass der Käufer selbst einen Beförderer beauftrage und die Verantwortung für die Beförderung übernehme, sei mit der Übergabe des Goldes an den Beförderer die vertragliche Pflicht der Beklagten 2 erfüllt worden (A).

[30] Mit Urteil vom 24. Februar 2021 verpflichtete das Bezirksgericht die Beklagten (Verkäufer) unter solidarischer Haftung zur Zahlung von EUR 496'700. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten wies das Obergericht des Kantons Zürich im Wesentlichen ab und verpflichtete die Beklagten unter solidarischer Haftung, dem Kläger EUR 465'000 zu zahlen (B).

[31] **1.** Das Bundesgericht wies die von den Verkäufern erhobene Beschwerde ab. Die Vorinstanzen seien zu Recht davon ausgegangen, dass eine Bringschuld vereinbart wurde, da gemäss den Exportdokumenten die Lieferung an die Zweigniederlassung der Verkäuferin 1 (B Ltd) erfolgen sollte. Zudem hätten unbestrittenermassen insgesamt 55 kg Gold geliefert werden sollen, wobei lediglich 14 kg für den Käufer bestimmt gewesen seien und die übrigen 41 kg für andere Zwecke vorgesehen gewesen seien. Die Verkäufer hätten zugestanden, dass es keinen Sinn gemacht hätte, die gesamten 55 kg Gold an den Käufer zu liefern. Somit hätte das Gold gemäss Vertrag an die Verkäuferin 1 geliefert werden müssen. Selbst wenn man – wie von den Verkäufern behauptet – von einem Versendungskauf ausginge, hätten die Verkäufer nicht bewiesen, dass sie die Ware dem ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer übergeben haben. Da in den Exportdokumenten die Zweigniederlassung der Verkäuferin 1 aufgeführt ist, wäre – wenn überhaupt eine Übernahme stattgefunden haben sollte – von einer Übernahme zur Versendung an die Verkäuferin 1 auszugehen (E. 2 Ingress–2.6).

[32] **2.** Hinsichtlich der solidarischen Haftung führte das Bundesgericht aus, die vorinstanzliche Feststellung eines entsprechenden natürlichen Konsenses sei nicht willkürlich. Es wies unter anderem darauf hin, dass die Verkäufer in der Vereinbarung mit einem «+» verbunden gewesen seien und der Verkäufer 2 (Alleinaktionär der Verkäuferin 1) sowohl in eigenem Namen also auch für die Verkäuferin 1 unterschrieben habe. Zudem sei das Darlehen in der Steuererklärung des Verkäufers 1 als Privatschuld deklariert worden. Das Vorbringen der Verkäufer, wonach die Vorinstanz im Rahmen der Vertragsauslegung ein vorangegangenes Rechtsöffnungsverfahren und eine Strafanzeige in derselben Sache nicht berücksichtigt habe, verwarf das Bundesgericht. Die Auffassung der Vorinstanz, gegensätzliche Parteibehauptungen im Rechtsöffnungsverfahren und im Forderungsprozess stellten nicht per se ein *venire contra factum proprium* dar, sei nicht zu beanstanden. Aufgrund des anders gelagerten Streitgegenstandes und der betreibungsrechtlichen Natur komme einem Rechtsöffnungsentscheid keine Rechtskraftwirkung für den späteren Forderungsprozess zu. Ohnehin hätten die Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren bloss pauschal und ohne nähere Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Entscheid auf das Rechtsöffnungsverfahren verwiesen (E. 3 Ingress–3.6).

[33] **Bemerkung: 1**. Das CISG geht davon aus, dass der Versendungskauf bei internationalen Kaufverträgen die Regel ist.[26] Gemäss Art. 31 lit. a CISG hat der Verkäufer die Ware dem ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer zu übergeben, sofern der Kaufvertrag eine Beförderung der Ware vorsieht und der Verkäufer die Ware nicht an einem anderen bestimmten Ort zu liefern hat. Diesfalls geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald die Ware dem ersten Beförderer

[26] Widmer-Lüchinger (Fn. 4), Art. 31 CISG N 13.

übergeben wurde (Art. 67 Abs. 1 Satz 1 CISG). Die Beweislast für die Übergabe an den ersten Beförderer obliegt i.d.R. dem Verkäufer.[27]

[34] **a.** Liegt kein Versendungskauf vor, so hängt der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs davon ab, ob der Käufer verpflichtet ist, die Ware am Ort der Niederlassung der Verkäuferin zu übernehmen (Holschuld) oder ob die Übernahme an einem anderen Ort erfolgen soll (Bringschuld). Im ersten Fall geht die Gefahr gemäss Art. 69 Abs. 1 CISG über, sobald der Käufer die Ware übernimmt oder übernehmen sollte. Bei einer Bringschuld findet der Gefahrenübergang statt, sobald die Lieferung fällig ist und der Käufer davon Kenntnis hat, dass ihm die Ware an besagtem Ort zur Verfügung steht (Art. 69 Abs. 2 CISG). Die Beweislast trägt diejenige Partei, die aus der angerufenen Bestimmung für sich günstige Rechtsfolgen herzuleiten versucht.[28] Die Bestimmungen des CISG zum Lieferort und zur Tragung der Preisgefahr sind allerdings nur anwendbar, wenn keine anderweitige vertragliche Regelung vorliegt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Vertrag auf eine Klausel der Incoterms Bezug nimmt.

[35] **b.** Vorliegend war aufgrund der Exportdokumente davon auszugehen, dass eine Bringschuld am Ort der Zweigniederlassung der Verkäuferin 1 vorlag. Selbst wenn man von einem Versendungskauf ausgehen würde (was von den Verkäufern behauptet wurde), konnten diese nicht beweisen, dass das Gold gemäss Kaufvertrag dem ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer übergeben wurde (Art. 67 Abs. 1 Satz 1 CISG).[29] Der Käufer war daher berechtigt, den Kaufvertrag wegen Verletzung der Lieferpflicht aufzuheben. Dies hatte zur Folge, dass er die Rückerstattung des Kaufpreises verlangen konnte.

[36] **2.** Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanzen, wonach der Verkäufer 2 (Alleinaktionär, einziges Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer der Verkäuferin 1 B Ltd.) mit der B Ltd aufgrund eines tatsächlichen Konsenses der Parteien gemäss Art. 143 Abs. 1 OR solidarisch haftet. Ausschlaggebend war einerseits, dass der Alleinaktionär den Darlehensvertrag vom August 2012 für sich sowie als Vertreter seiner Gesellschaft (B Ltd.) unterzeichnet hatte. Andererseits war für die Feststellung des tatsächlichen Willens entscheidend, dass der Alleinaktionär das Darlehen über EUR 465'000 in seiner Steuererklärung 2013 als Privatschuld deklariert hatte.

27 SHK CISG-Brunner/Klingler/Mauerhofer (Fn. 3), Art. 67 N 9.

28 SHK CISG-Brunner/Klingler/Mauerhofer (Fn. 3), Art. 67 N 9.

29 Vgl. E. 2.4.1 des vorliegenden Entscheids «Die Vorinstanz hielt mit der Erstinstanz fest, der Verkäufer trage die Beweislast für die gehörige Übergabe an den Beförderer.») sowie E. 2.6 («Nach dem Gesagten bleibt es dabei, dass die Gefahr nicht auf den Beschwerdegegner übergegangen ist. Denn es ist nicht bewiesen, dass die Ware gemäss Kaufvertrag dem ersten Beförderer zur Übermittlung an den Beschwerdegegner übergeben wurde (Art. 67 Abs. 1 Satz 1 CISG).»).

II. Unternehmenskauf

1. Verkauf eines Hammams; keine arglistige Täuschung über Wasserlecks

Urteil des Bundesgerichts 4A_47/2024 vom 21. November 2024 (MV/DG)[30]

[37] Die C GmbH (Verkäuferin, Beklagte und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Verkäuferin) betrieb ein Wellnesszentrum mit Hammam in Genf. Im Hammam-Bereich kam es seit 2014 wiederholt zu Wasserschäden, die durch undichte Stellen verursacht wurden. Die Haftpflichtversicherung führte 2016 eine Lecksuche durch und stellte dabei fest, dass die Lecks höchstwahrscheinlich auf Wassereintritt durch offengelegte Zwischenräume im Hammam zurückzuführen waren. Die Hausverwaltung vermutete dagegen, dass die Lecks von einer Terrasse stammten (A.a).

[38] Am 29. Mai 2017 wurden die Fugen ersetzt, worauf kein Wasser mehr eintrat. Die Verkäuferin nahm deshalb an, dass sich das Problem erledigt hätte (A.b).

[39] Mit Vertrag vom 15. Juni 2017 verkaufte die Verkäuferin das Wellnesszentrum an A und B (Käuferinnen, Klägerinnen und Beschwerdeführerinnen, nachfolgend: Käuferinnen) für CHF 130'000. Der Vertrag enthielt eine Klausel, wonach das Wellnesszentrum den Käuferinnen bekannt war, zumal sie es vor dem Kauf mehrmals besichtigt hätten. Der Vertrag enthielt weiter einen Gewährleistungssauschluss, der den Käuferinnen bei Vertragsschluss erklärt wurde. Ebenfalls mit Wirkung vom 15. Juni 2017 übernahmen die Käuferinnen den Mietvertrag für den Arkadenhof, in dem sich das Wellnesszentrum mit Hammam befindet. Bei der Schlüsselübergabe am 20. Juni 2017 besichtigten die Käuferinnen in Begleitung des Hausmeisters den Technikraum unter dem Dampfbad und entdeckten Spuren von Wasserinfiltrationen. Die Käuferinnen kontaktierten daraufhin die Hausverwaltung und die Verkäuferin. Die Hausverwaltung gab an, dass die Wasserinfiltrationen vom Hammam stammten, während die Verkäuferin angab, dass die Wasserinfiltrationen von der Terrasse stammten (A.c).

[40] Kurz nach der Übernahme traten weitere Wasserschäden im Technikraum auf (A.d). Die Käuferinnen informierten die Verkäuferin in einem Schreiben über die Mängel und kündigten eine Preisminderung oder Vertragsauflösung an (A.e).

[41] Trotz Mängeln führten die Käuferinnen den Betrieb fort, zahlten aber nicht den vollständigen Kaufpreis. Schliesslich kündigte die Vermieterin im Mai 2018 den Mietvertrag der Käuferinnen für den Arkadenhof per Ende Juni 2018 (A.f).

[42] Im Juni 2018 erklärten die Käuferinnen die «Kündigung» des Kaufvertrags, da sie sich durch die Verkäuferin arglistig getäuscht fühlten, und verlangten die Rückzahlung des Kaufpreises sowie Ersatz weiterer Kosten. Zum gleichen Zeitpunkt kündigten die Käuferinnen ihren Mietvertrag mit sofortiger Wirkung (A.g).

[43] In ihren Urteilen vom 14. Dezember 2022 bzw. 27. November 2023 kamen das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf und die Genfer Cour de Justice beide zum Schluss, dass die Verkäuferin die Käuferinnen nicht arglistig getäuscht hatte. Die Verkäuferin habe nämlich keine Kennt-

30 Vgl. auch Anna Elisa Stauffer/Dario Galli/Markus Vischer, Arglistige Täuschung setzt Kenntnis des Mangels voraus, in: dRSK, publiziert am 7. Oktober 2025; Maxime Francis, No Knowledge, No Fraud: Warranty disclaimed upheld despite hidden defects, in: Swiss Contract Law, publiziert am 6. Juni 2025; Oliver Dreyer, Kein arglistiges Verschweigen von Mängeln, ius.focus 2025, Nr. 32.

nis der fortbestehenden Mängel gehabt. Die von den Käuferinnen dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht ab (C und E. 5).

[44] **1.** Zunächst stellte das Bundesgericht fest, dass die Parteien durch einen Geschäftsübertragungsvertrag *(«contrat de vente du fonds de commerce»)* miteinander verbunden seien und dass dieser Kaufvertrag einen Gewährleistungsausschluss beinhalte. Das Bundesgericht verwies anschliessend auf die Feststellungen der Vorinstanz, wonach die Verkäuferin zwar von den Wasserlecks wusste, nicht aber von deren Ursache. Die Verkäuferin sei laut Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Lecks durch den Austausch der Fugendichtungen im Mai 2017 behoben worden seien und die Wasserinfiltrationen von der Gebäudeterrasse stammten. Selbst bei Kenntnis der Undichtigkeit des Hammams sei laut Vorinstanz ein arglistiges Verschweigen des Mangels nicht erwiesen, da die Verkäuferin geglaubt habe, die Probleme seien gelöst gewesen. Zudem hätten die Infiltrationen Räume und Flächen ausserhalb des Mietvertrags betroffen (E. 3).

[45] **2.** Das Bundesgericht bestätigte die Gültigkeit des Gewährleistungsausschlusses. Gemäss Art. 197 OR hafte die Verkäuferin grundsätzlich für Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit der verkauften Sache beeinträchtigen würden. Gemäss Art. 199 OR sei sodann jede Vertragsklausel, die eine Gewährleistung ausschliesse, nichtig, wenn die Verkäuferin einen Mangel arglistig verschwiegen habe. Um die Arglist nachzuweisen, müsse die Verkäuferin (i) tatsächliche Kenntnis von dem Mangel gehabt haben und (ii) diese Information vorsätzlich verschwiegen haben (E. 4.1).

[46] **3.** Das Bundesgericht stellte fest, dass die Verkäuferin keine definitive Kenntnis von der Ursache des Wasserlecks gehabt habe. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass die Ursache der Wasserlecks in den Abläufen und in den Brunnen des Dampfbads gelegen habe. Die Überzeugung der Verkäuferin, das Problem mittels des Austauschs der Fugendichtungen gelöst zu haben, verbiete die Annahme, die Verkäuferin hätte den Mangel gekannt. Der Gewährleistungsausschluss sei deshalb wirksam (E. 4.2–3).

[47] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht bestätigt seine bisherige Rechtsprechung zur Frage, wonach das arglistige Verschweigen von Gewährsmängeln im Sinne von Art. 199 OR eine klare Kenntnis des Mangels voraussetzt.[31]

[48] An dieser klaren Kenntnis fehlte es vorliegend, weil die Verkäuferin in guten Treuen annahm, den Mangel mit den in Auftrag gegebenen Reparaturarbeiten beseitigt zu haben.[32] Mehr lässt sich dem referierten Urteil nicht entnehmen.[33]

[49] **2.** Beiläufig subsumierte das Bundesgericht den zur Diskussion stehenden Verkauf eines Unternehmens direkt unter das Kaufrecht, wenngleich seine frühere Rechtsprechung zum Teil einen anderen Ansatz verfolgte.

---

31 Siehe hierzu Lukas Waeber/Dario Galli/Markus Vischer, Mängelhalbkenntnis erfüllt unter Umständen das Tatbestandsmerkmal der Arglist, in: dRSK, publiziert am 24. August 2022; Leandro Schafer/Dario Galli/Markus Vischer, Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht, in: dRSK, publiziert am 26. Februar 2021.

32 Vgl. zu einem ähnlich gelagerten Fall Lukas Moser/Dario Galli/Markus Vischer, Hagelschaden eines Occasionsfahrzeugs, in: dRSK, publiziert am 18. Oktober 2024.

33 Ebenso Francis (Fn. 30).

[50] **a.** Tatsächlich nahm das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung regelmässig und diskussionslos an, dass die kaufrechtlichen Bestimmungen auf den Geschäftsübertragungsvertrag anwendbar sind, also den Vertrag, der einen Betriebskauf *(Asset Deal)* zum Gegenstand hat.[34]

[51] **b.** Ab 1982 vertrat das Bundesgericht jedoch die Ansicht, dass es sich beim Geschäftsübertragungsvertrag um einen Vertrag *sui generis* handelt, «*qui ne saurait être soumis sans autre aux règles de vente mobilière, quand bien même il contient des éléments d'une vente*».[35]

[52] **c.** In einem späteren Entscheid – der ebenfalls eine Wellnesseinrichtung mit Wasserschaden aufgrund einer fehlerhaften Abdichtung der Sauna betraf – qualifizierte das Bundesgericht den Geschäftsübertragungsvertrag als gemischten Vertrag *(contrat mixte)*.[36]

[53] **d.** An dieser Stelle sei festgehalten, dass die Unterscheidung zwischen gemischtem Vertrag und Vertrag *sui generis* in der Praxis keine Auswirkungen hat.[37] Relevant ist einzig, dass ein Innominatvertrag vorliegt.

[54] **e.** Im Jahr 1986 ergangenen Saunafall[38] (vgl. Rz. 52) führte das Bundesgericht aus, dass nicht ohne Weiteres die Vorschriften über den Kauf, sondern jene Bestimmungen anwendbar seien, die der Natur des Geschäftsübertragungsvertrags am besten entsprechen. In der Regel seien dies die Normen, die sich auf sein vorherrschendes Element bezögen.[39] Im Resultat entschied sich das Bundesgericht für die Anwendung der kaufrechtlichen Bestimmungen.[40]

[55] **f.** In BGE 129 III 18 verneinte das Bundesgericht die Anwendung des Kaufrechts auf den Geschäftsübertragungsvertrag, da mit Blick auf die Übertragungspflicht des Verkäufers betreffend den Mietvertrag (Art. 263 Abs. 1 OR) nicht die kaufrechtliche Komponente des Vertrags betroffen sei. Infolgedessen konnte es den Mangel (nämlich Asbest in den Decken) nicht als Mangel einer gelieferten Sache qualifizieren, weshalb es die kaufrechtlichen Sachgewährleistungsregeln nicht anwandte.[41]

[56] **g.** Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Geschäftsübertragungsvertrag spiegelt den allgemeinen Wandel in der methodischen Behandlung von Innominatverträgen. Das Bundesgericht erkannte zunächst die Besonderheiten von Innominatverträgen, ordnete sie aber im Einzelfall dennoch einem bestehenden Vertragstyp zu, um eine klare rechtliche Einordnung zu ermöglichen. Später wurde diese Vorgehensweise zum Grundsatz erhoben, wobei Ausnahmen zugelassen wurden, wenn die Subsumtion keine sachgerechte Lösung bot. In der Folge begann man, Verträge differenziert zu betrachten – einzelne Komponenten wurden gesondert geprüft und die jeweils passende Regel angewendet. Heute bleibt diese Ausdifferenzierung in der Praxis jedoch oft aus.[42]

---

34 Etwa in BGE 63 II 77 E. 3 S. 79; BGE 55 II 184 E. 3 S. 187; BGE 53 II 143 E. 4 S. 155.

35 Urteil des Bundesgerichts C 327/81 vom 12. Januar 1982 E. 3 *in fine*.

36 Urteil des Bundesgerichts in Sachen *P. gegen Stettler* vom 10. Dezember 1986 E. 2a, in: SJ 1987, S. 180.

37 Anna Elisa Stauffer, Methode des Innominatvertrags, Diss. Zürich 2025 = ZStP Band 321, Zürich/Genf 2025, S. 212 ff.

38 Urteil des Bundesgerichts in Sachen *P. gegen Stettler* vom 10. Dezember 1986 E. 2a, in: SJ 1987, S. 179.

39 Urteil des Bundesgerichts in Sachen *P. gegen Stettler* vom 10. Dezember 1986 E. 2a, in: SJ 1987, S. 180.

40 Urteil des Bundesgerichts in Sachen *P. gegen Stettler* vom 10. Dezember 1986 E. 2a, in: SJ 1987, S. 180.

41 BGE 129 III 18 E. 2.2 S. 21 f. = Pra 2003, Nr. 30, S. 153 ff.; siehe auch BGE 137 III 208 E. 2.1 S. 209 = Pra 2011, Nr. 106, S. 757.

42 Zum Ganzen siehe Stauffer (Fn. 37), S. 225 ff.

[57] **h.** Es scheint, als nähere sich das Bundesgericht im referierten Urteil der herrschenden Lehre an, der zufolge der Geschäftsübertragungsvertrag ein Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 ff. OR ist und damit gesamthaft unter die kaufrechtlichen Bestimmungen und auch unter die Regeln der Sachgewährleistung fällt.[43]

[58] **i.** Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht diesen Weg in den nächsten Entscheiden zum Geschäftsübertragungsvertrag weiterverfolgt.

2. ABV; Auslegung; Abgrenzung Vorkaufsrecht vom Vorhandrecht; Mitteilungspflicht bei Eintritt eines Vorhandfalls

Urteil des Bundesgerichts 4A_379/2024 vom 5. November 2024 (MV/DG)[44]

[59] A (Gründer, Kläger und Beschwerdeführer, nachfolgend: Gründer) gründete 2011 die C AG (nachfolgend: Arbeitgebergesellschaft). B (Arbeitnehmerin, Beklagte und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Arbeitnehmerin) arbeitete in diesem Unternehmen (A.a).

[60] 2018 gründete der Gründer die D AG (nachfolgend: Gesellschaft). Das Aktionariat der Gesellschaft setzte sich aus dem Gründer, der Arbeitnehmerin, E, F und G zusammen. Die Arbeitnehmerin zeichnete 190 Aktien der Gesellschaft. Die Aktionäre schlossen bei der Gründung der Gesellschaft einen Aktionärbindungsvertrag (ABV) (A.a).

[61] In Ziffer 3.2 ABV vereinbarten sie Folgendes (A.a):

> «Vorhand- und Vorkaufsrecht
>
> Beabsichtigt eine Partei (‹veräussernde Partei›), Aktien der D._____ AG [d.h. der Gesellschaft] an eine andere Partei oder an Dritte durch irgend ein [sic] Rechtsgeschäft zu verkaufen, zu verpfänden, zur Nutzniessung zu geben oder sonst wie entgeltlich oder unentgeltlich zu übertragen (‹veräussern›), so hat sie diese Aktien vorgängig den übrigen Vertragsparteien nach den folgenden Regeln zum Kauf anzubieten:
>
> – Das Angebot erfolgt durch schriftliche Mitteilung an die übrigen Parteien.
>
> – Innert 50 Tagen seit Erhalt dieser Mitteilung haben die übrigen Parteien der veräussernden Partei gemeinsam mitzuteilen, ob sie die zur Veräusserung stehenden Aktien erwerben wollen. Stillschweigen gilt als Verzicht. Der Erwerb kann nur für sämtliche zur Veräusserung stehenden Aktien erfolgen. Üben mehrere Aktionäre das Vorhandrecht aus, werden ihnen die Aktien im Verhältnis ihres Aktienbesitzes untereinander zugeteilt, sofern sie nicht untereinander eine andere Verteilung schriftlich vereinbaren.»

[62] Weiter sieht Ziffer 3.4.3 lit. d ABV bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Aktionärs mit der Arbeitgebergesellschaft eine «Verpflichtung zum Verkauf der Aktien [gemeint der

---

43 Siehe Hans-Jakob Diem, Leistungsstörungen und Rechtsbehelfe im Unternehmenskauf, in: Hans-Jakob Diem (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XXII, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 7 ff., S. 23 f.; Markus Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, S. 233 ff., S. 234.

44 Vgl. auch Dario Galli/Markus Vischer/Florian Iten, Vorhandrecht: keine Verletzung der im ABV verankerten Mitteilungspflicht, in: dRSK, publiziert am 2. September 2025; Ulysse DuPasquier, Droit des sociétés – Rétrospective jurisprudentielle 2024, REPRAX 2025, S. 27 ff., S. 42 f.; Pascal Hodel, Vorhand- und Vorkaufsrechte im Aktionärbindungsvertrag, ius.focus 2025, Nr. 10.

D._____ AG] gemäss Ziff. 3.2 [ABV]» vor. Schliesslich schuldet eine Partei gemäss Ziffer 6 ABV bei Verletzung von Pflichten aus dem ABV eine Konventionalstrafe von CHF 50'000 (A.a).

[63] Mit Schreiben vom 3. September 2019 kündigten der Gründer und G namens der Arbeitgebergesellschaft das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin per 31. Dezember 2019. Am 26. September 2019 teilte G der Arbeitnehmerin via E-Mail mit, dass er, F und E beschlossen hätten, der Arbeitnehmerin ihre Aktien der Gesellschaft für CHF 55'000 abzukaufen. Tags darauf sandte G der Arbeitnehmerin in dieser Angelegenheit eine weitere E-Mail, welche er in Kopie auch dem Gründer zustellte. In der Folge kam kein Verkauf der Aktien zustande. Mit Schreiben vom 26. Januar 2021 forderten G, F und E die Arbeitnehmerin erneut auf, ihnen ihre Aktien der Gesellschaft zu verkaufen. Am 4. Februar 2021 verkaufte die Arbeitnehmerin diesen drei Personen ihre Beteiligung schliesslich für CHF 52'250 (A.b).

[64] Mit Schreiben vom 24. März 2021 warf der Gründer der Arbeitnehmerin vor, ihm gegenüber ihre Mitteilungspflicht gemäss dem 1. Spiegelstrich von Ziffer 3.2 ABV verletzt zu haben. Entsprechend schulde die Arbeitnehmerin ihm die in Ziffer 6 ABV vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 50'000. Die Arbeitnehmerin weigerte sich, dem Gründer diesen Betrag zu bezahlen (A.c).

[65] Am 17. Mai 2021 reichte der Gründer beim Bezirksgericht Zürich eine Klage mit dem Antrag ein, die Arbeitnehmerin sei zu verpflichten, ihm CHF 50'000 zuzüglich 5% Zins zu bezahlen. Das Bezirksgericht wies diese Klage mit Urteil vom 19. Oktober 2023 ab (A.d).

[66] Das Obergericht des Kantons Zürich wies mit Urteil vom 27. Mai 2024 eine vom Gründer dagegen erhobene Berufung ab (B).

[67] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Gründer dem Bundesgericht im Wesentlichen, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Arbeitnehmerin zu verpflichten, ihm CHF 50'000 zuzüglich Zins von 5% zu bezahlen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (C und E. 4).

[68] **1.** Das Bundesgericht hielt fest, der Arbeitnehmerin hätten ursprünglich 190 Aktien der Gesellschaft gehört. Am 4. Februar 2021 habe sie diese Beteiligung für CHF 52'250 ihren Mitaktionären G, F und E verkauft. Die Arbeitnehmerin habe dies getan, ohne ihre Aktien zuvor auch dem Gründer, der ebenfalls Aktionär der Gesellschaft ist,[45] zum Kauf angeboten zu haben. Zwischen den Parteien sei strittig, ob die Arbeitnehmerin dadurch gegen die Mitteilungspflicht von Ziffer 3.2 ABV verstossen habe und dem Gründer die in Ziffer 6 ABV statuierte Konventionalstrafe von CHF 50'000 schulde (E. 2 Ingress).

[69] **2.** Der Gründer rügte vor Bundesgericht, dass die Parteien in ihrem ABV ein Vorhandrecht vereinbart hätten. Dieses Rechtsinstitut verpflichte die verkaufswillige Partei, ihre Aktien zunächst den vorhandberechtigten Personen anzubieten. Im Gegensatz zum Vorkaufsrecht werde das Vorhandrecht bereits dann ausgelöst, wenn der Verpflichtete die blosse Absicht hege, seine Aktien zu veräussern. Vorliegend hätten die Aktionäre E, F und G der Arbeitnehmerin am 26. September 2019 mitgeteilt, dass sie ihre Aktien für CHF 55'000 erwerben wollten. Die Arbeitnehmerin habe diese Aufforderung ignoriert. Folglich habe sie damals noch keine Verkaufsabsicht gehabt. Weiter führte der Gründer aus, erst am 26. Januar 2021, mithin 16 Monate später, hätten die genannten drei Aktionäre der Arbeitnehmerin ein neues Angebot über CHF 52'250 unterbreitet. Die Arbeitnehmerin habe dieses Angebot am 4. Februar 2021 angenommen und den

[45] Anmerkung: Relevant ist, dass der Gründer ebenfalls Partei des ABV war (vgl. Rz. 60).

drei Aktionären ihre Aktien verkauft. Folglich habe die Arbeitnehmerin ihre Veräusserungsabsicht, die den Vorhandfall ausgelöst habe, erst zwischen dem 26. Januar und dem 4. Februar 2021 gebildet. Die Arbeitnehmerin habe diese Veräusserungsabsicht dem Gründer nicht mitgeteilt, obwohl sie gemäss Ziffer 3.2 ABV zu einer solchen schriftlichen Mitteilung verpflichtet gewesen wäre. Bedeutungslos sei dabei, ob die Arbeitnehmerin damals eine Verkaufspflicht getroffen habe. Wer verkaufspflichtig sei, hege bekanntlich nicht zwingend auch eine Verkaufsabsicht (E. 2.2).

[70] **3.** Das Vorhandrecht – so das Bundesgericht – sei zunächst vom Vorkaufsrecht abzugrenzen. Ein *Vorkaufsrecht* räume der berechtigten Person die Befugnis ein, durch einseitige, vorbehalts- und bedingungslose Erklärung gegenüber dem Verpflichteten das Eigentum an einer Sache zu erwerben, sofern die verpflichtete Person diese Sache an einen Dritten verkaufe. Der Kaufvertrag komme durch die Ausübungserklärung der berechtigten Person zustande (E. 3.1).

[71] **a.** Demgegenüber begründe das *Vorhandrecht* bloss eine Angebotspflicht der belasteten Person. Anders als das Vorkaufsrecht setze das Vorhandrecht kein Drittangebot voraus. Das Vorhandrecht sei vor allem im Aktienrecht anzutreffen. Die vorhandbelastete Aktionärin (Vorhandgeberin) verpflichte sich, ihre Aktien zunächst der vorhandberechtigten Person (Vorhandnehmerin) zum Erwerb anzubieten (E. 3.2.1).

[72] **b.** Das Bundesgericht hielt weiter fest, der Vorhandfall trete typischerweise dann ein, wenn die Vorhandgeberin den Entschluss fasse, ihre vorhandbelasteten Aktien zu verkaufen. Da die Veräusserungsabsicht ein innerer, mentaler Vorgang sei, müsse die vorhandbelastete Person der vorhandberechtigten Person ihre Veräusserungsabsicht mitteilen. Nur so könne die vorhandberechtigte Person die Aktien gegebenenfalls erwerben. Unterbleibe diese Mitteilung und erhalte die vorhandberechtigte Person auch sonst keine Kenntnis vom Eintritt des Vorhandfalles, müsse die Vorhandgeberin für ihre Pflichtverletzung einstehen. Die Parteien müssten den Eintritt des Vorhandfalles nicht zwingend von der Veräusserungsabsicht der belasteten Person abhängig machen. Vielmehr könnten sie im Rahmen der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) auch andere Tatbestände, wie äussere Umstände, als Vorhandfälle vereinbaren (E. 3.2.2 und 3.3.3).

[73] **4.** Das Bundesgericht führte aus, dass die Parteien des ABV vorliegend zwei Vereinbarungen getroffen hätten (E. 3.3 Ingress):

- In Ziffer 3.2 ABV hätten sie ein Vorhandrecht mit zusammengefasst folgendem Inhalt begründet: Wenn eine Partei ihre Aktien der Gesellschaft an eine andere Partei oder an Dritte veräussern wolle, müsse sie ihre Beteiligung den übrigen Parteien des ABV nach bestimmten Regeln zum Kauf anbieten (E. 3.3.1).
- Weiter hätten die Parteien in Ziffer 3.4.3 lit. d ABV eine «Verpflichtung zum Verkauf der Aktien gemäss Ziff. 3.2 [ABV] statuiert». Sie hätten diese Verkaufspflicht an die Auflösung ihres jeweiligen Arbeitsverhältnisses bei der Arbeitgebergesellschaft angeknüpft. Im Folgenden sei zu prüfen, wie dieser Verweis von Ziffer 3.4.3 lit. d ABV auf Ziffer 3.2 ABV genau zu verstehen sei (E. 3.3.2).

[74] **a.** Aufgrund des klaren Wortlautes von Ziffer 3.4.3 lit. d ABV («Verpflichtung zum Verkauf der Aktien») könne – so das Bundesgericht – eine Partei nach Auflösung ihrer Anstellung nicht mehr frei entscheiden, ob sie ihre Aktien der Gesellschaft verkaufen möchte oder nicht. Die betroffene Partei müsse ihre Beteiligung selbst dann veräussern, wenn sie diese an sich behalten möchte. Ihre Willensfreiheit beschränke sich mit anderen Worten nur noch darauf, «dieses Müssen zu wollen». Folglich vermöge sie keinen eigenständigen Veräusserungswillen mehr zu bilden.

Nach Darstellung des Gründers solle eine Partei gleichwohl einen Veräusserungswillen bilden können, welcher in der Folge erst das Vorhandrecht auslöse. Diese Auffassung überzeuge nicht: Würde man nämlich, wie dies der Gründer tue, allein auf den Veräusserungswillen abstellen, könnte sich eine Partei durch ihr blosses Nichtwollen ihrer Veräusserungspflicht entziehen. Der Vorhandfall würde dann trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses gar nie eintreten. Dies könne nicht die Idee der strittigen ABV-Klausel gewesen sein. Folglich habe bei Ziffer 3.4.3 lit. d ABV die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Vorhandfall begründet. Der Verweis von Ziffer 3.4.3 lit. d ABV auf Ziffer 3.2 ABV beschränke sich damit nur auf die Modalitäten der Ausübung des Vorhandrechts (vgl. die beiden Spiegelstriche von Ziffer 3.2 ABV). Demgegenüber werde der Veräusserungswille davon nicht erfasst (E. 3.3.2).

[75] **b.** Die Arbeitgebergesellschaft – so das Bundesgericht – habe das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin per 31. Dezember 2019 gekündigt. Der Gründer und G unterzeichneten dieses Kündigungsschreiben am 3. September 2019 namens der Arbeitgebergesellschaft. Der Gründer sprach somit als Gesellschaftsorgan die Kündigung aus und verwirklichte damit in eigener Person den Vorhandfall. Er könne sich folglich nicht darauf berufen, er habe von der so ausgelösten Aktienangebotspflicht nichts gewusst. Wie oben dargelegt wurde, müsse die vorhandbelastete Person nur dann für eine fehlende Mitteilung einstehen, wenn die vorhandberechtigte Person auch sonst keine Kenntnis vom Eintritt des Vorhandfalles erlange. Der Gründer vermöge denn auch nicht aufzuzeigen, welchen Vorteil ihm die Mitteilung des bereits bekannten Tatbestandes der Kündigung verschafft hätte (E. 3.3.3).

[76] **c.** Zusammenfassend habe die Arbeitnehmerin dem Gründer ihre Aktien nicht ausdrücklich anbieten müssen. Der Arbeitnehmerin könne daher keine Verletzung ihrer Mitteilungspflicht vorgeworfen werden. Wie die Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht erkannt hätten, schulde sie dem Gründer keine Konventionalstrafe (E. 3.3.4).

[77] **Bemerkung: 1.** Vorliegend war strittig, ob die Arbeitnehmerin den ABV (genauer: ihre Mitteilungspflicht aufgrund des Eintritts des Vorhandfalls in Gestalt der Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses) verletzt hat und deshalb dem Gründer eine Konventionalstrafe von CHF 50'000 schuldet (vgl. Rz. 68). Das Bundesgericht verneinte im Ergebnis zu Recht das Vorliegen einer Vertragsverletzung. Es musste sich deshalb nicht mit der Frage befassen, ob die Konventionalstrafe angesichts der vorgeworfenen Vertragsverletzung übermässig hoch ist und daher vom Gericht reduziert werden muss (vgl. Art. 163 Abs. 3 OR).[46]

[78] **2.** Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmerin und dem damit einhergehenden Verkauf der Aktien der Gesellschaft entbrannte zwischen dem Gründer und der Arbeitnehmerin ein *reiner Auslegungsstreit*[47] darüber, wie Ziffer 3.4.3 lit. d ABV und die darin vorgesehene Verweisung auf Ziffer 3.2 (= allgemeines Vorhandrecht) zu verstehen sind. Dies war auf die unklare Formulierung der Klausel zurückzuführen (vgl. auch Rz. 83). Denn Ziffer 3.4.3 lit. d ABV verwies im Sinne einer Einzelverweisung auf Ziffer 3.2 ABV.[48] Es stellte sich mit anderen

---

46 Für ein Beispiel einer herabgesetzten Konventionalstrafe siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_202/2024 vom 24. September 2024 (besprochen von Jenny von Arx/Dario Galli/Markus Vischer, Herabsetzung einer in einem Kaufvertrag enthaltenen Konventionalstrafe, in: dRSK, publiziert am 1. Juli 2025), wo das Bundesgericht die vereinbarte Konventionalstrafe um 90% reduzierte.

47 Siehe zu diesem Begriff z.B. Wolfgang Wiegand, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 18 OR N 9.

48 Siehe zu den Grundsätzen der Verweisungsdogmatik in Gesetzen im Allgemeinen z.B. Susan Emmenegger, in: Rolf H. Weber/Susan Emmenegger (Hrsg.), Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 99 OR N 182 ff.; siehe dazu

Worten die Frage, wie Ziffer 3.4.3 lit. d ABV und die darin enthaltene Verweisung auf Ziffer 3.2 ABV auszulegen sind.

[79] **a.** Ziffer 3.4.3 lit. d ABV (und die darin enthaltene Verweisung auf Ziffer 3.2 ABV) lassen sich als bedingter Kaufvertrag, Kaufsrecht oder Vorhandrecht auslegen:

- *Bedingter Kaufvertrag.* Nach dieser Auslegungsvariante enthält Ziffer 3.4.3 lit. d ABV einen bedingten Kaufvertrag, der bei Eintritt der Bedingung «Auflösung Arbeitsverhältnis» zu einem unbedingten Kaufvertrag zwischen dem Aktionär, dessen Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde, und den übrigen Aktionären führt.[49]
- *Kaufsrecht.* Nach dieser Auslegungsvariante statuiert Ziffer 3.4.3 lit. d ABV ein Kaufsrecht.[50] Der Kaufsrechtsfall ist dabei der bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwingend anzunehmende Veräusserungswille oder, wie es das Bundesgericht formuliert, «dieses Müssen zu wollen» (vgl. E. 3.3.2) desjenigen Aktionärs, dessen Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Dieser Kaufrechtsfall erlaubt es den anderen Aktionären, mittels Kaufrechtsausübung einen Kaufvertrag zwischen dem Aktionär, dessen Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde, und den ausübenden Aktionären zustande zu bringen.
- *Vorhandrecht.* Nach dieser Auslegungsvariante enthält Ziffer 3.4.3 lit. d ABV tatsächlich ein Vorhandrecht. Der Vorhandfall ist dabei der bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses fingierte Veräusserungswille oder, wie es das Bundesgericht formuliert, «dieses Müssen zu wollen» (vgl. E. 3.3.2) desjenigen Aktionärs, dessen Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Dieser Vorhandfall erlaubt es den anderen Aktionären, mittels Vorhandrechtsausübung einen Kaufvertrag zwischen dem Aktionär, dessen Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde, und den ausübenden Aktionären zustande zu bringen.

[80] **b.** Es existiert im Aktienrecht keine Legaldefinition des Begriffs «Vorhandrecht». In der Praxis versteht man unter einem Vorhandrecht gemeinhin ein Recht zum Erwerb von Aktien eines

ferner Dario Galli/Markus Vischer, Verbotene Einflussnahme des VR auf die Willensbildung in der GV mittels der patronalen Personalfürsorgestiftung, SZW 2022, S. 172 ff., S. 177. Zu Verweisungen in Verträgen siehe z.B. Rainer Schumacher, Vertragsgestaltung, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 1529 ff.

49 Vgl. im Allgemeinen dazu Philippe Seiler, Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag, AJP 2009, S. 987 ff., S. 988, wobei nach der hier vertretenen Auffassung die Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden Gestaltungsrechten (in einem Optionsvertrag eingeräumtes Kaufsrecht) und wirkungsbegründenden Gestaltungsrechten (durch einen suspensiv bedingten Kaufvertrag eingeräumtes Kaufsrecht) nicht überzeugt. Es lässt sich nämlich nicht zwischen Bestand und Inhalt eines Rechts unterscheiden (siehe dazu im Allgemeinen Dario Galli/Markus Vischer, In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags, recht 2024, S. 229 ff., S. 236). Jedes so verstandene, ausgeübte Kaufsrecht bewirkt das Zustandekommen eines Kaufvertrags und damit die Begründung eines Rechtsverhältnisses (vgl. aber auch Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 68 ff., die vier Arten von Gestaltungsrechten gestützt auf den «Inhalt der Gestaltung» unterscheiden).

50 Vgl. im Allgemeinen: Seiler (Fn. 49), S. 988.

verkaufswilligen Aktionärs.[51] So verstandene Vorhandrechte sind in der Regel Kaufsrechte,[52] was die vorstehend geschilderten Auslegungsvarianten 2 und 3 zeigen, ist doch das Kaufsrecht und das Vorhandrecht identisch und damit das Vorhandrecht in Tat und Wahrheit ein Kaufsrecht.

[81] **c.** Das zeigt, dass am Schluss nicht Begriffe massgeblich sind, sondern das, was die Parteien vereinbart haben. Entsprechend sollte man sich hüten, eine Regelung vorschnell als Kaufsrecht oder Vorhandrecht zu qualifizieren und alsdann aus dem Begriff zu schliessen, um was für ein Recht es sich handelt.[53]

[82] **d.** Zum Kaufsrecht (und Vorhandrecht) ist nachzutragen, dass zwei Theorien zu ihrer Rechtsnatur bestehen. Die eine Theorie qualifiziert das Kaufsrecht als doppelt suspensiv-bedingten Kaufvertrag, der sofort abgeschlossen wird, aber erst bei Eintritt des Kaufsrechtsfalls und der Ausübungserklärung unbedingt zustande kommt (Bedingungstheorie). Die andere Theorie qualifiziert das Kaufsrecht als Optionsvertrag, der sofort abgeschlossen wird und einer Person das Recht zum Kauf einräumt (Begründungstheorie).[54] Das Bundesgericht gab bislang und auch im referierten Urteil keiner der beiden Theorien den Vorzug.[55]

[83] **e.** Von den drei vorstehend geschilderten Auslegungsvarianten erscheint die Auslegung am naheliegendsten, die nach der Ziffer 3.4.3 lit. d ABV ein Vorhandrecht enthält. Es erklärt die Verweisung auf Ziffer 3.2 ABV am plausibelsten, auch wenn man dem Vorhandfall mit der Annahme, er bestehe im zwingend anzunehmenden Veräusserungswillen desjenigen Aktionärs, dessen Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde, etwas Gewalt antut. Dieses Auslegungsresultat wird nicht dadurch entkräftet, dass Ziffer 3.2 ABV zum allgemeinen Vorhandrecht eine Pflicht zur Mitteilung des Eintritts des Vorhandfalls (= Veräusserungswille des veräusserungswilligen Aktionärs) enthält. Diese Mitteilungspflicht macht auch im Rahmen von Ziffer 3.4.3 lit. d ABV Sinn, muss doch nicht allen vorhandberechtigten Aktionären die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bekannt sein und damit der zwingend anzunehmende Veräusserungswille desjenigen Aktionärs, dessen Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde.

[84] **f.** Welche Auslegungsvariante das Bundesgericht bevorzugte, ist nicht klar. Das Bundesgericht hielt zwar fest, dass der Umfang der Verweisung (vgl. E. 3.3.2 *in initio*) und damit auch die

---

51 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_379/2024 vom 5. November 2024 E. 3.2.1; Nicola Togni, Der Aktionärbindungsvertrag als Gestaltungselement der familieninternen Unternehmensnachfolge, Diss. St. Gallen 2023 = SSHW Band 371, Zürich/St. Gallen 2025, S. 200 f.; Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen, Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen, in: Wolfgang Portmann/Helmut Heiss/Peter R. Isler/Florent Thouvenin (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 181 ff., S. 184 und 187 ff.; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärbindungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 1262; Jürg Frick, Private Equity im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2008 = SSHW Band 272, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 1089.

52 Urs Schenker, Vorkaufs-, Vorhand- und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 245 ff., S. 269; Ulysses von Salis-Lütolf, Private Equity Finanzierungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 1028 ff.; a.M. Huber-Purtschert/Maissen (Fn. 51), S. 189, und Damian Fischer, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Diss. Zürich 2008 = SSHW Band 281, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 67, die Vorhandrechte als Vorverträge qualifizieren.

53 Im Allgemeinen: Markus Vischer, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff., S. 329.

54 Siehe zu alledem: Mirjam Eggen, Berner Kommentar, Bern 2025, Art. 216 OR N 90, die der Begründungstheorie den Vorzug gibt; vgl. auch Philipp Meier Schleich, Option und Optionsvertrag, Diss. Zürich 2018 = ZStP Band 289, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 75 ff., der neben der Bedingungs- und Begründungstheorie auch die Angebotsvertragstheorie, eine dritte (ältere) Theorie, behandelt.

55 Auch in einem anderen während der Berichtsperiode ergangenen Urteil (4A_251/2024) vermied es das Bundesgericht, sich einer der beiden Theorie anzuschliessen (vgl. Rz. 159 ff., insbesondere Rz. 177). Siehe dazu auch Justin Paljuh/Dario Galli/Markus Vischer, Formungültigkeit eines Kaufsrechts und Nichtigkeitsfolgen, in: dRSK, publiziert am 30. April 2025, Rz. 19; Meier Schleich (Fn. 54), S. 80.

Rechtsnatur des in Ziffer 3.4.3 lit. d ABV vereinbarten Rechts, umstritten sei. Es verzichtete aber darauf, seinen Textbaustein zur Auslegung von Verträgen wiederzugeben. Vielmehr legte es den ABV in Abkehr von seiner sonst praktizierten subjektiv-objektiven Auslegungsmethodik nur objektiv, d.h. gestützt auf das Vertrauensprinzip, aus, ohne dies aber ausdrücklich zu erwähnen.[56] Es gelangte aber wohl ebenfalls zum Resultat der vorgenannten dritten Auslegungsvariante, nämlich dass in Ziffer 3.4.3 lit. d ABV ein Vorhandrecht vereinbart wurde.

[85] **g.** Damit bestand an sich eine Mitteilungspflicht der Arbeitnehmerin. Das Bundesgericht verneinte aber trotz nicht erfolgter Mitteilung durch die Arbeitnehmerin eine Vertragsverletzung. Genau besehen bejahte das Bundesgericht zwar eine solche Vertragsverletzung, verneinte aber deren Relevanz mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs, ohne jedoch Art. 2 Abs. 2 ZGB explizit zu zitieren oder Worte wie «treuwidrig» und dergleichen zu verwenden.[57] Das überzeugt im Resultat, ist es doch rechtsmissbräuchlich, die Zahlung einer Konventionalstrafe für eine zwar auf dem Papier existierende Vertragsverletzung zu fordern, wenn die verletzte Mitteilungspflicht sich auf einen Vorhandfall bezieht, den der Vorhandberechtigte (d.h. vorliegend der Gründer) selbst auslöste und damit von ihm wusste.[58]

[86] **3.** Nachzutragen bleiben zwei Punkte:

- Erstens sind Ziffer 3.4.3 lit. d ABV und die darin vorgesehene Verweisung auf Ziffer 3.2 ABV ein Negativbeispiel, wie man ABV-Bestimmungen nicht formulieren sollte. Als Lehre aus dem vorliegenden Urteil ist zu ziehen, dass bei der Vertragsredaktion der Umfang allfälliger interner Verweisungen sorgfältig zu prüfen ist.[59] Andernfalls droht Rechtsunsicherheit und gegebenenfalls ein langwieriges Gerichtsverfahren.
- Zweitens hätte sich das Bundesgericht den Umweg über die Vertragsauslegung und das Rechtsmissbrauchsverbot allenfalls sparen können. Denn – soweit aufgrund des vorliegenden Urteils ersichtlich – ist unklar, wie der Kaufpreis für die dem Vorhandrecht unterliegenden Aktien der Gesellschaft bestimmt wird. Es fehlte mit anderen Worten wohl eine *essentialia negotii* des Vorhandrechtsvertrags,[60] womit gar kein Vorhandrecht eingeräumt wurde.[61] Folglich verkaufte die Arbeitnehmerin die Aktien der Gesellschaft wohl freiwillig und konnte deshalb auch keine Mitteilungspflicht verletzt haben.

---

56 Unter subjektiver Auslegung wird die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens mittels empirischer Auslegung (= Rekonstruktion des Parteiwillens), während unter objektiver Auslegung (auch objektivierte oder objektivierende Auslegung genannt) die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillen aufgrund des Vertrauensprinzips (= Konstruktion des Parteiwillens) verstanden wird (z.B. Markus Vischer/Dario Galli, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 227 [Anm. 51]).

57 Das Bundesgericht argumentierte, dass der Gründer Kenntnis vom Kaufsrechtsfall hatte, weil er ihn selbst herbeigeführt hatte, und deshalb der Vorteil einer zusätzlichen Mitteilung durch die Arbeitnehmerin keinerlei Vorteil bietet (vgl. E. 3.3.3).

58 Zurückhaltender Hodel (Fn. 44); kritisch sogar DuPasquier (Fn. 44), S. 43.

59 In diesem Sinne im Allgemeinen Schumacher (Fn. 48), Rz. 665 und 667 f.

60 Huber-Purtschert/Maissen (Fn. 51), S. 201; Markus Vischer, Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR 2018, S. 82 ff., S. 83.

61 Vgl. Huber-Purtschert/Maissen (Fn. 51), S. 193.

3. Kauf eines landwirtschaftlichen Gewerbes; Sachmängel; Rügefrist

Urteil des Bundesgerichts 4A_392/2023 vom 24. April 2024 (MV/DG)[62]

[87] B (Verkäufer, Kläger und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) war Eigentümer eines in den Kantonen Neuenburg und Bern gelegenen landwirtschaftlichen Gewerbes (nachfolgend: Gewerbe), das er C (nachfolgend: Pächter) verpachtet hatte. Am 21. Februar 2018 kündigte der Verkäufer den Pachtvertrag mit einer Frist von sechs Monaten (A.a).

[88] Mit öffentlicher Urkunde vom 20. März 2018 (Neuenburg) bzw. 22. Juni 2018 (Bern) (nachfolgend: Kaufvertrag) verkaufte der Verkäufer das Gewerbe für CHF 800'000 an A (Käufer, Beklagter und Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer). Der Kaufvertrag sah den separaten Verkauf diverser Mobilien (darunter eine Melkanlage und ein Milchtank) für CHF 180'000 vor. Der Kaufvertrag enthielt weiter folgende Bestimmung[63]: «Der Käufer wird mit dem Pächter die vorzeitige Beendigung des Pachtverhältnisses verhandeln. Eine allfällige diesbezügliche Entschädigung wird vom Käufer unter vollständiger Entlastung des Verkäufers übernommen. Hingegen werden alle anderen berechtigten Ansprüche des Pächters im Zusammenhang mit dem Pachtvertrag vom Verkäufer unter vollständiger Entlastung des Käufers übernommen. Der Verkäufer bevollmächtigt den Käufer, eine umfassende Vereinbarung über die Beendigung des Pachtvertrags und dessen finanziellen Folgen abzuschliessen.» Schliesslich wurde im Kaufvertrag die Gewährspflicht des Verkäufers für mögliche Mängel des Gewerbes wegbedungen unter Vorbehalt von Art. 199 OR in Bezug auf vorsätzlich verschwiegene Mängel (A.a).

[89] Am 16. April 2018 schlossen der Käufer und der Pächter eine Vereinbarung ab, wonach der Pächter das Gewerbe am 30. Oktober 2018 verlassen und der Käufer ihm einen Betrag von CHF 250'000 zahlen soll. Dieser Betrag enthielt eine Entschädigung für vom Pächter vorgenommene Investitionen von CHF 180'000 (A.b).

[90] Die Grundstückverkäufe wurden am 2. Juli 2018 in das Neuenburger Grundbuch und am 3. Juli 2018 in das Berner Grundbuch eingetragen. Der Käufer und der Pächter schlossen am 23. Juli 2018 eine neue Vereinbarung ab. Diese sah vor, dass der Pächter das Gewerbe noch am selben Tag verlässt und die Schlüssel dem Käufer übergibt. Die Schlüssel wurden an diesem Tag dem Käufer übergeben (A.c).

[91] Mit Schreiben vom 26. Juli 2018 teilte der Käufer dem Verkäufer mit, dass die verkauften Mobilien schwere Mängel aufwiesen. Er wies darauf hin, dass die Klauen der Melkanlage und ein Teil des Milchtanks fehlten und gab weiter an, dass er noch nicht sämtliche gekauften Mobilien habe prüfen können (A.d).

[92] Mit Schreiben vom 23. November 2018 teilte der Verkäufer mit, dass die verkauften Mobilien mangels Gegenbeweises keine Mängel aufwiesen, und schlug vor, dass der Käufer ihm bereits CHF 90'000 des vereinbarten Betrags zahlen soll, wobei der Restbetrag Gegenstand späterer Diskussion sein könne. Am 27. Dezember 2018 antwortete der Käufer dem Verkäufer, dass er bestreite, irgendeinen Betrag zu schulden. Er verlangte eine Entschädigung für den dem Pächter gezahlten Betrag von CHF 180'000. Weiter machte der Käufer Mängel an den gekauften Mobilien und Mängel an den elektrischen Anlagen der Gebäude geltend, die arglistig versteckt worden

---

62 Vgl. auch Werro/Pagot (Fn. 1), S. 887 f.; Marina Srienz/Dario Galli/Markus Vischer, Die Prüfungsobliegenheit des Käufers, in: dRSK, publiziert am 13. März 2025; Sylvain Marchand, Avis des défauts de l'acheteur d'un immeuble affermé, SJ 2024, S. 703 ff.; Oliver Dreyer, Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, ius.focus 2024, Nr. 166.

63 Die Bestimmung wird nachstehend bloss auszugsweise wiedergegeben.

seien. Mit Schreiben vom 7. Januar 2019 antwortete der Verkäufer, dass nur berechtigte Ansprüche des Pächters gemäss Kaufvertrag entschädigt werden könnten und dass das Schreiben vom 27. Dezember 2018 keine Anhaltspunkte dafür liefere, dass der Pächter berechtigterweise Anspruch auf den Betrag von CHF 180'000 habe oder dass der Käufer einen solchen Betrag gezahlt habe. Er setzte dem Käufer Frist bis 14. Januar 2019 an, um CHF 180'000 zu zahlen oder ihm einen angemessenen Vorschlag zu unterbreiten (A.e).

[93] Mit Klage vom 5. Mai 2020 beantragte der Verkäufer, dass der Käufer ihm CHF 180'000 zuzüglich Zinsen zahlt. Der Käufer beantragte die Abweisung der Klage. Der Käufer berief sich in seiner Klageantwort auf einen Rechtsmangel der Entmistungsanlage, die im Eigentum des Pächters und nicht des Verkäufers gestanden sei. Mit Urteil vom 21. Februar 2023 verurteilte das Zivilgericht den Käufer, dem Verkäufer CHF 158'522.35, d.h. CHF 180'000 abzüglich CHF 21'477.65, die der Käufer zur Verrechnung gebracht hatte, zuzüglich Zinsen zu zahlen, und wies die Klage im Übrigen ab. Mit Urteil vom 12. Juni 2023 bestätigte das Kantonsgericht Neuenburg das erstinstanzliche Urteil (B).

[94] Der Käufer beantragte mit Beschwerde in Zivilsachen, das vorinstanzliche Urteil sei dahingehend abzuändern, dass die Klage des Verkäufers abgewiesen werde. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut (C und E. 7).

[95] **1.** Das Bundesgericht führte aus, dass die Gewährleistung wegen Mängel des Kaufgegenstands in den Art. 197 ff. OR geregelt sei, die analog auf den Grundstückkauf (Art. 221 OR) anwendbar seien. Es erläuterte den Inhalt des Art. 197 OR und erklärte, dass ein Mangel im Sinne dieser Bestimmung vorliege, wenn dem Kaufgegenstand eine Eigenschaft fehle, die vom Verkäufer versprochen worden sei oder die der Käufer nach Treu und Glauben habe erwarten dürfen (E. 5.1.1).

[96] **2.** Im Kaufvertrag könnten die Parteien vereinbaren, die Gewährleistung für Mängel aufzuheben oder einzuschränken. Eine Klausel im Kaufvertrag, welche die Gewährleistung aufhebe oder einschränke, sei jedoch nichtig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Mängel der Sache arglistig verschwiegen habe (Art. 199 OR). Wenn der Käufer sein Recht auf Mängelgewährleistung behalten wolle, müsse er bestimmte Obliegenheiten in Bezug auf die Untersuchung der gelieferten Sache und die Anzeige von Mängeln beachten. Entdecke er Mängel, für die der Verkäufer hafte, müsse er diese dem Verkäufer unverzüglich anzeigen (Art. 201 Abs. 1 OR) (E. 5.1.2).

[97] **a.** Diese beiden Fristen seien unterschiedlich. Der ersten Pflicht zur Prüfung der Sache müsse der Käufer nachkommen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich sei. So sei es zulässig, die Überprüfung eines Schneepfluges erst im Winter vorzunehmen, ebenso die Überprüfung einer Mäh- oder Dreschmaschine erst im Sommer. Im Fall einer Holzschneidemaschine, die nicht mit der erwarteten Präzision arbeite, sei eine Verzögerung von drei Wochen als zulässig erachtet worden. Die zweite Pflicht zur Anzeige von Mängeln müsse unverzüglich erfüllt werden. Auch wenn das Gesetz eine unverzügliche Mängelanzeige verlange, müsse dem Käufer eine kurze Bedenkzeit zugestanden werden, damit er seine Entscheidung treffen und den Verkäufer informieren könne. Nach der Rechtsprechung erfülle eine Mängelrüge, die zwei oder drei Werktage nach der Entdeckung des Mangels erfolge, die gesetzliche Voraussetzung der Unverzüglichkeit; hingegen seien Anzeigen verspätet, die 17 oder 20 Tage nach der Entdeckung des Mangels erfolgten. Ein Mangel gelte als entdeckt, wenn der Käufer über die notwendigen Elemente verfüge, um dem Verkäufer eine den Anforderungen entsprechende Mitteilung machen zu können. Zeigten sich später versteckte Mängel, also solche, die der Käufer mit den üblichen Untersuchungen nicht entdecken konnte, so schreibe Art. 201 Abs. 3 OR vor, dass diese sofort

nach der Entdeckung zu rügen seien; andernfalls gelte die Sache auch mit diesen Mängeln als genehmigt (Art. 201 Abs. 2 OR). Das Gesetz sehe eine Fiktion der Genehmigung vor, welche die Verwirkung sämtlicher Gewährleistungsrechte mit sich bringe (E. 5.1.2).

[98] **b.** Das Bundesgericht erklärt weiter, dass sich der Verkäufer nicht darauf berufen könne, dass die Mängelrüge nicht rechtzeitig erfolgt sei, wenn er den Käufer absichtlich in die Irre geführt habe (Art. 203 OR). Dazu müsse der Verkäufer tatsächliche Kenntnis vom Mangel haben, wobei Unkenntnis aufgrund von grober Fahrlässigkeit nicht ausreiche. Der Verkäufer habe aber dann keine Informationspflicht gegenüber dem Käufer, wenn er davon ausgehen dürfe, dass der Käufer den Mangel ohne weiteres entdecken werde (E. 5.1.3).

[99] **3.** Bei der Pacht müsse der Pächter die Besichtigung der Sache durch den Verpächter dulden, soweit die Untersuchung für den Unterhalt, den Verkauf oder eine Wiederverpachtung erforderlich sei (Art. 287 Abs. 2 OR). Diese Regel gelte gemäss Art. 276*a* Abs. 1 und 2 OR und Art. 1 Abs. 4 LPG auch für die landwirtschaftliche Pacht, sofern das LPG keine spezielle Regelung vorsehe. Der Verpächter müsse dem Pächter Besichtigungen rechtzeitig ankündigen und bei deren Durchführung auf die Interessen des Pächters Rücksicht nehmen (E. 5.2).

[100] **4.** Das Bundesgericht führte aus, der Käufer und der Pächter hätten vereinbart, dass die Übergabe des Gewerbes am 23. Juli 2018 erfolgen sollte. Der Verkäufer habe gewusst, dass eine vorzeitige Übergabe des Gewerbes stattfinden würde. Der Verkäufer selbst hätte den Pachtvertrag bereits am 21. Februar 2018 mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt. Unter diesen Umständen scheine es dem üblichen Geschäftsgang zu entsprechen, dass der Käufer den Zustand der Sache erst nach dem Auszug des Pächters überprüfe. Da der Pächter bis zu seinem Auszug mit Aufräum- und Instandsetzungsarbeiten beschäftigt sein könne, komme eine Besichtigung der Räumlichkeiten und Mobilien während dieser Zeit möglicherweise nicht infrage. Etwas anderes gelte, wenn das Gewerbe verkauft werde, während der Pächter es weiter bewirtschafte. In diesem Fall würde es der übliche Geschäftsgang erfordern, dass der Käufer sofort eine Besichtigung der Sache veranlasse (E. 5.4.1).

[101] **a.** Wenn man von einer «Besichtigung» *(inspection)* spreche, verliere man aus den Augen, dass eine solche nicht ohne Rücksprache mit dem Pächter und ohne Berücksichtigung seiner Interessen gemäss Art. 287 OR organisiert werden könne. Je nachdem, wie aktiv ein Pächter auf dem Gut sei, könne eine Wartezeit von einigen Tagen erforderlich sein, bevor eine Besichtigung stattfinden könne. So entspreche es nicht dem üblichen Geschäftsgang, dass eine Überprüfung der Vollständigkeit der landwirtschaftlichen Anlagen und Gebäude sofort nach der Eintragung des Käufers im Grundbuch verlangt werden könne, wenn ein Pächter das Gut bewirtschafte. Das Gesetz verpflichte den Käufer, eine Besichtigung unter Berücksichtigung der Interessen des bestehenden Pächters zu vereinbaren. Der Käufer könne sich nicht frei auf dem Grundstück aufhalten oder vom Pächter verlangen, dass er eine sofortige Besichtigung dulde (E. 5.4.1).

[102] **b.** Im vorliegenden Fall habe der Verkäufer Kenntnis von der geplanten Vereinbarung über die Beendigung des Pachtverhältnisses gehabt und habe daher nicht erwarten können, dass der Käufer ihm Mängel melde, bevor er die Räumlichkeiten tatsächlich in Besitz nehmen konnte. Vorliegend sei eine Überprüfung der Grundstücke und der Mobilien des landwirtschaftlichen Gewerbes 21 Tage nach der Eintragung im Grundbuch, und damit nachdem der bisherige Pächter die Räumlichkeiten geräumt und die Schlüssel an den Käufer übergeben habe, nach dem üblichen Geschäftsgang nicht verspätet (E. 5.4.1).

[103] **Bemerkung: 1.** Vorliegend schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über zwei Grundstücke ab. Es handelte sich beim Kaufgegenstand um ein landwirtschaftliches Gewerbe, das sich einer-

seits aus verpachteten Grundstücken und andererseits aus Mobilien zusammensetzte. Für die Gewährleistung bei Mängeln am Kaufgegenstand sind Art. 221 OR in Verbindung mit Art. 197 ff. OR (analog) anwendbar.

[104] **2.** Wie das Bundesgericht in seiner E. 5.1.2 korrekt in Erinnerung ruft, hat der Käufer im Zusammenhang mit Mängeln am Kaufgegenstand gemäss Art. 201 OR zwei verschiedene Obliegenheiten: Einerseits hat der Käufer die Obliegenheit, die Beschaffenheit des Kaufgegenstands zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist. Andererseits muss der Käufer dem Verkäufer sofort Anzeige erstatten, nachdem dieser Mängel entdeckt hat, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat. Versäumt der Käufer die rechtzeitige Prüfung des Kaufgegenstands und eine rechtzeitige Rüge der Mängel, gilt der Kaufgegenstand als genehmigt und die Rechte des Käufers aus Gewährleistung verwirken.[64]

[105] **3.** Vorliegend war vor allem die Frist strittig, innert welcher der Käufer seine Prüfpflicht erfüllen muss. Die konkrete Bemessung der Frist zur Prüfung des Kaufgegenstands ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Vielmehr sieht das Gesetz vor, dass die Prüfung «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist» zu erfolgen hat. Eine starre Frist wurde vom Bundesgericht wiederholt abgelehnt, wobei es stets daran erinnert hat, dass auf die Umstände des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen ist.[65] Das Bundesgericht setzt die Frist in der Regel kurz an.[66] Diese kurze Fristansetzung wurde von der Lehre verschiedentlich kritisiert.[67]

[106] **4.** Das Ergebnis des referierten Urteils geht in die richtige Richtung.[68]

[107] Allerdings überzeugt die im vorliegend kommentierten Urteil gegebene Begründung für die längere Frist zur Prüfung des Kaufgegenstands nicht. Die vom Bundesgericht erwähnten möglichen Aufräum- und Instandsetzungsarbeiten des Pächters sprachen nicht für, sondern gegen eine längere Frist. So drohte doch durch diese Aufräum- und Instandsetzungsarbeiten eine Veränderung des Kaufgegenstands, was die Beweislage in Bezug auf allfällige Mängel im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung verkompliziert hätte. Das Bundesgericht war deshalb im vorliegenden Fall sehr nachsichtig mit dem Käufer. Es billigte ihm zu, er hätte mit der Mängelrüge trotz den nach der Eigentumsübertragung drohenden Aufräum- und Instandsetzungsarbeiten bis zum Auszug des Pächters zuwarten dürfen. Dies war erst am 23. Juli 2018 und damit 21 Kalendertage nach der Übertragung des Eigentums am Kaufgegenstand am 2. Juli 2018 der Fall, zumal der Auszug des Pächters gemäss der ersten zwischen dem Pächter und dem Käufer abgeschlossenen Vereinbarung auch erst einige Zeit später, nämlich am 30. Oktober 2018, oder bei nicht vertragsgemässem Verhalten des Pächters noch später hätte erfolgen können.

[108] **5.** Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Stellung von Bauherren ab 1. Januar 2026 verbessert wird.[69] Neu wird die Rügefrist von offenen wie auch von versteckten Mängeln bei

---

64 Huguenin (Fn. 17), Rz. 2630.

65 Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen.

66 BGE 107 II 172 E. 1c S. 177 f., wonach die Rüge eines undichten Daches nach 20 Tagen verspätet war; BGE 81 II 56 E 3b S. 59 f.

67 Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 2175 ff., mit einer ausführlichen Würdigung der geltenden Bestimmungen; vgl. auch Jessica Müller/Dario Galli/Markus Vischer, Rechtzeitige Mängelrüge, Lockerung der bundesgerichtlichen Praxis bezüglich der Rügefrist bei versteckten Mängeln?, in: dRSK, publiziert am 23. April 2019.

68 Im Ergebnis gl.M. Marchand (Fn. 62), S. 707; Dreyer (Fn. 62).

69 AS 2025 270.

Immobilien zwingend 60 Tagen anstelle der heute verlangten «sofortigen» Rüge betragen, wobei diese Rügefrist auch für Grundstückkaufverträge gelten soll.[70]

4. Betriebskauf; Übertragung des Mietvertrags und der Einbauten; kein nichtiges Koppelungsgeschäft; Zahlung Restkaufpreis

Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2024 vom 20. März 2024 (MV/DG)[71]

[109] Die B GmbH (Beschwerdegegnerin, Klägerin und Vormieterin, nachfolgend: Vormieterin) betrieb bis 2012 in einem Ladenlokal mit Nebenräumen eine Boutique (A). Im Jahr 2004 liess die Vormieterin im Ladenlokal Ausbauten vornehmen, wie sie für ein Kleidergeschäft nötig waren. Insbesondere hat die Vormieterin den Bodenbelag, den Laminatboden, eine Vorhangstange zu Umkleidekabinen, einen Floatspiegel in der Umkleide, eine Aufbauleuchte, die Schaufensterverglasung, den Schaufensterboden, eine Regalwand sowie Elektroinstallationen einbauen lassen (E. 4.2.2).

[110] Nach 2012 wurden die Räumlichkeiten von der A GmbH (Beschwerdeführerin, Beklagte und Nachmieterin, nachfolgend: Nachmieterin) gemietet. Im Hinblick auf einen Mieterwechsel schlossen die Parteien im November 2012 einen Vertrag mit dem Titel «Vorvertrag zum Mietvertrag» (nachfolgend: Vorvertrag) (A). Die wesentlichen Passagen dieses Vorvertrags lauteten wie folgt (E. 4.2.1):

> «Präambel
>
> Über das Mietobjekt besteht zurzeit ein Vertragsverhältnis zwischen B [Vormieterin] und einer anderen Partei, der Eigentümerin der Liegenschaft resp. deren Verwaltung. Die B [Vormieterin] unternimmt alles Zumutbare, um rechtlich einwandfreie Voraussetzungen für den Eintritt von A [Nachmieterin] in den Mietvertrag mit der Eigentümerin der Liegenschaft resp. der Verwaltung, zu schaffen, unter Beibehaltung der Konditionen des derzeitigen Mietvertrages. Als Grundlage dafür dient dieser Vorvertrag.»
>
> «I. Mietvertrag
>
> Die Parteien verpflichten sich, bis spätestens 1. Dezember 2012 alle Voraussetzungen zu schaffen, um einen Mietvertrag entsprechend der Präambel zwischen der Eigentümerin/Verwaltung und A [Nachmieterin] abzuschliessen. Insbesondere wird die B [Vormieterin] verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, damit A [Nachmieterin] in den Vertrag mit der Eigentümerin resp. Verwaltung der Liegenschaft eintreten kann unter Beibehaltung der bisherigen Vertragsbedingungen. [...]»
>
> «II. Mietobjekt
>
> Das Mietobjekt, welches Teil des Mietverhältnisses bildet, umfasst folgende Bereiche:

70 Zu dieser Gesetzesnovelle Peter Gauch, «Obligationenrecht (Baumängel)» – Ein Streifzug durch die partielle Revision des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts vom 20. Dezember 2024, SJZ 2025, S. 495 ff.

71 Vgl. auch Luca Bohnenblust/Dario Galli/Markus Vischer, Betriebskauf: Übertragung des Mietvertrags und der Einbauten, in: dRSK, publiziert am 28. April 2025; Eva Bachofner, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2024, ZBJV 2025, S. 356 ff., S. 390 ff.; Pierre Stastny, TF 4A_22/2024 (20. März 2024), DB 2024, S. 16 ff.

– Ladenlokal im Erdgeschoss (Fläche 23.6m^2)

– [...]»

«IV. Mobiliar

A [Nachmieterin] übernimmt bei Mietantritt das – im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages – eingebaute Mobiliar entsprechend der zwischen den Parteien vereinbarten Abmachung und bezahlt B [Vormieterin] im Gegenzug eine Entschädigung in Höhe von CHF 72'500.- die dem Sachwert entspricht. Es wird vorab, direkt nach Unterzeichnung dieses Vorvertrages, eine Anzahlung an unten angebrachten Bankkoordinaten, in Höhe von CHF 20'000.- geleistet. Die Restzahlung in Höhe von CHF 52'500.- wird, nach Abschluss des Mietvertrages zwischen A [Nachmieterin] und der Eigentümerin/Verwaltung des Ladenlokals, innerhalb von 2 Arbeitstagen geschuldet.»

[111] Die Nachmieterin leistete eine Anzahlung von CHF 20'000 (A). Die Vormieterin verliess in der Folge das Mietobjekt. Spätestens am 20. Dezember 2012 schlossen die Nachmieterin und Vermieterin einen neuen Mietvertrag ab, sodass die Nachmieterin darin eine Boutique betreiben konnte (E. 4.2.2).

[112] Die Restzahlung der CHF 52'500 an die Vormieterin blieb aus. Am 22. Februar 2021 forderte die Vormieterin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich CHF 52'500 zuzüglich Zins von der Nachmieterin. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hiess die Klage am 13. Dezember 2023 gut (A).

[113] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Nachmieterin, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben (B). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 5).

[114] **1.** Das Bundesgericht erwog, nach dem sachenrechtlichen Akzessionsprinzip erwerbe ein Eigentümer originär und durch Akzession das Eigentum an allem, was mit seiner Sache so verbunden sei, dass es zu einem Bestandteil derselben werde. Zum Ausgleich könne der Eigentümer der zusammengesetzten Sache unter Umständen verpflichtet sein, eine Entschädigung aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung zu zahlen oder die Abtrennung und Entfernung der Bestandteile durch den früheren Eigentümer zu dulden. In Bezug auf Mietverhältnisse habe das Bundesgericht entschieden, dass ein sachenrechtliches Wegnahmerecht, das sog. *ius tollendi*, dem Mieter erlaube, sich bei Vertragsende die Einbauten anzueignen, sofern die Vermieterin keine Entschädigung für die Unkosten leiste. Das *ius tollendi* sei ein Aneignungsrecht, welches eigenmächtig ausgeübt werden müsse und vor der Rückgabe der Sache vollzogen worden sein müsse, um nicht zu verwirken (E. 4.1.3).

[115] **2.** Die Vorinstanz habe erwogen, gemäss ausdrücklichem Vertragswortlaut hätten die Parteien vereinbart, dass die Nachmieterin «nach Abschluss des Mietvertrages» bei Mietantritt das bei Vertragsunterzeichnung vorhandene Mobiliar übernehme und der Vormieterin eine Entschädigung von CHF 72'500 bezahle. Es sei erwiesen, dass die Vormieterin die von ihr behaupteten Einbauten in Auftrag gegeben habe und dass es sich dabei um mit der Mietsache fest verbundene Einbauten handle. Ihr habe daher zulasten des Liegenschaftseigentümers – welcher durch den Einbau Eigentümer der Mieterausbauten wurde – eine Entschädigung resp., da solches nicht vereinbart worden sei, das *ius tollendi*, zugestanden. Es sei unbestritten, dass die Vormieterin dieses *ius tollendi* bei Vertragsende nicht ausgeübt habe. Angesichts der Begebenheiten rund um den Vertragsschluss dränge sich die Annahme auf, dass die Parteien in Ziffer IV des Vorvertrages ver-

einbart hätten, die Vormieterin verzichte gegen Entgelt auf ihr Wegnahmerecht. Dasselbe ergebe sich aus Wortlaut und Systematik des Vorvertrags, wonach die Nachmieterin die im Vertragszeitpunkt vorhandenen Einbauten der Boutique gegen Entschädigung übernehme. Auch das jeweilige Parteiverhalten lasse keinen anderen Schluss zu, als dass bei Vertragsschluss beabsichtigt gewesen sei, dass die Vormieterin der Nachmieterin das Mietobjekt mitsamt ihren Umbauten gegen Bezahlung überlasse. Im Übrigen habe die Nachmieterin das Ladenlokal ebenfalls als Boutique geführt und die Einbauten behalten. Eine Auslegung der Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip würde zu demselben Ergebnis führen (E. 4.2.2). Diese Erwägungen der Vorinstanz seien bundesgerichtskonform (E. 4.3 Ingress). Insbesondere irre die Nachmieterin, wenn sie ausführe, das Wegnahmerecht stehe nur demjenigen zu, der die Ausbauten ursprünglich vorgenommen habe. Darauf komme es nicht an. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Nachmieterin von den Einbauten keinerlei Vorteil gehabt hätte, zumal unbestritten sei, dass sie die Einrichtung jahrelang nutzte. Vor diesem Hintergrund erscheine es geradezu rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Nachmieterin auf den Standpunkt stelle, die Vormieterin habe ihr das eingebaute Mobiliar nicht verschaffen können (E. 4.3.1).

[116] **3.** Gemäss Art. 254 OR sei ein Koppelungsgeschäft, das im Zusammenhang mit der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen stehe, nichtig, wenn der Abschluss oder die Weiterführung des Mietvertrages davon abhängig gemacht werde und der Mieter dabei gegenüber dem Vermieter oder einem Dritten eine Verpflichtung übernehme, die nicht unmittelbar mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhänge. Das Gesetz gehe davon aus, dass bei Verträgen, welche «unmittelbar» mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen, keine missbräuchliche Koppelung vorliege. Wenn ein Eigeninteresse des Mieters gegeben sei, dürften an die Unmittelbarkeit des Zusammenhangs keine hohen Anforderungen gestellt werden. So sei ein genügender Zusammenhang zu bejahen, wenn der Mieter zur Bewirtschaftung eines im Mietlokal betriebenen Gewerbes Mobiliar oder Material kaufe. Dagegen stelle unabhängig von der Nähe des Mietobjekts zum gekoppelten Vertrag der Umstand, dass dieser für den Mieter zu einem erheblichen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führe, ein Indiz dafür dar, dass dieses Geschäft dem Mieter gegen seinen Willen aufgedrängt worden sei (E. 4.1.4).

[117] Die Vorinstanz habe auch kein Bundesrecht verletzt, wenn sie annahm, es liege kein nichtiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR vor. Was die Nachmieterin dagegen vortrage, sei nicht nachvollziehbar. Dies gelte etwa, wenn sie ausführe, aus der Argumentation der Vorinstanz sei ersichtlich, dass sich die Vormieterin eine besondere Machtstellung zu eigen gemacht habe. Dies ergebe sich aus den Erwägungen der Vorinstanz nicht. Im Übrigen sei die Vormieterin nicht Vermieterin gewesen und habe somit letztlich keinen Einfluss auf den Abschluss eines Mietvertrages mit der Nachmieterin gehabt. Zudem habe es der Absicht beider Parteien entsprochen, auf einen solchen Abschluss hinzuwirken. Dies folge klar aus der Präambel sowie Ziffer I des Vorvertrags. Eine Machtstellung der Vormieterin begründe dies nicht. Die Vorinstanz habe auch ein Eigeninteresse der Nachmieterin am Vorvertrag mit der Vormieterin zu Recht bejaht. Mit ihrem unbelegten Einwand, wonach sie nur die Wahl gehabt haben soll, das Lokal mit den Einbauten zu mieten oder gar nicht, weise die Nachmieterin die Erwägungen der Vorinstanz nicht als willkürlich aus (E. 4.3.2).

[118] **Bemerkung: 1.** Das vorliegend besprochene Urteil bietet Anlass, den zwischen Vor- und Nachmieterin geschlossenen «Vorvertrag zum Mietvertrag» zu qualifizieren, auch wenn das Bundesgericht dies unterlassen hat. Dieser Vorvertrag sollte die Übertragung des Mietvertrags und

der Einbauten regeln. Dabei vereinbarten die Parteien einen Betriebskauf[72] *(Asset Deal)*, der gemäss h.L. als Kaufvertrag zu qualifizieren ist.[73] Das Bundesgericht qualifiziert diesen Vertrag allerdings entgegen der h.L. nicht als Kaufvertrag, sondern als Innominatkontrakt, bei dem die Anwendbarkeit von Kaufrecht für jeden einzelnen verkauften Gegenstand geprüft werden müsse (vgl. aber das in Rz. 49 ff. kommentierte, nach dem referierten Urteil ergangene Urteil des Bundesgerichts 4A_47/2024, wo das Bundesgericht den Geschäftsübertragungsvertrag direkt unter das Kaufrecht subsumierte).[74]

[119] **a.** Ist ein Mietvertrag Gegenstand des *Asset Deals*, kann das Vollzugsgeschäft, d.h. die Übertragung des Mietvertrags, auf zwei Arten erfolgen, nämlich nach Art. 263 OR oder dadurch, dass wie im vorliegenden Fall der bisherige Mietvertrag zwischen Vormieterin und Vermieterin aufgelöst und ein neuer Mietvertrag zwischen Nachmieterin und Vermieterin geschlossen wird.[75]

[120] **b.** Ist ein Mietvertrag Gegenstand des *Asset Deals*, müssen die zwingenden Bestimmungen des Mietrechts eingehalten werden. Bei einem Verkauf des Mietvertrags und von Einbauten, Mobiliar oder Material ist zu prüfen, ob allenfalls ein unzulässiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR vorliegt.[76] Vorliegend kam das Bundesgericht richtigerweise zum Schluss, dass kein unzulässiges Koppelungsgeschäft vorlag (vgl. E. 4.1.4 und 4.2.3).[77]

[121] **2.** Im referierten Urteil tat sich das Bundesgericht schwer mit dem Verkauf der von der Vormieterin vorgenommenen Einbauten, weil diese infolge des Akzessionsprinzips beim Einbau ins Eigentum der Vermieterin übergegangen waren. Es behalf sich letztlich mit dem Rechtsmissbrauchsverbot und argumentierte, dass sich die Nachmieterin in rechtmissbräuchlicher Weise auf die Unübertragbarkeit der Einbauten berief, nachdem sie diese jahrelang genutzt hatte. Dieser Umweg über den Rechtsmissbrauch wäre nicht nötig gewesen. Denn letztlich kann jede Rechtsposition Gegenstand eines *Asset Deals* bilden, die verkauft und übertragen werden kann.[78] Vorliegend wurden zwei Rechtspositionen von der Vermieterin an die Nachmieterin verkauft, nämlich die Rechtsposition als Mieter im Allgemeinen und die Rechtsposition als Mieter in Bezug auf die Einbauten im Speziellen, bestehend aus dem Recht auf eine Entschädigung oder dem (von der Lehre und Rechtsprechung und auch im vorliegend besprochenen Urteil trotz sehr unklaren Rechtsgrundlagen[79] bejahten) *ius tollendi* (Wegnahmerecht) des Mieters.[80] Übertragen wurden diese Rechtspositionen dadurch, dass die Vormieterin ihren Mietvertrag mit der Vermieterin auflöste und die Nachmieterin einen neuen Mietvertrag mit der Vermieterin schloss (vgl. bereits

72 Eron Gjukaj/Dario Galli/Markus Vischer, Übertragung des Mietverhältnisses im Rahmen eines Betriebskaufs, in: dRSK, publiziert am 27. August 2024, Rz. 22.

73 Karin Müller, in: Madeleine Simonek/Paul Eitel/Karin Müller (Hrsg.), Unternehmensrecht II, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022, § 9 Rz. 24.

74 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 E. 3.2.1.

75 Alfred Koller, Rechtsbehelfe des Mieters bei Wegfall des Mietbedarfs, AJP 2018, S. 209 ff., S. 218 (Anm. 98).

76 Matthias Minder, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Diss. Zürich 2009 = ZStP Band 221, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 462 ff.

77 Im Allgemeinen: BSK OR I-Weber (Fn. 47), Art. 263 OR N 2.

78 Diem (Fn. 43), S. 8 f.; Stephanie Walter, Die vertragliche Allokation rechtlicher Vollzugsrisiken bei privaten Aktienkäufen, Diss. St. Gallen 2019 = Law & Management Wissenschaft Band 3, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 30 f.

79 Siehe dazu z.B. Reto Pfeiffer, Mietereinbauten: Entschädigung, Zurückbehaltungsrecht, Wegnahmerecht, mp 2024, S. 271 ff.

80 Siehe zum Kaufgestand auch Stastny (Fn. 71), S. 19.

Rz. 119), wobei die Nachmieterin das Recht auf Entschädigung oder das *ius tollendi* in Bezug auf die Einbauten behielt.[81]

5. Gewährleistung beim Aktienkaufvertrag; Verhältnis von Zusicherungen und Haftungsausschluss für vom Käufer gekannte Mängel; Auslegung gemäss Art. 200 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_211/2023 vom 18. April 2024 (CB)[82]

[122] Im Oktober 2012 schlossen A.A (Käuferin, Klägerin, nachfolgend: Käuferin) – vertreten durch ihren Sohn – und B. (Verkäufer, Beklagter, nachfolgend: Verkäufer) einen Aktienkaufvertrag («AKV») über 125 Namenaktien der C AG ab. Vor Abschluss des AKV war eine «Pre Due Diligence» durchgeführt worden. Sowohl der Verkäufer als auch der Sohn der Käuferin waren Verwaltungsräte der C AG. Die beiden waren auch Verwaltungsräte der von der C AG gehaltenen Tochtergesellschaft A +B AG, wobei der Sohn als sogenannter stiller Verwaltungsrat nicht im Handelsregister der beiden Gesellschaften eingetragen war. Nach Abschluss des AKV schied der Verkäufer aus den Verwaltungsräten der C AG sowie der beiden Tochtergesellschaften aus und der Sohn der Käuferin wurde als Verwaltungsrat beider Tochtergesellschaften in das Handelsregister eingetragen. Im AKV gab der Verkäufer unter anderem folgende Zusicherungen ab:

- Korrektheit und Vollständigkeit der Jahresabschlüsse per Ende 2010 und 2011 nach Gesetz und stetiger Rechnungslegungspraxis;
- Abwesenheit fälliger Steuer- und Abgabeverbindlichkeiten, die per Vollzugsdatum noch nicht beglichen sind, und Bildung ausreichender Rückstellungen für Steuern und Abgaben auf Bemessungsperioden bis zum Stichtag.

Sämtliche Zusicherungen standen jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Käuferin als Aktionärin oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat (d.h. durch ihren Sohn) allfällige haftungsbegründende Tatsachen nicht kannte (A).

[123] Im Juni 2017 erhob die Klägerin Teilklage gegen den Verkäufer und verlangte, dieser sei zu verpflichten, der C AG CHF 350'445.10 nebst Zins zu bezahlen, vorbehaltlich Mehr- und Nachforderungen. Zur Begründung machte die Käuferin unter anderem geltend, in der Bilanz der Tochtergesellschaft A +B AG seien die Steuerverbindlichkeiten bis Ende 2011 um insgesamt CHF 660'890.25 zu tief ausgewiesen worden. Der Verkäufer habe seine Zusicherung verletzt, wofür er entschädigungspflichtig werde. Das Zivilkreisgericht beschränkte das Verfahren vorerst auf die grundsätzliche Haftbarkeit des Verkäufers und wies sodann die Klage ab. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft bestätigte den Entscheid des Zivilkreisgerichts im Wesentlichen (B).

[124] Die von den Erben der zwischenzeitlich verstorbenen Käuferin (nachfolgend der Einfachheit weiter als Käuferin bezeichnet) erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht teilweise gut (C und E. 7).

[125] **1.** Zur Beweislast führte das Bundesgericht aus, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgehalten, die Käuferin trage die Beweislast dafür, dass der Verkäufer im Kaufvertrag Zusicherungen

81 In diesem Sinne auch Bachofner (Fn. 71), S. 391.

82 Vgl. auch Harald Bärtschi, Gewährleistung beim Aktienkaufvertrag, ius.focus 2024, Nr. 141.

abgegeben habe, die nicht von einem Haftungsausschluss im Kaufvertrag erfasst würden. Zwar trage die Käuferin die Beweislast dafür, dass der Verkäufer Zusicherungen abgegeben hat, die nicht zutreffen. Falls dieser Beweis gelinge, hafte der Verkäufer, sofern er keinen Haftungsausschlussgrund nachweisen könne. Denn der Verkäufer leite aus dem Ausschluss ab, dass er für seine falsche Zusicherung nicht belangt werden könne (E. 3).

[126] **2.** Zu den zu tief ausgewiesenen Steuerforderungen hatte die Vorinstanz erkannt, dass der Haftungsausschluss für vom Käufer bekannte Tatsachen den Anspruch der Käuferin ausschliesse. Die Vorinstanz war der Auffassung, dass sich der Haftungsvorbehalt nicht nur auf Tatsachen bezieht, die die Käuferin tatsächlich kannte, sondern auf alle Tatsachen, die ihr – als Aktionärin oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat der Gesellschaft – bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. Wer gemäss dem Grundgedanken der Haftungsregelung von Art. 200 OR den Mangel bei Vertragsabschluss kenne oder ihn doch hätte erkennen können, erscheine nicht schutzwürdig, wenn er die Sache vorbehaltlos angenommen habe. Mit Blick auf Art. 716a OR seien jene Informationen, die ein Verwaltungsrat aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen haben müsse, als bekannt im Sinne des Haftungsausschlusses vorauszusetzen. Entscheidend sei nicht, was der Sohn der Käuferin tatsächlich wusste, sondern was er in seiner Funktion als Verwaltungsrat zwingend hätte wissen müssen (E. 3 und 5).

[127] **a.** Das Bundesgericht erwog, die Auslegung der Vorinstanz erweise sich weder in tatsächlicher Hinsicht noch nach dem Vertrauensprinzip als haltbar. Nach Art. 200 Abs. 1 OR hafte der Verkäufer nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt habe. Für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, hafte der Verkäufer nur, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert habe (Abs. 2). Soweit die Vorinstanz mit dem Grundgedanken von Art. 200 OR argumentiere, übergehe sie, dass der Verkäufer für zugesicherte Mängel auch dann hafte, wenn der Käufer diese hätte erkennen können. Der Zweck einer Zusicherung bestehe gerade darin, den Käufer von der Prüfung zu entbinden, ob sie zutrifft. Sofern der Käufer nicht wisse, dass sie nicht zutrifft, könne er sich ohne weitere Abklärungen auf sie verlassen (E. 5.4–5.4.1).

[128] **b.** Art. 716a OR umschreibe die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats und bestimme damit indirekt, über welche Informationen er verfügen oder sich beschaffen müsse. Ein Verwaltungsrat könne sich nicht darauf berufen, verfügbare Informationen nicht gekannt zu haben. Diese Pflicht zur Kenntnis betreffe jedoch die Organverantwortung und nicht die Frage, welche Kenntnisse im Rahmen eines Kaufvertrags relevant seien. Die Parteien könnten vertraglich bestimmen, ob für die Haftung das tatsächliche oder das bei gehöriger Sorgfalt mögliche Wissen einer Partei massgebend sei. Nach Art. 200 Abs. 2 OR blieben dem Käufer unbekannte Umstände bei Zusicherungen ohne Bedeutung, selbst wenn er sie bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können. Zu prüfen sei, ob die Parteien von dieser Regelung wirksam abgewichen seien (E. 5.4.2).

[129] **3.** Nach dem Wortlaut der massgebenden Vertragsbestimmung entfalle eine Haftung nur dann, wenn die Käuferin als Aktionärin oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat der Gesellschaft die haftungsbegründenden Tatsachen gekannt habe. Von Tatsachen, die sie hätten kennen müssen, sei nicht die Rede und Art. 716a OR werde im Vertrag nicht erwähnt. Auch eine systematische Auslegung könne die von der Vorinstanz vertretene Auffassung nicht stützen (E. 5.5–5.6)

[130] Hinsichtlich der teleologischen Auslegung folgte das Bundesgericht den Überlegungen der Vorinstanz ebenfalls nicht. Abgegebene Zusicherungen dienten gemäss Art. 200 Abs. 2 OR der Rechtssicherheit: Der Käufer dürfe sich auf die zugesicherten Eigenschaften verlassen, solange er deren Unrichtigkeit nicht kenne. Damit würden Streitigkeiten über das Wissen oder Kennenmüs-

sen des Käufers entfallen; zu prüfen bleibe einzig, ob die zugesicherte Eigenschaft vorliege und ob der Käufer einen allfälligen Mangel gekannt habe. Zwar könnten die Parteien, um Streitigkeiten zu vermeiden, von den gesetzlichen Regelungen abweichen. Das hätten sie vorliegend auch getan, indem die Vertragsklausel bestimmte, dass nicht nur das Wissen der Käuferin massgebend sei, sondern auch dasjenige ihrer Vertreter im Verwaltungsrat. Zur Streitvermeidung trage eine derartige Abweichung aber nur bei, wenn sich deren Umfang aus der Vereinbarung klar ergebe, wie das in Bezug auf Umstände, die dem Sohn der Käuferin tatsächlich bekannt gewesen seien, der Fall sei, nicht aber in Bezug auf Umstände, die er hätte wissen müssen, von denen in der Vertragsklausel eben keine Rede sei (E. 5.7).

[131] **4.** Schliesslich verwarf das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, wonach eine Haftpflicht des Verkäufers ohnehin ausscheide, da die Käuferin bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt den von ihr geltend gemachten Schaden hätte vermeiden können. Der Schaden liege nicht darin, dass keine höheren Rückstellungen vorgenommen wurden, sondern dass höhere Steuerforderungen bestehen, als vertraglich zugesichert wurde (E. 6).

[132] **Bemerkung: 1.** Der Entscheid prüft die Vertragsauslegung der Vorinstanz zu den Zusicherungen und der fraglichen Haftungsausschlussklausel eingehend (Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Zweck, Usanz) und kommt zum Schluss, dass genau das vereinbart wurde, was im Vertrag steht: Der vertragliche Haftungsausschluss für «bekannte» Tatsachen betrifft nur diejenigen Tatsachen, die der Käuferin bekannt waren. Nach der Haftungsausschlussklausel musste sich die Käuferin die Tatsachen anrechnen lassen, die ihrem Sohn als Verwaltungsrat tatsächlich bekannt waren.

[133] Nach Art. 200 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer für Mängel, die bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit vom Käufer erkennbar gewesen wären, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat. Aufgrund dieser Zusicherung darf die Käuferin insoweit auf eine sorgfältige Prüfung der Kaufsache verzichten. Vorliegend wich der vertragliche Haftungsausschluss nicht vom Grundsatz des Art. 200 OR ab. Die Vorinstanz verneinte daher zu Unrecht eine Haftung für Umstände, die der Käuferin bzw. ihrem Sohn als Verwaltungsrat zwar hätten bekannt sein können oder aus aktienrechtlicher Sicht hätten bekannt sein müssen, die aber weder sie selbst noch ihr Sohn als Verwaltungsrat (noch offenbar der Verkäufer, der auch Verwaltungsrat war) tatsächlich kannten.

[134] **2.** Weiter enthält der Entscheid interessante Ausführungen zur Abgrenzung der subjektiven von der objektiven Vertragsauslegung. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenem.[83] Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (subjektive Auslegung). Kann das Gericht den tatsächlichen gemeinsamen Willen der Parteien nicht feststellen – etwa, weil Beweise fehlen oder widersprüchlich sind –, muss es den objektiven Willen ermitteln (objektive Auslegung). Gleiches gilt, wenn eine Partei den bei Vertragsschluss geäusserten Willen der anderen nicht verstanden hat. Dieses fehlende Verständnis muss sich jedoch aus der Beweisaufnahme ergeben, nicht bloss aus einer Behauptung im Verfahren. Zur Ermittlung des objektiven Willens prüft das Gericht nach dem Vertrauensprinzip, welche Bedeutung die Parteien den Erklärungen der jeweils anderen nach Treu und Glauben ver-

[83] E. 5.2 des vorliegenden Entscheids; vgl. auch BGE 144 III 93 E. 5.2.2 und 5.2.3; BGE 123 III 35 E. 2b.

nünftigerweise beimessen durften. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen.[84]

[135] Die Unterscheidung ist im Hinblick auf die Kognition des Bundesgerichts von Bedeutung. Stellt die Vorinstanz fest, dass der Vertragsinhalt auf einem übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen beruht, handelt es sich um eine Sachverhaltsfeststellung (bzw. Beweiswürdigung), die für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich ist. Einzig an eine offensichtlich unrichtige, also willkürliche Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung ist das Bundesgericht nicht gebunden.[85] Gerichte haben deshalb einen Anreiz, einen tatsächlichen Konsens festzustellen, um ihre Entscheidung möglichst «rekursfest» zu machen. Dies kann dazu führen, dass eine tatsächliche Willensübereinstimmung extensiv bzw. ohne hinreichende Begründung festgestellt wird. Im besprochenen Entscheid entwickelt das Bundesgericht indessen einen interessanten Ansatz, dem entgegenzuwirken. Es führte dazu namentlich Folgendes aus:

- «Soweit das Gericht in tatsächlicher Hinsicht seine Schlüsse ausschliesslich aus den bei der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip zu berücksichtigenden Umständen zieht, kann es allerdings ohne Willkür nicht zu einem von der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip abweichenden tatsächlichen Parteiwillen gelangen. Eine derartige Abweichung lässt sich nur durch Umstände rechtfertigen, die bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht berücksichtigt werden, wie beispielsweise das nachträgliche Parteiverhalten [...].»[86]
- «[...] Die Vorinstanz geht von einem tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen aus. Darauf kann zwar auch allein aus den für eine Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip massgebenden Umständen geschlossen werden. Es genügt aber nicht, dass die [subjektive] Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. [...] Auf einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen lässt sich vielmehr erst schliessen, wenn die Behauptung einer Partei, sie habe den Vertrag tatsächlich anders verstanden, unglaubwürdig erscheint, weil die zu berücksichtigenden Umstände ein Missverständnis ausschliessen (zit. Urteil 4A_428/2022 E. 3.3.5). Zu dieser Voraussetzung äussert sich weder die Vor- noch die Erstinstanz. Dies führte, falls die Erstinstanz wirklich einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen festgestellt haben sollte, dazu, dass die Parteien dies nicht bemerkt haben. Insoweit fragt sich,

84 E. 5.2 des vorliegenden Entscheids; kritisch Christoph Müller, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.; zur Berücksichtigung des nachträglichen Verhaltens N 165 f. («Diese Einschränkung [Berücksichtigung des nachträglichen Verhaltens nur im Rahmen der subjektiven Auslegung] überzeugt nicht, wobei es jedoch stimmt, dass das nachträgliche Verhalten der Parteien nur mit der nötigen Vorsicht als Auslegungsmittel herangezogen werden kann. Je näher das nachträgliche Verhalten der Parteien zeitlich beim Vertragsschluss liegt, umso wertvoller ist es als Indiz dafür, wie vernünftige Parteien in der gleichen Situation den Vertrag verstehen durften und mussten. Sobald jedoch zwischen den Parteien Spannungen auftreten und widersprüchliche Auslegungen ihres Vertrags zutage treten, verliert das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss als Auslegungsmittel an Bedeutung. Bahnt sich sogar bereits ein Auslegungsstreit (s. Art. 18 N 31 ff.) an, so wird das nachträgliche Verhalten der Parteien als Auslegungsmittel völlig untauglich.»; Hervorhebung hinzugefügt).

85 Art. 97 Abs. 1 BGG, Art. 105 Abs. 1 BGG; vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_211/2023 vom 11. Januar 2024 E. 5.2 m.Nw. Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist die Feststellung eines tatsächlichen Konsenses durch das Schiedsgericht im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung schlechterdings unüberprüfbar, was problematisch ist (vgl. etwa Bernhard Berger, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 5. Aufl., Bern 2025, Rz. 1725).

86 E. 5.2.1 des vorliegenden Entscheids.

ob die kantonalen Entscheide den Begründungsanforderungen genügen. Die Frage kann offenbleiben.»[87]

[136] Man darf gespannt sein, wie das Bundesgericht diese Rechtsprechung weiterentwickelt.

III. Grundstückkauf

1. Lex Koller-Bewilligung; echte Bedingungen vs. Rechtsbedingungen; Nichtzustandekommen Grundstückkaufvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_30/2024 vom 20. August 2024 (MV/DG)[88]

[137] Am 20. Dezember 2018 schlossen B (Käufer und Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer) und die A AG (Verkäuferin und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) einen Kaufvertrag (nachfolgend: Grundstückkaufvertrag) über eine Stockwerkeigentumseinheit und Miteigentumsanteile im Grundbuch von U zum Preis von CHF 2'465'000, zahlbar in mehreren Raten (A Ingress).

[138] Gemäss Grundstückkaufvertrag war die Verkäuferin bei Zahlungsverzug des Käufers berechtigt, nach Mahnung und Ablauf einer Nachfrist ohne weiteres entschädigungslos vom Grundstückkaufvertrag zurückzutreten. Der Käufer hätte der Verkäuferin in diesem Fall überdies eine Konventionalstrafe von 10% des Kaufpreises zu bezahlen. Bereits geleistete Anzahlungen wären abzüglich der Konventionalstrafe innert 30 Tagen seit Vertragsrücktritt zinslos an den Käufer zu erstatten. Der Grundstückkaufvertrag wurde unter der Bedingung abgeschlossen, dass den Parteien die erforderlichen Bewilligungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41) erteilt würden. Sollten die Bewilligungen bis am 31. Mai 2019 nicht erteilt werden, würde der Grundstückkaufvertrag entschädigungslos dahinfallen. Alle geleisteten Anzahlungen wären diesfalls dem Käufer nach Abzug aller bis dahin aufgelaufenen Gebühren und Kosten zinslos zu erstatten. Der Käufer wies darauf hin, dass er bereits Eigentümer von Grundeigentum in der Schweiz war, und sicherte zu, dieses spätestens bis zur Eintragung des Grundstückkaufvertrags in das Grundbuch zu veräussern oder anderweitig zu übertragen (A.a).

[139] Am 8. Februar 2019 wurde die Bewilligung zum Kauf der Grundstücke erteilt unter der Bedingung, dass der Käufer vor dem Erwerb der neuen Grundstücke seine Grundstücke in der Gemeinde V an einen Dritten veräussere (A.b).

[140] Der Käufer hatte der Verkäuferin gestützt auf den Grundstückkaufvertrag zwei Teilzahlungen in Höhe von total CHF 739'500 geleistet. In der Folge ergaben sich Differenzen über die Leistungspflicht der dritten Teilzahlung, welche der Käufer trotz Fälligstellung und Mahnung nicht leistete. Die Verkäuferin machte daraufhin die vertragliche Konventionalstrafe (10% des Kaufpreises von CHF 2'460'000) geltend, erklärte den Rücktritt vom Grundstückkaufvertrag und

87 E. 5.3 des vorliegenden Entscheids.

88 Vgl. auch Hubert Stöckli, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, BR 2025, Nr. 204, S. 130; Schmid/Wolfisberg (Fn. 13), S. 510 ff.; Carina Freiburghaus/Dario Galli/Markus Vischer, Echte Bedingungen und Rechtsbedingungen in Kaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 25. April 2025.

überwies dem Käufer den Teilzahlungsbetrag von CHF 739'500 abzüglich der Konventionalstrafe von CHF 246'000 (Sachverhalt Teil A.c).

[141] Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung verlangte der Käufer mit Klage vom 5. Juni 2021 beim Regionalgericht Prättigau/Davos von der Verkäuferin den als Konventionalstrafe zurückbehaltenen Betrag von CHF 246'000 nebst Zins heraus (B Ingress). Mit Entscheid vom 1. Juli 2021 wies das Regionalgericht die Klage ab (B.a). Das Regionalgericht qualifizierte die im Grundstückkaufvertrag enthaltene Passage, wonach dieser nur unter der ausdrücklichen Bedingung abgeschlossen werde, dass den Parteien die erforderlichen Bewilligungen im Sinne des BewG erteilt würden, als Rechtsbedingung. Die Parteien hätten damit die in Art. 2 Abs. 1 BewG vorgesehene Bedingung wiedergegeben, wonach Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung bedürften. Rechtsgeschäfte blieben gemäss Art. 26 Abs. 1 BewG so lange unwirksam, bis eine rechtskräftige Bewilligung vorliege. Die in der erteilten Bewilligung enthaltene Bedingung hemme aber die Rechtskraft der Bewilligung nicht, weshalb am 8. Februar 2019 die Rechtsbedingung eingetreten sei. Der Grundstückkaufvertrag sei mithin gültig und wirksam (B.a.b).

[142] Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung hiess das Kantonsgericht Graubünden am 24. November 2023 gut (B.b). Nach Auffassung des Kantonsgerichts statuiere Art. 26 Abs. 1 BewG eine für die Wirksamkeit von Grundstückkaufverträgen notwendige Rechtsbedingung. Solche Rechtsgeschäfte blieben nach dem Wortlaut «ohne rechtskräftige Bewilligung» unwirksam. Für die Frage der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes sei nicht (nur) der (formelle) Rechtskrafteintritt entscheidend, sondern zusätzlich die erst mit Eintritt der Suspensivbedingung resultierende Rechtswirksamkeit der Bewilligung. Die Bedingung sei zum Zeitpunkt des «Vertragsrücktrittes» am 31. Juli 2019 noch nicht eingetreten. Das Rechtsgeschäft habe sich in einem Schwebezustand befunden und versprochene Leistungen hätten nicht gefordert werden können. Entsprechend habe der Käufer nicht in Verzug geraten können, womit der Konventionalstrafe jegliche (Vertrags-)Grundlage entzogen sei. Eine analoge Anwendung von Art. 156 OR komme nicht in Betracht, da die Rechtsbedingung zum Schutz öffentlicher Interessen aufgestellt worden sei. In solchen Fällen könne eine Analogie zu Art. 156 OR nicht die Fiktion einer behördlichen Zustimmung, die tatsächlich nicht eingeholt oder verweigert worden sei, herbeiführen (B.b.a). Das Kantonsgericht hob den Entscheid des Regionalgerichts auf und hiess die Klage gut (B.b.b).

[143] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Verkäuferin dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage abzuweisen und den Entscheid des Regionalgerichts zu bestätigen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (C und E. 2).

[144] **1.** Das Bundesgericht hielt fest, das Bewilligungsgesetz bezwecke, die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern (Art. 1 BewG). Es solle sicherstellen, dass der Boden in erster Linie den Einwohnern der Schweiz vorbehalten bleibe und der Umfang des ausländischen Grundeigentums dauerhaft auf einem tragbaren Mass stabilisiert werde (E. 1 Ingress).

[145] **2.** Zur Sicherstellung dieses Ziels habe – so das Bundesgericht – der Gesetzgeber den Erwerb eines Grundstückes im Sinne von Art. 655 ZGB durch Personen im Ausland einer Bewilligungspflicht unterstellt (Art. 2 BewG). Rechtsgeschäfte über einen Erwerb, für den der Erwerber einer Bewilligung bedürfe, blieben ohne rechtskräftige Bewilligung unwirksam. Die Bewilligung sei für das bewilligungspflichtige Rechtsgeschäft konstitutiv. Vor der Erteilung befinde sich das Rechtsgeschäft in einem Schwebezustand; es werde erst und nur mit der Erteilung der Bewilligung definitiv verbindlich (E. 1.1). Die Parteien seien bereits mit Abschluss des bedingten Rechtsgeschäfts gebunden. Es entstehe ein Schuldverhältnis, aber (zunächst) noch kein Anspruch auf

Erfüllung der Forderung. Die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung am Grundstück entstehe erst mit der Bewilligungserteilung (E. 1.1.1).

[146] **3.** Eine Rechtsbedingung sei ein auf Gesetz beruhender, der Privatautonomie entzogener Umstand, von dessen Eintritt die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht werde. Sie werde auch dann nicht zu einer «echten» Bedingung, wenn sie die Parteien – wie hier – als Voraussetzung für die Gültigkeit des von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bezeichneten. Da sie auf gesetzlicher Vorschrift beruhen würden, gälten für Rechtsbedingungen die Regeln über rechtsgeschäftliche Bedingungen nicht (E. 1.1.2).

[147] **4.** Wie die Vorinstanz zu Recht festhalte, habe die eidgenössische Rekurskommission für den Erwerb von Grundstücken unter der Geltung des Bundesbeschlusses vom 23. März 1961 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewB; AS 1961 203), der noch nicht zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit unterschieden hatte, entschieden, ein an eine Suspensivbedingung geknüpfter Bewilligungsentscheid lasse erst Rechtswirkungen eintreten, wenn die Bedingung erfüllt sei. Solange die Bewilligung nicht erteilt (bzw. nicht rechtswirksam geworden) sei, seien Verträge auf Übertragung von Grundeigentum nicht nichtig, sondern unvollendet, das heisst bedingt (bis zur Erteilung bzw. Rechtswirksamkeit der Bewilligung) unwirksam. Daran habe sich nichts geändert: Die im heutigen Recht getroffene Unterscheidung zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit widerspiegle vielmehr im Ergebnis den zitierten Entscheid. Die Auffassung der Verkäuferin, wonach allein auf die Rechtskraft der Bewilligung abzustellen sei, überzeugt dagegen nicht (E. 1.2): Erfülle die Käuferschaft die von ihrem Willen abhängige Bedingung nicht, falle das Geschäft in jedem Fall dahin. Die Annahme einer Wirksamkeit der Verträge vor Eintritt der Bedingung in dem Sinne, dass der Kaufpreis bereits gefordert werden kann, ohne dass der Kauf im Grundbuch eingetragen werden könnte, würde zu einer einseitigen Bevorzugung der Verkäuferschaft führen und nichts daran ändern, dass das Geld letztlich doch zurückbezahlt werden müsste, wenn die Bedingung nicht eintrete. Eine derartige Lösung widerspräche der Konzeption des Gesetzes und erscheint daher nicht sachgerecht (E. 1.2.3).

[148] **5.** Das Bundesgericht erwog, auch in Analogie zu Art. 156 OR könne die Fiktion einer behördlichen Zustimmung, die tatsächlich nicht eingeholt oder verweigert worden sei, nicht herbeigeführt werden (E. 1.3). Die Verkäuferin mache aber geltend, hier führe die Anwendung von Art. 156 OR nicht dazu, dass ein Grundstückgeschäft zum Eintrag ins Grundbuch gelange, ohne dass die dafür notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien, sondern einzig dazu, dass die Abreden über Vertragsrücktritt und Konventionalstrafe wie vereinbart zur Anwendung gelangen und die Verkäuferin die Konventionalstrafe entsprechend zu Recht verlange und von den bereits gezahlten Kaufpreisraten abgezogen und einbehalten habe (E. 1.4 Ingress).

[149] Diese Ausführungen würden insoweit zu kurz greifen, als bei einer analogen Anwendung von Art. 156 OR die Bedingung als erfüllt gelten würde, so dass auch eine Eintragung des Kaufes im Grundbuch möglich geworden wäre, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt wären (E. 1.4.1). Zutreffend sei – so das Bundesgericht – dagegen, dass es hier um eine Konventionalstrafe gehe, die bei einem Rücktritt vom Grundstückkaufvertrag nach Zahlungsverzug verfalle. Ein Erwerb des Grundstücks ohne Bewilligung stehe bei Verfall der Konventionalstrafe nicht mehr zur Debatte. Aus der Nichtbeachtung unwirksamer oder nichtiger Rechtsgeschäfte könne grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht abgeleitet werden – Nichtigkeit oder Unwirksamkeit implizieren, dass sich die Parteien nicht an die getroffene Vereinbarung zu halten haben. Nach dem Sinn des Gesetzes könne die Einhaltung derartiger Bestimmungen auch nicht über eine Konven-

tionalstrafe erreicht werden – die im Gesetz angeordnete Unwirksamkeit würde so umgangen, weshalb auch derartige Konventionalstrafen von der Unwirksamkeit erfasst und erst mit Eintritt der Bedingung wirksam würden (E. 1.4.2).

[150] **Bemerkung: 1.** Die Abwicklung einer gültigen M&A-Transaktion bedarf einerseits eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts, d.h. der Unterzeichnung des M&A-Vertrags *(Signing)*, als auch eines Verfügungsgeschäfts, dem *Closing*.[89] Unter dem *Closing* wird in der M&A-Praxis der Vollzug eines M&A-Vertrags verstanden.[90] Dieser erfolgt oft zeitlich in einem gewissen Abstand zum Abschluss des M&A-Vertrags und wird im Wesentlichen entweder durch Übergabe der indossierten Aktienzertifikate oder Abgabe einer Abtretungserklärung gegen Kaufpreiszahlung abgewickelt.[91] Das zeitliche Auseinanderfallen von *Signing* und *Closing* liegt oft an der Vereinbarung sogenannter *Closing Conditions*.[92]

[151] Der M&A-Anwalt versteht unter *Closing Conditions* (Vollzugsbedingungen) vertraglich vereinbarte Bedingungen im Sinne von Art. 151 ff. OR, die für den Vollzug des Vertrags erfüllt sein müssen.[93] Diese Vollzugsbedingungen stellen aufschiebende Bedingungen des Verfügungsgeschäfts, und nicht des ganzen Vertrags, dar.[94] Oftmals handelt es sich bei diesen Vollzugsbedingungen um öffentlich-rechtliche Bewilligungen, wie kartellrechtliche Bewilligungen oder, gleich wie im vorliegenden Fall für einen Grundstückskauf, um Lex Koller Bewilligungen. Solchen Bewilligungen ist das Nichteinschreiten von Behörden, wie z.B. den Kartellbehörden, innert gesetzlich vorgeschriebenen Fristen gleichgestellt.

[152] **2.** Das vorliegend besprochene Urteil führt für den M&A-Anwalt etwas überraschend vor Augen, dass solche öffentlich-rechtlich geprägten Vollzugsbedingungen in M&A-Verträgen oft nicht nur Bedingungen im Sinne von Art. 151 ff. OR, sondern auch Rechtsbedingungen sind.

[153] **a.** Die Lehre versteht unter *Rechtsbedingungen* «Tatsachen, die kraft gesetzlicher Vorschrift die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bilden und die im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts noch nicht gegeben sind, jedoch nachgeholt werden können».[95] Der Begriff der Rechtsbedingung ist jedoch nicht mit dem Begriff der Bedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR gleichzusetzen.[96] Eine Rechtsbedingung wird auch dann nicht zu einer echten Bedingung, wenn die Parteien sie als Voraussetzung für die Gültigkeit des von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bezeichnen.[97] Allerdings liegt neben einer Rechtsbedingung auch eine *echte Bedingung* vor, wenn die Parteien eine über die gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung hinaus-

---

89 Siehe z.B. Rudolf Tschäni/Harold Frey/Dominique Müller, Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 42.

90 Tschäni/Frey/Müller (Fn. 89), Rz. 43.

91 Tschäni/Frey/Müller (Fn. 89), Rz. 42.

92 Tschäni/Frey/Müller (Fn. 89), Rz. 49.

93 Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 381.

94 So z.B. Claude Schmid/Dario Galli/Markus Vischer, Konkludenter Verzicht der Parteien auf eine Suspensivbedingung, in: dRSK, publiziert am 12. November 2021, Rz. 17; Carmen Spichiger/Dario Galli/Markus Vischer, Leistungspflicht oder Suspensivbedingung?, in: dRSK, publiziert am 31. Juli 2020, Rz. 15;
Philipp Chiani/Markus Vischer, Suspensivbedingungen in Kaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 12. Januar 2012, Rz. 10.

95 Alexander Gutmans, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Diss. Basel 1994 = BSzR Reihe A Band 32, Basel/Frankfurt am Main 1995, S. 16.

96 Gutmans (Fn. 95), S. 17.

97 Siehe Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 260 f.

gehende Gültigkeitsvoraussetzung stipulieren, z.B. wenn sie im M&A-Vertrag vereinbaren, dass die kartellrechtliche Bewilligung bis zu einem gewissen Datum, in der M&A-Praxis oft als «*Long Stop Date*» oder «*Drop Dead Date*» bezeichnet,[98] erteilt werden muss.

[154] **b.** Als «*Long Stop Date*» bzw. «*Drop Dead Date*» wird die Vereinbarung eines spezifischen Enddatums bezeichnet, bis zu dem alle Vollzugsbedingungen erfüllt sein müssen.[99]

[155] **c.** Im vorliegenden Fall liegt mit der Abhängigkeit des Grundstückkaufvertrags von der Lex Koller-Bewilligung nicht nur eine Rechtsbedingung, sondern auch eine Bedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR vor, weil die Lex Koller-Bewilligung bis zum 31. Mai 2019 erteilt sein musste. Die Tatsache, dass eine Bedingung in einem Vertrag gleichzeitig eine Rechtsbedingung und eine echte Bedingung ist, hat Auswirkungen auf die Auslegung der entsprechenden Vertragsklausel. So findet, wie im vorliegend besprochenen Urteil erörtert (E. 1.1.2 und 1.3 ff.), Art. 156 OR in Bezug auf die echte Bedingung nur insoweit Anwendung, als dies gemäss der Rechtsbedingung bzw. dem dahinterstehenden Recht möglich ist. Gleiches gilt für den Verzicht auf die echte Bedingung.

[156] **3.** Das referierte Urteil ist insofern schwierig zu verstehen, als die erteilte Lex Koller-Bewilligung ihrerseits eine Bedingung enthielt. Diese Bedingung machte die Gültigkeit der erteilten Lex Koller-Bewilligung vom Verkauf bestimmter Grundstücke durch den Käufer abhängig. Das Bundesgericht qualifizierte diese Bedingung dementsprechend als «Suspensivbedingung» und hielt fest, dass die Rechtsbedingung der wirksam erteilten Lex Koller-Bewilligung erst eintritt, wenn die «Suspensivbedingung» erfüllt ist. Nachfolgend wird zur besseren Unterscheidung der Bedingung im Grundstückkaufvertrag und der in der Lex Koller-Bewilligung enthaltenen (und vom Bundesgericht als «Suspensivbedingung» qualifizierten) Bedingung für letzteren Fall der Begriff «öffentlich-rechtliche Bedingung» verwendet.

[157] **a.** Damit stellte sich im vorliegenden Fall die Frage, ob die von den Parteien im Grundstückkaufvertrag vorgesehene Bedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR eingetreten ist, wenn die Lex Koller-Bewilligung zwar vor dem 31. Mai 2019 erteilt, die in dieser Lex Koller-Bewilligung enthaltene öffentlich-rechtliche Bedingung (d.h. der Verkauf bestimmter Grundstücke durch den Käufer) aber am 31. Mai 2019 nicht erfüllt war. Das ist eine Frage der Vertragsauslegung und Vertragsergänzung, auf die das Bundesgericht im vorliegend besprochenen Urteil nicht explizit einging. Implizit verneinte das Bundesgericht den Eintritt der Bedingung im Grundstückkaufvertrag, indem es die Beschwerde abwies und der Verkäuferin das Einfordern der Konventionalstrafe verweigerte. Dieses Resultat ist korrekt, da der Vertragswille bei einer solchen Bedingung mit einem *Long Stop Date* in der Regel darauf gerichtet ist, dass bis zum entsprechenden Datum Transaktionssicherheit besteht, also bis zum entsprechenden Datum die Bedingung eingetreten sein muss oder nicht. Deshalb ist eine bedingt erteilte Bewilligung in der Regel einer nicht erteilten Bewilligung gleichzusetzen.

[158] **b.** Im kartellrechtlichen Kontext regeln die Parteien eines M&A-Vertrags diese Situation oft im Rahmen von «*Hell or High Water Clauses*». Diese bestimmen, wie mit in einer kartellrechtlichen Bewilligung enthaltenen Bedingungen und Auflagen umzugehen ist und ob und wann die Vollzugsbedingung eingetreten ist oder nicht.[100] Bei der Formulierung solcher Klauseln haben die

98 Z.B. Schmid/Galli/Vischer (Fn. 94), Rz. 17; Spichiger/Galli/Vischer (Fn. 94), Rz. 17.

99 Vgl. Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem, Vollzug von Aktienkäufen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 91 ff., S. 97.

100 Tschäni/Diem (Fn. 99), S. 95 f.

Parteien zu berücksichtigen, ob die möglichen Bedingungen und Auflagen zur Rechtsbedingung gehören oder nicht.

2. Kaufsrecht an einem Grundstück; Umfang des Formzwangs; Formungültigkeit

Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2024 vom 15. Juli 2024 (MV/DG)[101]

[159] Die Genossame B (Beklagte, Widerklägerin, Beschwerdegegnerin und Grundeigentümerin, nachfolgend: Grundeigentümerin) ist Eigentümerin des Grundstücks X in U. Sie errichtete darauf zugunsten von C.C ein selbstständiges und dauerndes Baurecht, das als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wurde. Auf dem Baurechtsgrundstück steht ein Einfamilienhaus (A.a).

[160] D.C und E.C (nachfolgend: Erben) sind die Erben von C.C. Sie veräusserten am 7. September 2015 mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag die Baurechtsliegenschaft an A (Kläger, Widerbeklagter, Beschwerdeführer und Kaufsrechtsberechtigter, nachfolgend: Kaufsrechtsberechtigter). Am 23. Oktober 2015 hoben sie diesen Kaufvertrag im gegenseitigen Einverständnis wieder auf (A.b).

[161] Am 19. Dezember 2015 vermieteten die Erben ihr Einfamilienhaus samt Umschwung für einen monatlichen Mietzins von CHF 3'500 an den Kaufsrechtsberechtigten. Dieser Mietvertrag sah eine Mindestlaufzeit vom 1. April 2016 bis zum 31. März 2025 vor. Zugleich räumten darin die Erben dem Kaufsrechtsberechtigten das einseitige Recht ein, diesen befristeten Mietvertrag um zweimal fünf Jahre zu verlängern. Weiter vereinbarten die Mietvertragsparteien in Ziffer 10 ihres nicht öffentlich beurkundeten Vertrages Folgendes: «Die Vermieter [d.h. die Erben] räumen dem Mieter [d.h. dem Kaufsrechtsberechtigten] ein limitiertes und übertragbares Kaufrecht ein, die Liegenschaft zu einem Kaufpreis von CHF 1'450'000 käuflich zu erwerben. Die Ausübung des Kaufrechts ist beschränkt bis zum 30. Juni 2016. Übt der Mieter [d.h. der Kaufsrechtsberechtigte] dieses Kaufrecht nicht fristgerecht aus, sind die Vermieter [d.h. die Erben] berechtigt, das Mietverhältnis mit einer Frist von 3 Monaten auf jedes Monatsende aufzulösen.» (A.c).

[162] Der Kaufsrechtsberechtigte berief sich am 29. Mai 2016 auf dieses Kaufsrecht. In der Folge veräusserten die Erben ihr Grundstück mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 17. Juni 2016 für CHF 1'450'000 an den Kaufsrechtsberechtigten. Die Grundeigentümerin setzte in der Folge auf dem Gerichtsweg ihr gesetzliches Vorkaufsrecht an dieser Baurechtsliegenschaft durch (Art. 682 Abs. 2 ZGB; Urteil 5A_782/2020 vom 23. August 2021). Seit dem 25. Februar 2021 ist die Grundeigentümerin Eigentümerin des Baurechtsgrundstückes mit dem Einfamilienhaus. Am 4. März 2021 teilte die Grundeigentümerin dem Kaufsrechtsberechtigten mit, dass sie den Mietvertrag, den er mit den Erben abgeschlossen habe, als simuliert und damit ungültig betrachte. Unabhängig davon kündige sie dieses Mietverhältnis gestützt auf Ziffer 10 des Vertrags per 30. Juni 2021 (A.d).

[163] Am 30. Juni 2021 stellte der Kaufsrechtsberechtigte beim Bezirksgericht March unter anderem folgende Anträge: Es sei festzustellen, dass die Kündigung per 30. Juni 2021 unwirksam, eventualiter missbräuchlich sei. Die Grundeigentümerin beantragte dem Bezirksgericht, die Kla-

[101] Vgl. auch Paljuh/Galli/Vischer (Fn. 55), *passim*; Philipp Eberhard, Ausübung eines formungültigen Kaufsrechts, ius.focus 2024, Nr. 247.

ge abzuweisen. Widerklageweise sei der Kaufsrechtsberechtigte anzuweisen, die Liegenschaft innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils zu räumen, zu verlassen und ihr ordnungsgemäss zu übergeben. Mit Urteil vom 26. Juni 2023 stellte das Bezirksgericht fest, dass die Kündigung der Grundeigentümerin per 30. Juni 2021 unwirksam sei. Zugleich wies es ihre Widerklage ab (B.a).

[164] Dagegen erhob die Grundeigentümerin Berufung beim Kantonsgericht Schwyz. Dieses hob mit Urteil vom 2. April 2024 das angefochtene bezirksgerichtliche Urteil auf. Es wies die Klage ab, soweit es darauf eintrat. Die Widerklage hiess es gut und wies den Kaufsrechtsberechtigten an, die Liegenschaft innert 30 Tagen nach Rechtskraft seines Urteils zu räumen, zu verlassen und der Grundeigentümerin ordnungsgemäss zu übergeben (B.b).

[165] Am 6. Mai 2024 beantragte der Kaufsrechtsberechtigte dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen im Wesentlichen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz sei aufzuheben und das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts March zu bestätigen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (C und E. 5).

[166] **1.** Der Kaufsrechtsberechtigte werfe der Vorinstanz zunächst vor, sie habe zu Unrecht die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss Ziffer 10 des Mietvertrages bejaht (E. 3 Ingress).

[167] **a.** Die Vorinstanz – so das Bundesgericht – habe zusammengefasst erwogen, der Kaufsrechtsberechtigte sowie die Erben hätten in Ziffer 10 ihres Mietvertrages ein limitiertes Kaufsrecht vereinbart. Solche limitierten Kaufsrechte seien gemäss Art. 216 Abs. 2 OR nur gültig, wenn sie öffentlich beurkundet worden seien. Da dies vorliegend nicht geschehen sei, habe der Kaufsrechtsberechtigte sein Kaufsrecht auch nicht rechtsgültig ausüben können. Für diesen Fall sehe Ziffer 10 des Mietvertrages eine Kündigung innert dreier Monate vor (E. 3.1).

[168] **b.** Der Kaufsrechtsberechtigte halte dem entgegen, der vorinstanzliche Hinweis auf den Formmangel gehe an der Sache vorbei. Er habe sein Kaufsrecht ausgeübt. Trotz Formungültigkeit hätten die Erben dieses Kaufsrecht akzeptiert. Die Grundeigentümerin könne sich nicht auf die Formungültigkeit des Kaufsrechts berufen, habe sie doch später selbst gestützt darauf ihr gesetzliches Vorkaufsrecht an der Baurechtsliegenschaft ausgeübt und diese erworben. Aufgrund ihres Eigentumsantritts sei sie Partei des Mietvertrages geworden, aus dem sie nun zu Unrecht ein Kündigungsrecht ableite. Es sei geradezu absurd, die Ausübung des Kaufsrechts nachträglich in Frage zu stellen, nur weil das Kaufsrecht nicht formgerecht errichtet worden sei. Die Frage der Gültigkeit sei ohnehin nicht von Bedeutung, da das ganze Rechtsgeschäft vollumfänglich vollzogen worden sei. Im Übrigen würde auch ein ungültiges Kaufsrecht nichts an der fehlenden Kündigungsmöglichkeit durch die Grundeigentümerin ändern. Das Kaufsrecht sei an die Kündigungsmöglichkeit gekoppelt: Bestehe wegen Formungültigkeit kein Kaufsrecht, so sei die ganze Ziffer 10 des Mietvertrages formungültig (E. 3.2).

[169] **c.** Das Bundesgericht hielt fest, dass ein Optionsrecht ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft sei. Es verleihe der berechtigten Person die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung nicht nur wie beim Vorvertrag die andere Partei zum Abschluss eines Hauptvertrages zu verpflichten, sondern unmittelbar ein inhaltlich bereits fixiertes Vertragsverhältnis herbeizuführen oder zu verlängern (E. 3.3.1).

[170] **d.** Zu diesen Optionsrechten zähle – so das Bundesgericht – auch das Kaufsrecht. Es räume einer Partei die Befugnis ein, eine Sache durch einseitige Willenserklärung zu erwerben. Bestimme ein Kaufsrechtsvertrag den Kaufpreis zum Voraus, sei es nur gültig, wenn es öffentlich beurkundet worden sei (Art. 216 Abs. 2 OR). Dabei würden sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschriften des Grundstückkaufvertrages

fallen. Allerdings müsse sich der Formzwang nicht auf sämtliche Punkte erstrecken, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages wesentlich seien. Im subjektiv wesentlichen Bereich sei er auf diejenigen Vertragspunkte einzuschränken, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps bildeten. Verpflichtungen, die für den Grundstückkauf- oder Grundstückkaufsrechtsvertrag artfremd seien, bedürfen daher keiner Aufnahme in die öffentliche Urkunde, sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das kaufsrechtliche Austauschverhältnis einfliesse. Es genüge also nicht, wenn der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua non* für die Zustimmung zur zweiten darstelle (E. 3.3.2).

[171] **e.** Werde ein Kaufsrecht ausgeübt, komme kein neuer Vertrag zustande. Vielmehr werde der aufschiebend bedingte Kaufvertrag zu einem nunmehr unbedingten Kaufvertrag. Aus diesem Grund müsse die Ausübungserklärung nicht öffentlich beurkundet werden (E. 3.3.3).

[172] **2.** Das Bundesgericht erwog, dass die Erben dem Kaufsrechtsberechtigten am 19. Dezember 2015 ihr Einfamilienhaus vermieteten. In Ziffer 10 dieser Vereinbarung hätten sie ihm zudem das Recht eingeräumt, ihre Baurechtsliegenschaft für CHF 1'450'000 zu erwerben. Dabei hätten sie dieses Kaufsrecht mit einem Mietvertragskündigungsrecht verknüpft: Bei Nichtausübung des Kaufsrechts bis zum 30. Juni 2016 hätte die Vermieterschaft berechtigt sein sollen, das Mietverhältnis mit einer Frist von drei Monaten auf jedes Monatsende aufzulösen. Die Vertragsparteien hätten weder das Kaufs- noch das Kündigungsrecht öffentlich beurkundet. Im Folgenden sei zu prüfen, wie sich die fehlende öffentliche Beurkundung auf diese beiden Abreden auswirke (E. 3.4).

[173] **a.** Wie oben dargelegt, müssten Kaufsrechte, die den Kaufpreis zum Voraus bestimmen, öffentlich beurkundet werden, damit sie gültig seien (Art. 216 Abs. 2 OR): Das vorliegende «Kaufsrecht» missachte diese Formvorschriften. Es liege somit kein formgültig bestelltes Kaufsrecht vor. Formungültige Kaufsrechtsverträge seien grundsätzlich nichtig, das heisse absolut unwirksam (Art. 11 Abs. 2 OR). Dabei sei dieser Formmangel von Amtes wegen zu beachten. Der Kaufsrechtsberechtigte habe sein «Kaufsrecht» am 29. Mai 2016 ausgeübt. Am 17. Juni 2016 hätten die Erben mit dem Kaufsrechtsberechtigten einen öffentlich beurkundeten Vertrag abgeschlossen. Darin hätten sie ihm das Baurechtsgrundstück mit dem Einfamilienhaus verkauft. Der Kaufsrechtsberechtigte habe den Kaufvertrag bezüglich dieser Liegenschaft nicht mittels einer einseitigen Willenserklärung selbstständig in Kraft zu setzen vermocht, wie dies typisch für ein Kaufsrecht sei. Vielmehr sei er auf das konsensuale Zusammenwirken mit den Erben angewiesen gewesen. Gemeinsam hätten sie einen Kaufvertrag abschliessen müssen, um ihr Veräusserungsziel zu erreichen. Der Kaufsrechtsberechtigte habe somit kein Kaufsrecht im Sinne von Art. 216 Abs. 2 OR ausgeübt. Vielmehr habe er mit seiner Erklärung bloss sein Interesse am Kauf der Baurechtsliegenschaft bekundet. Dass die Parteien in diesem Zusammenhang unzutreffend von einer Kaufsrechtsausübung gesprochen hätten, vermöge an der fehlenden Kaufrechtsqualität von Ziffer 10 ihres Vertrages nichts zu ändern. Das Gericht sei an eine solche falsche Qualifikation eines Rechtsgeschäfts durch die Parteien nicht gebunden (E. 3.4.1).

[174] **b.** Das Bundesgericht erwog weiter, dass die Grundeigentümerin ihr gesetzliches Vorkaufsrecht (Art. 682 Abs. 2 ZGB) an der Baurechtsliegenschaft ausgeübt habe. Diese Vorkaufsrechtsausübung habe indessen nicht an die Ausübung des «Kaufsrechts» durch den Kaufsrechtsberechtigten angeknüpft. Vielmehr habe der Abschluss des öffentlich beurkundeten Liegenschaftenverkaufsvertrag den Vorkaufsfall ausgelöst (Art. 216c Abs. 1 OR). Es treffe somit nicht zu, dass die Grundeigentümerin von seiner «Kaufsrechtsausübung» profitiert hätte und sich diesbe-

züglich nun widersprüchlich verhalte, wie der Kaufsrechtsberechtigte sinngemäss geltend mache (E. 3.4.1).

[175] **c.** Ziffer 10 des Mietvertrages enthalte neben dem vorerwähnten «Kaufsrecht» auch eine Kündigungsbestimmung. Eine solche Klausel zähle nicht zu den formbedürftigen Elementen eines Grundstückkaufvertrags (Art. 216 Abs. 2 OR). Vielmehr hätten die Parteien schriftlich eine individuelle Kündigungsbestimmung im Sinne von Art. 266a Abs. 1 OR vereinbart, die selbst formlos zulässig wäre (E. 3.4.2).

[176] **Bemerkung: 1.** Das Bundesgericht nahm im vorliegenden Urteil zu drei zentralen Problemkreisen Stellung. Zunächst behandelte es die umstrittene Frage nach der Rechtsnatur des Kaufsrechts (Rz. 177), daraufhin traf es Aussagen darüber, welche Bestandteile von Kaufsrechtsverträgen öffentlich beurkundet werden müssen (vgl. Rz. 178 ff.) und schliesslich beachtete es die Nichtigkeit des Kaufsrechts von Amtes wegen (vgl. Rz. 181 ff.).

[177] **2.** Die Rechtsnatur des Kaufsrechts (wie auch der Rück- und Vorkaufsrechte sowie Verkaufsrechte) ist in der Lehre und Rechtsprechung umstritten.[102] Dabei stehen sich zwei Theorien gegenüber: die Bedingungs- und die Begründungstheorie.[103] Gemäss der *Bedingungstheorie* kommt der Hauptvertrag bereits mit Abschluss des Optionvertrags, das heisst mit Abschluss des Kaufsrechtsvertrags zustande. Das Kaufsrecht wird dabei als Wollensbedingung verstanden, die zu einem bedingten Kaufvertrag führt.[104] Die *Begründungstheorie* geht hingegen davon aus, dass der Optionvertrag bloss ein einseitiges Gestaltungsrecht schafft, mit dem der Hauptvertrag geschlossen werden kann.[105] Damit entsteht der Kaufvertrag erst durch die Abgabe einer einseitigen Willenserklärung.[106] Bisher hat es das Bundesgericht vermieden, sich für die eine oder andere Theorie zu entscheiden, wobei es in seiner Rechtsprechung abwechselnd der einen oder anderen Theorie zugeneigt ist.[107] Die herrschende Lehre befürwortet wohl die Begründungstheorie.[108] Vorliegend folgt das Bundesgericht der Qualifikation des Kaufsrechtsvertrags als bereits bestehenden bedingten Kaufvertrag. Durch die Ausübung des Kaufsrechts kommt dabei kein neuer Vertrag zustande, sondern der aufschiebend bedingte Kaufvertrag wird zu einem unbedingten Kaufvertrag (E. 3.3.1–3.3.3). Das Bundesgericht unterliess es aber, sich explizit für die eine oder andere Theorie auszusprechen, womit die Rechtsnatur des Kaufsrechts wohl weiterhin strittig bleibt.[109]

---

102 BK-Eggen (Fn. 54), Art. 216 OR N 90, listet in Anm. 276 und 277 die Befürworter der beiden Theorien auf und schliesst sich der Begründungstheorie an; siehe zur Rechtsnatur der Verkaufsrechte Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2008 = SSHW Band 280, Zürich/St. Gallen 2009, S. 181 ff.

103 Hans Giger, Berner Kommentar, Bern 1997, Art. 216 OR N 44.

104 BK-Eggen (Fn. 54), Art. 216 OR N 90.

105 Philipp Meier Schleich, Streitpunkte beim Optionsvertrag, SJZ 2021, S. 907 ff., S. 909 f.

106 BK-Eggen (Fn. 54), Art. 216 OR N 90.

107 Beispiele für die *Begründungstheorie:* BGE 122 III 10 E. 4b S. 15 f.; BGE 90 II 393 E. 2b S. 398; BGE 85 II 572 E. 4 S. 575 ff.; Beispiele für die *Bedingungstheorie:* BGE 134 III 597 E. 3.4.1 S. 604 f.; BGE 129 III 264 E. 3.2.1 S. 267; BGE 114 III 18 E. 4 S. 20; BGE 109 II 219 E. 2b S. 222 f.; BGE 97 II 53 E. 3 S. 56; Frage hingegen ausdrücklich offengelassen in: BGE 94 II 105 E. 3 S. 111 f. mit Verweisungen auf BGE 88 II 159 und BGE 86 II 36. Auch in einem anderen während der Berichtsperiode ergangenen Urteil (4A_379/2024) vermied es das Bundesgericht, sich einer der beiden Theorien anzuschliessen (Rz. 59 ff., insbesondere Rz. 82).

108 Vgl. hierzu beispielsweise Jonas Rüegg, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Luzern 2014 = LBR Band 89, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 9. Zu den Vertretern der Begründungstheorie zählt z.B. BK-Eggen (Fn. 54), Art. 216 OR N 90, die in Anm. 276 und 277 die Befürworter der beiden Theorien auflistet.

109 Vgl. hierzu auch Martin Blatter/Mirjam Fritschi, Auswirkungen zwingender öffentlich-rechtlicher Vorschriften auf die Vertragsfreiheit, AJP 2021, S. 1146 ff., S. 1148.

[178] **3.** Grundstückkaufverträge müssen öffentlich beurkundet werden (Art. 216 Abs. 1 OR). Gleiches gilt für Kaufsrechte an Grundstücken (Art. 216 Abs. 2 OR).[110] Da das Kaufsrecht vorliegend nicht öffentlich beurkundet wurde, erklärte das Bundesgericht das Kaufsrecht als formungültig und für nichtig (E. 3.4.1). Fraglich blieb jedoch, ob auch das Kündigungsrecht in der gleichen Ziffer des Vertrags der Beurkundungspflicht unterstand oder nicht. Die Frage des Umfanges des Formzwanges wird sowohl in der Lehre wie auch der Rechtsprechung regelmässig behandelt.[111] Zur Beantwortung der Frage haben sich verschiedene Theorien herausgebildet: Die strikte objektive Theorie; die gemässigte objektive Theorie; die subjektive Theorie; die eingeschränkte subjektive Theorie; die kumulative Theorie und die Theorie des umfassenden Formzwanges.[112] In Lehre und Rechtsprechung vorherrschend ist die eingeschränkte subjektive Theorie.[113] Demnach unterstehen dem Formzwang neben den objektiv wesentlichen Punkten *(essentialia negotii)* nur jene subjektiv wesentlichen Punkte *(accidentalia negotii)*, die unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrags berühren und das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen.[114] Werden zusätzliche, artfremde Verpflichtungen in den Vertrag aufgenommen, bedürfen diese keiner öffentlichen Beurkundung, sofern sie nicht als eine Form der Gegenleistung in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einfliessen.[115] Das Bundesgericht folgt ebenfalls der eingeschränkten subjektiven Theorie.[116]

[179] **a.** Im referierten Urteil musste das Bundesgericht demnach entscheiden, ob das Kündigungsrecht eine solche wesentliche *accidentalia negotii* darstellt. Die dreimonatige Kündigungsfrist auf jedes Monatsende stellt bloss eine übliche mietvertragliche Abrede dar. Dementsprechend wäre es verfehlt, diesen Teil von Ziffer 10 der öffentlichen Beurkundungspflicht zu unterstellen. Das Bundesgericht ging vorliegend zwar nicht auf die verschiedenen Theorien des Umfangs der Beurkundungspflicht ein, kam jedoch auch zum Schluss, dass es sich bei diesem Teil von Ziffer 10 bloss um eine individuelle Kündigungsbestimmung handelt, die sogar formlos zulässig wäre (E. 3.4.2).[117]

[180] **b.** Aufgrund der harschen Rechtsfolgen eines allfälligen Formmangels (siehe hierzu sogleich Rz. 181 ff.), empfiehlt es sich in der Praxis jedoch, jeweils möglichst viele Inhalte von

---

110 Markus Binder, in: Michael Hochstrasser/Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Einzelne Vertragsverhältnisse (Art. 184–529 OR) und Innominatverträge, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 216 OR N 1.

111 Zur Rechtsprechung siehe beispielsweise BGE 119 II 135 E. 2a S. 138; BGE 118 II 32 E. 3d S. 34; BGE 117 II 259 E. 2b S. 264 f.; BGE 112 II 330 E. 1a S. 332; vgl. mit weiteren Verweisungen statt vieler Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 183 ff.

112 Markus Vischer/Dario Galli, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff., S. 475 ff.

113 Vgl. auch BGE 119 II 135 E. 2a S. 138 ff.; BGE 113 II 402 E. 2a S. 403 ff.; BGE 90 II 34 E. 2 S. 37 ff.; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I: Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, 3. Aufl., Bern 2007, Rz. 1380.

114 Statt vieler: BGE 135 III 295 E. 3.2 S. 299 f.; Michael Lips/Larissa Rickenbacher, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, Art. 216 OR N 6.

115 Urteil des Bundesgerichts 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017 E. 8.2 mit Hinweis auf BGE 119 II 135 E. 2a S. 138 f. und BGE 113 II 402 E. 2a S. 403 ff.

116 BGE 113 II 402 E. 2a S. 403 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_573/2016 vom 19. September 2017 E. 4.2.2 oder Urteil des Bundesgerichts 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017 E. 8.2; BGE 106 II 146 E. 1 S. 147 ff.; BGE 95 II 309 E. 2 S. 310.

117 Vgl. beispielsweise zur Zulässigkeit von mündlichen Mietverträgen BGE 119 III 78 E. 3c S. 80.

formbedürftigen Verträgen öffentlich zu beurkunden.[118] Die eingeschränkte subjektive Theorie wird denn auch aus verschiedenen Gründen kritisiert. Dabei kann beispielweise die Ausweitung des Formzwangs auf die subjektiv wesentlichen Punkte als zweckwidrig angesehen werden.[119] Weiter sprechen auch Praktikabilitätsgründe gegen die eingeschränkte subjektive Theorie, zumal auch eine rechtliche «Unschärfe» und eine zu weite Ausdehnung der Beurkundungspflicht drohen.[120] Vor diesem Hintergrund wäre es begrüssenswert gewesen, wenn das Bundesgericht sich zumindest zu den verschiedenen Theorien geäussert hätte und diese vertieft gegeneinander abgewogen hätte. Hierfür könnte das Bundesgericht beispielsweise nochmals die Anwendung der gemässigten objektiven Theorie in Erwägung ziehen, gemäss welcher neben den typenwesentlichen Vertragspunkten auch gewisse *accidentalia negotii* öffentlich beurkundet werden, sofern sie direkt mit dem unentbehrlichen Kern des Geschäfts untrennbar verbunden sind.[121] Mit einer Begrenzung auf objektiv wesentliche Punkte könnte zweifellos die Rechtssicherheit erhöht werden, da klarer würde, welche Vertragselemente tatsächlich dem Beurkundungszwang unterliegen.[122]

[181] **4.** Es bestehen zwei Theorien, ob die Formungültigkeit von Grundstückkaufverträgen von Amtes wegen zu beachten ist oder nicht. Die Anhänger der *Theorie der absoluten Nichtigkeit* bejahen dies, während die Vertreter der *Theorie der relativen Nichtigkeit* davon ausgehen, dass die Nichtigkeit die Erhebung einer entsprechenden Einrede voraussetzt.[123] Ein massgebender Teil der Lehre folgt dabei der relativen Nichtigkeitstheorie, die besagt, dass formungültige Verträge durch die beidseitige Erfüllung grundsätzlich heilbar sind.[124]

[182] **a.** Während vieler Jahre ist das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung der Theorie der absoluten Nichtigkeit gefolgt.[125] Zeitweilig hat es diesen Ansatz jedoch hinterfragt,[126] ist mittlerweile aber wieder dazu zurückgekehrt, dass der Formmangel von Amtes wegen zu berücksichtigen sei.[127] Somit folgt das Bundesgericht einem traditionellen Verständnis des Begriffes der «Nichtigkeit», wonach die Bedeutung des Begriffs eben gerade darin liegt, dass ein unwirksames Rechtsgeschäft unwirksam bleibt und der Mangel nicht geheilt werden kann.[128] Statt auf eine mögliche Heilbarkeit eines formungültigen Vertrags abzustellen, anerkennt das Bundesgericht zumindest die Möglichkeit, dass formungültige Verträge so behandelt werden als wären sie gültig, wenn eine Berufung auf den Formmangel einen Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchs-

118 Vischer/Galli (Fn. 112), S. 487; Christian Brückner, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 1994, S. 1 ff., S. 13 f.

119 Rey (Fn. 113), Rz. 1391.

120 Vischer/Galli (Fn. 112), S. 478; Peter Ruf, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 1997, S. 361 ff., S. 366; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 2507.

121 Theorie begründet von Robert Haab, siehe hierzu beispielsweise die Ausführungen von Robert Haab, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1977, Art. 657 ZGB N 15 ff.; vom Bundesgericht bereits ausdrücklich abgelehnt in BGE 90 II 34 E. 2 S. 37 f.; zustimmend mit Auflistung weiterer Autoren Vischer/Galli (Fn. 112), S. 476.

122 Siehe BK-Giger (Fn. 103), Art. 216 OR N 258, der sich aber in N 262 ff. grundsätzlich für die kumulative Theorie ausspricht.

123 Alfred Koller, Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, § 3 Rz. 13.

124 CHK-Binder (Fn. 110), Art. 216 OR N 20 mit weiteren Hinweisen.

125 Vgl. beispielsweise BGE 106 II 146 E. 3 S. 151 f.; BGE 98 II 313 E. 2 S. 316.

126 BGE 112 II 330 E. 2b S. 334 f.

127 Urteil des Bundesgerichts 4A_424/2021 vom 23. Juni 2022 E. 4.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_573/2016 vom 19. September 2017 E. 4.2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A.33/2006 vom 24. April 2007 E. 5; BGE 119 II 135 E. 2a S. 137 ff.; BGE 113 II 402 E. 2a S. 403 ff.

128 BSK OR I-Fasel (Fn. 47), Art. 216 OR N 18.

verbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) darstellen würde.[129] Dieser Ansatz wird in der Lehre mehrheitlich kritisiert,[130] insbesondere weil damit das Problem der Heilung eines Formmangels nicht befriedigend gelöst werden kann.[131]

[183] **b.** Der vorliegende Fall verdeutlicht, wie zentral die Entscheidung ist, ob der absoluten oder der relativen Nichtigkeitstheorie gefolgt wird. Wäre das Bundesgericht der relativen Nichtigkeitstheorie gefolgt, wäre der Formmangel durch das Erfüllen des Grundstückkaufvertrags vom 29. Mai 2016 zwischen den Erben und dem Kaufsrechtsberechtigten heilbar gewesen. Da das Bundesgericht jedoch der absoluten Nichtigkeitstheorie folgt, bleibt der Vertrag formungültig. Erfolgte Eintragungen im Grundbuch wären demnach ungerechtfertigt (vgl. Art. 974 Abs. 2 ZGB) und die erbrachten Leistungen müssten grundsätzlich ebenfalls zurückerstattet werden.[132] Bei ganz oder teilweise erfüllten Verträgen führt die absolute Nichtigkeitstheorie für die Parteien unter Umständen zu einem erheblichen Aufwand und zielt somit auch an der gelebten Rechtswirklichkeit vorbei.[133] Als Schranke gilt gemäss Bundesgericht zumindest das oben beschriebene Rechtsmissbrauchsverbot.[134] Das referierte Urteil verdeutlicht, dass die relative Nichtigkeitstheorie den Parteien die Möglichkeit einräumt, mittels beidseitiger Erfüllung ihrer Verpflichtungen den Vertrag vom Mangel der Formungültigkeit zu heilen, wodurch klarere Rechtsverhältnisse und somit mehr Rechtssicherheit erreicht werden könnten.[135]

3. Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks

Urteil des Bundesgerichts 4A_406/2023 vom 5. März 2024 (MV/DG)[136]

[184] Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 5. Juni 2019 verkaufte B (Verkäufer und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) der A AG (Käuferin und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Käuferin) eine Liegenschaft in U zum Kaufpreis von CHF 1'300'000. Das Grundstück lag teilweise in der «Dorfzone D» und teilweise in der Landwirtschaftszone (A.a).

[185] Am 13. Dezember 2019 reichte die Käuferin bei der Gemeinde V ein Baugesuch für ein Neubauprojekt mit Wohnhäusern ein (A.b).

---

129 Urteil des Bundesgerichts 4A_424/2021 vom 23. Juni 2022 E. 4.1.2; BGE 104 II 99 E. 2b S. 101; BGE 98 II 313 E. 2 *in fine* S. 316.

130 Frédéric Krauskopf/Jonas Fend, Die öffentliche Beurkundung bei Grundstückkaufverträgen nach Art. 216 Abs. 1 OR – eine Formvorschrift mit Fiskalzweck?, in: Susan Emmenegger/Bettina Hürlimann-Kaup/Alexandra Jungo/Frédéric Krauskopf/Hubert Stöckli (Hrsg.), Recht Suchen. Liber comitum für Jörg Schmid, Zürich/Genf 2024, S. 205 ff., S. 210; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 1964, Art. 657 ZGB N 130 ff.; Gauch/Schluep/Schmid (Fn. 49), Rz. 558 ff.

131 BK-Meier-Hayoz (Fn. 130), Art. 657 ZGB N 133.

132 Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frédéric Krauskopf, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 608.

133 BK-Eggen (Fn. 54), Art. 216 OR N 97, die sich in N 109 ff. für die relative Nichtigkeitstheorie ausspricht.

134 BGE 140 III 200 E. 4.2 S. 202 = Pra 2014, Nr. 102, S. 813 ff.; BGE 112 II 330 E. 2b S. 334 f.; BGE 98 II 313 E. 2 *in fine* S. 316.

135 Vgl. auch mit weiteren Hinweisen zur Neuregelung der Nichtigkeitsfolgen bei einem Formmangel: BK-Eggen (Fn. 54), Art. 216 OR N 113 ff.

136 Vgl. auch Schmid/Wolfisberg (Fn. 13), S. 514 ff.; Lorenzo Barbieri/Dario Galli/Markus Vischer, Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, in: dRSK, publiziert am 14. Januar 2025; Hubert Stöckli, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, BR 2024, Nr. 502, S. 288 f.; Ylber Hasani, Irrtum über Bebaubarkeit eines Grundstücks, ius.focus 2024, Nr. 112.

[186] Am 15. Mai 2020 trat im Kanton Thurgau die Kleinsiedlungsverordnung (KSV; RB 700.3) in Kraft. Der bislang in der «Dorfzone D» liegende Teil der Parzelle wurde als Kleinsiedlung in der KSV aufgeführt, womit er voraussichtlich einer Weiler- oder Erhaltungszone gemäss Art. 33 RPV (SR 700.1) zugewiesen werden wird (A.c).

[187] Am 22. Oktober 2021 verweigerte das kantonale Amt für Raumentwicklung (ARE) die Baubewilligung mit der Begründung, dass das geplante Projekt nicht zonenkonform sei und die Voraussetzungen des Raumplanungsgesetzes (RPG) nicht erfülle (A.d).

[188] Die Käuferin erhob gegen den Entscheid Rekurs beim Departement für Bau und Umwelt des Kantons Thurgau. Das Rekursverfahren ist hängig (A.d).

[189] Mit Schreiben vom 21. September 2020 machte die Käuferin gegenüber dem Verkäufer einen Grundlagenirrtum über die Überbaubarkeit des von ihr am 5. Juni 2019 gekauften Grundstücks geltend. Der Vertrag sei ungültig und in dem Sinne rückabzuwickeln, dass ihr der Verkäufer gegen Rücküberschreibung der Liegenschaft den geleisteten Kaufpreis zurückzuerstatten habe (A.e).

[190] Mit Klage vom 4. August 2021 beantragte die Käuferin beim Bezirksgericht Kreuzlingen, der Verkäufer sei zu verpflichten, ihr CHF 1'300'000 nebst Zins, Zug um Zug gegen Rückübereignung des Grundstücks, zu bezahlen. Mit Entscheid vom 27. September 2022 hiess das Bezirksgericht die Klage der Käuferin antragsgemäss gut. Es erwog, die Käuferin habe sich bei Vertragsabschluss am 5. Juni 2019 in einem Irrtum befunden. Sie habe fälschlicherweise angenommen, der südliche Parzellenteil des Grundstücks liege in der rechtsgültig ausgeschiedenen Dorfzone und damit im Baugebiet, während er materiell-rechtlich im Nichtbaugebiet gelegen habe (B.a).

[191] Eine dagegen gerichtete Berufung des Verkäufers hiess das Obergericht des Kantons Thurgau mit Entscheid vom 28. April 2023 gut. Es hob den Entscheid des Bezirksgerichts auf und wies die Klage ab. Es erwog, der betreffende Parzellenteil sei am 5. Juni 2019 und bis zum Inkrafttreten der KSV am 15. Mai 2020 noch überbaubar gewesen, womit ein diesbezüglicher Irrtum zu verneinen sei. Weiter verneinte es einen Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt. Die Käuferin habe – objektiv betrachtet – nicht mit Sicherheit annehmen dürfen, sie würde noch auf Monate oder gar Jahre hinaus eine Baubewilligung erhalten. Dem Kauf habe ein spekulatives Moment innegewohnt. Grundsätzlich habe jeder Vertragspartner das Risiko unerwarteter künftiger Entwicklungen selbst zu tragen (B.b).

[192] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Käuferin dem Bundesgericht im Wesentlichen, der Entscheid des Obergerichts sei aufzuheben und ihre Klage gutzuheissen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (C und E. 8).

[193] **1.** Vor Bundesgericht war zuerst strittig, ob sich die Käuferin auf einen Grundlagenirrtum nach Art. 23 OR in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR berufen könne und der Vertrag vom 5. Juni 2019 aus diesem Grund für sie unverbindlich sei (E. 5 Ingress).

[194] **2.** Ein Vertrag sei, so das Bundesgericht, für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden habe (Art. 23 OR). Ein solcher liege namentlich vor, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betroffen habe, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet worden sei (Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR). Neben der subjektiven Wesentlichkeit sei erforderlich, dass der zugrunde gelegte Sachverhalt auch objektiv, vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Vertrags erschienen sei (E. 5.1).

[195] Objektiv wesentlich sei eine falsche Vorstellung, die notwendigerweise beiden Parteien bewusst oder unbewusst gemeinsam und bei objektiver Betrachtung eine unerlässliche Voraussetzung für den Abschluss des Vertrags gewesen sei. Abzustellen sei auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Anfechtbarkeit dürfe nicht im Sinne einer Abwägung der im Zeitpunkt der Berufung auf den Irrtum bestehenden Vertragsinteressen der Parteien davon abhängig gemacht werden, ob die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags als unverhältnismässige Rechtsfolge erscheine. Die Geltendmachung des Irrtums verstosse vielmehr nur dann gegen Treu und Glauben, wenn es sich um unnütze Rechtsausübung handle oder ein krasses Missverhältnis der Interessen bestehe (E. 5.2).

[196] **3.** Umstritten sei ein rechtlicher Zustand, nämlich die grundsätzliche Überbaubarkeit des betreffenden Parzellenteils im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (E. 6 Ingress).

[197] **a.** Die Vorinstanz habe erwogen, dass die Käuferin überbaubares Land gekauft habe, für das sie bis zum Inkrafttreten der KSV am 15. Mai 2020 eine Baubewilligung erhalten hätte. Der Regierungsrat des Kantons Thurgau habe die KSV nur auf hängige und künftige Baugesuche für anwendbar erklärt. Er habe aber keinen sofortigen Baustopp erlassen, mit dem rückwirkend bereits erteilte Baubewilligungen aufgehoben worden wären (E. 6.1).

[198] **b.** Die Käuferin machte vor Bundesgericht geltend, der betreffende Parzellenteil habe bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von Bundesrechts wegen (Art. 15 RPG) im Nichtbaugebiet gelegen, womit bereits vor dem Inkrafttreten der KSV keine Baubewilligung hätte erteilt werden dürfen. Die Parteien seien aber davon ausgegangen, es handle sich um Baugebiet, weshalb sie sich bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Überbaubarkeit des Grundstücks geirrt hätten. Die Vorinstanz habe Art. 23 OR in Verbindung mit Art. 15 RPG verletzt. Kernfrage sei nicht gewesen, ob mutmasslich eine Baubewilligung erteilt worden wäre, sondern ob der in der Dorfzone gelegene Parzellenteil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Bau- oder Nichtbaugebiet gelegen habe bzw. ob eine erteilte Baubewilligung auch rechtmässig gewesen wäre. Die Vorinstanz verkenne die Tragweite von Art. 15 RPG, wenn sie davon ausgehe, der betreffende Parzellenteil sei erst durch den Erlass der KSV zu Nichtbaugebiet geworden (E. 6.3).

[199] **c.** Gemäss Bundesgericht vermöge die Käuferin keine Verletzung von Bundesrecht aufzeigen. Entscheidend sei, ob der betreffende Parzellenteil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses grundsätzlich überbaubar gewesen sei. Daher sei es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz geprüft habe, ob der betreffende Parzellenteil zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich überbaubar gewesen sei (E. 6.3.1). Es sei nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von der grundsätzlichen Überbaubarkeit des betreffenden Parzellenteils im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgehe. Die Vorinstanz habe weder die Tragweite von Art. 15 RPG verkannt noch habe sie Art. 49 BV verletzt (E. 6.3.4).

[200] **4.** Damit sei gemäss Bundesgericht in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob ein wesentlicher Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt vorliege, nämlich die künftig weiterhin bestehende Überbaubarkeit des betreffenden Parzellenteils (E. 7 Ingress).

[201] **a.** Der Irrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR könne sich, so das Bundesgericht, zwar auf eine künftige Tatsache beziehen, jedoch nur, wenn diese Tatsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv als sicher angesehen werden konnte. Voraussetzung sei weiter, dass die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit des Eintritts des zukünftigen Ereignisses für die andere Partei Vertragsvoraussetzung gewesen sei. Wie sich schon aus dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR ergebe, müsse sich die Fehlvorstellung auf einen «bestimmten Sachverhalt» *(«sur des faits», «una determinata condizione di fatto»)* beziehen (E. 7.1).

[202] **b.** Die Vorinstanz habe erwogen, dass der betreffende Parzellenteil zwar im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 5. Juni 2019 noch überbaubar gewesen sei und hätte bei Erhalt einer Baubewilligung bis längstens am 14. Mai 2020 auch noch überbaut werden können. Die Käuferin habe jedoch – objektiv betrachtet – im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mit Sicherheit annehmen dürfen, sie würde noch auf Monate oder gar Jahre hinaus eine Baubewilligung erhalten und könne den Parzellenteil in der Zukunft noch entsprechend ihren Plänen überbauen. Es habe sich schon vor dem Vertragsabschluss abgezeichnet, und sei auch generell bekannt gewesen, dass das Bauen in ländlichen Gebieten in Zukunft schwieriger werden dürfte. Das Thema sei spätestens im Zuge der eidgenössischen Abstimmung vom 3. März 2013 betreffend die Änderung des Raumplanungsgesetzes allgegenwärtig gewesen. Der auch künftige Erhalt einer Baubewilligung sei somit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit «objektiv sicher» gewesen. Damit habe dem Kauf – zumindest objektiv betrachtet – ein spekulatives Moment betreffend die Überbaubarkeit des betreffenden Parzellenteils auch nur schon in naher Zukunft innegewohnt. Es rechtfertige sich keine Ausnahme vom Grundsatz, dass jeder Vertragspartner das Risiko unerwarteter künftiger Entwicklungen grundsätzlich selbst zu tragen habe (E. 7.2).

[203] **c.** Die Käuferin rügte eventualiter, die Vorinstanz habe Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR verletzt, wenn sie zum Ergebnis gelange, dem Kauf habe ein spekulatives Element innegewohnt. Sie (die Käuferin) habe nicht darauf vertraut, dass ein bestimmtes Ereignis in der Zukunft eintreten würde, sondern dass ein solches für eine kurze Dauer von einigen Monaten oder längstens einem Jahr ausbleiben würde. Sie habe nicht damit rechnen müssen, dass innert einer Frist von wenigen Monaten für die geplante Überbauung des erworbenen Grundstücks andere Voraussetzungen gelten würden. Daran ändere auch der Hinweis der Vorinstanz auf allgemeine raumplanungspolitische Tendenzen in der letzten Dekade oder der bundesrätliche Hinweis an den Kanton Thurgau betreffend die Überprüfung der Zoneneinteilung nichts (E. 7.3).

[204] **d.** Diese Rüge gehe nach Auffassung des Bundesgerichts fehl. Die Vorinstanz habe kein Bundesrecht verletzt, wenn es erwogen habe, die Käuferin habe nicht davon ausgehen dürfen, sie würde noch über Monate oder gar Jahre hinaus eine Baubewilligung für ihr Projekt erhalten. Entscheidend sei, von welcher künftigen Entwicklung die Käuferin im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags ausgehen musste. Diesbezüglich sei es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwogen habe, es habe sich schon vor dem Vertragsabschluss abgezeichnet und sei auch generell bekannt gewesen, dass das Bauen in ländlichen Gebieten in Zukunft schwieriger werden dürfte. Die Vorinstanz weise in ihrem Entscheid an anderer Stelle zu Recht darauf hin, dass der Bundesrat bereits mit Beschluss vom 27. Oktober 2010 das Kapitel Kleinsiedlungen im Richtplan nur als Zwischenergebnis genehmigt habe und den Kanton angewiesen habe, die ausgeschiedenen Weilerzonen einer sachgerechten Zone zuzuweisen. Diesbezüglich sei auch zu beachten, dass der Thurgauer Regierungsrat das Projekt «Überprüfung Kleinsiedlungen im Kanton Thurgau» gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen bereits am 19. Februar 2019 beschlossen habe. Vor diesem Hintergrund vermöge das Argument der Käuferin, Zonenpläne würden eine gewisse Beständigkeit aufweisen und könnten nur in einem länger dauernden demokratischen Prozess abgeändert werden, nichts zu ändern. Zusammenfassend verletze es kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz erwogen habe, der künftige Erhalt einer Baubewilligung sei nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit objektiv sicher gewesen. Das Risiko der künftigen Entwicklung (Erlass der KSV) habe die Käuferin vorliegend selbst zu tragen (E. 7.3).

[205] **Bemerkung: 1.** Das vorliegende Urteil bietet die Gelegenheit, sowohl den Irrtum über Sachverhalte, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden, als auch den Irrtum über zukünftige Sachverhalte anhand eines einzigen höchstrichterlichen Entscheids zu analysieren.

[206] **2.** Zunächst befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die Käuferin des Grundstücks, der die Baubewilligung verweigert wurde, sich auf einen Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 23 OR in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR berufen konnte, der sich auf einen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Sachverhalt beziehen sollte. Das Bundesgericht wiederholt zutreffend die von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre aufgestellten Voraussetzungen für die Annahme eines Grundlagenirrtums. Ein solcher ist zu bejahen, wenn sich die Käuferin beim Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 23 OR in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR befand, wobei die Wesentlichkeit sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht gegeben sein muss.[137]

[207] **3.** Vor der Prüfung der Wesentlichkeit des Irrtums stellt sich die Frage, ob beim Vertragsabschluss überhaupt ein Irrtum vorliegt. Liegt kein Irrtum vor, erübrigen sich logischerweise Ausführungen zur Wesentlichkeit. Der Begriff des Irrtums bezieht sich auf eine unzutreffende Vorstellung über einen Sachverhalt. Dies bedeutet, dass die Auffassung des Irrenden nicht mit der Realität übereinstimmt.[138] Der Irrtum kann dabei nicht nur ein Sachverhaltsirrtum (im engeren Sinne), sondern auch ein Rechtsirrtum sein.[139] Der Rechtsirrtum wird in zwei Unterkategorien unterteilt: den echten und den unechten Rechtsirrtum. Ein *echter Rechtsirrtum* liegt vor, wenn sich jemand über die Geltung einer Rechtsnorm irrt, während ein *unechter Rechtsirrtum* vorliegt, wenn über das Vorliegen eines bestimmten rechtlichen Sachverhalts geirrt wird.[140] Vorliegend stand die Überbaubarkeit des Grundstücks zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zur Diskussion, was als unechter Rechtsirrtum zu qualifizieren ist. Der Parzellenteil befand sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch in der Bauzone im Sinne von Art. 15 RPG. Vor dem Erlass der KSV hätte tatsächlich ein Bauprojekt realisiert werden können. Da die Überbaubarkeit des Grundstücks in diesem Zeitpunkt mit überzeugenden Argumenten nachgewiesen wurde, verneinte das Bundesgericht zu Recht das Vorliegen eines Irrtums.

[208] **4.** Etwas umstrittener und anspruchsvoller gestaltet sich der zweite Teil des referierten Urteils. Hier stellt sich die Frage, ob zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein *Irrtum über einen künftigen Sachverhalt* vorlag, insbesondere bezüglich der künftig weiterhin bestehenden Überbaubarkeit des betreffenden Parzellenteils. Das Bundesgericht bestätigt im hier besprochenen Urteil seine Rechtsprechung zum Irrtum über zukünftige Sachverhalte. Es nimmt die Wesentlichkeit eines solchen Irrtums an, wenn der Irrende in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt irrt, dessen Verwirklichung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv als sicher betrachtet werden konnte. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Gegenpartei beim Vertragsabschluss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erkannte, dass der Irrende zu diesem Zeitpunkt davon ausging, das Eintreten des zukünftigen Sachverhalts stelle eine wesentliche Grundlage des Vertrags

137 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_29/2022 vom 19. April 2022 E. 2.1; Benjamin Reis/Markus Vischer/Dario Galli, Das Element von Treu und Glauben im Irrtumsrecht, in: dRSK, publiziert am 5. Mai 2021, Rz. 14; BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 47), Art. 23 OR N 4; Gauch/Schluep/Schmid (Fn. 49), Rz. 778.

138 BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 47), Art. 23 OR N 2; Dario Galli/Markus Vischer, Irrtum hinsichtlich der Überbaubarkeit eines Grundstücks, in: dRSK, publiziert am 31. März 2017, Rz. 16.

139 Huguenin (Fn. 17), Rz. 524; Galli/Vischer (Fn. 138), Rz. 12.

140 Zum Ganzen: Huguenin (Fn. 17), Rz. 524 ff.; Galli/Vischer (Fn. 138), Rz. 12.

dar.[141] Obwohl sich das Bundesgericht darauf beschränkt, seine eigenen früheren Entscheide zu zitieren, bejaht auch ein wesentlicher Teil der Lehre die Möglichkeit des Grundlagenirrtums über zukünftige Sachverhalte.[142]

[209] Einige Autoren verwerfen allerdings diese Möglichkeit und beschränken die Anwendbarkeit der Regeln über den Grundlagenirrtum auf gegenwärtige und vergangene Sachverhalte.[143] Ein Teil dieser Autoren vertritt die Auffassung, dass Sachverhalte, die künftige Tatsachen betreffen, unter anderem durch die gerichtlichen Anpassungsregeln der *clausula rebus sic stantibus* geregelt werden.[144] Die hier vertretene Meinung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts der letzten Jahre. Die Schwelle der objektiven Sicherheit zur Bejahung eines wesentlichen Grundlagenirrtums über künftige Sachverhalte soll jedoch erst erreicht sein, wenn der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, das heisst mit einem Sicherheitsgrad von 90% oder mehr, eintreten wird.[145] Das Bundesgericht hat sich folglich unseres Erachtens zutreffend mit dem Vorhandensein eines Irrtums über einen künftigen Sachverhalt auseinandergesetzt und diesen zu Recht verneint. Aufgrund der bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses notorischen Tatsache, dass das Bauen in ländlichen Gebieten in Zukunft voraussichtlich schwieriger werden wird, konnte die Käuferin nicht objektiv sicher annehmen, dass ein Baugesuch noch für Monate oder gar Jahre genehmigt worden wäre.[146] Die Käuferin trug folglich das Risiko der Spekulation, die dem zur Diskussion stehenden Kaufvertrag zugrunde lag.

[210] **5.** Hätte das Bundesgericht den Fall nicht anhand von Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR beurteilt, sondern aufgrund der *clausula rebus sic stantibus*, wäre es vermutlich zum selben Endergebnis gelangt. Die gerichtliche Vertragsanpassung aufgrund der *clausula* setzt (i) eine Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsabschluss, (ii) die Unvorhersehbarkeit und Unvermeidbarkeit dieser Veränderung, (iii) eine gravierende Störung des vertraglichen Gleichgewichts durch diese Veränderung und (iv) eine fehlende vorbehaltlose Vertragserfüllung voraus.[147] Denn die nach Vertragsabschluss eingetretene Unbebaubarkeit des betroffenen Parzellenteils war voraussehbar. So muss doch, wie das Bundesgericht ausführt, beim Bauen in ländlichen Gebieten angenommen werden, dass es in Zukunft erschwert wird. Infolge des engen Zusammenhangs von Grundlagenirrtum über zukünftige Sachverhalte und *clausula rebus sic stantibus* wird in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt stets

141 Zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A_29/2022 vom 19. April 2022 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_335/2021 vom 8. November 2021 E. 6.1.1. BGE 118 II 297 E. 2b S. 300.

142 BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 47), Art. 24 OR N 18; Maja L. Blumer, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 24 OR N 12; Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2013, Art. 24 OR N 244 ff.; im Ergebnis auch: Markus Vischer/Dario Galli, Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 2019, S. 1067 ff., S. 1071 f.

143 Gauch/Schluep/Schmid (Fn. 49), Rz. 801; Huguenin (Fn. 17), Rz. 521 ff.; Peter Jäggi/Peter Gauch/Stephan Hartmann, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 18 OR N 697 ff.; Nina Reiser, Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR, Diss. Zürich 2011 = ZStP Band 239, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 24.

144 Alfred Koller, Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge, AJP 2020, S. 562 ff., S. 562; Gauch/Schluep/Schmid (Fn. 49), Rz. 802; Huguenin (Fn. 17), Rz. 523.

145 Siehe dazu ausführlich Vischer/Galli (Fn. 142), S. 1071 f.

146 Im Ergebnis gl.M. Schmid/Wolfisberg (Fn. 13), S. 516 f.; a.M. Stöckli (Fn. 136), S. 288 f.

147 Urteil des Bundesgerichts 4A_158/2024 vom 5. November 2024 E. 8.1; BGE 135 III 1 E. 2.4 f. S. 9 f.; BGE 127 III 300 E. 5b S. 304; Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer, Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, § 1 Rz. 43; BK-Müller (Fn. 84), Art. 18 OR N 658.

auch unter die *clausula rebus sic stantibus* subsumiert werden kann.[148] Ob dies korrekt ist, kann hier offengelassen werden. Jedenfalls ist es richtig, in diesen Fällen einen eklektischen Methodenpluralismus zu verfolgen.[149] Dieser Ansatz vermeidet krampfhafte Abgrenzungsversuche der verschiedenen, der gerichtlichen Vertragsanpassung dienenden Institute, zu denen beispielsweise auch der Rechtsmissbrauch gehört.[150] Das Bundesgericht löst ähnliche Fälle denn auch häufig mit unterschiedlichen Lösungsansätzen.[151]

[211] **6.** Das Bundesgericht hat in diesem verkäuferfreundlichen Entscheid seine ständige, allerdings umstrittene Rechtsprechung zur Möglichkeit eines Grundlagenirrtums über einen künftigen Sachverhalt bestätigt. Angesichts des spekulativen Charakters des abgeschlossenen Kaufvertrags erscheint das Ergebnis korrekt.[152] Eine Würdigung des Sachverhalts unter Anwendung einer anderen gerichtlichen Anpassungsklausel, beispielsweise unter Anwendung der *clausula rebus sic stantibus*, hätte unserer Ansicht nach zu demselben Ergebnis zulasten der Käuferin geführt.[153]

Prof. Dr. iur. Christoph Brunner, Rechtsanwalt, LL.M., ist Inhaber der Anwaltskanzlei Brunner Arbitration LLC und Titularprofessor an der Universität Bern. Er ist Redaktor des Ressorts nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.

Dr. iur. Dario Galli, Rechtsanwalt, LL.M., ist Managing Associate in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich, und Dozent an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS).

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

148 BK-Schmidlin (Fn. 142), Art. 24 OR N 244 ff.; Wolfgang Wiegand, *Clausula rebus sic stantibus* – Bemerkungen zu den Voraussetzungen ihrer Anwendung, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2004, S. 443 ff., S. 452.

149 Haefeli/Galli/Vischer (Fn. 147), § 1 Rz. 38.

150 Haefeli/Galli/Vischer (Fn. 147), § 1 Rz. 38.

151 Haefeli/Galli/Vischer (Fn. 147), § 1 Rz. 38.

152 Im Ergebnis gl.M. Schmid/Wolfisberg (Fn. 13), S. 516 f.; Hasani (Fn. 136); a.M. Stöckli (Fn. 136), S. 288 f.

153 Gl.M. Schmid/Wolfisberg (Fn. 13), S. 516 f.