7/8/2025
www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

161. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Juli/August 2025

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

Stämpfli
Verlag

Traduction automatique : lisez l'article en français sur www.zbjv.recht.ch.

Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2024

Obligationenrecht

Veröffentlicht in Band 150 und im Internet

Von Prof. Dr. iur. Jörg Schmid, Luzern, und
MLaw Jonas Wolfisberg, Rechtsanwalt und Notar,
Luzern/Alpnach Dorf[1]

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen

II. Allgemeiner Teil

1. Willenserklärung; Konsens
   a. Abgabe einer Willenserklärung durch Unterzeichnung eines Sitzungsprotokolls; normativer Konsens; Ziel der Vertragsauslegung; BGer 4A_74/2024
   b. Vertragsabschluss beim Online-Handel; Austausch von Willenserklärungen (Art. 1 OR); BGE 150 IV 188 ff. (6B_831/2023)
   c. Vertragsauslegung; normativer Konsens; BGer 4A_440/2022
2. Form der Verträge
   a. Schriftformerfordernis als Gültigkeitsvoraussetzung der Zustimmung des Vermieters nach Art. 260a Abs. 1 OR; BGer 4A_178/2024
   b. Datierung des Kündigungsschreibens gehört nicht zur Form (Art. 266*l* OR); BGer 4A_271/2024
   c. Schriftformerfordernis und Telefax; Formrichtigkeit und Rechtzeitigkeit der Kündigung eines Mietverhältnisses; BGer 4A_32/2024
3. Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, das dem BewG untersteht, vor Erteilung der Bewilligung (Art. 26 BewG); BGer 4A_30/2024

1 Das Manuskript wurde am 12. Juni 2025 abgeschlossen.

4. Simulation (Art. 18 OR); Begriff und Nachweis;
   BGer 4A_20/2024
5. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR); Irrtum über einen künftigen Sachverhalt;
   BGer 4A_406/2023
6. Erfüllung
   a. Erfüllungszeit; Berechnung von Monatsfristen (Art. 142 ZPO und Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR);
      BGE 150 III 367 ff. (5A_691/2023)
   b. Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR) und dauerhafte Erfüllungsverweigerung;
      BGer 4A_237/2023
7. Vertragshaftung
   a. Tragweite von Art. 97 Abs. 1 OR; Anwendbarkeit auf jede Form von Vertragsverletzung;
      BGer 4A_22/2024
   b. Abgrenzung von Unmöglichkeit und Schuldnerverzug (beim Alleinvertriebsvertrag); Tragweite der Einrede von Art. 82 OR;
      BGer 4A_237/2023
   c. Schuldnerverzug; analoge Anwendbarkeit der Art. 107 f. OR auf die Ausübung des Rechts auf den vorzeitigen Heimfall nach Art. 779f ff. ZGB;
      BGE 150 III 63 ff. (5A_941/2022) = Pra 2024, Nr. 51, S. 715 ff.
   d. Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit; Grenzen von Freizeichnungs- und Risikoüberwälzungsklauseln;
      BGer 4A_352/2023
8. Veränderte Verhältnisse; Clausula rebus sic stantibus;
   BGer 4A_158/2024
9. Konventionalstrafe bei Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts (Art. 26 BewG);
   BGer 4A_30/2024

III. Besonderer Teil

1. Fahrniskauf; Verzug des Verkäufers; Schadenersatz (Art. 191 OR);
   BGer 4A_365/2024
2. Grundstückkauf
   a. Begriff des Vorkaufsfalls (Art. 216c OR);
      BGE 150 III 310 ff. (5A_927/2023)
   b. Kaufsrecht an einem Grundstück; Formfragen; Ausübung des Kaufsrechts;
      BGer 4A_251/2024
   c. Mängelhaftung des Verkäufers I; Mängelrüge, Behauptungs- und Beweislast; Verzicht des Verkäufers, sich auf die Verspätung der Rüge zu berufen;
      BGer 4A_357/2024

d. Mängelhaftung des Verkäufers II; Flächenmangel bei Stockwerkeigentum; Frage der Anwendbarkeit von Art. 219 Abs. 2 OR; absichtliche Täuschung durch die Verkäuferin; BGer 4A_499/2022

3. Werkvertrag
   a. Sorgfaltspflicht des Unternehmers; Haftung für Begleitschäden; Beweismass; BGer 4A_531/2022
   b. Vergütung nach Aufwand (Art. 374 OR); Substanzierungslast; BGer 4A_226/2023
4. Auftrag; Qualifikation beim Gesamtvertrag; Honorarberechnung bei vorzeitiger Auflösung; BGer 4A_243/2022
5. Innominatverträge; Alleinvertriebsvertrag; typische Pflichten; BGer 4A_237/2023

I. Vorbemerkungen

Im Berichtsjahr hat das Bundesgericht in der Amtlichen Sammlung nur wenige Entscheide zu den «klassischen», hier besprochenen Gebieten des Obligationenrechts publiziert. Doch haben wir zahlreiche nicht amtlich veröffentlichte Entscheide für die vorliegende Besprechung ausgewählt, welche die bisherige Praxis bestätigen oder lesenswerte Erwägungen enthalten. Einige Fälle haben wir aus Aktualitätsgründen in die Besprechung einbezogen, obwohl sie erst 2025 entschieden worden sind. Analoges gilt für einzelne im Jahr 2023 gefällte Entscheide, die erst spät im Internet aufgeschaltet worden sind.

Im Berichtsjahr ist wiederum keine Praxisänderung zu verzeichnen, jedoch die eine oder andere «Präzisierung» oder Klarstellung zu Fragen, zu denen eine schwankende Rechtsprechung bestand (z. B. die Berechnung von Monatsfristen im Zivil- und Prozessrecht [II.6.c.] und die Modalitäten des Rechts auf den vorzeitigen Heimfall im Baurechtsverhältnis [II.7.c.]).

Grundsätzlich nicht besprochen werden hier – wie in den Vorjahren – Entscheide zu den Unterthemen Haftpflicht- und Versicherungsrecht sowie Miet- und Arbeitsrecht, die Gegenstand von Spezialberichten sind. Wie üblich, kommen «typische» OR-Fragen aus Fällen, die ihr Schwergewicht in diesen Gebieten haben, hier in der gebotenen Kürze dennoch zur Sprache.

II. Allgemeiner Teil

1. **Willenserklärung; Konsens**

a. *Abgabe einer Willenserklärung durch Unterzeichnung eines Sitzungsprotokolls; normativer Konsens; Ziel der Vertragsauslegung; BGer 4A_74/2024*

H. B. war Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Aa. AG (Klägerin). Die Aa. AG bildete bis 26. Oktober 2018 zusammen mit acht weiteren Personen (Beklagte) das Aktionariat der Ab. AG. Im Frühjahr 2017 war sich das Aktionariat einig, einen Käufer für sämtliche Aktien der Ab. AG zu suchen. Nachdem E. E. im Sommer 2018 zwei Angebote für rund 50 000 000 CHF unterbreitet hatte, bot H. B. an einer Sitzung der Aktionäre der Ab. AG an, die Aktien zum gleichen Preis selbst zu kaufen. E. E. erhöhte daraufhin sein Angebot auf CHF 55 000 000.– und erklärte sich nach weiteren Verhandlungen schliesslich bereit, CHF 62 000 000.– (zuzüglich einer variablen Preiskomponente) zu bezahlen. Die Aktionäre der Ab. AG trafen sich – für den vorliegenden Fall bedeutsam – am 20. Oktober 2018 zu einer weiteren Sitzung. Am 26. Oktober 2018 schlossen sie den Aktienkauf mit F. E. (der Ehefrau von E. E.) ab und vollzogen ihn.

Zwischen H. B. und seinen ehemaligen Mitaktionären entstand Streit darüber, ob ein Vorvertrag über einen Kaufvertrag der Aktien der Ab. AG bestand und verletzt worden sei. Im November 2020 klagte die Aa. AG die genannten Mitaktionäre auf Zahlung von diversen Beträgen zwischen rund 186 000 CHF und 800 000 CHF ein. Während das Bezirksgericht Laufenburg in einem Zwischenentscheid einen Schadenersatzanspruch der Klägerin aus Vorvertrag grundsätzlich bejahte, wies das Aargauer Obergericht die Klage ab. Es nahm an, der streitige Vorvertrag sei im Rahmen der genannten Aktionärssitzung vom 20. Oktober 2018 einvernehmlich aufgehoben worden; im entsprechenden, von H. B. mitunterzeichneten Protokoll fand sich der Satz «Der ursprünglich vereinbarte Verkauf an H. B. wurde im gegenseitigen Einvernehmen storniert.» Die Beschwerde in Zivilsachen der Klägerin hat beim Bundesgericht keinen Erfolg.

Streitig ist vor Bundesgericht vor allem, ob aus der genannten Protokollpassage ein Aufhebungsvertrag (Art. 1 und 115 OR) hervor-

geht. Das setzt den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen voraus. Eine Willenserklärung ist – so das Bundesgericht unter Hinweis auf die herrschende und einhellige Lehre – «eine private Kundgabe eines Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses» (E. 3.1). Die Willenserklärungen müssen sodann gegenseitig und aufeinander bezogen sein. Mangels eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens (dazu die Feststellungen der Vorinstanz in E. 2) bestimmt sich die Konsensfrage nach dem Vertrauensprinzip, also danach, «ob ein bestimmtes Erklärungsverhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben als Willensäusserung verstanden werden durfte, rechtsgeschäftlich tätig zu werden und sich ihm gegenüber rechtlich zu verpflichten» (E. 3.1).

Sodann legt das Bundesgericht nach diesen Regeln das Protokoll der Sitzung vom 20. Oktober 2018 aus und gelangt – wie schon die Vorinstanz – zum Ergebnis, in der Unterzeichnung durch H. B. (in seiner Eigenschaft als Organ der Klägerin) liege neben Verwaltungsratsbeschlüssen der Ab. AG *auch* eine Willenserklärung zur einvernehmlichen Aufhebung des streitigen Vorvertrags. Aus Wortlaut und Kontext des Protokolls durften die Beklagten – so das Bundesgericht – die betreffende Passage so verstehen, dass die Klägerin sich gegenüber den Mitunterzeichnenden binden wollte, dass sich die Willenserklärungen aufeinander beziehen und dass sie inhaltlich übereinstimmen sollten (E. 3.2 und 3.3).

Zum Ziel der Vertragsauslegung führt das Bundesgericht sodann in Bestätigung der ständigen Rechtsprechung aus, dass die Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens im Vordergrund steht, während sekundär die sich nach dem Vertrauensprinzip richtende «objektivierte Auslegung» greift – jeweils bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (E. 4.1.1). Es schliesst sich nach dem Wortlaut der Willenserklärung und den Umständen ihrer Abgabe der Auffassung der Vorinstanz an: H. B. habe namens der Klägerin zunächst versucht, die Mitaktionäre zu einer Zahlung zu bewegen und den Protokollwortlaut anpassen zu lassen; danach habe er jedoch diesen Versuch aufgegeben und sich dem Willen zur Aufhebung des Vorvertrags angeschlossen, damit der vorteilhafte Aktienverkauf an E. E. abgeschlossen werden konnte (E. 4.3 und 4.4). Das war eine einvernehmliche Aufhebung des Vorvertrags, was zur Abweisung der Beschwerde führte.

Der Entscheid ist vertretbar, doch muss Folgendes beigefügt werden: Ein Beschluss stellt nach herrschender Auffassung ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft dar, das dazu dient, eine einheitliche Entscheidung in einer gemeinsamen Angelegenheit zu treffen (Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 145; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Rn. 132). Im Rahmen einer Aktionärsversammlung sind Beschlüsse darauf gerichtet, die Angelegenheiten der Aktiengesellschaft zu regeln und zu diesem Zweck den «Willen der juristischen Person» zu ermitteln (für die Generalversammlung: Art. 698 ff. OR), worüber Protokoll zu führen ist (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Anders als bei Verträgen ist bei Beschlüssen regelmässig nicht Einstimmigkeit («Konsens») erforderlich, sondern es genügt das einfache oder qualifizierte Mehr (Art. 703 ff. OR; für den Verein vgl. Art. 67 Abs. 2 ZGB). Aus diesen Vorgaben ist zu schliessen, dass Aktionäre, die an einer Versammlung ihre Stimme abgeben, nach Treu und Glauben *in der Regel* nicht davon ausgehen müssen, sich untereinander zu binden – auch dann nicht, wenn ein Beschluss einstimmig gefasst wird. Denn auch im letzteren Fall tauschen die Aktionäre die Willenserklärungen im Grundsatz nicht *untereinander* aus, wie es nach Art. 1 Abs. 1 OR für einen Vertragsschluss vorausgesetzt wäre, sondern geben sie vielmehr dem Versammlungsleiter ab (vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 133).

Es gibt aber *Ausnahmefälle,* in denen das Stimmverhalten eines Aktionärs bzw. die Unterzeichnung des entsprechenden Protokolls nach dem Vertrauensprinzip als Offerte oder Akzept zu werten ist, mit den anderen Aktionären einen Vertrag (allenfalls wie in casu einen Aufhebungsvertrag) zu schliessen. Das kann etwa zutreffen, wenn die Aktiengesellschaft oder alle Aktionäre gemeinsam einen Vertrag mit Dritten abschliessen wollen, dies aber nur möglich oder sinnvoll ist, wenn zuvor eine vorbestehende vertragliche Bindung unter den Aktionären aufgelöst wird. So verhielt es sich nach dem Berichtsentscheid hier: Der vorbestehende Vorvertrag über den Verkauf der Aktien an die Klägerin stand dem – für alle Aktionäre angesichts des hohen Preises als vorteilhaft erachteten – Verkauf an den Drittinteressenten im Weg bzw. hätte diesen Drittverkauf gefährdet (E. 4.3). Die Zustim-

mung der Klägerin (und aller anderen Aktionäre) zur «Stornierung» des Vorvertrags anlässlich der Aktionärsversammlung[2] sowie der Umstand, dass das einzige, einzelzeichnungsberechtigte Mitglied des Verwaltungsrats der Klägerin das Beschlussprotokoll unterzeichnete, durften von den anderen Aktionären nach Treu und Glauben als Zustimmung verstanden werden, den Vorvertrag (zur Ermöglichung des Drittverkaufs der Aktien) einvernehmlich aufzuheben. Der Berichtsentscheid klärt, dass die Abgabe einer (auf einen schuldrechtlichen Vertrag gerichteten) Willenserklärung auch an einer gesellschaftsrechtlichen Sitzung oder durch die Unterzeichnung eines entsprechenden Protokolls erfolgen kann. Die bisherige Praxis zu dieser Frage war schwankend (eher verneinend BGer 4A_265/2018, E. 2.2.3; bejahend für eine Zession BGer 6B_85/2021, E. 14.4.2; weitere Hinweise zur Praxis bei Galli/Vischer, zitiert in Fn. 2, S. 234 f.). Der Klärung und dem bundesgerichtlichen Resultat ist zuzustimmen (teilweise kritisch aber Galli/Vischer, zitiert in Fn. 2, S. 237 ff.). Beizufügen bleibt die Selbstverständlichkeit, dass ein Vertrag den *Austausch* der Willenserklärungen und damit deren Gegenseitigkeit voraussetzt (Art. 1 Abs. 1 OR): Jede erklärende Person muss zugleich Empfängerin der Erklärung der Gegenseite sein (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 355 ff.). Bei Sitzungsbeschlüssen müssen demnach – in Verhältnissen wie im vorliegenden Fall – alle am Vorvertrag beteiligten Parteien an der Sitzung anwesend oder vertreten sein. Will man auf das unterzeichnete Protokoll allein abstellen, so müssen alle vorvertraglich gebundenen Personen dieses Dokument unterzeichnen (so war es im Fall geschehen, der dem Berichtsentscheid zugrunde liegt: E. 3.2.1; a. M. Galli/Vischer, zitiert in Fn. 2, S. 237 f.).

Der Entscheid mag als Mahnung an alle Gesellschafter gelten, besondere Sorgfalt beim Stimmverhalten sowie bei der späteren Kontrolle und Unterzeichnung des Protokolls walten zu lassen (ebenso Damian A. Fischer, Entscheidbesprechung, AJP 2024, S. 1112 ff.

2 Für die vorliegende Besprechung gehen wir davon aus, dass der «Stornierungsbeschluss» an einer Aktionärsversammlung gefällt wurde. Aus dem Berichtsentscheid geht dies freilich nicht zweifelsfrei hervor (Dario Galli/Markus Vischer, In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags [Entscheidbesprechung], recht 2024, S. 229 ff. [234], gehen von einer Verwaltungsratssitzung aus, an der sämtliche Aktionäre anwesend waren).

[1116 f.]). Das Vertrauensprinzip kann bekanntermassen zu einem Verständnis eines Verhaltens als Willenserklärung führen, welches der «Erklärende» subjektiv gar nicht als solche gemeint hat.

b. *Vertragsabschluss beim Online-Handel; Austausch von Willenserklärungen (Art. 1 OR); BGE 150 IV 188 ff. (6B_831/2023)*

Das hier angezeigte Urteil stammt von der I. strafrechtlichen Abteilung und betrifft betrügerische Bestellungen in einem Online-Shop, wo namentlich die Straftatbestände des Betrugs (Art. 146 StGB) und des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 StGB) gegeneinander abzugrenzen sind. Den strafrechtlichen Erwägungen gehen indessen lesenswerte höchstgerichtliche Aussagen zum Online-Kauf voraus: Beim Online-Handel werden die Willenserklärungen, die zum Vertragsabschluss erforderlich sind (Art. 1 OR), elektronisch über die Verkaufsplattformen übermittelt. Warenauslagen im Online-Shop sind – so das Bundesgericht – Einladungen an den Kunden zur Stellung eines Antrags. Dieser Antrag «geht beim Online-Kauf daher vom Käufer aus und erfolgt mit der Aufgabe der Bestellung» (E. 4.7.2). Typischerweise muss der Käufer die AGB des Online-Händlers akzeptieren und erhält nach der Bestellung eine automatisierte Bestätigungs-E-Mail. Letztere bedeutet jedoch nicht in jedem Fall die Annahme des Antrags durch den Verkäufer. Vielmehr hängt die Frage, wann der Kaufvertrag – durch den Verkäufer, der den Antrag des Käufers annimmt – als abgeschlossen gilt, von den Umständen ab, namentlich von der Zahlungsmethode, den AGB und dem konkreten Wortlaut der Bestätigungs-E-Mail. So können die AGB etwa vorsehen, dass der Vertrag erst mit dem positiven Resultat einer Bonitätsprüfung oder erst mit dem Versand der Ware bzw. einer entsprechenden Versandbestätigung zustande kommt (E. 4.7.1).

Diesen Erwägungen ist zuzustimmen, auch wenn man bedauert, dass die genannte «herrschende Auffassung» vom Bundesgericht mit keinerlei Hinweisen auf Rechtsprechung (soweit eine solche zum Online-Vertragsabschluss existiert) und Lehre belegt wird. Dazu sei im Sinn von Art. 1 Abs. 3 ZGB in aller Kürze festgehalten: Ausgangspunkt ist Art. 7 Abs. 3 OR, wonach die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag gilt. Die Anwendung dieser Bestimmung rechtfertigt sich indessen bei der Präsentation von Waren

im Internet nicht; hier ist vielmehr im Grundsatz von einer blossen Einladung zur Offertstellung auszugehen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, a. a. O., Rn. 374 und 377; ALFRED KOLLER, OR AT, Band I, 5. Auflage, Bern 2023, Rn. 7.22, jeweils mit Hinweisen). Die «herrschende Auffassung» wird vom Bundesgericht mit anderen Worten zutreffend wiedergegeben.

c. *Vertragsauslegung; normativer Konsens; BGer 4A_440/2022*

Im Rahmen der Auslegung eines Versicherungsvertrags erinnert das Bundesgericht daran, dass eine Partei sich nur dann darauf berufen kann, die Gegenpartei hätte die streitige Klausel nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinn verstehen müssen, soweit sie selbst die Bestimmung tatsächlich so verstanden hat. «Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner der Parteien gewollt ist» (E. 2.2 mit Hinweisen). Dem ist zuzustimmen: Weder der Vertrauensschutz noch die Verkehrssicherheit gebieten, dass die Rechtsordnung «den Beteiligten eine Bedeutung der Erklärung aufnötigt, die sie weder für die eine noch für die andere Partei hatte» (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, a. a. O., Rn. 220 in fine und 352 f.).

2. **Form der Verträge**

a. *Schriftformerfordernis als Gültigkeitsvoraussetzung der Zustimmung des Vermieters nach Art. 260a Abs. 1 OR; BGer 4A_178/2024*

Nach Art. 260a Abs. 1 OR kann (recte: «darf»[3]) der Mieter Erneuerungen und Änderungen an der Mietsache nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat. Die Schriftlichkeit dieser Zustimmung ist – so das Bundesgericht unter Hinweis auf die herrschende Lehre – Gültigkeitsvoraussetzung (E. 3.1.3). Das trifft zu und

3 Deutlich der französische Wortlaut: «Le locataire n'a le droit de rénover ou de modifier la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur.» Ungenau wie die deutsche auch die italienische Version: «Il conduttore può procedere … soltanto con …».

hätte sich auch mit der allgemeinen Bestimmung von Art. 11 Abs. 2 OR begründen lassen. Zu den mietrechtlichen Erwägungen des Entscheids vgl. Eva Bachofner, ZBJV 161/2025, S. 387 ff.

b. *Datierung des Kündigungsschreibens gehört nicht zur Form (Art. 266l OR); BGer 4A_271/2024*

Ein Wohnungsmieter machte im (Rechtsmittel-)Verfahren um Kündigungsanfechtung und Mieterstreckung geltend, die Vermieterin habe das Kündigungsschreiben nicht datiert, weshalb die Wohnungskündigung «nichtig oder zumindest anfechtbar» sei (E. 3.1). Dem widerspricht das Bundesgericht zu Recht: Nach Art. 266*l* Abs. 1 OR müssen Vermieter und Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen schriftlich kündigen. Der Vermieter muss weiter mit einem Formular kündigen, das vom Kanton genehmigt ist und das angibt, wie der Mieter vorzugehen hat, wenn er die Kündigung anfechten oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen will (Art. 260*l* Abs. 2 OR). Was im Einzelnen auf einem solchen Formular stehen muss, ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 VMWG (SR 221.213.11). Das Ausstelldatum der Kündigung zählt nicht dazu. «Auch das Schriftformerfordernis von Art. 266*l* Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 OR begründet keine Pflicht zur Datierung. Die Angabe von Ort und Zeit ist nur erforderlich, wenn eine entsprechende gesetzliche Vorschrift besteht», wie beim handschriftlichen Testament (E. 3.1). Hierzu ist freilich zu bemerken, dass die Angabe des Ortes auch beim eigenhändigen Testament nach Art. 505 Abs. 1 ZGB seit dem 1. Januar 1996 nicht mehr erforderlich ist und das Gesetz überdies die Folgen der fehlenden oder unrichtigen Datumsangabe speziell regelt (Art. 520a ZGB). Zum Entscheid vgl. aus mietrechtlicher Sicht auch Eva Bachofner, ZBJV 161/2025, S. 379.

c. *Schriftformerfordernis und Telefax; Formrichtigkeit und Rechtzeitigkeit der Kündigung eines Mietverhältnisses; BGer 4A_32/2024*

Dieser in Fünferbesetzung gefällte Entscheid betrifft Fragen zu einem Mietverhältnis über ein Einfamilienhaus mit Reitanlage, namentlich zur Wirksamkeit einer Mieterkündigung (zu den mietrechtlichen Erwägungen des Entscheids vgl. Eva Bachofner, ZBJV

161/2025, S. 376 ff.). Im konkreten Fall lief die Kündigungsfrist am 31. März 2012 (einem Samstag) ab. Die Mieter übermittelten der Vermieterin an diesem Tag um 09.16 Uhr das eigenhändig unterzeichnete (auf den 30. März 2012 datierte) Kündigungsschreiben per Telefax. Gleichentags um 10.32 Uhr gaben sie das Original auf ihrer Poststelle als Einschreibesendung an die Vermieterin auf; dieses wurde am 2. April 2012 (einem Montag) zugestellt. Streitig sind die Form und die Rechtzeitigkeit der Kündigung. Beides hatte die Vorinstanz im Ergebnis bejaht, indem sie – unter Hinweis auf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, a. a. O., Rn. 519 – für die Rechtzeitigkeit auf den fristgerecht übermittelten Telefax und für die Formwahrung auf die nachgereichte Originalurkunde abstellte (E. 5.2.3).

Das Bundesgericht erwähnt diese Lehrmeinungen zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, die bei Vertragsverhandlungen «gestützt auf Praktikabilitätserwägungen und Verkehrsgepflogenheiten die Übermittlung einer unterschriebenen Originalurkunde per Fax den Erfordernissen der einfachen Schriftlichkeit gemäss Art. 13 OR genügen lassen» (E. 5.4.3). Es weist allerdings auch darauf hin, dass nach seiner verfahrensrechtlichen Rechtsprechung eine solche Fax-Übermittlung wegen des Fälschungs- und Missbrauchsrisikos dem Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit nicht genügt (E. 5.4.2). Dann wendet es sich der – hier einzig interessierenden – Form der Kündigung im Mietrecht (Art. 266*l* Abs. 1 OR) zu und hält fest, dass ein per Fax übermitteltes Kündigungsschreiben die vom Gesetz geforderte Form nicht erfüllt (E. 5.4.4 und 5.4.5).

In einem nächsten Schritt lehnt es das Bundesgericht sodann auch ab, für die Einhaltung der Kündigungsfrist auf den Zeitpunkt des Empfangs des per Fax versandten Kündigungsschreibens abzustellen, welches anschliessend noch im Original in einfacher Schriftform zugestellt wurde (E. 5.4.6 unter ausdrücklicher Ablehnung der zitierten Lehrmeinung). Zur Begründung verweist es auf die Identifikationsfunktion der eigenhändigen Unterschrift im Sinn von Art. 14 Abs. 1 OR: Damit der Empfänger der Kündigung rechtzeitig überprüfen kann, ob das per Fax erhaltene Schreiben wirklich von der als kündigende Person erwähnten Absenderin stammt, und in der Lage ist, *rechtzeitig* die notwendigen Schritte einzuleiten (z. B. Ausschreibung des Mietobjekts), ist – so das Bundesgericht – vorausgesetzt, dass das formgültige Kündigungsschreiben *fristgerecht* beim Adressaten eingeht (E. 5.4.6). Schliesslich verneint das Gericht auch die Eventual-

begründung der Vorinstanz, wonach die Berufung der Vermieterin auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich sei (E. 5.5).

Mit dem Entscheid schafft das Bundesgericht Rechtsklarheit bezüglich der Formerfordernisse einer Kündigung im Mietrecht: Die Übermittlung eines unterzeichneten Schreibens mittels Telefax genügt nicht (für die gewillkürte Form der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wurde die Frage in BGE 118 II 212 ff. [216], E. 2b/cc offengelassen) – eine Rechtsprechung, die wohl auch für eine Mail mit eingescanntem Kündigungsschreiben gelten dürfte (so auch Bachofner, a. a. O., S. 378). Die Lösung – eine strenge Handhabung der von Art. 266*l* OR geforderten Form – ist vertretbar, auch wenn aus unserer Sicht gute Argumente für die Auffassung der Vorinstanz sprechen. Das bundesgerichtliche Argument, der Vermieter müsse die Authentizität des Kündigungsschreibens rechtzeitig prüfen und die notwendigen Schritte einleiten können, etwa das Mietobjekt ausschreiben (E. 5.6.4), hat in Situationen wie der vorliegenden – Zugang des schriftlichen Originals des Kündigungsschreibens bei einer juristischen Person an einem Montag statt am vorangehenden Samstag, an welchem indessen bereits der Telefax eintraf – nur geringe Überzeugungskraft. Der Entscheid ist, wie die Fünferbesetzung andeutet, anscheinend auch nicht einstimmig ergangen. Im allgemeinen Schuldrecht könnte man die Form nach unserer Auffassung dann als gewahrt ansehen, wenn das unterzeichnete Originaldokument kurze Zeit (z. B. zwei Werktage) nach dem Faxeingang beim Empfänger eintrifft – was eine gewisse Analogie zu den Wertungen von Art. 5 Abs. 1 OR schafft.

3. Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, das dem BewG untersteht, vor Erteilung der Bewilligung (Art. 26 BewG); BGer 4A_30/2024

Rechtsgeschäfte über einen Grundstückserwerb, für welchen der Erwerber nach dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41) einer Bewilligung bedarf, bleiben nach Art. 26 Abs. 1 BewG «ohne rechtskräftige Bewilligung unwirksam». Sie werden nach Absatz 2 bei Eintritt gewisser Ereignisse «nichtig», etwa dann, wenn der Erwerber das Rechtsgeschäft vollzieht, ohne um die Bewilligung nachzusuchen oder bevor

die Bewilligung rechtskräftig wird. Unwirksamkeit und Nichtigkeit – französisch: «inefficacité et nullité»; italienisch: «inefficacia e nullità» – sind von Amtes wegen zu beachten (Abs. 3). Die Rechtsfolge dieser Fehltatbestände besteht unter anderem darin, dass «versprochene Leistungen nicht gefordert werden dürfen» (Abs. 4 lit. a). Im Kontext dieser Normen, welche «die Überfremdung des einheimischen Bodens» verhindern wollen (Art. 1 BewG), ist der vorliegende Berichtsentscheid aus dem Kanton Graubünden zu sehen.

B. kaufte am 20. Dezember 2013 von der A. AG eine Stockwerkeigentumseinheit sowie Miteigentumsanteile für CHF 2 465 000.–. Für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers war eine Konventionalstrafe von 5 Prozent des Kaufpreises vorgesehen. Der Vertrag wurde unter der Bedingung geschlossen, dass die nach BewG erforderlichen Bewilligungen erteilt würden, welche die Parteien unverzüglich zu beantragen versprachen. Bei Nichterteilung der Bewilligungen bis 31. Mai 2019 sollte der Kaufvertrag entschädigungslos dahinfallen. Der Käufer wies darauf hin, bereits Eigentümer von Grundeigentum in der Schweiz zu sein, und versprach, dieses spätestens bis zur Grundbucheintragung des Kaufes zu veräussern. Er leistete zwei Teilzahlungen von rund CHF 740 000, doch entstand Streit zwischen den Parteien über die Leistungspflicht einer dritten Teilzahlung. Nach erfolgloser Mahnung erklärte die Verkäuferin den Rücktritt vom Vertrag und machte die Konventionalstrafe geltend; sie überwies dem Käufer die geleisteten Teilzahlungen, behielt jedoch den Betrag von CHF 264 000.– als Konventionalstrafe zurück.

B. (Käufer) klagte im Juni 2021 auf Rückerstattung dieses Betrages. Die Klage wurde vom Regionalgericht Prättigau/Davos abgewiesen, vom Kantonsgericht Graubünden indessen gutgeheissen. Die Beschwerde in Zivilsachen der Verkäuferin an das Bundesgericht hat keinen Erfolg.

Nach Hinweisen auf die eingangs genannten Bestimmungen des BewG führt das Bundesgericht aus, dass die Bewilligung für das bewilligungspflichtige Erwerbsgeschäft konstitutiv ist. Vor ihrer Erteilung befindet sich das betreffende Rechtsgeschäft «in einem Schwebezustand; es wird erst und nur mit der Erteilung der Bewilligung definitiv verbindlich» (E. 1.1 mit Hinweis u. a. auf BGer 4A_496/2019, E. 2.6.3). Zwar sind die Parteien bereits mit dem Vertragsabschluss gebunden: «Keine Seite kann ihre Willenserklärung widerrufen»; doch entsteht aus dem Schuldverhältnis «(zunächst) noch kein Anspruch

auf Erfüllung der Forderung». Die Pflicht der Verkäuferin zur Eigentumsverschaffung «entsteht» vielmehr erst mit der Erteilung der Bewilligung (E. 1.1.1). Für das Verfügungsgeschäft stellt die Bewilligung – so das Bundesgericht – eine (der Privatautonomie entzogene) Rechtsbedingung dar. Sie wird auch dann nicht zu einer «echten» (rechtsgeschäftlichen) Bedingung, wenn die Parteien sie – wie hier – als Voraussetzung für die Gültigkeit ihres Rechtsgeschäfts bezeichnen. Die Regeln über die rechtsgeschäftlichen Bedingungen sind nicht direkt, sondern höchstens analog anwendbar (E. 1.1.2).

Das Bundesgericht bestätigt sodann die Praxis der – früher als Rechtsmittelbehörde zuständigen – eidgenössischen Rekurskommission für den Erwerb von Grundstücken (Urteil vom 11. November 1964, ZBGR 47/1966, S. 94 ff. [95 f.], E. 2) auch unter dem heute geltenden Recht: Solange die Erwerbsbewilligung nicht erteilt (bzw. nicht rechtswirksam geworden) ist, sind Verträge auf Übertragung von Grundeigentum «nicht nichtig, sondern unvollendet, das heisst bedingt (bis zur Erteilung bzw. Rechtswirksamkeit der Bewilligung) unwirksam»; Abbild dieser Praxis ist die im heutigen Recht getroffene Unterscheidung zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit (E. 1.2 und 1.2.2).

Aus der Nichtbeachtung unwirksamer oder nichtiger Rechtsgeschäfte – welche Leistung und Gegenleistung beschlagen (E. 1.5.2.3) – kann laut dem Bundesgericht grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht abgeleitet werden (E. 1.4.2 mit Hinweis auf BGer 4A_496/2019, E. 2.6.7). Ein Rücktritt der Verkäuferin wegen Zahlungsverzugs des Käufers steht damit nicht zur Debatte. Nach dem Sinn des Gesetzes kann die Einhaltung solcher Bestimmungen auch nicht über eine Konventionalstrafe erreicht werden, sonst würde das BewG umgangen. Derartige Konventionalstrafen werden mithin von der Unwirksamkeit miterfasst und erlangen erst mit Eintritt der Bewilligung Wirksamkeit (E. 1.4.2). Auch ein Rechtsmissbrauch scheidet in casu aus (E. 1.5.2). Die Verkäuferin muss demnach den als Konventionalstrafe zurückbehaltenen Betrag an den Käufer zurückzahlen, und die Beschwerde ist abzuweisen.

Die Unterscheidung zwischen «Unwirksamkeit» und «Nichtigkeit» ist eine Spezialität des BewG, die zu den allgemeinen Lehren der Unwirksamkeit – wegen anderer Mängel, namentlich wegen Handlungsfähigkeits-, Form-, Inhalts- und Willensmängeln – hinzutritt (zum Ganzen auch Rudolf Schwager, Die privatrechtlichen Bestim-

mungen der Lex Friedrich – Grundzüge, Grundprobleme und Ungereimtheiten, ZBGR 68/1987, S. 137 ff. [139 f.], unter anderem mit Hinweis auf die bundesrätliche Botschaft, BBl 1972 II, S. 1241 ff. [1263]; Adrian Urwyler, Bewilligungsgesetz und Privatrecht, Fragen zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983, Diss. Freiburg, Zürich 1990, S. 141 ff.; Wolfgang Wendrich, Disharmonie zwischen den Nichtigkeiten des Vertrags nach Art. 20 OR und Art. 26 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Zürich 1990, S. 70 ff. und 84 ff.). Der Berichtsentscheid bekräftigt, dass die Rechtsprechung der eidgenössischen Rekurskommission weiterhin gilt (so bereits BGE 101 II 235 ff. [241], E. 2a; BGE 99 Ib 244 ff. [249], E. 3), und stellt erstmals klar, dass entsprechende Konventionalstrafabreden unwirksam sind. Das verdient Zustimmung: Die Unwirksamkeit (wie auch die Nichtigkeit) des Geschäfts hat gemäss Art. 26 Abs. 4 lit. a BewG zur Folge, dass versprochene Leistungen (bei Unwirksamkeit recte: einstweilen) nicht gefordert werden dürfen. Damit sind diese Leistungsversprechen mangels Bewilligung entweder den widerrechtlichen Versprechen gleichzustellen, sodass auch Konventionalstrafen, welche die versprochenen Leistungen sichern sollen, nicht durchsetzbar sind (Art. 163 Abs. 2 OR). Oder die Konventionalstrafabrede ist ihrerseits als widerrechtlich anzusehen, weil sie darauf abzielt, Zwecke zu erreichen, welche den durch das BewG geschützten öffentlichen Interessen zuwiderlaufen (vgl. auch Gaspard Couchepin, La clause pénale […], Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008, Rn. 508 ff.). Im Ergebnis widerspricht das Bundesgericht zu Recht auch jener Lehrmeinung, die andere Verpflichtungen als die Pflicht zur Eigentumsverschaffung bereits vor Bewilligungserteilung für geschuldet und fällig hält (Urwyler, a. a. O., S. 143, für ein Haftgeld, in E. 1.1.1 in fine des Berichtsentscheids andeutungsweise erwähnt). Eine Komplizierung bleibt allerdings: Das unwirksame Geschäft *kann* – bei Erteilung der Bewilligung – *noch voll gültig (wirksam) werden* (Schwager, a. a. O., S. 139 f.; Urwyler, a. a. O., S. 145). Was dieser Schwebezustand für allfällige vor der Bewilligungserteilung begangene «Vertragsverletzungen» im Einzelnen bedeutet, bedarf noch näherer Klärung in Rechtsprechung und Lehre.

4. Simulation (Art. 18 OR); Begriff und Nachweis; BGer 4A_20/2024

Die Parteien hatten einen schriftlichen Darlehensvertrag und – acht Monate später – einen öffentlich beurkundeten Vertrag über ein Kaufsrecht für CHF 600 000.– abgeschlossen. Drei Wochen vor Ablauf des Kaufsrechts übte der Berechtigte dieses Recht aus. Im Streit um eine vom Belasteten beantragte Grundbuchsperre stellte sich die Frage, ob der im Kaufsrechtsvertrag verurkundete Kaufpreis simuliert – nämlich zu tief angegeben – und der Vertrag formungültig war.

Ein simuliertes Rechtsgeschäft (Art. 18 OR) liegt nach der Umschreibung des Bundesgerichts vor, «wenn sich die Parteien einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtsfolgen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen» (E. 3 Ingress). Anders als die irrtümliche Fehlbezeichnung ist die Simulation «von beiden Parteien bewusst gewollt»; beide sind sich bewusst, «dass das im Vertragstext Festgehaltene keine Wirkung entfalten soll und nicht dem tatsächlich Vereinbarten entspricht» (E. 3.1).

Streitig war im vorliegenden Fall der Nachweis (bzw., da es um vorsorgliche Massnahmen ging, die Glaubhaftmachung) der Simulation. Dazu hält das Bundesgericht entgegen der Vorinstanz fest, eine «markante Abweichung» zwischen dem tatsächlichen Wert des Grundstücks bei Vertragsschluss und dem im Vertrag festgesetzten Kaufpreis stelle sehr wohl ein Indiz für eine Simulation dar (E. 3.5.1). Das verdient Zustimmung.

5. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR); Irrtum über einen künftigen Sachverhalt; BGer 4A_406/2023

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 5. Juni 2019 verkaufte B. der A. AG eine Liegenschaft von rund 4200 m² im Kanton Thurgau für CHF 1 300 000.–. Rund die Hälfte der Fläche lag in der «Dorfzone D», die andere Hälfte in der Landwirtschaftszone. Die Käuferin trat den Besitz am 1. November 2019 an und reichte am 13. Dezember

2019 bei der Gemeinde ein Baugesuch für ein Neubauprojekt ein (Einfamilienhaus und zwei Doppeleinfamilienhäuser).

Am 15. Mai 2020 trat im Kanton Thurgau die Kleinsiedlungsverordnung in Kraft, welche in ihrem Anhang den bisher in der «Dorfzone D» liegenden Teil der verkauften Parzelle als Kleinsiedlung aufführte. In der Folge stellte sich heraus, dass eine Überbauung in dem von der A. AG geplanten Sinn aus raumplanerischen Gründen nicht mehr möglich war.[4]

Am 21. September 2020 machte die Käuferin gegenüber dem Verkäufer brieflich einen Grundlagenirrtum bezüglich der Überbaubarkeit geltend und verlangte die Rückabwicklung. Als der Verkäufer dies verweigerte, klagte die Käuferin am 4. August 2021 auf Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises, Zug um Zug gegen Rückübertragung des Grundstücks. Die Klage wurde vom Bezirksgericht Kreuzlingen gutgeheissen, vom Thurgauer Obergericht jedoch abgewiesen. Die Beschwerde in Zivilsachen der Käuferin an das Bundesgericht bleibt erfolglos.

Das Bundesgericht rekapituliert zunächst die Voraussetzungen eines Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Der irrig vorgestellte Sachverhalt muss nicht nur für den Irrenden wesentlich sein (subjektive Wesentlichkeit), sondern auch objektiv, nämlich «nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Vertrags» erscheinen (E. 5.1). Die falsche Vorstellung ist dann objektiv wesentlich, wenn sie «notwendigerweise beiden Parteien bewusst oder unbewusst gemeinsam und bei objektiver Betrachtung eine unerlässliche Voraussetzung für den Abschluss des Vertrags gewesen ist». Hierbei kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (E. 5.2). Zu diesem Zeitpunkt war der streitige Parzellenteil – wie das Bundesgericht näher erläutert – durchaus noch überbaubar; die Hindernisse des Raumplanungsrechts entstanden erst mit dem (späteren) Inkrafttreten der genannten Verordnung (E. 6.3.1 und 6.3.4).

4 Die öffentlich-rechtliche Seite des Streits wird hier weitgehend ausgeblendet. Ein Rekurs der Käuferin gegen den Entscheid des Gemeinderates, wonach das geplante Bauprojekt nicht zonenkonform sei und die Voraussetzungen von Art. 24 RPG (SR 700; Bauten ausserhalb der Bauzone) nicht erfülle, war im Zeitpunkt des Bundesgerichtsentscheids hängig (Sachverhalt lit. A. d.).

Alsdann prüft das Bundesgericht, ob ein Grundlagenirrtum über einen *künftigen* Sachverhalt vorliegt (E. 7). Nach seiner Praxis kann sich ein Irrtum im Sinn von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auch auf eine künftige Tatsache beziehen – jedoch nur dann, «wenn diese Tatsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv als sicher angesehen werden konnte». Weiter ist vorausgesetzt, dass die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass der sichere Eintritt des zukünftigen Ereignisses für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war (E. 7.1). Daran fehlt es hier: Den Parteien musste schon vor dem Vertragsabschluss klar sein, dass «das Bauen in ländlichen Gebieten in Zukunft schwieriger werden dürfte» – die Vorinstanz hatte diesbezüglich sogar von einem «spekulativen Moment» des Kaufvertrags gesprochen (E. 7.2 und 7.3). Das Risiko der künftigen Entwicklung – hier die Baubeschränkungen durch den Erlass der Kleinsiedlungsverordnung – hatte die Käuferin somit selbst zu tragen (E. 7.3 in fine). Der Vertrag leidet an keinem Willensmangel, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

Der Entscheid verdient im Ergebnis Zustimmung, doch lehnen wir die Konstruktion des «Grundlagenirrtums über einen künftigen Sachverhalt» (auch mit den vom Bundesgericht verwendeten Einschränkungen) ab. Sachgerecht ist aus unserer Sicht vielmehr die Beurteilung solcher Sachverhalte – in denen sich die Verhältnisse anders entwickeln als von den Vertragsparteien bei Vertragsabschluss angenommen – nach der *Clausula rebus sic stantibus,* mithin nach den Grundsätzen, die bei der Anpassung eines Vertrags an veränderte Verhältnisse anzuwenden sind (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 804 f.; Peter Jäggi/Peter Gauch/Stephan Hartmann, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, N 697 ff. zu Art. 18 OR). Auch nach dieser Rechtsfigur bleibt es aber beim abgeschlossenen Vertrag, wenn die Parteien die Änderung vorhersehen konnten oder spekulative Absichten verfolgt haben, die durch die tatsächlichen Entwicklungen durchkreuzt worden sind (zur *Clausula* und insbesondere zur Frage der Vorhersehbarkeit der Änderung der Verhältnisse vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 1288 ff. und namentlich Rn. 1298 f.; Jäggi/Gauch/Hartmann, a. a. O., N 710 ff. zu Art. 18 OR und namentlich N 760 ff.; Ernst A. Kramer, Berner Kommentar, Bern 1986, N 322 ff. zu Art. 18 OR und namentlich N 337). In casu waren Änderungen (Erschwerungen) der Überbaubarkeit ländlicher Grund-

stücke vorauszusehen, weshalb die Anwendung der *Clausula*-Grundsätze zum gleichen Prozessergebnis (Bestand des Kaufvertrags, Abweisung der Beschwerde der Käuferin) geführt hätte.

6. Erfüllung

a. *Erfüllungszeit; Berechnung von Monatsfristen (Art. 142 ZPO und Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR); BGE 150 III 367 ff. (5A_691/2023)*

In diesem zivilprozessualen Entscheid befasst sich das Bundesgericht mit der Dreimonatsfrist für die Einreichung einer Klage beim Gericht nach Art. 209 Abs. 3 ZPO (zeitliche Gültigkeit der Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde; in casu bei einer Klage auf Erbteilung und Herabsetzung). Diese Frist beginnt gemäss Art. 209 Abs. 2 ZPO mit der Zustellung der Klagebewilligung zu laufen. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist hierfür sowohl nach dem Europäischen Fristenübereinkommen (E. 4) als auch nach Art. 142 Abs. 2 ZPO (E. 5) auf den Tag der Mitteilung der Klagebewilligung abzustellen. Der Tag des fristauslösenden Ereignisses wird damit nicht in den Fristenlauf einbezogen (E. 5.5.3.1).

Aus obligationenrechtlicher Sicht interessant ist E. 5.5.4.1.1 (sic!), wo das Bundesgericht im Rahmen der systematischen Auslegung von Art. 142 ZPO auf Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR verweist. Auch nach materiellem Privatrecht ist für die Berechnung von Monatsfristen auf den Tag des fristauslösenden Ereignisses abzustellen, und es fällt dieser Tag mit dem Fristbeginn zusammen, der für die Fristberechnung massgebend ist. Das Bundesgericht fügt bei, dass nach der Rechtsprechung «sämtliche materiellen Fristen des Zivilrechts nach denselben Grundsätzen berechnet» werden (vgl. auch Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Art. 68–96 OR, 2. Auflage, Bern 2005, N 5 und 25 zu Art. 77 OR).

Der Berichtsentscheid ist eingehend und sorgfältig begründet und verdient nach der hier vertretenen Auffassung Zustimmung. Er vermeidet insbesondere einen Konflikt mit dem Völkerrecht (Europäisches Fristenübereinkommen) und lebt dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung nach. Auch wenn das Bundesgericht einmal mehr die problematische Sens-clair-Doktrin («Berücksichtigung aller Ausle-

gungselemente nur, wenn der Text nicht ganz klar ist») wiederholt (E. 5.5, vgl. dazu die Kritik bei Bettina Hürlimann-Kaup/Jörg Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. Auflage, Zürich/Genf 2024, Rn. 139; Ernst A. Kramer/Ruth Arnet, Juristische Methodenlehre, 7. Auflage, Bern 2024, S. 94 f.; grundlegend bereits Max Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1908, S. 35 f.), ist ihm im Ergebnis zu folgen, weil es in Tat und Wahrheit sämtliche Auslegungselemente berücksichtigt und nicht beim Wortlaut stehen bleibt (a. M. Nicolas Fuchs, Die Berechnung von Monatsfristen nach ZPO als Prozessfallstrick, ZBJV 160/2024, S. 548 ff. [553], nach dem der Wortlaut von Art. 142 ZPO klar sei und systematische sowie teleologische Erwägungen ausser Betracht zu bleiben hätten). Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, lässt sich sein Entscheid auch mit der gängigen Praxis im Verwaltungs- und Strafrecht vereinbaren. Daher kann der Berichtsentscheid, selbst für Anwältinnen und Anwälte, welche nicht regelmässig im Zivilrecht prozessieren, aus unserer Sicht nicht als «erhebliche Prozessfalle» bezeichnet werden (so aber Fuchs, a. a. O., S. 554). Da sodann der Entscheid – erfreulicherweise – in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde, ist dessen Kenntnis für Anwältinnen und Anwälte vorausgesetzt (vgl. BGE 134 III 534 ff. [539], E. 3.2.3.3). Ein genereller Hinweis auf die dargestellte Rechtsprechung in den Klagebewilligungen kann von den Schlichtungsbehörden nach der hier vertretenen Auffassung daher nicht verlangt werden (a. M. Fuchs, a. a. O., S. 554). Einzig bei Laien rechtfertigt sich ein entsprechender Hinweis aufgrund der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach Art. 52 ZPO (Treu und Glauben; vgl. dazu allgemein Samuel Baumgartner/Annette Dolge/Alexander R. Markus/Karl Spühler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 11. Auflage, Bern 2024, § 25 N 31), die als Verfahrensgrundsatz auch für die Schlichtungsbehörde gilt (siehe dazu [in Bezug auf die gerichtliche Fragepflicht des Art. 56 ZPO] Christoph Hurni, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, N 6 zu Art. 56 ZPO).

Zum intertemporalen Recht lesenswert ist die nicht amtlich publizierte E. 6, wonach bei Änderungen (und offenbar auch Klarstellungen) der Rechtsprechung bezüglich der Zulässigkeit prozessualer Handlungen der Grundsatz von Treu und Glauben berücksichtigt werden muss. Einer rechtssuchenden Partei, die eine Frist- oder Formvor-

schrift nach der bisherigen Praxis beachtet hat, soll «aus einer ohne Vorwarnung erfolgten Änderung dieser Praxis» grundsätzlich kein Nachteil erwachsen.

b. *Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR) und dauerhafte Erfüllungsverweigerung; BGer 4A_237/2023*

Vgl. hinten II.7.b.

7. Vertragshaftung

a. *Tragweite von Art. 97 Abs. 1 OR; Anwendbarkeit auf jede Form von Vertragsverletzung; BGer 4A_22/2024*

Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass Art. 97 Abs. 1 OR «alle Formen der vom Schuldner zu verantwortenden Unmöglichkeit der Erfüllung und der Schlechterfüllung eines Vertrages [erfasst]; jeder vorwerfbare Verstoss gegen eine vertragliche Verpflichtung bildet demnach eine nicht gehörige Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR» (E. 4.1.2 in fine; ebenso aus der Berichtsperiode BGer 4A_237/2023, E. 5.3, dazu sogleich unter lit. b). Dem ist zuzustimmen – unter dem selbstverständlichen Vorbehalt, dass nicht die Regeln des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) greifen oder eine Norm des Besonderen Teils anwendbar ist, die vor Art. 97 OR den Vorrang hat (dazu ebenfalls sogleich unter lit. b).

b. *Abgrenzung von Unmöglichkeit und Schuldnerverzug (beim Alleinvertriebsvertrag); Tragweite der Einrede von Art. 82 OR; BGer 4A_237/2023*

Im Rahmen eines Alleinvertriebsvertrags (dazu hinten III.5.) machte die Beklagte (Abnehmerin; Beschwerdeführerin) gegen ihre Kaufpreisschuld aus Medikamentenbezug verrechnungsweise eine Schadenersatzforderung geltend. Sie begründete dies damit, dass die Klägerin (Lieferantin) die Medikamentenlieferungen aus selbst verschuldetem Grund (nämlich wegen interner Auditprobleme) eingestellt habe.

Dieses Begehren hat vor Bundesgericht keinen Erfolg. Die Beklagte berief sich für ihren Verspätungsschaden nämlich (offenbar ausschliesslich) auf Art. 97 Abs. 1 OR (E. 5.4.2 Ingress). Indessen wurde – so das Bundesgericht – der Verzugsschaden «in gemeinrechtlicher Tradition als eigenständiger Tatbestand [der Vertragsverletzung] in der Gestalt des Schuldnerverzugs normiert, weshalb die Verzugsbestimmungen der Art. 102 ff. OR dem Art. 97 Abs. 1 OR als lex specialis vorgehen». Das Recht des Schuldnerverzugs findet demnach auf alle Fälle der objektiv pflichtwidrigen Verspätung der Erfüllung Anwendung, solange die Leistung nachholbar und damit noch möglich ist (E. 5.4.2). Nachträgliche Unmöglichkeit im Sinn von Art. 97 Abs. 1 OR setzt demgegenüber voraus, dass die Leistung «im Zeitpunkt der Erfüllung definitiv nicht mehr bewirkt werden kann», was nicht schon bei Leistungserschwerungen, sondern erst bei unüberwindbaren Leistungshindernissen des Schuldners anzunehmen ist (E. 5.4.2 mit Hinweisen).

In casu lag nur ein vorübergehender Leistungsunterbruch wegen interner Auditprobleme bei der Lieferantin (in der Zeit vom Herbst 2017 bis Frühling 2018) vor, welche in der Folge die Medikamentenlieferungen wieder aufnahm. Es fehlte demnach an unüberwindlichen Leistungshindernissen, sodass sich die Abnehmerin für den Verzugsschaden nur auf die Art. 102 ff. OR (namentlich auf Art. 103 Abs. 1 OR für den Verspätungsschaden) stützen konnte. Dass sie die Gegenpartei wegen der ausstehenden Lieferungen durch Mahnung in Verzug gesetzt hatte, hatte die Abnehmerin indessen nicht behauptet. Damit fehlten laut dem Bundesgericht substanzierte Vorbringen zum Verzug überhaupt und zum Verzugsschaden, weshalb eine Schadenersatzforderung zu verneinen war und die weitere Frage der Anwendbarkeit einer Haftungsausschlussklausel offenbleiben konnte (E. 5.4.3 und zur Freizeichnung E. 5.4.1). Diese rechtliche Einschätzung ist zutreffend – auch wenn wir uns fragen, ob die Abnehmerin tatsächlich nie (auch nicht sinngemäss) eine Mahnung vorgenommen und im Prozess behauptet hat.

Für die Zeit ab Juli 2019 bis 31. Juli 2021 (Auflösung des Vertrags infolge Wirksamwerdens der Kündigung) hatte die Lieferantin die Medikamentenlieferungen definitiv eingestellt. Sie berief sich hierbei auf Art. 82 OR, weil die Abnehmerin mit Zahlungen von rund 1 Mio. EUR im Rückstand war. Das Bundesgericht ruft dazu zunächst in Erinnerung, dass bei Sukzessivlieferungsverträgen das von

Art. 82 OR vorausgesetzte Austauschverhältnis der gegenseitigen Leistungen «zwischen allen Raten des Verkäufers einerseits und dem gesamten Kaufpreis andererseits» besteht; der Verkäufer muss daher keine weiteren Leistungen erbringen, solange der Käufer sich mit der Zahlung des Preises für frühere Lieferungen in Verzug befindet (E. 6.3). Doch darf der Schuldner – so das Bundesgericht weiter – wegen des dilatorischen Charakters von Art. 82 OR die Einrede nicht erheben, wenn er endgültig (nicht bloss vorläufig) die Erfüllung verweigern will. Will er sich hingegen vom Vertrag gänzlich lossagen und die Erbringung seiner Leistung schlechthin verweigern, «hat er statt der Einrede aus Art. 82 OR andere Rechtsbehelfe anzustrengen (wie z. B. Rücktritt vom Vertrag), die zur endgültigen Klärung der Verhältnisse führen» (E. 6.3). Die Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hilft der Lieferantin – die sich aus den betroffenen Ländern definitiv zurückziehen wollte und mit der Aufgabe der Registrierung ihre Lieferpflicht dauerhaft unmöglich machte – nicht dabei, ihre Leistungserbringung zu verweigern (E. 6.4). Sie wird damit aus diesem Sachverhalt schadenersatzpflichtig, zumal die vereinbarte Haftungsfreizeichnung – nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt – am Bestand der Lieferpflicht nichts ändert, mithin die dauerhafte Liefereinstellung nicht erfasst (E. 6.5). Dem ist zuzustimmen.

c. *Schuldnerverzug; analoge Anwendbarkeit der Art. 107 f. OR auf die Ausübung des Rechts auf den vorzeitigen Heimfall nach Art. 779f ff. ZGB;*
BGE 150 III 63 ff. (5A_941/2022) = Pra 2024, Nr. 51, S. 715 ff.

Die Gemeinde C. B., zwischenzeitlich Teil der fusionierten Gemeinde B., räumte der D. B. AG mit Baurechtsvertrag vom 17. Juli 1959 ein Baurecht als Personaldienstbarkeit für die Dauer von 99 Jahren an einem Grundstück im Kanton Freiburg ein. Das Recht war als selbständiges und dauerndes Baurecht ausgestaltet und wurde als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen. Es gab dem Inhaber die Befugnis, auf einer Fläche von 382 m^2 ein Hotel-Restaurant mit Terrassen zu bauen und zu unterhalten. Mit Vertrag vom 27. Juni 1980 wurde das Baurecht flächenmässig erweitert und der Baurechtszins indexiert. Ausserdem nahmen die Parteien Bestimmungen zum vorzeitigen Heimfall in den Vertrag auf; beim Heimfall infolge Verschuldens der Baurechtsnehmerin sollte die Baurechtsgeberin die Gebäude

gegen eine angemessene Entschädigung übernehmen, die von einer aus drei Experten bestehenden Kommission festgelegt werden sollte. Am 27. Februar 2003 übertrug die bisherige Baurechtsberechtigte, die sich in Liquidation befand, das Baurecht mit Zustimmung der Baurechtsgeberin an die A. AG. Nach diversen Vorkehrungen für den Bau eines neuen Hotelkomplexes am See (samt Architektenwettbewerb) kündigte die Baurechtsgeberin am 29. Juni 2017 den Baurechtsvertrag wegen angeblicher Verletzungen der Unterhalts- und Betriebspflicht des Hotel-Restaurants (Sachverhalt lit. A.d und E. 8.4). Eine Einigung über die angemessene Entschädigung kam nicht zustande.

Mit Klage vom 21. August 2018 beantragte die Baurechtsgeberin die gerichtliche Feststellung, dass der Baurechtsvertrag wirksam gekündigt worden sei; ferner stellte sie Begehren zur Heimfallsentschädigung sowie zur Löschung des Baurechts. Das Bezirksgericht des Broyebezirks hielt in seinem Entscheid fest, dass der Baurechtsvertrag gültig gekündigt worden sei, und wies die weiteren Rechtsbegehren ab, soweit es darauf eintrat. Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Kantonsgericht Freiburg ab. Das Bundesgericht heisst eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in Zivilsachen der Baurechtsnehmerin gut, hebt das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Im Zentrum des Falles stehen – in der Lehre umstrittene und grossteils im OR-Zusammenhang stehende – Fragen der Ausübungsmodalitäten des Rechts der Baurechtsgeberin bezüglich des vorzeitigen Heimfalls (ähnlich Nicolas Kuonen, Entscheidbesprechung, AJP 2024, S. 491 ff. [493]). Nach Art. 779f ZGB kann der Grundeigentümer diesen (vorzeitigen) Heimfall herbeiführen, sofern «der Bauberechtigte in grober Weise sein dingliches Recht überschreitet oder vertragliche Verpflichtungen verletzt». Der Gesetzeswortlaut sieht weder eine Frist für die Ausübung des Heimfallsrechts noch die Notwendigkeit vor, der Baurechtsnehmerin eine Nachfrist zur Beendigung ihres vertragswidrigen Verhaltens anzusetzen (E. 8.3.1.1). Ein Teil der Lehre befürwortet allerdings in analoger Anwendung von Art. 216e OR und Art. 681a Abs. 2 ZGB (Vorkaufsrecht) eine Frist zur Ausübung dieses Heimfallsrechts von drei Monaten seit Kenntnis der Rechtsverletzung (so etwa Paul Piotet, Les droit réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in: SPR V/3, Freiburg 1978, S. 85 mit Fn. 45; Denis Piotet, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in: SPR V/2, 2. Auflage,

Basel 2012, Rn. 465; Benno Henggeler, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall [Art. 779c ff. ZGB], Diss. Freiburg 2004, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 171 ff.). Das Bundesgericht lehnt diese Analogie ab. Es führt aus, die Ähnlichkeit zwischen dem Heimfallsrecht und dem Vorkaufsrecht beziehe sich auf die Situation, in der sich der Berechtigte befinde, wenn er sein Recht ausübe, nicht aber auf die Ausübung des Rechts selbst (E. 8.3.1.2 und 8.3.2.1).

Demgegenüber folgt das Bundesgericht einem anderen Teil der Lehre, nach welchem auf den vorzeitigen Heimfall Art. 107 OR analog anzuwenden ist (so namentlich Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Band III, 5. Auflage, Bern 2021, Rn. 3851; Peter Isler/Dominique Gross, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Basel 2023, N 10 zu Art. 779f ZGB). Die Ausübung des vorzeitigen Heimfallsrechts lässt sich – so das Bundesgericht – auf eine Verletzung des dinglichen Rechts oder der vertraglichen Pflichten durch die Baurechtsberechtigte zurückführen, und die Parteien eines Baurechtsvertrags befinden sich in einem synallagmatischen Verhältnis, welches teilweise dem Obligationenrecht untersteht (E. 8.3.2.1: «un rapport synallagmatique partiellement soumis au droit des obligations»). Mit Blick auf die weitreichenden Folgen des Heimfallsrechts für die Bauberechtigte ist Art. 107 OR besser geeignet, die Sicherheit und Voraussehbarkeit im Rechtsverkehr zu gewährleisten – gerade auch in den Fällen wiederholter oder andauernder Vertragsverletzung. Erweist sich die Fristansetzung aufgrund des Verhaltens der Baurechtsberechtigten als unnütz, kann in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR darauf verzichtet werden. Der Baurechtsgeber/Grundeigentümer kann das Heimfallsrecht – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs zufolge Zeitablaufs oder einer stillschweigenden Zustimmung zur Verletzung – so lange ausüben, wie die Verletzung der Baurechtsnehmerin andauert, soweit keine Verjährungsvorschriften entgegenstehen (E. 8.3.2.1 mit Hinweisen). Sodann muss das Heimfallsrecht entgegen einem Teil der Lehre nicht sofort seit Kenntnis der Verletzung, sondern lediglich unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist (Art. 107 Abs. 2 OR analog) ausgeübt werden (E. 8.3.2.1 und 8.3.2.3). Die Dauer der «angemessenen» Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR hängt von den Umständen des konkreten Falles ab (E. 8.3.2.3). Weil vorliegend keine Nachfristansetzung erfolgt ist (E. 8.4) und die Vorinstanz die Voraussetzungen

von Art. 108 Ziff. 1 OR nicht geprüft hat (E. 8.5), heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut und weist die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

Der Entscheid verdient weitgehend Zustimmung (vgl. auch die zustimmende Besprechung von Kuonen, AJP 2024, S. 493 ff.) und zeigt einmal mehr die enge Verknüpfung zwischen dem Sachen- und dem Obligationenrecht auf. Im Einzelnen:

a) Mit dem Bundesgericht lehnen wir eine analoge Anwendung der Bestimmungen über das Vorkaufsrecht (Ausübungsfrist von drei Monaten) ab. Nach den allgemeinen methodischen Grundsätzen setzt eine Analogie das Bestehen einer (offenen) Gesetzeslücke voraus (vgl. z. B. BGE 149 IV 376 ff. [392], E. 6.6; BGE 146 III 426 ff. [429], E. 3.1; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, a. a. O., S. 227 ff. [mit Hinweisen zum Begriff der offenen Lücke auf S. 221 ff.]; Hürlimann-Kaup/Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, a. a. O., Rn. 207). Eine offene Gesetzeslücke besteht nur bei einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes (vgl. dazu BGE 150 III 137 ff. [141], E. 3.4.1; BGE 146 III 426 ff. [433], E. 3.3; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, a. a. O., S. 220 ff.). Dass das Fehlen einer absoluten Ausübungsfrist eine Planwidrigkeit darstellen soll, ist nicht ersichtlich (ablehnend auch Kuonen, AJP, S. 493 f.). Vielmehr lassen sich die Bestimmungen über den vorzeitigen Heimfall auch ohne absolute Ausübungsfrist vernünftig anwenden.

b) Demgegenüber ist eine offene Gesetzeslücke hinsichtlich des Fehlens einer Obliegenheit zur Ansetzung einer Nachfrist zu bejahen. Dies rechtfertigt die analoge Anwendung der Art. 107 f. OR: Wenn das Gesetz schon in der Situation des Schuldnerverzugs, wo der Rücktritt zum Verlust bzw. zur Umwandlung des bisherigen relativen Rechts (einer Obligation) des pflichtwidrig handelnden Verzugsschuldners führt, im Grundsatz die Ansetzung einer Nachfrist verlangt, hat dies umso mehr in der Situation des vorzeitigen Heimfalls – die ja ihrerseits eine schwerwiegende Vertragsverletzung voraussetzt – zu gelten: Hier droht der pflichtwidrig handelnden Baurechtsberechtigten gar der Verlust ihres Baurechts, mithin eines absoluten (beschränkten dinglichen) Rechts, weshalb sie hier die Sanktion der Vertragsauflösung noch stärker trifft als beim «gewöhnlichen» Schuldnerverzug. Die für den Analogieschluss methodisch verlangte Ähnlichkeit der geregelten und der nicht geregelten Situation (vgl. dazu BGE 142 III 329 ff. [334], E. 5.3; BGE 113 II 116 ff. [118], E. 3; Susan Emmenegger/

Axel Tschentscher, Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 382 zu Art. 1 ZGB; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, N 346 ff. zu Art. 1 ZGB) ist im Umstand zu sehen, dass das vorzeitige Heimfallsrecht unter anderem dann besteht, wenn eine (schwerwiegende) positive Vertragsverletzung des Baurechtsvertrags im Sinn von Art. 97 Abs. 1 OR durch die Baurechtsberechtigte vorliegt (vgl. zur positiven Verletzung des Baurechtsvertrags auch Henggeler, a. a. O., S. 166 ff.; Kuonen, S. 494). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre berechtigen zumindest positive Vertragsverletzungen von einer gewissen Schwere zum Vertragsrücktritt (vgl. dazu BGer 4A_199/2019, E. 7.2; BGer 4A_101/2015, E. 4.5; ansatzweise bereits BGE 78 II 32 ff. [36], E. 1a; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 2586a ff.), welcher sich ebenfalls nach den Art. 107 ff. OR richtet (BGer 4A_199/2019, E. 7.2; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 2587; Claire Huguenin, OR AT/BT, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Rn. 904). Die in Art. 779f ZGB gesondert erwähnte Überschreitung des dinglichen Rechts, welche ebenfalls zum vorzeitigen Heimfall berechtigt, hat richtigerweise keine selbständige Bedeutung: Inhalt und Umfang des Baurechts sowie die Benutzung nicht überbauter Flächen richten sich nach den Bestimmungen des Baurechtsvertrags, welche nach Art. 779b Abs. 1 ZGB für den Erwerber des Baurechts und des belasteten Grundstücks verbindlich sind (vgl. dazu auch Isler/Gross, BSK, a. a. O., N 7 zu Art. 779f ZGB). Damit stellt jede Überschreitung des dinglichen Baurechts zugleich eine Verletzung des obligatorischen Baurechtsvertrags dar (ähnlich Steinauer, Les droits réels III, a. a. O., Rn. 3848; Kuonen, S. 494, wonach das Verhalten des Baurechtsberechtigten praktisch immer beide Tatbestandsvarianten von Art. 779f Abs. 1 ZGB erfüllen werde).

c) Soweit das Bundesgericht im Anschluss an einen Teil der Lehre die Ausübung des vorzeitigen Heimfallsrechts unter den Vorbehalt der Verjährungsvorschriften stellen will (E. 8.3.2.1 mit Hinweisen), ist immerhin eine Präzisierung am Platz: Da der Grundeigentümer beim vorzeitigen Heimfall die Übertragung des Baurechts auf sich selbst durch einseitige Willenserklärung verlangen und damit die Rechtsstellung der Gegenseite einseitig verändern kann (vgl. Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 6. Auflage, Zürich/Genf 2022, Rn. 1404), stellt es nach der hier vertretenen Auffassung ein Gestaltungsrecht dar (a. M. Hans-Ulrich Freimüller, Die

Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967, S. 82; Isler/Gross, BSK, a. a. O., N 2 zu Art. 779f ZGB, die von einem realobligatorischen Anspruch sprechen). Die im Berichtsfall vom Bundesgericht entschiedene Parallele zu Art. 107 ff. OR («Nachfristansetzung vor Ausübung eines Wahlrechts») bestätigt diese Qualifikation. Nach allgemeinen Grundsätzen sind Gestaltungsrechte unverjährbar (ebenso Kuonen, S. 494; vgl. allgemein statt vieler Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a. a. O., Rn. 158 f.). Nach der hier vertretenen Auffassung führt die Ausübung des vorzeitigen Heimfallsrechts zur Auflösung des Baurechtsvertrags und zu dessen Umgestaltung in ein vertragliches Liquidationsverhältnis (a. M. in diesem Punkt Kuonen, S. 495, der die Heimfallsentschädigung nicht als Folge der Entstehung des Liquidationsverhältnisses verstehen will). Die durch die Ausübung des Heimfallsrechts (Gestaltungsrechts) entstehenden *Obligationen* auf Übertragung des Baurechts auf den Grundeigentümer sowie auf Bezahlung der Heimfallsentschädigung unterliegen indes ihrerseits der ordentlichen Verjährungsfrist des Art. 127 OR. Diese beiden Forderungen stehen in einem synallagmatischen Verhältnis (Art. 82 OR analog, vgl. allgemein zur analogen Anwendung von Art. 82 OR auf das Rückabwicklungsverhältnis Stephan Hartmann, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005, Rn. 762 ff.; Marius Schraner, Zürcher Kommentar, Art. 68–96 OR, N 4 zu Art. 82 OR). Dieses Synallagma kommt nach der hier vertretenen Auffassung auch in Art. 779g Abs. 2 ZGB zum Ausdruck: Nach dieser Bestimmung erfolgt die Übertragung des Baurechts auf den Grundeigentümer erst (recte: kann verlangt werden), wenn die Entschädigung bezahlt oder sichergestellt ist.

d. Hinzuweisen bleibt schliesslich auf die Ansicht eines Teils der Lehre, welcher alternativ zum vorzeitigen Heimfallsrecht ein Kündigungsrecht des Baurechtsvertrags aus wichtigem Grund anerkennt und annimmt, mit dessen Ausübung entstehe eine vertragliche Forderung des Grundeigentümers gegen den Baurechtsberechtigten auf Abgabe einer Löschungserklärung (Art. 964 ZGB) des Baurechts (unter Vorbehalt der Zustimmung allfälliger am Baurecht berechtigter Personen zur Löschung, z. B. der Grundpfandgläubiger; vgl. zum Ganzen Jonas Wolfisberg, Abwehransprüche im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten, Zürich/Basel/Genf 2022, Rn. 122 ff.). Vor der ersten Instanz verlangte die Baurechtsgeberin denn auch die Löschung des Baurechts (Sachverhalt

lit. A.e; vgl. auch das Rechtsbegehren Nr. 4, abgedruckt im Urteil des KGer FR 101 2021 307 vom 31. Oktober 2022, S. 3), was eine wirksame Kündigung voraussetzt. Das Bezirksgericht schützte dieses Rechtsbegehren indes zu Recht nicht: Zwar wäre eine Verurteilung Zug um Zug gegen Bezahlung der Heimfallsentschädigung möglich gewesen; Letztere konnte jedoch vom Bezirksgericht mangels Zuständigkeit nicht festgesetzt werden, weil sie nach dem Baurechtsvertrag durch eine Kommission von drei Experten festzusetzen gewesen wäre (vgl. Sachverhalt lit. A.a und B.).

d. *Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit; Grenzen von Freizeichnungs- und Risikoüberwälzungsklauseln; BGer 4A_352/2023*

Eine Klausel in einem Kaufvertrag über einen sehr teuren Sportwagen gibt dem Bundesgericht (in einer Präsidialverfügung[5]) Gelegenheit, die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit zu behandeln sowie seine Praxis zu Art. 100 Abs. 1 OR – keine wirksame Freizeichnung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit – in Erinnerung zu rufen:

Das fragliche Fahrzeug, dessen Marke man nicht erfährt, war für den Interessenten C. nur über den «Graumarkt» zu erhalten, was für den einigermassen verworrenen Sachverhalt verantwortlich sein dürfte. Interessent C. beauftragte nämlich A. (im Folgenden: Käufer/Kläger) mit dem Kauf des nach seinen Wünschen konfigurierten Sportwagens. A. schaltete seinerseits eine Mittelsperson ein. In der Folge schlossen A. im eigenen Namen und die B. AG als Zwischenverkäuferin (Beklagte) einen Kaufvertrag, freilich ohne direkten Kontakt miteinander gehabt zu haben. Die B. AG sollte das Fahrzeug im eigenen Namen bei einer offiziellen Vertretung der betreffenden Automarke besorgen (zu welchem Zweck sie ihrerseits einen Kaufvertrag zum Preis von CHF 428 151.– mit der Hauptverkäuferin abschloss). A.

5 Der Prozess wird vom Bundesgericht als gegenstandslos abgeschrieben, nachdem die Beschwerdegegnerin (Zwischenverkäuferin des Autos, Beklagte) während des bundesgerichtlichen Verfahrens in Konkurs gefallen war und der Konkurs in der Folge vom Zuger Kantonsgericht mangels Aktiven eingestellt worden ist (Art. 230 SchKG; Sachverhalt lit. C.). Zur Verlegung der Prozesskosten war in summarischer Beurteilung der Aktenlage der mutmassliche Ausgang des Prozesses abzuschätzen (Art. 71 BGG i. V. m. Art. 72 BZP; dazu E. 3.1).

verpflichtete sich gegenüber der B. AG zur strikten Geheimhaltung; namentlich sollten weder der Autohersteller noch die Autohändler («worldwide») von der Vereinbarung erfahren. Weiter vereinbarten die Parteien die Rückerstattung der von A. geleisteten Anzahlungen durch die B. AG ohne Abzug jeglicher Konventionalstrafe, falls es aus irgendeinem Grund («for whatever reason») nicht zur Lieferung des Sportwagens komme. Kurz nach Kaufvertragsabschluss leistete der Käufer vereinbarungsgemäss eine Kaufpreisanzahlung von CHF 30 000.– und eine «Prämie» von EUR 45 000.– an die Zwischenverkäuferin.

Nach der Produktion des bestellten Sportwagens weigerte sich die Hauptverkäuferin indessen, das Fahrzeug an die B. AG auszuliefern, und verkaufte es direkt an den Interessenten C. Von diesem und dem ganzen «Graugeschäft» hatte sie erfahren, weil A. die Vereinbarung dem C. mitgeteilt hatte, der in der Folge an die Hauptverkäuferin gelangt war.

Streitig ist zwischen den Parteien, ob die B. AG dem A. die Kaufpreisanzahlung von CHF 30 000.– und die Prämie von EUR 45 000.– zurückbezahlen muss. Die Vorinstanz (Zuger Obergericht) hatte entschieden, die Anzahlung sei zurückzuzahlen, während die Beklagte die Prämie von EUR 45 000.– als entgangenen Gewinn behalten dürfe, weil A. seine Geheimhaltungspflicht verletzt und damit «die subjektive Unmöglichkeit der Lieferung allein zu vertreten habe» (E. 3.2).

Das Bundesgericht stützt diesen Standpunkt – der hier allein interessiert – unter Hinweis auf Art. 100 Abs. 1 OR, der anordnet, dass eine Freizeichnung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit unwirksam ist. Diese Bestimmung gilt analog auch für sogenannte Risikoüberwälzungsklauseln, das heisst für Abreden, mit denen ein Risiko, das nach den gesetzlichen Vorschriften die eine Vertragspartei zu tragen hat, auf die Gegenpartei überwälzt wird. Eine solche Klausel liegt hier vor: A. als Gläubiger der Sachleistungspflicht hat durch seine Verletzung der Geheimhaltungspflicht die subjektive Unmöglichkeit der Leistung verschuldet. In einem solchen Fall bleibt er nach Gesetz grundsätzlich zur vollen Gegenleistung verpflichtet; die Schuldnerin (B. AG) muss sich allerdings ersparte Aufwendungen anrechnen lassen (E. 3.4.2 mit Hinweisen). Dieses vom Gläubiger zu tragende Risiko wird nun durch die vereinbarte Klausel, welche die Rückerstattung der Zahlungen des Käufers auch bei dessen

Verschulden vorsieht, auf die Gegenpartei verschoben. Diese Risikoüberwälzungsklausel untersteht indessen Art. 100 Abs. 1 OR analog: Da die Verletzung der Geheimhaltungspflicht grobfahrlässig war, ist die vereinbarte Klausel nicht anwendbar (E. 3.4.2).

Diese sorgfältigen, wenn auch als «summarische Abschätzung des mutmasslichen Prozessausgangs» ergangenen Erwägungen verdienen im Ergebnis Zustimmung (aus den vom Bundesgericht zitierten Quellen vgl. vor allem BGE 122 III 66 ff. [70], E. 3b; Viktor Aepli, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Zürich 1991, N 151 f. zu Art. 119 OR; Rolf H. Weber/Susan Emmenegger, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 2020, N 98 f. zu Art. 97 OR). Ob der Begriff der «subjektiven Unmöglichkeit» im vorliegenden Fall, in welchem die Schuldnerin der Sachleistungspflicht (Zwischenverkäuferin) von der Hauptverkäuferin aus Gründen boykottiert wird, die im Fehlverhalten des Gläubigers liegen, hilfreich ist, bleibe hier offen (zum Begriff vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 2567 ff. und 2573 ff.). Der Sachverhalt ist sehr speziell, und der Fall zeigt überdies auf, dass im Graumarkt einige Gefahren lauern.

8. Veränderte Verhältnisse; Clausula rebus sic stantibus; BGer 4A_158/2024

In einer Mietstreitigkeit um eine Hotelliegenschaft rügte die Mieterin vor Bundesgericht, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die gerichtliche Vertragsanpassung gestützt auf die Clausula rebus sic stantibus verzichtet (E. 8). Das Bundesgericht ruft dazu vorweg in Erinnerung, dass Verträge grundsätzlich so erfüllt werden müssen, wie sie vereinbart worden sind («pacta sunt servanda») – es sei denn, die Parteien treffen einvernehmlich eine neue Vertragsregelung. Eine gerichtliche Vertragsanpassung nach der Clausula rebus sic stantibus ist allerdings «auch gegen den Willen einer Partei möglich, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss so grundlegend ändern, dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt». Dies setzt indessen voraus, dass die Verhältnisänderung beim Abschluss des Vertrags weder voraussehbar noch vermeidbar war (E. 8.2). Das Bundesgericht wendet diese Regeln auf den konkreten Fall an und verneint in Übereinstimmung mit der Vorinstanz eine gravierende Äquivalenzstörung; zwar war der Hotelbetrieb einerseits zeitweilig von Pandemie-Rest-

riktionen betroffen, doch profitierte er andererseits von der staatlichen Härtefallentschädigung (E. 8.3; aus mietrechtlicher Sicht vgl. zum Entscheid Eva Bachofner, ZBJV 161/2025, S. 392 ff.).

Das Ergebnis ist vertretbar, besondere Bedeutung hat jedoch die Begründung: Methodisch neigte das Bundesgericht bisher teilweise dazu, die *Clausula* nur dann anzuwenden, wenn das Beharren der Gegenpartei auf dem Vertrag mit vereinbartem Inhalt einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellte (z. B. BGE 122 III 97 ff. [98], E. 3a). Den Berichtsentscheid verstehen wir demgegenüber so, dass er die *Clausula* – methodisch zutreffend – als Frage der gerichtlichen Vertragsergänzung (Anpassung an veränderte Verhältnisse) behandelt. Zur Kontroverse vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, a. a. O., Rn. 1293 ff.; Jäggi/Gauch/Hartmann, a. a. O., N 713 ff. zu Art. 18 OR, je mit Hinweisen.

9. Konventionalstrafe bei Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts (Art. 26 BewG); BGer 4A_30/2024

Vgl. vorne II.3.

III. Besonderer Teil

1. Fahrniskauf; Verzug des Verkäufers; Schadenersatz (Art. 191 OR); BGer 4A_365/2024

Teure Uhren, deren Marktwert rasch ändern kann, beschäftigen das Bundesgericht in diesem Berichtsentscheid: Die B. AG (Käuferin) und A. (Verkäufer) sind im Handel mit gebrauchten Luxusuhren tätig. Bis 2022 verkauften sie einander mehrfach solche Uhren. Für die Aushandlung des Preises bezogen sich beide Parteien jeweils auf eine auf die Schätzung von Luxusuhren spezialisierte Internetseite («Chrono24»).

Mit Vertrag vom 16. Dezember 2021 verkaufte A. der B. AG eine gebrauchte Luxusuhr («Patek Philippe Nautilus 2016») für

CHF 95 000.–. Die Käuferin überwies noch am Tag des Vertragsschlusses eine Anzahlung von CHF 15 000.–; die restlichen CHF 80 000.– sollten anlässlich der Übergabe der Uhr in der Woche vom 6. Januar 2022 bar bezahlt werden. Indessen verzögerte sich die Übergabe aus Gründen, die auf beiden Seiten lagen (Ferienabwesenheiten; Covid-Erkrankung). A. verlangte und erhielt am 14. Januar 2022 eine weitere Akontozahlung von CHF 5000.–. Als Datum für die Übergabe gegen Zahlung des Restkaufpreises vereinbarten die Parteien schliesslich den 7. Februar 2022, 14 Uhr. In der Zeit zwischen Dezember 2021 und Februar 2022 stieg der Preis einer Uhr vom Typ «Patek Philippe Nautilus 2016» laut der Internetseite «Chrono24» von rund 100 000 CHF auf 190 000 CHF.

Zur Übergabe der Uhr am 7. Februar 2022 erschien A. nicht. Er liess die Käuferin gleichentags wissen, dass sich der Marktpreis der Uhr derzeit zwischen CHF 180 000.– und CHF 240 000.– bewege; er sei daher mit dem Preis von CHF 95 000.– nicht mehr einverstanden, sondern verlange nunmehr CHF 150 000.–. Am 8. März 2022 forderte die B. AG durch ihren Anwalt den Verkäufer auf, die Uhr gegen Barzahlung von CHF 75 000.– spätestens bis zum 16. März 2022 zu übergeben; sie behielt sich die gesetzlichen Wahlrechte vor (B. AG «se réserve le droit d'activer l'une des options offertes par le droit suisse en cas d'inexécution»), namentlich den Verzicht auf die Uhr samt Schadenersatz. A. verweigerte mit Schreiben vom 10. März 2022 die Erfüllung und bestritt, dass (noch) ein Kaufvertrag bestehe.[6] Die B. AG erklärte daraufhin am 11. und 15. März 2022, sich vom Kaufvertrag loszusagen («[…] qu'elle ‹se départait› du contrat de vente») und Schadenersatz (in einem Betrag, den sie noch bekanntgeben werde) sowie die Rückzahlung der Anzahlungen zu verlangen.

Mit Klage vom 13. Juni 2022 forderte die B. AG von A. rund 120 000 CHF nebst Zins, wovon der Betrag von CHF 95 000.– als entgangener Gewinn geltend gemacht wurde (mit der Begründung, sie hätte die für CHF 95 000.– gekaufte Uhr für CHF 190 000.– weiterverkaufen können). Beide Genfer Instanzen schützen dieses Schadenersatzbegehren. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht von A. bleibt erfolglos.

6 Erwähnenswert ist auch die Zusatzbemerkung des Verkäufers: «Donc continuer par l'intermédiaire d'avocats est une perte de temps.»

Vor Bundesgericht ist die Einschätzung der Genfer Cour de justice unbestritten, dass ein Fahrniskauf im kaufmännischen Verkehr mit Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins – nach mehreren einvernehmlichen Verschiebungen: der 7. Februar 2022 – vorlag (Art. 190 Abs. 1 OR). Die Käuferin hatte sodann, statt sich mit der Rechtsfolgenvermutung nach der genannten Bestimmung zu begnügen, den Verkäufer gemahnt und ihm eine Nachfrist zur nachträglichen Lieferung der verkauften Uhr angesetzt; mangels Erfüllung durch A. hatte sie sich für den Verzicht auf Realerfüllung und für das Begehren um Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses (Art. 107 Abs. 2 OR) entschieden (E. 3).

Bestritten ist indessen die Schadensberechnung: A. stellt sich auf den Standpunkt, für die Geltendmachung des entgangenen Gewinns hätte die Käuferin konkret nachweisen müssen, dass sie die Uhr zum behaupteten Preis hätte weiterverkaufen können, etwa durch eine konkrete Offerte eines Kaufinteressenten oder durch fortgeschrittene Verkaufsverhandlungen (E. 4). Auf dieses Argument tritt das Bundesgericht indessen nicht ein, weil A. es in der Berufung an die Genfer Cour de justice nicht vorgebracht und damit diesbezüglich den Instanzenzug materiell nicht ausgeschöpft hatte (E. 4.1 mit Hinweis auf Art. 311 Abs. 1 ZPO und BGE 144 III 394 ff. [397 f.], E. 4.1.4).

Erfreulicherweise begnügt sich das Bundesgericht jedoch nicht mit diesem Nichteintreten aus prozessualen Gründen, sondern hält in einer Subsidiärbegründung fest, dass die Schadensberechnung der Vorinstanz bundesrechtskonform ist (kurz, aber lesenswert: E. 4.2): Art. 191 Abs. 1 OR greift als Schadenersatznorm beim Verkäuferverzug im kaufmännischen Verkehr auf den allgemeinen Grundsatz von Art. 107 Abs. 2 OR zurück. Entscheidet sich die Käuferin im Rahmen ihrer Wahlrechte wie in casu für Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses («Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens»), besteht der Schaden in der Differenz zwischen dem mit dem Verkäufer vereinbarten Preis und dem Wiederverkaufspreis («prix de revente»). Zur Bestimmung des Letzteren ist nicht in jedem Fall ein Deckungskauf und damit eine konkrete Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 2 OR nötig. In casu durfte die Käuferin den Schaden abstrakt nach einem hypothetischen Wiederverkauf («un revente hypothétique») berechnen, laut Bundesgericht aufgrund von zwei alternativen Begründungen: Einerseits hatte die Uhr einen Marktwert, sodass Art. 191 Abs. 3 OR die abstrakte Schadensberechnung erlaubt.

Andererseits war die Schadensfestsetzung auch nach Billigkeit («fixé en équité») zulässig, dies gestützt auf Art. 191 Abs. 1 i. V. m. Art. 42 Abs. 2 OR. Im Zeitpunkt des Verzichts auf die Realerfüllung betrug der Wert der Uhr laut der spezialisierten, anerkannten Website, an der sich beide Parteien bei ihren Transaktionen orientiert hatten, mindestens CHF 190 000.–, was sich mit einem Privatgutachten deckte und was einen Schaden (entgangenen Gewinn) von CHF 95 000.– ergibt. Die Beschwerde hätte laut dem Bundesgericht demnach, wäre sie zulässig gewesen, abgewiesen werden müssen (E. 4.2).

Der Entscheid verdient im Ergebnis Zustimmung, doch ist näher auf die beiden vom Bundesgericht genannten alternativen Begründungen einzugehen, aus denen es das Recht auf abstrakte Schadensberechnung ableitet:

a) Da ein Verkäuferverzug im kaufmännischen Verkehr zu beurteilen war, hätte es nahegelegen, für die abstrakte Schadensberechnung schlicht auf Art. 191 Abs. 3 OR (Marktpreis) zu verweisen (erste Begründung). Die Bestimmung erklärt die Preisdifferenz «zur Erfüllungszeit» für massgebend («le cours du jour au terme fixé pour la livraison»; für den vereinbarten Liefertermin oder sonstigen Fälligkeitstag: Herbert Schönle, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Zürich 1993, N 27 zu Art. 191 OR; a. M. Alfred Koller, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2020, N 21 zu Art. 191 OR [Zeitpunkt des Untergangs des Erfüllungsanspruchs]). Hier war dieser Termin indessen nicht ohne Weiteres klar: Er war ursprünglich auf die Woche vom 6. Januar 2022 festgelegt worden und wurde in der Folge mehrfach einvernehmlich verschoben. Als der Verkäufer am schlussendlich massgeblichen Datum (7. Februar 2022) die Uhr nicht lieferte, liess die Käuferin es nicht bei der Rechtsfolgenvermutung von Art. 190 Abs. 1 OR (Lieferungsverzicht mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung) bewenden; sie setzte dem Verkäufer vielmehr eine Nachfrist (Art. 107 Abs. 1 OR) bis 16. März 2022, beharrte also zunächst auf der Lieferung (Art. 190 Abs. 2 OR) und behielt sich die Ausübung ihrer Gläubigerwahlrechte vor. Als der Verkäufer am 10. März 2022 die Erfüllung mit deutlichen Worten verweigerte, verzichtete die Käuferin am 11. und 15. März 2022 auf die Realerfüllung und verlangte Schadenersatz. Welches Datum ist für die Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR nun massgebend – in einer Situation, in welcher der Marktwert der verkauften Uhr offenbar täglichen starken Schwankungen unterworfen war? Das

Bundesgericht thematisiert diese Unklarheit nicht, erklärt jedoch das Datum des Verzichts auf die Realleistung («à l'époque où elle a renoncé à l'exécution du contrat») für massgebend (E. 4.2; so bereits BGE 120 II 296 ff. [300], E. 3b mit Hinweisen). Es wendet mit anderen Worten nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – Art. 191 Abs. 3 OR an (und lässt es gleichzeitig zu, dass der Käufer auf allfällige Wertsteigerungen spekulieren kann).

b) Das macht(e) eine zweite Begründung nötig. Sie besagt, dass der Schaden nach Billigkeit ermittelt, also nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden kann. Dieser Gesichtspunkt gilt im Kaufvertragsrecht auch dann, wenn die Käuferin dem im Verzug befindlichen kaufmännischen Verkäufer keine Nachfrist angesetzt hat, denn der besondere Rechtsbehelf des Käufers nach Art. 191 Abs. 3 OR schliesst einen Schadensnachweis nach den allgemeinen Regeln nicht aus (BGE 105 II 87 ff. [88 f.], E. I.2; BGer 4A_257/2007, E. 3; Schönle, a. a. O., N 31 ff. zu Art. 191 OR). Art. 42 Abs. 2 OR lässt sich direkt (so anscheinend E. 4.2) oder analog anwenden (so BGE 120 II 296 ff. [299 f.], E. 3b, im Berichtsentscheid zitiert). Ein solches Vorgehen betrifft gerade dann, wenn es zur Ermittlung des entgangenen Gewinns um den mutmasslichen Wiederverkaufspreis des Kaufgegenstands geht, eine hypothetische Frage, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu beantworten ist, und «berechnet» mithin – wie Art. 191 Abs. 3 OR – einen abstrakten Schaden (grundlegend BGE 105 II 87 ff. [90], E. I.3). Ein solches Vorgehen muss jedenfalls beim Kauf im kaufmännischen Verkehr möglich sein. Dies gilt umso mehr, als die bundesgerichtliche Praxis diese Art der Schadensberechnung sogar beim bürgerlichen (nicht kaufmännischen) Kauf erlaubt (BGE 104 II 198 ff. [200], E. b; BGE 120 II 296 ff. [299 f.], E. 3b). Die Schadensberechnung (Schätzung) nach Billigkeit war in casu also bundesrechtskonform.

2. **Grundstückkauf**

a. *Begriff des Vorkaufsfalls (Art. 216c OR); BGE 150 III 310 ff. (5A_927/2023)*

D. war Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks im Kanton Zug, das er in zwei Teilflächen getrennt verpachtete: Pächter

der einen Teilfläche war (seit 1992) C., die andere Teilfläche war an B. verpachtet. Am 18. Oktober 2018 verkaufte D. das gesamte Grundstück für CHF 500 000.– an A. und (den vormaligen Pächter) B., die im Grundbuch als Miteigentümer eingetragen wurden. Daraufhin übte C. das gesetzliche Vorkaufsrecht an der von ihm gepachteten Teilfläche aus (Art. 47 Abs. 2 BGBB). Seine Klage auf Erfüllung wurde von den Zuger Gerichten gutgeheissen. A. und B. führen Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht – ohne Erfolg.

Wird ein landwirtschaftliches Grundstück veräussert, steht dem Pächter nach Massgabe von Art. 47 Abs. 2 BGBB «am Pachtgegenstand» ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu. Das gilt nach den einleitenden Bemerkungen des Bundesgerichts auch dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – nur eine Teilfläche des verkauften Grundstücks verpachtet ist; das Vorkaufsrecht [bzw. genauer: seine Ausübung] löst alsdann grundsätzlich eine Parzellierungspflicht des Grundeigentümers aus (E. 3.3.1 mit Hinweisen).

Soweit das BGBB keine besonderen Normen enthält, gelten hinsichtlich des Vorkaufsrechts die Bestimmungen des OR und des ZGB (Art. 681 Abs. 1 ZGB; Art. 216c ff. OR). Dies trifft namentlich auf den Vorkaufsfall zu, dessen Umschreibung sich nach Art. 216c OR richtet. Der Pächter kann sein Vorkaufsrecht folglich geltend machen, wenn das Grundstück verkauft wird, sowie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (Art. 216c Abs. 1 OR). Art. 216 Abs. 2 OR hält dazu Ausnahmen fest, etwa die Zuweisung eines Grundstücks an einen Erben. Die Aufzählung der Ausnahmen in Absatz 2 ist nicht abschliessend («namentlich»), wie das Bundesgericht unter Hinweis auf seine Praxis ausführt. So liegt weiter kein Vorkaufsfall vor:

> «[…] wenn das Geschäft nicht auf die wirtschaftliche Umsetzung und Verflüssigung des im Grundstück verkörperten Werts abzielt, sondern nur eine Vermögensumstrukturierung darstellt. Ebenso ist kein Vorkaufsfall gegeben, wenn das Geschäft nur unter der speziellen Berücksichtigung persönlicher Beziehungen abgeschlossen wird und mit einem Dritten nicht zum Tragen käme, oder wenn die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung einen Inhalt hat, der nur gerade vom Käufer gegenüber dem Verkäufer erbracht werden kann» (E. 3.3.2 mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführer (Käufer des Grundstücks) hatten ausgeführt, ein Vorkaufsfall liege in casu nicht vor, weil D. ihnen das Grundstück unter der besonderen Berücksichtigung von freundschaftlichen Beziehungen verkauft habe (E. 3.5 und nicht amtlich publizierte

E. 3.1). Dieser Umstand hat jedoch – wie das Bundesgericht klarstellt – für sich allein keine Bedeutung; vielmehr kommt es auf das konkrete Rechtsgeschäft an: Die persönliche Beziehung müsste mit anderen Worten «in irgendeiner Art und Weise im konkreten Rechtsgeschäft Ausdruck finden» (E. 3.5.2), beispielsweise als Erbvorbezug, als gemischte Schenkung oder als Verpfründungsvertrag (E. 3.5.1). So verhielt es sich im Berichtsfall gerade nicht: Der vereinbarte Kaufpreis für das Grundstück war nicht unter Berücksichtigung der Person des Erwerbers festgesetzt worden, sondern lag im marktüblichen Bereich, ja sogar im nach Art. 66 BGBB höchstzulässigen Bereich (E. 3.4 und 3.5.2). Im Übrigen weist das Bundesgericht darauf hin, dass die Abrede eines «Freundschaftspreises» – anders als eine gemischte Schenkung – den Vorkaufsfall nach der Lehre gerade auslöst (E. 3.5.2). Hier war der Vorkaufsfall demnach zu bejahen, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

Der Entscheid verdient Zustimmung. Die Rücksichtnahme auf irgendwelche «persönlichen Beziehungen» zwischen den Kaufvertragsparteien – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts – würde Machenschaften zur Umgehung des Vorkaufsrechts Tür und Tor öffnen. Das sah bereits die Vorinstanz so, die den geschlossenen Grundstückkauf als «klassischen» Vorkaufsfall bezeichnete (nicht amtlich publizierte E. 3.2, unter Hinweis auf Jonas Rüegg, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2014, Rn. 612). Methodisch zuzustimmen ist überdies der bundesgerichtlichen Aussage, wonach bei der Frage, ob ein Vorkaufsfall vorliegt, auch auf die vor Inkrafttreten von Art. 216c OR ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden darf und muss (E. 3.5.1).

Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen «Freundschaftspreis» und gemischter Schenkung allerdings heikel sein. Obwohl die rechtliche Qualifikation des Vertrags der Parteidisposition entzogen ist (BGE 143 II 297 ff. [331], E. 8.4.1; BGer 4A_251/2024, E. 3.4.1; Jäggi/Gauch/Hartmann, a. a. O., N 241 zu Art. 18 OR mit Hinweisen), kann und soll die Urkundsperson bei der Formulierung der öffentlichen Urkunde mithelfen, den Parteiwillen (auch und gerade in diesem Punkt) möglichst klar zu regeln.

b. *Kaufsrecht an einem Grundstück; Formfragen; Ausübung des Kaufsrechts; BGer 4A_251/2024*

Im Zusammenhang mit einem in einem schriftlichen Mietvertrag enthaltenen Kaufsrecht an einem Grundstück äussert sich das Bundesgericht zur Rechtsnatur des Kaufsrechts und zu seiner Form. Der Entscheid bestätigt in weiten Teilen die bisherige Praxis, enthält aber eine Überraschung (wohl in Form eines Versehens):

Ein Optionsrecht ist – so das Bundesgericht – ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft. Es verleiht dem Berechtigten die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung «nicht nur wie beim Vorvertrag die andere Partei zum Abschluss eines Hauptvertrags zu verpflichten, sondern unmittelbar ein inhaltlich bereits fixiertes Vertragsverhältnis herbeizuführen oder zu verlängern» (E. 3.3.1 mit Hinweisen). Das Kaufsrecht gehört zu diesen Optionsrechten; es räumt dem Berechtigten die Befugnis ein, «eine Sache durch einseitige Willenserklärung zu erwerben» (E. 3.3.2).

Wird im Vertrag auf Einräumung eines Kaufsrechts der Kaufpreis zum Voraus bestimmt, bedarf er – so das Bundesgericht – der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Ein Verstoss gegen diese Formvorschrift – wie im Berichtsfall – macht den Kaufsrechtsvertrag «grundsätzlich nichtig, das heisst absolut unwirksam», was von Amtes wegen zu beachten ist (E. 3.3.2 und 3.4.1).

Wird ein (wirksam vereinbartes) Kaufsrecht ausgeübt, kommt kein neuer Vertrag zustande, sondern es wird «der aufschiebend bedingte Kaufvertrag zu einem nunmehr unbedingten Kaufvertrag»; die Ausübungserklärung muss «aus diesem Grund» nicht öffentlich beurkundet werden (E. 3.3.3).

Überraschend und allem Anschein nach ein Versehen stellt die bundesgerichtliche Aussage dar, dass der Beurkundungszwang (nur?) gelten soll, wenn der Kaufsrechtsvertrag «den Kaufpreis zum Voraus» bestimmt (E. 3.3.2). Art. 216 Abs. 2 OR unterstellt indessen jeden Kaufsrechtsvertrag dem Zwang zur öffentlichen Beurkundung. Lediglich für gewisse *Vor*kaufsverträge – nämlich jene, die den Kaufpreis nicht zum Voraus bestimmen – ordnet Art. 216 Abs. 3 OR das Genügen der Schriftform an. Nur bei *Vor*kaufsverträgen ist es denn auch möglich, den Preis offenzulassen (er bestimmt sich alsdann nach dem Kaufpreis, der vom Verkäufer im Vertrag mit dem Drittkäufer [Vorkaufsfall]

festgelegt ist; Art. 216d Abs. 3 OR). Kaufsrechtsverträge müssen demgegenüber immer einen Kaufpreis enthalten – er ist als objektiv wesentlicher Punkt zentral für den Konsens und für die Einhaltung der Form (vgl. z. B. Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frédéric Krauskopf, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2021, Rn. 573 i. V. m. 580 mit Hinweisen).

c. *Mängelhaftung des Verkäufers I; Mängelrüge, Behauptungs- und Beweislast; Verzicht des Verkäufers, sich auf die Verspätung der Rüge zu berufen; BGer 4A_357/2024*

Als an einer zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Überbauung im Waadtland Bauarbeiten ausgeführt wurden, tauchten diverse Mängel des Gebäudes auf, namentlich bei den Abwasser- und Drainageleitungen sowie am Dach. A. und B., die einen Stockwerkanteil erworben hatten, klagten daraufhin gegen die Verkäuferin C. AG aus Sachgewährleistung. Die erste Instanz schützte die Klage im Umfang von rund 190 000 CHF als Kosten für die Mängelbeseitigung. Das Waadtländer Kantonsgericht hiess eine dagegen gerichtete Berufung der Verkäuferin gut und wies die Klage ab. Dagegen wehren sich die Kläger (Käufer) mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht – mit Erfolg.

Im Zentrum der bundesgerichtlichen Erwägungen steht die Mängelrüge (im Kauf- und Werkvertragsrecht); im Einzelnen geht es um Fragen ihrer Behauptung und Bestreitung sowie um den allfälligen Verzicht der Verkäuferin (oder Werkunternehmerin) auf die verspätete Geltendmachung durch die Käufer (oder Besteller). Das Bundesgericht verweist zunächst auf die gesetzliche Obliegenheit, versteckte Mängel sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen (Art. 201 Abs. 3 OR), wobei es immer wieder auf die Parallelität von Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht (Art. 370 Abs. 3 OR) hinweist. Die Rechtsprechung gewährt der Käuferin bzw. Bestellerin eine kurze Überlegungsfrist («un court délai de réflexion»), betont jedoch auch, dass es für die Länge der Frist auf die konkreten Umstände ankommt, namentlich auf die Art des Mangels (E. 3.2.2). Eine verspätete Rüge führt aufgrund der gesetzlichen Genehmigungsfiktion zum Verlust sämtlicher Gewährleistungsansprüche (E. 3.2.3).

Das Bundesgericht ruft sodann seine Rechtsprechung in Erinnerung, wonach die Verkäuferin (Werkunternehmerin) die Genehmi-

gung der abgelieferten Kaufsache (des abgelieferten Werks) wegen verspäteter Rüge behaupten kann. Alsdann obliegt es der Käuferin (Bestellerin), die Gewährleistungsansprüche geltend macht, zu behaupten und zu beweisen, dass sie die Mängel rechtzeitig gerügt hat (E. 3.2.4). In casu hatte die Verkäuferin die Verspätung der Mängelrüge – und damit die Genehmigung der Kaufsache durch die Käufer – rechtsgenüglich geltend gemacht (E. 3.4.1 mit dem Hinweis, dass keine blosse Pauschalbestreitung [«contestation en bloc»] vorlag). Es oblag daher den Käufern, genau zu behaupten, wann sie die Mängel entdeckt und wann sie sie gerügt hatten («[…] d'alléguer précisément quand ils avaient découvert les défaux et quand ils les avaient signalés»). Das hatten sie nicht in rechtsgenüglicher Weise getan, sodass nicht von einer rechtzeitigen Rüge auszugehen war (E. 3.4.2).

Damit ist über die Beschwerde jedoch noch nicht entschieden. Die Verkäuferin (Werkunternehmerin) kann nämlich nach Lehre und Rechtsprechung ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichten, sich auf die Verspätung der Mängelrüge zu berufen. Der Nachweis eines solchen Verzichts obliegt der Käuferin (Bestellerin). Nach der Praxis liegt ein stillschweigender Verzicht etwa dann vor, wenn eine Werkunternehmerin alle in einem Privatgutachten umschriebenen Verbesserungsarbeiten vorgenommen oder wenn sie ihren Willen zur Mängelbeseitigung klar geäussert und bei den beteiligten Unternehmen auf dieses Ziel hin interveniert hat (E. 3.4.3).

So verhielt es sich hier – entgegen der Auffassung der Vorinstanz: Die Verkäuferin hatte gegenüber den Käufern erklärt, dass sie sich für den Fall, dass sich die behaupteten Mängel bestätigen sollten («en cas de défauts avérés»), ausdrücklich und vorbehaltlos bei den am Bau beteiligten Unternehmen für die Beseitigung der Mängel einsetzen werde. In der Folge anerkannte sie die Mängel ausdrücklich, setzte mehrere Subunternehmer für Nachbesserungsarbeiten in Verzug und leitete gerichtliche Verfahren gegen diese ein – ohne sich vor dem vorliegenden Prozess je auf die Verspätung der Mängelrüge der Käufer zu berufen. Damit hat sie auf diesen Einwand verzichtet (E. 3.4.5). Das Bundesgericht hebt daher den Entscheid des Waadtländer Kantonsgerichts auf und weist die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück.

Der Annahme eines Verzichts der Verkäuferin auf die Geltendmachung der verspäteten Rüge (E. 3.4.3–3.4.5) ist uneingeschränkt zuzustimmen; sie ist einer Rechtsmissbrauchskonstruktion – krass

widersprüchliches Verhalten – mit Blick auf die Ultima-Ratio-Funktion des Rechtsmissbrauchsverbots (vgl. dazu etwa HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 60 zu Art. 2 ZGB; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, a. a. O., Rn. 289 und 192, je mit Hinweisen) vorzuziehen, die in vielen Fällen (auch im Berichtsfall) ebenfalls möglich wäre. Darüber hinaus sei Folgendes angemerkt:

a) Die Streitigkeiten um die doch gravierenden Mängel (bzw. um den Ersatz der Kosten für die Mängelbeseitigung) haben im vorliegenden Fall sehr lange gedauert, und der Prozess ist mit der Rückweisung durch das Bundesgerichtsurteil vom 13. März 2025 noch nicht beendet: In der Klage wird als Verzugsbeginn (wir nehmen an, da waren die Nachbesserung oder der Kostenersatz aus klägerischer Sicht fällig) der 30. November 2009 aufgeführt. Der Anwalt der Verkäuferin sagte den Käufern im Februar 2013 brieflich zu, man kümmere sich um die Mängelbeseitigung (durch die Subunternehmer). Das erstinstanzliche Urteil erging im Februar 2023, der rückweisende Bundesgerichtsentscheid im März 2025. Wer eine Wohnung kauft oder baut und sich dann entschliesst, darum zu prozessieren, braucht einen langen Atem!

b) Die bundesgerichtliche Praxis zur Behauptungs-, Bestreitungs- und Beweislast für die rechtzeitige bzw. verspätete Mängelrüge (referiert in E. 3.2.4) ist nicht unumstritten, auch wenn sie in jüngerer Zeit bestätigt wurde (ausser dem Berichtsentscheid vgl. etwa BGE 149 III 304 ff. [308], E. 4.2), freilich ohne einlässliche Auseinandersetzung mit abweichenden Lehrmeinungen. Kritisiert wird die Praxis mit grundsätzlichen Argumenten namentlich von PETER GAUCH (Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Rn. 2170), von ALEXANDRA JUNGO (Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2018, N 460 ff. zu Art. 8 ZGB) und von ALAIN BIEGER (Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009, Rn. 335 ff.; vgl. auch die Übersicht bei BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, a. a. O., Rn. 471a f.). Die Kritik ist sehr bedenkenswert, und wir hoffen, dass das Bundesgericht eine der nächsten Gelegenheiten nutzt, sich damit vertieft auseinanderzusetzen.

c) Das Bundesgericht hat sich bisher nicht zur Frage ausgesprochen, ob es für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge auf deren Zugang (Eintreffen) beim Empfänger ankommt oder ob deren Absendung

genügt. Das Waadtländer Kantonsgericht hatte offenbar auf die Absendung abgestellt (E. 3.3: «[…] d'alléguer et de prouver que l'avis des défauts avait été envoyé en temps utile»; «[…] la date d'envoi de l'avis des défauts»). Diese Lösung, zu der das Bundesgericht im Berichtsfall nicht Stellung nimmt (und auch nicht Stellung nehmen muss), verdient Zustimmung. Sie wird in § 377 Abs. 3 des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB), der dem schweizerischen Recht als Vorbild diente, ausdrücklich festgeschrieben, ebenso in § 377 Abs. 4 des österreichischen Unternehmensgesetzbuchs (UGB) – wobei anzumerken ist, dass diese beiden Rechtsordnungen eine Rügeobliegenheit nur für den Handelskauf vorsehen. Das Absendeprinzip, das sich auch in Art. 27 CISG findet, rechtfertigt sich mit Blick auf die überaus harten Folgen der verspäteten Mängelrüge auch für das schweizerische Obligationenrecht (Schmid/Stöckli/Krauskopf, OR BT, a. a. O., Rn. 366 mit Hinweisen; Bieger, a. a. O., Rn. 302 f.; in jüngster Zeit ausführlich Winona Bruhin, Das Wirksamwerden von Willenserklärungen, Diss. Luzern, Zürich/Genf 2025, Rn. 547 ff.).

d) Die Änderung des Obligationenrechts (Baumängel) vom 20. Dezember 2024, die am 1. Januar 2026 in Kraft treten wird (AS 2025, S. 270), betrifft auch die Mängelrüge: Die neue Rügefrist beträgt beim Grundstückkauf und beim Werkvertrag über ein unbewegliches Werk 60 Tage bzw. (bei geheimen Mängeln) 60 Tage nach Entdeckung; die Vereinbarung einer kürzeren Frist ist unwirksam (revidierte Fassungen der Art. 219a Abs. 1, Art. 367 Abs. 1bis und Art. 370 Abs. 4 OR, mit Änderungen in weiteren Bestimmungen; vgl. dazu Peter Gauch, «Obligationenrecht (Baumängel)» – Ein Streifzug durch die partielle Revision des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts vom 20. Dezember 2024, SJZ 121/2025, S. 495 ff. [497 ff.]). Bei offenen Mängeln beginnt die Rügefrist laut der Botschaft mit dem Ablauf der Prüfungsfrist; Letztere läuft ab der Besitzübertragung des Grundstücks (BBl 2022, S. 2743 [Subseite 31 f. zu Art. 219a OR]). Mit dieser Verlängerung soll nach dem Bundesrat die «ausserordentliche Härte der heutigen ‹Sofort-Rüge› im Werkvertrags- und Kaufvertragsrecht für Grundstückkäufer und Bauherren abgemildert werden» (a. a. O.). Das ist zu begrüssen, doch trifft dieser Mangel des bestehenden Rechts nicht nur Grundstückkäufer und Bauherren, sondern alle Käufer und Werkbesteller, insbesondere (aber nicht nur) Konsumentinnen und Konsumenten. Der gesetzgeberische Reformbedarf hin-

sichtlich des Rügeerfordernisses dauert also an (ähnlich GAUCH, a. a. O., S. 503 f.).

d. *Mängelhaftung des Verkäufers II; Flächenmangel bei Stockwerkeigentum; Frage der Anwendbarkeit von Art. 219 Abs. 2 OR; absichtliche Täuschung durch die Verkäuferin; BGer 4A_499/2022*

Die A. AG (Beklagte) verkaufte am 23. März 2010 dem B. (Kläger) eine Stockwerkeinheit im Kanton Waadt für CHF 885 000.– (einschliesslich Parkplatz); das Sonderrecht bestand in einer 6,5-Zimmer-Wohnung auf zwei Etagen. Allerdings war auf den Plänen zum Ausbau der Stockwerkeinheiten in den Jahren 2005–2008 das Obergeschoss der genannten Einheit weder als Wohnfläche vorgesehen, noch von den Baubehörden (im «permis d'habiter») als solche bewilligt worden; vorgesehen war es damals nur als Bastelraum oder Spielzimmer für Kinder. Der Käufer B. entdeckte diesen Umstand nach eigenen Aussagen erst 2016, nachdem er ein Architekturbüro mit Plänen für Umbauarbeiten betraut hatte, und rügte die fehlende Bewohnbarkeit des Obergeschosses im Februar 2016. Im Februar 2017 klagte B. vor den Waadtländer Gerichten auf Zahlung von rund 286 000 CHF (im Verlauf des Verfahrens reduziert auf CHF 180 000.–) zufolge Minderung. Während die erste Instanz die Klage abwies, hiess das Kantonsgericht sie gut. Die Beschwerde in Zivilsachen der Verkäuferin an das Bundesgericht hat in der Sache (mit Ausnahme einer masslichen Korrektur wegen anderer Berechnung des Minderungsbetrags) keinen Erfolg.

Streitig ist zunächst die Anwendbarkeit von Art. 219 OR. Das Bundesgericht verneint, dass Art. 219 OR auf den Verkauf einer Stockwerkeigentumseinheit (bei unzutreffender Wohnfläche) anwendbar sei, und zwar unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung (BGE 87 II 244 ff. [248], E. d; BGer 4A_417/2007, E. 4.3), da es sich bei Stockwerkeigentum nicht um ein durch amtliche Vermessung begrenztes Kaufobjekt handle (E. 3.1). Es behandelt den Fall nach den Sachgewährleistungsregeln von Art. 197 ff. OR (E. 3.2) und entscheidet in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, dass die in den Vertragsverhandlungen (unter Einbezug einer Maklerin als Hilfsperson; Art. 101 OR) bekanntgegebenen Flächenangaben zugesicherte Eigenschaften und die amtliche Bewilligung der Bewohnbarkeit des Obergeschosses

eine vorausgesetzte Eigenschaft war – wegen ihres Fehlens liegt ein Mangel vor (E. 4.1.1.1 f. und ausführlich E. 4.2). Das berechtigt den Käufer zur Kaufpreisminderung, die sich nach der relativen Methode berechnet (E. 4.1.2.1 und ausführlich E. 4.3, mit der genannten masslichen Korrektur in E. 4.3.2). Da in casu eine absichtliche Täuschung seitens der Verkäuferin vorliegt (Art. 210 Abs. 6 OR), kann sich diese weder auf eine verspätete Rüge noch auf die Verjährung berufen.

Der Entscheid verdient in den meisten Punkten Zustimmung. Zu weit geraten ist jedoch die bundesgerichtliche Formulierung, wonach «Art. 219 OR» nicht auf den Kaufvertrag über eine Stockwerkeinheit Anwendung finde, sondern dieser Fall ausschliesslich durch die Art. 197 ff. OR geregelt werde (E. 3.1: «l'art. 219 CO ne s'applique pas à la vente d'une part de copropriété par étages»; «[…] le défaut de surface […] est soumis aux règles des art. 197 ss CO»). Diese Aussage trifft nur auf Art. 219 Abs. 2 OR zu. Hingegen bleiben die Absätze 1 und 3 in solchen Fällen anwendbar: Sie beziehen sich nicht auf die amtliche Vermessung (der Fläche des verkauften Grundstücks) und lassen sich daher auch auf Verkäufe von Stockwerkeigentum ohne Weiteres anwenden. Im Einzelnen:

Art. 219 Abs. 1 OR setzt voraus, dass «das Grundstück nicht das Mass besitzt, das im Kaufvertrag angegeben ist» («lorsque l'immeuble n'a pas la contenance indiquée dans l'acte de vente»; «qualora il fondo non avesse la misura indicata dal contratto»). Als «Grundstück» gilt nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB (i. V. m. Art. 712a Abs. 1 ZGB) auch ein zu Stockwerkeigentum ausgestalteter Miteigentumsanteil an einem Grundstück. Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts und einem erheblichen Teil der Lehre kommt Art. 219 Abs. 1 OR (in Abgrenzung zu Art. 219 Abs. 2 OR) denn auch nur dann zur Anwendung, wenn für das betreffende Grundstück kein auf amtlicher Vermessung beruhendes Grundbuch besteht (BGE 62 II 159 ff. [163], E. 3; vgl. auch BGE 81 II 138 ff. [140], E. 3; Pierre Cavin, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, S. 139; Mirjam Eggen, Berner Kommentar, Art. 216–221 OR, Bern 2025, N 42 ff. zu Art. 219 OR mit weiteren Hinweisen). Für Stockwerkeigentumsanteile fehlt – bezüglich der Flächenangabe – ein auf amtlicher Vermessung beruhender Grundbucheintrag, da der Plan für das Grundbuch hier keine Daten der amtlichen Vermessung über die Fläche der Miteigentumsanteile bzw. Sonder-

rechte enthält (Art. 7 Abs. 2 VAV e contrario [SR 211.432.2]; vgl. auch Art. 23 Abs. 3–5 GBV). Insoweit liegen keine auf amtlicher Vermessung beruhende Grundbuchdaten zur Fläche vor (BGer 4A_417/2007, E. 4.3), weshalb Art. 219 Abs. 1 OR – und nicht dessen Absatz 2 – Anwendung findet. Eine Änderung der Rechtslage könnte sich allenfalls in Zukunft ergeben, wenn dereinst Art. 712e^quater^ des Vorentwurfs vom 20. September 2024 (Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Stockwerkeigentum]) Gesetz wird: Dessen Absatz 2 sieht nämlich in gewissen Fällen die Erstellung eines (berichtigten) Aufteilungsplans durch die zuständige Stelle der amtlichen Vermessung vor (abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/stockwerkeigentum.html); dann müsste Art. 219 Abs. 2 OR allenfalls auch auf Flächenmängel bei Stockwerkeigentum angewendet werden.

De lege lata ist demnach für Flächenmängel bei Stockwerkeigentumseinheiten Art. 219 Abs. 1 OR anwendbar, und es kann entgegen der zitierten Erwägung des Bundesgerichts daher nicht pauschal auf die Art. 197 ff. OR verwiesen werden. Beim Wort genommen hätte dieser Verweis zur Folge, dass bei Flächenmängeln auch das Gestaltungsrecht der Wandelung nach Art. 205 und Art. 208 OR offenstände, was nach der Rechtsprechung von Art. 219 Abs. 1 OR aber gerade ausgeschlossen werden soll (vgl. BGE 87 II 244 ff. [S. 247], E. c; Cavin, a. a. O., S. 138 f.; Schmid/Stöckli/Krauskopf, OR BT, a. a. O., Rn. 656 mit weiteren Hinweisen; a. M. Mirjam Eggen, Berner Kommentar, Art. 216–221 OR, Bern 2025, N 78 ff. zu Art. 219 OR; Hans Giger, Berner Kommentar, Art. 216–221 OR, Bern 1997, N 58 ff. zu Art. 219 OR).

Wichtig ist die Zuordnung eines Flächenmangels zu Art. 219 OR oder eben Art. 197 ff. OR sodann – und vor allem – wegen der Verjährungsfrage: Die Verjährung der Ansprüche aus Sachgewährleistung richtet sich auch bei Flächenmängeln richtigerweise nach Art. 219 Abs. 3 OR (fünf Jahre ab Erwerb des Eigentums) und nicht etwa nach Art. 210 Abs. 1 oder 2 OR (vgl. Cavin, a. a. O., S. 138; Schmid/Stöckli/Krauskopf, a. a. O., Rn. 657; so auch BGE 104 II 265 ff. [270], E. 3; BGer 4A_235/2008, E. 5.1; BGer 4D_73/2021, E. 5.1), was auch für den Verkauf von Stockwerkeigentum als Grundstück zu gelten hat.

Das künftige Recht schreibt dies ausdrücklich fest: Art. 219a Abs. 3 OR, der am 1. Januar 2026 in Kraft treten wird (AS 2025,

S. 270), bezieht sich ausdrücklich auf «die Ansprüche des Käufers wegen Mängeln des Grundstücks» («l'action en garantie pour les défauts de l'immeuble»; «l'obbligo di garanzia per i difetti del fondo»), was Flächenmängel miteinschliesst. Da im Berichtsentscheid indes die Voraussetzungen von Art. 210 Abs. 6 OR (absichtliche Täuschung) erfüllt waren (E. 5), hatte die erwähnte Frage keine Entscheidrelevanz.

Ausführlich ruft der Entscheid schliesslich die Rechtsprechung zur Berechnung des Minderwerts nach der relativen Methode in Erinnerung und führt die Berechnung auf illustrative Weise durch (E. 4.1.2 und 4.3). Zwar besteht im Allgemeinen eine tatsächliche Vermutung, dass der objektive Wert der Kaufsache ohne Mangel mit dem von den Parteien vereinbarten Preis übereinstimmt (E. 4.1.2.2). Im vorliegenden Fall konnte dieser objektive Wert indes durch ein Gutachten ermittelt werden, weshalb entgegen der Vorinstanz nicht auf diese tatsächliche Vermutung abgestellt werden durfte (E. 4.3.2) und die Beschwerde insoweit – masslich – gutgeheissen wurde.

3. **Werkvertrag**

a. *Sorgfaltspflicht des Unternehmers; Haftung für Begleitschäden; Beweismass; BGer 4A_531/2022*

Fragen des Beweismasses stehen im Vordergrund des hier zu besprechenden Genfer Falls und geben dem Bundesgericht Anlass zu lesenswerten werkvertragsrechtlichen Erwägungen: B. (Kläger) liess auf seinem Grundstück im Kanton Genf ein Einfamilienhaus bauen und übertrug der Reinigungsfirma A. AG (Beklagte) für pauschal CHF 5851.45 die Endreinigung der gesamten Baustelle. Die A. AG wurde vor Inangriffnahme ihrer Arbeiten angewiesen, jene Fenster, auf denen sie Kratzer feststellte, nicht zu reinigen, sondern umgehend der Bauleitung zu melden; sie tat dies mit Bezug auf einen (einzigen) Kratzer. Unmittelbar nach Beendigung der Reinigungsarbeiten stellte B. jedoch mehrere Kratzer auf den Fensterscheiben fest. Die gerichtlich angeordnete vorsorgliche Beweisaufnahme ergab eine Mehrzahl grosser vertikaler Kratzer auf sämtlichen Fensterscheiben des Hauses. Ein von B. beigezogener Experte bestätigte, dass eine Vielzahl von

Fensterscheiben zerkratzt war, und zwar wegen der Verwendung ungeeigneter, abgenutzter oder defekter Reinigungswerkzeuge.

Die von B. gegen die A. AG eingereichte Schadenersatzklage auf rund 160 000 CHF (einschliesslich der Beweisaufnahme- und Expertenkosten) wurde von den Genfer Gerichten grösstenteils geschützt; beide kantonalen Instanzen gingen davon aus, die Schadensverursachung durch die Beklagte sei überwiegend wahrscheinlich («de vraisemblance prépondérante»), was genüge. Die Beschwerde in Zivilsachen der A. AG hat beim Bundesgericht – im Ergebnis – keinen Erfolg.

Das Bundesgericht stellt zunächst klar, dass es sich bei den Kratzern – sofern sie von der beklagten Reinigungsfirma stammen – nicht um ein mangelhaftes Werk oder um einen Mangelfolgeschaden handelt, sondern um einen Begleitschaden («un dommage accessoire»): Als Werkvertragsleistung war die Reinigung versprochen. Die Fenster waren gereinigt, aber eben zerkratzt. Die Haftung der Werkunternehmerin ergibt sich folglich nicht aus den Gewährleistungsregeln (Art. 368 OR, mit entsprechender Rügeobliegenheit des Bauherrn), sondern folgt den allgemeinen Regeln über die Leistungsstörungen (Art. 97 ff. und Art. 101 OR), samt der Verjährungsfrage (E. 3.1.1 mit Hinweisen, unter anderem auf BGE 89 II 232 ff. [237 f.], E. 5, wo es ebenfalls um Fensterscheiben ging, welche die Hilfspersonen der Unternehmerin anlässlich ihrer Verputzarbeiten zerkratzt hatten, und auf Gauch, Der Werkvertrag, a. a. O., Rn. 1858).

Eine der Haftungsvoraussetzungen besteht in der Vertragsverletzung, hier in der Sorgfaltspflichtverletzung, die das Gesetz in Art. 364 Abs. 1 OR aufstellt und in Art. 365 OR konkretisiert (sorgfältiger Umgang der Werkunternehmerin mit dem vom Bauherrn gelieferten Stoff). Jede Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Werkunternehmerin oder ihre Hilfspersonen stellt eine Schlechterfüllung dar – erfolge sie *vor* der Ablieferung des Werks, *nach* Vertragsbeendigung oder *während* der Herstellung oder Ablieferung des Werks (E. 3.1.2).

Beide Genfer Instanzen gingen davon aus, die Vertragsverletzung (Sorgfaltspflichtverletzung durch Zerkratzen der Scheiben anlässlich deren Reinigung) durch die Beklagte sei überwiegend wahrscheinlich, was genüge. Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass hier nicht ein reduziertes Beweismass gelte, sondern das Regelbeweismass des strikten Beweises («la preuve certaine»), dass das Gericht also von der behaupteten Tatsache überzeugt sein müsse. Eine Beweis-

not liegt – so das Bundesgericht – hier nicht vor, da es für die Beurteilung der Pflicht der Unternehmerin, die Fensterscheiben des Bestellers sorgfältig zu behandeln, genügt, den Zustand der Fenster vor und nach der Reinigung festzustellen (E. 3.1.4).

Trotz des Bekenntnisses der Vorinstanzen zum falschen Beweismass kommt es jedoch nicht zu einer Rückweisung des Falls: Die kantonalen Gerichte waren aufgrund des Beweisverfahrens willkürfrei zum Schluss gekommen, die Fenster seien vor der Reinigung durch die Beklagte unbeschädigt gewesen und es sei dem Kläger (Besteller) der Nachweis gelungen, dass die Scheiben unmittelbar nach der Beendigung der Reinigungsarbeiten zerkratzt waren. Damit ist die Sorgfaltspflichtverletzung der Werkunternehmerin nicht nur überwiegend wahrscheinlich, sondern gewiss – der strikte Beweis ist also erbracht (E. 4). Die übrigen Haftungsvoraussetzungen sind vor Bundesgericht unbestritten (E. 4.3), sodass die Beschwerde im Ergebnis abzuweisen ist.

Der Einschätzung der Kratzer als Begleitschäden und der Würdigung des Beweisergebnisses ist zuzustimmen. Die Anweisung des Bauherrn an das Reinigungsunternehmen, jene Fenster, auf denen sie Kratzer feststellt, nicht zu reinigen, sondern umgehend der Bauleitung zu melden, erweist sich im Nachhinein als nicht so harmlos, wie sie zunächst scheinen mag. Sie (bzw. das Nichtmelden bestehender Kratzer durch die Angestellten der Beklagten) wird vom Bundesgericht mitberücksichtigt bei der Feststellung, die Vorinstanz habe den klägerischen Nachweis der Sorgfaltspflichtverletzung der Unternehmerin willkürfrei als erbracht betrachten können (E. 4.2).

b. *Vergütung nach Aufwand (Art. 374 OR); Substanzierungslast; BGer 4A_226/2023*

Im Zusammenhang mit einem Totalunternehmervertrag über die Planung und schlüsselfertige Erstellung eines Nanotech-Labors stritten die Parteien über die Vergütung. Die Klage der Totalunternehmerin auf Zahlung des behaupteten Restwerklohnanspruchs von rund 4 Mio. CHF war vom Handelsgericht Zürich abgewiesen worden, unter anderem wegen ungenügender Substanzierung (Einzelheiten in E. 3.2 und 3.3). Zur Vergütung nach Aufwand (Art. 374 OR) führt das Bundesgericht in Bestätigung seiner bisherigen Praxis aus, Grundlage bilde «der bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendige Aufwand».

Der getätigte Aufwand müsse daher so dargelegt werden, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden könnten, was nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden verlange. Ungenügend sind laut dem Bundesgericht «namentlich bloss tabellenförmige Zusammenstellungen darüber, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden eingesetzt worden sind». Erforderlich sind vielmehr «hinlängliche Angaben» zu den erbrachten Arbeiten. «Fehlen diese ganz oder beschränken [sie] sich auf Stichworte bzw. vage und unverständliche Beschreibungen, genügen sie den Substanziierungsanforderungen nicht» (E. 3.1.1). In abstracto hört sich dies durchaus plausibel an. Die Herausforderung liegt aber in der Umsetzung der formulierten Grundsätze auf den konkreten Fall, gerade bei einem Grossprojekt wie dem vorliegenden, für welches ein «Werkpreis-Kostenziel» von mehr als 50 Mio. CHF galt (E. 3.2.1). Das Bundesgericht hält die Substanzierungsanforderungen, von denen die Vorinstanz ausgegangen ist, nicht für überspannt und weist die Beschwerde ab. Ob Darlegungen in der Replik «auf rund 1000 Seiten» nachvollziehbar seien, bezeichnet das Bundesgericht als «zumindest fraglich» (E. 3.3.3). Kritisch Thomas Siegenthaler, Vor Gericht und auf hoher See … – Die Klippe der Notwendigkeit und Angemessenheit des Aufwandes, BR/DC 2024, Nr. 218, S. 124 f.; vgl. auch Hubert Stöckli, Ein Strauss von Merkwürdigkeiten zum Abschluss – Privatrecht, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2025, S. 298 f.

4. Auftrag; Qualifikation beim Gesamtvertrag; Honorarberechnung bei vorzeitiger Auflösung; BGer 4A_243/2022

Die Parteien hatten einen Architektenvertrag über die Renovation und den Ausbau eines bestehenden Einfamilienhauses samt Bau von zwei Garagen im Kanton Waadt abgeschlossen; dem Architekten sollten die Planung und die Bauleitung obliegen. Stillschweigend vereinbart war die SIA-Norm 102 (Fassung 2003). Nach Baubeginn kündigte der Auftraggeber den Architektenvertrag, weil der ausgewählte Bauunternehmer die Baustelle verlassen hatte und die Fertigstellung

der Bauten bis zum geplanten Datum unrealistisch geworden war. Streitig ist das vom Architekten eingeklagte Honorar.

Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zur Qualifikation des Architekten-Gesamtvertrags («le contrat d'architecte global»), der Planung und Bauleitung umfasst: Er stellt einen gemischten Vertrag dar, auf den – je nach der streitigen Leistung – die Regeln über den Auftrag oder den Werkvertrag Anwendung finden. Auf die Vertragsauflösung sind indessen die auftragsrechtlichen Regeln anwendbar (E. 3).

Vor Bundesgericht streitig ist vor allem die Honorarberechnung nach den Baukosten gemäss Art. 7 der SIA-Norm 102. Insbesondere geht es um die Auslegung von Art. 7.5.2, wonach dann, wenn ein Projekt nicht ausgeführt wird, «der Aufwand für die erbrachten Leistungen aufgrund der letzten Kostenermittlung berechnet» wird. Die Behauptungs- und Beweislast für die Tatsachen, die für die Honorarfestsetzung relevant sind, liegt nach Art. 8 ZGB beim Architekten, der daraus seinen Honoraranspruch ableitet. Liegt seine (zweite) Kostenschätzung nach Eingang der Handwerkerofferten deutlich über seiner ursprünglichen Schätzung, obliegt es ihm, nachzuweisen, dass der Auftraggeber zwischenzeitlich seine Bestellung erweitert hat (E. 7.1).

In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass die Informationen des Architekten über die Baukosten für den Auftraggeber von zentraler Bedeutung sind, weil sie dessen nachfolgende Entscheide beeinflussen – etwa wenn es um die Redimensionierung des Bauvorhabens aus Kostengründen geht. Bei einer vorzeitigen Auflösung des Auftrags darf der Mandant folglich («par conséquent») in guten Treuen davon ausgehen, dass nur die Baukosten, die er bei der letzten Schätzung des Architekten akzeptiert hat, als Basis für die Honorarberechnung dienen. Wird ein Bauprojekt abgeändert, werden die bis zur Änderung erbrachten Arbeiten des Architekten nach der ursprünglichen Kostenschätzung, die künftigen dagegen nach der neuen Schätzung berechnet (E. 7.2 unter Hinweis auf Jessica C. L. Aebi-Mabillard, La rémunération de l'architecte, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2015, Rn. 1054). Das führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten wird.

Die bundesgerichtlichen Erwägungen sind nach unserer Auffassung geprägt vom Bemühen, sehr komplizierte, wenig fassbare

(und seit 2003 mehrfach geänderte[7]) Bestimmungen der SIA-Norm 102 im Blick auf den Verständnishorizont des Auftraggebers – das heisst nach dem Vertrauensprinzip – auszulegen (zum «Kostenhonorar» vgl. ausführlich Aebi-Mabillard, a. a. O., Rn. 1019 ff., und nach der Änderung der SIA-Norm 102 Anton Egli/Hubert Stöckli, Das Planerhonorar, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Rn. 8.85 ff.). Dieses Bemühen verdient Zustimmung. Fragen der AGB-Kontrolle – die sich bei der Verwendung von SIA-Normen stets auch stellen können – kommen im Berichtsentscheid nicht zur Sprache. Nicht thematisiert wird vom Bundesgericht auch die anhaltende Kritik der Lehre an der Qualifikation des Gesamtvertrags als ein aus Werkvertrag und Auftrag gemischter Vertrag (für die einheitliche Anwendung des Auftragsrechts vgl. namentlich Gauch, Der Werkvertrag, a. a. O., Rn. 57 ff.; Peter Gauch/Patrick Middendorf, Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Rn. 1.49 ff.; Aebi-Mabillard, a. a. O., Rn. 412 ff. und 422).

5. Innominatverträge; Alleinvertriebsvertrag; typische Pflichten; BGer 4A_237/2023

Der Entscheid betrifft einen als «Wholesaler Sales Agreement» bezeichneten Vertrag über den wiederkehrenden Verkauf und Vertrieb von Medikamenten für die Gebiete der Demokratischen Republik Kongo, Ruanda und Burundi. Unstreitig war, dass er als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren ist. Dieser lässt sich laut dem Bundesgericht durch die Verpflichtung des Lieferanten umschreiben, «dem Abnehmer bestimmte Waren zu bestimmten Preisen zu liefern und

7 Vgl. auch Blaise Carron, Le Règlement SIA 102 concernant des prestations et honoraires des architectes: l'édition 2020, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg (online) 2021, S. 83 ff. (mit einer Übersicht über die Änderungen von 2014 und 2020 auf S. 91 ff.).

ihm ein (örtlich) begrenztes ausschliessliches Bezugsrecht einzuräumen, wobei sich der Abnehmer als Gegenleistung zur Bezahlung der vereinbarten Preise und zur Förderung des Absatzes verpflichtet». Er stellt einen Rahmenvertrag dar, der ein Dauerschuldverhältnis begründet (E. 4.1 mit Hinweisen).

Vor Bundesgericht sind vor allem Schadenersatzpflichten (mit der Abgrenzung zwischen Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR) sowie die Anwendbarkeit von Art. 82 OR streitig – Punkte, auf die vorne eingegangen worden ist (vorne II.7.b.).