

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB100071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 5. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom
14. September 2010; Proz. CG080070**

Rechtsbegehren:

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger

a) einerseits Zug um Zug gegen Rückübereignung des Imbissstandes (bestehend aus Verkaufswagen des Herstellers GEMA Ravensburg samt Gerätschaften, dem Wintergarten aus Holz mit Sitzmöglichkeiten sowie Inventar) CHF 120'000.– zuzüglich Zins von 5% seit 5. August 2008 zu bezahlen und

b) andererseits CHF 17'687.– zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 14. September 2010
(act. 51):

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 13'000.00; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 243.75 Dolmetscher/Übersetzung

Fr. 150.00 Zeugenentschädigung

Fr. 13'393.75

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Bülach erklärt werden.

Berufungsanträge:

des Klägers und Appellanten (act. 58 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 14. September 2010 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger
 - a) einerseits Zug um Zug gegen Rückübereignung des Imbissstandes (bestehend aus Verkaufswagen des Herstellers GEMA Ravensburg samt Gerätschaften, dem Wintergarten aus Holz mit Sitzmöglichkeiten sowie Inventar) CHF 120'000.– zuzüglich Zins von 5% seit 5. August 2008 zu bezahlen und
 - b) andererseits CHF 17'687.– zu bezahlen;alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

der Beklagten und Appellatin (act. 61 S. 2):

"Die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge inkl. MwSt-Zuschlag vollumfänglich abzuweisen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Am 1. Februar 2008 schlossen der Kläger als Käufer und die Beklagte als Verkäuferin einen Kaufvertrag über einen "Imbissstand mit Sitzmöglichkeiten" an der ... strasse in Z._____. Der Preis bezifferte sich auf Fr. 120'000.00 (act. 4/8). Bei der Vertragsunterzeichnung anwesend waren der Kläger und sein Sohn sowie die Beklagte mit ihrem Lebenspartner C._____ und ihrem Treuhänder D._____. Auf Wunsch des Klägers wurde in Anwesenheit obgenannter Personen eine Ergänzung zum Kaufvertrag erstellt, worin festgehalten wurde, dass "Herr C._____ als Vertreter der Verkäuferin einen weiteren Standplatz als Ersatz für den jetzigen Standplatz sucht. Dies geschieht, weil kein langfristiger Mietvertrag besteht." Weiter wurde im Anhang zum Kaufvertrag festgehalten, die Verkäuferin habe sich verpflichtet, die Käufer einzuarbeiten. Verfasser dieses Anhangs zum Kaufvertrag

war D._____. Er hatte auch den ursprünglichen Vertrag aufgesetzt. Der Anhang wurde - wie auch der ursprüngliche Kaufvertrag - vom Kläger und der Beklagten unterzeichnet (act. 4/8). Der Imbissstand wurde am 8. Februar 2008 übergeben. Gleichtags bezahlte der Kläger die erste Kaufpreisrate von Fr. 80'000.00 (act. 4/9; act. 1 S. 6). Die zweite Kaufpreisrate von Fr. 40'000.00 bezahlte er am 21. April 2008 (act. 4/11). Der Mietvertrag für den Standplatz auf dem Grundstück der Firma E._____ AG an der ...strasse in Z._____ endete per Ende März 2008. Bereits am 2. Juli 2007 war der Beklagten die Kündigung mitgeteilt worden (act. 4/4). Die Beklagte focht die Kündigung am 20. Dezember 2007 an und beantragte eine Erstreckung bis zum 31. März 2008 (act. 4/5). Auf dieses Datum konnte man sich mit den Vermietern schliesslich einigen (act. 4/6; act. 4/7). Ende März 2008 wurde dann noch einmal ein Aufschub bis Ende Juni 2008 erwirkt. Per 1. Juli 2008 hätte der Kläger seinen Standort an die ...strasse in Z._____ verlegen können, F._____ von der G._____ gestattete den Betrieb des Standes auf diesem Areal (act. 4/10). Mit der Begründung, auch dort sei kein langfristiger Mietvertrag möglich, trat der Kläger das Mietverhältnis an der ...strasse in Z._____ aber nie an. Mit Schreiben vom 17. Juni 2008 wurde der Beklagten vom Kläger schliesslich eine letzte Nachfrist von 30 Tagen angesetzt, um einen gleichwertigen Ersatzstandort samt den entsprechenden behördlichen Bewilligungen zu stellen. Ebenfalls wurde vorgeschlagen, die Beklagte könne, falls sie bis Ende Juni 2008 keinen Ersatzstandort stellen könne, einen Lagerort zur Verfügung stellen. Komme sie dieser Einladung nicht nach, werde der Kläger auf ihre Kosten einen entsprechenden Lagerplatz mieten (act. 4/13). Eine Reaktion der Beklagten auf dieses Schreiben blieb aus. Am 23. Juli 2008 teilte der Kläger der Beklagten mit, es werde im Sinne des Art. 107 Abs. 2 OR auf eine nachträgliche Erfüllung des Vertrages verzichtet und trete mit sofortiger Wirkung vom Kaufvertrag zurück und verlange die Rückerstattung der bereits erfolgten Leistungen Zug um Zug (act. 4/15). Auch auf dieses Schreiben reagierte die Beklagte nicht.

2. Mit Weisung des Friedensrichteramtes Y._____ vom 15. September 2008 (act. 2/1) und Klageschrift vom 24. Oktober 2008 (act. 1) gelangte der Kläger an das Bezirksgericht Bülach und gedachte den geltend gemachten Anspruch gegenüber dem Beklagten gerichtlich durchzusetzen. Nach Durchführung eines Be-

weisverfahrens wies die II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach die Klage mit Urteil vom 14. September 2010 ab.

3. Gegen diesen Entscheid erklärte der Kläger rechtzeitig die Berufung. Er erneuert den vor Vorinstanz gestellten Antrag auf Gutheissung der Klage. Die Beklagte schliesst seinerseits auf Abweisung der Klage. Das Berufungsverfahren wurde schriftlich durchgeführt (act. 58, 61, 64 und 69). Der Prozess ist spruchreif.

II. Formelles:

1. Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Die Berufung wurde bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bei der Kammer anhängig gemacht. Sie richtet sich mithin nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG). Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Berufungsverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren[AnwGebV] vom 8. September 2010).

2. Der Kläger hat den Vertrag nicht wegen absichtlicher Täuschung durch die Beklagte im Sinne des Art. 28 OR angefochten und sich auch nicht etwa auf einen Grundlagenirrtum berufen, sondern stützt sich einzig auf die Art. 97 ff. OR und verlangt die Rückerstattung des Kaufpreises zuzüglich Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags. Soweit der Kläger zweitinstanzlich eine Ergänzung des Beweisverfahrens zur Erhärtung des Täuschungsvorwurfes verlangt, kann seinem prozessualen Antrag schon aus diesem Grunde nicht entsprochen werden. Zudem hätte er dies bereits vor Vorinstanz verlangen können und es wä-

re ihm prozessual auch obliegen dies zu tun. Im Berufungsverfahren stehen seinem prozessualen Antrag die §§ 115 und 138 ZPO/ZH entgegen, da deren Voraussetzungen nicht gegeben sind.

III. Materielles:

1. Die Vorinstanz erwog, es sei zwischen den Parteien unbestritten, dass ein gültiger Vertrag über den Kauf des Imbissstandes zustande gekommen ist und der auf Platz verfasste Anhang Teil des Kaufvertrages bildet, mithin kein eigenständiges Gebilde sein soll. Die Vorinstanz stellte sodann fest, der Kläger behaupte eine Nicht- bzw. Schlechterfüllung der in diesem Anhang umschriebenen vertraglichen Pflicht seitens der Beklagten, weshalb er im Sinne des Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurückgetreten sei und nunmehr die Rückabwicklung des Kaufvertrages sowie den Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlange. Mängel beim Vertragsabschluss seien von keiner Partei genügend behauptet worden. Führe der Kläger aus, für ihn habe die langfristige Überlassung des bisherigen Standortes bzw. eines gleichwertigen Ersatzstandortes eine wesentliche Vertragsgrundlage dargestellt, so sei darin - trotz der an sich zutreffenden Formulierung - keine Geltendmachung eines Grundlagenirrtums im Sinne des Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR zu erblicken. Wäre der Kläger nämlich der Meinung, er sei einem Grundlagenirrtum unterlegen, hätte er der Beklagten nicht eine Nachfrist im Sinne des Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt und wäre anschliessend nicht zum Vertrag zurückgetreten (act. 51 S. 9/10).

Die Vorinstanz befand weiter, die Parteien seien sich über den Inhalt der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten insoweit nicht einig, als der Kläger dafür halte, die Beklagte oder C._____ hätten sich vertraglich verpflichtet, für den Kläger einen gleichwertigen Ersatzstandort zu finden, während sich die Beklagte nur dazu verpflichtet haben wolle, dem Kläger bei einer allfälligen Suche eines neuen Standortes zu helfen. Die Vorinstanz versuchte in dieser Situation gemäss Art. 18 OR den wirklichen, übereinstimmenden Willen der Parteien in einem Beweisverfahren zu ermitteln. Sie gelangte zum Ergebnis, ein tatsächlicher übereinstimmender Wille der Parteien über den vom Kläger behaupteten Vertragsinhalt liege

nicht vor. Sie prüfte deshalb auf Grund des Vertrauensprinzips, ob sich der Kläger nach Treu und Glauben auf seine Deutung des Vertrages habe verlassen dürfen. Sie verneinte auch dies und stellte schliesslich fest, der Vertrag sei auch nicht etwa lückenhaft, weshalb sich auch die Frage nach einer richterlichen Vertragsergänzung nicht stelle.

2. Der Kläger rügt im Berufungsverfahren vorab allgemein, die Vorinstanz habe den Prozessstoff sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht unzureichend und in keiner Weise abschliessend gewürdigt. Ganz wesentliche Anerkennungen der Gegenpartei würden schlicht unterdrückt bzw. nicht der notwendigen Würdigung zugeführt. Stossend bzw. einer klaren Rechtsverweigerung gleichkommend sei die unterlassene und vorliegend angezeigte Vertragsergänzung. Schliesslich unterlasse die Vorinstanz auch jegliche notwendige rechtliche Würdigung der von der Beklagten anerkannten teilweisen Nichterfüllung ihrer Vertragspflichten (act. 58 S. 3). Es wird darauf im Einzelnen zurückzukommen sein.

3. Die Vorinstanz hat einen tatsächlichen, empirischen Konsens der Parteien in dem vom Kläger behaupteten Sinn verneint. Der Kläger beanstandet, die Vorinstanz verkenne den Umstand bzw. würdige in unzureichender Weise, dass es sich beim festzustellenden Willen um eine innere Tatsache handle, die direkt überhaupt nicht bewiesen werden könne. Vielmehr könne nur aus bestimmten Indizien auf einen solchen Willen geschlossen werden. Insofern gehe es bei der Ermittlung des Parteiwillens immer um einen im weiteren Sinn mutmasslichen Willen. Es müssten daher hinreichende Anhaltspunkte für einen Schluss auf den Willen der Partei bei Abgabe der Erklärung vorliegen. Welchen Sinn die Willensäusserung habe, beurteile sich nicht bloss nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach dem Zusammenhang, in dem die Äusserung stehe und nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben worden sei. Vor diesem Hintergrund sei ganz allgemein festzustellen, dass sich die Urkundenwürdigung in einer rein grammatikalischen "Suche" unter weitgehender Aussparung der damit verbundenen Umstände erschöpfe. Wesentliche Anerkennungen der Beklagten - wie die Goodwillabgeltung der geleisteten Kaufpreiszahlung aber auch ihre persönlich verfasste Bestätigung der vorliegend fraglichen Pflicht zum Auffinden eines festen

Platzes in Z. _____ per 1. Juli 2008 (vgl. act. 26/4) - würden schlicht unterdrückt. Die an sich glaubhafte Zeugenaussage seines Sohnes H. _____ werde mit Hilfe von Scheinwidersprüchen untergeordneter Art in Zweifel gezogen. Nach einer teleologischen Auslegung und dem daraus fließenden Vertragszweck suche man im ganzen Urteil vergeblich. Die Anerkennung der Beklagten, dass der geleisteten Kaufpreiszahlung hauptsächlich Goodwillcharakter zukomme, finde in den vorinstanzlichen Erwägungen keinerlei Würdigung, obwohl sie massgebliche und wichtige Rückschlüsse auf den Vertragszweck des Geschäfts ermögliche. Eine Goodwillzahlung stelle nach allgemeiner betriebswirtschaftlicher Definition ein Entgelt für die künftigen Umsatz- und Ertragserwartungen aus dem Betrieb des gekauften Geschäftes dar. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Kaufgegenstand sei die Abschöpfung bzw. der Genuss des Goodwills durch ihn - den Kläger - untrennbar mit dem Vorhandensein eines Standplatzes verbunden. Mit anderen Worten: Die Goodwillzahlung bedinge im wirtschaftlichen Austauschverhältnis des Kaufvertrages zwingend, dass ihm - dem Kläger - als Gegenleistung zur Kaufpreiszahlung auch ein langfristiger bzw. dauerhafter Standplatz zur Verfügung stehe. Die unstrittige Willensübereinstimmung der Parteien über den überwiegenden Goodwillcharakter der Kaufpreiszahlung stelle mithin ein gewichtiges Indiz für die vertragliche Pflicht der Beklagten zur Beschaffung eines langfristigen, dauerhaften Betriebsstandortes im ...quartier Z. _____ dar. Diese gewichtige Prämisse für den Auslegungsstreit bzw. Rückschluss auf den festzustellenden - empirischen - Willen der Beklagten würde sich nur dann verbieten, wenn er sich freiwillig und ungeachtet einer dauerhaften Betriebsfortführung verpflichtet hätte, einen zu hohen Kaufpreis ausserhalb des aufgezeigten Äquivalenzverhältnisses zu bezahlen. Das werde aber von der Gegenpartei gerade nicht behauptet. Vielmehr vertrete die Beklagte die Ansicht, es handle sich um einen angemessenen und fairen Preis, der sich usanzgemäss nach dem Umsatz richte. Daraus ergebe sich, dass er auch nach Ansicht der Beklagten einen dem Austauschverhältnis angemessenen Kaufpreis bezahlt habe und er daher auch aus Sicht der Beklagten von einer angemessenen Gegenleistung - Ausschöpfung des Ertragspotentials - habe ausgehen dürfen. Der Zeuge C. _____ - Lebenspartner der Beklagten und deren Vertreter beim vorliegenden Geschäft - habe denn auch diesen Konnex

zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und der langfristigen Einräumung eines Standplatzes bestätigt, indem er auf entsprechende Fragen diesen Vertragszweck bejaht und die enormen Suchbemühungen der Beklagten mit ihrer Absicht, ihm - dem Kläger - eine langfristige Betriebsfortführung zu ermöglichen, begründet habe. Weiter halte auch der handschriftliche Anhang zum Kaufvertrag (act. 26/1) ausdrücklich fest, die darin zusätzlich begründete Pflicht der Beklagten betreffend den Ersatzstandort sei deshalb begründet worden, weil am bisherigen Standort kein langfristiger Mietvertrag bestehe.

Der Auffassung des Klägers kann nicht beigespflichtet werden. Die Vorinstanz hat unter korrekter Würdigung der abgenommenen Beweise ausführlich, umfassend und zutreffend dargelegt, dass der vom Kläger behauptete, empirische Konsens zwischen den Parteien nicht bestand (act. 51 S. S. 13-23). Hierbei hat die Vorinstanz insbesondere auch den von der Beklagten eingeräumten überwiegenden Goodwillcharakter des Kaufpreises gewürdigt und dem Kläger zwar zugebilligt, es erscheine plausibel, dass er die Fr. 120'000.00 nicht bezahlt hätte, wenn er nicht davon ausgegangen wäre, es sei ihm ein Standplatz langfristig garantiert worden. Zu Recht hat die Vorinstanz aber erwogen, der Kläger sei in diesem Vertragsverständnis nicht zu schützen, weil es hierzu an der Vertrauensbasis gebreche. Die Beklagte hat sich nicht verpflichtet, für den Kläger einen langfristigen, festen Standort im ...quartier Z. _____ per 1. Juli 2008 zu finden. Die Ausführungen des Klägers im Berufungsverfahren vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Insbesondere stützen die beiden von ihm bezeichneten Urkunden (act. 26/3-4) seine Meinung nicht. Im Schreiben vom 31. März 2008 (act. 26/4) bestätigt F. _____ der Beklagten und C. _____, dass der Imbissstand I. _____ per 1. Juli 2008 Platz für den Betrieb des Imbisses an der ...strasse in Z. _____ erhalte. In einem Schreiben gleichen Datums (act. 26/3) bestätigen die Beklagte und C. _____ ihrerseits dem F. _____, dass der Imbissstand I. _____ per 1. Juli 2008 höchstens als Provisorium - nur der Verkaufswagen - für längstens zwei Monate neben der ...-Halle aufgestellt werden könne. Es gelte ganz klar die Vorgabe, bis am 1. Juli 2008 einen festen Platz in Z. _____ zu finden und dorthin zu zügeln. Diese Erklärung wurde nun aber nicht gegenüber dem Kläger, sondern gegenüber F. _____ abgegeben, weshalb der Kläger daraus von Vorneherein kaum et-

was zu seinen Gunsten abzuleiten vermag. Zudem sind die beiden Erklärungen widersprüchlich und wurden zwei Monate nach Vertragsschluss abgegeben. Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss lässt ohnehin keine zwingenden Schlüsse auf ihr empirisches Vertragsverständnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu. Mit der Vorinstanz ist mithin festzuhalten, dass diese Urkunden nicht den Beweis dafür erbringen, die Beklagte habe sich verpflichtet, einen langfristigen Ersatzort für den Imbissstand zu finden (act. 51 S. 18). Im Übrigen ist entgegen der Meinung des Klägers "Suchen" nicht mit "Finden" gleichzusetzen. Der entscheidende Unterschied besteht im Erfolg. Immerhin war die Beklagte bzw. C._____ in der Lage, dem Kläger ab 1. Juli 2008 einen Ersatzstandplatz bei der G._____ anzubieten. Da der Kläger dieses Angebot jedoch abgelehnt hat, bleibt ungewiss, wie lange er den Ersatzstandplatz hätte nutzen können. Es entsprach nach dem Gesagten zusammengefasst nicht der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger einen möglichst langfristigen Betriebsstandort zur Verfügung zu stellen, sondern sie hatte den Kläger bei der Suche lediglich zu unterstützen. Dass sie dies getan hat, ist unbestritten. Sodann hat auch der Zeuge H._____ bestätigt, die Beklagte habe nie Langfristigkeit zugesichert (Prot. I S. 36).

4. Der Kläger bringt weiter vor, auffallend an den vorinstanzlichen Erwägungen zum normativen Konsens sei der Umstand, dass die rechtsgenügend vorgebrachten und seine im Beweisverfahren zumindest teilweise nachgewiesenen Sachdarstellungen zur erfolgten absichtlichen Täuschung durch die Beklagte vollständig ausgeblendet würden. Die Vorinstanz habe es im Übrigen auch hier nicht für notwendig erachtet, über diesen rechtserheblichen Sachverhalt ein Beweisverfahren durchzuführen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz seien für sein Verhalten sowohl die unterdrückte Tatsache der bereits ausgesprochenen Kündigung des bisherigen Standplatzes als auch die von der Beklagten vorgetäuschte Problemlösbarkeit der Beschaffung eines langfristigen Ersatzstandortes im Quartier sehr wohl rechtserheblich. Dies treffe auch auf die nachfolgende Vertuschung der fehlenden Dauerhaftigkeit des Ersatzstandortes bei der G._____ zu. Diese Täuschungen seien geradezu ursächlich für das bei ihm geschaffene, berechtigte Vertrauen in der langfristigen Absicherung der Betriebsweiterführung im ...quartier Z._____. Unter diesen Umständen wäre die Vorinstanz gehalten gewe-

sen, der Beklagten und nicht ihm den aus Treu und Glauben fliessenden Vertrauensschutz zu versagen. Die Beklagte verdiene auf Grund ihres rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) keinen Schutz ihrer rechtswidrig geschaffenen Position. Es gehe nicht an, sein Verhalten einseitig und unter jeglicher Aussparung der Täuschungshandlungen der Beklagten einseitig an der Rechtsfigur des vernünftig und korrekt handelnden Dritten zu messen und ihm vorzuwerfen, die fehlende Dauerhaftigkeit des Mietverhältnisses beim bisherigen oder einem allfälligen Ersatzstandort sei bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt erkennbar gewesen. Vielmehr hätte sich die Beklagte, die ihn absichtlich getäuscht habe und sich deshalb nicht auf Treu und Glauben berufen könne, sein Vertragsverständnis - Verschaffung eines langfristigen Betriebsstandorts im ...quartier Z._____ - entgegen halten zu lassen, womit sein Vertragsrücktritt zu schützen wäre. Allenfalls würde die normative Konsensermittlung unter diesen Umständen auch einen Dissens hinsichtlich der Beschaffung eines Ersatzstandortes durch die Beklagte ergeben, was wiederum zu einer Gutheissung seiner Berufung führte. Offensichtlich falsch sei sodann die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es sei von einem normativen Konsens entsprechend dem Wortlaut des Vertrages und somit des Vertragsverständnisses der Beklagten auszugehen. Die Beklagte habe nämlich während des ganzen vorinstanzlichen Verfahrens ebenfalls ein vom Wortlaut des Vertrages abweichendes Verständnis behauptet - lediglich Hilfe/Unterstützung des Klägers bei der Suche nach einem Ersatzstandort. Zusammenfassend bringt der Kläger zur behaupteten Täuschung vor, er sei nicht offen und transparent über die bereits erfolgte Kündigung des bisherigen Betriebsstandorts informiert worden. Sodann sei ihm entgegen der tatsächlichen Verhältnisse vorgetäuscht worden, die Beschaffung eines langfristigen, dauerhaften Ersatzstandortes im ...quartier stelle kein Problem dar. Schliesslich halte die nach Auffliegen des Schwindels um die bereits erfolgte Kündigung flugs produzierte, vom 31. März 2008 datierte Bestätigung von F._____ fest, der gekaufte Betrieb erhalte per 1. Juli 2008 Platz für den Betrieb des Imbisses an der ...strasse in Z._____ (act. 58 S. 8 ff.).

Der Meinung des Klägers kann auch insoweit nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat sich mit den Argumenten des Klägers auseinandergesetzt und ist nach be-

währter Auslegungsmethode zum überzeugenden Ergebnis gelangt, es habe keine vertragliche Pflicht der Beklagten bestanden, für den Kläger einen langfristig zur Verfügung stehenden Standplatz zu finden (act. 51 S. 23-28). Der Kläger bringt im Berufungsverfahren nichts vor, das die Auslegung der Vorinstanz unrichtig erscheinen liesse. Es war beiden Parteien bei Vertragsabschluss klar, dass der bisherige Standort nicht langfristig zur Verfügung stehen würde. Das ergibt sich schon aus der handschriftlich beigefügten Klausel, "Dies geschieht, weil kein langfristiger Mietvertrag besteht" (act. 26/1). Die fehlende Langfristigkeit des Mietvertrags war somit während den Vertragsverhandlungen ein Thema. Damit fällt der vom Kläger behauptete, gegenüber der Beklagten erhobene Täuschungsvorwurf in sich zusammen und es erübrigt sich - wie bereits erwähnt - das Beweisverfahren insoweit zu ergänzen. Es liegt aber auch kein Dissens mit Bezug auf die Beschaffung eines Ersatzstandortes vor. Die Beklagte hat dem Kläger die Unterstützung bei der Suche nach einem Ersatzstandort zugesichert und damit ausdrücklich bestätigt, dass ein langfristiger Standort im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung eben gerade nicht gesichert war.

5. Der Kläger beanstandet sodann, die vorinstanzliche Begründung greife zu kurz und erschöpfe sich am Ende in einem klaren Akt der Rechtsverweigerung, indem ihm die Berufung auf Treu und Glauben bzw. die Lückenhaftigkeit des offensichtlich rudimentären Vertragswerks zwischen den Parteien einfach versagt werde. Eine Vertragslücke liege dann vor, wenn der durch Vertragsauslegung ermittelte Regelungsgehalt des Vertragswerks für ein an sich regelbedürftiges Problem keine Lösung vorsehe. Die Lehre spreche in diesem Zusammenhang von der planwidrigen Unvollständigkeit des Vertrags. Ausgehend von der vereinbarten Goodwillzahlung und der von der Beklagten anerkannten angemessenen Adäquanz bzw. Höhe des Kaufpreises sei der Geschäftskern des Vertrages und dessen wirtschaftlicher Zweck darin zu sehen, dass ihm der bestehende Geschäftsbetrieb - samt Stammkundschaft - übereignet werde und ihm mithin die wirtschaftliche Ausschöpfung des damit verbundenen Ertragspotentials ermöglicht werde. Das setze zwingend einen dauerhaften Betriebsstandort im ...quartier Z._____ voraus. Dieser Zweck der Transaktion gelte nun unabhängig von der weiteren Frage, ob die Beklagte hinsichtlich eines allfällig notwendigen Ersatzstandortes

lediglich zur Suche oder auch zur Verschaffung verpflichtet gewesen sei. Auch für den Fall, dass man sich wie die Vorinstanz streng an den Wortlaut des Nachtrags zum Kaufvertrag vom 1. März 2008 (act. 26/1; recte: 1. Februar 2008) halte und lediglich von der Pflicht der Beklagten zur Suche eines Ersatzstandortes ausgehe, verlange der dargestellte Geschäftskern der Transaktion bzw. die vereinbarte Goodwillzahlung zumindest nach einer wesentlichen Korrektur der Kaufpreishöhe, sollten die Suchbemühungen der Beklagten erfolglos bleiben. Es würde einem abzulehnenden unangemessenen Auslegungsergebnis entsprechen, wenn die Beklagte unabhängig vom Resultat ihrer Suchbemühungen den ganzen Kaufpreis von stolzen Fr. 120'000.00 behalten könnte. Der Kaufvertrag vom 1. März 2008 (recte: 1. Februar 2008) sehe für den Fall, dass die Suchbemühungen der Beklagten erfolglos sein sollten, keine Regelung vor. Die ergänzungsbedürftige Regelung, wonach die Verkäuferschaft die Umzugskosten übernehme, sollte der Mietvertrag auf einen Termin vor Ende 2008 gekündigt werden, decke den vorliegend eingetretenen Fall nicht ab. Die Klausel beziehe sich ausschliesslich auf Umzugskosten, nicht aber auf Räumungs- bzw. Abbruchkosten, und decke mithin lediglich den Fall ab, dass die Suchbemühungen der Beklagten für einen dauerhaften Ersatzstandort auch tatsächlich Früchte getragen hätten. Die Klausel regle entgegen dem zumindest unterschweligen Auslegungsergebnis der Vorinstanz selbstredend nicht in abschliessender Weise sämtliche denkbaren Leistungsstörungen aus dem Vertragsverhältnis. Ein derartiges Auslegungsergebnis verbiete sich bereits aus dem Umstand, dass das Vertragswerk durch die Gegenpartei aufgesetzt worden und im Zweifel eng bzw. zu Ungunsten des Verfassers auszulegen sei. Die festgestellte Lücke bedürfe pflichtgemäss der richterlichen Vertragsergänzung. Nach der herrschenden Lehre und konstanten Praxis des Bundesgerichts sei die Vertragslücke in erster Linie durch das entsprechende, passende dispositive Gesetzesrecht zu schliessen. Auf den vorliegenden Fall der Nichterfüllung einer zugesicherten Eigenschaft (Mietvertrag am bisherigen Standort bis mindestens Ende 2008) und der nachfolgenden erfolglosen Suche nach einem gleichwertigen Ersatzort ergänzten die dispositiven Regeln des Kaufvertragsrechts zur Sachgewährleistung die festgestellte Vertragslücke in idealer Weise (act. 58 S.11 ff.).

Voraussetzung für eine Vertragsergänzung ist eine Vertragslücke. Eine solche Lücke ist gegeben, wenn die Parteien bei Vertragsschluss eine wesentliche Frage nicht gesehen haben oder sich diese Frage erst im Laufe der Zeit stellte. Beides ist hier nicht erkennbar: Für beide Parteien war von Anfang an klar, dass einerseits der Imbissstand wirtschaftlich nur dann sinnvoll geführt werden kann, wenn der Standplatz zumindest im Quartier langfristig zur Verfügung steht, und dass andererseits diese Langfristigkeit nicht vorhanden war. Die Parteien gedachten die Risiken durch verschiedene Vertragsbestimmungen zu minimieren. So verpflichtete sich die Beklagte zur Tragung der Hälfte der Umzugskosten, sofern das Mietverhältnis vor Ende des Jahres 2008 gekündigt werden sollte, und sagte dem Kläger Hilfe bei der Suche eines Ersatzstandortes zu. Zudem verpflichtete sich die Beklagte, den Kläger einzuarbeiten. Haben die Parteien aber für den Fall, dass kein Standort langfristig - d.h. nach Auffassung des Klägers für eine Zeitspanne von wenigstens 5 Jahren - zur Verfügung stehen sollte, keine Regelung getroffen, so liegt keine Vertragslücke vor, sondern das Risiko hat diejenige Vertragspartei zu tragen, bei welcher es sich verwirklicht hat. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ist ein Vertrag richterlich nur dann zu ändern oder aufzuheben, wenn durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein derartiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf ihren Anspruch als missbräuchlich erscheint. Hier gebietet es - wie bereits erwähnt - an der mangelnden Voraussehbarkeit. Man könnte sich fragen, ob sich der Kläger unter diesen Umständen nicht mit Erfolg auf einen Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR hätte berufen können. Das ist deshalb zu verneinen, weil die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die weitere Entwicklung mit Bezug auf die Langfristigkeit des Standortes nicht voraussahen und die bereits erwähnten Bestimmungen vereinbarten, weshalb das Vertrauensprinzip die Zusicherung eines langfristigen Standortes bzw. Ersatzstandortes gerade nicht zulässt. Abgesehen davon hat sich der Kläger innert der in Art. 31 Abs. 1 OR festgelegten Jahresfrist nicht auf Grundlagenirrtum, sondern auf Nicht- bzw. Schlechterfüllung des Vertrages berufen. Das setzt aber voraus, dass der Vertrag gültig zustande gekommen ist. Der Kläger stützt sich denn auch - wie bereits erwähnt - auf die in Art. 107 OR und 109 OR vorgesehenen Rechtsbehelfe sowie

auf die Sachgewährleistung beim Kauf. Das hilft dem Kläger indes nichts, da die Beklagte dem Kläger keinen langfristigen Ersatzstandort garantiert hat und sich eine derartige Verpflichtung nach dem Gesagten auch nicht auf bewährte Auslegungsmethoden gründen lässt.

6. Die Beklagte hat den Vertrag nicht schlecht erfüllt, weshalb der Kläger nicht berechtigt war, gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR nach einer erfolglosen Fristansetzung vom Vertrag zurückzutreten und die Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen. Mithin erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Klage ist abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge zu bestätigen.
2. Der Kläger wird auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO/ZH).

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'200.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'500.00 zuzüglich 7,6 % MWST zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, II. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 137'687.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: