

2. Probeklausur vom 5. Mai 1997

I.

Die Bank B wird von ihrer Kundin T AG angewiesen, der X AG Fr. 80'000.- zu überweisen. B führt die Anweisung aus, jedoch aufgrund eines technischen Fehlers versehentlich über einen Betrag von Fr. 800'000. Da die X AG aus einer anderen Forderung einen Betrag von über einer Million Fr. von T zugute hat, verweist sie B mit ihrem Rückforderungsanspruch an T.

Variante:

Die Bank B wird von ihrer Kundin T AG am 20. April beauftragt, den Betrag von Fr. 4'500.- an das Bundesamt für geistiges Eigentum zu überweisen, welches bei der Bank A ein Konto unterhält. T weist B und diese A darauf hin, dass die Überweisung spätestens am 30. April durchgeführt sein müsse, weil bei nicht rechtzeitigem Eingang der Gebühr ein Patent der T verfallt. Infolge eines Fehlers der A wird der Betrag dem Bundesamt für geistiges Eigentum erst am 2. Mai gutgeschrieben. Dieses vertritt unter Hinweis auf die Zahlungsfrist den Standpunkt, das Patent sei verfallen, was für T einen Schaden in Höhe von Fr. 80'000.- zur Folge hätte.

Wie ist die Rechtslage?

(Der Fall ist rein privatrechtlich zu lösen, allfällige öffentlichrechtliche Fragen bleiben ausser Betracht.)

II.

Wegen sich abzeichnender Liquiditätsschwierigkeiten sieht sich die T AG vor die Notwendigkeit gestellt, ihre Hausbank B um eine Kreditlimite für ihr Kontokorrent in Höhe von Fr. 300'000.- anzugehen. Diese erklärt sich bereit, die Kreditlimite zu gewähren, wenn gleichzeitig die Mehrheitsaktionärin von T, die finanzstarke Immobiliengesellschaft M AG, Sicherheit leistet.

Nach Schliessung einer Vereinbarung mit u.a. folgendem Inhalt

„Wir, M AG, garantieren hiermit Ihnen [B] gegenüber uneingeschränkt, für den von Ihnen an unsere Tochtergesellschaft T AG gewährten Kontokorrentkredit Rückzahlung, zahlbar auf erstes Anfordern, zu leisten.“

erhält die T die gewünschte Kreditlimite zugesprochen. Nach einigen Tagen wird ein sich als seriöser Geschäftsmann gebärdender V vorstellig und gibt vor, der T AG vorteilhafte Geschäfte vermitteln zu können. Er präsentiert raffiniert gefälschte Dokumente und erweckt dadurch das Interesse der T, die schliesslich in die fraglichen Geschäfte einwilligt und ihm ihre letzten Fr. 100'000.- als Vorschuss auf sein Bankkonto überweist. Der mittellose V hebt das gesamte Geld ab, behält die eine Hälfte für sich und schenkt die andere seinem nichtsahnenden Sohn S.

Kurze Zeit später gelangen die Machenschaften des V ans Tageslicht, worauf T Anzeige gegen V wegen Betruges erstattet. B hört von dem Missgeschick und ist über die finanzielle Sorgfalt und den unerfreulichen Geschäftsgang der T AG sichtlich beunruhigt. Sie kann sich des Eindrucks nicht erwehren, T werde in den nächsten Tagen ihren Kontokorrentkredit beanspruchen müssen und dabei nicht in der Lage sein, bei Fälligkeit den Kredit zurückzuzahlen. Unter Hinweis auf die geschlossene Vereinbarung fordert sie deshalb M auf, ihren Verpflichtungen nachzukommen.

Wie ist die Rechtslage?

Lösungsskizze zur 2. Probeklausur vom 5. Mai 1997

bei Prof. Dr. H. Honsell*

I.

Anspruch der B gegen X AG auf Zahlung von Fr. 720'000.- aus OR 62 II

Die von B auf Geheiss von T durchgeführte Überweisung zugunsten der X ist rechtlich als Anweisung i.S.v. OR 466 ff. zu qualifizieren¹. Das der Anweisung zugrundeliegende Dreipersonenverhältnis wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis B die Rückerstattung des grundlos Zuvielüberwiesenen zu verlangen hat. Grundsätzlich entsteht der Bereicherungsanspruch im fehlerbehafteten Verhältnis². Liegt beispielsweise infolge eines Widerrufs ein Doppelmangel vor, sollte man sich entgegen dem BGer nicht von Gutgläubensschutzerwägungen leiten lassen und daher zumindest eine Durchgriffskondiktion des Delegaten gegen den Delegatar zulassen³. Im vorliegenden Fall, in dem es nicht um den Widerruf einer Anweisung geht, sondern um eine von vornherein fehlende Anweisung, ist es jedenfalls sachgerecht, der B eine Direktkondiktion gegen den Anweisungsempfänger zuzugestehen. Zum einen liegt eine wirksame Anweisung lediglich in Höhe von Fr. 80'000.- vor; die darüber hinausgehende, von B versehentlich überwiesene Summe kann der T nicht als eigene Leistung zugerechnet werden. Zum anderen verfängt auch das Argument des Gutgläubenschutzes nicht: Einmal wird diesem im Bereicherungsrecht über OR 64 Rechnung getragen, ferner besteht im Fall eines Zurechenbarkeitsmangels kein Anlass, unter Hinweis auf die Gutgläubigkeit des Anweisungsempfängers⁴ bezüglich der Zuvielleistung der Gewährung einer Rückgriffskondiktion⁵ an B das Wort zu reden. Eine solche

* *Schrifttum:*

BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (2. Aufl. 1988); VON CAEMMERER, Zahlungsort, in: FS Mann (1977), 3; CANARIS, Bankvertragsrecht (3. Aufl. 1988); FIKENTSCHER, Schuldrecht (8. Aufl. 1992); GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (6. Aufl. 1995); GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis (3. Aufl. 1986); HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (4. Aufl. 1997); ders., Schweizerisches Haftpflichtrecht (2. Aufl. 1996); ders., Der Verzugschaden bei der Geldschuld, in: FS Lange (1992), 509; ders./VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I (2. Aufl. 1996); KELLER/SCHAUFELBERGER, Ungerechtfertigte Bereicherung (3. Aufl. 1990); KLEINER, Bankgarantie (4. Aufl. 1990); KOPPENSTEINER/KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung (2. Aufl. 1988); LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I (14. Aufl. 1987); LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts II/2 (13. Aufl. 1994); MEDICUS, Schuldrecht II (7. Aufl. 1995); REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum (1991); SCHÖNLE, Ort und Zeit bargeldloser Zahlung, in: Droit des obligations et droit bancaire (1995), 101; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (3. Aufl. 1979); WETH, Bürgschaft und Garantie auf erstes Anfordern, AcP 189 (1989), 303.

¹ GUGGENHEIM 234 mNw. Zwischen Bankkunde und Bank besteht in einem solchen Fall ein dem Auftragsrecht unterstehender sog. Girovertrag, bei welchem die einzelnen Zahlungsaufträge konkretisierende Weisungen darstellen (GUGGENHEIM aaO).

² VON TUHR/PETER 477 f.; BGE 121 III 109, 113 E. 4a = Pra 1995 Nr. 274.

³ HONSELL AJP 1995, 1210 f. Das BGer stellt in Gefolgschaft des BGH darauf ab, ob der Anweisungsempfänger vom Widerruf der Anweisung Kenntnis hatte und versagt bejahendenfalls einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch des Angewiesenen, um jenen in seinem Vertrauen zu schützen. Dies ist zumindest fraglich, da im Bereicherungsrecht der Gutgläubens- bzw. Vertrauensschutz einzig im Rahmen von OR 64 zu berücksichtigen ist (HONSELL aaO 1210; OR-SCHULIN Art. 62 N 33).

⁴ X ist mit Fug gutgläubig, da ihr aus einer anderen Forderung gegen T eine das aus der Anweisung Empfangene übersteigende Summe zusteht.

⁵ Der Dritte, der eine fremde Schuld erfüllt, kommt regelmässig in den Genuss einer Rückleistungskondiktion, wenn zu seiner Erholung keine anderen Ansprüche gegen den Schuldner zu Gebote stehen (vgl. MEDICUS N 719 ff.). Im zu beurteilenden Fall ist sie jedoch nicht sachgerecht, da man

hätte die Verlagerung des Rückforderungsanspruchs ins Deckungsverhältnis und damit letztlich eine Belastung des Bankkunden zur Folge⁶, wofür indes gerade keine Gründe vorgetragen werden können, wenn es jedweden vom Bankkunden zu vertretenden Rechtsscheins ermangelt.

Aus alledem folgt, dass B die irrtümlich veranlasste Zuvielleistung als rechtsgrundlose Vermögensverschiebung von X mittels der *condictio sine causa* (OR 62 II)⁷ zurückverlangen kann und es der X folglich verwehrt ist, gegen deren Anspruch Einreden aus dem jene nicht betreffenden Valutaverhältnis zu erheben.

Variante: Ansprüche der TAG gegen A (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation) auf Schadenersatz

Es gilt (nach zivilrechtlichen Grundsätzen), zu ermitteln, ob die Auffassung des Bundesamtes bezüglich des Patentverfalls zutrifft. Erweist sich diese als richtig, müsste in der Folge geprüft werden, welche Anspruchsgrundlagen zur Liquidierung des bei T eingetretenen Schadens zu Gebote stünden.

Nicht in Frage käme ein deliktischer Anspruch gegen A. Ein solcher entfällt mangels Widerrechtlichkeit, weil es keine Schutznorm gibt mit dem Zweck, das Vermögen vor derartigen Schädigungen zu bewahren⁸. Zu prüfen ist daher, ob der T gegen A ein vertraglicher Schadenersatzanspruch zuzubilligen ist. Dazu ist vorweg grundsätzlich zu bemerken, dass ein beim Gläubiger eingetretener Vermögensfolgeschaden wegen Nichtleistung von Geld bei Verschulden des Schuldners von diesem zu ersetzen ist⁹. Der Leistungstermin ist vorliegendenfalls von solcher Wichtigkeit, dass das Geschäft mit ihm steht und fällt. Bei diesem sog. absoluten Fixgeschäft berechtigt die verspätete Leistung den Gläubiger, Ersatz des Erfüllungsinteresses über die Unmöglichkeitregeln zu verlangen (OR 97 I i.V.m. 398 I)¹⁰.

Bei verspäteter Auftrags Erfüllung gelangen die allgemeinen Verzugsregeln zur Anwendung¹¹, so dass der Gläubiger in Anwendung von OR 103 Ersatz des Verspätungsschadens verlangen kann, wobei es dem Schuldner obliegt, sich zu exkulpieren.

T hat allein mit B einen Girovertrag geschlossen und ist mit der Empfängerbank A in keinerlei vertragliche Beziehungen getreten¹². Da der Überweisungsempfänger sein Konto nicht bei B unterhält, liegt ein Fall des sog. mehrgliedrigen Überweisungsverkehrs vor, bei welchem die Überweisungsbank B unter Abrechnung über das

eine Belastung des Bankkunden mit dem Rückforderungsprozess und den damit verbundenen Nachteilen vermeiden will.

⁶ CANARIS JZ 1987, 203; für eine Direkt- bzw. Durchgriffskondition ders. N 436; HONSELL OR BT § 29 III [334]; KOPPENSTEINER/KRAMER 32; MünchKomm-LIEB § 812 N 45 ff., 56; OR-SCHULIN Art. 62 N 33; STAUDINGER/LORENZ § 812 N 51; obiter BGE 121 III 109, 113 f. E. 4a = Pra 1995 Nr. 274; für Durchgriffskondition bei Bösgläubigkeit des Empfängers BGH JZ 1987, 199.

⁷ Dazu KELLER/SCHAUFELBERGER 53 f.; VON TUHR/PETER 497. Die *condictio indebiti* (OR 63) ist nicht einschlägig, da B nicht infolge eines Irrtums annimmt, zur Zahlung verpflichtet zu sein. Die Zuvielleistung ist vielmehr auf einen technischen Mangel zurückzuführen. Für Leistungskondition auch MünchKomm-LIEB § 812 N 58; dagegen BGH BB 1994, 2166 mNw.

⁸ Zu den sog. reinen Vermögensschäden s. HONSELL § 4 N 20. Zur Begründung der Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen ist eine auf Gesetz oder Gefahrensatz (str.) beruhende Handlungspflicht vonnöten.

⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang HONSELL FS Lange (1992) 509, 517 ff. mit Hinweis auf RG DJZ, 1911, 1218. Dort entstand dem Gläubiger ein Schaden in Höhe von 180'000 Mark, wovon der Schuldner - wegen Mitverschuldens des Gläubigers - lediglich die Hälfte zu ersetzen hatte. Demgegenüber wäre es richtig gewesen, jegliche Ersatzpflicht zu verneinen, weil der Gläubiger es unterlassen hatte, die Bank auf den drohenden Schaden hinzuweisen (so HONSELL aaO 519).

¹⁰ Zu den Besonderheiten des absoluten Fixgeschäfts s. LARENZ § 21 I [306].

¹¹ Vgl. OR-WEBER Art. 398 N 20.

¹² GUGGENHEIM 240.

Bankenclearingsystem (SIC) mit der Empfängerbank A einen weiteren Girovertrag abschliesst¹³. Dabei genügt die Überweisungsbank ihren Vertragspflichten gegenüber dem Überweisenden, wenn sie dessen Anweisung und die damit verbundenen besonderen Instruktionen der Empfängerbank ordnungsgemäss überbindet¹⁴. Ob man mit Teilen der deutschen Lehre annehmen will, die Empfängerbank sei nicht Erfüllungsgehilfe der Überweisungsbank - wofür beachtliche Argumente vorgebracht werden können¹⁵ - oder ob man mit der schweizerischen Lehre und Judikatur¹⁶ die Zweitbank als Substitutin i.S.v. OR 399 II betrachtet, ist in casu im Ergebnis gleichgültig. So oder so stellt sich heraus, dass die Erstbank B keiner Haftung unterliegt¹⁷. Die Weisung der T, spätestens bis zum 30. April zu überweisen, wurde der A von B gemäss Sachverhalt ordnungsgemäss mitgeteilt. Die für den Verspätungsschaden kausale und allein von A zu vertretende Weisungsmisachtung legt es deshalb nahe, nach einem vertraglichen Anspruch gegen sie zu suchen. Dieser lässt sich auf den Girovertrag zwischen B und A gründen, wenn man ihm eine *Schutzwirkung zugunsten Dritter* beimisst¹⁸. Eigenheit dieser Figur ist es, einen „leistungsnahen“ Dritten insofern in das Schuldverhältnis miteinzubeziehen, als er selbständig sekundäre Leistungsansprüche geltend machen darf¹⁹. Die Existenz eines vertraglichen Anspruchs des Überweisenden darf nämlich nicht von der zufälligen Abwesenheit einer Aufspaltung des Überweisungsverhältnisses auf mehrere Rechtssubjekte abhängig gemacht und ein Ersatzanspruch gegen die fehlbare Bank demgemäss nur bei einer Hausüberweisung bejaht werden²⁰. Mit dem BGer kann weiter argumentiert werden, dass das in Frage stehende Drittinteresse im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr allseits erkennbar und ein Schutzbedürfnis des Überweisenden vor Fehlern der beteiligten Banken nicht in Abrede zu stellen ist²¹. - Es geht letztlich darum, zu verhindern, dass an sich begründete Ersatzansprüche des Überweisenden allein wegen zahlungstechnischer und organisatorischer Zufälligkeiten leerlaufen²². Anstelle des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter könnte auch die Figur der *Drittschadensliquidation* herangezogen werden, bei welcher der Anspruchsinhaber, hier also B, ausnahmsweise den Schaden der geschädigten T liquidieren darf. Zur Begründung wäre anzuführen, dass B als mittelbare Stellvertreterin von T handelt und damit eine aus der Sicht der Schädigerin zufällige Schadensverlagerung vorliegt, was die Gewährung einer Drittschadensliquidation rechtfertigt²³. Im Ergebnis wäre der T durchaus ein Ersatzanspruch gegen A zuzugestehen, sofern sie nur einen Schaden erlitten hätte. Dies ist indes aus folgenden Gründen zu verneinen:

13 GUGGENHEIM 238 f.

14 CANARIS N 329 u. 390.

15 Für die Ausklammerung der eigentlichen Überweisungsdurchführung aus dem Pflichtenprogramm der Erstbank spricht in der Tat, dass diese kaum eine Verbindlichkeit übernehmen will, die sie selbst zu erfüllen nicht imstande ist, ohne dabei gleichzeitig die Bestimmung des benötigten Erfüllungsgehilfen vornehmen zu können. Dieser stellt gleichsam eine vorgegebene, feste Grösse dar, abhängig von der jeweiligen Bankverbindung des Überweisungsempfängers (vgl. CANARIS N 390).

16 BGE 121 III 310, 314 E. 4 mNw.

17 Nach der einen Auffassung, weil sie überhaupt nicht für das Verhalten der Zweitbank einzustehen braucht; nach der andern, weil ihr bezüglich deren Auswahl und Instruktion (OR 399 II) in concreto kein Vorwurf zu machen ist.

18 Zurückhaltend in dieser Hinsicht das BGer, das eine Konstruktion über OR 399 ins Auge fasst, im Ergebnis aber die dem Vertrag mit Schutzwirkung zugrunde liegenden Wertungen dann doch zum Zuge kommen lässt (BGE 121 III 310, 315 ff. E. 4a-b). Zu Recht kritisch zur Urteilsbegründung HESS, recht 1996, 144 ff.

19 LARENZ § 17 II [226]; primäre Leistungsansprüche sind ihm versagt, ansonsten ein echter Vertrag zugunsten Dritter (OR 112 II) vorläge.

20 CANARIS N 395.

21 BGE 121 III 310, 317 E. 4c.

22 So CANARIS JZ 1995 441, 443.

23 Vgl. FIKENTSCHEER N 463 f.

Geldschulden sind mangels abweichender Parteiabrede Bringschulden (OR 74 II Ziff. 1). Durch Angabe einer Bankverbindung äussert das Bundesamt sein Einverständnis mit der Erfüllung von Geldschulden durch bargeldlose Überweisung anstelle von Barzahlung²⁴. Der T steht es somit offen, Bargeld zu übergeben oder durch Veranlassung einer Banküberweisung zu erfüllen. Wählt sie letzteres, so hat sie durch rechtzeitige Auftragserteilung vorzukehren, dass der Betrag auch tatsächlich fristgerecht gutgeschrieben werden kann. Gleichgültig, welche Zahlungsart gewählt wird, entscheidend ist in casu, dass die Gläubigerin am 30. April über die geschuldete Summe verfügen kann. T hat ihre Bank B zehn Tage vor Fristablauf mit der Überweisung beauftragt, so dass unstreitig ausreichend Zeit vorhanden gewesen wäre, den Auftrag fristgerecht auszuführen. Da das Bundesamt sein Konto bei der Bank A unterhält und deshalb eine zwischen Schuldner- und Gläubigerbank sich abspielende Kettenüberweisung vorliegt, stellt sich die Frage nach der Verteilung des Verspätungsrisikos. Mithin ist zu entscheiden, wem das Fehlverhalten der A anzurechnen ist, nachdem feststeht, dass B den Auftrag ihres Kunden ordnungsgemäss an A weitergeleitet und die dazu erforderlichen Buchungen rechtzeitig vorgenommen hat. Ob man zur Bestimmung der Erfüllungswirkung auf die Interbankbuchung abstellt - also den Zeitpunkt, in welchem die Absender- der Empfängerbank über ihre Konten bei der Clearingstelle Deckung verschafft²⁵ - oder, was sachgerechter ist, den Zeitpunkt vorzieht, in welchem aus der Gutschrift ein Anspruch des Überweisungsempfängers entsteht²⁶, ist für die Frage der Verteilung des Verzögerungsrisikos belanglos. In beiden Fällen ist nämlich die tatsächliche Bereitstellung der Überweisungssumme auf dem Konto des Gläubigers ausschliesslich dem Verantwortungsbereich der Empfängerbank zuzurechnen. Eine von ihr verursachte Verzögerung kann folglich nicht dem Schuldner angelastet werden, der seinerseits alles Erforderliche unternommen hat, um eine fristgerechte Gutschrift zu veranlassen. Dieses Ergebnis ist Ausfluss des Sphärengedankens, nach welchem jeder für die Unzulänglichkeiten seines Verantwortungsbereichs einzustehen hat²⁷. Liegt wie hier der Grund der Verzögerung allein in der Sphäre des Gläubigers, zu welcher seine Bank A zu rechnen ist, entfällt deshalb eine schuldnerische Haftung²⁸. Rechtstechnisch liegt eine Obliegenheit des Gläubigers vor, dafür zu sorgen, dass seine Gehilfen eine fristgerechte Erfüllung ermöglichen. Der Sphärengedanke beruht mit anderen Worten darauf, dass der Schuldner aufgrund einer vom Gläubiger genehmigten oder gewünschten Erfüllungsabwicklung, wie sie hier der mehrgliedrige Überweisungsverkehr darstellt, nicht für das in die Pflicht genommen werden kann, wofür er gewöhnlich nicht einzustehen bräuchte. Vielmehr ist seine Haftung beschränkt auf das Verhalten der Absenderbank (OR 101), der in concreto nichts vorzuwerfen ist.

Bei dieser Sachlage ergibt sich, dass die der Empfängerbank A anzulastende Gutschriftsverzögerung das Bundesamt nicht berechtigt, von einem Patentverfall auszugehen, und die T somit gar nicht geschädigt ist.

II.

1. *Anspruch der B gegen M AG aus Garantievertrag (OR 111) auf Zahlung der Garantiesumme*

²⁴ Vgl. BUCHER 300. Zur Kontroverse, ob die Giroüberweisung Zahlung im Sinne von OR 84 oder Leistung an Erfüllung Statt s. GAUCH/SCHLUEP N 2358 u. LARENZ § 18 IV [249] je mNw.

²⁵ So GAUCH/SCHLUEP N 2365 f.

²⁶ So CANARIS N 476 u. 483.

²⁷ Vgl. CANARIS N 481.

²⁸ Vgl. VON CAEMMERER FS Mann (1977) 14. A.M. ist SCHÖNLE, der auch die Gläubigerbank zu den Hilfspersonen des Schuldners rechnet (107). Dem ist entgegenzuhalten, dass es dem Schuldner versagt ist, die Gläubigerbank mitzubestimmen und ihm daher nicht zugemutet werden sollte, für ihre Unzulänglichkeiten einzustehen.

Zu prüfen steht an, wie die zwischen B und M geschlossene Vereinbarung zu qualifizieren ist, und ob B die Garantiesumme vor Inanspruchnahme des versprochenen Darlehens abrufen darf²⁹. M verspricht, auf erstes Anfordern den an ihre Tochter T gewährten Kredit zurückzuerstatten. Der darin ersichtliche Bezug zu einem Grundgeschäft gebietet es, die beiden Sicherungsgeschäfte Bürgschaft und bürgschaftsähnliche Garantie in Erwägung zu ziehen und voneinander abzugrenzen. Eigenheit der Garantie ist gegenüber der Bürgschaft, dass sie nichtakzessorischer Natur ist, d.h. leistungssichernd wirkt unabhängig davon, ob das Grundgeschäft geschuldet und erzwingbar ist³⁰. Ob das eine oder andere von den Parteien verabredet wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln³¹. So spricht das Stellen der Leistung des Dritten „auf erstes Anfordern“ hin für eine nichtakzessorische Sicherstellung, weil Zahlung auf erstes Anfordern nur dann sinnvoll durchzuführen ist, wenn der Sicherungsgeber auf jegliche Anspruchsprüfung und damit im Ergebnis auf Erhebung von Einreden oder Einwendungen aus dem zu sichernden Grundverhältnis verzichtet³². Unterstützend zur Annahme einer bürgschaftsähnlichen Garantie kann hier überdies das häufig erwähnte Abgrenzungskriterium des Eigeninteresses³³ des Garanten an der Sicherstellung herangezogen werden, weil der M als an T mehrheitsbeteiligter Aktionärin daran gelegen sein wird, dass diese den in Rede stehenden Kredit zugesprochen erhält. Weiter hat man sich vor Augen zu halten, dass die M AG als wohl geschäftsgewandte juristische Person mit den verschiedenen Arten der Sicherungsgeschäfte vertraut sein wird und daher der Bedeutung nichtakzessorischer Sicherung gewahr ist. Die bundesgerichtliche Judikatur, bei geschäftsgewandten Banken die Abgabe einer Garantie zu vermuten, wird man deshalb auf andere geschäftserfahrene Unternehmen ausdehnen dürfen³⁴, ohne damit den Schutzzweck des strengeren Bürgschaftsrechts zu vereiteln³⁵. Eine zusammenfassende Wertung wird also die zwischen B und M geschlossene Vereinbarung als bürgschaftsähnliche Garantie, zahlbar auf erstes Anfordern, qualifizieren. Im Ergebnis deckungsgleich ist die Auffassung, welche die auf erstes Anfordern zahlbar gestellte Garantie als abstraktes Schuldversprechen i.S.v. OR 17 betrachtet³⁶. Nach beiden Ansichten ist es dem Promittenten nämlich verwehrt, Einreden aus dem Grundverhältnis zu erheben. Im ersten Fall begründet man dies mit dem die Garantie kennzeichnenden Fehlen der Akzessorietät³⁷; im zweiten mit dem im Versprechen, auf erstes Auffordern zu zahlen, enthaltenen

²⁹ T und B haben einen Darlehens-Krediteröffnungsvertrag geschlossen (GUGGENHEIM 96). Dieser berechtigt T, bei Bedarf über sein Kontokorrent einen Kredit zu den vereinbarten Bedingungen zu beanspruchen und ist insoweit als Rahmenvertrag mit darlehensrechtlichen Elementen zu qualifizieren (OR-SCHÄRER Art. 312 N 27 ff.).

³⁰ HONSELL OR BT § 31 II 2 [344 mNw.]; KLEINER N 5.10.

³¹ HONSELL OR BT § 31 II 2 [345].

³² KLEINER N 5.32, der allerdings der Auffassung ist, dass der zusätzliche Hinweis auf einen Einrede- und Einwendungsausschluss zu empfehlen sei, da die Erklärung der Leistungsbereitschaft auf erstes Anfordern gegenüber dem Einredeverzicht das schwächere Indiz für eine Garantie abgebe (N 5.33 FN 56); ferner GUGGENHEIM 149. In casu könnte man in der Vereinbarung einer „uneingeschränkten“ Verpflichtung einen Einrede- und Einwendungsausschluss erblicken.

³³ Dazu OR-PESTALOZZI Art. 111 N 31. Präzisierend ist mit KLEINER N 5.51 anzufügen, dass selbstverständlich auch ein Bürge ein Eigeninteresse haben kann.

³⁴ So zu Recht OR-PESTALOZZI Art. 111 N 26.

³⁵ Bei der Vertragsqualifikation hat man den Schutzgedanken des Bürgschaftsrechts mitzubersichtigen (HONSELL OR BT § 31 II 2 [345]).

³⁶ HONSELL OR BT § 31 II 2 [345]; demgegenüber betont die Gegenmeinung, dass Garantie auf erstes Anfordern und abstraktes Schuldversprechen sich inhaltlich insofern unterscheiden, als bei ersterer der Garant nicht Schuldner des Leistungserfolgs ist, sondern im Garantiefall bloss Interesseersatz zu erbringen hat, während der Schuldner aus abstraktem Schuldversprechen selbst Leistungsschuldner ist (STAUDINGER/MARBURGER [1986] Vor § 780 N 17; MünchKomm-HÜFFER § 780 N 10; CANARIS N 1125).

³⁷ KLEINER N 21.15; OR-PESTALOZZI Art. 111 N 14, 22.

Einredevorzicht³⁸. Bei Eintritt des Garantiefalls ist der Promittent daher verpflichtet, gemäss seiner Garantieerklärung zu leisten und kann einzig Einreden erheben, die sich aus der Garantie selbst ergeben³⁹ oder einwenden, die Garantie werde zweckwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich abgerufen⁴⁰.

Zahlungsauslösend wirkt bei der Garantie auf erstes Anfordern die Leistungsaufforderung verbunden mit der blossen Behauptung, der Garantiefall sei eingetreten⁴¹, d.h. das Darlehen an T sei beansprucht worden. Im Unterschied zur einfachen Garantie braucht hier der Begünstigte die Richtigkeit seiner Behauptung, der Garantiefall sei eingetreten, nicht zu beweisen⁴². Die Nichtakzessorietät der Garantie darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie um eines bestimmten Zweckes willen abgegeben wird, der ihr, wenn auch unsichtbar, inhärent ist und sie insofern ein kausales Rechtsgeschäft darstellt⁴³. Trotz des garantierechtlichen Grundsatzes „Erst zahlen, dann prozessieren“⁴⁴, wird man der M in casu gestatten müssen, unter Berufung auf den Nichteintritt des materiellen Garantiefalles die Zahlung zu verweigern. Wenngleich durch Zulassung der Einrede der Nichtbeanspruchung des Darlehens ein dem Valutaverhältnis entstammendes Gegenrecht in das Garantieverhältnis transportiert wird, was in Richtung Akzessorietät weist, kann der offenkundige Nichteintritt des materiellen Garantiefalles nicht unberücksichtigt bleiben. Ist nämlich geradezu offensichtlich, dass dieser im Valutaverhältnis nicht eingetreten ist, hat die Abrede der Zahlbarkeit auf erstes Anfordern wirkungsmässig zurückzutreten⁴⁵. Der durch das Wort „Rückzahlung“ in der Garantie klar ausgedrückte Bezug zu einem allfällig tatsächlich ausbezahlten Darlehen legt es nahe, eine Einstandspflicht des Garanten vor Darlehensgewährung überhaupt zu verneinen. Letzteres stellt nach dem ausdrücklichen Parteiwillen gleichsam Grundlage und Voraussetzung des Entstehens der Garantieverpflichtung dar, woran auch die Klausel der Zahlbarkeit auf erstes Anfordern nichts zu ändern vermag, da sie nicht die Frage des Eintritts des Garantiefalles betrifft, sondern nach dessen vorausgesetztem Eintritt die Abrufmodalitäten regeln will⁴⁶. Der im Garantievertrag klar ersichtliche Bezug zur Darlehensgewährung führt mit anderen Worten zu einer Relativierung der für die Garantie typischen Abstraktheit dahingehend, als vor Eintritt des materiellen Garantiefalles jegliche Einstandspflicht entfällt. Daraus ergibt sich, dass M keine Zahlung schuldet.

2. *Anspruch der T AG gegen V aus OR 41 I und Eingriffskondition auf Rückzahlung der betrügerisch erlangten Summe*

Indem T durch Vorspiegelung falscher Tatsachen getäuscht wird (OR 28 I), sind allfällig abgeschlossene Verträge für sie unverbindlich (OR 31) und gegebenenfalls bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln⁴⁷. Überdies

³⁸ Es liegt dann ein sog. einredeabstraktes Schuldversprechen vor, vgl. dazu BK-KRAMER Art. 17 N 25 ff. u. 53 ff.

³⁹ KLEINER N 21.16 u. 31.

⁴⁰ KLEINER N 21.37 u. 21.41 ff.

⁴¹ Vgl. KLEINER N 21.11 u. 30; CANARIS N 1130; man spricht diesbezüglich vom formellen Garantiefall (WETH 312).

⁴² CANARIS N 1129.

⁴³ CANARIS N 1125; KLEINER N 18.05; der Sicherungszweck der Garantie bestimmt, unter welchen Voraussetzungen im Verhältnis zum Garantierauftraggeber die Garantie beansprucht werden darf (materieller Garantiefall; WETH 312). In casu kommt der Garantie der Zweck zu, die Rückzahlung des möglicherweise beanspruchten Darlehens an B zu sichern.

⁴⁴ LARENZ/CANARIS § 64 III 4 [79]; CANARIS N 1102.

⁴⁵ So ein Teil Lehre (vgl. statt vieler CANARIS N 1139 mNw) im Anschluss an BGHZ 90, 287, 292, der diesfalls von Rechtsmissbrauch spricht; a.A. KLEINER N 21. 47.

⁴⁶ Da es mangels Darlehensgewährung schon an der Grundlage der Garantieverpflichtung gebricht, erübrigt sich auch ein Heranziehen des Rechtsmissbrauchsverbots, welches erst bei bestehender Einstandspflicht des Garanten zum Zuge kommen kann; vgl. dazu BGE 122 III 321 ff. = Pra 1997 Nr. 22.

⁴⁷ Vgl. etwa BK-SCHMIDLIN Art. 31 N 86.

kann T auch deliktsrechtlich gegen V vorgehen (OR 41 I), weil mit Begehung eines Betrugs i.S.v. StGB 146 gegen eine das Vermögen schützende Norm verstossen wird⁴⁸. Der ihr zustehende Deliktsanspruch vermag indessen nicht die gesamte Deliktssumme zurückzuführen, da der mittellose V die Hälfte des Geldes seinem Sohn geschenkt hat.

Dasselbe gilt für die mit dem deliktischen Anspruch konkurrierende⁴⁹ Eingriffskondition⁵⁰. Durch das Abheben der ihm gutgeschriebenen Summe wird V infolge Vermischung Alleineigentümer des ertrogenen Geldes⁵¹, wodurch die Vindikation entfällt. Um die durch einen solchen rechtswidrigen Eingriff in das Vermögen des V erlittene Einbusse auszugleichen, steht V die gesetzlich nicht erwähnte Eingriffskondition zu Gebote. Auf den Wegfall der Bereicherung (OR 64) kann er sich dabei nicht berufen, da er von Beginn weg um die Grundlosigkeit seines Erwerbes wusste⁵².

3. *Anspruch der T AG gegen S aus Eingriffskondition auf Rückzahlung der von V erhaltenen Summe*

S erhält von V die Hälfte des Geldes geschenkt (OR 239). Da letzterer wie gesagt durch Vermischung Eigentümer des Geldes geworden ist, liegt keine Schenkung aus fremdem Vermögen vor, die nach überwiegender Auffassung unwirksam wäre⁵³. Wohl besitzt T gegen V einen Delikts- wie einen Konditionsanspruch, doch sind beide angesichts der Mittellosigkeit und Wegschenkung der Hälfte des Geldes mit bloss beschränkter Wirkung. Es fragt sich deshalb, ob es der T AG zu gestatten ist, die fehlende Hälfte des Geldes direkt bei S zu kondizieren oder er sich ausschliesslich an V zu halten hat. Vorwegzuschicken ist, dass diese Frage im OR ungerügt ist. In Anlehnung an § 822 BGB plädiert die Lehre bei Insolvenz des Bereicherungsschuldners sachgerecht dafür, eine Kondition gegen den Beschenkten zuzulassen⁵⁴. Tatsächlich verdient der diesem Durchgriff zugrundeliegende Gedanke, dass der unentgeltliche gegenüber dem entgeltlichen Erwerber weniger schützenswert ist und daher der Entreicherte, dem ein Schaden droht, vorzugswürdig ist⁵⁵, Zustimmung. Entgegen VON TUHR/PETER und dem BGH wird man allerdings eine Durchgriffskondition bereits bei Insolvenz des Schenkers gewähren müssen⁵⁶, um folgendem Wertungswiderspruch zu entgehen. Bejaht man nämlich gemäss dem BGH den als subsidiär gedachten Durchgriff nur dann, wenn die Haftung des Schenkers entfällt, also bei Gutgläubigkeit desselben (OR 64, BGB 819 I), ist kaum zu begründen, wieso im Gegensatz dazu der Beschenkte bei Bösgläubigkeit des Schenkers unbehelligt davonkommen soll⁵⁷. Angemessener erscheint deshalb, auf die Einbringlichkeit des Anspruchs beim Schenker abzustellen und demgemäss bei dessen

⁴⁸ HONSELL § 2 N 5.

⁴⁹ Die h.L. nimmt Anspruchskonkurrenz an, vgl. etwa OR-SCHULIN Art. 62 N 39 mNw.

⁵⁰ Vgl. VON TUHR/PETER 494 f. Zur Diskussion, ob der Eingriff widerrechtlich sein muss oder die Verletzung fremden Zuweisungsgehalts genügt vgl. OR-SCHULIN Art. 62 N 19 und ausführlich KOPPENSTEINER/KRAMER 70 ff. je mNw.

⁵¹ Dies entspricht gemeinrechtlicher Tradition, vgl. REY N 1943.

⁵² Vgl. VON TUHR/PETER 511.

⁵³ Vgl. dazu VON TUHR/PETER 515 f.; HONSELL OR BT § 18 V 3 [185].

⁵⁴ BUCHER 678 FN 97; HONSELL OR BT § 18 V 3 [185 f.]; OR-VOGT Art. 239 N 43; ablehnend bislang das BGer, vgl. BGE 106 II 29, 31 f. E. 3.

⁵⁵ VON TUHR/PETER 515.

⁵⁶ So HONSELL OR BT § 18 V 3 [185 f.] gegen BGH NJW 1969, 605, der streng daran festhält, ob der Anspruch des Schenkers aus rechtlichen Gründen wegfällt und blosser Zahlungsunfähigkeit nicht genügen lässt.

⁵⁷ MEDICUS N 691.

Insolvenz den Durchgriff stets zu gestatten⁵⁸. In Anwendung der aufgezeigten Grundsätze ist somit die unmittelbare Belangung des S mittels Eingriffskondiktion zu bejahen.

Abschliessend ist zu bemerken, dass ein Deliktsanspruch der T gegen S nicht gegeben ist, da dieser in keiner Weise am Delikt als Mittäter, Gehilfe oder Anstifter (OR 50 I) mitgewirkt hat⁵⁹.

⁵⁸ Diesfalls für analoge Anwendung von § 822 LARENZ/CANARIS § 69 IV 1 [195 mNw.]; für Beachtung der Einbringlichkeit bloss de lege ferenda STAUDINGER/LORENZ § 822 N 10; ablehnend ERMAN/WESTERMANN § 822 N 4.

⁵⁹ Vgl. BGE 87 II 20, 23 E. 3.

3. Probeklausur vom 3. Juni 1996

bei Prof. Dr. H. Honsell

Herr Nobel (N), der bereits im Vorjahr über Ostern eine Suite der Prestige Hotel AG (P AG) bewohnt hatte, bestellte Anfangs 1996 für die Osterfeiertage desselben Jahres wiederum eine Suite mit Halbpension. Mit der Reservationbestätigung für die Zeit vom 5. April bis zum 13. April 1996 wurde der Preis der Suite einschliesslich Halbpension mit Fr. 3000.-- pro Tag angegeben und eine Anzahlung von Fr. 9000.-- verlangt, welche N leistete. Bei seiner Ankunft am 5. April 1996 erhielt er nicht wie beim letzten Aufenthalt eine Suite im Haupttrakt, sondern eine Apartementwohnung im Nebengebäude. Diese lehnte er wegen des Standorts und der Art und Beschaffenheit der Einrichtung ab. Da ihm keine andere adäquate Suite angeboten werden konnte, reiste er sofort wieder ab.

Nachdem er ein Taxi zum Bahnhof genommen hatte, blieb ihm noch Zeit für einen kleinen Imbiss. Er bestellte einen Nussgipfel und eine Cola an der Stehbar des Bahnhofscafès. Beim Verspeisen des Nussgipfels biss N auf etwas Hartes, das sich als ein Stück Nusschale herausstellte und verzog das Gesicht. Als N bezahlen wollte, deutete die freundliche Bedienung (B), die ihn beobachtet hatte, an, dass er nur das Getränk bezahlen müsse, was er auch tat.

Auf der Heimfahrt im Zug stellte N fest, dass ein Stück seiner Brücke abgebrochen war. Die zahnärztlichen Behandlungskosten für die Rekonstruktion der Brücke beliefen sich auf Fr. 890.--. Die Rechnung wurde N von einer zahnärztliche Verrechnungsstelle zugestellt.

Die freundliche Bedienung bekam mit dem weniger freundlichen Wirt des Bahnhofscafès (W) arger, weil sie die Fr. 3.50 für den Nussgipfel nicht einkassiert hatte. Denn W musste bei der Grossbäckerei (G) Fr. 1.50.-- pro Nussgipfel bezahlen.

1. Wie ist die Rechtslage?
2. Ist Factoring bei Ärzten zulässig?

Hilfsmittel: ZGB, OR, PrHG

Lösungsskizze zur 3. Probeklausur vom 3. Juni 1996
bei Prof. Dr. H. Honsell

Vorbemerkung

Diese Lösungsskizze ist keine Musterlösung. Es werden auch Probleme beleuchtet, die bei einer exakten Vorgangsweise nicht zu behandeln gewesen wären, die jedoch von einzelnen Kandidaten angeschnitten wurden.

Frage 1

I. Ansprüche des N

1. gegen die P AG auf Rückzahlung von Fr. 9000.-- sowie Ersatz der Reisespesen

a) vertraglicher Anspruch aus Rücktritt vom Vertrag nach OR 109

aa) Zustandekommen und Gültigkeit eines Vertrages

N und die P AG haben gegenseitig ihren Willen geäußert, dass die P AG dem N während der Zeit vom 5.-13. April 1996 eine Suite mit Halbpension zur Verfügung stellen und N dafür Fr. 3000.-- pro Tag bezahlen soll. Man könnte sich fragen, ob angesichts dieses Preises, Sittenwidrigkeit nach OR 20 oder Übervorteilung nach OR 21 in Betracht zu ziehen sind, doch wo ein Markt für Luxusgüter vorhanden ist, kann davon keine Rede sein.

Ein Antrag setzt einen endgültigen Abschlusswillen voraus, der bei N vorerst nicht anzunehmen ist, da er den Preis der Übernachtung noch gar nicht kennt. In der Reservationsbestätigung der P AG hingegen sind alle wichtigen Punkte genügend bestimmt, so dass das Zustandekommen des Vertrages in das Belieben des N gestellt wird⁶⁰. Die Willen der Parteien stimmen jedoch nicht überein. N geht von einer Suite mit hohem Einrichtungsstandard im Haupttrakt, die P AG von einer Apartmentwohnung im Nebentrakt aus. Es muss nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden, wie die Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen sind. N hat bereits im Vorjahr eine Suite der P AG bewohnt. Bei der Reservation diente diese Suite N als Vergleichsobjekt. Er durfte davon ausgehen, bei seinem nächsten Aufenthalt eine gleichartige und gleichwertige Suite zu erhalten. Die P AG hätte dies erkennen können und müssen, da N bereits Gast in ihrem Hause gewesen war. Somit besteht ein rechtlicher Konsens zwischen den Parteien. Ein Vertrag zwischen N und der P AG ist nach OR 1 I zustandegekommen.

N ist davon ausgegangen, dass sich die reservierte Suite im Haupttrakt befindet und die Einrichtung dem Standard der Suite vom Vorjahr entspricht. Grundlagenirrtum nach OR 24 I Ziff. 4 i.V.m. OR 23 scheidet jedoch aus⁶¹, weil N sich bezüglich einer Suite im Prestige Hotel keine falschen Vorstellungen gemacht hat. Es besteht kein wesentlicher Irrtum im Beweggrund. Vielmehr mangelt es an der richtigen Erfüllung, da die angebotene Apartmentwohnung nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht.

Zwischenergebnis: Zwischen N und P AG ist ein gültiger Vertrag zustandegekommen.

bb) Gastaufnahmevertrag

Die P AG als Gastwirt verpflichtet sich gegen Entgelt, den Gast N in einer möblierten Suite wohnen zu lassen sowie ihn in ihren Räumlichkeiten zu verköstigen.

Beim Gastaufnahmevertrag handelt es sich um einen Innominatvertrag mixti iuris, der sich aus verschiedenen Elementen gesetzlich geregelter Vertragstypen zusammensetzt. Die Beherbergung weist vor allem mietvertragliche Elemente auf, die Bewirtung überwiegend sachmietvertragliche und werklieferungsvertragliche⁶². In dem komplexen Gebilde spielen Elemente anderer Vertragstypen auch eine Rolle, interessieren jedoch nicht, da es hier im wesentlichen um die Beendigung des Vertrages geht.

Dass Innominatverträge möglich sind, ergibt sich aus der Privatautonomie der Parteien insbesondere aus der Inhaltsfreiheit. Probleme ergeben sich jedoch bei der Rechtsanwendung, da Innominatverträge gerade nicht im Gesetz geregelt sind. Entscheidend ist, wie bei allen Verträgen, der Wille der Parteien, der durch Auslegung mittels Vertrauensprinzip zu ermitteln ist. Ergibt sich jedoch nach der Auslegung, dass einige Vertragspunkte nicht geregelt sind, müssen diese ergänzt werden. Es gibt für die Methoden der Vertragsergänzung vielerlei Theorien⁶³, von denen keine für sich zu überzeugen vermag. Es herrscht also ein gewisser Methodenpluralismus⁶⁴.

⁶⁰KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd 1, Bern 1996, N 447.

⁶¹zum Grundlagenirrtum vgl. KOLLER N 1048 ff.; OR-SCHWENZER Art. 24 N 16 ff.

⁶²OR-SCHLUEP Einleitung vor Art. 184 ff. N 323.

⁶³vgl. OR-SCHLUEP Einleitung vor Art. 184 ff. N 13 ff.

⁶⁴HONSELL OR BT ? 3 III 3.

Das BGer hält in seiner jüngsten Rspr. fest, dass auf eine vertragliche Vereinbarung die Regeln der verschiedenen Vertragstypen nicht unesehen anwendbar sind. "Vielmehr gelten in erster Linie die konkreten Absprachen nach Massgabe ihres Wortlautes oder des Ergebnisses ihrer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip"⁶⁵.

cc) Rücktritt vom Vertrag nach OR 109

Da die angebotenen Räumlichkeiten nicht vertragskonform waren und ein akzeptabler Ersatz nicht angeboten werden konnte, ist N berechtigt, die Anzahlung zurückzuverlangen⁶⁶. Die Suite sollte zu einem bestimmten Termin, nämlich dem 5. April 1996, bezugsbereit sein. Es handelt sich hier um ein sog. Fixgeschäft und zwar um ein relatives Fixgeschäft nach OR 108 Ziff. 3⁶⁷ (i.V.m. OR 258 analog), d.h. nach Ablauf des vereinbarten Termins darf der Schuldner nur noch mit *Einwilligung des Gläubigers erfüllen* im Gegensatz zum absoluten Fixgeschäft, bei dem die Leistung auch mit Einwilligung des Gläubigers nicht nachgeholt werden kann (objektive Unmöglichkeit nach OR 97). Aus diesem Grund kann N die ihm nach OR 107 II zustehenden Wahlrechte ohne Ansetzung einer Nachfrist ausüben. Da N offensichtlich kein Interesse mehr an der Suite hat, ist es für ihn am günstigsten, vom Vertrag nach OR 109 zurückzutreten und Ersatz des negativen Interesses, nämlich Ersatz der Reisekosten, zu verlangen (OR 109 II)⁶⁸.

Fazit: N kann nach OR 107-109 vorgehen: Er darf nach OR 109 I vom Vertrag zurücktreten und hat Anspruch auf Rückzahlung der Anzahlung von Fr. 9'000.-- sowie auf Schadenersatz für die Reisekosten aus OR 109 II.

Ein Gegenanspruch der P AG gegen N auf Fr. 15'000.-- ist aus den genannten Gründen zu verneinen.

c) **kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62)**

Da N einen vertraglichen Anspruch gegen die P AG hat, ist ein Bereicherungsanspruch ausgeschlossen: Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs⁶⁹.

2. gegen W auf Ersatz der Zahnarztkosten von Fr. 890.--

a) **vertraglicher Anspruch aus Sachgewährleistung OR 197 ff., insbesondere OR 208 III analog**

aa) Zustandekommen und Gültigkeit eines Vertrages

N und W, vertreten durch B (vgl. unten II 1), sind sich einig und haben gegenseitig zum Ausdruck gebracht, dass N gegen Bezahlung eine Cola und einen Nussgipfel erhält. Die Voraussetzungen für den Abschluss eines Vertrages nach OR 1 I sind gegeben.

bb) Kaufvertrag nach OR 184 ff. als Bestandteil des Bewirtungsvertrages

Werden fertige Produkte wie Flaschengetränke, Sandwiches u.ä. in Restaurants abgegeben, so gilt dies im Rahmen des Bewirtungsvertrages als Kauf i.S.v. OR 184 Üff. und nicht als Werklieferungsvertrag, da die Produkte nicht vom Wirt zubereitet wurden. Der Bewirtungsvertrag ist wie der Gastaufnahmevertrag ein Innominatvertrag mixti iuris (zum Innominatvertrag vgl. oben I 1 a bb).

cc) Schadenersatzanspruch aus Sachgewährleistung (OR 197 i.V.m. OR 208 II u. III)

Ein Stück Nusschale in einem Nussgipfel stellt einen Mangel dar, der diesen in seiner Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch, nämlich dem Verzehr, erheblich mindert (OR 197 I). Der Verkäufer haftet dem Käufer für einen Mangel, auch wenn er ihn nicht gekannt hat (OR 197 II).

Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatz ist die rechtzeitige Mängelrüge des Käufers nach OR 201. Als N auf das Stück Nusschale biss, verzog er zwar das Gesicht, er wollte aber den Nussgipfel bezahlen und hat nichts beanstandet. Somit hat er die gekaufte Sache gemäss OR 201 II genehmigt (Wenn man von einem versteckten Mangel nach OR 201 III ausgeht, hätte auch dieser sofort nach Entdeckung angezeigt werden müssen). Es gibt keine "konkludente Mängelrüge", da die Rüge immer genügend substantiiert sein muss. Dass N den Nussgipfel nicht bezahlt hat, ändert nichts an der Genehmigung.

N musste B den Nussgipfel nicht bezahlen. Es handelt sich hier um einen formlosen Schulderlass nach OR 115, mit dem N konkludent einverstanden war⁷⁰. W muss sich das Verhalten von B anrechnen lassen (vgl. unten II 1).

Zwischenergebnis: N hat gegen W keinen vertraglichen Anspruch.

b) **vertraglicher Anspruch aus OR 97**

Dieser Anspruch scheidet nach bundesgerichtlicher Praxis vorderhand wegen der fehlenden Mängelrüge⁷¹.

⁶⁵BGE 120 II 238.

⁶⁶BGE 120 II 238.

⁶⁷OR-WIEGAND Art. 108 N 5 f.

⁶⁸GAUCH/SCHLUEP N 3043 ff.

⁶⁹vgl. GAUCH/SCHLUEP N 14 99 u.1507 ff.

⁷⁰vgl. GAUCH/SCHLUEP N 3189 ff.

c) ausservertraglicher Anspruch aus PrHG (lex specialis)

Voraussetzung für einen Anspruch aus PrHG ist ein Personenschaden nach PrHG 1 a oder ein Sachschaden nach PrHG 1 b. In casu ist die Brücke des N beschädigt worden, deren Rekonstruktion Fr. 890.-- gekostet hat. Prothesen (anfänglich Sachen im Rechtssinn), die fest mit dem menschlichen Körper verbunden sind, verlieren ihre Sacheigenschaft⁷². Für sie gelten die gleichen Grundsätze wie für Körperteile⁷³. Somit liegt ein Personenschaden vor. Haftbar gemacht wird die Herstellerin eines Produktes (PrHG 1 I). Herstellerin i.S.v. PrHG 2 ist jedoch nicht W, sondern G, da dieser leicht zu ermitteln ist (anders wäre es, wenn W auf Aufforderung des N nach PrHG 2 II den Hersteller G nicht nennen würde, dann haftet W).

Zwischenergebnis: N hat keinen Anspruch gegen W aus PrHG.

d) ausservertraglicher Anspruch aus OR 41

Die Haftung aus OR 41 I setzt Schaden, adäquaten Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden voraus:

Schaden ist unfreiwillige Vermögensverminderung und entspricht nach der sog. Differenztheorie der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte⁷⁴. Zur Körperverletzung vgl. oben I 2 b. Nach der sog. Adäquanzformel liegt ein adäquater Kausalzusammenhang vor, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Tatsache allgemein begünstigt erscheint⁷⁵. Entscheidend ist die generelle Schadenseignung der Ursache⁷⁶: Ein Stück Nusschale in einem Nussgipfel, der zum Verzehr serviert wird, ist generell geeignet, die Beschädigung einer Brücke zu verursachen, somit ist in casu der adäquate Kausalzusammenhang gegeben. Das absolute Recht des N auf Gesundheit und körperliche Integrität wurde verletzt⁷⁷, mithin ist auch Widerrechtlichkeit zu bejahen. Verschulden beinhaltet auf der objektiven Seite Vorsatz oder zumindest Fahrlässigkeit⁷⁸. Eine Person handelt fahrlässig, wenn sie die objektiv gebotene Sorgfalt verletzt⁷⁹. Dies trifft im Fall des W, vertreten durch B, jedoch nicht zu, da er sich beim Verkauf des Nussgipfels nicht unsorgfältig verhalten hat. Mangels Verschulden des W bietet OR 41 keine Anspruchsgrundlage für N.

Zudem schliesst das BGER einen Anspruch aus Delikt in Fällen aus, in denen der Anspruch aus Gewährleistung wegen unterlassener Rüge (OR 201) ausgeschlossen wurde⁸⁰.

Zwischenergebnis: N hat keinen Anspruch gegen W aus OR 41.

e) ausservertraglicher Anspruch aus OR 55

OR 55 regelt die Haftung des Geschäftsherrn für Hilfspersonen. Vorausgesetzt wird ein Subordinationsverhältnis, das hier gegeben ist: Es besteht ein Arbeitsvertrag zwischen W und B. Die Haftung ist auf den Schaden, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung einem Dritten verursacht, beschränkt. Zwischen der Verrichtung und der Beschädigung ist ein funktioneller Zusammenhang erforderlich⁸¹. Auch dies trifft hier zu. Daneben müssen die Voraussetzungen von OR 41 gegeben sein (vgl. oben I 2 d). Eine Besonderheit besteht hier bezüglich des Verschuldens: Der Geschäftsherr kann sich durch den Exzeptionsbeweis (Beweis der Sorgfalt bei Auswahl, Instruktion und Überwachung) exkulpieren⁸². Der Entlastungsbeweis wird W gelingen, da keine gegenteiligen Angaben bekannt sind.

Zum Ausschluss der Deliktshaftung wegen unterlassener Mänglerüge vgl. oben I 2 d.

Zwischenergebnis: N hat keinen Anspruch gegen W aus OR 55.

Fazit: N kann nicht von W Schadenersatz für die Zahnartzkosten verlangen.

⁷¹ vgl. HONSELL OR BT ? 11 II.

⁷² REY, Sachenrecht I N 109.

⁷³ BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil N 133.

⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP N 2624; OR-WIEGAND Art. 97 N 53 ff.; kritisch zum Begriff der Vermögensdifferenz HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Z ? rich 1995, 4 f.

⁷⁵ vgl. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995 N 525 m.w.Nw.

⁷⁶ HONSELL Haftpflichtrecht 23.

⁷⁷ vgl. HONSELL Haftpflichtrecht 33 ff.

⁷⁸ HONSELL Haftpflichtrecht 46.

⁷⁹ HONSELL Haftpflichtrecht 48; REY Haftpflichtrecht N 843 ff.

⁸⁰ BGE 67 II 132, 135 strittig, vgl. HONSELL OR BT ? 11 II mit Hinweisen auf die Judikatur.

⁸¹ HONSELL Haftpflichtrecht 93.

⁸² REY Haftpflichtrecht N 927 ff.

3. Anspruch des N gegen G auf Ersatz der Zahnarztkosten von Fr. 890.--

a) ausservertraglicher Anspruch aus PrHG 1

Mangels Vertrages zwischen N und G scheidet ein vertraglicher Anspruch aus.

Wie bereits oben I 2 b dargelegt, ist dem N ein Personenschaden nach PrHG 1 I a entstanden, der durch ein fehlerhaftes Produkt - der Nussgipfel ist eine bewegliche Sache, die aus verarbeiteten landwirtschaftlichen Bodenerzeugnissen hergestellt ist - gemäss PrHG 3 I a u. II verursacht wurde, dessen Hersteller nach PrHG 2 I a G ist. Der Nussgipfel ist fehlerhaft, weil ein enthaltener Fremdkörper bei Gebrauch eine Verletzung verursacht hat (PrHG 4). Es handelt sich um einen Fabrikationsfehler, einen sog. Ausreisser⁸³. Entlastungsgründe für G nach PrHG 5 liegen keine vor. Da es sich um einen Personenschaden handelt, kommt der Selbstbehalt bei Sachschäden bis zur Höhe von Fr. 900.-- des PrHG 6 nicht zum tragen. Auch die Verjährung nach PrHG 9 ist noch nicht eingetreten.

Fazit: PrHG 1 bietet N eine Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung seines Schadens, der ihm aus den Kosten von Fr. 890.-- für die Rekonstruktion der Brücke entstanden ist.

b) ausservertraglicher Anspruch aus OR 55

Das PrHG verdrängt konkurrierende Ansprüche aus Delikt nicht (PrHG 11), es besteht Anspruchskonkurrenz⁸⁴. Zu Schaden, adäquatem Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit vgl. oben I 2 d. Zur Geschäftsherrenhaftung vgl. oben I 2 e.

Die genannten Voraussetzungen zur Haftung des Geschäftsherrn sind auch im Falle des G gegeben. Es ist nicht bekannt, welcher Angestellte des G für den Fehler am Nussgipfel verantwortlich war, der Geschäftsherr hat jedoch dafür Sorge zu tragen, dass sein Betrieb so organisiert ist, dass möglichst keine Fehler unterlaufen, sog. Haftung für Organisationsverschulden⁸⁵. Das BGer stellte so hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht, dass der Exzeptionsbeweis des Geschäftsherrn immer schwieriger zu erbringen, ja fast unmöglich geworden war (Schachtrahmen-Fall BGE 110 II 456 ff. und Klappstuhl-Fall JT 1986 I 571 ff.). Es wäre nun Sache des BGer, zu erklären, dass der innere Grund für die ältere Rechtsprechung seit Einführung des PrHG weggefallen ist und dass an ihr nicht mehr festzuhalten sei⁸⁶.

Fazit: Eine Anwendung von OR 55 ist abzulehnen.

II. Anspruch des W

1. gegen N auf Bezahlung von Fr. 3.50 aus OR 184 I analog

Zum Bewirtungsvertrag vgl. oben I 2 a bb.

Die Hauptpflichten der Parteien bestehen beim Kaufvertrag (OR 184 I) in der Übergabe der Sache und Eigentumsbeschaffung durch den Verkäufer - der Nussgipfel wurde N zum Verzehr übergeben - und in der Kaufpreiszahlung durch den Käufer. Diese Hauptpflicht hat N nicht erfüllt, weil ihm die Schuld durch B erlassen wurde (vgl. oben I 2 a cc). Es handelt sich dabei nicht um eine Schenkung von Hand zu Hand nach OR 239, weil B keinen Schenkungswillen hatte und eine Schenkung der B aus dem Vermögen des W unmöglich ist⁸⁷.

Nach aussen hat B stellvertretend für W gehandelt, ob sie dazu berechtigt war, konnte N nicht erkennen. Falls B nicht bevollmächtigt war, ist der gute Glaube des N trotzdem geschützt. Man kann hier von einer sog. Anscheinsvollmacht sprechen; obwohl W keine Vollmacht erteilt hat und vom Auftreten der B keine Kenntnis hatte, hätte er bei pflichtgemässer Sorgfalt (z.B. durch Weisungen) ihr Handeln verhindern können. Dieser Anwendungsfall wird OR 33 III zugerechnet⁸⁸. Die Folge ist, dass sich W das Verhalten von B anrechnen lassen muss (OR 32 I).

Fazit: W hat keinen Anspruch gegen N auf Zahlung von Fr. 3.50 für den konsumierten Nussgipfel.

2. gegen B auf Bezahlung der Fr. 3.50

a) aus OR 321e i.V.m. OR 97 I

B hat offensichtlich ohne Ermächtigung des G dem N die Schuld von Fr. 3.50 erlassen, sie handelte dabei als falsus procurator. Trotz fehlender Genehmigung nach OR 39 tritt die Vertretungswirkung ausnahmsweise ein, da N als gutgläubiger Dritter geschützt ist (vgl. oben II 1)⁸⁹. Dadurch wurde W von B im Umfang von Fr. 3.50 geschädigt⁹⁰. Die positive Vertragsverletzung nach OR 97 setzt Verschulden voraus, wobei Fahrlässigkeit auch

⁸³vgl. HESS, Kommentar zum Produkthaftungsgesetz, 2. A., Bern 1996, Art. 4 N 37 ff.

⁸⁴HONSELL Haftpflichtrecht 139.

⁸⁵REY Haftpflichtrecht N 939 ff.

⁸⁶HONSELL Haftpflichtrecht 143.

⁸⁷HONSELL OR BT ?

⁸⁸vgl. GAUCH/SCHLUEP N 1412 f. und KOLLER N 1419 ff.

⁸⁹GAUCH/SCHLUEP N 1389 ff.

⁹⁰GAUCH/SCHLUEP N 1422.

nach OR 321e I genügt. Es stellt sich die Frage, ob B ihre Sorgfalts- und Treuepflicht (OR 321a) gegenüber ihrem Arbeitgeber verletzt hat. Man kann argumentieren, dass B ein gutes Image des Bahnhofscafés wahren wollte und vermeiden wollte, dass es sich herumspricht, dass die Qualität der Nussgipfel schlecht ist, somit hat sie die berechtigten Interessen des W gewahrt und es ist ihr kein Verschulden vorzuwerfen.

Fazit: W kann von B die Fr. 3.50 nicht herausverlangen.

b) **aus OR 41**

Zu den Voraussetzungen für eine Haftung aus OR 41 vgl oben I 2 d.

G hat eine unfreiwillige Vermögensverminderung von Fr. 3.50 erlitten⁹¹, es ist aber weder ein absolutes Recht noch eine besondere Schutznorm verletzt worden. Es handelt sich hier um einen sog. reinen Vermögensschaden, der nicht ersatzfähig ist⁹².

Fazit: Eine Haftung aus OR 41 scheidet mangels Widerrechtlichkeit.

Frage 2

Beim Factoringvertrag werden dem Factor gegen eine Gebühr vom Kunden Forderungen aus seinem Geschäftsbetrieb abgetreten. Dafür erhält der Kunde die Forderungsbeträge vom Factor ausbezahlt, die dieser wiederum bei Fälligkeit einzieht⁹³. Der Kunde erhält seine Forderungen vor Fälligkeit vom Factor finanziert und muss sich nicht um Debitorenbuchhaltung, Fakturierung und Inkasso kümmern. Beim echten Factoring wird zusätzlich das Delkredererisiko vom Factor übernommen.

Der Factoringvertrag ist ein gemischter Vertrag mit Elementen aus Auftrag, Kauf und Zession.

Problematisch ist das Factoring durch ärztliche Verrechnungsstellen deshalb, weil der Factor Daten und Informationen über Patienten erhält, die eine Verletzung des Arztgeheimnisses darstellen können. Es muss auf das Persönlichkeitsrecht des Patienten (ZGB 28) und auf den Datenschutz geachtet werden (DSG 3 lit. c Ziff. 4)⁹⁴. Das BGer hat zu dieser Problematik bisher nicht Stellung genommen⁹⁵. Nach der deutschen Judikatur ist eine solcher Vertrag ohne Zustimmung des Patienten nichtig⁹⁶.

Im Einzelfall wird es darauf ankommen, wie vertraulich die Informationen sind, die der Factor erhält. Ein anderer Lösungsansatz wäre z.B., dass auch der Factor der ärztlichen Schweigepflicht unterstellt wird.

⁹¹zum Schadensbegriff vgl. HONSELL Haftpflichtrecht 4 ff.

⁹²vgl. aber neuere Tendenzen in der Lehre bei REY Haftpflichtrecht N 712.

⁹³HONSELL OR BT ? 36 I 1; OR-SCHLUEP Einleitung vor Art. 184 ff. N 105 ff.

⁹⁴HONSELL OR BT ?4 IV 2.

⁹⁵s. aber den Fall des Verkaufs einer Arztpraxis mit Überlassung der Patientenkartei BGE 119 II 222.

⁹⁶a.M. HONSELL OR BT ? 36 I 1.

Probeklausur vom 6. Mai 1996

K stellt Stufen für Holztreppe her, wobei er die zur Herstellung der Stufen benötigten Holzplatten seit Jahren von der B-AG bezieht. K schloss mit der B-AG im April eine Vereinbarung über die Lieferung von 12'000 m² Holzplatten zu 1,3 Mio US\$ ab; dabei handelte es sich um einen sehr günstigen Preis, der unter dem üblichen Marktpreis lag. Die Lieferung sollte Anfang August erfolgen.

Fall 1:

Als die B-AG die Platten Anfang August nicht lieferte, mahnte K die B-AG und verlangte Lieferung bis 31. August. Schliesslich kaufte K am 3. September 12'000 m² Holzplatten bei C. K verlangte von der B-AG weiterhin Lieferung, machte aber gleichzeitig einen Schaden von 0,13 Mio US\$ geltend, der in der Differenz zwischen dem C bezahlten Preis und dem günstigeren Preis der B-AG bestehe. K argumentierte, er habe den Kauf mit C abschliessen müssen, da er selbst zur Lieferung der fertigen Stufen einer Abnehmerin gegenüber verpflichtet gewesen sei. Die B-AG lieferte die Holzplatten schliesslich am 13. Oktober und verlangte von K, den vollen Kaufpreis sofort zu bezahlen; K erklärte demgegenüber die Verrechnung des geltend gemachten Schadenersatzanspruches mit der Kaufpreisschuld und war nur bereit, 1,17 Mio US\$ zu bezahlen.

Fall 2:

K teilte seiner Hausbank Z irrtümlicherweise mit, von seinem Konto einen Betrag von 2,17 Mio US\$ auf das Konto der B-AG bei der X-Bank zu überweisen. Da er sich um eine Devisen-Überweisung handelte, überwies die Z-Bank den Betrag nicht direkt, sondern teilte ihrer amerikanischen Korrespondenzbank S mit, den Betrag auf das Konto bei der X-Bank zu überweisen. Dieses Vorgehen ist bei internationalen Devisenzahlungen üblich. Als K den Fehler bemerkte, meldete er sofort der Z-Bank, dass nur ein Betrag von 1,17 Mio US\$ zu überweisen sei. Die Z-Bank konnte die S-Bank noch vor deren Zahlung über den Fehler benachrichtigen. Obwohl die S-Bank rechtzeitig von der Änderung des Zahlungsbetrages Kenntnis erhalten hatte, überwies sie den Betrag von US\$ 2,17 Mio auf das Konto der B-AG bei der X-Bank. Gleichentags wurde über der B-AG der Konkurs eröffnet.

Fall 3 (Variante zu Fall 2):

Die B-AG steckte seit längerer Zeit in Liquiditätsschwierigkeiten, weshalb ihr Konto bei der X-Bank einen Debet-Saldo von über 2 Mio US\$ aufwies. Die B-AG und K vereinbarten deshalb, den Kaufpreis nicht wie üblich auf das Geschäftskonto der B-AG bei der X-Bank, sondern auf ihr Konto bei der Y-Bank zu überweisen. K wickelte die Zahlung von 1,17 Mio US\$ über sein Konto bei seiner Hausbank Z ab, er vergass aber, im EDV-Zahlungssystem einzugeben, dass der Betrag auf das Konto bei der Y-Bank und nicht auf dasjenige bei der X-Bank überwiesen werden sollte. Als K den Fehler bemerkte, telefonierte er sofort mit der Z-Bank; diese teilte ihm mit, dass der Betrag bereits auf das Konto bei der X-Bank überwiesen worden sei. Weil die X-Bank den überwiesenen Betrag sogleich mit ihren Forderungen gegenüber der B-AG verrechnete, konnte letztere den Betrag nicht mehr für die Zahlung ihrer laufenden Verbindlichkeiten verwenden. Die B-AG konnte insbesondere eine Geldschuld gegenüber ihrem Gläubiger W nicht rechtzeitig erfüllen, weshalb sie dem W eine Konventionalstrafe in der Höhe von US\$ 200'000.-- bezahlen musste. Die B-AG verlangt nun von K weiterhin die Bezahlung des vollen Kaufpreises auf ihr Konto bei der Y-Bank und macht infolge der Falschüberweisung zusätzlich einen Schaden in der Höhe von US\$ 200'000.-- geltend. K stellt sich auf den Standpunkt, dass er seine Verpflichtungen gegenüber der B-AG erfüllt habe.

Wie ist die Rechtslage? (Es ist schweizerisches Recht anwendbar; nicht zu prüfen sind Ansprüche gegen W bzw. C, betriebsrechtliche Probleme sowie Fragen des IPR)

I. Fall 1⁹⁷

1. Ansprüche von K gegen die B-AG aus OR 107 Abs. 2

Die Lieferung von Holzplatten ist als *Kaufvertrag* (OR 184 ff.) zu qualifizieren. Auch wenn die B-AG die Platten erst herstellen muss, liegt kein Werklieferungsvertrag vor, weil es sich bei Holzplatten nicht um ein individuell, sondern um ein serienmässig hergestelltes Produkt handelt⁹⁸.

⁹⁷ Vgl. Urteil des OLG München vom 7.12.94 in NJW 1995, 2363 = BB 1995, 328 sowie die Entscheidungsrezension von BENICKE CHRISTOPH in JuS 1996, 196 ff.

Die B-AG liefert nicht zum vereinbarten Zeitpunkt. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Verzugs erfüllt sind und bejahendenfalls welche Rechtsfolgen eintreten.

a) *Fixgeschäft nach OR 190 I i.V.m. OR 76 und OR 78 I*

K kauft die Holzplatten zur Weiterverarbeitung in Stufen, die er seinerseits weiterverkauft. Auf den Kaufvertrag zwischen K und der B-AG sind deshalb grundsätzlich die Vorschriften über den *kaufmännischen Verkehr* nach OR 190 f. anwendbar⁹⁹.

Nach OR 76 I bedeutet "Lieferung Anfang August" die Vereinbarung eines Liefertermins am 1. August. Der 1. August ist in der Schweiz ein gesetzlicher Feiertag¹⁰⁰. Damit wird die Verbindlichkeit der B-AG am 2. August fällig (OR 78 I). Für den kaufmännischen Verkehr stellt OR 190 I die doppelte Vermutung auf, dass bei Vereinbarung eines bestimmten Lieferungstermins ein Fixgeschäft vorliegt und dass der Käufer im Verzugsfall auf die Lieferung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt¹⁰¹. K mahnte die B-AG Anfang August und setzte ihr eine Nachfrist bis zum 31. August. Durch die Mahnung stiess K die erste Vermutung nach OR 190 I um, d.h. der Kaufvertrag ist als Mahngeschäft zu behandeln¹⁰². Nach Ablauf dieser Nachfrist konnte K eines der Wahlrechte nach OR 107 II ausüben.

b) *Verzugszinsen nach OR 104*

Die B-AG kann für die Restforderung von 0,13 Mio US\$ von K nach OR 104 Verzugszinsen seit dem 13. Oktober verlangen.

c) *Anspruch auf Erfüllung nebst Verspätungsschaden nach OR 191 I i.V.m. 107 Abs. 2 und OR 103 I*

Nach Ablauf der Nachfrist teilte K der B-AG mit, dass er an der Erfüllung des Vertrages festhalte und übe somit das in OR 107 II erstgenannte Wahlrecht aus. Gleichzeitig machte er einen Schadenersatzanspruch in der Höhe von 0,13 Mio US\$ geltend. Diesen Schaden berechnete er im Sinne der *konkreten Interesseberechnung* aus der Differenz zwischen dem mit C getätigten Deckungskauf und dem vereinbarten Kaufpreis¹⁰³. Den Verkäufer von Gattungssachen trifft eine Beschaffungspflicht¹⁰⁴; weshalb er sich *schuldhaft* in Verzug befindet, wenn er bei Fälligkeit nicht liefert.

Unbestritten ist, dass der Gläubiger (K) die Differenz aus einem Deckungskauf als Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach OR 107 II liquidieren kann, wenn er auf die *nachträgliche Leistung verzichtet*. Im vorliegenden Fall verlangt der Schuldner allerdings die Differenz aus dem getätigten Deckungskauf, während er auf der Leistung des Schuldners *beharrt*. Es stellt sich die zentrale Frage, ob der Schadenersatz wegen Verspätung (nachfolgend Verzugsschaden) nach OR 107 II auch die Differenz aus einem Deckungskauf erfasst

Der *Verzugsschaden* nach OR 107 II (wie derjenige nach OR 103 I sowie nach OR 106) ist Teil des Erfüllungsinteresses, darf aber nicht mit dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung gleichgesetzt werden. Beim Verzugsschaden soll der Gläubiger so gestellt werden, wie wenn der Schuldner rechtzeitig erfüllt hätte. Der Verzugsschaden umfasst als "Zeitinteresse" den durch die Verspätung bewirkten Minderwert der Leistung, nicht aber denjenigen Schaden, dessen Berechnung auf der endgültigen Nichterfüllung beruht¹⁰⁵. Demgegenüber tritt

98 Vgl. HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Bern 1995, 20 und 244 f.

99 Vgl. HONSELL, (zit. Fn. 2), 47.

100 BV 116bis Abs. 1.

101 Vgl. HONSELL, (zit. Fn. 2), 48.

102 Vgl. BGE 26 II 128 und GIGER HANS, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Kauf und Tausch - Die Schenkung, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Bern 1980, Art. 184-215 OR, N. 197 zu Art. 191 OR.

103 Zum Unterschied zwischen konkreter und abstrakter Interesseberechnung vgl. HONSELL, (Fn. 2), 49. Die Definition der konkreten Interesseberechnung in OR 191 gilt nicht nur für den kaufmännischen Verkehr.

104 Vgl. HONSELL, (zit. 2), 98.

105 Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. A., Zürich 1995, N. 2994; SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988, 260 ff.; dagegen setzen VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, 87 sowie BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A.,

der Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach OR 107 II a.E. an die Stelle des Primäranspruchs, der ausgeschlossen¹⁰⁶ ist; der Gläubiger soll trotz Nichterfüllung so gestellt werden, wie wenn der Schuldner den Vertrag tatsächlich erfüllt hätte. OR 191 definiert die Schadensberechnung für den kaufmännischen Verkehr, wobei Abs. 2 dieser Bestimmung nicht den Verspätungsschaden, sondern die konkrete Interesseberechnung beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung betrifft.

Sofern K die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts trotz Aufrechterhaltung des Erfüllungsanspruchs als Verzugsschaden geltend machen könnte, könnte er sein Interesse an einem günstigen Kauf doppelt erhalten. Er wäre in der Lage, die Mehrkosten eines Deckungskaufs und gleichzeitig weiterhin Lieferung der Ware zu dem vereinbarten günstigen Preis zu fordern. Er bekäme wirtschaftlich zweimal die Ware zu dem günstigen Preis des in Verzug befindlichen Verkäufers. Nach der ratio legis darf der Gläubiger aber das *Erfüllungsinteresse nur einmal* erhalten. Verlangt er Schadenersatz wegen Nichterfüllung, so muss er seinen Primäranspruch verlieren¹⁰⁷. K könnte also im vorliegenden Fall nur dann die Differenz aus dem eigenen¹⁰⁸ Deckungskauf als Schaden geltend machen, wenn er auf die nachträgliche Leistung verzichtet hätte. Weil er aber auf der nachträglichen Lieferung der Holzplatten beharrte, kann er die Mehrkosten des Deckungsgeschäftes nicht als Verzugsschaden geltend machen.

2. Ansprüche der B-AG gegen K aus OR 184 Abs. 1 und 211 Abs. 1

Die Gegenforderung von K ist nicht begründet; für eine wirksame Verrechnungserklärung nach OR 120 I fehlt es deshalb bereits an der Voraussetzung der Existenz zweier gegenseitiger Forderungen. Die B-AG kann deshalb von K den gesamten Kaufpreis von US\$ 1,3 Mio fordern (OR 184 I und 211 I).

II. Fall 2¹⁰⁹

1. Ansprüche von K gegen die Z-Bank aus OR 404 I i.V.m. OR 470 II

a) Qualifikation des Girovertrages

Zwischen K und der Z-Bank besteht ein *Girovertrag*. Die Bank ist verpflichtet, auf den Namen von K ein Konto zu führen und seinen Zahlungsverkehr durch wiederholte Belastung und Kreditierung des Kontos zu erledigen. Auf den Girovertrag sind die Bestimmungen des einfachen Auftrags anzuwenden (OR 394 ff.)¹¹⁰. Nach h.L. und Rechtsprechung ist die einzelne Banküberweisung eine Weisung im Rahmen des Auftrags und zugleich eine Anweisung nach OR 466¹¹¹.

Die Gutschrift des überwiesenen Betrages auf dem Konto des Empfängers ist als Erklärung der Empfängerbank zu qualifizieren, die Anweisung des Absenders anzunehmen. Die Gutschrift entsteht im Augenblick der Buchung; die Gutschriftsanzeige ist dagegen nur deklaratorisch¹¹². Durch die Annahme entsteht ein eigenes, abstraktes Forderungsrecht des Empfängers gegenüber der Absenderbank, dem keine Einreden aus dem Deckungs- oder aus dem Valutaverhältnis entgegengehalten werden können (OR 468 I).

b) Doppelte Anweisung

Zürich 1988, 360, den Verzugsschaden mit dem Erfüllungsinteresse gleich, ohne auf den Unterschied zwischen Verzugsschaden und Schadenersatz wegen Nichterfüllung näher einzugehen.

¹⁰⁶ Vgl. den Wortlaut von OR 107 II: "[kann der Gläubiger] auf die nachträgliche Leistung verzichten ...".

¹⁰⁷ Vgl. BENICKE, (zit. Fn. 2), 197.

¹⁰⁸ Beachte folgende Differenzierung: Wenn es sich um die Kosten handeln würde, die ein Abnehmer des Gläubigers von diesem wegen eines Deckungskaufs als Schadenersatz verlangte, so könnte der Gläubiger diese Kosten als Verzugsschaden im Sinne von OR 107 II liquidieren. Denn in einem solchen Fall erhält der Gläubiger die Ware nur einmal zum vereinbarten günstigen Preis, während sein Vermögen durch die Schadenersatzforderung seines Abnehmers vermindert worden ist.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 117 II 404, 408; BGE 121 III 109 ff. = Pra 84 Nr. 274.

¹¹⁰ Vgl. BGE 111 II 447 ff. E. 1; 110 II 284; 100 II 370 m.w.N.

¹¹¹ HONSELL, (zit. Fn. 2), 319; GUGGENHEIM DANIEL, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, 234; BUCHER EUGEN, (zit. Fn. 2), 267 f.; BGE 121 III 313.

¹¹² Vgl. GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, 240.

Im vorliegenden Fall hat K der Z-Bank den Auftrag erteilt, 2,17 Mio US\$ auf das Konto der B-AG bei der X-Bank zu überweisen. Da die Z-Bank keine Vertragsbeziehungen zur ausländischen X-Bank hatte, schaltete sie ihre Korrespondenzbank S ein. Weil die Z-Bank durch die Art der Transaktion genötigt war, eine Drittbank einzusetzen, und weil K bei einer Ausland-Überweisung mit der Möglichkeit rechnen muss, dass die beauftragte Bank eine Korrespondenzbank einschaltet, liegt ein Fall von *erlaubter Substitution* nach OR 398 III vor.

Im vorliegenden Fall sind zwei verschiedene Anweisungsverhältnisse auseinanderzuhalten: K (Anweisender 1) ermächtigt die Z-Bank (Angewiesene 1), Buchgeld in der Höhe von 2,17 Mio US\$ an die Adresse der B-AG (Anweisungsempfängerin 1) zu überweisen; die Z-Bank ihrerseits (Anweisende 2) weist die S-Bank (Angewiesene 2) an, diesen Betrag an die B-AG (Anweisungsempfängerin 2 = Anweisungsempfängerin 1) zu leisten.

Die Kettenüberweisung hat allerdings keinen Einfluss auf die hier in Frage stehenden Ansprüche, weshalb dieser Umstand auch vernachlässigt werden kann. Die S-Bank kann so behandelt werden, wie wenn sie direkt von K angewiesen worden wäre.

c) *Rechtsfolgen des rechtzeitigen, teilweisen Widerrufs gegenüber der Z-Bank nach OR 404 I i.V.m. OR 470 II*

K beauftragte die Z-Bank, einen Betrag von US\$ 2,17 Mio auf das Konto der B-AG bei der X-Bank zu überweisen. Dabei irrte sich K über die Höhe des Betrages. K teilte der Z-Bank mit, nur einen Betrag von 1,17 Mio US\$ zu überweisen. Diese Mitteilung ist als teilweiser Widerruf der Anweisung nach OR 404 I i.V.m. OR 470 II zu qualifizieren. Gemäss Sachverhalt erfolgte der Widerruf rechtzeitig¹¹³. Die Rechtsfolge dieses Widerrufs besteht darin, dass der Überweisungsauftrag ex nunc aufgehoben ist¹¹⁴. Sofern die Z-Bank den Betrag bereits dem Konto von K belastet haben sollte, so kann K die *Stornierung* dieser Belastung verlangen.

2. Ansprüche der Z-Bank gegen die Konkursmasse der B-AG aus OR 404 I i.V.m. OR 470 II

Die Z-Bank hat ihre Anweisung gegenüber der angewiesenen S-Bank rechtzeitig widerrufen. Der Überweisungsauftrag gilt deshalb ebenfalls als ex nunc aufgehoben und die Z-Bank kann gegenüber der S-Bank die Stornierung einer allfälligen Belastung verlangen (vgl. oben Ziff. 1 lit. c).

3. Ansprüche der S-Bank gegen die Konkursmasse der B-AG aus OR 62 II

Wenn entweder das Deckungs- oder das Valutaverhältnis bei einer Anweisung fehlerhaft ist, besteht ein Bereicherungsanspruch nur unter den Personen, zwischen denen die grundlose Zuwendung stattgefunden hat, d.h. entweder zwischen denjenigen des Deckungs- oder denjenigen des Valutaverhältnisses, nicht aber zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger (Einlösungsverhältnis)¹¹⁵.

Wenn aber die Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger als solche fehlerhaft ist, besteht ein direkter Bereicherungsanspruch des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Zuwendung auf einer missverstandenen Anweisung beruht¹¹⁶. Der Bereicherungsanspruch gegenüber dem vermeintlichen Gläubiger steht dann nicht dem vermeintlichen Schuldner (K), sondern dem Dritten (S-Bank) zu¹¹⁷. Die S-Bank hat somit einen direkten Kondiktionsanspruch über 1 Mio US\$ gegen die Konkursmasse der B-AG.

III. Fall 3

¹¹³ Vgl. MEDER STEPHAN, Rechtsfragen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Entwicklung, JuS 1996, 90: "Der Kunde kann einen Überweisungsauftrag ohne Angabe von Gründen widerrufen, solange der Betrag dem Empfänger noch nicht gutgeschrieben ist".

¹¹⁴ Vgl. FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, N. 29 zu Art. 404 OR.

¹¹⁵ BGE 116 II 691.

¹¹⁶ BGE 117 II 408; 121 III 113 f.

¹¹⁷ BGE 116 II 408; das Bundesgericht begründet dies damit, dass der Dritte eine echte Leistung im Rechtssinne erbracht und nicht bloss eine Zuwendung vorgenommen hat.

1. Anspruch der B-AG gegen K auf Erfüllung nach OR 184 I und OR 211 I

a) Zulässigkeit der Überweisung

K bezahlte die Kaufpreisschuld gegenüber der B-AG mit *Giralgeld*. Nach OR 84 ist die Gläubigerin (B-AG) nicht verpflichtet, *Giralgeld* anstelle von Barzahlung anzunehmen. Giralgeld hat gegenüber Bargeld die Nachteile, dass Bankguthaben den Einwendungen (insb. der Verrechnungseinrede nach OR 120) der kontoführenden Bank gegenüber dem Kontoinhaber ausgesetzt sind und dass für Buchgeld anders als für Bargeld kein Annahmezwang besteht¹¹⁸. Der Gläubiger kann aber ausdrücklich oder stillschweigend der bargeldlosen Zahlung zustimmen. Eine stillschweigende Zustimmung liegt nach dem Vertrauensprinzip bereits in der Errichtung und Unterhaltung eines Post- oder Bankkontos¹¹⁹.

K und die B-AG haben vereinbart, dass der Kaufpreis auf ein ganz bestimmtes Bankkonto überwiesen werden soll. Damit besteht die Zulässigkeit der Bezahlung mit Buchgeld nur bezüglich einer Giroüberweisung auf das Konto bei der Y-Bank. Die B-AG braucht die Überweisung auf ein anderes Bankkonto nicht anzunehmen (OR 211 I).

b) Anspruch auf Erfüllung am Erfüllungsort nach OR 74 Abs. 1

Es stellt sich die Frage, ob die Giro-Überweisung auf das falsche Konto bei der X-Bank die Schuld aus dem Valuta-Verhältnis getilgt hat oder nicht. Die B-AG und K haben die Bezahlung auf ein *bestimmtes* Bankkonto bei der Y-Bank und damit einen Erfüllungsort nach OR 74 I vereinbart. K hätte nur richtig erfüllt, wenn er den Betrag auf das Konto bei der Y-Bank überwiesen und damit am Erfüllungsort geleistet hätte¹²⁰. Die B-AG braucht die Überweisung auf das Konto bei der X-Bank nicht anzunehmen (vgl. oben lit. a) und hat nach wie vor einen Erfüllungsanspruch am Erfüllungsort (OR 211 I i.V.m. OR 74 I). Sie kann deshalb von K die Überweisung von 1,3 Mio US\$ auf ihr Konto bei der Y-Bank verlangen (siehe aber unten Ziff. 2).

c) Widerruf durch K nach OR 470

K hätte die Überweisung gegenüber der Z-Bank widerrufen können, solange diese der X-Bank nicht ihre Annahme erklärt hat (OR 470 II), d.h. solange noch keine *Gutschrift* erfolgt ist. In casu ist der Betrag auf dem Konto der B-AG bei der X-Bank gutgeschrieben worden, weshalb K nicht mehr widerrufen konnte.

d) Anfechtung der Gutschrift durch K nach OR 24 Abs. 1 Ziff. 4

K könnte gegenüber der Z-Bank die Überweisung anfechten wegen wesentlichen Irrtums (OR 24 I Ziff. 4). Durch die gültig erklärte Anfechtung würde die Überweisung unverbindlich und die bereits vollzogene Gutschrift müsste durch die beteiligten Banken storniert werden. Nach der h.L. ist eine Anfechtung aber nur so lange möglich, als auch widerrufen werden könnte, d.h. vor Gutschrift, weil durch die Gutschrift der Empfänger (B-AG) gegen seine Bank eine abstrakte Forderung erwirbt, die von Einwendungen und Einreden sowohl aus dem Valuta- als auch aus dem Deckungsverhältnis unabhängig ist¹²¹. Somit kann K die Überweisung nicht anfechten.

2. Anspruch von K gegen die B-AG aus ungerechtfertigter Bereicherung nach OR 62 II

K hat den Betrag von 1,17 Mio US\$ auf das Konto der B-AG bei der X-Bank *ohne gültigen Rechtsgrund* überwiesen, denn seine Zahlung hatte keine Tilgungswirkung in Bezug auf seine Schuld aus Kaufvertrag gegenüber der B-AG (vgl. vorne Ziff. 1 lit. d). K ist im Umfang dieses Betrages entreichert (Abnahme der Aktiven), während bei der B-AG eine entsprechende *Bereicherung* eingetreten ist (*Abnahme der Passiven*). K könnte deshalb von der B-AG den Betrag nach OR 62 II zurückfordern.

¹¹⁸ Vgl. MEDER STEPHAN, (zit. Fn. 17), 90; der Gläubiger braucht sich kein Girokonto einzurichten, nur um seinem Schuldner eine bargeldlose Zahlung zu ermöglichen.

¹¹⁹ Vgl. WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 68-96 OR, N. 104 zu Art. 74 OR; GUGGENHEIM, (zit. Fn. 2), 235.

¹²⁰ Vgl. GAUCH/SCHLUEP (zit. Fn.2), N. 2149.

¹²¹ Vgl. GUGGENHEIM, (zit. Fn. 2), 241 f. und vorne lit. b.

Weil die B-AG allerdings nach wie vor ihren Anspruch auf Erfüllung gegen K geltend machen kann, wird K nach OR 120 I *Verrechnung* erklären. Damit erfüllt sie die Kaufpreisforderung nachträglich durch Verrechnung. Die Vereinbarung eines bestimmten Bankkontos lässt noch nicht auf einen Verrechnungsausschluss nach OR 126 schliessen¹²². Der Anspruch der B-AG erlöscht damit aber nur insoweit, als sich die beiden Obligationen "ausgleichen". Weil die Kaufpreisforderung der B-AG 1,3 Mio US\$ beträgt¹²³, der Kondiktionsanspruch von K dagegen nur 1,17 Mio US\$, bleibt eine Restforderung der B-AG in der Höhe von 0,13 Mio US\$ bestehen.

2. Anspruch von K gegen die Banken (X, Y) aus OR 62 ff.

Nach erfolgter Gutschrift kann der Absender (K) den Betrag nicht mehr von der Z-Bank zurückverlangen. Der Anspruch aus Gutschrift ist abstrakt, d.h. unabhängig vom Deckungs- und Valutaverhältnis (OR 468 I). Auch braucht sich die Bank um den Rechtsgrund der Überweisung nicht zu kümmern. Selbst wenn sie erfährt, dass die Zahlung rechtsgrundlos erfolgte, darf sie die Gutschrift nicht rückgängig machen¹²⁴.

Sofern kein Doppelmangel vorliegt¹²⁵, findet ein Bereicherungsausgleich nur zwischen den am Valutaverhältnis beteiligten Personen statt, d.h. zwischen dem Überweisenden (K) und dem Überweisungsempfänger (B-AG). Der Überweisende kann nicht auf die beteiligten Banken "durchgreifen" und auch die Banken haben keinen Kondiktionsanspruch gegen den Überweisungsempfänger¹²⁶.

3. Ansprüche der B-AG gegen K aus Verzug nach OR 102 ff.

a) *Verzug von K nach OR 102 II*

Der Schuldner gerät in Schuldnerverzug, wenn er zwar bei Fälligkeit, aber nicht am Erfüllungsort leistet¹²⁷. Der Kaufpreisanspruch der B-AG war nach OR 184 II sofort fällig mit der Lieferung der Holzplatten an K. Durch die Aufforderung der B-AG, "den vollen Kaufpreis *sofort* zu bezahlen" (siehe Sachverhalt 1), wurde K sogleich in *Verzug* gesetzt (OR 102 II).

Die Verrechnungserklärung des K wirkt allerdings auf den Zeitpunkt zurück, in dem die Kaufpreisforderung der B-AG sowie der Kondiktionsanspruch von K einander geeignet gegenüberstanden (OR 124 II). Es ist derjenige Zeitpunkt massgebend, in dem die Verrechnungsbefugnis des nachherigen Kompensanten entsteht¹²⁸. Die Verrechnungserklärung von K wirkt somit auf den Zeitpunkt der Gutschrift seiner Überweisung auf dem Konto bei der X-Bank zurück. Diese Rückwirkung hat zur Folge, dass sich die seit dem Zeitpunkt des Untergangs allenfalls entstandenen Nebenansprüche des Gläubigers auf Verzugszins sowie auf Verzugschaden als nichtbestehend herausstellen¹²⁹.

Die Verzugsfolgen (OR 103 ff.) treten somit nur in bezug auf die Restforderung der B-AG in der Höhe von 0,13 Mio US\$ ein.

¹²² Vgl. GAUCH/AEPPLI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, N. 24 zu Art. 126: "Da ein Verrechnungsverzicht nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, darf eine Handlung oder Äusserung des Schuldners nicht leichthin als konkludenter Antrag zum Abschluss eines Verzichtvertrages gedeutet werden."

¹²³ Vgl. Fall 1, Ziff. 2.

¹²⁴ Vgl. GUGGENHEIM, (zit. Fn. 2), 237, 240.

¹²⁵ D.h. wenn neben dem Valutaverhältnis nicht auch der Überweisungsauftrag fehlerhaft ist oder widerrufen wurde, vgl. BGE 121 III 109 ff.

¹²⁶ Vgl. CANARIS, Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3.A., Berlin/New York 1988, Rdn. 486.

¹²⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP (zit. Fn.), N. 2149.

¹²⁸ Vgl. GAUCH/AEPPLI, (zit. Fn.), N. 119 zu Art. 124.

¹²⁹ Vgl. GAUCH/AEPPLI, (zit. Fn.), N. 126 zu Art. 124.

b) *Verzugszinsen nach OR 104*

Siehe Fall 1, Ziff. 1 lit. b.

c) *Anspruch auf Verzugsschaden nach OR 106 Abs. 1*

Der Gläubiger sollte Konventionalstrafen, die er infolge des Schuldnerverzugs bezahlen muss, nicht als Verzugsschaden geltend machen können. Denn das Prinzip "Geld muss man haben", welches in OR 106 dem Gläubiger einen Verschuldensnachweis erlässt, sollte auch zugunsten des Schuldners in dem Sinne gelten, dass dieser nicht für einen Schaden einzustehen hat, der auf mangelnder Kreditwürdigkeit bzw. Insolvenz des Gläubigers beruht. Die Haftung für Folgeschäden aus der Nichterfüllung von Geldschulden ist auf die mutwillige Zahlungsverweigerung zu beschränken¹³⁰.

4. Zusammenfassung

Die Falschüberweisung hatte keine Tilgungswirkung in bezug auf die vertragliche Leistungspflicht des Valutaverhältnisses, sie bewirkte aber eine Vermögensverschiebung, die eine wirtschaftliche Besserstellung der B-AG zur Folge hatte. Der Erfüllungsanspruch der B-AG kann mit dem Bereicherungsanspruch von K teilweise verrechnet werden, wobei eine Restforderung in der Höhe von 0,13 Mio US\$ bleibt. Weil sich K in bezug auf die Restforderung seit dem 13. Oktober im Verzug befindet, ist er gegenüber der Schuldnerin zur Leistung von Verzugszins und zum Ersatz des Verzugsschadens verpflichtet. Die Geltendmachung der Konventionalstrafe als Verzugsschaden sollte aber wegen des fehlenden Kausalzusammenhangs sowie wegen des Prinzips "Geld muss man haben" verneint werden.

¹³⁰ Vgl. dazu die Überlegungen bei HONSELL, Der Verzugsschaden bei der Geldschuld, FS Hermann Lange, 1992, 519 ff.

2. Probeklausur vom 9. Januar 1995

1. Fall

A - mit mündlicher Vollmacht vertreten durch B - hatte von C mit notariellem Kaufvertrag eine Liegenschaft zum Preis von Fr. 400'000 zum Zwecke der Überbauung gekauft. A und C hatten eine zusätzliche Schwarzzahlung von Fr. 200'000 vereinbart, welche dem C vor dem Notartermin übergeben worden war. Der Vertrag wurde von beiden Teilen erfüllt.

Später will A die Schwarzzahlung zurück. C weigert sich. Wenn überhaupt, müsse der ganze Vertrag rückgängig gemacht werden.

Wie ist die Rechtslage?

Variante

SV wie oben, doch streiten die Parteien nicht über die Schwarzzahlung. Nach $1\frac{1}{2}$ Jahren stellt sich heraus, dass das Grundstück nicht bebaubar ist.

Die Bebaubarkeit des Grundstücks war nur mündlich verprochen worden. Im notariellen Kaufvertrag heisst es formularmässig: 'Jede Gewährschaft ist ausgeschlossen.'^a

Wie ist die Rechtslage?

2. Fall

C verkauft A eine Liegenschaft von 1204 m^2 . Der Kaufpreis betrug Fr. 400 pro m^2 und wurde mit Fr. 481'600 errechnet. Eine nachträgliche Neuvermessung des Grundstücks ergab eine Mehrfläche von 50 m^2 . C fordert hierfür eine Nachzahlung von Fr. 20'000.

Wie ist die Rechtslage?

3. Fall

Der Bauer B verkaufte eine Liegenschaft zum Preis von Fr. 800'000 an den Architekten A. Der Kaufvertrag wurde vollzogen. Wenig später wurde B wegen Urteilsunfähigkeit infolge von starkem Alkoholismus von der Behörde unter Vormundschaft gestellt. Auf Betreiben des Vormunds wurde der Kaufvertrag rückabgewickelt. Der Architekt hatte nutzlose Planungs- und Projektierungskosten in Höhe von Fr. 105'000 aufgewendet.

Erhält der Architekt dafür Ersatz?

Lösungsskizze zur Probeklausur vom 9. Januar 1995

1. Fall

I. Anspruch des A auf Rückzahlung der Schwarzzahlung von Fr. 200'000 gegen C aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62 ff.)

A lässt sich für einen Grundstückkauf, der nach OR 216 der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung unterliegt, von B durch mündliche Vollmacht gemäss OR 32 vertreten. Sofern im Gesetz nichts anderes vorgesehen ist, bedarf ein Vertrag keiner besonderen Form (OR 11). Der Grundsatz der *Formfreiheit* gilt gemäss Rechtsprechung des BGer auch bei einer Vollmacht zum Abschluss eines formbedürftigen Vertrages¹³¹, z.B. eines Grundstückkaufs. Die Vollmacht wird mittels einfachen Auftrags erteilt, der durch Konsens der Parteien zustandekommt (OR 394 I). Der Auftrag ist formfrei; deshalb ist auch die Erteilung einer Vollmacht formfrei. Wegen des Schutzcharakters von OR 216 vor übereilten Entscheidungen, verlangt ein Teil der Lehre auch für Auftrag und Vollmacht öffentliche Beurkundung¹³².

Folgt man der Judikatur, so ist A durch die mündliche Vollmacht an B beim Grundstückkauf gültig vertreten worden. Der Vertrag entfaltet seine Wirkungen zwischen A und C.

Im Kaufvertrag zwischen A und C sind lediglich Fr. 400'000 öffentlich beurkundet, wie es die Formvorschrift von OR 216 für den Verkauf von Grundstücken verlangt. Insgesamt wurde jedoch ein Kaufpreis von Fr. 600'000 vereinbart, der dem wirklichen Willen der Parteien entspricht (OR 1 I). Es handelt sich hier um einen Fall von *Simulation* (OR 18 I). Dies bedeutet, dass zwischen A und C der dissimulierte (gewollte) Vertrag über Fr. 600'000 wirksam ist, nicht der simulierte über Fr. 400'000¹³³. Dieser Vertrag leidet aber am Formmangel der fehlenden öffentlichen Beurkundung, der ihn ungültig macht (OR 11 II).

Grundsätzlich ist ein formungültiger Vertrag nach OR 11 nichtig¹³⁴, bereits Geleistetes kann zurückgefordert werden. Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist, dass A in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen des C bereichert ist (OR 62 I). Die Fälle einer rechtsgrundlosen Leistung sind in OR 62 II aufgezählt; von diesen trifft jedoch keiner auf unseren Fall zu, da A und C den formungültigen Vertrag freiwillig und vollständig erfüllt haben. Nach der Rechtsprechung des BGer ist es *rechtsmissbräuchlich* (ZGB 2 II)¹³⁵, sich nachträglich auf den Formmangel zu berufen. Der Vertrag ist zwar nichtig, doch steht der Rückforderung des Geleisteten die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegen¹³⁶.

Aus den genannten Gründen kann der Käufer sich nicht darauf berufen, er habe irrtümlich eine Nichtschuld nach OR 63 I bezahlt und das Geleistete wieder herausverlangen. Insbesondere kann in casu nicht von einer Zuwendung ohne gültigen Grund (*condictio sine causa*) die Rede sein.

Da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien mit einem Kaufpreis von Fr. 400'000 zufrieden gewesen wären (sie waren sich über Fr. 600'000 einig), kann man nicht von einer Teilnichtigkeit des Vertrages nach OR 20 II ausgehen.

A hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der Schwarzzahlung.

II. Anspruch des C auf Rückgängigmachung des ganzen Vertrages gegen A

Da auch C den Vertrag im Bewusstsein des Formmangels vollständig erfüllt hat, kann er sich nicht nachträglich auf die Formungültigkeit berufen und die Rückabwicklung des Vertrages verlangen. Dies widerspräche wie bei A dem Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2 II).

Variante

¹³¹GAUCH/SCHLUEP N 1349 m.w.N.; BGE 112 II 332.

¹³²HONSELL OR-BT 228 f. m.w.N.

¹³³BGE 112 II 337.

¹³⁴BGE 115 II 337 f.

¹³⁵BGE 112 II 111; 112 II 333 f.

¹³⁶BGE 98 II 316.

I. Anspruch des A auf Wandelung oder Minderung aus vertraglicher Gewährleistung des C

1. Anspruch aus Gewährleistung (OR 197 ff.)

Durch den Verweis von OR 221 auf die Bestimmungen des Fahrniskaufs finden bei Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften OR 197 ff. Anwendung. Die Bebaubarkeit war Voraussetzung für den Kauf des Grundstücks zum vereinbarten Preis und war mündlich zugesichert. Die Zusicherung bestimmter Eigenschaften eines Grundstücks bedarf nach konstanter Rechtsprechung des BGer keiner besonderen Form¹³⁷, sie ist demzufolge auch mündlich gültig. Obwohl der Vertrag wegen des Schwarzkaufs nichtig wäre, wird er infolge der beidseitigen freiwilligen Erfüllung als faktisches Vertragsverhältnis behandelt. Demzufolge kann A, nachdem er fristgerecht Mängelrüge nach OR 201 erhoben hat, gemäss OR 205 ff. auf Wandelung oder Minderung klagen, falls die Freizeichnungsklausel im Vertrag ungültig ist.

2. Ausschluss der Gewährleistung

Die Gewährleistung des Verkäufers ist zwar im Vertrag formularmässig ausgeschlossen worden, sie wird jedoch vom BGer nicht anerkannt, wenn sie nicht beiden Parteien bewusst und von ihnen gewollt war¹³⁸. Es ist davon auszugehen, dass die Freizeichnungsklausel, wie es häufig der Fall ist, auf Initiative des Verkäufers oder von der Urkundsperson ohne Verlangen der Parteien in den Vertrag aufgenommen wurde¹³⁹. Aus diesem Grunde verstösst es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Verkäufer sich auf den Gewährleistungsausschluss beruft.

3. Verjährung

Die Gewährleistung beim Grundstückkauf ist in OR 219 geregelt. Die Bestimmung sieht vor allem eine Gewährleistung für die Grösse des Grundstücks vor, hinsichtlich anderer Mängel schweigt sie sich aus. Diese werden in OR 219 III nur im Zusammenhang mit Gebäuden erwähnt. Es ist hier nicht strikt auf den zu engen Wortlaut von OR 219 III abzustellen, Mängel an Grundstücken fallen ebenfalls unter die 5Jahresfrist¹⁴⁰. Der Anspruch ist also noch nicht verjährt. A kann nach OR 205 ff. vorgehen und Wandelung oder Minderung verlangen.

II. Anspruch des A aus Grundlagenirrtum

1. Grundlagenirrtum

C hat A die Bebaubarkeit des Grundstücks mündlich versprochen. Daraus kann man ableiten, dass die Bebaubarkeit für A eine unerlässliche Voraussetzung (*condicio sine qua non*) zum Vertragsabschluss mit C war und dass dies C bewusst war. Wenn die Bebaubarkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bestand, handelt es sich hier um einen zukünftigen Sachverhalt, der als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Es stellt sich die Frage, ob sich ein Grundlagenirrtum nach OR 24 I Z. 4 auch auf einen solchen Sachverhalt beziehen kann. Das BGer verlangt, dass der künftige Sachverhalt von beiden Parteien voraussehbar sein muss, bzw. die Verwirklichung dieses Sachverhaltes als sicher angesehen werden muss¹⁴¹. Die Lehre ist sich in diesem Punkt uneinig¹⁴². Folgt man der Meinung des BGer, so kann A sich auf Grundlagenirrtum berufen.

Es ist auch möglich, dass die Bebaubarkeit nachträglich weggefallen ist. Auch hier sind die Voraussetzungen für einen Grundlagenirrtum gegeben. Die Verjährung tritt gemäss OR 31 ein Jahr nach Entdeckung des Irrtums ein.

2. Konkurrenzen

¹³⁷BGE 73 II 220; 63 II 79; vgl. HONSELL OR-BT 132.

¹³⁸BGE 91 II 348; 73 II 224.

¹³⁹SCHUMACHER, Gewährleistung, in: Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 1989, N 805.

¹⁴⁰SCHUMACHER N 778; BGE 104 II 270 E. 3=Pra 1979, 125 E. 3.

¹⁴¹BGE 109 II 110 f.

¹⁴²Zustimmend BUCHER 204 ff.; BK-KRAMER, Art. 18 N 306 ff.; OR-SCHWENZER Art. 24 N 18 f.; ablehnend GUHL/MERZ/KOLLER 133 f.; GAUCH/SCHLUEP N 801.

Die Anfechtung wegen Willensmängeln lässt das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung neben der Sachgewährleistung nach OR 197 ff. zu¹⁴³.

2. Fall

I. Anspruch des C auf Nachzahlung von Fr. 20'000 gegen A

1. Anspruch aus analoger Anwendung von OR 219

OR 219 sieht eine Gewährleistung des Verkäufers nur vor, wenn das betreffende Grundstück ein geringeres Mass besitzt als im Kaufvertrag angegeben. Eine analoge Anwendung auf den umgekehrten Fall, dass das Grundstück grösser ist als angenommen, ist abzulehnen¹⁴⁴.

2. Anspruch aus Grundlagenirrtum

A und C haben sich bei der Berechnung des Kaufpreises über die Grösse des Grundstücks geirrt, es wurde ein Preis von Fr. 400 pro m² vereinbart. Dabei handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall von OR 24 III, von blossen Rechnungsfehlern, da als solche nur Versehen gelten, "die den Parteien bei der Umrechnung vertraglicher Unterlagen gemeinsam unterlaufen"¹⁴⁵. Vorausgesetzt wird, dass nicht nur der Vertragspreis, sondern auch die einzelnen Berechnungselemente im Vertrag aufgenommen werden. In casu wurde von einer Grundstückgrösse von 1204 m² ausgegangen, um den Kaufpreis zu berechnen, wobei kein Rechenfehler unterlaufen ist.

Wenn C bei Abschluss des Kaufvertrages gewusst hätte, dass das Grundstück 50 m² grösser ist, hätte er bei einem Preis von Fr. 400 pro m² Fr. 20'000 mehr verlangt. Problematisch ist, ob bei einer Grundstückgrösse von 1204 m² eine Abweichung von 50 m² als wesentlich zu qualifizieren ist. Die Grundstückgrösse darf für den irrenden C nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gemäss OR 24 I Z. 4 als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden. Auch A muss von der Grundstückgrösse als Bemessungsgrundlage für den Preis ausgehen. Es mangelt in unserem Fall nicht an der subjektiven und objektiven Erkennbarkeit. Umstritten ist jedoch die Wesentlichkeit einer Abweichung in der Grösse des Grundstücks von etwas über 4%.

Bei ca.-Angaben des Flächenmasses von Grundstücken sind nach der Rechtsprechung Abweichungen von 10-15% zu tolerieren, für die der Verkäufer nach OR 219 I nicht haftet¹⁴⁶. Dies gilt, wenn es sich herausstellt, dass das Grundstück kleiner ist als angenommen. In casu sind A und C davon ausgegangen, das Grundstück sei genau 1'204 m² gross, es wurde nicht eine ungefähre Grösse vereinbart. Dementsprechend ist die Toleranzgrenze sehr viel niedriger anzusetzen. Die Annahme, eine Abweichung von 4% sei wesentlich, ist durchaus vertretbar.

3. Anspruch aus error in quantitate

In OR 24 I Z. 3 wird der Irrtum als wesentlich qualifiziert, wenn der Irrende sich eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfang hat versprechen lassen, als es sein Wille war. Das ist hier der Fall; es handelt sich um einen Inhaltsirrtum.

4. Modifizierte Teilnichtigkeit

Wenn man einen Grundlagenirrtum nach OR 24 I Z. 4 oder einen Inhaltsirrtum nach Z.3 bezüglich der Grundstückgrösse bejaht, wäre die Konsequenz nach OR 23, dass der Vertrag für C einseitig unverbindlich ist. Eine Berufung auf Irrtum ist gemäss OR 25 I jedoch nur zulässig, wenn sie nicht Treu und Glauben widerspricht. Angesichts der Folgen einer Anfechtung des Vertrages wegen der geringen Differenz in der Grundstückgrösse liegt hier ein Anwendungsfall von OR 25 I vor, bei dem die Berufung auf Irrtum unstatthaft wäre.

So weit möchte C gar nicht gehen, er ist lediglich am Mehrpreis interessiert. Hier sind die Regeln der modifizierten Teilnichtigkeit, die sich aus OR 20 II entwickelt haben, analog anwendbar¹⁴⁷: Geht man davon aus, dass A und C bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Vertrag zu einem Mehrpreis von Fr. 20'000 abgeschlossen hätten, so gilt der Vertrag mit diesem Inhalt. Der Vertrag ist nach dem "hypothetischen Willen" der Parteien mit dem entsprechenden Inhalt gültig.

¹⁴³BGE 114 II 131, 134; 108 II 102, 104; 107 II 419, 421; vgl. OR-SCHWENZER Vorbem. zu Art. 23-31 N 9 f. m.w.N. auch zur Kritik in der neueren Literatur.

¹⁴⁴OR-HONSELL Art. 219 N 8.

¹⁴⁵BGE 102 II 82; vgl. GAUCH/SCHLUEP N 839 ff.

¹⁴⁶SCHUMACHER N 704.

¹⁴⁷vgl. GAUCH/SCHLUEP N 852; BGE 107 II 423 f.; 96 II 106.

C kann von A eine Nachzahlung von Fr. 20'000 aus Grundlagenirrtum (OR 24 I Z. 4) i.V.m. den Regeln der modifizierten Teilnichtigkeit (OR 20 II) fordern.

3. Fall

I. **Anspruch des A auf Ersatz von Fr. 105'000 für nutzlose Planungs und Projektierungskosten gegen B**

1. **Anspruch aus ZGB 375 III**

Ein Vertrag kommt nach OR 1 I gültig zustande, wenn die Parteien ihren gegenseitigen übereinstimmenden Willen geäußert haben. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben bei fehlender Geschäftsfähigkeit einer Partei infolge Urteilsunfähigkeit (ZGB 18), da die Partei nicht in der Lage ist, sich bezüglich des Vertrages einen rechtlich relevanten Willen zu bilden. Die Folge ist Nichtigkeit des Vertrages. Aufgrund dieser Nichtigkeit wurde der Vertrag auf Betreiben des Vormunds rückgängig gemacht.

A hat im Hinblick auf die Gültigkeit des Kaufvertrages Investitionen in Höhe von Fr. 105'000 getätigt. Der gute Glaube (ZGB 3) in die Handlungsfähigkeit des Vertragspartners ist jedoch nicht geschützt¹⁴⁸. Der Schutz des Handlungsunfähigen wird über denjenigen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gestellt¹⁴⁹. ZGB 375 III sieht zwar vor, dass vor der Veröffentlichung die Bevormundung gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann, dies hätte aber zur Folge, dass ein Vertragsschluss mit einer urteilsunfähigen Person vor der Entmündigung ungültig, von der Entmündigung bis zur Veröffentlichung gültig, nach der Veröffentlichung wieder ungültig wäre, d.h. dass der Entmündigte von der Entmündigung an bis zur Veröffentlichung schlechter gestellt wäre als vor der Entmündigung. Nach h.L. geht ZGB 18 der Bestimmung von ZGB 375 III aus Gründen der Rechtssicherheit vor¹⁵⁰. Begründet wird dies damit, dass die Urteilsunfähigkeit des Vertragspartners leichter zu erkennen ist als eine Handlungsunfähigkeit (des Urteilsfähigen).

Für A besteht kein Anspruch auf Ersatz der nutzlosen Aufwendungen aus ZGB 375 III.

2. **Anspruch aus OR 54**

Obwohl OR 54 unter den Abschnitt über die Entstehung von Obligationen aus unerlaubter Handlung eingereiht ist, findet die Bestimmung nach neuerer Rechtsprechung des BGer auch auf Vertragsverletzungen Urteilsunfähiger Anwendung¹⁵¹. Dies im Gegensatz zu seiner früheren Haltung, wo OR 54 nur bei unerlaubter Handlung aus Delikt angewandt wurde, nicht jedoch bei einer Billigkeitshaftung infolge eines nichtigen Vertrages¹⁵². Die ältere Rechtsprechung wird von einem Teil der Lehre befürwortet, da sie dem Schutz des Urteilsunfähigen gerechter wird¹⁵³.

Die Voraussetzungen einer Haftung aus OR 54 sind: Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit. Ein Verschulden wird nicht gefordert, wäre der Partner jedoch urteilsfähig gewesen, müsste sein Handeln ein Verschulden darstellen. OR 54 I soll auch für diejenigen Fälle gelten, in denen einer Vertragspartei im Vertrauen auf die Gültigkeit eines (nichtigen) Rechtsgeschäfts Schaden entstanden ist¹⁵⁴. Der Richter kann den Urteilsunfähigen aus Billigkeit zum Ersatz des Schadens in Höhe des negativen Interesses verurteilen¹⁵⁵.

Es liegt im Ermessen des Richters, A aus Billigkeit ganz oder teilweise Ersatz seines Schadens zuzusprechen.

3. **Anspruch aus culpa in contrahendo**

Die Haftung aus culpa in contrahendo kommt zum Zuge, wenn sich eine Vertragspartei während der Vertragsverhandlungen wider Treu und Glauben verhält. Die Rechtsnatur dieser Haftungsart ist umstritten¹⁵⁶.

¹⁴⁸BGE 107 II 116.

¹⁴⁹BK-BUCHER Vorbem. vor Art. 12-19 N 45.

¹⁵⁰BK-SCHNYDER/MURER Art. 375 N 29 f. m.Nw.

¹⁵¹BGE 102 II 229 f.

¹⁵²BGE 74 II 213; 55 II 38.

¹⁵³HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1995, 109.

¹⁵⁴OR-SCHNYDER Art. 54 N 2.

¹⁵⁵BGE 102 II 230.

¹⁵⁶vgl. GAUCH/SCHLUEP N 975 ff. m.Nw.

In der Regel setzt die Culpa-Haftung ein Verschulden voraus; eine Ausnahme besteht in OR 54. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zu OR 54 verwiesen werden.

1. Probeklausur - 6. Mai 1994

X ist seine keramische Zahnkrone kurz nach der Anfertigung abgebrochen. Sein Zahnarzt Z teilte X telefonisch mit, dass diese Materialschwäche (nach der Erfahrung des zahntechnischen Labors, wo er die Kronen gewöhnlich herstellen lässt) relativ häufig vorkommt (ca. in 1% der Fälle) und auch bei sorgfältigstem Vorgehen nicht zu vermeiden ist. Das Problem entsteht während des Brennens im Ofen. Aufgrund seines Misstrauens entscheidet sich X die Ersatzkrone bei einem anderen Zahnarzt anfertigen zu lassen.

X verabredete telefonisch mit dem Zahnarzt A einen Termin. Wegen eines Notfalls war A dermassen verspätet, dass X dessen Praxis nach einer Stunde vergeblichen Wartens verärgert verlässt und dabei seine Eurocard-Karte verliert. Die Zahnarztgehilfin G, die die Karte des X in der Praxis findet, benutzt die Karte am gleichen Tag für Einkäufe im Kaufhaus M im Wert von Fr. 900,-. X bemerkt und meldet den Kartenverlust erst am folgenden Tag.

Preiswert (goldene Zahnkrone für Fr. 800,-) und zu seiner vollen Zufriedenheit wurde X vom Zahnarzt D behandelt.

X weigert sich, die abgebrochene Zahnkrone zu bezahlen. Die Rechnung über Fr. 1200,- wurde nicht vom Z, sondern von einer Ärztekasse K-AG geschickt. Z hat nämlich alle Forderungen aus seiner zahnärztlichen Tätigkeit vor Jahren auf K übertragen. Gegen eine Jahresgebühr sorgt K für Inkasso und Mahnwesen und trägt das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Schuldner. Die K-AG hatte diesen Betrag schon dem Z überwiesen.

Auch die Rechnung von A über Fr. 200,- für den versäumten Termin will X nicht bezahlen (auf dem Terminzettel steht: "Bitte berichten Sie uns 24 Stunden vorher, wenn Sie die Verabredung nicht einhalten können. Bei einer späteren Abmeldung werden Ihnen pauschal Fr. 200,- berechnet").

Wie ist die Rechtslage?

1. Probeklausur - 6. Mai 1994

X ist seine keramische Zahnkrone kurz nach der Anfertigung abgebrochen. Sein Zahnarzt Z teilte X telefonisch mit, dass diese Materialschwäche (nach der Erfahrung des zahntechnischen Labors, wo er die Kronen gewöhnlich herstellen lässt) relativ häufig vorkommt (ca. in 1% der Fälle) und auch bei sorgfältigstem Vorgehen nicht zu vermeiden ist. Das Problem entsteht während des Brennens im Ofen. Aufgrund seines Misstrauens entscheidet sich X die Ersatzkrone bei einem anderen Zahnarzt anfertigen zu lassen.

X verabredete telefonisch mit dem Zahnarzt A einen Termin. Wegen eines Notfalls war A dermassen verspätet, dass X dessen Praxis nach einer Stunde vergeblichen Wartens verärgert verlässt und dabei seine Eurocard-Karte verliert. Die Zahnarztgehilfin G, die die Karte des X in der Praxis findet, benutzt die Karte am gleichen Tag für Einkäufe im Kaufhaus M im Wert von Fr. 900,-. X bemerkt und meldet den Kartenverlust erst am folgenden Tag.

Preiswert (goldene Zahnkrone für Fr. 800,-) und zu seiner vollen Zufriedenheit wurde X vom Zahnarzt D behandelt.

X weigert sich, die abgebrochene Zahnkrone zu bezahlen. Die Rechnung über Fr. 1+200,- wurde nicht vom Z, sondern von einer frztekasse K-AG geschickt. Z hat nämlich alle Forderungen aus seiner zahnärztlichen Tätigkeit vor Jahren auf K übertragen. Gegen eine Jahresgebühr sorgt K für Inkasso und Mahnwesen und trägt das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Schuldner. Die K-AG hatte diesen Betrag schon dem Z überwiesen.

Auch die Rechnung von A über Fr. 200,- für den versäumten Termin will X nicht bezahlen (auf dem Terminzettel steht: "Bitte berichten Sie uns 24 Stunden vorher, wenn Sie die Verabredung nicht einhalten können. Bei einer späteren Abmeldung werden Ihnen pauschal Fr. 200,- berechnet").

Wie ist die Rechtslage?

1. Probeklausur - 6. Mai 1994

Lösungsskizze

1 Anspruch der K-AG gegen X

Die K-AG macht eine Honorarforderung des Z gegen X geltend. Zu prüfen ist zuerst, ob diese Forderung des Z gegen X gültig entstanden ist¹⁵⁷, zweitens, ob sie vom Z auf die K-AG gültig übertragen worden ist¹⁵⁸, und drittens, ob dieser Einspruch durch eine Einrede nicht entkräftet werden kann¹⁵⁹.

1.1 Qualifikation des Vertrages zwischen X und Z

Der Vertrag zwischen Arzt und Patient ist ein klassisches Beispiel eines Auftrags¹⁶⁰. Der Vertrag mit einem Zahnarzt betrifft jedoch nicht nur die medizinische Behandlung, sondern auch die Anfertigung rein technischer

¹⁵⁷Vgl. 1.1.

¹⁵⁸Vgl. 1.2.

¹⁵⁹Vgl. 1.3.

¹⁶⁰OR 394 ff.; Honsell, OR BT (2. Aufl. 1992) 228 ff.; Kuhn, in: Honsell (Hrsg.) Handbuch des Arztrechts, 22; BK-Fellmann, OR 398 N 395 ff.

Werke wie Zahnkronen und Zahnbrücken, welche der Zahnarzt i.d.R. in einem zahntechnischen Labor¹⁶¹ herstellen lässt. Die Unterstellung dieser Tätigkeit des Zahnarztes vollumfänglich unter das Auftragsrecht ist keinesfalls sachgerecht.¹⁶² Die Qualität der Zahnkrone ist einzig vom technischen Herstellungsprozess abhängig. Das Versprechen eines bestimmten Erfolgs wie beim Werkvertrag¹⁶³ ist hier keinesfalls unmöglich und wird wohl von jedem erwartet.

In seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesgericht einen gemischten Vertrag angenommen.¹⁶⁴ Ein neues, nicht unumstrittenes bundesgerichtliches Urteil qualifiziert den Vertrag mit dem Zahnarzt hingegen auch insoweit als Auftrag, als es sich um die Anfertigung einer Prothese handelt.¹⁶⁵ Es trifft zwar zu, dass der Patient den Zahnarzt mit einer Dienstleistung betraut, "welche auf die Verbesserung seines Gesundheitszustandes und wenn möglich die Heilung durch alle geeigneten Mittel abzielt"¹⁶⁶, und daher dem Auftragsrecht unterstellt sein muss. Die Ausdehnung des Auftragsverhältnisses auch auf Herstellung von Zahnersatz lässt den technischen Aspekt unberücksichtigt.

Es ist daher ein **gemischter Vertrag** anzunehmen, der mehrheitlich aus Elementen des **Auftragsrechts** und, was die Herstellung der technischen Werke anbetrifft, aus Elementen des **Werkvertragsrechts** besteht. Der Vertrag ist zwischen X und Z gültig zustandegekommen.¹⁶⁷ Was die Behandlung betrifft, schuldet Z dem X in seinem Interesse und nach den Regeln der ärztlichen Kunst tätig zu werden. Gleichzeitig schuldet Z dem X die Herstellung eines Werkes, einer Zahnkrone. Dafür schuldet X dem Z die Leistung einer Vergütung in Höhe von Fr. 1 200,-.¹⁶⁸

1.2 Verhältnis zwischen K-AG und Z

K ist eine juristische Person, die sich alle, auch künftige Forderungen des Z aus dessen Geschäftsbetrieb übertragen liess und diese, sobald sie fällig geworden sind, im eigenen Namen einzieht. Diese Art wirtschaftlicher Tätigkeit wird als **Factoring** bezeichnet. Das Factoring ist ein gemischttypischer Vertrag, der aus Elementen des Auftrags¹⁶⁹, des Forderungskaufs¹⁷⁰, der Zession¹⁷¹ und des Darlehens¹⁷² besteht.¹⁷³ Die schweizerische Lehre nimmt einen eigenständigen Vertragstypus an.¹⁷⁴

Die Zession von Z auf K-AG erfolgt nicht für jede Forderung einzeln, sondern im Wege einer **Globalzession**. Der Z hat alle künftigen Forderungen aus seiner Zahnarztpraxis der K-AG zediert. Die Abtretung künftiger Forderungen ist im Rahmen des Factoring unbedenklich zulässig, weil die Forderungen hinsichtlich Rechtsgrund und Höhe ausreichend bestimmbar sind und die Abtretung im Interesse des Klienten liegt, der über den Betrag sofort verfügen kann.¹⁷⁵ Die globale Abtretung von Honorarforderungen, die aus der geschäftlichen Tätigkeit des Z als Zahnarzt entstehen werden, ist im Lichte der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügend bestimmbar und daher als zulässig zu betrachten.

¹⁶¹ Der Zahntechniker ist wegen seiner umfangreichen Weisungsgebundenheit und seiner Eingliederung in die "Erfüllungsorganisation" des Zahnarztes als Erfüllungsgehilfe i.S.v. OR 101 anzusehen.

¹⁶² Schröder, Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, Diss. 1982, 21 ff.

¹⁶³ Honsell, OR BT 232.

¹⁶⁴ BGE 61 II 112.

¹⁶⁵ BGE 110 II 376; a.M. Honsell, OR BT 212; Schröder, a.a.O.

¹⁶⁶ BGE 110 II 166.

¹⁶⁷ Kuhn, in: Honsell (Hrsg.) Handbuch des Arztrecht, 23.

¹⁶⁸ Da die auftragrechtlichen Elemente überwiegen, ist die Leistung einer Vergütung eher nach OR 394 III und nicht nach OR 363 zuzusprechen. Die Vergütung wurde zwar nicht vereinbart, aber das Honorar wird den Zahnärzten üblicher Weise geschuldet (BK-Fellmann, OR 394 N 373 ff.).

¹⁶⁹ OR 394 ff.

¹⁷⁰ OR 184 ff.

¹⁷¹ OR 164 ff.

¹⁷² OR 312 ff.

¹⁷³ Honsell, OR BT 312.

¹⁷⁴ Kramer/Rey, Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising (2. Aufl. 1992) 179; Schluop, Kurzkomm. OR I, Einl.v. 184 ff. N 105+ff.

¹⁷⁵ BGE 113 II 165 ff.; Honsell, OR BT 313; Girsberger, Kurzkomm. OR I, OR 164 N 41.

1.3 Einreden des X

X kann gegenüber der K-AG alle Einreden geltend machen, die er auch gegenüber dem Z hätte geltend machen können.¹⁷⁶

1.3.1 Wandlung nach OR 368 I

Ein **Werkmangel** i.S.v. OR 368 I liegt vor, wenn das Werk nach der Verkehrsanschauung fehlerhaft ist. Eine Zahnkrone, die nach einer kurzen Zeit bricht, ist offensichtlich fehlerhaft. Zur Zeit der Abnahme war der Materialfehler weder für den X noch für den Z erkennbar. Er ist erst mit dem Bruch wahrnehmbar geworden. Es handelt sich um einen versteckten Mangel, der sofort nach Entdeckung gerührt werden muss¹⁷⁷, was in casu als geschehen anzunehmen ist.

Die **Gewährleistung** ist eine verschuldensunabhängige Haftung für Werkmängel. Gemäss OR 368 steht dem Besteller ein Wahlrecht zwischen Wandlung, Minderung oder Nachbesserung zu. Die gebrochene Zahnkrone ist für den X unbrauchbar und er kann deshalb die **Wandlung** geltend machen. Die Wandlung bedeutet Aufhebung des Vertrages und Rückforderung der erbrachten Leistungen.

1.3.2 Einrede der unsorgfältigen Auftragsausführung

Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre gehen mehrheitlich davon aus, dass ein Honorar nur bei korrekter und sorgfaltsgemässer Auftragsausführung geschuldet ist.¹⁷⁸

Der Beauftragte haftet gemäss OR 398 II für getreue und sorgfältige Ausführung. Verwiesen wird auf den **Sorgfaltsmassstab**, der für den Arbeitnehmer gilt.¹⁷⁹ Gemäss früherer bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁸⁰ haftet der Arzt nur für wirkliche Kunstfehler, was eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschliesst. Später ist das Bundesgericht von der ursprünglich zutreffenden Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit, welche das Berufsrisiko des Arztes im Sinne von OR 321e adäquat berücksichtigt hat, abgewichen.¹⁸¹ Nach dem Sachverhalt liegt die Ursache der abgebrochenen Zahnkrone nur im Material selbst und ein unsorgfältiges oder nicht kunstgerechtes Verhalten kann weder dem Z noch dem Zahntechniker vorgeworfen werden.

Von besonderer Bedeutung für die Arzthaftung ist die Rechtsprechung zur **Aufklärung**.¹⁸² Danach ist jeder ärztliche Eingriff widerrechtlich bzw. vertragsverletzend, solange er nicht durch die Einwilligung des voll aufgeklärten Patienten gerechtfertigt ist. Ein Arzt, der den Patienten nicht oder nicht in vollem Umfang aufklärt, handelt auf eigenes Risiko. Er haftet für jeden Misserfolg selbst dann, wenn er bei der Durchführung des Eingriffes alle Sorgfalt beachtet hat. X wurde von Z erst nachträglich über die häufig vorkommende Brüchigkeit keramischer Zahnkronen (in 1% der Fälle) orientiert. Auch über den tieferen Preis der goldenen Krone wurde der X vom Z nicht informiert.¹⁸³ Die Unterlassung der Aufklärung erfolgte fahrlässig. X kann dem Z die Einrede der unsorgfältigen Auftragsausführung entgegenhalten.

Durch die Geltendmachung der **hypothetischen Einwilligung**¹⁸⁴ wird sich Z nicht exkulpieren können. Da X sich die Ersatzkrone aus dem Gold anfertigen liess, zeigt, dass er bei einer vollständigen Aufklärung das Gold anstatt der Keramik gewählt hätte.

1.4 Fazit

¹⁷⁶ Bucher (2. Aufl. 1988) 567 f.; Gauch/Schlupe, OR AT (5. Aufl. 1991) N 3605 f. und N 3641 ff.

¹⁷⁷ OR 370 III.

¹⁷⁸ Übersicht der Rechtsprechung bei Weber, Kurzkomm. OR I, OR 394 N 43; BK-Fellmann, OR 394 N 497.

¹⁷⁹ OR 398 I i.V.m. OR 321a I und 321e.

¹⁸⁰ BGE 105 II 284 ff.

¹⁸¹ BGE 113 II 429; zust. Buchli/Schneider recht 1988, 91 ff.; Weber AJP 1992, 184 f.; abl. Honsell ZSR 1990 I 135 ff.

¹⁸² BGE 108 II 259; 117 Ib 197; abl. Honsell, Handbuch des Arztrechts, 15 ff. mit Literaturnachweisen.

¹⁸³ BGE vom 27.12.1993 besprochen in ZBJV 1994, 179.

¹⁸⁴ BGE 117 Ib 208.

Die Forderung des Z gegen X von Fr. 1 200,- ist aufgrund des Factoringvertrages zwischen K-AG und Z auf die K-AG zediert worden. Die K-AG ist in die Rechtstellung des Z getreten und kann deshalb die Honorarsumme im eigenen Namen anfordern. X kann gegenüber der K-AG die Einrede der Wandlung oder der unsorgfältigen Auftragsausführung geltend machen. Deshalb schuldet X der K-AG kein Honorar.

2 Ansprüche des X gegen Z

Einen **Schadenersatzanspruch aus Vertrag oder Delikt**¹⁸⁵ kann X nur geltend machen, falls ihm ein Vermögensschaden (z.B. der Verdienstaussfall) entstanden ist. Mangels Anhaltspunkten im Sachverhalt können diese Ansprüche nicht geprüft werden.

Nur unter ganz besonderen Umständen kann die Verletzung vertraglicher Ansprüche¹⁸⁶ als persönlichkeitsverletzend bewertet werden und den Anspruch auf eine **Genugtuung** begründen.¹⁸⁷ Auch hier kann dieser Anspruch mangels Anhaltspunkten im Sachverhalt nicht geprüft werden.

3 Anspruch der K-AG gegen Z

K-AG hat gegen Z einen Anspruch auf Herausgabe der schon geleisteten Zahlung in Höhe von Fr. 1+200,-, weil Z für die Verität der zedierten Forderung aufzukommen hat.

Die Forderung des Z gegen X wurde vom Z auf K-AG entgeltlich zediert und der Gegenwert der Forderung sogleich dem Z gutgeschrieben.¹⁸⁸ Die Forderung wurde durch die Einrede der Wandlung bzw. des unsorgfältigen Auftragsausführung¹⁸⁹ entkräftet. Die **Gewährleistung beim Forderungskauf** regeln die Vorschriften von OR 171 ff., welche denjenigen von OR 197 ff. vorgehen.¹⁹⁰ Nach OR 171 I haftet Z der K-AG (auch ohne Verschulden) für die Verität der zedierten Forderungen.¹⁹¹

4 Anspruch des A gegen X

Zwischen A und X besteht ein gemischter Vertrag, wobei die auftragsrechtliche Komponente überwiegt.¹⁹² Das Auftragsverhältnis kann gemäss OR 404 I ohne Vorliegen von Gründen und ohne Einhaltung einer Frist von jeder Seite aufgelöst werden.¹⁹³ Die Kündigungserklärung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, sofern der Auflösungswille erkennbar wird.¹⁹⁴ X verlies die Praxis des A, ohne die Behandlung abzuwarten. Darin ist ein klarer Kündigungswille zu erkennen.

Die verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht bei **Kündigung zur Unzeit** gemäss OR 404 II wird von der Rechtsprechung in extensiver Weise zur Rettung eines Teiles des Honorars herangezogen.¹⁹⁵ Eine Auflösung zur Unzeit liegt aber vor, wenn die beendigungswillige Partei ohne Grund, d.h. in einem ungünstigen Moment ohne sachliche Rechtfertigung, der anderen Partei besondere Nachteile verursacht.¹⁹⁶ Davon kann in casu keine Rede sein. X verlies die Praxis nach einer Stunde Wartens. Erstens kann in der Nichteinhaltung des Termins

¹⁸⁵OR 97 ff. bzw. 41 ff.

¹⁸⁶Vgl. 1.3.

¹⁸⁷ OR 99 III i.V.m. 49; Gauch/Schluep, N 2798; Schnyder, Kurzkomm. OR I, OR 49 N 5 ff.

¹⁸⁸Vgl. 1.2.

¹⁸⁹ Vgl. 1.3.

¹⁹⁰ BGE 88 II 522; 90 II 499; Girsberger, Kurzkomm. OR I, Vorb. zu OR 171-173 N 2; Gauch/Schluep, N 3653; Bucher, 573 ff.

¹⁹¹ Gauch/Schluep, N 3657 ff.; Bucher, 574.

¹⁹² Vgl. 1.1.

¹⁹³ Die jederzeitige Auflösung des entgeltlichen Auftrages ist zu Recht in der Lehre kritisiert; Honsell, OR BT 239 ff. mit Literaturnachweisen; BK-Fellmann, OR 404 N 111 ff.

¹⁹⁴ BGE 57 II 190.

¹⁹⁵ Honsell, OR BT 241.

¹⁹⁶ BGE 106 II 160; 110 II 380; Weber, Kurzkomm. OR I, OR 404 N 16; BK-Fellmann, OR 404 N 47 ff.

seitens des A ein begründeter Anlass zur Auftragsauflösung erachtet werden.¹⁹⁷ Zweitens erwächst dem A aus der Auflösung des Auftrages kein Schaden. Nach einer Stunde ist zumindest ein weiterer Patient angetroffen, den der A anstatt von X behandeln kann und wodurch der Schaden voll kompensiert wird.¹⁹⁸

Laut Terminzettels werden im Versäumnisfall jedem Patienten Fr. 200,- verrechnet. Von einer **Konventionalstrafe** kann nicht gesprochen werden, weil das freie Kündigungsrecht durch keine Strafandrohung eingeschränkt werden darf.¹⁹⁹ In Frage kommt daher die Vereinbarung einer **Schadenpauschalierung**.²⁰⁰ Diesbezügliche Bemerkung auf dem Terminzettel ist im vorliegenden Fall jedoch nicht zum **Vertragsbestandteil** erhoben worden. X verabredete den Termin telefonisch und kannte daher den Terminzettel gar nicht.²⁰¹ X schuldet dem A keinen Schadenersatz.

5 Anspruch des X gegen A

X wurde vom A auf einen bestimmten Zeitpunkt bestellt. A hält diesen Termin nicht ein und befindet sich daher im **Verzug**. In der Folge tritt X gemäss OR 107 II vom Vertrag zurück.²⁰² X kann den aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schaden²⁰³ geltend machen, es sei denn, Z würde sich exkulpieren können.²⁰⁴ Mangels Anhaltspunkten im Sachverhalt kann dieser Anspruch nicht geprüft werden.

6 Anspruch des M gegen Eurocard

6.1 Rechtliche Konstruktion

Es handelt sich um ein **Dreipersonenverhältnis** zwischen Kreditkartenaussteller (in casu Eurocard), Kreditkarteninhaber (in casu X) und Vertragsunternehmen (in casu M). Der Kreditkartenaussteller verspricht dem Kreditkarteninhaber und dem Vertragsunternehmen die Bezahlung der vom Kreditkarteninhaber eingegangenen Verpflichtungen. Zwischen dem Kreditkartenaussteller und dem Vertragsunternehmen besteht ein **Vertrag zugunsten Dritter** und zwischen dem Kreditkartenaussteller und dem Kreditkarteninhaber ein **auftragsähnliches Verhältnis**.²⁰⁵

6.2 Anspruch des M gegen Eurocard

Es ist anzunehmen (da nichts im Sachverhalt dagegen spricht), dass die Angestellten des M bei der Prüfung von Karte und Unterschrift (insbesondere der Übereinstimmung der Unterschrift auf der Karte und dem Belastungsbeleg) die notwendige Sorgfalt beachtet haben. Deshalb ist die Eurocard dem M zur Zahlung von Fr. 900,- verpflichtet. Erst wenn der Kreditkartenaussteller das Vertragsunternehmen über eine Kartensperre informiert hat, ist er berechtigt, die Zahlung zu verweigern. Da X den Kartenverlust erst am danach folgenden Tag bemerkte und der Eurocard meldete, konnte die Karte nicht gesperrt werden.

7 Anspruch der Eurocard gegen X

¹⁹⁷ Vgl. 5.

¹⁹⁸ OR 44 I - Schadensminderungspflicht des Beschädigten.

¹⁹⁹ BGE 109 II 467 f.; 110 II 383; BK-Fellmann, OR 404 N 77 ff.

²⁰⁰ Die Schadenpauschalierung besitzt keinen Strafcharakter, sie setzt aber einen Schaden voraus. Zur Abgrenzung zwischen Konventionalstrafe und Schadenpauschalierung vgl. Gauch/Schlupe, N 3974. Die Zahnärzte berechnen i.d.R. 8 Taxpunkte pro reservierte Viertelstunde. Beim Ansatz von im Durchschnitt Fr. 6,- pro Taxpunkt würde der pauschalierte Schaden für eine reservierte Stunde die in casu angegebenen Fr. 200,- ausmachen.

²⁰¹ Vgl. die gleiche Problematik bei den AGB; Bucher, Kurzkomm. OR I, OR 1 N 47 ff.; Gauch/Schlupe, N 1128 ff.

²⁰² Vgl. 4.

²⁰³ Das negative Interesse i.S.v. OR 109 II; Gauch/Schlupe, N 2703 ff.; BK-Fellmann, OR 398 N 324 ff.

²⁰⁴ Die Wartezeiten in einer zahnärztlichen Praxis sind aber häufig auf schlechte Organisation zurückzuführen. Die echten Notfälle, bei denen Gefahr im Verzug besteht und einer bevorzugten Behandlung bedürfen, werden ins Spital eingeliefert.

²⁰⁵ Honsell, OR BT 318 f.; Schlupe, Kurzkomm. OR I, Einl.v. 184 ff. N 225 ff.

Im Interesse der Verbreitung von Kreditkarten haben die Kreditkartenaussteller das Verlust- bzw. Diebstahlrisiko für den Kreditkarteninhaber **vertraglich** erheblich gemindert. Bis zur Anzeige haftet der Kreditkarteninhaber beim unverschuldeten Verlust laut Vertrag²⁰⁶ lediglich bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 100,-.²⁰⁷ Anhand des Sachverhaltes kann man dem X keine unsorgfältige Verwahrung der Karte vorzuwerfen. X meldete den Kartenverlust unverzüglich an. Der Kauf erfolgte jedoch vor der Anzeige und deshalb schuldet X der Eurocard den Haftungsbetrag von Fr. 100,-.

8 Ansprüche der Eurocard gegen G

8.1 Anspruch aus unerlaubter Handlung (OR 41 ff.)

Durch das Verhalten der G erleidet die Eurocard einen **Vermögensschaden** von Fr. 800,-.²⁰⁸ Das Vermögen ist kein durch OR 41 I geschütztes Rechtsgut, weshalb eine Vermögensverletzung allein nicht widerrechtlich i.S.v. OR 41 I ist. Eine Deliktshaftung kann sich jedoch auch aus der Verletzung einer Schutznorm ergeben. Das Vorgehen der G erfüllt den Straftatbestand des Betruges i.S.v. StG 148 I. Ihr Verhalten ist danach auch **widerrechtlich** i.S.v. OR 41 I. Der **adäquate Kausalzusammenhang** zwischen der Handlung der G und dem Schaden, sowie das **Verschulden** der G sind gegeben. Die Eurocard hat gegen G einen Schadenersatzanspruch aus OR 41 I.

8.2 Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62 ff.)

Die **Bereicherung** der G besteht in Vergrößerung ihres Vermögens (lucrum emergens) durch den Erwerb des Eigentums an Sachen, die sie für Fr. 800,- im Kaufhaus M gekauft hat. Die Bereicherung der G steht im direkten Zusammenhang mit der **Entreichung** der Eurocard. Die Bereicherungslage wird im vorliegenden Fall nicht durch den Entreicherten bewirkt (wie dies bei der Leistungskondition der Fall ist), sondern sie wird durch die Handlung des Bereicherten selbst herbeigeführt. Diese sog. **Eingriffskondition** wird von der h.L. als Kondition i.S.v. OR 62 I anerkannt.²⁰⁹ Der Eingriff der G in das Vermögen der Eurocard ist **unberechtigt**, da er ohne Rechtsgrund vorgenommen wurde und ausserdem auch rechtswidrig²¹⁰ ist. Die Bereicherung ist, soweit möglich, in natura zurückzuerstatten.²¹¹ Die Eurocard hat gegen G einen Anspruch auf Rückerstattung der gekauften Sachen im Wert von Fr. 800,- aus OR 62 I.

Zwischen den Bereicherungsansprüchen und Ansprüchen aus unerlaubter Handlung besteht eine **Anspruchskonkurrenz**, da die Bereicherung sich in casu mit dem Schaden deckt.²¹²

8.3 Vindikationsanspruch der Eurocard gegen G (ZGB 641 II)

Die Kreditarte ist eine bewegliche Sache i.S.v. ZGB 713. Durch den Verlust der Karte geht das Eigentum an der Karte nicht verloren. Der Eigentümer der Kreditkarte (nach dem Vertrag²¹³ die Eurocard) hat daher einen Anspruch gegen G auf Herausgabe der Kreditkarte aus ZGB 641 II.

9 Anspruch des X gegen G

9.1 Anspruch aus unerlaubter Handlung (OR 41 ff.)

X hat gegen G einen Schadenersatzanspruch auf Fr. 100,- aus OR 41 I.²¹⁴

²⁰⁶ Vgl. 6.1.

²⁰⁷ Honsell, OR BT 320.

²⁰⁸ Für Fr. 100,- muss ja der X der Eurocard einstehen, vgl. 7 und 9.

²⁰⁹ Schulin, Kurzkomm. OR I, OR 162 N 43; Schlupe, Über Eingriffskonditionen, Mélanges Piotet 1990, 179; Gauch/Schlupe, N 1491.

²¹⁰ Vgl. 8.1.

²¹¹ Schulin, Kurzkomm. OR I, OR 64 N 3; Gauch/Schlupe, N 1513.

²¹² Schulin, Kurzkomm. OR I, OR 62 N 77 mit Literaturnachweisen.

²¹³ Vgl. 6.1.

9.2 Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62 ff.)

X hat gegen G einen Anspruch auf Rückerstattung der gekauften Sachen im Wert von Fr. 100,- aus OR 62 I.²¹⁵

10 Anspruch der Eurocard/des X gegen A

Durch die Handlung der G erlitten die Eurocard und X einen Schaden.²¹⁶ G ist eine **Erfüllungsgelhilfe** des A i.S.v. OR 101. Aus dem Vertrag haftet A für das Verhalten der G wie für sein eigenes. Der Missbrauch der Kreditkarte durch G steht jedoch nicht in einem funktionellen Zusammenhang mit der Erfüllung der Schuldspflicht des A.²¹⁷ Für diese Handlung der G ist der A nicht verantwortlich.

²¹⁴ Analoge Begründung wie in 8.1; für den Schaden vgl. 7.

²¹⁵ Analoge Begründung wie in 8.2.

²¹⁶ Vgl. 8 und 9.

²¹⁷ BGE 92 II 18.

3. Probeklausur - 11. Februar 1994**I.**

K hatte auf einer Auktion des Auktionshauses A zum Preis von Fr. 2'000'000 ein Gemälde ersteigert, das im Auktionskatalog folgendermassen beschrieben war: "Rembrandt, Daniel in der Löwengrube". In den allgemeinen Versteigerungsbedingungen, die im Katalog abgedruckt waren, hiess es u.a.: "Die Veräusserung der Auktionsgegenstände erfolgt durch A im eigenen Namen auf fremde Rechnung. Katalogangaben dienen nur der Bezeichnung der Gegenstände und stellen keine Zusicherung von Eigenschaften dar. Die Gewährleistung für Echtheit, Authentizität usw. ist ausgeschlossen, so weit gesetzlich zulässig."

K verkaufte das Bild für Fr. 2'500'000 an X, der den Kaufpreis bezahlt. Durch Verschulden der Leute des von K beauftragten Frachtführers F wurde das Bild auf dem Transport von K zu X irreparabel zerstört. Der Schadensgutachter des Haftpflichtversicherers H, bei dem F für Transportschäden versichert war, stellte fest, dass das Bild nicht von Rembrandt stammte, sondern nur aus seiner Schule und deshalb bloss Fr. 100'000 wert war. Dies war auch dem Eigentümer E bekannt, der das Bild zu A in die Auktion gegeben und diesen Umstand verschwiegen hatte.

Wie ist die Rechtslage?

(Ansprüche gegen H sind nicht zu prüfen).

II.

Das Bild stammte tatsächlich von Rembrandt. K hatte dem Auktionator A einen schriftlichen Bietauftrag bis zu Fr. 2'500'000 erteilt. Am Tage vor der Auktion rief E bei A an und erkundigte sich, ob bereits schriftliche Gebote vorliegen würden. A erklärte ihm daraufhin, dass K einen Bietauftrag über Fr. 2'500'000 vorgelegt habe.

Der Ausrufpreis war mit Fr. 500'000 festgelegt worden. E wollte erreichen, dass dem K das Bild nicht unter Fr. 2'500'000 zugeschlagen werden würde. Da er befürchtete, dass niemand so weit mitbieten würde, beauftragte er seinen Freund B bis zum Betrag von Fr. 2'450'000 mitzubieten. Auf der Auktion ist B ab Fr. 1'000'000 der einzige anwesende Bieter. Er steigt verabredungsgemäss bei Fr. 2'450'000 aus. Das Bild wird auf Grund des schriftlichen Bietauftrages dem K zugeschlagen.

Welche Rechte hat K?

Erster Teil

I. Anspruch des X gegen K auf Rückzahlung des Kaufpreises

a) *OR 119 II, 62 ff.*

Da das von K an X verkaufte Bild während des Transportes zerstört wurde, stellt sich die Frage, wer die Gefahr des Untergangs der Sache zu tragen hat. Es liegt ein Versandkauf vor, weil der Verkäufer die Verpflichtung zum Versand übernommen hat. Erfüllungsort ist nach OR 74 Ziff. 2 der Ort, an dem sich die Sache bei Vertragsschluss befindet. Durch die Übernahme des Versandes wird der Erfüllungsort nicht verändert; aus der Schickschuld wird also keine Bringschuld. F ist deshalb auch nicht Erfüllungsgehilfe des K. Das wäre nur bei einer Bringschuld der Fall. Beim Versandkauf geht nach OR 185 II die Gefahr über, wenn die Sache dem Frachtführer zur Versendung übergeben wird. Das Gesetz spricht nur von der Versendung einer Gattungssache; Die Vorschrift ist aber auf die Versendung einer Stückschuld analog anzuwenden²¹⁸. Die Gefahr ist also im Zeitpunkt der Übergabe des Bildes an F auf X übergegangen. Der Untergang geht somit zu Lasten des X. Er trägt die Preisgefahr und kann daher den schon bezahlten Preis nicht nach OR 119 II (i.V.m. OR 62 ff.) zurückfordern. Vielmehr kommt OR 119 III i.V.m. 185 II zur Anwendung.

b) *Sachmängelgewährleistung*

Zu prüfen ist aber, ob X nach OR 197 ff., 207 wandeln kann. Der Umstand, dass K seine Leistungspflicht erfüllt hat, bedeutet nicht, dass gegen ihn keine Sachmängelansprüche mehr erhoben werden können. Der massgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen von Sachmängeln ist der Gefahrübergang. Das Gemälde stammt nicht von Rembrandt, sondern aus seiner Schule. Damit fehlt der Kaufsache eine Eigenschaft, die K i.S.v. OR 197 konkludent zugesichert hat; denn schon aus der Höhe des Preises ergibt sich, dass ein echter Rembrandt Kaufgegenstand war²¹⁹. Im übrigen stellt die Unechtheit eines Kunstwerkes auch einen Mangel i.S.v. OR 197 dar, weil die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht²²⁰. Zwar spricht das Gesetz nur von körperlichen Mängeln; diese Formulierung ist aber zu eng. K hat es versäumt, die Gewährleistung für die Echtheit gegenüber X auszuschliessen. Ein Verschulden setzt der Sachmängelanspruch nicht voraus. X muss zur Vermeidung der Präklusion den Mangel sofort nach Entdeckung rügen (OR 201). Fraglich ist aber, ob eine Wandlung des Vertrages auch nach Untergang der Sache noch möglich ist. Die Wandlung (nicht die Minderung) ist ausgeschlossen, wenn der Käufer den Untergang der Sache verschuldet hat (OR 207 III). Dies ist hier nicht der Fall, weil die Zerstörung des Bildes durch die Leute von F verursacht worden ist und diese nicht Hilfspersonen des X sind²²¹. Die Kaufsache ist auch nicht infolge des Mangels untergegangen. Zwischen Mangel und Untergang besteht m.a.W. kein Kausalzusammenhang. Nach der verfehlten Vorschrift von OR 207 I kann Wandlung indes auch dann verlangt werden, wenn die Kaufsache durch Zufall untergegangen ist. Zufall in diesem Sinne ist nicht nur höhere Gewalt, sondern jeder nicht von den Parteien zu vertretende Umstand. Das gilt allgemein im Vertragsrecht, ergibt sich aber auch aus OR 207 III e contrario. Die Zulässigkeit der Wandlung trotz zufälligen Untergangs geht auf den gemeinrechtlichen Grundsatz "mortuus redhibetur" zurück und findet sich auch im deutschen Recht (BGB § 350)²²². Da die Sache auch in mangelfreiem Zustand untergegangen wäre, ist diese Lösung nicht sachgerecht²²³. Angesichts des klaren Wortlauts von OR 207 I ist dieses Ergebnis de lege lata jedoch nicht zu vermeiden. X kann Wandlung des Kaufvertrages verlangen. K hat den bereits bezahlten Kaufpreis nebst Zinsen zurückzuzahlen (OR 208 II)²²⁴. Statt der Wandlung könnte X wahlweise auch Minderung verlangen. Diesfalls erhielte er nur 2,4 Mio. Fr., was an sich die allein sachgerechte Lösung wäre²²⁵.

c) *Bereicherungsanspruch nach OR 62 ff. i.V.m. 24 I Ziff. 4*

²¹⁸So Honsell, OR BT, 41 f.; Koller, Kurzkommentar OR I, OR 185 N 15; aM ZK-Schönle, OR 185 N 46; Schulin/Vogt, Tafeln OR II, Taf. _B 3B Fn 10; BK-Becker, OR 185 N 8 ff. Nach der Gegenmeinung geht die Gefahr im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf den Käufer über. Damit würde sich hier die Rechtslage im Ergebnis nicht ändern.

²¹⁹So für die Echtheit einer Briefmarke BGE 102 II 100 = Pra 1976, 436 ff., "sitzende Helvetia".

²²⁰Dazu Honsell, OR BT, 58 ff.

²²¹Vgl. BK-Giger, OR 207 N 18.

²²²Anders hingegen CCfr. 1647 II und CCit. 1492.

²²³Dazu Honsell, MDR 1970, 717 ff.; a.M. BK-Giger, OR 207 N 35 ff.; s.a. Honsell, OR BT, 73.

²²⁴Diesfalls besteht für die Drittschadensliquidation (vgl unten IV) kein Raum.

²²⁵Zum Anspruch auf Ersatz der Fr. 100'000 gegen F s. u. II u. IV.

Eine Kondiktion nach OR 62 ff. kommt in Betracht, wenn der Kaufvertrag nichtig ist und die Kaufpreisleistung Zahlung einer Nichtschuld war (*indebite solutum*).

Der Vertrag könnte wegen *Grundlagenirrtums* nichtig sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Käufer einer mangelhaften Sache neben dem Sachmängelanspruch auch Grundlagenirrtum nach OR 24 I Ziff. 4 geltend machen²²⁶. Einerlei ob man der Anfechtungstheorie oder der Theorie von der einseitigen Unverbindlichkeit folgt, ist der Vertrag von Anfang an nichtig und die Zahlung des Kaufpreises rechtsgrundlos. Die Kondiktion ist aber nur möglich, wenn man der Zweikondiktionentheorie folgt. Bei Zugrundelegung der Saldotheorie²²⁷ setzt die Kondiktion voraus, dass der Kondiktionsgläubiger auch seinerseits die ihm erbrachte Leistung zurückgeben kann. Entgegen der Wertung des Art. 207 I OR sollte für das Bereicherungsrecht gelten, dass Wertersatz leisten muss, wer seine eigene Leistung zurückfordern will, aber die Gegenleistung nicht mehr hat. Dies folgt neben Kausalitätserwägungen (vgl. oben b) auch aus dem Gedanken des faktischen Synallagmas, das auch beim nichtigen Vertrag zu beachten ist. Der von X zu leistende Wertersatz würde sich auf Fr. 100'000 belaufen. Die Kondiktion des X wäre also auch hier auf Fr. 2,4 Mio. beschränkt (vgl. oben b).

II. Ansprüche des X gegen den Frachtführer F

a) *Aus Frachtvertrag: OR 447*

Der Frachtvertrag ist zwischen F und K abgeschlossen. Zwar ist der Frachtvertrag ein Vertrag zugunsten Dritter (OR 112 II). Doch gilt dies erst nach Ankunft des Gutes bzw. in den übrigen Fällen von OR 443 I Ziff. 1-4²²⁸.

b) *Ausservertragliche Haftung (OR 55)*

Voraussetzung einer Haftung nach OR 55 ist (wie bei OR 41 ff.) Widerrechtlichkeit. Diese liegt vor bei Verletzung eines absoluten Rechts oder einer Schutznorm. X hat keinen Anspruch, weil er im Zeitpunkt der Zerstörung des Bildes noch nicht Eigentümer war. Aktivlegitimiert ist also nur K. Zur Drittschadensliquidation durch K unten IV.

III. Ansprüche des K gegen das Auktionshaus A

a) *Aus Steigerungskauf (OR 229 iVm 184):*

K hat das Gemälde an einer freiwilligen, öffentlichen Versteigerung erworben. Der Auktionator ist indirekter Stellvertreter des Veräusserers. Er handelt im eigenen Namen für fremde Rechnung²²⁹. Zu prüfen ist, ob K gegen A Sachgewährleistungsansprüche geltend machen kann. Anders als oben I ist hier keine konkludente Zusicherung anzunehmen, da ausdrücklich gesagt ist, dass es sich um eine blosser Katalogbeschreibung und nicht um eine Zusicherung handelt. Die Auktionsbedingungen enthalten weiter eine umfassende Freizeichnung²³⁰. Die AGB des A sind gültig einbezogen worden und inhaltlich nicht zu beanstanden. Nach OR 234 III kann (ebenso wie nach OR 199) jede Gewährleistung ausgeschlossen werden, mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung. Die Wegbedingung scheitert hier am Wissen des E, welches dem A analog zu den Grundsätzen der direkten Stellvertretung zuzurechnen ist. Nach ganz h.L. schadet bei der direkten Stellvertretung trotz des Repräsentationsprinzips auch Kenntnis des Vertretenen²³¹. OR 28 II ist auf den Stellvertreter nicht anwendbar²³². E hat gewusst, dass das Bild nur aus der Rembrandt-Schule stammt und daher weit weniger wert war. Es traf ihn daher eine Aufklärungspflicht²³³. Der Grundsatz der Wissenszurechnung muss auch für die indirekte Stellvertretung gelten, bei der der Vertretene zwar nicht Partei wird, aber doch der wirtschaftlich Interessierte ist²³⁴. Es ist ein allgemeiner, über die direkte Stellvertretung hinaus, gültiger Rechtsgedanke, dass mit einer Vertretung, gleich in welcher Form, kein Missbrauch getrieben werden darf²³⁵.

²²⁶BGE 114 II 131 ("Picasso"); 82 II 411 ("van Gogh"); dazu ausf. und krit. Honsell, OR BT, 83 ff., mwNw.

²²⁷Zum Theorienstreit vgl. Honsell, OR BT, 33.

²²⁸Honsell, OR BT, 269, also nicht für die Fälle von OR 447, also Verlust oder Totalzerstörung auf dem Transport (unrichtig insoweit Honsell, a.a.O.).

²²⁹Honsell, OR BT, § 17/IV/2, 147; Ruoss, Kurzkomm. OR I, OR 229 N 8.

²³⁰S. Honsell, OR BT, § 17/IV/3, 147.

²³¹von Tuhr/Peter 392 f.; OR-Watter Art. 32 N 25; die gelegentlich behauptete Beschränkung dieser Regel auf die Spezialvollmacht ist hier irrelevant. Entscheidend ist die Überlegung, dass sich der Vertretene nicht durch Bestellung eines Vertreters soll gutgläubig machen können.

²³²Statt aller OR-Schwenzer Art. 28 N 16.

²³³BGE 116 II 431, 434.

²³⁴Ebenso vertretbar ist die Wissenszurechnung mittels Analogie zu OR 101.

²³⁵Würde man die Wissenszurechnung verneinen, so könnte man daran denken, den nicht geschädigten, weil nicht haftenden A den Schaden des K gegenüber E liquidieren zu lassen. Die Drittschadensliquidation wird bei der indirekten Stellvertretung zugelassen, jedoch nur in dem klassischen Fall der Einkaufskommission, in dem der Kommissionär keinen Schaden hat und der Kommittent keinen Anspruch (zufällige Schadensverlagerung). In unserem Fall ist die Schadensverlagerung nicht

Somit kann A sich nicht auf die Wegbedingung berufen. Gestützt auf OR 197 ff. i.V.m. OR 234 kann K die Wandlung des Kaufvertrages und damit die Rückgabe des Kaufpreises und Erstattung der Zinsen verlangen²³⁶; nicht hingegen Schadenersatz (entgangener Gewinn aus dem Geschäft mit X), weil kein Verschulden des A vorliegt. E ist auch nicht Hilfsperson des A i.S.v. OR 101.

b) *Bereicherungsanspruch nach OR 62 ff.*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann K neben Sachmängelansprüchen wiederum Grundlagenirrtum nach OR 24 I Ziff. 4 geltend machen²³⁷.

IV. Ansprüche des K gegen F²³⁸

a) *Aus Frachtvertrag: OR 447*

F haftet für die Zerstörung des Bildes nach OR 447, für das Verschulden seiner Leute (OR 101). Die Haftung ist auf den Sachwert beschränkt.

b) *aus OR 55*

Die Widerrechtlichkeit liegt in der Zerstörung des Bildes des K, der im Zeitpunkt der Zerstörung noch Eigentümer war²³⁹. Voraussetzung ist weiter, dass die Hilfspersonen des F widerrechtlich gehandelt haben, d.h. durch Pflichtverletzung ein Rechtsgut des K verletzt haben. Anders als nach OR 101 haftet F freilich nur, wenn ihm der Exzeptionsbeweis für seine Angestellten nicht gelingt.

Anders als bei der vertraglichen Haftung ist hier voller Schadenersatz zu leisten. Anders als bei OR 447 I gibt es hier keine Beschränkung auf den Sachwert. Als Schaden kommt aber nur der Sachwert in Höhe von Fr. 100'000 in Betracht, denn den (entgangenen) Gewinn in Höhe von Fr. 500'000 (aus dem Weiterverkauf an X) hätte K auch dann zurückzahlen müssen, wenn das Bild nicht zerstört worden wäre, insoweit fehlt es also an der Kausalität.

c) *Drittschadensliquidation*

K hat aber überhaupt nur dann einen Schaden, wenn man mit der h.L. davon ausgeht, dass er dem X den vollen Kaufpreis zurückzahlen muss (OR 207, Zweikonditionentheorie)²⁴⁰. Diesfalls kommt die Figur der Drittschadensliquidation zur Anwendung. Danach gestattet man dem K den Schaden des X zu liquidieren, weil K keinen Schaden, aber einen Anspruch, X dagegen den Schaden aber keine Anspruch hat und diese zufällige Schadensverlagerung den Schädiger nicht entlasten soll²⁴¹.

V. Ansprüche des K gegen E

Eine vertragliche Haftung des E besteht nicht, weil er in keinem Vertragsverhältnis zu K steht.

In Betracht kommt jedoch eine Haftung nach OR 41 I (i.V.m. Betrug [StGB 148] als Schutznorm) und nach OR 41 II.

Der Schadenersatzanspruch erstreckt sich auch auf den entgangenen Gewinn aus dem rückabgewickelten Geschäft mit X; ist also nicht auf das negative Interesse beschränkt. Im Falle des Betruges geht auch der Deliktsanspruch ausnahmsweise nicht nur auf das negative Interesse. Der Geschädigte ist also so zu stellen, wie wenn der arglistig verschwiegene Mangel (Unechtheit des Bildes) nicht vorhanden, das Bild also echt wäre.

VI. Ansprüche des A gegen E

a) *auf Provision (OR 432)*

Das Rechtsverhältnis zwischen Veräusserer und Auktionator ist ein Auftragsverhältnis, zumeist eine Kommission (OR 425 ff. iVm 394 ff.). Der Auktionator verkauft Gegenstände in eigenem Namen für Rechnung

zufällig, sondern beruht allein auf dem Haftungsausschluss durch A. Der Fall unterscheidet sich insoweit nicht von einer gewöhnlichen Veräusserungskette: Hat der erste Verkäufer arglistig getäuscht, so kann der Käufer den Drittschaden nicht liquidieren, wenn er selbst nicht haftet, weil er gegenüber seinem Abkäufer die Gewährleistung zulässig wegbedungen hat.

²³⁶Zur Wandlung beim Untergang der Kaufsache s. oben, I.

²³⁷Vgl. die Ausführungen zum Rechtsverhältnis zwischen K und X (I.).

²³⁸Vgl. oben II.

²³⁹Für die Beantwortung der Widerrechtlichkeitsfrage ist unbeachtlich, ob eine dingliche Rückwirkung infolge einer Willensmängelanfechtung stattfinden würde.

²⁴⁰Vgl. oben I; sowohl bei der Minderung, als auch bei der Saldotheorie wäre der Wert des Bildes in Höhe von Fr. 100'000 vom Kaufpreis abgezogen worden.

²⁴¹Zur Drittschadensliquidation Gauch/Schlupe, OR AT, N 2688 ff.

des Kommittenten i.d.R. gegen eine Kommissionsgebühr (Provision). Auf diese Provision hat A Anspruch, weil das Gemälde von K ersteigert wurde. Die Tatsache, dass wegen der Täuschung des E das Geschäft rückgängig gemacht werden musste, lässt den Provisionsanspruch unberührt (OR 432).

b) *Freistellungsanspruch (OR 402 I)*

Ferner hat A Anspruch auf Rückgabe der Fr. 2 Mio, wenn er sie dem E bereits ausbezahlt hat; ebenso auf Freistellung von der Verbindlichkeit gegenüber K (OR 402 I)

Zweiter Teil: Rechte des K

a) *Anfechtung nach OR 230*

Zunächst ist zu prüfen, ob K nach OR 230 anfechten kann. Das Anfechtungsrecht ist ein Gestaltungsrecht und kann gegen alle Personen gerichtet werden, die an dem aufzuhebenden Rechtsverhältnis beteiligt sind²⁴². Hier also gegen den Veräusserer E und das Auktionshaus A.

Voraussetzung für eine Anfechtungsklage nach OR 230 ist eine rechts- oder sittenwidrige Einwirkung auf den Erfolg der Versteigerung. Rechtswidrig ist jede Einwirkung, die gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, welche dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen. Dass das Verhalten des B das Ergebnis der Auktion beeinflusst hat, steht ausser Zweifel. Ohne sein Mitbieten wäre das Bild dem K auf Grund des schriftlichen Auftrages zu einem tieferen Preis zugeschlagen worden, denn B war ab Fr. 1'000'000 der einzige anwesende Bieter. Unklar ist, ob eine solche Einwirkung die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit erfüllt. Das Mitbieten durch den Veräusserer ist an sich nicht widerrechtlich²⁴³. Dasselbe gilt von der Zwischenschaltung eines Strohmannes. Ist Widerrechtlichkeit zu verneinen, so bleibt zu prüfen, ob das Verhalten des B gegen die guten Sitten verstossen hat. Sittenwidrig ist die Einwirkung, welche die Korrektheit des Steigerungsverfahrens, den freien und lautereren Wettbewerb unter den teilnehmenden Bietern beeinträchtigt, mit anderen Worten, den Steigerungswettbewerb verfälscht, wie z.B. ein pactum de non licitando²⁴⁴, durch welches ein potentieller Interessent vom Mietbieten abgehalten wird. Das Bundesgericht hat auch das Mitbieten des Veräusserers (selbst oder durch einen Strohmann) für sittenwidrig erklärt, wenn dieser Umstand den anderen Auktionsteilnehmern nicht bekannt ist²⁴⁵. Hinzukommt, dass E den Bietauftrag des K kannte.

Irrelevant ist weiter die Tatsache, dass K dem Auktionator den Auftrag erteilt hat, bis zu Fr. 2'500'000 mitzubieten. Obwohl K insofern aus der Ersteigerung des Bildes keinen Nachteil erlitten hat, als er bis zu diesem Betrag bieten wollte, steht ihm das Anfechtungsrecht dennoch zu. Für die Anwendbarkeit des OR 230 reicht es aus, dass unlautere Machenschaften die Versteigerung beeinflusst haben²⁴⁶.

b) *Absichtliche Täuschung (ORT 28)*

Das besondere Anfechtungsrecht nach OR 230 schliesst eine Anfechtung des Vertrages nach den allgemeinen Regeln nicht aus²⁴⁷. Kann sich der Ersteigerer auf OR 23 ff. stützen und insb. eine arglistige Täuschung gemäss OR 28 geltend machen, so ist er an die kurze Frist des OR 230 nicht gebunden. K hätte den Bietauftrag zurückgezogen, hätte er gewusst, dass E hiervon Kenntnis hatte und risikolos mitbieten konnte.

Dem K steht es also offen, statt der Anfechtungsklage nach OR 230, die innert einer Frist von zehn Tagen ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes zu erheben ist, nach OR 31 ein Jahr ab Kenntnis wegen Täuschung anfechten.

c) *Teilnichtigkeit nach OR 20 II*

Ohne die Manipulation durch E hätte K das Bild für Fr. 1 Mio. erstanden. E, der sich mit einem Aufrufpreis von Fr. 500'000 einverstanden erklärt hatte, muss dies gegen sich gelten lassen. Nach hL²⁴⁸ kann OR 20 II auf die Anfechtung analog angewendet werden.

Die Anfechtung führt diesfalls zu einer Umgestaltung mit ex tunc-Wirkung. Hat K den Preis bereits bezahlt, so kann er von E Rückzahlung von 1,5 Mio. Fr. nach OR 62 ff. verlangen.

d) *Anspruch gegen A aus positiver Verletzung des Auftrages (OR 398)*

Mit der Mitteilung des Bietauftrages begeht A eine positive Vertragsverletzung gegenüber K (Verletzung der Pflicht zur Interessenwahrung), denn es lag auf der Hand, dass E risikolos mitbieten konnte, wenn ihm das Limit

²⁴²Ruoss, Kurzkomm. OR I, OR 230 N 12.

²⁴³BGE 109 II 123 ff. ("Helvetica").

²⁴⁴BGE 109 II 124 ff.; Honsell, OR BT, § 17/IV, 147 f.

²⁴⁵BGE 109 II 126 f.

²⁴⁶BGE 109 II 127 f.

²⁴⁷Honsell, OR BT, § 17/VI, 148, mwNw.; Ruoss, Kurzkomm. OR I, OR 230 N 15.

²⁴⁸Vgl. OR-Schwenzer Art. 28 N 18 mNw.

des Bietauftrages mitgeteilt wurde. Ein Schaden des K liegt aber nur vor, wenn er von E den Kaufpreis nicht zurückerlangen kann (Solvenzrisiko).

e) *Deliktsanspruch gegen E (OR 41 II)*

Das Verhalten des E stellt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung dar.

OR 41 I iVm StGB 148 ist zu verneinen, weil die Vermögensverfügung des K nicht auf der Täuschung durch E beruht.

2. Probeklausur - 14. Dezember 1993

Am 1. Juli erfährt V, der Musikinstrumente verkauft, zufällig, dass sein Nachbar N im Drogenmilieu als Händler tätig ist. Am selben Abend begibt sich V zu N und erklärt diesem, er würde keine Strafanzeige erheben, wenn N von ihm ein Instrument im Wert von mindestens Fr. 5'000 kaufe. Am darauffolgenden Tag kauft sich N für Fr. 5'000 eine Gitarre. Obwohl er überhaupt kein musikalisches Interesse hat, will er um jeden Preis vermeiden, dass gegen ihn ein Strafverfahren eröffnet wird. Da N aber nicht sofort den ganzen Preis, sondern nur Fr. 1'000 zahlen kann, vereinbart er mit V, dass er die restlichen Fr. 4'000 bis zum 30. Juli zahlen wird. Die Gitarre nimmt er hingegen gleich mit.

Am 4. Juli ruft N den Freund F an und bittet ihn, ihm die Summe von Fr. 4'000 vorzuschüssen, damit er seine Schuld gegenüber V begleichen kann. F zeigt sich einverstanden, will aber seine Hilfe von einem Punkt abhängig machen: N, der ein Fahrradgeschäft betreibt, soll ihm für seine Ferien-Woche ein Mountain-Bike gratis zur Verfügung stellen. N ist einverstanden und bringt gleichentags dem F ein neues Mountain-Bike der Marke P, worauf er die versprochenen Fr. 4'000 erhält.

Am 5. Juli, dem Beginn seiner Ferienwoche, begibt sich F samt Fahrrad mit der Seilbahn auf den "Schönberg". F hat nämlich kürzlich in der Zeitung ein Werbungsinsert der Schönberg-Seilbahnunternehmung AG gesehen, wonach auf dem "Schönberg" von ihr spezielle Fahrrad-Wege errichtet wurden und markiert sind. Kurz nach Abfahrtsbeginn stürzt F an einer gefährlichen, nicht bezeichneten Stelle. Dabei bricht er sich ein Bein. Es stellt sich heraus, dass die Bremsen des Mountain-Bikes falsch montiert und damit praktisch unwirksam waren.

Die Instrumenten-Lieferantin M verlangt am 4. Juli von V Begleichung einer alten Forderung im Betrag von Fr. 3'000. Dieser bietet M an, ihr die Forderung gegen N zur Tilgung der eigenen zu zedieren. M willigt ein, woraufhin die Zession schriftlich erfolgt.

N, der sich das Ganze nochmals überlegt hat, bringt am 6. Juli die Gitarre dem V zurück und verlangt Rückzahlung des bereits bezahlten Geldes.

Am 27. Juli wird F aus dem Spital entlassen. Er verlangt von N die sofortige Rückzahlung des Geldes, weil er erfahren hat, dass N die Gitarre zurückgegeben hat. Ausserdem will er N für die Folgen des Sturzes haftbar machen.

Am 3. August verlangt M von N Begleichung der Forderung von Fr. 4'000.

Wie ist die Rechtslage?

2. Probeklausur - 14. Dezember 1993

Lösungsskizze

I. Ansprüche von N gegen V

1. Aus Vertrag

N und V einigen sich über den Kauf einer Gitarre für einen Preis von Fr. 5'000. Die Unverbindlichkeit des Vertrages ergibt sich aus OR 29 f. (*Furchterregung*). Laut Sachverhalt steht fest, dass N sich kein Musikinstrument kaufen wollte. Zum Abschluss des Kaufvertrages wurde er durch die Drohung des V (und die damit erregte Furcht) bewogen. Die Verpflichtung des V zu schweigen war also *kausal* für den Vertragsschluss²⁴⁹. Obwohl die von V angedrohte Handlung an sich nicht rechtswidrig ist, ist nach Lehre und Praxis ihre Androhung als widerrechtlich i.S.v. OR 30 II zu betrachten, weil kein innerer Zusammenhang mit dem angestrebten Zweck besteht²⁵⁰. Das Recht, eine Strafanzeige zu erheben, ist nicht dazu bestimmt, dem Inhaber einen Vermögensvorteil zu verschaffen²⁵¹. Der Vertrag leidet also an einem erheblichen Willensmangel und ist deswegen einseitig unverbindlich²⁵². In Anwendung von OR 31 hat N den Willensmangel innert der vorgeschriebenen Jahresfrist geltend zu machen.

Der Vertrag zwischen N und V weist die Merkmale einer Schweigegegeldvereinbarung auf. Dies obwohl N, statt ein blosses (einseitiges) Zahlungsverprechen abzugeben, mit V einen Kaufvertrag abschliesst. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verstösst eine solche Abmachung *gegen die guten Sitten* und ist deshalb nach OR 20 nichtig²⁵³.

²⁴⁹"Metus causam dans", s. SCHWENZER, OR-Kurzkommentar I, OR 29 N 10; GAUCH/SCHLUEP N 884.

²⁵⁰SCHWENZER, OR-Kurzkommentar I, OR 30 N 9; vgl. BGE 96 IV 58 ff.

²⁵¹VON TUHR/PETER § 38/ III/6, 327 f.; BGE 76 II 346 ff., 369.

²⁵²In der Lehre bestehen verschiedene Ansichten über die Bedeutung der einseitigen Unverbindlichkeit. Die h.L. und das BGer vertreten die sog. "Ungültigkeitstheorie", wonach der Vertrag, der an einem erheblichen Willensmangel leidet, von Anfang an ungültig ist. Ein anderer Teil der Lehre vertritt hingegen die sog. "Anfechtungstheorie"; danach hat die betroffene Partei ein Anfechtungsrecht, das, wenn es ausgeübt wird, zur Vertragsaufhebung mit Wirkung *ex tunc* führt. In der Tat unterscheiden sich beide Theorien im Ergebnis kaum. Nach der Ungültigkeitstheorie darf die Unverbindlichkeit des Vertrages nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Auch hier also, wie nach der Anfechtungstheorie, hat die betroffene Partei tätig zu werden, um die Wirkung der Unverbindlichkeit auszulösen. Hinzu kommt, was insbesondere im vorliegenden Falle von Bedeutung ist, dass nach beiden Theorien die Unverbindlichkeit des Vertrages von Anfang an bzw. *ex tunc* wirkt. Zum Ganzen s. BGE 114 II 131 ff. ("Picasso") und GAUCH/SCHLUEP N 888 ff.

²⁵³BGE 76 II 346 ff., 369 ff. Die Unsittlichkeit einer Abmachung kann auch darauf beruhen, dass jemand durch einen Vertrag zu einem Verhalten verpflichtet wird, das nach allgemeiner sittlicher Anschauung dem freien Entschluss vorbehalten bleiben soll; dazu s. VON TUHR/PETER § 31/V, 255 ff., 258. Die privatrechtliche Beurteilung darf nicht mit der strafrechtlichen verwechselt werden. Zwar bietet die Praxis zu StGB 181 (Nötigung) interessante Lösungsansätze (s. z.B. BGE 101 IV 48), die strafrechtliche Relevanz der Androhung einer Strafanzeige wirkt sich aber nicht auf die privatrechtliche Gültigkeit einer zur Unterlassung verpflichtenden Vereinbarung aus. S. auch HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Diss. Bern 1984 (ASR Heft 490), 28 ff.; GAUCH/SCHLUEP N 656 ff.

2. *Aus ungerechtfertigter Bereicherung*²⁵⁴

Im Ergebnis unterscheidet sich die Rechtslage bei Nichtigkeit des Vertrages nicht von derjenigen bei Anfechtbarkeit. Nach h.L. und Praxis ist der einseitig unverbindliche Vertrag von Anfang an ungültig. Gleich wie ein nichtiger Vertrag entfaltet er keine Vertragswirkung²⁵⁵. Sind Leistungen erbracht worden, dann können sie durch Vindikation (ZGB 641) oder - subsidiär, wenn eine Vindikation nicht (mehr) möglich ist - aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62 ff.) zurückverlangt werden²⁵⁶. N hat V einen Teil des Kaufpreises bereits bezahlt, nämlich Fr. 1'000. Da der Vertrag ungültig bzw. nichtig ist, ist die Zahlung ohne Grund erfolgt. N kann daher gestützt auf OR 62 ff. den Betrag von Fr. 1'000 von V zurückverlangen.

II. Ansprüche von V gegen N

N hat das Musikinstrument V bereits zurückgebracht. Dass er nicht zur Zahlung der restlichen Kaufpreissumme von Fr. 4'000 verpflichtet ist, folgt aus der Ungültigkeit des Kaufvertrages, die oben (I.) dargelegt wurde. N war im Besitz der Gitarre während fünf Tagen. Ein Anspruch des V gegen N aus *ungerechtfertigter Bereicherung* scheidet jedoch aus, weil das Vermögen des N sich nicht vermehrt hat. Es liegt insbesondere keine *Ersparnisbereicherung* vor, weil laut Sachverhalt anzunehmen ist, dass N kein Interesse an der Benutzung der Gitarre hatte. Es ist somit keine Ausgabe ausgeblieben, die er sonst getätigt hätte²⁵⁷. V hat also keinen Anspruch gegen N auf Vergütung der Nutzungen.

III. Ansprüche des F gegen N

1. *Vorbemerkung*

F und N haben sich gegenseitig zur Erbringung mehrerer Leistungen verpflichtet. Das gesamte Rechtsverhältnis als solches kann nicht unter einen einzelnen Vertragstyp subsumiert werden. Die Leistung des N ist unter die Gebrauchsleihe zu subsumieren, weil N dem F eine Sache unentgeltlich²⁵⁸ zum Gebrauch überlässt. Die Leistung des F stellt ein Darlehen dar, weil er eine Geldsumme gegen Rückzahlungsverpflichtung des Empfängers übergibt. Es muss zunächst geprüft werden, in welchem Verhältnis die Leistungen zueinander stehen. F hat sich das Fahrrad erst gewünscht, nachdem N ihn um das Darlehen gebeten hat. Insoweit sind die zwei Leistungspaare innerlich verbunden²⁵⁹. Das hat zur Folge, dass F und N einen *zusammengesetzten Vertrag* abgeschlossen haben, bei welchem zwei selbständige Verträge (Gebrauchsleihe/Darlehen) so verknüpft sind, dass sie sich wie Leistung und Gegenleistung in synallagmatischer Weise gegenüberstehen. Dieser

²⁵⁴Für andere Ansprüche wie z.B. aus Delikt (OR 41 ff.) sind keine Anhaltspunkte gegeben.

²⁵⁵GAUCH/SCHLUEP N 890; SCHWENZER, OR-Kurzkommentar I, OR 23 N 8 ff.; BGE 114 II 131 ff., 143 ("Picasso").

²⁵⁶SCHWENZER, OR-Kurzkommentar I, OR 23 N 9; GAUCH/SCHLUEP N 892.

²⁵⁷SCHULIN, OR-Kurzkommentar I, OR 62 N 7 ff., 10.

²⁵⁸Das Darlehen steht wie gesehen als Synallagma zur Leihe als ganzer Vertrag und nicht als Entgelt für die Überlassung des Fahrrades.

²⁵⁹HONSELL, OR BT, § 3/III, 13; sog. "Verkoppelungswille". Dazu SCHLUEP SPR VII/2, § 103/II, 776 f.; SCHLUEP, OR-Kurzkommentar I, Einl. zu OR 184 ff. N 10, 70 ff.

zusammengesetzte Vertrag ist kein Innominatvertrag i.e.S., weil beide Leistungen (Gebrauchsleihe/Darlehen) im Gesetz (OR 305 ff. bzw. OR 312 ff.) geregelt sind.

2. *Rückzahlung des Darlehens*

F verlangt von N die sofortige Rückzahlung des geliehenen Geldes. Er und N hatten weder einen Rückzahlungstermin noch eine Kündigungsfrist verabredet. Es kommt somit die Regelung von OR 318 zur Anwendung, wonach der Borger das Darlehen *innerhalb von sechs Wochen* nach der ersten Aufforderung des Darleihers zurückzubezahlen hat²⁶⁰. Zwar hat F das Geld dem N im Hinblick auf den Gitarrenkauf gegeben, das Darlehen wurde aber nicht vom Kauf abhängig gemacht²⁶¹. Hätte F sich eine entsprechende Beendigungsmöglichkeit vorbehalten wollen, dann hätte er sie mit N zum Vertragsbestandteil machen müssen.

Ebensowenig kommt eine ausserordentliche, vorzeitige Rückforderung des Darlehens in Betracht; eine solche ist i.d.R. nicht oder bloss in krassen Fällen möglich²⁶².

F kann N zur Rückzahlung auffordern. Sechs Wochen nach seiner Aufforderung wird die Forderung fällig.

3. *Schadenersatz und Genugtuung für die Folgen des Sturzes: aus Vertrag*

F ist mit dem Fahrrad gestürzt und hat sich dabei ein Bein gebrochen. Beim Teil der Vereinbarung zwischen F und N, der die Überlassung des Mountain-Bike betrifft, handelt es sich um eine *Gebrauchsleihe* i.S.v. OR 305 ff. F (Entleiher) hat das Fahrrad unentgeltlich²⁶³ bekommen und sich verpflichtet, dem N (Verleiher) dasselbe Fahrrad zurückzugeben.

Es fragt sich allenfalls, ob die Überlassung der Sache nicht lediglich im Rahmen eines unverbindlichen Gefälligkeitsverhältnisses erfolgt ist. Dies ist zu verneinen. Der Leihevertrag zwischen N und F ist mit dem Darlehensvertrag gekoppelt. Zwar hat F für die Benutzung des Fahrrades nichts zu zahlen (vgl. Fn 10), dafür schliesst er aber mit N ein Darlehen ab. Ein *Rechtsbindungswille* ist schon daher anzunehmen. Weiter kann bereits aus dem Inhalt der Erklärung des N hergeleitet werden, dass sein Versprechen, dem F ein Fahrrad zur Verfügung zu stellen, verbindlich gemeint war²⁶⁴. Im übrigen ist die Gebrauchsleihe immer unentgeltlich²⁶⁵.

Wird dem Entlehner eine mangelhafte oder gefährliche Sache überlassen, so haftet der Verleiher nach den Grundsätzen der *positiven Vertragsverletzung* (OR 97 ff.). Richtiger Ansicht nach rechtfertigt die Unentgeltlichkeit der Leistung im allgemeinen eine analoge Anwendung von OR 248, weshalb die Haftung des Verleihers auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken ist²⁶⁶. In casu ist dies jedoch fraglich, weil an sich der N dank der Überlassung des Fahrrades den Darlehensvertrag mit F abschliessen konnte.

²⁶⁰Vgl. HONSELL, OR BT, § 21/III/7, 206.

²⁶¹Zu dieser Möglichkeit s. CHRIST, SPR VII/2, 252.

²⁶²HONSELL, OR BT, § 21/III/7, 206 f.; SCHÄRER, OR-Kurzkommentar I, OR 318 N 22 ff.; BGE 110 II 345.

²⁶³Zur Frage der Entgeltlichkeit s. oben Fn 10. Würde man hier Entgeltlichkeit der Überlassung annehmen, wäre der Vertrag zwischen N und F als Mietvertrag zu qualifizieren; s. HONSELL, OR BT, § 21/II/1, 199.

²⁶⁴Weitgehend SCHÄRER, OR-Kurzkommentar I, OR 305 N 11, der im Wirtschaftsleben eine natürliche Vermutung gegen das Vorliegen einer Gefälligkeitshandlung annimmt.

²⁶⁵Dazu s. z.B. REYMOND, SPR VII/1, 275, wonach in der Praxis häufig Verträge auf Gebrauchsüberlassung vorkommen, die als Gefälligkeitshandlungen bezeichnet werden, rechtlich aber Gebrauchsleiheverträge sind.

²⁶⁶HONSELL, OR BT, § 21/II/3, 200 f.; SCHÄRER, OR-Kurzkommentar I, OR 305 N 12; ohne nähere Begründung abw. REYMOND, SPR VII/1, 277.

Die Bremsen des Fahrrades waren falsch montiert und damit fast unwirksam, was zum Sturz des F führte²⁶⁷. Als Fahrrad-Händler hätte N zumindest die für die Benutzung wichtigen Teile des Fahrrads kontrollieren müssen. N hat grob fahrlässig gehandelt. Sein Verhalten stellt eine positive Vertragsverletzung dar, die - in Anwendung von OR 97 - zu einer Schadenersatzpflicht führt.

Nach OR 99 III wird der Umfang des Schadens bei Vertragsverletzungen nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen beurteilt. Für das *Mass der Haftung* (OR 99 II) ist zu berücksichtigen, dass durch die Leihe des Fahrrades N das Darlehen von F bekommen konnte. In diesem Sinne ist das Mass der Haftung nicht besonders mild zu beurteilen (vgl. OR 99 II 2. Halbsatz). Auf Grund der Gefährlichkeit falsch eingestellter Bremsen, ist das Verschulden des N eher als schwer einzustufen. F kann von N Ersatz für alle Kosten verlangen, die ihm infolge des Unfalls entstanden sind, insbesondere *Heilungskosten* und *Verdienstaussfall* (OR 46), aber auch eventuelle *Sachschäden* (z.B. Kleider). Fraglich ist hingegen, ob der von F erlittene Verlust der Ferienzeit und des Feriengenusses als Schaden betrachtet werden kann. Nach der älteren, klassischen Schadenslehre gilt nur der ökonomisch messbare als Schaden im rechtlichen Sinne²⁶⁸. Auch das Bundesgericht betrachtet verdorbene Ferien als *immateriellen Schaden*, der dem Geschädigten keinen Anspruch auf Schadenersatz gibt²⁶⁹. Weiter geht ein Teil der Lehre, wenn Aufwendungen gemacht wurden, die nutzlos geworden sind²⁷⁰.

Eine angemessene Geldsumme als *Genugtuung* kann nach h.L., gestützt auf den Verweis von OR 99 III auch bei Vertragsverletzungen zugesprochen werden²⁷¹. Voraussetzung dafür ist, dass besondere Umstände zu einer psychischen und physischen, nicht das Vermögen betreffenden Beeinträchtigung geführt haben²⁷². Diese muss eine bestimmte Intensität aufweisen. Im vorliegenden Fall lag F drei Wochen im Spital, was das Zusprechen einer Genugtuungssumme als gerechtfertigt erscheinen lässt.

4. *Schadenersatz und Genugtuung für die Folgen des Sturzes: aus Delikt*

Die schuldhafte Unterlassung der Kontrolle des Fahrrades durch N hat zur Verletzung des F geführt. Neben derjenigen für eine vertragliche sind somit auch alle Voraussetzungen für eine deliktische Haftung des N erfüllt. F kann seine Ersatz- und Genugtuungsansprüche also auch auf OR 41 ff. stützen.

IV. Ansprüche des N gegen F

N hat F ein Mountain-Bike unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Wie oben bereits ausgeführt (s. III.1. und III.3.) handelt es sich um eine *Gebrauchsleihe* i.S.v. OR 305 ff. Aus der Vereinbarung zwischen N und F ergibt sich, dass das Fahrrad F für seine Ferien-Woche geliehen wurde. Das hat zur Folge, dass die Dauer der Leihe ebenfalls eine Woche ist²⁷³. Nach Ablauf dieser Zeit hat N nach OR 309 das Recht die Sache zurückzufordern.

²⁶⁷Zur Frage des Kausalzusammenhanges s. unten VII.

²⁶⁸OFTINGER, *Haftpflichtrecht* I, 54 f.; STARK, *Haftpflichtrecht*, Skriptum, N 41 ff.

²⁶⁹BGE 115 II 481 f.

²⁷⁰Das hätte hier zur Folge, dass F neben den Kosten der Fahrkarte auch Ersatz für sonstige Ausgaben verlangen könnte, die er im Hinblick auf die Ferienwoche getätigt hat (fraglich). Zum "Frustrationsschaden" s. GAUCH/SCHLUEP N 2639 ff.

²⁷¹VON TUHR/PETER, § 16/I, 127; BGE 116 II 520 f.; GAUCH/SCHLUEP N 2634 m.w.Nw..

²⁷²BGE 104 II 225 E. 5; 93 II 96.

²⁷³HONSELL, OR BT, § 21/II/3, 201.

V. Ansprüche der M gegen F

V hat der Instrumenten-Lieferantin M die Forderung gegen N abgetreten. Da der Vertrag zwischen V und N nichtig ist (s. I.1.), entstehen daraus keine Forderungen. Da das *Bestehen* einer Forderung implizite Voraussetzung für eine rechtsgültige Abtretung ist (OR 164 I), ist die erfolgte Abtretung an M unwirksam. M kann also keinen Anspruch gegen N geltend machen²⁷⁴.

VI. Ansprüche der M gegen V

V hat M die Forderung gegen N zur Tilgung einer eigenen zediert. Eine solche Zession kann entweder *an Zahlungs Statt* oder *zahlungshalber* erfolgen. Das Gesetz (OR 171 f.) geht von einer widerlegbaren Vermutung aus, dass im Zweifel die Zession mit der schwächeren Wirkung, d.h. zahlungshalber vereinbart ist²⁷⁵. Im vorliegenden Fall ist indessen von einer Zession an Zahlungs Statt auszugehen, weil die Abtretung unter Angabe eines Nominalbetrages erfolgt ist²⁷⁶. Die sofortige, vollständige Tilgung der Schuld des V war ausdrücklicher Zweck der Abtretung. Wird eine Forderung an Zahlungs Statt abgetreten, so gilt diese Zession als *entgeltliche* i.S.v. OR 171 I²⁷⁷. Danach haftet der Zedent für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung, die sog. *Verität*²⁷⁸. Will M sich auf OR 171 I stützen und Gewährleistung für Verität fordern, so muss sie die Forderung zuerst gegen F gerichtlich geltend machen²⁷⁹. Für den Umfang der Haftung ist OR 173 I zu beachten. Die Haftung des V ist auf das negative Interesse, d.h. auf den "bezogenen" Gegenwert beschränkt, hier also auf Fr. 3'000²⁸⁰.

VII. Ansprüche des F gegen die Seilbahnunternehmung (S-AG)

1. Aus Vertrag

Beim Vertrag zwischen F und der S-AG handelt es sich um einen *Beförderungsvertrag*, der nach h.L. unter das Auftragsrecht (OR 394 ff.) fällt²⁸¹. Die Qualifikation als Werkvertrag scheitert am Fehlen eines Werkes i.S.v. OR 363; die Leistung der S-AG besteht in einem blossen Tätigwerden, der Beförderung des F. Eine vertragliche Haftung der S-AG könnte jedoch bestehen, wenn der Unfall des F durch die schuldhafte Verletzung einer Nebenpflicht erfolgt wäre. Die Rechtslage entspricht grundsätzlich derjenigen des Skifahrers, der Pisten benützt,

²⁷⁴Zur Notwendigkeit für M, trotzdem gegen N gerichtlich vorzugehen s. unten VI. Gegen die Klage der M stehen dem N freilich alle Einreden und Einwendungen zu (OR 169); N kann insbesondere der M den Nichtbestand der Forderung entgegenhalten.

²⁷⁵BUCHER, OR AT, § 31/VI/3c, 575; GIRSBERGER, Kurzkomentar OR I, OR 172 N 1.

²⁷⁶GIRSBERGER, Kurzkomentar OR I, OR 172 N 1, m.H. auf BK-BECKER OR 172 N 3.

²⁷⁷VON BÜREN, OR AT, 338; ZK-SPIRIG OR 171 N 9 m.Nw.

²⁷⁸Anders bei der unentgeltlichen Abtretung: OR 171 III.

²⁷⁹Anders nur, wenn die Forderung offenkundig nicht besteht, wie z.B. bei Handlungsunfähigkeit des Schuldners: GAUCH/SCHLUEP N 3659; ZK-SPIRIG OR 171 N 23; SJZ 1983, 393.

²⁸⁰V haftet also nicht im Umfang des Wertes der zedierten Forderung, der Fr. 4'000 betragen würde. S. VON BÜREN, OR AT, 337.

²⁸¹HONSELL, OR BT, § 28/II/1, 266 f.

die von der Transportunternehmung bereitgestellt und unterhalten werden. In solchen Fällen hat die Lehre eine besondere *Schutzpflicht* anerkannt²⁸². Dasselbe soll gelten, wenn wie im vorliegenden Fall eine Transportunternehmung Mountain-Bike Routen errichtet, und diese auch als solche markiert; dies um so mehr, wenn dafür noch Werbung gemacht wird²⁸³. Gegen diese erhöhte Verantwortung für Auswahl und Unterhalt der Wege hat die S-AG schuldhaft verstossen, weil sie eine gefährliche Stelle nicht bezeichnet hat. Die fehlende Bezeichnung der gefährlichen Stelle und die mangelhaften Bremsen sind als Teilursachen für den Unfall bzw. den Schaden²⁸⁴ des F zu betrachten. N und die S-AG haften deshalb solidarisch. Da keine gemeinsame Verursachung des Schadens i.S.v. OR 50 vorliegt²⁸⁵, kommt die Regelung von OR 51 zur Anwendung (sog. unechte Solidarität)²⁸⁶. Da sowohl die S-AG als auch N aus Vertrag haften, haben beide den Schaden gleichmässig zu tragen²⁸⁷.

2. Aus unerlaubter Handlung (OR 41 ff.)

Gehört der Fahrradweg der Transportunternehmung, so würde eine Haftung nach OR 58 (*Werkeigentümerhaftung*) in Betracht kommen²⁸⁸. Dies wird selten der Fall sein, weil in aller Regel nicht Seilbahn- oder Skiliftunternehmungen, sondern öffentliche Körperschaften oder das Gemeinwesen Bodeneigentümer ist. Wird der Seilbahnunternehmung für die von ihr unterhaltenen Wege eine *allgemeine Verkehrssicherungspflicht* auferlegt, so kann sie bei einem auf mangelnden Unterhalt zurückzuführenden Unfall eines Fahrradfahrers nach OR 41 (Verschuldenshaftung) haftbar gemacht werden²⁸⁹. Als Geschädigter hat also F die Möglichkeit, zwischen der Vertragshaftung und der Verschuldenshaftung zu wählen²⁹⁰.

VIII. Ansprüche des F gegen die Firma P

Es bleibt zu prüfen, ob F auch die Herstellerin des Mountain-Bikes, die Firma P, für die Folgen seines Sturzes haftbar machen kann. Die vom Geschäftsherrn gemäss OR 55 I geforderte Sorgfalt ist für den Fall der Produkthaftung nicht auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfsperson beschränkt. Der Geschäftsherr hat darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und für die Schlusskontrolle seiner Erzeugnisse zu sorgen. Das Bundesgericht hat somit die Geschäftsherrenhaftung des OR 55 in einer *interpretatio contra legem* in eine Haftung für Organisationsverschulden mit so strengen Massstäben verwandelt, dass man im Ergebnis praktisch von einer verschuldensunabhängigen Haftung sprechen kann²⁹¹. Die Bremsen des Fahrrades waren laut Sachverhalt falsch montiert. Montage- wie Konstruktionsfehler fallen unter dem Bereich der Produktfehler. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre P verpflichtet gewesen, alle nötigen und

²⁸²Statt vieler s. STIFFLER, Schweizerisches Skirecht, N 407, 413.

²⁸³Zum Ganzen s. LEGLER, Die Haftung der Seilbahnunternehmungen bei Mountain Bike (MTB)-Unfällen in ihrem Einzugsgebiet, SJZ 1992, 289 ff., 292 f.

²⁸⁴Für den Schaden und seine Berechnung kann auf das oben Ausgeführte verwiesen werden.

²⁸⁵SCHNYDER, Kurzkommentar OR I, OR 50 N 3.

²⁸⁶BGE 115 II 45; SCHNYDER, Kurzkommentar OR I, OR 50 N 2 u. OR 51 N 1 ff.

²⁸⁷SCHNYDER, Kurzkommentar OR I, OR 51 N 14.

²⁸⁸LEGLER, SJZ 1992, 292.

²⁸⁹Ähnliches gilt beim Skibetrieb; s. LEGLER, a.a.O.

²⁹⁰Zum Verhältnis zwischen N und der S-AG s. oben VII.1.

²⁹¹BGE 110 II 456 ff., "Schachtrahmen-Fall"; dazu WIDMER, recht, 1986, 50 ff.

zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um zu verunmöglichen, dass mangelhafte Erzeugnisse verkauft werden²⁹². Damit wird der Exculpationsbeweis derart erschwert, dass er nicht gelingen kann. Eine Haftung der Firma P muss daher bejaht werden²⁹³.

²⁹²BGE 110 II 456 ff., 464.

²⁹³Nichts anderes würde sich in Anwendung des neuen Bundesgesetzes über die Produkthaftpflicht (PrHG) vom 18. Juni 1993 ergeben, das ebenfalls eine verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers eines fehlerhaften Produktes kennt. Da nach Art. 11 II PrHG dem Geschädigten alle weitere Ansprüche aufgrund des OR gewahrt bleiben sollen, kann F selbst wählen, ob er gegen P gestützt auf OR 55 oder in Anwendung des neuen PrHG vorgehen will. Freilich ist das PrHG nur für diese Produkte anwendbar, die nach seinem Inkrafttreten in Verkehr gebracht worden sind: Art. 14 PrHG. Das Gesetz wird am 1. Januar 1994 in Kraft treten (s. BBl 1993 II 992). Es entspricht weitgehend der EG-Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 25. Juli 1985.

3. Probeklausur - 5. Juli 1993

E hat ein altes Haus, das unter Denkmalschutz steht. Er beauftragt H mit dem Einbau einer neuen Heizung. Infolge Unvorsichtigkeit eines Arbeiters des H kommt es bei Schweissarbeiten zu einem Brand; das Haus brennt bis auf die Grundmauern ab.

Auch die Sachen des im Hause wohnenden Mieters (M) werden zerstört.

Die zehnjährige Tochter (T) von E erlitt eine Rauchvergiftung und musste hospitalisiert werden.

E will Schadenersatz von H. H wendet ein, das Grundstück sei im unbebauten Zustand im Hinblick auf den Wegfall des Denkmalschutzes weit wertvoller geworden.

Wie ist die Rechtslage?

Variante

H hat einen Neubau auf dem Grundstück des E errichtet. Das Gebäude brennt ab, weil H in die Heizungsanlage ein Steuerungsventil des Herstellers X eingebaut hat, das fehlerhaft war. Im Bauvertrag zwischen H und E war vereinbart, dass H für Fehler von Subunternehmern und Lieferanten nicht haftet, sondern lediglich etwaige Gewährleistungsansprüche abtritt. Zerstört wurden auch Sachen des M, der gerade eingezogen war.

Wie ist die Rechtslage?

Art. 229 StGB

1 Wer vorsätzlich bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches die anerkannten Regeln der Baukunde ausser acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet, wird mit Gefängnis und mit Busse bestraft.

2 Lässt der Täter die anerkannten regeln der Baukunde fahrlässig ausser acht, so ist die Strafe Gefängnis oder Busse.

3. Probeklausur - 5. Juli 1993
Lösungsskizze²⁹⁴

A) GRUNDFALL

I. Ansprüche des E gegen H

I.1. Schadenersatz aus Vertrag

E und H haben eine Vereinbarung getroffen, wonach H in das alte Haus des E eine Heizung einzubauen hat. Geschuldet ist ein Tätigwerden, das zu einem bestimmten Ergebnis führen soll. Da H nicht nur Arbeiten auszuführen, sondern auch den Stoff (die Heizungsanlage) zu liefern hat, handelt es sich um einen *Werklieferungsvertrag*. Dieser Vertrag untersteht, mit Ausnahme der Rechtsgewährleistung, den Bestimmungen des Werkvertrages²⁹⁵.

E verlangt von H Schadenersatz. Zu prüfen ist zunächst, ob den H eine verschuldensunabhängige *Werkmängelhaftung* (OR 367 ff.) trifft. Diese setzt voraus, dass das Werk beendet und abgeliefert ist²⁹⁶. Der Brand wurde während der Montage durch die Schweißarbeiten verursacht. Die Heizungsanlage wurde nicht fertig eingebaut, weshalb die Regeln der Werkmängelhaftung nicht zur Anwendung kommen.

Schäden, die dem Besteller anlässlich der Errichtung des Werkes zugefügt werden, fallen nicht unter die Werkmängelhaftung. Der Unternehmer haftet vielmehr nach den Regeln der *positiven Vertragsverletzung* (OR 97 ff.) und nach der *allgemeinen Sorgfaltspflicht* (OR 364 I i.V.m. OR 321a und 321e)²⁹⁷. Der Brand wurde von einem Arbeiter (A) verursacht, den H für die Montage hinzugezogen hatte. A ist demnach *Hilfsperson* des H i.S.v. OR 101. H hat das Verhalten des A wie sein eigenes zu vertreten.

Nach h.L. haftet der Geschäftsherr, wenn die Handlung der Hilfsperson ihm vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte (sog. *hypothetische Vorwerfbarkeit*)²⁹⁸. Nach Sachverhalt handelte der A unvorsichtig. Er hat nicht die Sorgfalt walten lassen, die - hätte H selbst gehandelt - von diesem zu erwarten war²⁹⁹. H hat für das schädigende Verhalten des A einzustehen.

Ein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung setzt weiter voraus, dass die vertragsverletzende Handlung zu einem *Schaden* der Vertragspartei geführt hat. Praxis und Lehre definieren den Schaden als die Differenz zwischen dem Stand des Vermögens vor und nach dem schädigenden Ereignis (sog. Differenztheorie)³⁰⁰. Nach dieser klassischen - nicht mehr unbestrittenen, aber weiterhin herrschender - Lehre³⁰¹ ist also der Anspruch auf Schadenersatz auf den im massgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Vermögenssaldo gerichtet. Damit ergäbe sich eine automatische Berücksichtigung etwaiger Vorteile bei der Schadensberechnung: sog. *Vorteilsanrechnung* oder *Vorteilsausgleichung*³⁰².

²⁹⁴Zur Zitierweise s. Honsell, Fälle mit Lösungen zum Obligationenrecht (Zürich 1992) sowie Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1-529 (Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit. OR-Verfassersname).

²⁹⁵Honsell, OR BT (2. Aufl. 1992), 211; BGE 117 II 273 ff. Die Lehre grenzt diesen Vertrag vom *Kauf mit Montagepflicht* ab. Stellt der werkvertragliche Element der Montage keine untergeordnete, sondern eine gleichwertige Leistung dar, so wird einen aus Kauf- (OR 184 ff.) und Werkvertrag (OR 363 ff.) gemischten Vertragsverhältnis angenommen (OR-Zindel/Pulver, Art. 363 N 21 ff.; Gauch, Werkvertrag, N 118 ff.). Ob dies in casu zutrifft, kann offen gelassen werden: Auf die werkvertragliche Leistung - die Montage - sind ohnehin die Regeln des Werkvertrages anzuwenden.

²⁹⁶BGE 117 II 259 ff., 263: "Vom Vorliegen eines Mangels kann vielmehr erst gesprochen werden, wenn das Werk abgeliefert ist."; OR-Zindel/Pulver, Art. 368 N 2; Gauch, Werkvertrag, N 979 ff.

²⁹⁷Honsell, OR BT, 216.

²⁹⁸Gauch/Schluep, N 2824 ff., 2864 ff., m.Nw.; OR-Wiegand, Art. 101 N 11 ff.

²⁹⁹Gauch/Schluep, N 2873.

³⁰⁰Gauch/Schluep, N 2624 f., m.Nw.; BK-Brehm, OR 41 N 70 ff.

³⁰¹BGE 116 II 444 ff.; 115 II 481 f.; OR-Schnyder, Art. 41 N 2; OR-Wiegand, Art. 97 N 53 ff.

³⁰²Zum Ganzen s. Lange, Schadenersatz (Tübingen, 2. Aufl. 1990) § 9, 483 ff.; für die Schweiz s. von Tuhr/Peter, § 13/II, 101 ff.; Oftinger I, § 6/II, 178 ff.; BK-Brehm, OR 42 N 27 ff.; Deschenaux/Tercier, La responsabilité civile (Bern 2. Aufl. 1982) § 23 N 21 ff. (frz.: "imputation des avantages").

Ob eine solche Anrechnung von Vorteilen aus der Differenzhypothese wertungsfrei abgeleitet werden kann, ist fraglich. Ein Teil der Lehre und der Praxis verlangt daher, dass zwischen Vorteil und Nachteil einen unlösbaren inneren *Zusammenhang* besteht³⁰³. Nicht zu berücksichtigen sind danach Vorteile, deren Eintritt aufgrund des schädigenden Ereignisses ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit und Erfahrung liegt, so dass sie als reiner Zufall gelten³⁰⁴. Die neuere Lehre und die neuere Judikatur versuchen indessen zu Recht, die Problematik der Vorteilsanrechnung *mittels wertender Entscheidungen* zu bewältigen³⁰⁵. Die Ausglei-chung soll nicht reine Frage der Schadensberechnung bleiben: Sie ist dann zu gewähren, wenn sie dem Sinn und Zweck des Schadenersatzes entspricht und die Grenzen der Zumutbarkeit beachtet werden³⁰⁶.

Im vorliegenden Fall hat die schädigende Handlung direkt eine Änderung des Sachwertes zur Folge. Zwar brennt das Haus des E ab, der Wert seines Grundstückes nimmt aber gleichzeitig zu. Der Schadensfall hat einen dem E endgültig zustehenden *Vorteil* zur Folge gehabt. Dieser Vorteil ist auszugleichen. Die an sich gegebene Verletzung des Rechtsgutes Eigentum hat also zu keinem Schaden, sondern zu einem Vorteil geführt, weshalb eine vertragliche Schadenersatzpflicht nicht in Betracht kommt.

I.2. Schadenersatz aus unerlaubter Handlung

Mangels eines Schadens (s. I.1.) kann sich E auch nicht auf die deliktsrechtlichen Regeln berufen, obwohl die anderen Voraussetzungen (insb. OR 55) möglicherweise erfüllt wären.

I.3. Genugtuungsansprüche

Zu prüfen bleibt, ob die Vertragsverletzung zu einem seelischen Unbill geführt hat, der einen Genugtuungsanspruch des E begründen würde. Nach OR 99 III sind die *deliktsrechtlichen Bestimmungen* über das Mass der Haftung auf die Vertragshaftung sinngemäss anzuwenden. Nach h.L. betrifft der Verweis auch die Genugtuungsregeln von OR 47 und 49³⁰⁷. Voraussetzung eines Genugtuungsanspruches nach OR 49 ist eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten, deren Schwere eine Genugtuung rechtfertigt. Leichte Persönlichkeitsverletzungen reichen nicht aus³⁰⁸.

Nur unter ganz besonderen Umständen kann der Verlust einer Sache als persönlichkeitsverletzend bewertet werden³⁰⁹. Mangels Anhaltspunkte dafür kann E wegen des Brandes des Hauses keine Genugtuung verlangen.

Nach der Praxis können auch *Angehörige* eines körperlich Verletzten nach OR 49 anspruchsberechtigt sein, wenn sie eine Verletzung der *eigenen* Persönlichkeit geltend machen können³¹⁰. Bei einer heilbaren Rauchvergiftung kann das nicht angenommen werden. E hat demzufolge auch wegen der Körperverletzung seiner Tochter keinen Genugtuungsanspruch gegen H.

II. Ansprüche des E gegen A aus unerlaubter Handlung

Eine deliktsrechtliche Haftung des A kommt trotz unvorsichtigen Verhaltens nicht in Frage, weil E keinen Schaden erlitten hat (s.o. I.1.).

III. Ansprüche des M gegen H

III.1. Aus Vertrag

Zwischen M und H besteht kein Vertragsverhältnis. Trotzdem stellt sich die Frage einer vertraglichen Haftbarkeit des H dem M gegenüber: Als Mieter des E könnte nämlich M behaupten, der Vertrag zwischen H

³⁰³Vgl. Thiele, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, in: AcP 1967, 193 ff., 197 ff.; Cantzler, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch, in: AcP 1957, 29 ff.; BK-Brehm, OR 42 N 31 ff., 34 ff., mNw.

³⁰⁴BGE 99 II 228 ff., 238; von Tuhr/Peter, § 13/II, 102; Oftinger I, § 6/II, 179.

³⁰⁵Lange, § 9/I, 483 f.

³⁰⁶Fikentscher, Schuldrecht (Berlin/New York 8. Aufl. 1991), N 562, mNw.

³⁰⁷Brunner, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Fribourg 1991, N 498 ff., mNw.; OR-Wiegand, Art. 99 N 20 f.; Gauch/Schluep, N 2798; von Tuhr/Peter, § 16/I, 127; von Tuhr/Escher, § 68 FN 71; a.M. BK-Brehm, OR 49 N 75.

³⁰⁸OR-Schnyder, Art. 49 N 5; BK-Brehm, OR 49 N 19 ff.

³⁰⁹BK-Brehm, OR 49 N 72 f.;

³¹⁰BGE 112 II 220 ff.: Genugtuungsanspruch des Ehemannes einer schwer invalid gewordenen Frau.

und E habe *Schutzwirkung zugunsten Dritter*³¹¹. Ein solcher Vertrag wird angenommen, wenn der Dritte (hier: der Mieter M) so in das Vertragsverhältnis einbezogen worden ist, dass für den Schutzpflichtigen (hier: der Unternehmer H) objektiv erkennbar ist, dass seine Leistung nicht nur die Vertragspartei (hier: der Besteller E), sondern auch den Dritten tangiert³¹². Dies wird bei Werkverträgen nicht selten bejaht, weil in aller Regel für den Unternehmer erkennbar ist, dass den Besteller Schutz- und Fürsorgepflichten für seine Angehörige, Angestellten oder eben Mieter treffen³¹³.

M kann also vertragliche Schadenersatzansprüche gegen H geltend machen. Die Wertvermehrung des Grundstückes des E berührt seine Rechtsstellung nicht. Er kann Ersatz für die durch den Brand zerstörten Sachen verlangen.

III.2. Aus unerlaubter Handlung

A steht in einem Subordinationsverhältnis zu H und gilt somit als Hilfsperson i.S. der *Geschäftsherrenhaftung* gemäss OR 55³¹⁴. Er verursacht den Schaden anlässlich der Schweissarbeiten, m.a.W. in Ausübung dienstlicher Verrichtungen, wie von OR 55 verlangt wird. Widerrechtlichkeit (Verletzung des Eigentums des M) und Kausalzusammenhang sind ebenso gegeben. Ob H mit Erfolg sich auf den Befreiungsgrund der gebotenen Sorgfalt berufen kann, scheint - unter Berücksichtigung der diesbezüglich strengen Judikatur³¹⁵ - fraglich. Dem H kann nämlich vorgeworfen werden, er hätte die Montagearbeiten besser organisieren und überwachen sollen, so dass einen unvorsichtigen Einbau seitens seiner Angestellten hätte vermieden werden können. Alternativ zur vertraglichen kann sich M also auf die deliktsrechtliche Haftung des Geschäftsherrn (OR 55) berufen.

IV. Ansprüche des M gegen A

M steht in keiner vertraglichen Beziehung mit A. Ebensowenig besteht zwischen E und A ein Vertragsverhältnis, worauf sich M kraft Drittschutzwirkung berufen könnte. Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen der *Verschuldenshaftung* nach OR 41 I erfüllt sind. Der Schaden besteht im Wert der zerstörten Sachen. A hat laut Sachverhalt unvorsichtig gearbeitet. Eine solche Nachlässigkeit bei der Ausführung von per se gefährlichen Tätigkeiten wie Schweissarbeiten, stellt ein schuldhaftes Verhalten dar. Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit sind ebenso gegeben (vgl. o. III.2.). M kann gestützt auf OR 41 I gegen A vorgehen und Schadenersatz verlangen.

V. Ansprüche des M gegen E

V.1. Aus Vertrag

Zwischen M und E besteht ein Mietvertrag i.S.v. OR 253 ff. Nach OR 256 I ist der Vermieter verpflichtet, während der Dauer des Mietvertrages die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten: sog. *Instandhaltungs-* oder *Erhaltungspflicht*. Die Pflicht erstreckt sich auf die ganze Mietzeit, umfasst aber nicht die Wiederherstellung einer völlig zerstörten Mietsache³¹⁶.

Zur Hauptverpflichtung des Vermieters (E) auf Leistung der Mietsache³¹⁷ ist folgendes zu bemerken: Das Haus des E ist bis auf die Grundmauern abgebrannt. Damit ist die Mietsache³¹⁸ untergegangen. Zur

³¹¹Die in Deutschland entwickelte Figur der Drittschutzwirkung wird in der Schweiz mit zunehmendem Interesse diskutiert. Das Bundesgericht hat sie bisher noch nicht ausdrücklich anerkannt. Dazu Gauch/Schluep, N 4042 ff.; BK-Kramer, Allg. Einl. zu OR 1-2 N 144 ff.

³¹²Vgl. Honsell, Fälle mit Lösungen (zit. FN 1), Fall 11: Frage der Drittschutzwirkung eines Mietvertrages für einen Untermieter.

³¹³Gauch, Werkvertrag, N 1349 und N 601.

³¹⁴Zur Abgrenzung der Hilfsperson nach OR 55 und nach OR 101 s. Oftinger/Stark, II/1, § 20 N 25 ff., 59 ff.; OR-Wiegand, Art. 101 N 7.

³¹⁵BGE 110 II 456 ff., "Schachtrahmen-Fall".

³¹⁶MK-Voelskow, BGB §§ 535, 536 N 65.

³¹⁷Zum Problem des Schadenersatzes bezüglich der Sachen des M s. sogleich im Text, bei FN 30.

³¹⁸Laut Sachverhalt ist M Mieter des E. Ob er das ganze Haus oder bloss eine Wohnung gemietet hat, ist irrelevant und kann offen gelassen werden. Da die Tochter des E eine Rauchvergiftung erlitten hat, wäre jedoch von einer Wohnungsmiete auszugehen (vgl. o. III.1. die Ausführungen zur Drittschutzwirkung).

Anwendung kommen deshalb die allgemeine Vorschriften über die *Unmöglichkeit* (OR 97 ff., 119)³¹⁹. Nicht anwendbar sind hingegen die Regeln der Sachmängelhaftung des Vermieters (OR 259a ff.), weil die Mietsache weder vor noch nach dem Brand mangelhaft gewesen ist.

Der Brand ist erfolgt, als zwischen E und M das Mietverhältnis bereits bestand. Eine Wiederherstellung des alten Hauses bzw. der alten Wohnung ist nicht mehr möglich. Der Mietvertrag erstreckt sich nicht auf ein neu zu bebauendes Haus. Es liegt somit *nachträgliche objektive Unmöglichkeit* vor³²⁰. E hat den Untergang der Mietsache nicht selbst verursacht. Ein Verschulden an der eingetretenen Unmöglichkeit trifft ihn nicht. Weder H noch dessen Angestellter A können als Hilfspersonen des E betrachtet werden³²¹. E hat also die Unmöglichkeit nicht zu verantworten (*unverschuldete Unmöglichkeit*), so dass seine Schuld als erloschen zu gelten hat (OR 119 I). M hat keinen Schadenersatzanspruch gegen E³²². Seinerseits verliert E sein Recht auf die Zahlung des Mietzins (vgl. BGB § 323 I)³²³. Hat M den Mietzins für weitere Monate im voraus bezahlt, so kann er ihn nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 62 ff.) zurückfordern (OR 119 II).

Durch den Brand sind die Sachen des M zerstört worden. Die oben genannte Erhaltungspflicht des Vermieters wird von Lehre und Praxis durch *Nebenpflichten* ergänzt. Den Vermieter treffen insb. Obhuts- und Schutzpflichten, die darauf abzielen, Eigentum und Integrität des Mieters vor Gefahren zu bewahren³²⁴. Die Verletzung solcher Nebenpflichten führt zu einem Schadenersatzanspruch des Mieters, wenn die allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung (OR 97/101) erfüllt sind. Wie bereits ausgeführt hat E den Brand nicht zu verantworten. Mangels Verschuldens trifft ihn keine Ersatzpflicht gegenüber M.

V.2. Aus unerlaubter Handlung

Da E Eigentümer des Hauses ist, fragt sich, ob ihn nicht eine Schadenersatzpflicht aus OR 58 - *Werkeigentümerhaftung* - trifft. Voraussetzung für die Anwendung von OR 58 ist, dass der eingetretene Schaden auf fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder auf mangelhafte Unterhaltung des Werkes zurückzuführen ist³²⁵. Nach h.L. und Praxis ist der Eigentümer auch dann verantwortlich, wenn der Werkmangel aus das Verhalten eines Dritten zurückgeht³²⁶.

Im vorliegenden Fall ist aber der Schaden des M nicht durch ein Werkmangel, sondern durch den Brand des Gebäudes verursacht worden. *Ursache* ist allein die unvorsichtige Handlung des A und nicht das Werk. Eine Haftung des E nach OR 58 kommt somit nicht in Betracht.

VI. Ansprüche der T gegen H

VI.1. Aus Vertrag

Zwischen T und H besteht kein Vertragsverhältnis. Die Sachlage entspricht aber grundsätzlich derjenigen zwischen M und H. In bezug auf eine *Drittschutzwirkung* des Werkvertrages können somit ähnliche Überlegungen aufgestellt werden (s.o. III.1).

T könnte also vertragliche Schadenersatzansprüche gegen H geltend machen. Die Wertvermehrung des Grundstückes des E berührt ihre Rechtsstellung nicht. In Betracht kommen Spital- und weitere Heilungskosten, obwohl diese von den Eltern aufgrund der sie treffenden *Unterhaltungspflicht* (ZGB 276 I) übernommen werden. Zur Genugtuung s. VI.2.

VI.2. Aus unerlaubter Handlung

Ähnlich wie M, steht auch der T ein Anspruch gegen H gestützt auf die *Geschäftsherrenhaftung* (OR 55; s.o. III.2.). Spital- und Heilungskosten werden ausdrücklich in OR 46 als Schadensposten erwähnt.

³¹⁹MK-Voelskow, BGB §§ 535, 536 N 67; Guhl/Merz/Koller, § 44/V/1, 379; SVIT-Kommentar, Vorbem. OR 258-259i N 58 ff.

³²⁰Gauch/Schlupe, N 3272 ff., 3274; von Tuhr/Escher, § 71/II, 133 f.; ZK-Aepli, OR 119 N 47 ff.; SJZ 1983, 215.

³²¹Gauch/Schlupe, N 3276 ff.

³²²von Tuhr/Escher, § 69 bei FN 2 und § 71/I, 131.

³²³Gauch/Schlupe N 3284 ff.

³²⁴OR-Zihlmann, Art. 256 N 1; Züst, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss. SG 1992, N 175; SVIT-Kommentar, OR 256 N 15.

³²⁵Oftinger/Stark, II/1, § 19 N 61, mNw.

³²⁶Oftinger/Stark, II/1, § 19 N 67, mNw.; BK-Brehm, OR 58 N 107 ff.

T wurde in ihre persönliche Integrität verletzt. Sie kann sich auf OR 47 berufen und eine angemessene Geldsumme als *Genugtuung* verlangen. Dieses "Schmerzensgeld" (*pretium doloris*) ist als Ausgleich für die erlittene physische und psychische Beeinträchtigung gedacht. Nicht jede Körperverletzung berechtigt zu einer Genugtuung. Wegen der erheblichen Integritätsverletzung, die zu einer Hospitalisierung führte, soll T eine Genugtuung zugesprochen werden.

VII. Ansprüche der T gegen A

Eine vertragliche Haftung kommt nicht in Betracht. Für einen Schadenersatzanspruch gestützt auf die Verschuldenshaftung (OR 41/46) kann auf die Ausführungen beim Anspruch des M gegen A (s.o. IV.) verwiesen werden. Im übrigen hat T auch gegen A einen Genugtuungsanspruch wegen der erlittenen Rauchvergiftung (OR 47; vgl. VI.2.).

VIII. Mehrheit von Ersatzpflichtigen. Regress

M hat einen *Schadenersatzanspruch gegen H und A*. Geht er, wie zu erwarten ist, gegen H vor, stellt sich die Frage des Regresses des H auf A. Dass der Geschäftsherr, der dem Geschädigten geleistet hat, sich an der Hilfsperson schadlos halten kann, wird in OR 55 II ausdrücklich festgehalten. Nichts anders ergibt sich aus der allgemeinen Regressordnung des OR 51 II³²⁷. H könnte auch versuchen, einen Anspruch gegen A auf den zwischen ihnen bestehenden Arbeitsvertrag (OR 319 ff.) zu stützen. Dabei muss die Unvorsichtigkeit des A bei den Schweissarbeiten als Verletzung der Sorgfaltspflichten des Arbeitnehmers bewertet werden (OR 321e)³²⁸.

T hat einen *Schadenersatz-* und einen *Genugtuungsanspruch gegen H und A*. Für die Regressfolgen beim Schadenersatz gilt was für die Ansprüche des M soeben ausgeführt wurde. Die Frage der Regressordnung zwischen mehreren Genugtuungshaftpflichtigen ist im Gesetz nicht beantwortet. Die allgemeine Regelung von OR 50-51 ist grundsätzlich auf die Genugtuung analog übertragbar³²⁹. Trifft wie in casu nur einen Haftpflichtigen (A) ein Verschulden, so haften beide solidarisch für die gesamte Genugtuung, wobei H auf A Regress nehmen kann.

B) VARIANTE

IX. Ansprüche des E gegen H

IX.1. *Schadenersatz aus Vertrag*

H und E haben einen Vertrag auf Errichtung eines Gebäudes abgeschlossen. Es handelt sich um einen Werkvertrag i.S.v. OR 363 ff.³³⁰ Allenfalls enthält der Vertrag Elementen anderer Vertragstypen, was hier irrelevant ist und deshalb offen gelassen werden kann³³¹. Im Vertrag wurde die Haftung des H für Fehlern von Subunternehmern und Lieferanten ausgeschlossen. Gleichzeitig wurden eventuelle Gewährleistungsansprüchen des H an E abgetreten. Eine solche *Freizeichnung* ist in den Grenzen von OR 100 I und 101 II zulässig. Für einen absichtlichen oder grob fahrlässigen Einbau eines fehlerhaften Steuerungsventils liegen im Sachverhalt keine Anhaltspunkte vor. Die Ausschlussklausel ist demnach gültig. Dem E stehen keine Ansprüche gegen H zu.

IX.2. *Schadenersatz aus unerlaubter Handlung*

H hat ohne Hilfsperson gehandelt und selbst das defekte Ventil in die Heizungsanlage eingebaut. Anhaltspunkte für ein schuldhaftes Verhalten nach OR 41 sind keine gegeben. Eine deliktische Haftung fällt auch deswegen ausser Betracht, weil keine Widerrechtlichkeit vorliegt. Die Errichtung einer fehlerhaften Sache (hier: das Haus mit einer fehlerhaften Heizungsanlage) stellt keine Sachbeschädigung dar. Nicht anders wäre auch bei Anwendung des Gefahrensatzes zu entscheiden. Die Widerrechtlichkeit kann auch nicht durch die

³²⁷Oftinger, I, § 10/III, 348 ff.

³²⁸OR-Rehbinder, Art. 321e N 3 ff.

³²⁹OR-Schnyder, Art. 47 N 4; Oftinger, I, § 8/II, 294; Ausführlich zu den Ausnahmen BK-Brehm, OR 47 N 97 ff., 101 ff.

³³⁰BGE 117 II 260; 114 II 55; OR-Zindel/Pulver, Art. 363 N 15.

³³¹Zum Generalunternehmervertrag s. OR-Zindel/Pulver, Art. 363 N 12 f.; Gauch, Werkvertrag, N 191; Schlupe, SPR VII/1, 903.

Schutznormtheorie und die Heranziehung von StGB 229 begründet werden. Diese Norm will nämlich Leib und Leben schützen, nicht Eigentum und Vermögen.

Ebensowenig kommt eine Haftung nach OR 55 in Betracht, weil der Ventil-Hersteller nicht Hilfsperson des H im Sinne dieser Bestimmung ist. Inwieweit hier die Freizeichnung relevant sein könnte, braucht deswegen nicht geprüft zu werden.

X. Ansprüche des E gegen X

X.1. Aus Vertrag

Zwischen E und X besteht kein Vertragsverhältnis. H, der von X das Ventil erworben hat, hat alle seine Gewährleistungsansprüche an E abgetreten. Zu prüfen ist, ob E *kraft Abtretung* einen vertraglichen Anspruch gegen X geltend machen kann. Die Gültigkeit einer Zession der Gewährleistungsrechte "im Bündel" wird von der h.L. verneint. Dieser Standpunkt wird damit begründet, Wandlungs- und Minderungsrechte seien als akzessorische Gestaltungsrechte nicht abtretbar³³². Im Hinblick auf seinen selbständigen Charakter wird indessen das Nachbesserungsrecht als abtretbar erklärt. Zwar ist es richtig, dass akzessorische Gestaltungsrechte isoliert nicht zedierbar sind. Die h.L. kommt dennoch den Bedürfnissen der Praxis entgegen und lässt die *Forderungen* abtreten, die aus der Ausübung der Gewährleistungsrechte resultieren und auf ganze oder teilweise Rückerstattung der geleisteten Vergütung abzielen³³³. Hat der Generalunternehmer seine Mängelrechte noch nicht ausgeübt, so wird die gültige Abtretung einer künftigen Forderung angenommen. Damit verbunden soll die Ermächtigung des Bestellers sein, die Mängelrechte des Generalunternehmers in dessen Vertretung geltend zu machen³³⁴.

Das Steuerungsventil wurde von X hergestellt. Es kann angenommen werden, dass H das Ventil direkt von X erworben hat. Es handelt sich um einen *Kaufvertrag* i.S.v. OR 184 ff., weil keine Anhaltspunkte gegeben sind, wonach X das Ventil speziell für H ausgefertigt hat. Die Kaufsache resultiert mangelhaft gewesen zu sein. Die Sachgewährleistung setzt voraus, dass der Käufer die Sache prüft und eventuelle Mängel sofort rügt (OR 201 I). *Versteckte Mängel*, d.h. solche, die bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar sind, sind sofort nach Entdeckung zu rügen (OR 201 III). Ein fehlerhaftes Funktionieren eines Ventils ist nicht leicht zu erkennen und soll daher als geheimer Mangel gelten. Die Rügefrist von OR 201 III kann also noch gewahrt werden.

Die Fehlerhaftigkeit des Ventils hat zur Folge, dass die Heizungsanlage den Brand des Gebäudes des E verursacht. Es fragt sich, ob H als Generalunternehmer den von E erlittenen Schaden geltend machen könnte. Ein eigener Schaden hat H, dank der Freizeichnung, nicht. In eigenem Namen einen Schaden des E könnte H nur dann geltend machen, wenn die Grundsätze der *Drittschadensliquidation* zur Anwendung kämen³³⁵, was Lehre und Praxis mit verschiedenen Begründungen (z.B. indirekte Stellvertretung, unechter Vertrag zugunsten Dritter) grundsätzlich befürworten. Danach könnte H von X Ersatz des Schaden des E verlangen. Da er (auch) diesen Anspruch an E abgetreten hat, kann dieser ihn selbst geltend machen³³⁶.

Nach OR 208 II haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig für den Ersatz des unmittelbaren Schadens. Als unmittelbarer Schaden gilt unter anderem der *Mangelschaden*, d.h. der Schaden, der unmittelbar an der Sache selbst entsteht ("weiterfressender Mangel"). Im vorliegenden Fall hat X für den Wert der Heizungsanlage Ersatz zu leisten.

Ob X auch für den *Mangelfolgeschaden*, d.h. der Schaden, der an anderen Rechtsgüter entstanden ist, kausal einzustehen hat ist umstritten³³⁷. Richtiger Ansicht nach sind Mangelfolgeschäden unter OR 208 III zu subsumieren und nur bei Verschulden des Verkäufers zu ersetzen³³⁸. Hier ist zu bemerken, dass den Verkäufer, der selbst Hersteller ist, eine sorgfältige Untersuchungspflicht trifft. Das bedeutet, dass X möglicherweise den Fehler des Ventils durch eine ihm zumutbare Prüfung hätte feststellen können. Mangels Exkulpation hat er also den weiteren Schaden zu ersetzen.

X.2. Aus unerlaubter Handlung

³³²Gauch/Schluep N 3556 und 3596; Gauch, Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, in: BR 1984, 23 ff.; ebenso BGE 114 II 239 ff.

³³³Gauch (zit. FN 39), 25; BGE 114 II 239 ff., 247.

³³⁴Kritisch zu dieser unnötigen Konstruktion: Honsell, OR BT, 222.

³³⁵Dazu Gauch/Schluep, N 2685 ff., mNw.

³³⁶Gauch, Werkvertrag, N 1024.

³³⁷Dafür z.B. BK-Giger, OR 208 N 36 ff.; Keller/Lörtscher, Kaufrecht, 85 f.; zum Ganzen Honsell, OR BT, 75 ff.

³³⁸OR-Honsell, Art. 208 N 9 f.

Das schweizerische Recht kennt noch keine *Produkthaftung*. Der im Rahmen des Euro-Lex-Paketes vorgeschlagene Bundesbeschluss³³⁹ ist als Teil der Swiss-Lex-Gesetzgebung vom Parlament behandelt worden. Inskünftig wird demnach auch in der Schweiz eine gesetzliche Produkthaftung gelten, die sich weitgehend an die entsprechende EG-Richtlinie anlehnt³⁴⁰. Bis dahin sind die Fälle der Haftung wegen Produktmängel nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Das Bundesgericht hat hier OR 55 in eine Haftung für *Organisationsverschulden* verwandelt. Der Hersteller muss nachweisen, dass er alle nötigen und zumutbaren Massnahmen ergriffen hat, um mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen, dass gefährliche Produkte in den Verkehr kommen³⁴¹. Damit kann heute bei der Geschäftsherrenhaftung von einer Gefährdungshaftung gesprochen werden.

Es ist davon auszugehen, dass die Herstellung des Ventils nicht allein durch X, sondern durch mehrere Hilfspersonen des X vorgenommen wurde. Das fehlerhafte Ventil hat den Schadensfall verursacht, so dass auch Kausalität zu bejahen ist. Das Eigentum des E wurde verletzt, weshalb Widerrechtlichkeit vorliegt. X kann wegen der vom Bundesgericht entwickelten strengen Massstäben den Befreiungsbeweis nicht erbringen. E kann somit gegen X auch nach OR 55 vorgehen und Ersatz des Schadens verlangen.

XI. Ansprüche des M gegen H

Will man hier eine Drittschutzwirkung des Werkvertrages zwischen E und H bejahen, so ist zu prüfen, ob H für den vom Ventil verursachten Schaden haftbar gemacht werden kann. H hat nicht nur das Haus errichtet, sondern auch das Material für den Bau geliefert. Nach OR 365 I haftet der Unternehmer für die Güte des Stoffes. Die Haftung für *stoffbedingte Mängel* beurteilt sich nach den werkvertraglichen Bestimmungen (OR 367-371)³⁴². Die Schadenersatzpflicht des Unternehmers setzt Verschulden voraus³⁴³. Ein schuldhaftes Verhalten des H liegt nicht vor, weshalb M keinen Schadenersatzanspruch gegen ihn geltend machen kann.

XII. Ansprüche des M gegen X

Die Rechtsstellung des M gegen X entspricht derjenigen des E. Es kann somit auf die obigen Ausführungen (s. X.) verwiesen werden.

XIII. Ansprüche des M gegen E

Die Rechtslage unterscheidet sich von derjenigen des Grundfalles grundsätzlich nicht. Die obigen Erörterungen (s. V.) können hier entsprechend herangezogen werden.

Zur Grundeigentümerhaftung nach OR 58 muss aber folgendes präzisiert werden: OR 58 setzt das Vorliegen eines Werkmangels als Ursache des Schadensfalles voraus. Ein Werkmangel liegt vor, wenn der Eigentümer eine nicht gefährdende Existenz und Funktion des Werkes nicht garantieren kann³⁴⁴. Eine fehlerhafte Anlage wird im Gesetz als mögliche Schadensursache genannt. Der Brand des Hauses ist hier auf eine mangelhafte Heizungsanlage zurückzuführen. Ein Werkmangel liegt also - anders als im Grundfall - vor. M kann deshalb von E Ersatz für die Sachschäden verlangen.

³³⁹EWR-Zusatzbotschaft I vom 27. Mai 1992.

³⁴⁰Dazu Honsell, OR BT, 100 ff.

³⁴¹BGE 110 II 456 ff., "Schachtrahmen-Fall".

³⁴²BGE 117 II 425 ff., 428; Honsell, OR BT, 213; Gauch, Werkvertrag, N 1005 ff.

³⁴³BGE 116 II 455; Honsell, OR BT, 220 ff.; OR-Zindel/Pulver, Art. 368 N 71, mNw.

³⁴⁴Keller/Syz, Haftpflichtrecht, 159.

2. Probeklausur - 14. Juni 1993

X besass 100 % der Aktien der U-AG, einem Unternehmen, das auf den Bau von Müllverbrennungsanlagen spezialisiert war. X wollte die U-AG verkaufen und trat daher mit dem Interessenten I in Verhandlungen. Zu den Vertragsverhandlungen zog X den leitenden Angestellten A der U-AG bei. Dieser legte die Verhältnisse der U-AG unter Vorlage der Bilanzen dar und erörterte mit I auch die laufenden Grossprojekte. Eines dieser Projekte war die Anlage des Zweckverbandes in Bad Z. Bei diesem Projekt drohten wegen verschiedener Mängel in der Ausführung erhebliche Gewährleistungsansprüche seitens des Zweckverbandes. A verschwieg dies, weil er den Vertragsschluss nicht gefährden wollte. I kaufte die Aktien zum Preis von 4 Mio Franken. Im Vertrag war die Rückgängigmachung des Aktienkaufes ausgeschlossen und ein möglicher Schadenersatz auf den Höchstbetrag von 1 Mio. Franken begrenzt.

14 Monate später musste die U-AG an den Zweckverband 2,5 Mio. Franken Schadenersatz wegen der Mängel an der Anlage bezahlen.

I möchte wissen, welche Rechte er gegen X hat.

Variante:

Wie ist zu entscheiden, wenn A nicht absichtlich, sondern fahrlässig gehandelt hat?

Sachverhaltsabwandlung:

I, der den Kaufpreis nicht in voller Höhe in bar zahlen kann, lässt sich den Betrag von 1 Mio. Franken kreditieren. Zur Sicherheit bürgt B gegenüber X. In der formgerechten Urkunde wird Zahlung auf erstes Auffordern versprochen.

Muss B zahlen?

Variante:

Das Unternehmen ist mangelfrei. B hat für 1 Mio. Franken solidarisch gebürgt, aber nicht Zahlung auf erstes Auffordern versprochen. Vom Kaufpreis stehen noch 2 Mio. Franken aus. I ist in Verzug; er kann nur 500'000 Franken aufbringen. X und I einigen sich deshalb, dass B 1 Mio. Franken zahlen soll und I 500'000 Franken.

Kann X von B 1 Mio. Franken verlangen?

Lösungsskizze zur Probeklausur vom 14. Juni

Ansprüche des I gegen den X

1. Aus Vertrag, Sachmängelhaftung (OR 197 ff.)

X und I haben sich über die essentialia negotii eines Kaufvertrages i.S.v. OR 184 ff. geeinigt, nämlich über Gegenstand (100 % der Aktien der U-AG) und Preis (4 Mio. Franken). Der Kaufvertrag ist damit zustande gekommen.

Obwohl der Kauf sämtlicher Aktien einer Gesellschaft das geeignete Mittel zum Erwerb des Unternehmens darstellt³⁴⁵, ist Kaufgegenstand das Aktienpaket und nicht das Unternehmen als Rechtsgesamtheit. Der Aktienkauf gilt auch nicht als Geschäftsübernahme³⁴⁶, so dass auch OR 181 nicht zur Anwendung gelangt.

Gemäss OR 197 haftet der Verkäufer für Mängel der Kaufsache, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch erheblich mindern. Kaufgegenstand waren Aktien. Nach der Rechtsprechung des BGer. ist die Sachgewährleistung beim Aktienkauf auf Mängel der Urkunde beschränkt (fehlende Coupons, Unechtheit des Wertpapiers etc.)³⁴⁷: Mängel des Unternehmens können nicht geltendgemacht werden³⁴⁸. Da die Aktien keinen Mangel haben, kommt Sachgewährleistung nicht in Betracht.

2. Willensmängel

a) Absichtliche Täuschung (OR 28)

Als Vertragspartei trifft X im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine aus ZGB 2 fliessende Aufklärungspflicht über ihm bekannten Tatsachen, die erkennbar für die Willensbildung des I wesentlich sein könnten³⁴⁹. Dies gilt im Hinblick auf den Wissensvorsprung des Verkäufers insbesondere beim Unternehmenskauf. Der Umstand einer drohenden Schadenersatzklage in über 2,5 Mio. Franken ist eine wesentliche Tatsache.

Das Verschweigen der Schadenersatzforderungen des Zweckverbandes durch A ist in der Absicht geschehen, den bevorstehenden Vertragsabschluss nicht zu gefährden. Die Kenntnis der Unrichtigkeit der Angaben reicht für OR 28 aus³⁵⁰. Das Informationsdefizit führt in der Folge dazu, dass sich I bei Vertragsabschluss in einem Irrtum über die tatsächliche Sachlage befindet. Wesentlichkeit des Irrtums wird von OR 28 nicht verlangt.

Die Täuschung ist für den Vertragsabschluss kausal gewesen, weil I den Vertrag bei Vorliegen der ihm verheimlichten Informationen entweder überhaupt nicht, oder zumindestens nicht zu diesem Preis abgeschlossen hätte³⁵¹.

Es bleibt zu prüfen, ob A "Dritter" i.S.v. OR 28 II ist. X hat die Haftung auf 1 Mio. Franken beschränkt und die Rückabwicklung abbedungen. Diese Haftungsbeschränkung ist indes nur in den Grenzen von OR 100

³⁴⁵BK-Giger OR 197 N 88.

³⁴⁶BGE 86 II 91.

³⁴⁷Vgl. BGE 107 II 422; 79 II 158; ablehnend BK-Giger OR 197 N 87 ff.; Bucher OR BT 62; R. Tschäni, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht (Basel 1991) 115 f., die bei einem Kauf aller bzw. des Hauptteils der Aktien einer Unternehmung nicht mehr die Aktien, sondern die Unternehmung als Kaufgegenstand betrachten (sog. "Durchgriff"). In Deutschland finden die Sachgewährleistungsregeln Anwendung, wenn alle oder der überwiegende Teil der Aktien gekauft worden sind (vgl. z.B. BGHZ 65 251 E. 2b).

³⁴⁸Anders wäre es, wenn die Vorlage der Bilanzen und die Projekterörterungen als Zusicherungen i.S.v. OR 197 I zu betrachten wären (so etwa R. Watter, Unternehmensübernahmen [Zürich 1990] 173). Die vereinbarte Freizeichnung (Schadenersatz von max. 1 Mio. Franken, keine Rückabwicklung) würde wegen OR 203 dahinfallen, die Frist zur Geltendmachung der Gewährleistung wäre gewahrt (OR 210 III). I könnte seine Ansprüche aus Sachgewährleistung geltend machen.

³⁴⁹BGE 105 II 80; R. Tschäni 9 f.

³⁵⁰Vgl. OR-Schwenzer Art. 28 N 11.

³⁵¹Man spricht hier von *dolus incidens*: Die Täuschung hat nicht den Abschluss des Vertrages an sich beeinflusst, sondern bloss seine Modalitäten; BGE 81 II 213 ff.

zulässig. Vorsatz und absichtliche Täuschung sind nicht abdingbar. Dies folgt aus der gesetzlichen Wertung in OR 100 und 199; es versteht sich aber für OR 28 von selbst³⁵², denn anderenfalls hätte der Täuschende einen Freibrief. OR 28 ist zwingendes Recht. Allerdings hat X die Täuschung nicht selbst begangen. Die Freizeichnung für Hilfspersonen ist nach OR 101 II an sich unbeschränkt zulässig. A steht auch nicht im Dienste des I (OR 100 III), sondern in jenem der U.-AG, so dass man höchstens mit einem Durchgriff argumentieren könnte. Dies kann jedoch dahinstehen, denn die Unabdingbarkeit der Haftung des X für Arglist des A ergibt sich bereits daraus, dass Vertreter und Abschlussgehilfen nach h.L. nicht Dritte i.S.v. OR 28 II sind³⁵³. A ist Abschlussgehilfe (Hilfsperson i.S.v. OR 101) des X und sein Verhalten wird diesem zugerechnet, ohne dass es darauf ankommt, ob I die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen müssen. Ist X aber zur Anfechtung berechtigt, so entfällt mit dem Vertrag auch die vertragliche Haftungsbeschränkung.

Die absichtliche Täuschung muss innert eines Jahres seit ihrer Entdeckung geltend gemacht werden (OR 31). Der Vertrag wird mit Wirkung ex tunc aufgelöst³⁵⁴. Die vom BGer.³⁵⁵ vertretene Ungültigkeitstheorie führt zu keinem anderen Ergebnis. Der Verkäufer kann die Sache vindizieren, der Käufer seine Leistung kondizieren.

b) Grundlagenirrtum (OR 24 I Ziff. 4)

Grundlagenirrtum kann ebenfalls bejaht werden³⁵⁶. Da jedoch OR 28 einen weitergehenden Schutz vermittelt als OR 24 I Ziff. 4, geht er dem Grundlagenirrtum vor³⁵⁷.

c) Totalanfechtung oder Teilanfechtung

Bei der Anfechtung stellt sich die Frage, ob diese den gesamten Vertrag beseitigt oder ob in analoger Anwendung von OR 20 II nur derjenige Teil nichtig ist, auf den sich der Willensmangel bezieht. Das BGer. bejaht eine Teilanfechtung beim Grundlagenirrtum, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne den anfechtbaren Teil nicht geschlossen worden wäre³⁵⁸. Massgeblich ist der hypothetische Parteiwille, der objektiv zu beurteilen ist. Die - im Gesetz an sich nicht vorgesehene - Teilnichtigkeit läuft praktisch auf eine Art Minderung hinaus. Diese Lösung wird gerade für den Unternehmenskauf befürwortet³⁵⁹. Im übrigen gilt die vom BGer. entwickelte Lehre, nicht nur bei Irrtum über einzelne Vertragsklauseln, sondern gerade auch beim Irrtum über einzelne Unternehmensgegenstände³⁶⁰.

Die dargelegten Grundsätze gelten nicht nur für den Grundlagenirrtum nach OR 24 I Ziff. 4, sondern auch für die Absichtsanfechtung nach OR 28. Allerdings ergibt sich hier eine Modifikation insofern, als das Gesetz ausdrücklich sagt, dass im Falle einer absichtlichen Täuschung der Vertrag auch dann unverbindlich ist, wenn der Irrtum kein wesentlicher war. Die Judikatur hat hierzu die gemeinrechtliche Unterscheidung vom *dolus incidens* und *dolus causam dans* übernommen. Beim *dolus incidens* wird *zugunsten des Getäuschten* angenommen, dass er den Vertrag ohne Täuschung zwar ebenfalls abgeschlossen hätte, aber mit einem anderen Inhalt. Auch hier wird in sinngemässer Anwendung des OR 20 II geprüft, ob der Vertrag mit modifiziertem Inhalt Bestand haben kann³⁶¹. Die *täuschende* Partei kann sich allerdings auf eine solche Weitergeltung des Vertrages nur berufen, wenn die absichtliche Täuschung eine *Abrede von gänzlich untergeordneter Bedeutung* (*une clause très accessoire*) betraf³⁶². Der Schaden aus dem Vertrag mit dem Zweckverband Z, der sich auf 2,5 Mio. Franken Millionen beläuft, kann nicht als "von gänzlich untergeordneter Bedeutung" qualifiziert werden. Hierbei handelt es sich im Verhältnis zum Kaufpreis um einen ganz erheblichen Betrag.

3. *Aus culpa in contrahendo*

³⁵²OR-Schwenzer Art. 28 N 24.

³⁵³Gauch/Schluep N 866; Gilomen, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Bern 1950) 113.

³⁵⁴Gauch/Schluep N 890; vonTuhr/Peter 338; Bucher OR AT 210.

³⁵⁵BGE 114 II 131.

³⁵⁶Vgl. die Ausführungen dazu in der Variante.

³⁵⁷BGE 40 II 538.

³⁵⁸BGE 107 II 119, 123 f.; 96 II 101, 106 f. und h.L. vgl. z.B. Bucher OR AT 214; OR-Schwenzer Art. 23 N 11.

³⁵⁹BGE 107 II 114, 123 f.; Watter N 332; Tschäni § 7 N 67 ff.; a.M. Gmünder, Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmensübernahme [St. Gallen 1992] 163 ff. und passim.

³⁶⁰BGE 107 II 419, 424 f. - überbewertetes Warenlager.

³⁶¹BGE 99 II 309; 81 II 213.

³⁶²BGE 99 II 309; Gauch/Schluep N 869; Bucher OR AT 214

Die *cic* ist nicht auf Fall der Pflichtverletzung bei den Vertragsverhandlungen bei Nichtabschluss des Vertrages beschränkt, sondern findet auch im Falle der Nichtigkeit eines Vertrages (wegen Irrtums- bzw. Täuschungsanfechtung) Anwendung³⁶³. Fällt der Vertrag durch die Geltendmachung der absichtlichen Täuschung dahin, besteht somit ein Schadenersatzanspruch aus *cic* gemäss OR 31 III³⁶⁴, wenn X das Vertrauensverhältnis während den Vertragsverhandlungen schuldhaft verletzt hat.

Die Rechtsnatur der *cic* ist umstritten³⁶⁵. Es handelt sich weder um einen deliktischen, noch um einen vertraglichen Anspruch, sondern um ein quasikontraktliches oder gesetzliches Schuldverhältnis. Das BGer. wendet (widersprüchlich) einerseits die deliktische Verjährung nach OR 60 an, andererseits die vertragliche Hilfspersonenhaftung von OR 101³⁶⁶. Da also dem X das Verhalten des A gemäss OR 101 zuzurechnen ist, kommt *cic* zur Anwendung, denn A wollte den I durch Verschweigen der drohenden Ansprüche zum Vertragsschluss bewegen und hat damit gegen die Pflicht der Vertragsparteien zu loyalem Verhalten verstossen³⁶⁷.

Das Verbot der Freizeichnung für Arglist nach OR 100 greift auch bei summenmässigen Haftungsbeschränkungen³⁶⁸ ein. Die Haftungsbeschränkung ist jedoch schon deshalb unbeachtlich, weil der Vertrag angefochten und damit die Haftungsbeschränkung entfallen ist.

Die *cic* umfasst das negative Interesse³⁶⁹, d.h. I ist so zu stellen, wie wenn er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Nach dem Sachverhalt hat die U-AG den Betrag von 2,5 Mio. Franken bezahlt. Gibt I die Gesellschaft in ihrem jetzigen Finanzzustand zurück, so hat er keinen Schaden. Anders wenn er sie behält (Teilanfechtung, vgl oben 2.c.)³⁷⁰.

4. *Aus Delikt (OR 41 ff., 55)*

Es ist hier zu prüfen, ob X für das Verhalten von A auch deliktsrechtlich einzustehen hat. OR 55 verlangt ein (faktisches³⁷¹) Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson. In casu ist das Rechtsverhältnis X-A zu bestimmen. A steht nicht in einem arbeitsvertraglichen Anstellungsverhältnis zu X³⁷². Vielmehr ist er von der U-AG angestellt. X hat A bei den Vertragsverhandlungen eingesetzt. Es liegt also ein (allenfalls unentgeltlicher) Auftrag vor. Auch ein solcher Auftrag kann ein Subordinationsverhältnis begründen, je nach dem Grad der Selbständigkeit des Beauftragten³⁷³. In casu ist eine Weisungsbefugnis zu bejahen.

Die von OR 55 geforderte Widerrechtlichkeit der Handlung wird von A durch das Begehen eines Betruges (StGB 148) erfüllt. Der Schaden wurde in Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen begangen.

Der Geschäftsherr X kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Überwachung von A aufgebracht hat. Er trägt die Verantwortung für sein Kader³⁷⁴. In casu sind in dieser Beziehung keinerlei Nachlässigkeiten von X auszumachen; er kann sich somit von der Haftung aus OR 55 befreien.

Variante

³⁶³OR-Huguenin Art. 20 N 59.

³⁶⁴BGE 108 II 421 f.

³⁶⁵Eingehend BK-Kramer Einl. zu Art. 1 OR N 141.

³⁶⁶Und nicht gem. OR 55: siehe dazu (str.) BGE 108 II 421; Oftinger/Stark II/1, § 20 N 25 und FN 83.

³⁶⁷BGE 111 II 474.

³⁶⁸BGE 115 II 479 E. d.

³⁶⁹BGE 105 II 81.

³⁷⁰Freilich entspricht dieser Betrag demjenigen, der dem Käufer auf Grund einer Minderung (OR 205) zugesprochen werden würde (BGE 81 II 213 ff.).

³⁷¹Oftinger/Stark II/1 § 20 N 64. In N 73 wird das Beispiel eines den Kollektivgesellschaftern untergeordneten, von der Gesellschaft angestellten Direktors angeführt.

³⁷²Man könnte ein Unterordnungsverhältnis eventuell aus der gesellschaftsrechtlichen Theorie des Durchgriffs durch den Schleier einer (Ein-Mann)-AG herleiten: Weil X als Alleinaktionär der U-AG (bei welcher A angestellt ist) *faktisch* weisungsberechtigt gegenüber A ist, könnte dadurch ein Subordinationsverhältnis hergestellt werden.

³⁷³OR-Schnyder Art. 55 N 6.

³⁷⁴Stark, Ausservertragliches Haftpflichtrecht N 569.

Ansprüche des I gegen den X

1. Aus Vertrag, Sachmängelhaftung (OR 197 ff.)

Bezüglich der Sachmängelhaftung (OR 197 ff.) ist auf das oben Gesagte (1.a.) zu verweisen. Indessen entfällt hier OR 210 II: Die Gewährleistungsansprüche sind verjährt (OR 210).

2. Grundlagenirrtum (OR 24 I Ziff. 4)

I befindet sich bei Vertragsschluss in einem Irrtum, da er nichts von der mangelhaften Ausführung des Werkes in Bad Z. und den drohenden Schadenersatzansprüchen weiss. Die Abwesenheit des Werkmangels bildet eine *conditio sine qua non* für I (subjektive Wesentlichkeit). Der Wert der Vertragsleistungen hängt auch von der Absenz solcher mangelhaften Projekte ab. Objektive Wesentlichkeit des Irrtums ist auch gegeben. Da es sich um einen groben Mangel (mit hohen ausstehenden Kosten) handelte, muss die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts auch für X erkennbar gewesen sein. Grundlagenirrtum i.S.v. OR 24 I Ziff. 4 ist zu bejahen. Er muss rechtzeitig geltend gemacht werden (OR 31).

Die Parteien haben jedoch die Rückgängigmachung des Kontraktes ausgeschlossen. Diese Vereinbarung ist legitim und betrifft auch die Rückgängigmachung wegen Grundlagenirrtums. Ausgeschlossen ist damit jedoch nur die Totalanfechtung. Die Teilanfechtung und die daraus resultierende Teilnichtigkeit (OR 20 II analog)³⁷⁵ sind nicht wegbedungen.

Voraussetzung für die Annahme einer blossen Teilnichtigkeit ist, dass der Getäuschte den Vertrag bei Kenntnis des Mangels trotzdem abgeschlossen hätte, wenn auch mit einem anderen Inhalt (sog. modifizierte Teilnichtigkeit). Es geht also um die Ermittlung der hypothetischen Parteiwillen. Dieses Vorgehen läuft faktisch auf eine Art Minderung hinaus³⁷⁶. Zu beachten ist freilich, dass die summenmässige Haftungsbeschränkung auf 1 Mio. Franken wirksam wird (im Gegensatz zum Grundfall).

3. Aus culpa in contrahendo

I besitzt in Analogie zu OR 31 III (und entgegen der zu eng gefassten Vorschrift von OR 26) auch bei der Teilanfechtung aus Grundlagenirrtum einen Anspruch aus *cic. X* hat, über die gemäss OR 101³⁷⁷ ihm zuzurechnenden Handlungen seiner Hilfsperson A, seine Aufklärungspflicht fahrlässig verletzt. Würde der Vertrag gemäss der oben beschriebenen modifizierten Teilnichtigkeit geändert, so ist aber dem I kein Schaden entstanden, da der Kaufpreis um die ausstehende Schadenersatzforderung reduziert wird.

Sachverhaltsabwandlung

I kann bei Fälligkeit den gestundeten Kaufpreis nicht aufbringen. X will in der Folge auf B greifen, der ihm dafür "gebürgt" hat.

Die Formvorschriften für eine Bürgschaft (OR 493) sind eingehalten worden. Ob B nun trotz der erfolgten absichtlichen Täuschung des Verkäufers seine versprochene Leistung erbringen muss, hängt davon ab, ob die Verpflichtung des B akzessorisch oder selbständig zur Hauptschuld zwischen I und X ist.

Gemäss OR 18 I ist die unrichtige Bezeichnung eines Vertrages unbeachtlich³⁷⁸. Es kommt also auf die Bezeichnung als Bürgschaft nicht an, wenn der Wille der Parteien auf einen anderen Vertrag gerichtet war. Zu prüfen ist, was "Zahlung auf erstes Auffordern" bedeutet. Diese Formulierung³⁷⁹ legt es nahe, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine Bürgschaft handelt, sondern um einen Garantievertrag i.S.v. OR 111³⁸⁰. Im Gegensatz zur Bürgschaft begründet der Garantievertrag eine selbständige, von der Hauptverpflichtung unabhängige Schuld³⁸¹. In dem nun eingetretenen Garantiefall ist der Promittent B auf erstes Auffordern des Promissars X hin (ohne das I in Verzug gesetzt oder rechtlich belangt worden sein muss) verpflichtet, Ersatz für

³⁷⁵S. oben 2 c.

³⁷⁶BGE 107 II 114; s. oben 2.c.

³⁷⁷Vgl. BGE 108 II 421 f.

³⁷⁸Gauch/Schluep N 4082.

³⁷⁹Gleich zu behandeln: "Auf erstes Anfordern" (vgl. Beat Kleiner "Bankgarantie" [Zürich 1990] 46).

³⁸⁰Vgl. Honsell OR BT 284.

³⁸¹Gauch/Schluep N 4078; OR-Pestalozzi Art. 111 N 6 und N 41 ff.; BGE 113 II 436.

den aus der Nichtleistung des Dritten entstandenen Schaden zu leisten. Der Schadenersatz ist auf das positive Interesse gerichtet³⁸².

B kann also die Mangelhaftigkeit des Unternehmens nicht einwenden.

Variante

B schliesst mit X eine Solidarbürgschaft i.S.v. OR 496 ab, in der er für die Verpflichtung des I bis zur Höhe von 1 Mio. Franken einsteht. Nach dem Sachverhalt sind die Formvorschriften von OR 493 f. gewahrt. Bei der Solidarbürgschaft steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu (OR 496 I).

Die Bürgschaft zeichnet sich durch ihre Akzessorietät zur Hauptschuld aus (OR 492 II). In casu einigen sich I und X über einen neuen Zahlungsmodus, da I den vollen Betrag nicht aufbringen kann. Die bestehende Schuld von 2 Mio. soll in Höhe von 0,5 Mio. Franken erlassen (OR 115) werden, so dass I nach vorgängiger Inanspruchnahme des Bürgen nur noch 0,5 Mio. Franken selber aufbringen muss. Diese Abrede ist aber insoweit unwirksam, als die Verringerung der Hauptschuld im gleichen Verhältnis den Haftungsbetrag der Bürgschaft vermindert (OR 500 I Satz 2)³⁸³. Die Auslegung des Erlassvertrages zwischen X und I ergibt den Willen der Parteien, die Schuld von 2 Mio. auf 1,5 Mio. Franken zu reduzieren. Sinkt die Hauptschuld um 25%, so wird die Bürgschaft um den selben Prozentsatz vermindert.

Fordert X von B 1 Mio. Franken aus Bürgschaft, kann dieser ihm nun die Einrede aus OR 500 I Satz 2 entgegensetzen. B muss nur noch 750'000 Franken zahlen.

³⁸²BK-Becker OR 111 N 14.

³⁸³OR-Pestalozzi Art. 500 N 6; ebenso BK-Giovanoli OR 500 N 6.

3. Probeklausur - 24. März 1993

Der in Bank- und Börsensachen unerfahrene K will seine Ersparnisse gewinnbringend anlegen. Sein Freund F rät ihm, sich an die Zürcher Bank B zu wenden und dort den Direktor P zu kontaktieren. K befolgt den Rat und hat bei der Bank B eine lange Unterredung mit P. Danach eröffnet K ein Kontokorrent und ein Wertschriftendepot bei der Bank. Er bevollmächtigt die Bank, für ihn das Wertschriftendepot zu verwalten und die Mittel, die er auf seinem Konto hat anzulegen. Die Bank soll nach freiem Ermessen Wertpapiere erwerben und veräussern. Der Erlös sei in anderen Titeln wieder anzulegen.

P legt das Geld des K in Wertpapieren ausländischer Gesellschaften an. Unerwartet geraten diese Gesellschaften in Produktionsschwierigkeiten, was zu einem erheblichen Kursverlust führt. Daraus erwächst dem K im Januar ein Verlust von Fr. 500'000. Bevor dem K aber eine entsprechende Saldoabrechnung geschickt wird, dringt P in das EDV-System der Bank B ein, dessen Schlüsselwort er infolge seiner Stellung als Direktor kennt. Um den Verlust zu kaschieren, verschiebt er vom Konto des ausländischen Bankkunden X Fr. 400'000 auf das Konto des K.

K, der weder von den Verlusten noch von den Machenschaften des P etwas weiss, ist mit dem Verlust, der sich in der ihm von der Bank zugestellten Januar-Saldoabrechnung zeigt, nicht zufrieden. Er verlangt Zahlung von Fr. 100'000, weil er der Meinung ist, die Bank hätte sein Kapital schlecht verwaltet.

Gar nicht zufrieden ist auch X, der sich bei der Bank beschwert. X hatte die Geldverschiebung durch P erst im Juni festgestellt, weil er sich sehr selten in Zürich aufhält und mit der Bank abgemacht hatte, dass seine gesamte Korrespondenz bei der Bank aufbewahrt würde.

Die Manipulationen des P werden somit entdeckt. Die Bank lehnt jedoch gestützt auf ihre AGB jede Zahlung an X ab. Ihre AGB wurden tatsächlich bei der Eröffnung des Kontos des X zum Bestandteil des Kontokorrentvertrages gemacht und von X auch unterschrieben.

Die AGB der Bank B lauten wie folgt:

"3) Mitteilungen der Bank gelten als erfolgt, wenn sie an die letzte vom Kunden bekanntgegebene Adresse abgesandt worden sind. Banklagernd zu haltende Post gilt im Zweifel als an dem Datum zugestellt, das sie trägt.

4) Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Kontoauszügen sowie andern Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert Monatsfrist anzubringen. Bei späteren Reklamationen gelten die Mitteilungen als anerkannt."

Wie ist die Rechtslage?

3. Probeklausur - 24. März 1993

Lösungsskizze

I. Anspruch des K gegen die Bank B auf Zahlung von Fr. 100'000

1. Aus Vertrag

K hat die Bank beauftragt, sein Wertschriftendepot zu verwalten und das auf seinem Konto liegende Geld sowie neu entstandene Gewinne anzulegen. Vertragspflichten der Bank sind deshalb die Verwahrung, die Verwaltung sowie der Kauf und Verkauf von Wertpapieren. Nach Bundesgerichtspraxis liegt bei einer solchen Vereinbarung ein *gemischter Vertrag* vor, der Elemente des Hinterlegungsvertrages, des Auftrages und der Kommission enthält³⁸⁴. Lehre und Praxis sprechen von einem *Vermögensverwaltungsauftrag*³⁸⁵.

K verlangt von der Bank die Zahlung des auf seinem Konto fehlenden Betrages von Fr. 100'000 mit der Begründung, die Bank hätte sein Kapital schlecht verwaltet. Ein eventueller Anspruch kann sich nur auf die Verwaltungs- bzw. auf die Kauf- und Verkaufstätigkeit der Bank beziehen. Nicht in Frage steht eine eventuelle Verletzung der Verwahrungspflicht, weshalb die Regeln des Hinterlegungsvertrages nicht zur Anwendung kommen. Es kann offen gelassen werden, ob in casu Elemente des Auftrags oder der Kommission im Vordergrund stehen. Die Pflicht der Bank zu *getreuer und sorgfältiger Geschäftsführung* ergibt sich in beiden Fällen aus Auftragsrecht, weil auch die Bestimmungen der Kommission auf OR 398 verweisen (s. OR 425 II).

Gemäss der mit K getroffenen Vereinbarung war die Bank befugt, das Geld des K in Wertschriften nach freiem Ermessen anzulegen. Trotz dieser Freiheit in der Wahl der Titel und der Operationen hatte sie die Interessen des K zu wahren. Zu prüfen ist, ob die Investition in Wertschriften von ausländischen Gesellschaften eine unsorgfältige und treuwidrige Ausführung des Verwaltungsauftrages darstellt. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass K sein Kapital *gewinnbringend* anlegen wollte. Dementsprechend hat er die Bank zum Handel mit Wertschriften beauftragt, der zwangsläufig einen spekulativen Einschlag hat³⁸⁶. Obwohl K in Börsensachen unerfahren ist, durfte die Bank den Auftrag so verstehen, dass er an einer Anlagepolitik interessiert war, die auf *Vermögensvermehrung* und nicht auf *Vermögenserhaltung* gerichtet ist. Die von P³⁸⁷ getätigte Investition stellt bereits aus diesem Grunde keine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Hinzu kommt, dass die Produktionsschwierigkeiten der Gesellschaften unerwartet eingetreten sind. Sonstige Anhaltspunkte, dass P bei der Wahl der Titel unvorsichtig oder unsorgfältig gehandelt hat, sind keine vorhanden. Der Auftrag wurde

³⁸⁴ BGE 115 II 62 ff. (vgl. dazu MERZ ZBJV 1991, 256 f. und WIEGAND recht 1990, 134 ff. sowie GENONI SZW 1991, 19 ff. Anm. 40); 102 II 297 ff., 301; 101 II 121 ff., 123; 94 II 167 ff., 169.

³⁸⁵ Vgl. z.B. ZOBL, Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken, in: FG Schlupe (1988) 319 ff.; GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis (3. Aufl. 1986) 68 ff.; SPÄLTI, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin (Diss. Zürich 1989) 6 ff.

³⁸⁶ BGE 101 II 121 ff., 124.

³⁸⁷ Als Direktor gilt P als Organ der Bank. Seine Handlungen sind daher der Bank anzurechnen. Dazu s. bei FN 16 sowie FORSTMOSER, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Meier-Hayoz (1982) 125 ff.

vertragsgemäss ausgeführt. Demnach hat die Bank den Kursverlust nicht zu vertreten. K kann die Zahlung von Fr. 100'000 aus Vertrag nicht verlangen.

2. Aus unerlaubter Handlung

Durch die Geldanlage in Wertpapieren und den darauffolgenden Kursverlust hat K einen *Vermögensschaden* erlitten. Nach h.L. ist die Zufügung eines reinen Vermögensschadens nur dann *widerrechtlich* i.S.v. OR 41 I, wenn eine Schutznorm verletzt wird, die dem Schutz des Geschädigten vor Schädigungen solcher Art dient (s. unten IV.2.)³⁸⁸. Anhaltspunkte dazu sind in casu nicht gegeben. Ebensovienig ist das Verhalten der Bank oder des P dem K gegenüber *sittenwidrig*, weshalb dem K auch aus OR 41 II kein Anspruch zusteht³⁸⁹.

II. Ansprüche des K gegen P

K hat sich an P gewandt und hat mit ihm den Vermögensverwaltungsvertrag abgesprochen. Vertragspartei ist aber die Bank. Eine *vertragliche* Haftung des P kommt daher nicht in Betracht. Ebensovienig eine Haftung aus *Delikt*³⁹⁰. P hat für den Verlust aus dem Wertschriftenhandel nicht einzustehen.

III. Ansprüche des K gegen F

F gibt dem K den Rat, sich an die Bank B zu wenden. Zu prüfen ist, ob K seinen Verlust gegen F geltend machen kann. Zwischen K und F besteht ein freundschaftliches Verhältnis. Im Sachverhalt deutet nichts darauf hin, dass F beruflich in der Bank- oder Börsenbranche tätig ist. Es kann daher angenommen werden, dass F durch seinen Rat dem K nur einen unverbindlichen Freundschaftsdienst leisten wollte. Zwischen K und F ist kein Vertrag zustande gekommen. Es handelt sich vielmehr um eine *Gefälligkeitshandlung*, die vom Recht nicht erfasst wird. Eine *ausservertragliche* Haftung des F scheidet bereits am Fehlen des Kausalzusammenhanges zwischen dem erteilten Rat und dem Schaden³⁹¹.

IV. Ansprüche des X gegen die Bank B

1. Aus Vertrag

X ist Inhaber eines Kontokorrents bei der Bank B. Unter *Kontokorrentvertrag* versteht man die Vereinbarung zweier in einem gegenseitigen Abrechnungsverhältnis stehender Personen, alle von diesem Verhältnis erfassten Forderungen bis zum Abrechnungstermin zu stunden und als Rechnungsposten für die

³⁸⁸ OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, § 16 N 94 ff. mNw.; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 128; BK-BREHM OR 41 N 39 f.; KELLER/GABI, Das Schweizerische Schuldrecht - Bd. II: Haftpflichtrecht (2. Aufl. 1988) 37 f.; OR-SCHNYDER Art. 41 N 15 ff.

³⁸⁹ Die von einem T.d.L. postulierte Öffnung des Deliktsrechts für reine Vermögensschäden würde wegen der klaren Rechtmässigkeit der Handlung der Bank zu keinem anderen Ergebnis führen. Zu dieser neueren Lehre s. GAUCH/SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: FS Keller (1989) 117 ff. mNw.

³⁹⁰ S. oben I.2. in bezug auf eine ausservertragliche Haftung der Bank. Entsprechendes gilt auch für P.

³⁹¹ Zur ausservertraglichen Haftung aus Auskunfts- und Raterteilung s. OFTINGER/STARK (zit. FN 5) § 16 N 117 ff.; KUHN, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 1986, 345 ff.

Ermittlung des Saldos zu behandeln. Der Vertrag enthält eine Abrede, wonach die Verrechnung ohne Verrechnungserklärung erfolgt (Kontokorrentabrede)³⁹². Die kontoführende Partei hat der anderen periodisch Abrechnungen (Kontoauszügen) zuzustellen, in denen der Saldo festgestellt wird³⁹³. Der Kontokorrentvertrag ist als solcher im Gesetz nicht geregelt, wird aber vom Gesetzgeber als bekannt vorausgesetzt (OR 117, 124 III, 314 III und 500 II)³⁹⁴.

Streitig ist in casu, welche Wirkung die Mitteilungen und die Saldoziehung haben, aus welchen Manipulationen des P ersichtlich waren. OR 117 II sieht vor, dass eine *Novation* anzunehmen ist, wenn in einem Kontokorrentverhältnis der *Saldo gezogen und anerkannt* wird. Damit werden die Beziehungen der Parteien auf eine neue Grundlage gestellt. Was sich als Saldo zugunsten einer Partei herausstellt, gilt nicht als eine bei der Verrechnung im Überschuss verbliebene Forderung des Saldoberechtigten, sondern als neue, durch die Anerkennung des Kontoauszuges entstandene Forderung³⁹⁵.

Zu prüfen ist zunächst, ob die massgebende Saldomeldung dem X als zugegangen gelten kann. X hat die Bank beauftragt, seine gesamte Korrespondenz aufzubewahren. Nach Art. 3 der AGB der Bank soll *banklagernd* zu haltende Post am Datum, das sie trägt, als zugestellt gelten. Mit dieser üblichen AGB-Klausel wird der Zugang von Erklärungen zugunsten der Bank fingiert (*Kenntnisfiktion*), weil der Kunde selbst seinen Einflussbereich abgesteckt hat³⁹⁶. Die Saldomeldung ist also X rechtsgültig mitgeteilt worden.

Es stellt sich jetzt die Frage, ob X die Saldomeldung i.S.v. OR 117 II anerkannt hat. Der *Neuerungsvertrag* ist an keine besondere Form gebunden (OR 11 I). Er kann auch *stillschweigend* abgeschlossen werden (OR 6). Durch die Übernahme der AGB haben die Parteien vereinbart, dass Saldomeldungen, die nicht innert Monatsfrist beanstandet werden, als genehmigt anzusehen sind (Genehmigungsfiktion). Durch Verstreichenlassen der Widerspruchsfrist hätte X also das Angebot zum Abschluss der *Novation* angenommen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Bank aus dem Stillschweigen des Kunden keine Genehmigung ableiten darf, wenn sie weiss oder wissen musste, dass dieser nicht genehmigen wollte³⁹⁷. Dabei muss sich eine juristische Person das Wissen ihrer *Organe* anrechnen lassen (ZGB 55)³⁹⁸. P wusste, dass die Saldoziehung des Kontos des X unrichtig war, hatte er doch selbst durch Computermissbrauch über das Guthaben des X verfügt. Als Direktor hat er Organstellung i.S.v. ZGB 55, unabhängig davon, ob er auch Verwaltungsrat der Bank B ist oder nicht. Massgebend ist, dass er kraft seiner Stellung als Direktor in einem wesentlichen Aufgabenbereich der

³⁹² BGE 100 III 79 ff., 83; KLEINER, Bankkonto: Giro- und Kontokorrentvertrag, in: FS Schlupe (1988) 273 ff., 276; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil (5. Aufl. 1991) N 3235 ff.; ZK-AEPLI OR 117 N 6 ff.; CANARIS, HGB Großkommentar (3. Aufl. 1978) HGB § 355 N 1 ff.

³⁹³ GUGGENHEIM (zit. FN 2) 228; für die essentialia des Kontokorrentvertrages s. CANARIS (zit. FN 9) HGB § 355 N 31.

³⁹⁴ BUCHER OR AT 412.

³⁹⁵ BUCHER OR AT 413; VON TUHR/PETER/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (3. Aufl. 1974) § 76/IV 184; GAUCH/SCHLUEP (zit. FN 9) N 3235.

³⁹⁶ BGE 104 II 190 ff., 194; GUGGENHEIM (zit. FN 2) 230 mNw.; kritisch dazu NOBEL, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz (1979) 348 f. mNw.

³⁹⁷ Handelsgericht ZH, Urteil vom 4. Juni 1981, zit. in NOBEL (zit. FN 13) Ergänzungsband (1984) 177; für die analoge Rechtslage beim Bestätigungsschreiben s. GAUCH/SCHLUEP (zit. FN 9) N 1164 sowie die in FN 17 zitierte Literatur.

³⁹⁸ Vgl. die Anwendung dieses Grundsatzes für die Einreden gegen bestimmten Posten der Kontokorrentrechnung in BGE 104 II 190 ff., 197; dazu ZK-AEPLI OR 117 N 42 mNw.

Bank selbständige Entscheidungsbefugnisse besitzt³⁹⁹. Die Bank B hat sich also das Wissen des P anrechnen zu lassen. Nach Treu und Glauben darf sie aus dem Schweigen des X keine Anerkennung des Saldo ableiten⁴⁰⁰. X hat das Recht, die Richtigkeit der Saldorechnung zu bestreiten und ihre Berichtigung zu verlangen.

Zum selben Ergebnis kommt man auch bei Annahme einer rechtsgültigen Anerkennung des Kontosaldos durch X. Die *Novationswirkung* hat nicht zur Folge, dass versehentlich berücksichtigte bzw. nicht berücksichtigte Posten schlechthin nicht mehr zu korrigieren wären⁴⁰¹. Im Betrage des anerkannten Saldos liegt ein *abstraktes Schuldbekennnis* i.S.v. OR 17 vor. Es steht dem X offen, den Nachweis zu erbringen, dass die anerkannte Schuld in Wirklichkeit nicht bestanden hat⁴⁰². Nach h.L. beruht der Berichtigungsanspruch nach erfolgter Saldoanerkennung auf OR 62 ff., denn durch die versehentliche Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung einer Forderung ist die eine oder die andere Partei *ungerechtfertigt bereichert*⁴⁰³. Gestützt darauf kann X die Berichtigung des Saldos verlangen.

2. Aus unerlaubter Handlung

Der von X erlittene Schaden ist ein reiner *Vermögensschaden*. Nach herrschender, jedoch nicht mehr unumstrittener Lehre ist das Vermögen als solches kein Rechtsgut. Ein reiner Vermögensschaden stellt daher einen Schaden dar, der ohne Rechtsgutsverletzung zugefügt worden ist. Mangels Widerrechtlichkeit sind keine Deliktsansprüche gegeben. Eine ausservertragliche Haftung wird in solchen Fällen jedoch bejaht, wenn durch die Schädigungshandlung eine *Schutznorm* verletzt worden ist, die dem Schutz des Betroffenen vor Handlungen solcher Art dient⁴⁰⁴. Ohne Schutznormverletzung steht dem Geschädigten ein Ersatzanspruch aus OR 41 II zu, wenn das Verhalten des Schädigers gegen die *guten Sitten* verstösst⁴⁰⁵.

In casu hat sich die Bank das Verhalten des P anrechnen zu lassen. Das gilt auch, wenn die Widerrechtlichkeit der Handlung des P durch die Verletzung einer *strafrechtlichen Norm* begründet wird (ZGB 54 f.)⁴⁰⁶. Mit der Kontoverschiebung der Guthaben hat sich P ohne Zweifel strafbar gemacht. In Frage kommen mehrere Delikte, namentlich Veruntreuung (StGB 140), ungetreue Geschäftsführung (StGB 159) und Urkundenfälschung (StGB 251). Es handelt sich jeweils um Normen, die unmittelbar oder mittelbar dem Schutz einer durch die Handlung entreicherten Person dienen. Durch diesen Normenverstoss wird die Handlung des P widerrechtlich i.S.v. OR 41 I. Es steht demzufolge dem X offen, seinen Anspruch gegen die Bank alternativ zu

³⁹⁹ Statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (7. Aufl. 1993) § 2 N 16 ff. mNw.

⁴⁰⁰ Analog zur Wirkung des Schweigens beim sog. konstitutiven Bestätigungsschreiben; s. OR-BUCHER Art. 6 N 22 ff.; BK-SCHMIDLIN OR 6 N 93 ff.; GAUCH, Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, SZW 1991, 177 ff.; KRAMER, Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben und rechtsgeschäftlicher Vertrauensgrundsatz, recht 1990, 90 ff.

⁴⁰¹ BGE 104 II 190 ff., 196; 100 III 79 ff., 85 f.

⁴⁰² BK-KRAMER OR 17 N 61 ff.; BGE 100 III 79 ff., 86.

⁴⁰³ VON TUHR/ESCHER (zit. FN 12) § 76/IV 185 f.; BUCHER OR AT 413; ZK-AEPLI OR 116 N 13 und 117 N 42.

⁴⁰⁴ Für die klassische Lehre s. die in FN 4 zit. Autoren; zur neueren Lehre s. GAUCH/SWEET (zit. FN 5), KRAMER, "Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 128 ff., 131 f. sowie OR-SCHNYDER Art. 41 N 15 ff.

⁴⁰⁵ Dazu BK-BREHM OR 41 N 235 ff.; OFTINGER/STARK § 16 N 191 ff.

⁴⁰⁶ BGE 112 II 190; 105 II 289 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. FN 16) § 2 N 18 und 26 f.; s. oben IV.1.

den vertraglichen Ansprüchen auf OR 41 I zu stützen. Eine Haftung aus OR 55 scheidet an der Organstellung des P⁴⁰⁷.

V. Ansprüche des X gegen P

Zwischen X und P besteht kein Vertragsverhältnis. Es wurde bereits oben dargelegt (IV.2.), dass das Verhalten des P *widerrechtlich* i.S.v. OR 41 I ist. Es steht dem X frei, aus unerlaubter Handlung direkt gegen P vorzugehen (s.a. ZGB 555 III)⁴⁰⁸.

VI. Ansprüche des X gegen K

P hat Fr. 400'000 vom Konto des X auf das Konto des K verschoben. K hat weder die Geldverschiebung veranlasst noch hatte er Kenntnis davon. Eine vertragliche oder deliktische Haftung gegenüber X kommt daher nicht in Betracht.

Zu prüfen bleibt, ob X nicht einen Anspruch *aus ungerechtfertigter Bereicherung* gegen K hat. Indem die Bank B Fr. 400'000 dem K gutschreibt, anerkennt sie ihm gegenüber eine entsprechende Schuld zu haben. Dass sie gleichzeitig eine gleich hohe Forderung vom Konto des X streicht, stellt einen blossen Buchungstatbestand dar, der zwar die Rechtssphäre des X beeinträchtigt (Berichtigungsbedarf), aber keine Entreichung des X zur Folge hat. Nicht anders wäre die Rechtslage auch wenn man eine Entreichung dennoch annehmen oder auf das Vorliegen einer solchen als Voraussetzung der Anwendbarkeit von OR 62 ff. verzichten würde⁴⁰⁹. Denn zwischen der Bereicherung des K und der Beeinträchtigung der Rechtssphäre des X der nach OR 62 erforderliche *Sachzusammenhang* nicht gegeben ist⁴¹⁰. Die Verschiebung des Guthabens vom Konto des X auf dasjenige des K stellt m.a.W. keine Vermögensverschiebung i.S.v. OR 62 dar⁴¹¹. Da X einen Berichtigungsanspruch gegen die Bank hat, ist K nicht auf seinen Kosten bereichert. X kann daher von K den Betrag von Fr. 400'000 nicht kondizieren.

VII. Ansprüche der Bank B gegen K

Durch die Zusendung der entsprechenden Saldomeldungen an K hat die Bank ihm angeboten, den angegebenen Saldo zu anerkennen. Da K gegen den Posten von Fr. 400'000 keinen Einwand erhoben hat, tritt die Novationswirkung gemäss OR 117 II ein. Es wurde aber bereits oben beim Verhältnis zwischen X und der Bank dargelegt (IV.1.), dass trotz erfolgter Saldoanerkennung versehentlich berücksichtigte Posten gestützt auf die Regelungen der *ungerechtfertigten Bereicherung* zu berichtigen sind. Voraussetzung ist, dass die Partei, die nach Saldoanerkennung die Berichtigung verlangt, sich bei Saldomitteilung bzw. Saldoanerkennung über das

⁴⁰⁷ OFTINGER/STARK (zit. FN 5) § 20 N 13 ff.; OR-SCHNYDER Art. 55 N 3.

⁴⁰⁸ Zum Verhältnis zwischen der Bank und P s. unten VIII.

⁴⁰⁹ So ein Teil der Lehre. S. KELLER/SCHAUFELBERGER, *Ungerechtfertigte Bereicherung* (3. Aufl. 1990) 26 ff., m.Nw. Dazu, ohne eine eigene Stellungnahme, GAUCH/SCHLUEP (zit. FN 9) N 1564 ff.

⁴¹⁰ Vgl. OR-SCHULIN Art. 62 N 12; VON TUHR/PETER (zit. FN 12) 473; BUCHER OR AT 658 f.; KELLER/SCHAUFELBERGER (zit. FN 26) 33 ff.

⁴¹¹ Zum gleichen Ergebnis kommen das BGer. und die h.L.

rechtsgültige Bestehen der dem Saldo zugrundeliegenden Posten geirrt hat (OR 63 I). In casu ist der Bank das Wissen von P zuzurechnen. Bei Saldomitteilung wusste P, dass der Posten von Fr. 400'000 keiner Schuld der Bank gegenüber K entsprach. Ein Irrtum liegt nicht vor, weshalb die Bank von K den Betrag nicht zurückverlangen kann.

VIII. Ansprüche der Bank B gegen P

Es ist anzunehmen, dass der Direktor P in einem *Arbeitsverhältnis* zur Bank steht (OR 319 ff.)⁴¹². Indem er unbefugt in das EDV-System der Bank eingedrungen ist und unzulässige Operationen ausgeführt hat, hat er seine Stellung missbraucht und seine Treuepflicht gegenüber der Bank schuldhaft verletzt (OR 321a). Die Bank hat das Recht, von ihm Schadenersatz zu verlangen (OR 321e I)⁴¹³. Als Schaden kommt insbesondere der Betrag von Fr. 400'000 in Betracht, den die Bank von K nicht mehr zurückverlangen kann (s. oben VII.). Nicht zum Schaden gehört hingegen die gleiche Summe, die die Bank wieder zugunsten des Kontos des X gutschreiben muss. Diesen Betrag hat die Bank bereits *vor* den Manipulationen des P dem X geschuldet; er muss daher von P nicht ersetzt werden.

Alternativ könnte sich die Bank auch auf *Deliktsrecht* stützen. Zur Begründung der Widerrechtlichkeit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (II. und V.).

⁴¹² Es sei hier darauf hingewiesen, dass das Arbeitsvertragsrecht nicht zum Prüfungsstoff der OR-Lizentiatsprüfung gehört.

⁴¹³ Weiter wären Disziplinarmaßnahmen, die Einstellung freiwilliger Sozialleistungen sowie eine fristlose Entlassung (OR 337) möglich; s. BK-REHBINDER OR 321a N 16.