



Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone  
Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht

## **Musterlösung zur Klausur im Privatrecht II vom 22.2.1999**

(erarbeitet von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, lic.iur. Maria Walter, lic.iur. Pascal Kistler)

### *Kaufsvertrag zwischen A und B*

A hat dem B ein Kaufsrecht an sämtlichen Aktien der F-AG eingeräumt, welches B innert eines Zeitraums von 10 Jahren ausüben kann. Eine solche Vereinbarung ist als Kaufsvertrag zu qualifizieren. Kaufgegenstand (sämtliche Aktien der F-AG) und Vertragsparteien (A und B) sind bestimmt, der Kaufpreis ist aufgrund der im Vertrag festgesetzten Formel bestimmbar, über den notwendigen Vertragsinhalt ist somit eine Einigung zustande gekommen. Ein Kaufsrecht ist ein Optionsrecht, das dem Berechtigten die Befugnis gibt, durch einseitige Willenserklärung einen Kaufvertrag mit dem Kaufsrechtsbelasteten in Geltung zu setzen.<sup>1</sup> Im vorliegenden Fall bezieht sich das Kaufsrecht auf die Aktien der F-AG, somit auf bewegliche Sachen. Anders als das Kaufsrecht an Grundstücken (vgl. Art. 216 ff. OR) ist das Kaufsrecht an Fahrnis gesetzlich nicht geregelt. Ebenfalls im Gegensatz zum Kaufsrecht an einem Grundstück (vgl. Art. 959 ZGB) besteht bei einem auf eine bewegliche Sache gerichteten Kaufsrecht keine Möglichkeit einer dinglichen Sicherung, das Kaufsrecht hat also nur obligatorische Wirkung. Nach Ausübung des Kaufsrechts steht der Berechtigte in der gleichen Situation wie ein Käufer: insbesondere stehen ihm keine Rechtsbehelfe gegen einen allfälligen Drittkäufer zu, dem der Kaufsrechtsbelastete die Kaufsache bereits übereignet hat.

B hat, nachdem er von dem zwischen A und C abgeschlossenen Kaufvertrag gehört hat, gegenüber A fristgerecht die Ausübung des Kaufsrechts erklärt und dadurch einen optierten Kaufvertrag mit A zur Entstehung gebracht. Er verlangt nun die Übertragung der Aktien. Zu prüfen ist deshalb, ob A überhaupt noch Eigentümer der Aktien ist oder ob das Eigentum an den Aktien bereits auf C übergegangen ist. In diesem Fall wäre es dem A subjektiv unmöglich, seine Pflicht zur Eigentumsübertragung zu erfüllen. Dem B stünden nur noch Schadenersatzansprüche aus Verletzung des Kaufsvertrags zu.

<sup>1</sup> Vgl. Gauch/Schluep, N 487; Tuor/Schnyder/Schmid, S. 716.

### *Kaufvertrag zwischen A und C und Übereignung der Aktien*

Voraussetzungen der Übertragung von Fahrniseigentum sind ein gültiges Grundgeschäft, die Übertragung des Besitzes (Art. 714 Abs. 1 ZGB) und die Verfügungsbezugnis des Veräusserers. Daraus, dass im vorliegenden Fall Inhaberaktien übertragen werden sollen, ergeben sich keine Besonderheiten, denn Inhaberpapiere werden wie bewegliche Sachen durch Übertragung des Besitzes übereignet (Art. 967 Abs. 1 OR). A hat die Offerte des C für sämtliche Aktien der Gesellschaft angenommen, wodurch zwischen diesen Parteien ein Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR) zustande gekommen ist. Ein gültiges Grundgeschäft ist somit gegeben. Eine Besitzesübertragung durch Tradition nach Art. 922 Abs. 1 ZGB kommt nicht in Frage, da diese unmittelbaren Besitz des Veräusserers voraussetzen würde, A die Aktien aber nach Abschluss des Kaufrechtsvertrages mit B dem Treuhänder X zur Aufbewahrung übergeben hat und damit nicht mehr unmittelbarer Besitzer ist. Dagegen ist zu prüfen, ob der Besitz durch Besitzanweisung nach Art. 924 Abs. 1 ZGB übertragen wurde. Durch Besitzanweisung überträgt der Veräusserer seinen mittelbaren Besitz auf den Erwerber. Mittelbarer Besitz des Veräusserers wird nur dann angenommen, wenn der unmittelbare Besitzer bis zur Veräusserung für den Veräusserer besitzt und dessen Herrschaft anerkennt.<sup>2</sup> Unmittelbarer Besitzer ist hier der Treuhänder X, dem A die Aktien nach Abschluss des Kaufrechtsvertrages mit B zur Sicherung dieses Kaufrechts übergeben hat. Die Tatsache, dass X mit A und B vereinbart, die Aktien nur aufgrund gemeinsamer Instruktion von A und B herauszugeben, ändert nichts daran, dass er die Herrschaft des A anerkennt. Er hat sich damit zwar zugunsten des B verpflichtet, den Weisungen des A nicht vorbehaltlos zu folgen, doch weiss er um die Eigentümerstellung des A und besitzt für diesen, solange er nicht von A und B gemeinsam dazu angehalten wird, die Aktien herauszugeben. Art. 924 ZGB setzt weiter das Bestehen eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen dem Veräusserer und dem Dritten voraus. Dieses ist hier in dem von A und B mit X abgeschlossenen Hinterlegungsvertrag zu sehen. Übertragen wird der Besitz durch die blosser Abmachung zwischen Veräusserer und Erwerber, den sogenannten Besitzanweisungsvertrag, welcher bereits im obligatorischen Grundgeschäft enthalten sein kann.<sup>3</sup> Hier haben die Parteien den Besitzanweisungsvertrag zusammen mit dem Kaufvertrag abgeschlossen. Indem A den C in seiner Annahme des Kaufangebots darauf hingewiesen hat, dass die Aktien noch bis zum 31.12. 2001 bei X hinterlegt seien, hat er ihm das Angebot zum Abschluss des Besitzanweisungsvertrags unterbreitet. Die Annahme des C ist in seiner Bestätigung des Vertragsschlusses zu sehen. Nicht erforderlich für die Besitzesübertragung ist dagegen die Benachrichtigung des Dritten.<sup>4</sup> Der Besitz an den verkauften Aktien ist somit auf C überge-

<sup>2</sup> Vgl. Zobl, Berner Kommentar, Art. 884 ZGB N 689.

<sup>3</sup> Vgl. Zobl, Berner Kommentar, Art. 884 ZGB N 697.

<sup>4</sup> Vgl. Tuor/Schnyder/Schmid, S. 607.

gangen, schon bevor A den Treuhänder X angewiesen hat, die Aktien künftig für C zu halten. Als Eigentümer der zu übertragenden Aktien ist A verfügungsberechtigt. Daran ändert auch die vertragliche Bindung, die er B gegenüber mit Abschluss des Kaufrechtsvertrags eingegangen ist, nichts.

#### *Schadenersatzansprüche des B gegen A*

Das Eigentum an den Aktien ist somit auf C übergegangen. Gegen diesen aber hat B keinen Anspruch auf Übereignung der Aktien, da sein Kaufrecht rein obligatorischer Natur ist und er gestützt auf den Kaufrechtsvertrag einzig gegen A vorgehen kann. Nachdem A die Aktien an C veräussert hat, ist es ihm subjektiv unmöglich, den optierten Kaufvertrag mit B zu erfüllen. Dem B stehen somit Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzung zu. Subjektive Leistungsunmöglichkeit führt nach herrschender Lehre zu einer Schadenersatzpflicht des Schuldners unter den Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR. Dagegen wenden Gauch/Schlupe auf die subjektive Leistungsunmöglichkeit die Vorschriften über den Schuldnerverzug an.<sup>5</sup> Beide Varianten führen zu einer Schadenersatzpflicht des A.

Variante OR 97 Abs. 1: Eine Schadenersatzpflicht nach OR 97 setzt einen Schaden des Vertragspartners, eine für diesen Schaden kausale Vertragsverletzung und ein Verschulden des Schädigers voraus, welches vermutet wird. Der Schaden des B besteht darin, dass sein auf die Aktien der F-AG gerichtetes Kaufrecht durch den Verkauf der Aktien an C wertlos geworden ist. Die von A begangene Vertragsverletzung ist kausal für den Schaden des B. A hat durch den Verkauf der Aktien an C den Kaufrechtsvertrag mit B vorsätzlich verletzt und damit schuldhaft gehandelt. Er wird sich nicht exkulpieren können. B hat somit gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Anspruch auf Schadenersatz.

Variante OR 107 ff.: Diese Artikel sind nur auf synallagmatische Verträge anwendbar. A hat einen optierten Kaufvertrag, also einen synallagmatischen Vertrag verletzt. Die Anwendung von Art. 107 ff. OR setzt grundsätzlich voraus, dass der Gläubiger den Schuldner durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR ) in Verzug setzt und ihm sodann eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzt (Art. 107 Abs. 1 OR). Beides ist jedoch hier überflüssig, da A gar nicht mehr erfüllen kann (Art. 108 Ziff. 1 OR, welcher analog auch auf die Mahnung angewendet wird<sup>6</sup>). Dem B stehen somit die Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR zu, sobald sich A in Verzug befindet. Ein Festhalten an der Erfüllung wäre hier sinnlos, deshalb wird A auf die nachträgliche Leistung verzichten. Dabei kann er entweder am Vertrag festhalten und den Ersatz des

---

<sup>5</sup> Vgl. Gauch/Schlupe, N 3139 f.

<sup>6</sup> Vgl. Gauch/Schlupe, N 2954.

positiven Interesses verlangen oder vom Vertrag zurücktreten und den Ersatz des negativen Interesses verlangen (vgl. Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 Abs. 2 OR).

Bei beiden Varianten hat der Gläubiger nur dann Anspruch auf Schadenersatz, wenn sich der Schuldner nicht exkulpieren kann.<sup>7</sup> Wählt B das positive Interesse, wird er so gestellt, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre. Wählt er dagegen den Rücktritt vom Vertrag mit Ersatz des negativen Interesses, wird er so gestellt, wie wenn der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre.<sup>8</sup> Hat B für die Gewährung des Kaufsrechts ein sehr grosses Entgelt bezahlt, kann die Forderung des negativen Interesses vorteilhafter sein. Er erhält den für die Einräumung des Kaufsrechts bezahlten Betrag von A zurück. Andererseits kann es aber für B unter Umständen auch günstiger sein, wenn er am Vertrag festhält und den Ersatz des positiven Interesses verlangt. In diesem Fall ist B so zu stellen, wie wenn A ihm die Inhaberaktien der F-AG übereignet hätte. Letztlich ist die Entscheidung, ob B das negative oder positive Interesse wählt, von der jeweiligen Situation abhängig.

#### *Qualifikation der Vereinbarung zwischen A, B und X*

A und B haben mit X eine Vereinbarung getroffen, wonach A und B die Aktien gemeinsam bei X hinterlegen und sich dieser ausdrücklich verpflichtet, die Aktien nur auf gemeinsame Instruktion von A und B herauszugeben.

A hat dem Treuhänder X nur den Besitz an den Aktien der C-AG übertragen und sie ihm nicht übereignet. Es liegt kein Treuhandverhältnis vor, da dieses sich dadurch auszeichnet, dass der Treuhänder als Fiduziar die ihm übergebenen Sachen zu vollem Recht, also zu Eigentum erwirbt.<sup>9</sup> In dem Vertrag hat X sich verpflichtet, die ihm anvertrauten Aktien aufzubewahren. Diese Pflicht ist hinterlegungsvertraglicher Natur (Art. 472 Abs. 1 OR). Eine Besonderheit des Vertrags liegt darin, dass A und B ihn gemeinsam mit X abgeschlossen haben. Es liegt somit eine gemeinsame Hinterlegung vor. Neben seiner Hauptaufgabe, die Aktien aufzubewahren, ist X auch für die Verwaltung der bei ihm hinterlegten Inhaberaktien verantwortlich. Diese Verwaltungspflichten sind auftragsrechtlicher Natur (Art. 394 ff. OR). Es handelt sich dabei nicht um bloss untergeordnete Nebenpflichten, weshalb auf das Vertragsverhältnis nicht allein die Vorschriften des Hinterlegungsrechts anzuwenden sind, sondern ein aus auftrags- und hinterlegungsrechtlichen Elementen gemischter Vertrag vorliegt.<sup>10</sup> Mit der Vereinbarung, dass X die Aktien nur aufgrund gemeinsamer Instruktion von A und B herausgeben dürfe, haben die Parteien eine vertragliche Nebenpflicht des X statuiert.

---

<sup>7</sup> Im Gegensatz zu Art. 109 Abs. 2 OR ist dies in Art. 107 Abs. 2 nicht vorgesehen, diese Voraussetzung muss aber logischerweise auch hier erfüllt sein (vgl. Gauch/Schluep, N 3023).

<sup>8</sup> Vgl. Gauch/Schluep, N 2704 f.

<sup>9</sup> Vgl. Fellmann, Berner Komm., Art. 394 OR N 57.

<sup>10</sup> Vgl. Basler Komm., Art. 472 OR N 15 f.

Diese Nebenpflicht hängt mit der Aufbewahrungspflicht des X zusammen, weshalb auf sie Hinterlegungsrecht anzuwenden ist. Die Klausel ist zulässig; sie ist insbesondere vereinbar mit dem zwingenden<sup>11</sup> Art. 475 Abs. 1 OR, welcher einen jederzeit geltend zu machenden Rückerstattungsanspruch des Hinterlegers statuiert. Da A und B beide gemeinsam Hinterleger sind, steht dieser Rückerstattungsanspruch auch beiden zu und nicht etwa nur dem A, welcher Eigentümer der Aktien ist. Wie mehrere Hinterleger ihre Rechte gegenüber dem Aufbewahrer ausüben können, richtet sich in erster Linie nach der im Hinterlegungsvertrag getroffenen Vereinbarung<sup>12</sup>, im vorliegenden Fall also nach der Abrede, dass nur A und B gemeinsam die Herausgabe der Aktien verlangen können.

#### *Herausgabeforderung des C gegenüber X*

Es stellt sich die Frage, ob C, der das Eigentum an den Aktien erworben hat, die Aktien mit der Vindikation nach Art. 641 Abs. 2 ZGB herausverlangen kann. Das hängt davon ab, ob mit der Übertragung von Besitz und Eigentum von A auf C auch die Parteistellung im Hinterlegungsvertrag von A auf C übergegangen ist. In diesem Fall wäre C nun gemeinsam mit B Hinterleger, und X könnte seinem Herausgabeanspruch nach Art. 641 Abs. 2 ZGB entgegenhalten, er dürfe die Aktien nur aufgrund gemeinsamer Instruktion von C und B herausgeben.

Hier kann sowohl die Meinung vertreten werden, die Parteistellung im Hinterlegungsvertrag gehe von A auf C über, als auch die Meinung, es erfolge kein Parteiwechsel.

#### a) Annahme eines Parteiwechsels im Hinterlegungsvertrag

Gemäss Art. 924 Abs. 2 ZGB ist der Besitzübergang dem Dritten (i.c. X) gegenüber erst wirksam, wenn ihm der Veräusserer von der Besitzanweisung Anzeige gemacht hat. Vor der Anzeige an den Dritten ist der Übergang des Besitzes nur zwischen Veräusserer und Erwerber wirksam. Nach Stark geht mit der Anzeige der Besitzanweisung das Rechtsverhältnis zwischen Veräusserer und Besitzmittler von Gesetzes wegen auf den Erwerber über.<sup>13</sup> A hat den X brieflich über den Verkauf der Aktien an C informiert und ihn angewiesen, die Aktien künftig für C zu halten, wodurch die Besitzübertragung auch gegenüber X wirksam geworden ist. A ist damit aus dem Hinterlegungsvertrag ausgeschieden und durch C ersetzt worden. Der Hinterlegungsvertrag besteht nun zwischen den gemeinsamen Hinterlegern C und B und dem Aufbewahrer X. Die Rechte aus dem Hinterlegungsvertrag von A gegen X sind durch die Besitzanweisung auf C übergegangen. B wird aber einer freiwilligen Herausgabe der Aktien an

---

<sup>11</sup> Vgl. Basler Komm., Art. 475 OR N 1.

<sup>12</sup> Vgl. Basler Komm., Art. 479 OR N 7.

<sup>13</sup> Vgl. Basler Komm., Art. 924 ZGB N 10.

C nicht zustimmen. Er hat die Möglichkeit bis zum Ablauf des mit X geschlossenen Hinterlegungsvertrages die Herausgabe an C zu verhindern.

Art. 479 Abs. 1 OR, der das Verhältnis von dinglichem Rückgabeanspruch des Eigentümers und vertraglichem Herausgabeanspruch des Hinterlegers regelt, ist auf das Verhältnis zwischen mehreren gemeinsamen Hinterlegern nicht anwendbar. Wie die mehreren Hinterleger ihre Rechte gegenüber dem Aufbewahrer ausüben können, richtet sich vielmehr nach der im Hinterlegungsvertrag getroffenen Vereinbarung.<sup>14</sup> Einer Eigentumsklage des C kann also nicht gestützt auf Art. 479 Abs. 1 OR stattgegeben werden. Seine Vindikation scheitert an der Klausel, dass X die Aktien nur auf gemeinsame Instruktion der Hinterleger herausgeben darf. C kann die Herausgabe der Aktien somit erst nach Ablauf des Hinterlegungsvertrags am 31.12.2001 verlangen.

#### b) Kein Parteiwechsel im Hinterlegungsvertrag

Grundsätzlich gilt, dass ein dinglicher einem konkurrierenden obligatorischen Anspruch vorgeht. Man kann deshalb auch die Meinung vertreten, das Spezialitätsprinzip verbiete es, dass als Folge der Besitzeinweisung das Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Besitzmittler automatisch auf den Erwerber übergehe, denn es könne nicht sein, dass der obligatorische Anspruch eines Dritten (B), mit dem der Erwerber (C) nie kontrahiert habe, seinem dinglichen Herausgabeanspruch entgegenstehe. Nach dieser Meinung können ohne Willen des Erwerbers keine Pflichten aus einem zwischen Dritten geschlossenen Vertrag auf ihn übergehen. Als Folge der Besitzeinweisung gehen höchstens die Rechte, nicht aber auch die Pflichten aus dem Hinterlegungsvertrag auf C über. C ist deshalb nicht an die Abrede gebunden, dass nur beide Hinterleger gemeinsam die Herausgabe der Aktien verlangen können, und kann von X gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB die Herausgabe verlangen. Gemäss (dem bei dieser Lösungsvariante anwendbaren) Art. 479 Abs. 1 OR darf X ihm die Aktien aber erst herausgeben, wenn C die *Eigentumsklage* gegen ihn anhängig macht.

Wir ziehen die erste Meinung aus folgendem Grund vor: Die Übertragung des Besitzes durch Besitzeinweisung setzt ein gestuftes Besitzverhältnis voraus. Die Beziehung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer wird durch das zwischen diesen bestehende obligatorische Rechtsverhältnis geregelt. Der Erwerber erlangt als neuer mittelbarer Besitzer dem unmittelbaren Besitzer gegenüber die Stellung, die der Veräußerer hatte. Deshalb muss das Vertragsverhältnis, das zwischen dem Veräußerer und dem Dritten bestanden hat, auch die Beziehung des Erwerbers zum unmittelbaren Besitzer regeln und damit auch für die Frage relevant sein, wie der Erwerber unmittelbaren Besitz erlangen kann.

---

<sup>14</sup> Vgl. Basler Komm., Art. 479 OR N 7.

