

Lektion Nr. 1
Sachverhalt Nr. 1

Käufer Kurt und Verkäufer Viktor einigen sich darauf, dass Viktor einen neuen Flachbildschirm inkl. Satellitenschüssel in Kurts Wohnung liefert und installiert zum Preis von Fr. 3'000. Beim Transport des Fernsehers ins Wohnzimmer schlägt Viktor eine alte Mingvase von Kurt um und zerstört diese (Wert Fr. 1'000). Beim ersten Gebrauch schliesst sich die Anlage aufgrund eines mangelhaften Steuerungsgerätes im Fernseher kurz und zerstört sich selbst. Viktor wusste von diesem Mangel nichts. Als er den Fernseher installierte, funktionierte alles noch einwandfrei. Welche *vertraglichen* Ansprüche hat Kurt gegen Viktor?

Lösungsvorschlag Nr. 1

Es ist wichtig, die beiden Probleme auseinanderzuhalten, obwohl beide von Art. 97 Abs. 1 OR erfasst sind:

- Der Kurzschluss des Fernsehers gehört eigentlich zur Sachgewährleistung, die beim Kauf in Art. 197 ff. OR geregelt ist und *Wandlung, Minderung und Schadenersatz* (Art. 205 ff. OR) vorsieht. *Alternativ* dazu ist es möglich, Art. 97 Abs. 1 OR anzuwenden, als Tatbestand der Schlechterfüllung (Verletzung einer Hauptpflicht), doch übernimmt das Bundesgericht für diesen Anspruch sämtliche Spezifika der Sachgewährleistung – dies sind die strenge Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Art. 201 OR) und die kurze Verjährung (zwei Jahre, vgl. Art. 210 Abs. 1 OR).¹
- Die *zerstörte Mingvase* hat mit dem vereinbarten Leistungskatalog auf den ersten Blick nichts gemein, doch ist auch auf diese Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar. Es ist die positive Vertragsverletzung – nicht einer *Hauptpflicht*, denn diese betrifft nur die Fernsehanlage, sondern einer *Nebenpflicht*, weil jeder Vertrag auch die Nebenpflicht enthält, die Güter des Vertragspartners zu schützen.² Die Voraussetzung sind ein Schaden, die Verletzung der Nebenpflicht, der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang sowie ein Verschulden.

Kurt vs Viktor: Schadenersatz, Fr. 1'000 aus Nebenpflichtverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR)

Die Verletzung betrifft die Schutzpflicht gegenüber den Rechtsgütern des Vertragspartners.³ Der Schaden liegt in der Verminderung von Kurts Vermögen um die Vase, die einen Wert von Fr. 1'000 aufweist. Die Verletzung der Nebenpflicht verhält sich natürlich kausal zum Eintritt des Schadens, denn sie ist *conditio sine qua non* der zerstörten Vase. Für die adäquat kausale Kausalität verwendet das

¹ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421.

² Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 59; vgl. das Beispiel einer explizit vereinbarten Nebenpflicht in BGER 4C.463/2004, E. 2 und das Beispiel einer nicht explizit vereinbarten Nebenpflicht in BGER 4A_494/2010, E. 4.1: „Die Vorinstanz ging in rechtlicher Hinsicht unbestritten und zutreffend davon aus, dass das Vertragsverhältnis der Parteien als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 OR zu qualifizieren ist. Die einzige im Gesetz ausdrücklich erwähnte Pflicht des Bestellers, nämlich die Leistung einer Vergütung, wird durch Nebenpflichten, die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB fliessen, ergänzt. In der Lehre wird postuliert, der Besteller habe aufgrund des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) im Rahmen des Zumutbaren alles Mögliche zu tun, um den Unternehmer, soweit es in seiner Hand liegt, bei der Ausführung des Werkes vor Schaden an Leib, Gesundheit oder Sachen zu bewahren. So habe er ihn unter anderem auf Gefahren hinzuweisen, die ihm bekannt, für den Unternehmer jedoch nur schwer erkennbar sind. Wenn der Unternehmer bei der Vertragserfüllung in den Einflussbereich des Bestellers gelange, weil er das Werk zum Beispiel in den Räumen oder auf dem Baugrund des Bestellers, mit dessen Arbeitsmitteln oder Werkstoff, an dessen Werkgegenstand oder unter dessen persönlicher Leitung ausführe, so dürfe er diesbezüglich die gleiche Fürsorge wie ein Arbeitnehmer erwarten, weshalb Art. 328 OR sinngemäss zur Anwendung komme (...).“; vgl. BGE 113 II 246 ff., 250: „Nach dem Vertrauensgrundsatz darf der Benutzer einer derartigen Luftseilbahn sich darauf verlassen, dass diese nicht nur die Hauptleistung des Transportes erfüllt, sondern auch als Nebenleistung für Pistensicherheit und Rettungsdienst sorgt. Es verhält sich damit nicht anders als mit der Informations- und Warnungspflicht (Pistenzustand, Lawinengefahr etc.), in der auch Autoren eine vertragliche Nebenpflicht sehen, die dies für die Pistensicherung ablehnen (...).“

³ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 59.

Bundesgericht die folgende Formel: „Danach hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (...). Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist sowohl im Sozialversicherungs- als auch im Haftpflichtrecht eine Begrenzung der Haftung (...). Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein (...).“⁴ Die Verletzung der Sorgfaltpflicht bei der Installation des Fernsehers ist nach dem allgemeinen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden an den Gütern von Kurt zu verursachen. Betrachtet man die Verletzung der Schutzpflicht als Unterlassung, so würde die natürliche Kausalität fehlen, doch fragt das Bundesgericht nach der hypothetischen Kausalität: Hätte Viktor bei richtiger Sorgfalt den Schaden vermeiden können? Die Antwort ist hier auch ja.⁵ Die Vertragsverletzung erfolgte vorliegend kaum absichtlich, aber wohl fahrlässig: Viktor hätte schon aufpassen müssen, dass er keine Einrichtungsgegenstände in Kurts Wohnung beschädigt. Die Rechtsfolge ist *Schadenersatz*. Der *Rücktritt* kommt bei dieser nicht sonderlich gravierenden Verletzung noch nicht in Frage. Ohnehin kommt er nur in Frage, wenn noch nicht vollständig erfüllt worden ist.⁶

Dasselbe Resultat könnte man auch über die deliktische Haftpflicht erreichen (Art. 41 OR). Die Widerrechtlichkeit tritt dann an Stelle der Vertragsverletzung. Die anderen Voraussetzungen bleiben gleich. Die Widerrechtlichkeit lässt sich durch die Verletzung des absolut geschützten Rechts Eigentum begründen – die Vase steht im Eigentum Kurts.

Kurt vs Viktor: Schadenersatz, Fr. 3'000 aus Schlechterfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR)

Der *zerstörte Fernseher* fällt insoweit unter Art. 97 Abs. 1 OR, als seine Lieferung eine Schlechterfüllung (einer Hauptpflicht) darstellt. Der Schaden besteht in der Erfüllung mit einem mangelhaften Fernseher. Dieser hat einen Minderwert, den es zu ersetzen gilt. Die natürliche und adäquate Kausalität der Schlechterfüllung zum eingetretenen Schaden ist offensichtlich. Hätte Viktor ein mangelfreies Gerät geliefert, wäre es nicht zu einem schädigenden Kurzschluss gekommen. Die Lieferung eines mangelhaften Geräts ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, einen solchen Schaden zu verursachen. Doch fehlt ein Verschulden. Viktor wusste von diesem Mangel nichts und hat diesen auch nicht verschuldet herbeigeführt. Es trifft ihn folglich kein Verschulden an dieser Vertragsverletzung. Ein allfälliges Verschulden des Herstellers lässt sich Viktor hypothetisch nicht vorwerfen, da der Lieferant oder Hersteller kein Erfüllungsgehilfe ist.⁷ Kurt muss folglich die verschuldensunabhängige Sachgewährleistung beanspruchen.

⁴ Vgl. BGE 123 III 110 ff., 112.

⁵ Vgl. BGE 4A_464/2008, E. 3.3.1: „Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il y a lieu de distinguer entre la causalité naturelle et la causalité adéquate même si la violation d'une obligation contractuelle est imputable à une omission. Toutefois, pour retenir une causalité naturelle en cas d'omission, il faut admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si l'intéressé avait agi conformément à la loi ou au contrat. Un lien de causalité naturelle ne sera donc pas nécessairement prouvé avec une exactitude scientifique. Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur. En règle générale, lorsque le lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, il ne se justifie pas de soumettre cette constatation à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité. Ainsi, lorsqu'il s'agit de rechercher l'existence d'un lien de causalité entre une ou des omissions et un dommage, il convient de s'interroger sur le cours hypothétique des événements.“

⁶ Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 97 N 58 und CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 141: „Es muss vielmehr eine schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegen, die geeignet erscheint, das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien so zu erschüttern, dass eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist (...). Überdies wird das Rücktrittsrecht weiter beschränkt: Der Vertrag darf noch nicht beidseitig erfüllt sein oder es liegt bei einem Dauerschuldverhältnis eine Gefährdung der künftigen Leistungen vor (...).“

⁷ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3067 f.: „Art. 101 nennt als Hilfspersonen beispielhaft die Familienmitglieder und Arbeitnehmenden. Im Übrigen ist aber die Frage anhand des konkreten Einzelfalls zu entscheiden. Streitig ist, ob die Lieferantin als Hilfsperson zu qualifizieren sei. Dies wird von einer Minderheit bejaht. Die Mehrheit hält dagegen, des Schuldners Leistungspflicht bestehe nur in der Übereignung der Sachen an die Gläubigerin, woran die Lieferantin in keiner Weise mitwirke. Insofern könne die Lieferantin auch nicht Hilfsperson sein. Die Mehrheitsmeinung verdient im Ergebnis Zustimmung. Massgebend darf allerdings nicht

Sachverhalt Nr. 2

Was, wann und wo muss Rechtssuchender Richard leisten, wenn

1. *Richard mit Verkäufer Viktor am Telefon abgemacht hat, dass er den Renault Clio für Fr. 5'000 kaufe?*
2. *der Kaufvertrag zwischen Verkäufer Viktor und Richard auf Viktors Geschäftspapier verfasst worden ist, wobei bei der Adresse auch ein Postkonto erwähnt ist?*
3. *er Käufer Kurt nicht einen konkreten Renault Clio schuldet, sondern einen neuen Renault Clio in der Basisausstattung zum Preis von Fr. 16'000 und Richard drei passende Modelle in blau, rot und grün hat?*
4. *er Käufer Kurt im September den besichtigten blauen Renault Clio für Fr. 16'000 auf Mitte Oktober versprochen hat und Kurt ihm nachträglich erlaubt, auch mit dem roten, ebenfalls besichtigten Modell im relevanten Zeitpunkt erfüllen zu können?*
 - a. *Muss Richard das rote Modell liefern, wenn das blaue Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Falls nein, muss Kurt das Fahrzeug dennoch bezahlen?*
 - b. *Was ist, wenn das rote Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Kann Richard sagen, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen?*
 - c. *Was ändert sich, wenn Kurt und Richard verabreden, geschuldet sei das rote oder das blaue Modell und das rote Modell nach dem Gespräch verbrennt?*
5. *er Anwalt Alder aus einem Anwaltsvertrag Fr. 5'000 (20 h zu Fr. 250) zahlen will, aber Anwalt Alder sich auf den Standpunkt stellt, Richard schulde Fr. 6'250, weil er 25 Stunden aufgewendet habe, was Richard aufgrund des überschaubaren Sachverhalts als klar überrissen bezeichnet? Kann Alder die Annahme von Fr. 5'000 ablehnen mit der Begründung, Richard schulde Fr. 6'250?*

Lösungsvorschlag Nr. 2

1. *Richard mit Verkäufer Viktor am Telefon abgemacht hat, dass er den Renault Clio für Fr. 5'000 kaufe?*

Richard und Viktor haben sich einzig über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis geeinigt. Das genügt für den Abschluss eines Kaufvertrages nach Art. 184 Abs. 1 OR. Der ganze Rest ist durch das dispositive Recht geregelt. Richard muss Fr. 5'000 bar bezahlen (Art. 84 Abs. 1 OR). Der Gläubiger muss nicht mehr als 100 Münzen, aber beliebig viele Noten annehmen (Art. 3 WZG).⁸ Zum Zeitpunkt: Der allgemeine Teil sieht ohne Abrede die sofortige Fälligkeit vor (Art. 75 OR). Bei synallagmatischen Verträgen, bei denen beide Leistungen fällig und erfüllbar sind, müssen die Parteien die Leistung nur Zug um Zug erbringen (Art. 82 OR). Dies ist auch die Regel, die das Kaufrecht vorsieht (Art. 184 Abs. 2 OR). Geldschulden sind ohne andere Abrede dort zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Den Renault muss Viktor am Ort übergeben, wo er sich bei

das formalistische Kriterium der Übereignungspflicht sein. Das angeschnittene Problem betrifft die Arbeitsteilung und ist somit wirtschaftsrechtlich anzugehen. Richtiger Ansicht nach liegt Arbeitsteilung durchaus auch im Interesse der Gläubigerin. Kriterium für die Qualifikation als Hilfsperson ist daher, ob die Unternehmerverantwortung für Handlungen des beigezogenen Dritten beim Schuldner liegt. Das ist bei der Lieferantin in der Regel zu verneinen, ausnahmsweise indessen zu bejahen (zum Beispiel bei Konzerntöchtern als Zulieferfirmen der Konzernmutter oder bei überschüssender Nachfragemacht des Schuldners und daraus folgender Abhängigkeit der Lieferantin).“

⁸ Vgl. Art. 3 WZG (Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel, SR 941.10): „(1) Jede Person ist gehalten, bis zu 100 schweizerische Umlaufmünzen an Zahlung zu nehmen. Umlauf-, Gedenk- und Anlagemünzen werden von der Schweizerischen Nationalbank und den öffentlichen Kassen des Bundes unbeschränkt zum Nennwert angenommen. (2) Schweizerische Banknoten müssen von jeder Person unbeschränkt an Zahlung genommen werden. (3) Auf Franken lautende Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank müssen von jeder Person, die dort über ein Konto verfügt, unbeschränkt an Zahlung genommen werden.“

Vertragsschluss befindet (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Diesen Ort müssen aber beide Parteien kennen, wenn er sich nicht mit dem Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners der Sachleistung deckt.⁹

2. *der Kaufvertrag zwischen Verkäufer Viktor und Richard auf Viktors Geschäftspapier verfasst worden ist, wobei bei der Adresse auch ein Postkonto erwähnt ist?*

Die Zahlung auf ein Konto stellt streng genommen keine gehörige Erfüllung dar, denn sie erfolgt an eine Drittperson, die das Geld dem Empfänger, also ihrem Kunden schuldet. Die Angabe der Kontonummer gilt aber als Zustimmung zu einer bargeldlosen Überweisung. Das Bundesgericht sieht sogar in der blossen Existenz eines Kontos eine Ermächtigung, auf diese Weise zu erfüllen.¹⁰ Richard *kann, muss aber nicht* via Postkonto erfüllen.

3. *er Käufer Kurt nicht einen konkreten Renault Clio schuldet, sondern einen neuen Renault Clio in der Basisausstattung zum Preis von Fr. 16'000 und Richard drei passende Modelle in blau, rot und grün hat?*

Hier liegt nicht eine Stückschuld vor, also keine „bestimmte Sache“ im Sinne des Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR, sondern als Gattungsschuld eine „andere Verbindlichkeit“ im Sinne von Ziff. 3 der Bestimmung.¹¹ Richard muss den Wagen an seinem Wohn- oder Geschäftssitz bereithalten, damit ihn Käufer Kurt abholen kann. Dort muss Kurt auch die Geldzahlungspflicht erfüllen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). *Wer darf die Farbe auswählen?* Es kommt darauf an, was abgemacht ist. Ohne Abmachung aber gelten Art. 71 f. OR. Wenn die Gattung lautet „Renault Clio, Basisausstattung, aus Deinem Vorrat“, dann darf Richard aus seinem Vorrat wählen. Lautet die Gattung lediglich „Renault Clio, Basisausstattung“, dann kann Richard mit jeder beliebigen Farbe erfüllen (vgl. Art. 71 Abs. 1 OR). Dies ergibt sich auch aus Art. 72 OR, sofern man von einer Wahlobligation ausgeht und die Wahl aus den drei verfügbaren Modellen möglich ist, ohne zu regeln, wem die Wahl zusteht.

4. *er Käufer Kurt im September den besichtigten blauen Renault Clio für Fr. 16'000 auf Mitte Oktober versprochen hat und Kurt ihm nachträglich erlaubt, auch mit dem roten, ebenfalls besichtigten Modell im relevanten Zeitpunkt erfüllen zu können?*
 - a. *Muss Richard das rote Modell liefern, wenn das blaue Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Falls nein, muss Kurt das Fahrzeug dennoch bezahlen?*
 - b. *Was ist, wenn das rote Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Kann Richard sagen, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen?*
 - c. *Was ändert sich, wenn Kurt und Richard verabreden, geschuldet sei das rote oder das blaue Modell und das rote Modell nach dem Gespräch verbrennt?*

Es handelt sich um eine Stückschuld. Geschuldet ist vertraglich einzig das blaue Modell. Es handelt sich nicht um eine Wahlobligation, sondern um eine *facultas alternativa* (rechtsgeschäftliche Alternativermächtigung). Dies bedeutet, dass Richard mit dem roten Modell zwar erfüllen kann, Kurt aber nur das

⁹ Vgl. BSK-Leu, OR 74 N 5 und CHK-Wullschleger, OR 74 N 8.

¹⁰ Vgl. BGer in SJ 1997, 245 ff., 253: „Un créancier n'est donc pas obligé d'accepter la monnaie scripturale en lieu et place d'un paiement en espèces (...). Cette disposition n'est cependant pas de droit impératif (...). Aussi, les parties sont-elles libres de prévoir l'exécution d'une dette d'argent sans remise d'espèces (...). Actuellement, la monnaie scripturale s'est généralisée (...) et représente la forme la plus importante de la monnaie (...). Aussi, le fait d'ouvrir et d'entretenir un compte bancaire constitue-t-il une acceptation tacite de l'exécution par virement (...), sauf, bien sûr, si le créancier exige expressément un paiement en espèces (...). Dans les relations internationales interbancaires, les paiements se font en pratique exclusivement à l'aide de la monnaie scripturale, savoir par une inscription correspondante sur un compte de la banque créancière. A cet égard, on peut donc aussi admettre l'existence d'une convention tacite (...).“; ablehnend Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2316c.

¹¹ Vgl. ZK-Schraner, OR 74 N 83, 89.

blaue Modell verlangen kann (*una res in obligatione, duae in solutione*).¹² Richard darf also mit dem roten oder dem blauen Modell erfüllen. Er muss dies am 15. Oktober tun, denn Mitte Oktober bedeutet gemäss Art. 76 Abs. 2 OR am fünfzehnten des Monats.

Zu Frage a: Richard muss das rote Modell nicht liefern, denn er schuldet nur das blaue. Der blaue Wagen ist unverschuldet untergegangen. Richard ist frei, doch muss Kurt dennoch bezahlen, weil die Gefahr schon auf ihn übergegangen ist (Art. 119 Abs. 3 OR, Art. 185 Abs. 1 OR). Kurt kann aber das *stellvertretende commodum* verlangen. Vorliegend könnte es die Ersatzzahlung der Versicherung sein, sofern er eine abgeschlossen hat.¹³

Zu Frage b: Das rote Modell ist unverschuldet untergegangen. Es stellt sich die Frage, ob sich Richard darauf berufen kann, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen. Günstig wäre dies für ihn, denn die nachträgliche objektive Unmöglichkeit ist in Art. 119 Abs. 1 OR geregelt – er wäre dann frei, könnte aber aufgrund der Gefahrtragungsregeln den Kaufpreis dennoch verlangen (Art. 119 Abs. 3 OR, Art. 185 Abs. 1 OR). Für die Konzentration auf die Ersatzleistung muss er das Fahrzeug aber wirklich angeboten und Kurt dieses abgelehnt haben.¹⁴ Richard muss also am 15. Oktober das blaue Modell liefern.

Zu Frage c: Bei der Wahlschuld gelten andere Regeln. Ohne Abmachung darf der Schuldner, also Richard wählen. Ist eine der beiden Leistungen noch möglich und trifft Kurt als Gläubiger am Untergang der Sache kein Verschulden, erfolgt eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung.¹⁵ Gemäss Schwenzer gilt auch in der Schweiz die Faustregel des deutschen § 265 BGB – *es erfolgt keine Konzentration, wenn den nicht wahlberechtigten Teil am Untergang der Sache ein Verschulden trifft*.¹⁶ Die Regeln stimmen mit der Schweizer Lösung bis auf eine Ausnahme (bei FN 18) überein.

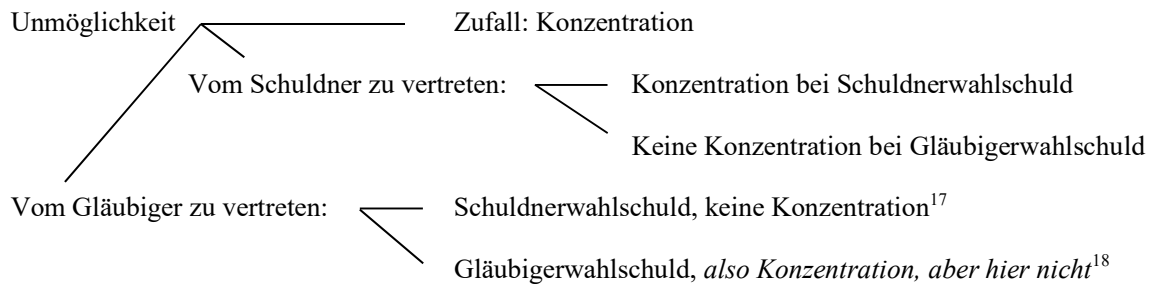
¹² Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2271 und 2269: „Geschuldet ist nur die vertraglich vereinbarte Leistung. Doch ist der Schuldner durch Vertrag oder nachträgliche einseitige Erklärung der Gläubigerin ermächtigt (nicht verpflichtet), statt der geschuldeten eine andere Leistung zu erbringen (...). Die Erklärung der Gläubigerin ist unwiderruflich.“

¹³ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2595: „Bezieht der Schuldner infolge der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit eine Ersatzleistung (z.B. eine Versicherungs- oder eine Schadenersatzleistung Dritter, eine Enteignungsentschädigung usw.), muss dieser Ersatz anstelle der unmöglich gewordenen Leistung der Gläubigerin auf deren Verlangen hin herausgegeben werden. Man spricht vom «stellvertretenden Commodum».“; vgl. BGE 4C.199/2004, E. 10.1: „Lorsque le débiteur, libéré par l'impossibilité subséquente d'exécuter son obligation en raison de circonstances qui ne lui sont pas imputables (art. 119 al. 1 CO), obtient des valeurs de remplacement (stellvertretendes Commodum), telles qu'une indemnité d'assurance, le créancier de la prestation impossible peut exiger qu'il les lui remette (...).“

¹⁴ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2271: „Die Konzentration auf eine der beiden Leistungen erfolgt nicht schon mit der Erklärung (Verbaloblation), sondern erst durch tatsächliches Angebot des Schuldners (Realoblation).“ und BGE 50 II 40 ff., 44 f.: „Seine Wahlberechtigung bestand nur darin, zu bestimmen, auf welche der beiden alternativ vorgesehenen Arten er sie tilgen wolle, ob durch Barzahlung oder durch Bewirkung der Ersatzleistung; Die Behauptung, die in Betreibung gesetzte Forderung sei schon damit erloschen, dass der Schuldner sich am 20. März 1923 für die Ersatzleistung ausgesprochen habe, hält daher nicht Stich. 2. Die Aberkennungsklage kann somit nur unter der Voraussetzung gutgeheissen werden, dass der Schuldner nachgewiesen hat, dass er die ihm zustehende und von ihm gewählte Ersatzleistung wirklich, gemacht und dadurch die Geldschuld getilgt hat, oder dass sie wenigstens rite angeboten, und ihre Bewirkung durch Annahmeverzug des Gläubigers verhindert worden ist. Nun steht nach den Akten ausser Streit, dass die Ersatzleistung tatsächlich nicht erfolgt ist.“

¹⁵ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2264 zur nachträglichen, vom Gläubiger unverschuldeten Unmöglichkeit: „Ist der Schuldner wahlberechtigt, erfolgt Konzentration auf die noch mögliche Leistung. Wird auch diese unmöglich, haftet der Schuldner immer dann nach Art. 97, wenn er die Unmöglichkeit mindestens einer der beiden Leistungen zu vertreten hat.“; vgl. zu den übrigen Konstellationen Schwenzer, OR AT, N 9.04.

¹⁶ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 9.04: „Vereinfachend ist hier entsprechend § 265 BGB ebenfalls eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung anzunehmen, es sei denn, die Leistung ist infolge eines Umstandes unmöglich geworden, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat (...).“; vgl. § 265 BGB: „Unmöglichkeit bei Wahlschuld. Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.“; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2260.



5. *er Anwalt Alder aus einem Anwaltsvertrag Fr. 5'000 (20 h zu Fr. 250) zahlen will, aber Anwalt Alder sich auf den Standpunkt stellt, Richard schulde Fr. 6'250, weil er 25 Stunden aufgewendet habe, was Richard aufgrund des überschaubaren Sachverhalts als klar überrissen bezeichnet? Kann Alder die Annahme von Fr. 5'000 ablehnen mit der Begründung, Richard schulde Fr. 6'250?*

Der Gläubiger muss keine Teilleistungen annehmen, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist (Art. 69 Abs. 1 OR). Offeriert der Schuldner eine Teilleistung unter Bestreitung des Rests, muss der Gläubiger diese annehmen.¹⁹

Sachverhalt Nr. 3

Die Stadt Seldwyla und die ABZ Recycling AG schlossen am 1. Januar 2016 einen Fünfjahresvertrag über die Entsorgung von Klärschlamm gegen das im städtischen Klärschlammtarif vorbestimmte Entgelt von Fr. 100 pro Tonne Klärschlamm ab. Am 1. Januar 2019 stellte sich heraus, dass ein Beamter der Stadtentwässerung, der den Vertrag nicht selbst unterzeichnet hatte, im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss von der ABZ Recycling AG Bestechungsgelder in der Höhe von Fr. 300'000 entgegengenommen hatte. In der Folge berief sich die Stadt Seldwyla auf die Unwirksamkeit des Vertrags und weigerte sich, die offenen Rechnungen zu bezahlen sowie die Klägerin weiterhin mit Klärschlamm zu beliefern. *Worauf kann sich die Stadt Seldwyla berufen und was sind die Folgen davon?*

Lösungsvorschlag Nr. 3

Der Lösungsweg zeichnet sich wie folgt ab: Zuerst ist zu klären, ob der Klärschlammvertrag nichtig wegen Sittenwidrigkeit ist (Art. 20 Abs. 1 OR) oder aufgrund von Willensmängeln angefochten werden

¹⁷ Der Käufer hat eines der beiden Fahrzeuge zerstört, der Verkäufer darf wählen. Er darf, da keine Konzentration eintritt, auch das verbrannte Fahrzeug wählen, d.h. die unmögliche Leistung. Auf diesen Fall ist Art. 119 Abs. 2 OR nicht anwendbar, da er nur eine Regelung des unverschuldeten Untergangs enthält (ZK-Schraner, OR 72 N 61). Der den Untergang verschuldende Käufer muss gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz für das untergegangene Fahrzeug bezahlen (Bucher, OR AT, 299). Wählt er die noch mögliche Leistung, muss der Käufer für dieses Fahrzeug den Kaufpreis bezahlen und zusätzlich Schadenersatz für das von ihm verschuldet untergegangene Fahrzeug. Das ist gerechtfertigt, weil es eine Verkäuferwahlschuld ist.

¹⁸ Nach der deutschen Grundregel des § 265 BGB würde hier die Konzentration auf die noch mögliche Leistung eintreten, doch wird dies als unbillig empfunden. Das leuchtet ein, denn für den verschuldeten Untergang muss der wahlberechtigte Gläubiger ohnehin Schadenersatz leisten (Art. 41 OR, aber auch Art. 97 OR). Tritt dann zusätzlich die Konzentration auf die noch mögliche Leistung ein, muss der Gläubiger dem Verkäufer zusätzlich die noch mögliche Leistung abnehmen. Der Schuldner des Fahrzeugs (also der Verkäufer) würde dann Schadenersatz für die zerstörte Sache und den Preis für die andere Sache bekommen. Deshalb soll der Gläubiger (also der Käufer) auch die untergegangene Leistung wählen können, damit er nur einmal bezahlen muss (vgl. ZK-Schraner, OR 72 N 62: „Das Recht, auch die unmögliche Leistung zu wählen, muss dem Gläubiger zugestanden werden, weil er sonst nicht nur Schadenersatz für die unmögliche Leistung, sondern auch die andere mögliche Leistung annehmen und vergüten müsste, was eine ungerechtfertigte Besserstellung des Schuldners bedeutete.“). Wenn also der wahlberechtigte Käufer das rote Fahrzeug unachtsam nach dem Kauf zerstört, müsste er, wenn Konzentration einträte, für das zerstörte Fahrzeug auf dem Wege des Schadenersatzes aufkommen und das noch intakte Fahrzeug kaufen. Der Verkäufer könnte so zwei Autos entgeltlich loswerden, was nicht richtig ist – schliesslich dürfte hier der Gläubiger wählen.

¹⁹ Vgl. BGE 133 III 598 ff., 603: „La doctrine professe enfin que l'art. 69 al. 1 CO impose au créancier de recevoir une prestation partielle si le débiteur admet une partie de la créance et conteste le solde qui lui est réclamé (...). La thèse de ces nombreux auteurs est parfaitement compatible avec la lettre de l'art. 69 al. 1 CO. Si la dette n'est pas liquide pour le tout, on ne voit en effet pas pourquoi le débiteur devrait être empêché d'honorer sans plus tarder la part de l'obligation qu'il a reconnue devant en cours de procès.“

kann (Art. 23 ff. OR). In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob und wie eine Rückabwicklung vorzunehmen ist.

Der *Klärschlammvertrag* ist nicht sittenwidrig, sondern das *Schmiergeldversprechen* zwischen der Recyclingfirma ABZ und dem bestochenen Beamten. Dieses Verhältnis schlägt nicht auf den Klärschlammvertrag durch.²⁰ Ein Vertrag über die Entsorgung von Klärschlamm ist nicht sittenwidrig.

Jetzt stellt sich die Frage, ob die Stadt Seldwyla die absichtliche Täuschung oder den Grundlagenirrtum geltend machen kann. Die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR sind ein *täuschendes Verhalten*, die *Täuschungsabsicht*, die *Widerrechtlichkeit* und ein *Irrtum*, der für den Vertragsschluss *kausal* sein muss.²¹ Die Recyclingfirma täuscht, indem sie ihr treuwidriges Verhalten, das in der Bestechung liegt, geheim hält.²² Dass dies mit Wissen und Willen geschieht, ist klar. Genauso richtet sich das Verhalten auf einen Vertragsschluss, der mit Wissen über die Bestechung niemals zustande kommen würde. Es liegt deshalb Absicht vor.²³ Der dadurch hervorgerufene Irrtum bezieht sich auf die Loyalität des Vertragspartners.²⁴ Der Irrtum bei der absichtlichen Täuschung muss nicht wesentlich im Sinne von Art. 23 ff. OR sein.²⁵ Die Widerrechtlichkeit liegt in der täuschenden Handlung.²⁶ Bei der Kausalität dieses Irrtums für den Vertragsschluss ist zu prüfen, ob der Irrtum für den Abschluss des Vertrags kausal war: „Die Täuschung ist kausal, wenn der Getäuschte den Vertrag in Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht (...) oder nicht mit dem entsprechenden Inhalt (...) abgeschlossen hätte.“²⁷ Dies könnte man ohne Probleme bejahen. Die Stadt Seldwyla würde den Vertrag mit der Recyclingfirma niemals abschliessen, wenn sie von einer Bestechung wüsste. Die Gerichte haben im Klärschlammfall indes fehlerhaft eine andere Kausalität geprüft und verneint, weil der bestochene Beamte keine Einflussmöglichkeit auf den Vertragsschluss und die Vertragsbedingungen hatte.²⁸

Auch der Grundlagenirrtum ist zu prüfen (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Loyalität des Vertragspartners muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Vertragspartner auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also

²⁰ Vgl. BGE 129 III 320 ff., 324: „Sittlich bedenkliche Machenschaften im Vorfeld des Vertrags, die sich nicht in dessen Inhalt niederschlagen, machen ihn nicht sittenwidrig (...). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre haben daher Verträge, die durch Schmiergelder bewirkt werden, im Gegensatz zu den Schmiergeldversprechen als solchen keinen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt und fallen nicht unter die Nichtigkeitsfolgen von Art. 20 OR (...).“

²¹ Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 3-10.

²² Vgl. die Überlegungen bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39: „Wer in einem Vertragsverhandlungsverhältnis Mitarbeiter der Gegenseite besticht, handelt nicht nur krass treuwidrig, sondern er muss auch wissen, dass das Bekanntwerden der Bestechung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Verhandlungsabbruch zur Folge hätte. Dementsprechend wird der Bestechende alles daran setzen, dass sein illoyales Verhalten der Gegenpartei verborgen bleibt. Bestechung und Vertuschung der Bestechung sind mit anderen Worten funktionsnotwendig miteinander verbunden: Die bestechende Partei schafft in illoyaler Weise einen potenziell abschlussrelevanten Sachverhalt und sorgt zugleich gezielt dafür, dass dieser Sachverhalt der Gegenpartei verborgen bleibt. Sie täuscht durch Schweigen. Das Verhalten der Klägerin ist deshalb als Täuschungshandlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR zu qualifizieren.“

²³ So auch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39.

²⁴ So auch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39.

²⁵ Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 9.

²⁶ Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 8: „Anders als bei der Furchterregung (OR 29 I) wird die Widerrechtlichkeit in OR 28 I nicht ausdrücklich als Tatbestandselement erwähnt. Die Lehre führt dies darauf zurück, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass jede absichtliche Täuschung widerrechtlich sei (...).“

²⁷ CHK-Kut, OR 28 N 10.

²⁸ Vgl. das wörtliche Zitat bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39: „Die Beweislast für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung hat der Getäuschte zu tragen. Vor allem hat er die Täuschungshandlungen und ihren kausalen Einfluss auf den Vertragsabschluss nachzuweisen. Gelingt ihm der Nachweis der Täuschungshandlung, so spricht im Allgemeinen auch die Vermutung für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs. Dem Täuschenden steht der Gegenbeweis offen, dass der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte (...). Mit Bezug auf den konkreten Fall führt das Gericht aus: „Die Stellung (des Beamten A.) auf Seiten der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Klägerin ist für die Frage des Einflusses der Schmiergelder auf den Vertrag von zentraler Bedeutung. Ohne Nachweis massgeblicher Einwirkungsmöglichkeiten (des Beamten A.) auf den Abschluss des Vertrages und die inhaltliche Gestaltung desselben gebräuche es bereits an einer kausalen Beziehung zwischen Bestechung und Vertrag.“; vgl. dazu noch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 40: „Das Obergericht geht davon aus, der nachzuweisende Kausalzusammenhang sei jener zwischen der Bestechung und der Vertragsgestaltung, und macht in der Folge die Einwirkungsmöglichkeiten des bestochenen Beamten auf die Vertragsgestaltung zum zentralen Gegenstand seiner Überlegungen. Richtigerweise wäre stattdessen der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschungshandlung, d.h. dem Verheimlichen der Bestechungszahlungen, und der Fehlvorstellung der Beklagten hinsichtlich der Loyalität ihrer Vertragspartnerin sowie jener zwischen dieser Fehlvorstellung und dem Vertragsschluss zu untersuchen gewesen. Dieser Kausalzusammenhang ist ohne weiteres zu bejahen: Hätte die Stadt Zürich von der Bestechung gewusst, wäre sie die vertragliche Bindung zweifellos nicht eingegangen.“

für die Willensbildung des Käufers *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).²⁹ Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der fragliche Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).³⁰ Dass die Stadt Seldwyla nur mit „sauberen“ Vertragspartnern Geschäfte abwickeln will, erscheint als plausibel, auch objektiv betrachtet kommen Geschäfte mit bestechenden Vertragspartnern nicht in Frage.³¹ Auch der Geschäftspartner muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).³² Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für die Recyclingfirma sicher zu bejahen – deswegen verheimlicht sie diesen Umstand. Kurt muss die Anfechtung innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums (gemäss Sachverhalt am 1. Januar 2019) erklären (vgl. Art. 31 Abs. 2 OR, relative Frist). Eine absolute Frist gibt es nicht,³³ doch könnte in der vorbehaltlosen Annahme und Erbringung der Vertragsleistungen im Wissen um den Anfechtungsgrund eine Genehmigung des Vertrages liegen.³⁴

Was sind die Folgen der Anfechtung? Grundsätzlich fällt der Vertrag *ex tunc* weg. Die Leistungen sind mit Vindikation und Kondiktion zurückzuerstatten. Das Bundesgericht macht in analoger Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR eine Ausnahme für *Dauerschuldverhältnisse*. Ist bei diesen das Synallagma vom Mangel nicht betroffen, erfolgt die Anfechtung lediglich mit Wirkung einer Kündigung *ex nunc*.³⁵ Der Sachverhalt hält fest, dass die Stadt vorliegend den vorbestimmten Klärschlamm-Tarif benützte. Dies zeigt, dass die Bestechung die vorbestimmten Konditionen nicht beeinflussen konnte – es sei denn, dass sie für die Wahl durch die Stadt gar nicht qualifiziert gewesen wäre und so einen Zuschlag erschlichen hätte. Dafür gibt der Sachverhalt aber nichts her. Deshalb muss die Stadt einzig diejenigen Rechnungen begleichen, die bis zum Zeitpunkt der Kündigung entstanden sind. Die Anfechtung hat lediglich die Wirkung einer Kündigung *ex nunc*.

²⁹ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 21.

³⁰ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 22.

³¹ Vgl. das wörtliche Zitat des Bezirksgerichtsurteils bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 37: „Die Vorinstanz hält fest, die Klägerin habe (dem Beamten A.) Schmiergelder bezahlt. Damit habe sich die Beklagte insofern in einem Irrtum bei Vertragsabschluss und Vertragserfüllung befunden, als sie von dieser bestecherischen, krass gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossenden Handlungsweise der Klägerin nichts gewusst habe. Vielmehr habe sie geglaubt, es mit einem loyalen Geschäftspartner zu tun zu haben. Ihr Irrtum habe sich somit nicht auf den Vertragsinhalt oder die Vertragspartei an sich erstreckt, sondern er habe sich auf einen ausserhalb des Vertrages liegenden Umstand bezogen. Diese Missachtung loyaler Verhaltensregeln habe dadurch noch zusätzlich an Gewicht gewonnen, als die Parteien über einen Fünfjahresvertrag miteinander verbunden gewesen seien, weshalb der Vertrauenswürdigkeit eines Vertragspartners eine zentrale Bedeutung zukomme. Somit handle es sich um einen wesentlichen Irrtum (...).“

³² Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 23, m.w.H. Das Bundesgericht verlangt das Erfordernis der Erkennbarkeit regelmässig, vgl. BGER 4C.37/2004, E. 3.2: „Zusätzlich muss es für die Gegenpartei erkennbar gewesen sein, dass der fälschlich angenommene Sachverhalt für den Irrtenden Geschäftsgrundlage war (...). Ein Grundlagenirrtum darf nur angenommen werden, wenn der Vertragspartner bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen, welche Bedeutung der entsprechende Sachverhalt für den Irrtenden hatte. Nur wenn diese Erkennbarkeit gegeben ist, darf der Irrtende den Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Geschäftsgrundlage betrachten. Anders würde der Vertragspartner mit einem nach Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Geschäftsrisiko belastet (...).“

³³ Vgl. BGE 114 II 131 ff., 140.

³⁴ Vgl. CHK-Kut, OR 31 N 20.

³⁵ Vgl. BGE 129 III 320 ff., 329 f.: „Ein Vorbehalt zur reinen Auflösung des Vertrags *ex nunc* ist jedoch für den Fall anzubringen, dass der Willensmangel sich im Synallagma selbst auswirkte, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrtenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war. Hier vermag die Anfechtung insoweit zurückzuwirken, als die gegenseitigen Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung neu bewertet und bei gegebener Kausalität des Irrtums auf ihr Gleichgewicht nach dem Regelungsgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert werden (...).“