

## Übungen Obligationenrecht Allgemeiner Teil

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.  
Universität Fribourg, Sitzung Nr. 3  
20./27. März 2019

### Bestätigungsschreiben

Beweisbedeutung  
Konstitutive Wirkung

**Grundsatz:** Qui tacet consentire videtur, ubi loqui debuit ac potuit.

**Grundlage:** Art. 6 OR, direkt oder analog, oder «Vertrauenshaftung»

**BGer 4C.303/2001, E. 2b:** *„Ein Schreiben, das eine bereits getroffene mündliche Vereinbarung bestätigt, dient grundsätzlich nur dem Beweis dieses bereits zustande gekommenen Vertrags; bleibt es unwidersprochen, hat es die Vermutung der Richtigkeit für sich. Der Empfänger muss sich der Bedeutung eines solchen Schreibens als Beweismittel für den Fall künftiger Streitigkeiten bewusst sein; schweigt er, so trägt er die Beweislast dafür, dass der Inhalt der schriftlichen Bestätigung der tatsächlich getroffenen Abmachung nicht entspricht (...).“*

**BGer 4C.16/2000, E. 3b.bb:** *«Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann einem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben jedenfalls im kaufmännischen Verkehr rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung zukommen. Diese ergibt sich aus dem Vertrauensgrundsatz, welcher eine Bindung des Empfängers zur Folge haben kann, wenn er schweigt, obwohl er an sich allen Anlass hätte, dem Schreiben zu widersprechen.»*

**BGer 4C.16/2000, E. 3b.bb:** *«Unabhängig von der dogmatischen Begründung für die bindende Wirkung des unwidersprochenen Bestätigungsschreibens (...) ist unbestritten, dass der Absender dann nicht von einer vertraglichen Bindung ausgehen darf, wenn sein Schreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf (...).»*

**BGE 110 II 148 ff., 151:** *«Cependant lorsque le refus d'accepter la chose ou d'accomplir les actes préparatoires - comme de passer commande par exemple - est lié au refus de payer le prix, il y a demeure de l'acheteur, débiteur du prix, avec les effets visés aux art. 103 à 109 CO. Quant à la jurisprudence, elle considère que lorsque l'acheteur se dérobe à un acte qui lui incombe pour permettre au vendeur d'exécuter son obligation, il se trouve non seulement en demeure de prendre livraison, mais se rend coupable d'un refus de payer. Dans ces conditions, les dispositions sur la demeure du débiteur sont applicables (...).»*

**BGE 110 II 148 ff., 152:** «*Cependant, pour que le droit de choix et de spécification puisse être transféré de la sorte, il faut qu'il ait été précédé de la fixation à l'acheteur en demeure d'un dernier délai convenable pour s'exécuter, en application de l'art. 107 al. 1 CO, avec l'indication qu'à défaut d'exécution le vendeur procédera au choix. La fixation de cet ultime délai constitue en effet un élément essentiel des règles sur la demeure dans les contrats bilatéraux et il ne saurait être question de s'en passer.*»

### § 264 BGB Verzug des Wahlberechtigten

(1) (...)

(2) <sup>1</sup>Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzug, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. <sup>2</sup>Mit dem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.

### Fälligkeit/Mahnung (OR 102) → Schuldnerverzug

Erfüllung + Verspätungsschaden, Zufalls- haftung (OR 103), Zinsen (OR 104)

OR 107 (zweiseitige Verträge):  
Nachfristansetzung, dann Wahlrecht

Erfüllung + Verspätungsschaden

Verzicht auf Erfüllung

Ersatz des Nichterfüllungsschadens  
(pos. Interesse)

Rücktritt  
(neg. Interesse)

Austausch- oder Differenztheorie

### Art. 108 OR

- Ziff. 1 «unnützlich»: bei eindeutiger Leistungsverweigerung, Einverständnis mit Rechtsbehelf, unaufholbarer Rückstand
- Ziff. 2: «nutzlos» wegen Verzug
- Ziff. 3: qualifizierter Verfalltag, relatives Fixgeschäft: Verspätete Leistung nur noch mit Einverständnis des Gläubigers möglich.

**Art. 108 Ziff. 3 OR**, vgl. BK-Weber, OR 108 N 40: «*Ein bestimmter Verfalltag i.S.v. OR 102 II bzw. ein Geschäft, bei dem die Erfüllungszeit wichtig ist, macht einen Vertrag nicht ohne weiteres zum Fixgeschäft; es muss sich aus dem Parteiwillen oder den Umständen ergeben, dass der Gläubiger von vornherein eine verspätete Leistung nicht haben will (...).*»

**BGE 130 III 49 ff., 51 f.:** «*Auf den aussergerichtlichen Vergleich sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar (...), sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen (...). Als nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR relevante Sachverhalte kommen folglich nur solche Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind (...).*»

**BGE 130 III 49 ff., 51 f.:** *«Betrifft der Irrtum demgegenüber einen zweifelhaften Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt sein sollte (sog. caput controversum), so ist die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen; andernfalls würden eben diese Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich geschlossen haben (...).»*