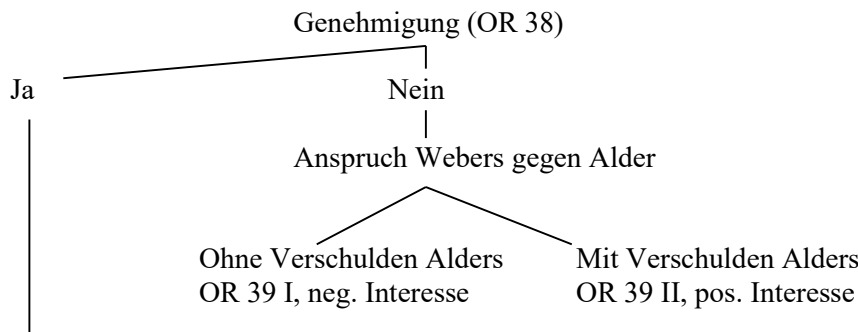


**Lektion 3**  
**Sachverhalt Nr. 1**

Tanner hat gehört, dass Weber die nicht ganz stilsichere Porzellanstatue „Michael Jackson and Bubbles“ von Jeff Koons verkaufen will. Er beauftragt wegen einer längeren Auslandsabwesenheit Anwalt Alder mündlich, für ihn mit Weber zu verhandeln und den Kauf abzuwickeln. Tanner schärft ihm aber klipp und klar ein, dass er unter keinen Umständen mehr als Fr. 125'000 bieten dürfe. Alder sieht sich angesichts diverser Mitbewerber veranlasst, im Namen Tanners ein Angebot über Fr. 140'000 abzugeben, das Weber annimmt. *Ist dieser Vertrag für Tanner bindend? Welche Möglichkeiten hat Weber, welche Tanner?*

**Lösungsvorschlag Nr. 1**

Die Lösungsvarianten lassen sich anhand eines Entscheidungsbaumes optimal präsentieren:



Anspruch Tanners gegen Alder aus *Innenverhältnis*;  
trotz Genehmigung ist dies nicht ausgeschlossen.<sup>1</sup>

Alder hat als vollmachtloser Stellvertreter gehandelt, denn es wäre ihm nur erlaubt gewesen, bis Fr. 125'000 Offerten abzugeben. Grundsätzlich hat dies für Tanner keine Bindungswirkung zur Folge, es sei denn, Tanner genehmige das Handeln Alders (Art. 38 Abs. 1 OR). Weber kann Tanner sogar eine Frist zur Genehmigung setzen (vgl. Art. 38 Abs. 2 OR). Genehmigt Tanner den Vertrag nicht, so kann Weber von Alder Schadenersatz verlangen (vgl. Art. 39 Abs. 1 OR). Weber hat Anrecht auf das negative Interesse, d.h. er ist so zu stellen, als ob er keinen Vertrag geschlossen hätte.<sup>2</sup> Ersatzfähig sind dann meist Auslagen und Aufwendungen,<sup>3</sup> aber auch Insertionskosten für den gescheiterten Erstverkauf.<sup>4</sup> Kann man beim negativen Interesse auch *entgangenen Gewinn* verlangen? Dies ist ausnahmsweise dann möglich, wenn man im Vertrauen auf das Geschäft andere gewinnbringende Gelegenheiten ziehen lassen musste.<sup>5</sup> Es

<sup>1</sup> Vgl. die Angaben bei CHK-Kut, OR 38 N 22, m.w.H. Das Problem liegt in der Freiwilligkeit des Schadens, des Rechtsmissbrauchs, die Freiwilligkeit vorzuwerfen (Alder muss ohnehin bezahlen – entweder an Tanner aus Auftrag oder an Weber aus Art. 39 OR) und in der Frage, ob die Genehmigung Aussen- und Innenwirkung hat. Richtigerweise hebt die Genehmigung die Vollmachtlosigkeit *nur im Ausserverhältnis* auf, vgl. Rusch, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, 106 f.; vgl. auch BK-Zäch/Künzler, OR 38 N 78, m.w.H.

<sup>2</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 39 N 8; man haftet als *falsus procurator* also auch dann, wenn man gutgläubig davon ausging, richtig mandatiert zu sein. Denkbar sind solche Konstellationen bei einem Unterauftrag, wenn der (Haupt-) Auftragnehmer zur Unterbevollmächtigung nicht befugt war, vgl. dazu BSK-Watter, OR 39 N 2. Dabei ist aber auch Art. 37 Abs. 1 OR zu beachten. Weiss der Vertreter vom Erlöschen der Vollmacht nichts, tritt die Vertretungswirkung dennoch ein.

<sup>3</sup> Vgl. Schwenzer, N 14.31.

<sup>4</sup> BK-Zäch/Künzler, OR 39 N 59 (diese Autoren erwähnen beim negativen Interesse zwar die Insertionskosten des Weiterverkaufs, was aber nicht stimmen kann, denn die Kosten des Weiterverkaufs wären ohnehin angefallen. Richtigerweise muss es sich um die Kosten des Erstverkaufs handeln, die nutzlos geworden sind).

<sup>5</sup> Vgl. Schwenzer, N 14.31: „Auch entgangener Gewinn kann ausnahmsweise im Rahmen des negativen Interesses ersatzfähig sein (...). Dies gilt zwar nicht für den im Hinblick auf den (unwirksamen) Vertrag erhofften Gewinn, wohl aber dann, wenn die Geschädigte im Hinblick auf die Wirksamkeit des Vertrages auf den Abschluss eines anderen Geschäfts verzichtet hat.“; BK-Zäch/Künzler, OR 39 N 59: „...entgangener Gewinn durch Versäumung eines andern Geschäfts...“

wäre dann der Fall, wenn Weber im Vertrauen auf das Angebot Alders ein besseres Angebot eines Dritten hätte ziehen lassen müssen. Er kann demgegenüber das *positive* Interesse verlangen, wenn den *falsus procurator* – wie hier Alder – ein Verschulden trifft (vgl. Art. 39 Abs. 2 OR).<sup>6</sup> Das positive Interesse ist das Erfüllungsinteresse, d.h. Weber wäre so zu stellen, als hätte Weber den Vertrag vollständig erfüllt. Hier gehört der entgangene Gewinn auch dazu, doch ist es der *aus dem nicht zustande gekommenen Geschäft* entgangene Gewinn<sup>7</sup> – es geht also um den Gewinn, den Weber aus dem Verkauf an Tanner gezogen hätte. Das Verschulden Alders könnte man mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfassen. Gemäss Sachverhalt kannte er die Preisgrenze und hat sich folglich wissentlich und willentlich darüber hinweggesetzt.

*Frage: Gehören die Kosten für den Aufwand der Weiterveräußerung zum negativen oder positiven Interesse?* Wenn ich so gestellt werden will, wie wenn ich den Vertrag nicht geschlossen hätte, kann ich lediglich die nutzlosen Kosten der Verhandlung mit dem *ersten Partner* erhältlich machen, nicht aber die Kosten der Aushandlung eines Ersatzgeschäfts, also des Weiterverkaufs – die hätte ich nämlich auch dann tragen müssen, wenn ich den ersten Vertrag nicht geschlossen und auch nicht darauf vertraut hätte.<sup>8</sup> Im Rahmen des positiven Interesses will ich hingegen so gestellt werden, wie wenn richtig erfüllt worden wäre. Dann wird man so gestellt, wie wenn der Vertragspartner richtig erfüllt hätte und kann den Gewinn aus diesem Geschäft einstreichen, muss man aber die Kosten der Weiterveräußerung selber tragen.

## **Sachverhalt Nr. 2**

Tanner hat einen Verkehrsunfall verursacht. Drei Personen wollen von ihm Schadenersatz (Beat, Carl und Daniel). Tanner beauftragt Anwalt Alder mit der Regelung der Streitigkeiten und erteilt ihm eine schriftliche, vom 5. Mai datierte „Vollmacht i.S. Unfall-Schadensregelung“ ohne irgendwelche Einschränkungen. Tanners mündliche Instruktionen an Alder lauten wie folgt: Alder soll im Namen Tanners Verhandlungen führen und möglichst günstige Vergleiche erzielen. Bei Beat dürfe er einen Vergleich aber nur bis maximal Fr. 15'000 abschliessen. Alder zeigt Beat die Vollmacht. Beat und Alder einigen sich auf eine vergleichsweise Streitbeilegung mit einer Schadenersatzzahlung in der Höhe von Fr. 18'000.

Gleichzeitig begannen die Verhandlungen mit Carl unter Vorweisung der Vollmacht. Kurz vor der Einigung mit Carl erfährt Tanner, dass Alder sich nicht an die mitgeteilte Obergrenze von Fr. 15'000 gehalten hat. Er entzieht ihm das Mandat per Telefon am 5. Juni fristlos. Alder verhandelt dennoch weiter mit Carl und schliesst mit ihm am 6. Juni einen Vergleich bei Fr. 10'000.

Am 6. Juni nimmt er auch Verhandlungen mit Daniel auf. Er legitimiert sich mit der Vollmacht vom 5. Mai und unterzeichnet am 7. Juni einen Vergleich in der Höhe von Fr. 20'000. *Hat Alder die Verträge für Tanner bindend geschlossen?*

## **Lösungsvorschlag Nr. 2**

Alder ist direkter Stellvertreter Tanners (Art. 32 Abs. 1 OR), denn er schliesst die Vergleichsverträge im Namen Tanners ab. Das Problem besteht darin, dass Tanner wohl mit allen Verträgen nicht (mehr) einverstanden ist, weil sich Alder nicht an die Instruktionen und bei Carl und Daniel nicht an den Widerruf gehalten hat. Dabei zeigt sich, dass die Abgrenzung zwischen Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 36 Abs. 2 OR nicht einfach ist.

---

<sup>6</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 39 N 13; vgl. BGE 116 II 689 ff., 690: „Nach Art. 39 Abs. 1 OR haftet der vollmachtlose Stellvertreter für das negative, bei Verschulden nach Billigkeit zudem für das positive Interesse des Dritten (Art. 39 Abs. 2 OR), sofern dieser den Mangel der Vollmacht weder gekannt hat noch hätte kennen sollen (BGE 106 II 132 E. 5 mit Hinweis). Vorbehalten bleibt zudem die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 39 Abs. 3 OR).“

<sup>7</sup> Vgl. das Zitat in FN 5.

<sup>8</sup> Wahrscheinlich irrtümlich (vgl. oben, FN 4) halten BK-Zäch/Künzler, OR 39 N 59 aber gerade dies fest: „Als Schadensposten in Frage kommen insbesondere die Kosten des Vertragsschlusses (...), Insertionskosten für den Weiterverkauf der Ware (...).“

### *Vergleich mit Beat*

Alder hat sich nicht an die Obergrenze von Fr. 15'000 gehalten. Es stellt sich die Frage, ob der Vertrag für Tanner dennoch bindend ist. Tanner hat die Vollmacht gegenüber Beat kundgegeben, indem er die Vollmachtsurkunde gezeigt hat. Alder hat dabei als Bote gewirkt.<sup>9</sup> Die gezeigte Vollmachtsurkunde enthält keine Beschränkungen – die Vertretungsmacht geht weiter als die Vertretungsbefugnis. Alder *kann also mehr, als er darf*. Der Umfang der kundgegebenen Vollmacht beurteilt sich nach dem Massstab des Art. 33 Abs. 3 OR. Das Erfordernis des guten Glaubens des Dritten ist zwar in Art. 33 Abs. 3 OR nicht enthalten, doch muss man es sich dazudenken.<sup>10</sup> Art. 33 Abs. 3 OR und Art. 34 Abs. 3 OR sind bezüglich des Regelungsgehaltes sehr ähnlich. Art. 33 Abs. 3 OR regelt den Fall, bei dem ein Abweichen der tatsächlichen Vollmacht zur Kundgabe *ab initio* besteht,<sup>11</sup> während Art. 34 Abs. 3 OR den späteren Widerruf einer tatsächlich so bestehenden Vollmacht behandelt. Der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, mit denen man das Fehlen des guten Glaubens auf Seiten Beats i.S. des Art. 3 Abs. 2 ZGB begründen könnte. Folglich ist Tanner an den Vergleich mit Beat gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR gebunden.

### *Vergleiche mit Carl und Daniel*

Tanner hatte die Vollmacht längst widerrufen, als Alder den Vergleich mit Carl schloss. Bei der Vorlegung der Vollmacht war sie aber noch gültig. Art. 34 Abs. 3 OR regelt die Situation, dass der Vertretene eine einmal mitgeteilte Vollmacht nachträglich widerruft. Erfolgt die Mitteilung (d.h. die vertretungsweise Kundgabe der Vollmacht) an den Dritten allerdings erst *nach dem Widerruf der Vollmacht*, so bejaht die h.L. nur noch die Anwendung des Art. 36 Abs. 2 OR. Man könnte zwar diskutieren, ob nicht Art. 33 Abs. 3 OR als unrichtige Vollmachtskundgabe *ab initio* in Frage kommt, doch lehnt dies die h.L. ab.<sup>12</sup> Folglich beurteilt sich der Vergleich mit Carl nach Art. 34 Abs. 3 OR (durch Zustandekommen des Vertrags), derjenige mit Daniel nach Art. 36 Abs. 2 OR (durch Schadenersatz im negativen Interesse und wo es die Billigkeit gebietet, im positiven Interesse gemäss Art. 39 Abs. 2 OR analog).<sup>13</sup> Weiter stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zu Art. 36 OR. Art. 33 Abs. 3 OR und Art. 34 Abs. 3 OR als *speziellere Nor-*

<sup>9</sup> Vgl. BSK-Watter, OR 33 N 31; vgl. CHK-Kut, OR 33 N 43; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1394, lit. c: „Eine (mittelbare) Kundgabe der Vollmacht ist aber auch deren Mitteilung mit Hilfe einer Vollmachtsurkunde des Vertretenen, die der Vertreter – als Bote des Vertretenen – beim Dritten vorweist.“

<sup>10</sup> Während Art. 34 Abs. 3 OR den guten Glauben des Dritten explizit voraussetzt, steht dies bei Art. 33 Abs. 3 OR nicht drin. Die Voraussetzung des guten Glaubens ist aber gemäss Bundesgericht auch bei Art. 33 Abs. 3 OR notwendig, weil diese Norm dem Schutz des guten Glaubens im Verkehr dient (vgl. BGE 77 II 138 ff., 142 f.). Der gute Glaube ist in Art. 3 ZGB geregelt und bezieht sich im Vertretungsrecht darauf, dass der Vertreter den Vertretenen richtig vertritt (vgl. BSK-Watter, OR 33 N 35). Koller erklärt die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 ZGB bei Art. 33 Abs. 3 OR aufgrund systematischer und teleologischer Überlegungen (vgl. Koller, Guter Glaube, N 201): „Dies folgt wiederum aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR: Diese Bestimmung macht die Vertretungswirkung klarerweise von berechtigtem guten Glauben abhängig (...); für Art. 33 Abs. 3 OR kann angesichts seiner engen Verwandtschaft nichts anderes gelten.“ (Koller, Guter Glaube, Fn. 361; vgl. auch BSK-Watter, OR 33 N 35).

<sup>11</sup> BSK OR I-Weber, Art. 33 N 29: „Art. 33 Abs. 3 regelt die Rechtsfolge für den Fall, wo der Vertretene nach aussen eine Vollmacht kundgibt, die er intern nicht oder nicht im kundgegebenen Umfang erteilt hat (BGE 120 II 197, 199; anschaulich BGE 131 III 511, 517 ff.; vgl. auch BGE, 30.4.2013, 4A 19/2013, E. 3.1.1) und der angebliche «Vertreter» in fremdem Namen (dazu Art. 32 N 6 ff.) handelt, wobei der Dritte im Vertrauen auf die Kundgabe ein Rechtsgeschäft eingeht, für das zwar die kundgegebene, nicht aber die intern erteilte Vollmacht ausreicht. Hier gilt, dass der Vertretene dem gutgläubigen Dritten die mangelnde Vertretungsmacht des Vertreters nicht entgegenhalten kann. Nach BK-Zäch/Künzler, N 124 müsste diese Norm zum einfacheren Verständnis folgendermassen formuliert sein: «Wird die Ermächtigung vom Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt, so kann er nach Abschluss eines Vertretungsgeschäftes diesem Dritten nicht entgegenhalten, er habe tatsächlich keine Vollmacht bzw. keine Vollmacht im kundgegebenen Umfang erteilt, es sei denn, der Dritte habe oder müsste davon Kenntnis haben.» Ob Art. 33 Abs. 3 auch auf die gesetzliche Vertretung anwendbar ist, hat das BGE offengelassen (BGE 107 II 114; vgl. nun aber den Nachweis in N 6).“

<sup>12</sup> CHK-Kut, OR 33 N 43, OR 36 N 12 („Wird die Vollmacht dagegen vor der Vorlegung vollständig widerrufen, kann keine gültige Vollmachtsmitteilung iSv OR 33 III durch den Vertreter mehr erfolgen (...), sodass ausschliesslich OR 36 II anwendbar ist (...).“) und BSK-Watter, OR 36 N 8; a.M. Koller, Guter Glaube, N 329 f., 330 („Wird demgegenüber die Vollmachtsurkunde dem Dritten nach Erlöschen der Vollmacht vorgelegt, kann hierin zwar (...) ebenfalls eine Vollmachtskundgabe zu sehen sein. In Betracht kommt aber bloss eine (von Anfang an) unrichtige Kundgabe: die Mitteilung, es bestehe Vollmacht, obwohl diese in Wirklichkeit bereits erloschen ist. Art. 34 Abs. 3 OR findet daher zum vornherein keine Anwendung (...), anwendbar ist höchstens Art. 33 Abs. 3 OR.“) und insb. N 336 („Die Auffassung, dass nach Erlöschen der Vollmacht eine Vollmachtskundgabe ausgeschlossen ist, scheint mir allerdings unzutreffend. Wenn der Vertretene dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde zwecks Vorlegung gegenüber einem Dritten aushändigt, so liegt hierin eine konkludente Vollmachtsmitteilung, die zur ihrer Vollendung nur mehr der Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten bedarf. Erlischt nun die Vollmacht des Vertreters, so wird die Vollmachtsmitteilung „in Gang gesetzt“, und der Mitteilungsvorgang wird durch die Vorlegung an den Dritten abgeschlossen.“).

<sup>13</sup> CHK-Kut, OR 36 N 17.

men verdrängen Art. 36 Abs. 2 OR.<sup>14</sup> Das ist auch richtig. Kommt es zu einer Vertragsbindung, kann gar kein Schaden vorliegen, den man über Art. 36 Abs. 2 OR liquidieren könnte. Fazit: Tanner muss gegenüber Daniel aufgrund des Art. 36 Abs. 2 OR eintreten. Daniel kann seinen Anspruch aber auch gegen Alder mit Art. 39 Abs. 1 OR begründen, sofern Tanner den Vertrag nicht genehmigt.<sup>15</sup>

#### *Exkurs: Vorsichtsmassnahmen*

Was könnte man als vorsichtige Anwältin oder als vorsichtiger Anwalt den Klienten empfehlen, damit sich solche Situationen nicht ereignen? Die Maximalbeträge lassen sich kaum sinnvoll in der Vollmachtsurkunde festhalten. Diese müssen gegenüber den Verhandlungspartnern geheim bleiben. Man könnte aber in der Urkunde einen *Genehmigungs- oder Widerrufsvorbehalt* vorsehen, wonach der Vertretene alle vom Vertreter geschlossenen Verträge genehmigen muss oder diese innert einer kurzen Frist nach Abschluss widerrufen kann.

#### *Exkurs: Anfechtbarkeit*

Es stellt sich die Frage, ob Tanner die Verträge, die Alder in seinem Namen geschlossen hat, anfechten kann. Worüber hat er sich geirrt? Betrifft sein Irrtum die Tatsache, dass der Vertreter seine Vollmacht missbrauchen wird? Dies wäre als Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt zu werten. Das Bundesgericht bejaht diesen nur bei einem bestimmten, voraussehbaren Sachverhalt, der von beiden Parteien als sicher angenommen wird.<sup>16</sup> Bei der Erwartung, dass sich der Vertreter getreu verhalten werde, handelt es sich indes nur um eine Hoffnung, die von dieser Rechtsprechung nicht erfasst wird.<sup>17</sup> Ein Grundlagenirrtum i.S. des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR über die Treue des Vertreters könnte auch in Frage kommen. Doch ist auch dies nur eine einseitige Erwartung oder ein unbeachtlicher Motivirrtum des Vertretenen. Richtigerweise muss der Vertretene das Risiko des Missbrauchs der kundgegebenen Vollmacht selber tragen. Das Bundesgericht hat dies schon beim Fall der ungetreuen Ausfüllung eines Blanketts, d.h. eines lückenhaften, der Vervollständigung bedürftigen Dokuments, die mit der vertretungsweisen Ausfüllung gleichzusetzen ist, gesagt: „Für eine Anfechtung wegen Irrtums ist daher kein Raum. Zudem hätte bei der Zulassung einer solchen der gutgläubige Erwerber den Schaden zu tragen, soweit es ihm nicht gelingt, diesen durch den Nachweis eines Verschuldens nach Art. 26 OR auf den Aussteller des Blanketts abzuwälzen. Die Billigkeit gebietet jedoch, in erster Linie den Aussteller das Risiko des Blankettmissbrauchs tragen zu lassen und ihn auf einen Schadenersatzanspruch gegen den Ausfüllenden zu verweisen (...).“<sup>18</sup>

### **Sachverhalt Nr. 3**

Viktor macht Kurt per B-Post folgendes Angebot zu einem Verkauf seines privat genutzten Renault Clio, den Kurt aus Interesse schon einmal besichtigt hat: „*Ich habe mich entschieden. Ich verkaufe meinen*

---

<sup>14</sup> Vgl. BK-Zäch/Künzler, OR 36 N 69, der dies allerdings nur bezüglich des Art. 34 Abs. 3 OR festhält. Richtig deshalb CHK-Kut, OR 36 N 12: „Erfolgt der Widerruf nach der Vorlegung der Vollmachtsurkunde, tritt gegenüber einem gutgläubigen Dritten die Vertretungswirkung aufgrund von OR 34 III ein; der Schadenersatzanspruch nach OR 36 II ist dann mangels Schaden ausgeschlossen (...). Wird die Vollmacht vor der Vorlegung im Innenverhältnis - ohne Anpassung der Vollmachtsurkunde - beschränkt, tritt die Vertretungswirkung von OR 33 III ein, was ebenfalls die Anwendung von OR 36 II ausschliesst (...).“; BK-Zäch/Künzler, OR 36 N 67, vertreten ein grundsätzlich anderes Konzept: „Für die Abgrenzung zwischen Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 ist darauf abzustellen, ob die Vollmacht aus gesetzlichem Grund oder wegen Widerrufs oder eines andern, gesetzlich nicht geregelten Grundes (...) erlischt.“

<sup>15</sup> Vgl. BK-Zäch/Künzler, OR 36 N 71: „Obwohl die Voraussetzungen der Haftung des Vollmachtgebers (...) und des Bevollmächtigten (...) sich nicht entsprechen, können beide gleichzeitig gegeben sein, wenn der Vollmachtgeber die Urkunde nicht herausverlangt und der Bevollmächtigte die Vollmacht missbraucht hat. Es fragt sich, ob beide Rechtsfolgen nebeneinander eintreten oder ob die Anwendung der einen Norm die andere verdrängt. Nach Art. 51 besteht für ungleiche Haftungen Konkurrenz (...). Der Dritte kann nach seiner freien Wahl den einen oder andern belangen (...). Dabei hat er aber zu beachten, dass der zu zahlende Schadenersatz, z.B. wegen des unterschiedlichen Verschuldens, nicht gleich gross sein muss. Jedenfalls haben beide zusammen den Schaden nur einmal zu ersetzen (...). Dieses Ergebnis kann wie folgt begründet werden: Der Wortlaut der beiden Bestimmungen enthält keinen Hinweis auf eine ausschliessliche Geltung der einen oder andern Bestimmung. Eine Haftungsbefreiung des Bevollmächtigten widerspricht dem Zweck der Haftung von Art. 39, zumal der Bevollmächtigte der primär Handelnde ist und die Vollmachtsurkunde missbraucht hat. Eine bloss subsidiäre oder sogar fehlende Haftung des Vollmachtgebers würde demgegenüber dem Verkehrsschutz- und Solidaritätsgedanken widersprechen.“

<sup>16</sup> Zu den Voraussetzungen siehe BGE 118 II 297 ff. und BSK-Schwenzer, OR 24 N 18.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 118 II 297 ff., 300 f.

<sup>18</sup> BGE 88 II 422 ff., 427.

*Renault Clio für Fr. 5'000, wenn Du noch Interesse hast.*“ Er übergibt der Post den Brief am Abend des 1. September. Der Brief landet am 3. September in Kurts Briefkasten. Kurt liest ihn, weil er geschäftlich unterwegs ist, erst am Abend des 4. September. Er überlegt bis am 6. September und verschickt den Brief mit dem Akzept per A-Post am 7. September. Am 8. September wirft ihn der Briefträger in Viktors Briefkasten. Viktor hat den Renault am Abend des 7. September bereits Karl verkauft. *Ist der Vertrag zustande gekommen? Kommt ein Vertrag zustande, wenn Kurt keine Reaktion zeigt, Viktor im Brief aber geschrieben hat: „Ohne Gegenbericht gehe ich davon aus, dass Du den Renault zum besagten Preis kaufen willst“?*

### Lösungsvorschlag Nr. 3

*Ist der Vertrag zustande gekommen?*

Anwendbar sind die Regeln von Antrag und Annahme ohne Annahmefrist unter Abwesenden (Art. 5 OR). „Unter Abwesenden“ bedeutet, dass keine direkte Kommunikation zwischen den Parteien besteht.<sup>19</sup> Beispiele dafür sind Fax, Email, Post, Bote, Twitter, SMS, *nicht aber* Chat, Skype, Internettelefon, Funk, Telefon.<sup>20</sup> Fraglich ist vorliegend, wie lange Viktor an sein Angebot gebunden ist. Art. 5 Abs. 1 OR hält fest, dass der Antragsteller gebunden bleibt, bis er bei ordnungsgemässer und rechtzeitiger Absendung den Eingang der Antwort erwarten darf. Viktor darf davon ausgehen, dass sein Brief ordnungsgemäss angekommen ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 OR) – das war vorliegend auch so, am 3. September. Der 4. September ist nicht relevant, denn die Willenserklärung ist dann angekommen, wenn der Zugang erfolgt, der von der Kenntnisnahme zu unterscheiden ist.<sup>21</sup>

***Wann gilt eine Willenserklärung als zugegangen?***

- **Briefpost:** Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 199: *„Sie geht dem Empfänger zu, sobald der Erklärungsträger in dessen Machtbereich gelangt, und zwar auf eine Weise, dass nach den Gepflogenheiten des Verkehrs oder nach den vom Empfänger getroffenen Vorkehrungen erwartet werden kann, dieser werde den Erklärungsträger wahrnehmen (...).“* Konkret bedeutet dies, dass der Einwurf in den Briefkasten des Empfängers genügt, sofern mit einer baldigen Leerung zu rechnen ist.<sup>22</sup>
- **Email:** Eine Email gelangt in den Machtbereich des Empfängers und geht deshalb dann zu, wenn sie auf dem Server zum Abruf bereitsteht und mit dem Abruf gerechnet werden kann, was wohl nur bei Bestehen einer nicht selbstverständlichen *Abruf-Obliegenheit* bejaht werden kann.<sup>23</sup>
- **Fax:** Mit Ausdruck auf dem Faxgerät des Empfängers ist eine Faxmitteilung zugegangen.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 5 N 2.

<sup>20</sup> Vgl. die Aufzählung bei CHK-Kut, OR 4 N 2 und OR 5 N 2.

<sup>21</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19.

<sup>22</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19; vgl. BGE 118 II 42 ff., 44: *„Nach diesen Grundsätzen geht eine Willenserklärung in Briefform dem Empfänger zu, sobald sie in seinen Machtbereich gelangt. Bei einer Sendung, die privat oder durch die Post uneingeschrieben zugestellt wird, ist dies dann der Fall, wenn sie zu einer Zeit, in der mit der Leerung gerechnet werden darf, in den Briefkasten des Adressaten gelegt wird (...). Ob der Adressat auch tatsächlich von der Sendung Kenntnis nimmt, ist dagegen nicht entscheidend. Insbesondere trägt der Adressat das Risiko, dass ihm die mit der Leerung des Briefkastens betraute Person die Sendung verheimlicht.“*; vgl. BGer 4A\_89/2011, E. 3: *„Une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d'influence de celui-ci, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'il en prendra connaissance (...).“*

<sup>23</sup> Vgl. Schwenzer, N 27.23 (sie bejaht eine Abrufobliegenheit in gewerblichen Verhältnissen, während bei privaten Empfängern ohne Aufforderung zur Kommunikation via Email auf das Öffnen der Email abzustellen sei); vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 202: *„Schriftliche Erklärung im (...) E-Mail-Verkehr (...). Eine Mitteilung via E-Mail geht dem Empfänger zu, sobald sie von ihm abgerufen werden kann; eine Obliegenheit zum Abruf (zur «Leerung des elektronischen Briefkastens») besteht jedenfalls dann, wenn eine Person ihre E-Mail-Adresse einem grösseren Kreis anderer Personen bekannt gegeben (und sich dadurch mit diesem Übermittlungsweg einverstanden erklärt) hat, beispielsweise durch Aufnahme in ihren Briefkopf.“*

<sup>24</sup> Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 200 ff.; BGE 143 III 15 E. 4.1: *„Lorsque la manifestation de volonté est communiquée par pli recommandé, si l'agent postal n'a pas pu le remettre effectivement au destinataire (ou à un tiers autorisé à prendre livraison de l'envoi) et qu'il laisse un avis de retrait ("invitation à retirer un envoi") dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait; il s'agit soit du jour même où l'avis*

- **Einschreiben:** Der Zugang erfolgt mit der tatsächlichen Zustellung oder bei gescheitertem Zustellungsversuch mit der Möglichkeit der Abholung bei der Post.<sup>25</sup>

Dass Kurt den Brief erst am 4. September gesehen hat, spielt keine Rolle. Sodann hat er ihm eine angemessene Überlegungsfrist zu gewähren.<sup>26</sup> Im kaufmännischen Bereich ist es meist höchstens ein Tag, in nichtkaufmännischen Verhältnissen ist es anhand der Ware (Verderblichkeit), dem erkennbaren Interesse anderer Personen, der Bedeutung der Entscheidung zu entscheiden, was eine angemessene Dauer ist. Bei nichtkaufmännischen Verhältnissen müsste man m.E. sicher eine Woche Zeit geben.<sup>27</sup> Es kommt also auf die Umstände an.<sup>28</sup> Eine längere Frist ist kaum nötig, denn die Entscheidung zum Erwerb eines Renault Clio ist nicht gerade schwierig. Die vorliegende Überlegungsfrist war demnach zu kurz. Kurt hat auch beim Versand seines Akzepts angemessen reagiert, sogar mit dem schnelleren Kommunikationsmittel als Viktor (A-Post). Dies darf und soll berücksichtigt werden. Es kommt nicht auf die einzelnen Schritte an, sondern auf die *Gesamtdauer*. Eine schnellere Antwort kann also eine zu lange Überlegungsdauer kompensieren.<sup>29</sup> Viktor hat somit den Wagen zu früh verkauft. Er ist mit dem Akzept Kurts an den Vertrag gebunden.

*Kommt ein Vertrag zustande, wenn Kurt keine Reaktion zeigt, Viktor im Brief aber geschrieben hat: „Ohne Gegenbericht gehe ich davon aus, dass Du den Renault zum besagten Preis kaufen willst“?*

Schweigen auf einen Antrag hat nur unter besonderen Umständen die Wirkung eines Akzepts (vgl. Art. 6 OR). Dazu bedarf es einer Usanz im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung oder bereits weitgediehener Vertragsverhandlungen.<sup>30</sup> Eine solche Gewohnheit ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Eine wie in Art. 6 OR erwähnt besondere Natur des Geschäfts – es müsste ein ausschliesslich begünstigendes Geschäft wie z.B. die Schenkung sein – liegt ebenfalls nicht vor. Deshalb kann Kurt schweigen, auch wenn er den Vertrag nicht will.

---

*de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour (ATF 137 III 208 consid. 3.1.2; ATF 107 II 189 consid. 2 p. 192; arrêt 4A\_471/2013 du 11 novembre 2013 consid. 2).“*

<sup>25</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19; vgl. BGer 4A\_656/2010, E. 3.1.2: „En ce qui concerne une lettre recommandée, si l'agent postal n'a pas pu la remettre effectivement au destinataire ou à un tiers autorisé à prendre livraison de l'envoi et qu'il laisse un avis de retrait dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour (...).“

<sup>26</sup> Vgl. BGE 98 II 109 ff., 111: „Zu prüfen ist daher, welche Überlegungszeit der Kläger der Beklagten einräumen musste. Nach VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 176, ist die Überlegungszeit nach Inhalt und Tragweite der Offerte sowie nach den persönlichen, dem Offerenten bekannten Umständen des Adressaten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bemessen. Ferner ist nach BECKER (...) zu beachten, dass die Beantwortung innerhalb der geschäftsüblichen Zeit erwartet werden kann. Ähnlich äussern sich OSER/SCHÖNENBERGER (...), jedoch mit dem Hinweis, dass der Sonntag in Geschäftssachen für die Bemessung der Frist ausser Betracht falle.“

<sup>27</sup> Vgl. die Beispiele bei BSK-Zellweger-Gutknecht/Bucher, OR 5 N 9. Er geht im nichtkaufmännischen Bereich von einer Überlegungsfrist von sicher einigen wenigen Tagen aus, doch kann die Überlegungsfrist je nach den Umständen auch mehrere Wochen bis zu einem Monat betragen.

<sup>28</sup> BGE 98 II 109 ff., 111: „Zu prüfen ist daher, welche Überlegungszeit der Kläger der Beklagten einräumen musste. Nach VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 176, ist die Überlegungszeit nach Inhalt und Tragweite der Offerte sowie nach den persönlichen, dem Offerenten bekannten Umständen des Adressaten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bemessen. Ferner ist nach BECKER (1. Aufl. N. 3 zu Art. 5 OR) zu beachten, dass die Beantwortung innerhalb der geschäftsüblichen Zeit erwartet werden kann. Ähnlich äussern sich OSER/SCHÖNENBERGER (N. 6 ff. zu Art. 5 OR), jedoch mit dem Hinweis, dass der Sonntag in Geschäftssachen für die Bemessung der Frist ausser Betracht falle.“

<sup>29</sup> Vgl. BK-Schmidlin, OR 5 N 9: „Die drei Zeitabschnitte bilden keine gesonderten Vorgänge, sondern vereinigen sich zu einer Gesamtdauer. Die Überdehnung des einen kann durch die Verkürzung des andren wieder ausgeglichen werden (...).“; ebenso CHK-Kut, OR 5 N 3; BGer 4A\_515/2008, E. 4.1: „Die Normaldauer, von der der Offerent ausgehen dürfe, setze sich somit aus der Übermittlungsdauer der Offerte und der Annahmeerklärung sowie aus einer angemessenen Überlegungsfrist zusammen. Diese drei Perioden bildeten zusammen die Gesamtdauer, weshalb die Verkürzung der einen eine Überdehnung der anderen auszugleichen vermöge. Die Übermittlungsdauer der Annahmeerklärung bemesse sich nach dem Zeitbedarf des "Transportmittels", das der Antragssteller für sein Angebot gewählt habe.“

<sup>30</sup> Vgl. die Beispiele bei CHK-Kut, OR 6 N 9; vgl. den Klassiker unter den Beispielen bei Bucher, OR AT, 135: „Schulbuchbeispiel: Buchhändler lässt einem Stammkunden Ansichtssendungen zukommen, bei denen im Falle der Nichtrücksendung ein Vertrag angenommen werden kann.“