

Lektion Nr. 2
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

Käufer Kurt und Verkäufer Viktor einigen sich über den Kauf eines gebrauchten Mercedes 200 E für Fr. 10'000, zahlbar innert eines Monats nach Übergabe. Als Viktor den Mercedes wie vereinbart zum Haus von Kurt bringt, verweigert dieser die Annahme des Fahrzeugs.

Wie verhält es sich, wenn Käufer Kurt und Verkäufer Viktor sich über die Lieferung am Freitag, 20. April, spätestens 10 Uhr von 20 kg frischen Forellen gegen Barzahlung von Fr. 250 geeinigt hat und Käufer Kurt die Annahme der in jeder Hinsicht korrekt gelieferten Fische ohne Angaben von Gründen verweigert?

Lösungsvorschlag Nr. 2

Käufer Kurt und Verkäufer Viktor einigen sich über den Kauf eines gebrauchten Mercedes 200 E für Fr. 10'000, zahlbar innert eines Monats nach Übergabe. Als Viktor den Mercedes wie vereinbart zum Haus von Kurt bringt, verweigert dieser die Annahme des Fahrzeugs.

Viktor hat das richtige Fahrzeug zum richtigen Zeitpunkt am richtigen Ort angeboten. Durch die Annahmeverweigerung gerät Kurt in Gläubigerverzug (Art. 91 OR). Das Gesetz gibt Viktor das Recht zur Hinterlegung (Art. 92 Abs. 1 OR). Dafür muss er ein Lagerhaus wählen oder den Richter einen Hinterlegungsort bestimmen lassen (Art. 92 Abs. 2 OR). Mit der Hinterlegung hat Viktor erfüllt („befreit“, Art. 92 Abs. 1 OR). Durch die Annahmeverweigerung ist es jedoch auch absehbar, dass Kurt nicht bezahlen wird: Der Kaufpreis wird ein Monat nach der Übergabe fällig, doch hat Kurt schon die Übergabe als fristauslösenden Termin für die Bezahlung vereitelt. Deshalb ist es Viktor auch erlaubt, schon vor der Fälligkeit des Kaufpreises nach den Regeln des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) vorzugehen.⁸

Koller sagt dazu treffend: *«Ist der Käufer nicht zur Annahme verpflichtet, besteht also eine blossen Annahmepflicht, so verschafft die Nichtannahme der Kaufsache das Recht, nach Art. 107 vorzugehen, nicht. Doch ist zu beachten, dass in der Weigerung, die Ware anzunehmen, nach der Rsp. i.A. auch eine konkludente Zahlungsverweigerung zu sehen ist; die Bestimmung gelangt dann aus diesem Grund zur Anwendung, soweit sie nicht durch Art. 214 verdrängt wird (BGE 110 II 148, 151; 49 II 28, 32 f.; ZR 1926, 227 Nr. 150, 323 Nr. 207 [...]); die frühere Rsp. war teilweise zurückhaltender: vgl. z.B. BGE 28 II 263, 270 E. 7 [...]; ZBJV 1904, 673; 1921, 238). Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit von Art. 107 spielt daher die Rechtsnatur der Annahmepflicht (Rechtspflicht oder Obliegenheit?) praktisch keine grosse Rolle.»⁹*

Wie verhält es sich, wenn Käufer Kurt und Verkäufer Viktor sich über die Lieferung am Freitag, 20. April, spätestens 10 Uhr von 20 kg frischen Forellen gegen Barzahlung von Fr. 250 geeinigt hat und Käufer Kurt die Annahme der in jeder Hinsicht korrekt gelieferten Fische ohne Angaben von Gründen verweigert?

Auch hier ist Kurt im Gläubigerverzug. Die „Sache“ ist aber eindeutig für eine Hinterlegung nicht geeignet, denn sie ist dem schnellen Verderben ausgesetzt. Für diesen Fall sieht Art. 93 Abs. 1 OR vor, nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters die Sache öffentlich verkaufen zu lassen.

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. unten, ob und bei FN 12; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2722 mit Verweis auf N 2651.

⁹ BSK OR I-Koller, Art. 211 N 13.

Dass dies bei frischen Fischen nicht geht und der ganze Aufwand sich für 20 kg nicht lohnt, leuchtet ein. Art. 93 Abs. 2 OR sieht deshalb vor, dass bei Sachen von geringem Wert ein Selbsthilfeverkauf ohne *Androhung durch den Richter* erfolgen kann. Eine richterliche Genehmigung wäre dennoch nötig,¹⁰ doch erscheint auch diese hier als überflüssig, wenn der Schuldner bereit ist, einen allfälligen Mindererlös zu tragen.¹¹ Eine adäquate, gesetzeskonforme Lösung ergibt sich durch das Verhalten Kurts: *Wer nicht annehmen will, will auch nicht bezahlen.*¹² Diese Faustregel ist aber gar nicht nötig, denn er befindet sich tatsächlich schon im Schuldnerverzug – explizit gemäss Art. 214 Abs. 1 OR. Diesen Verzug (gemäss Art. 214 OR ohne Nachfrist)¹³ kann man hier auch mit den allgemeinen Regeln begründen. Die Leistung wäre Zug um Zug an einem genau definierten Zeitpunkt zu erbringen (Art. 102 Abs. 2 OR, Verfalltag). Damit befindet sich Kurt schon im Verzug mit der Bezahlung. Das Setzen einer Nachfrist gemäss Art. 107 OR erscheint als wenig tunlich, denn Kurt hat schon die Annahme verweigert und wird es mit der Bezahlung gleich halten. Die Nachfristsetzung wäre deshalb unnütz (Art. 108 Ziff. 1 OR) und Viktor könnte direkt die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ausüben. Der Selbsthilfeverkauf, der einen geringeren Erlös als den versprochenen Kaufpreis abwirft, wäre dann mit dem Verzicht auf die Leistung und der Wahl des Nichterfüllungsschadens unter Anwendung der Differenztheorie einforderbar.¹⁴

Sachverhalt Nr. 3

Käufer Kurt bestellt für seine Käserei bei Verkäufer Viktor 1'000 l Milch gegen Bezahlung jeweils Ende Monat. Die Lieferung soll bei Kurts Käserei im Käsekessel am kommenden Montag um 8.00 Uhr eintreffen. Als Viktor mit dem Milchtankwagen rechtzeitig bei Kurts Käserei eintrifft, ist niemand da und alle Türen sind verschlossen, weil Kurt diese Lieferung vergessen hat. Viktor fährt mit dem auch für andere Lieferungen gefüllten Milchtankwagen (6'000 l) wieder davon. Auf dem Rückweg zerstört ein Steinschlag von einem Bergsturz auf der Strasse den Tank und die ganze Milch (total 6'000 l) läuft aus. Muss Kurt die Milch bezahlen?

Lösungsvorschlag Nr. 3

Vorliegend befindet sich Kurt im Gläubigerverzug, denn er hat die korrekt angebotene Milch nicht abgenommen. Dies erfolgt vorliegend zwar nicht ausdrücklich, was aber bei Vorbereitungs-handlungen nicht notwendig ist.¹⁵ Auch wenn sonst ein Angebot als empfangsbedürftige Willenserklärung

¹⁰ Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 2459: „Art. 93 Abs. 2 erleichtert den Selbsthilfeverkauf bei Sachen mit Börsen- oder Marktpreis oder von unverhältnismässig geringem Wert: Der Verkauf braucht entgegen Art. 93 Abs. 1 nicht öffentlich zu erfolgen; auch kann eine vorgängige Androhung durch den Richter unterbleiben. Den Interessen der Gläubigerin wird durch die richterliche Bewilligungspflicht Rechnung getragen.“

¹¹ Vgl. Bucher, OR AT, 323 f.: „Auch ohne richterliche Bewilligung muss der Verkauf auf eigene Verantwortung mit gleicher Wirkung möglich sein. Es hat der Richter im Hauptprozess zu entscheiden, ob der Verkauf zulässig war oder nicht, wobei diesfalls der Schuldner wohl glaubhaft zu machen hat, dass ein Verkauf aufgrund richterlicher Bewilligung keinen höheren Erlös gebracht hätte.“

¹² Vgl. 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.“

¹³ BSK OR I-Koller, Art. 214 N 2: «Bar- und Praenumerandokauf. Hier kann der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers «ohne weiteres» vom Verträge zurücktreten. Eine Nachfristansetzung i.S.v. Art. 107 ist nicht vorausgesetzt. Der Verkäufer wird insoweit gegenüber der allgemeinen Regelung begünstigt. Abgesehen hiervon entspricht Art. 214 (Abs. 1/2) dem Art. 107: Einmal muss der Verkäufer dem Käufer «sofort» («unverzüglich») i.S.v. Art. 107 Abs. 2) Mitteilung machen, wenn er auf dessen Leistung verzichten will. Zum andern entspricht das «Rücktrittsrecht» von Art. 214 Abs. 1 inhaltlich dem Wahlrecht von Art. 107 Abs. 2 (...). Der Verkäufer, der auf die Leistung des Käufers verzichten will, kann somit – bei Verschulden des Käufers – den Vertrag auflösen, die eigene Leistung zurückbehalten (Rücktritt im technischen Sinn) und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen (Art. 109 Abs. 2; BGE 90 II 294); oder er kann am Vertrag festhalten, die eigene Leistung erbringen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses beanspruchen (...).»

¹⁴ Zu den verschiedenen Wahlrechten vgl. Huguenin, N 906.

¹⁵ Zum konkludenten Verhalten vgl. CHK-Mercier, OR 91 N 18: „Das Unterlassen der Annahme kann erfolgen durch explizite Ablehnung (...) oder durch konkludentes Verhalten (zB Nichteinhalten eines Termins;...)“

erforderlich wäre, ist es hier aufgrund des klaren Termins nicht notwendig.¹⁶ Eine Hinterlegung kommt bei Milch generell nicht in Frage, ein Selbsthilfeverkauf auch nicht, da die hier geschuldete Milch verschüttet worden ist. Es stellt sich jetzt die Frage, ob die Gefahr bereits auf Kurt übergegangen ist, d.h. ob er bezahlen muss, obwohl er wegen des Untergangs der Milch nichts mehr erhält. Massgebend ist Art. 185 Abs. 2 OR, der bei Gattungsschulden eine Ausscheidung der Ware verlangt, mit der erfüllt werden soll. Diejenigen 1'000 l, mit denen Viktor erfüllen will, hat er jedoch nicht ausgesondert – gemäss Sachverhalt sind diese mit der Milch für andere Abnehmer vermischt (total 6'000 l). Wenn die Gefahr nicht übergegangen ist, müsste Kurt eigentlich nicht bezahlen. Kann das richtig sein? Viktor wird argumentieren, dass er befreit wäre, wenn Kurt rechtzeitig die Milch abgenommen hätte. Dies ist im Gesetz nirgendwo erfasst, man könnte es aber aus Art. 103 Abs. 1 OR *analog* ableiten.¹⁷ Analog ist die Anwendung deshalb, weil sich Kurt nicht im Schuldnerverzug befindet: Der normal anwendbare Schluss – *wer nicht annehmen will, will auch nicht bezahlen* – findet hier keine Stütze, da sein Verhalten nicht auf eine Verweigerung, sondern vielmehr auf Vergesslichkeit hindeutet.

Sachverhalt Nr. 4

Die Bestellerin SA ist Eigentümerin eines Geschäftsreiseflugzeugs vom Typ Lockheed Jetstar. Dieses befindet sich auf dem Gelände des Flughafens Cointrin, wo es von der Unternehmerin AG gewartet und instand gestellt wurde. Die Unternehmerin AG forderte die Bestellerin SA mehrmals erfolglos auf, das gewartete Flugzeug abholen zu lassen und Fr. 110'000 als Werklohn zu bezahlen. Wie kann die Unternehmerin AG vorgehen?

Lösungsvorschlag Nr. 4

Es geht eindeutig um den Gläubigerverzug, denn die Unternehmerin AG hat gemäss Sachverhalt die Bestellerin SA mehrfach aufgefordert, das Flugzeug abzuholen. Eigentlich würde die Werkvertragsleistung unter Art. 95 OR fallen, denn es geht um eine *andere Verpflichtung als eine Sachleistung*. Geschuldet ist im Rahmen des Werkvertrags nicht ein Flugzeug, sondern die Wartung am Flugzeug. Ein Rücktritt vom Werkvertrag, wie Art. 95 OR vorsieht, bringt aber vorliegend nicht viel, denn die Wartungsarbeiten sind vollendet und das Problem des Platzbedarfs des Flugzeugs wäre nicht gelöst. Das Flugzeug bleibt auch bei einem Rücktritt auf dem Platz stehen. Was ist aber neben der Wartung auch noch geschuldet? Nebst der *Wartung am Flugzeug als Hauptleistungspflicht* bildet immerhin die Rückgabe eine *Nebenleistungspflicht*.¹⁸ Dies würde die Anwendung von Art. 92 OR nahelegen, doch kann man ein

¹⁶ Vgl. BSK-Bernet, OR 91 N 5: „Ohne Angebot tritt der Gläubigerverzug in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 2 und Art. 108 ipso iure dann ein, wenn ein bestimmter Erfüllungstermin feststeht, z.B. aufgrund von Vereinbarung, Kündigung oder Abruf des Gläubigers, und der Gläubiger diesen Termin verstreichen lässt (...).“

¹⁷ Vgl. die Hinweise bei Schwenzer, OR AT, N 70.04 und 70.05; vgl. Bucher, OR AT, 324 f.: „Analog zum Schuldnerverzug (OR 103/I) muss die Gefahrtragung bzw. Haftung für Zufall mit dem Eintritt des Gläubigerverzuges auf den Gläubiger übergehen. Das BGB (§§ 300/I, 324/II) enthält eine entsprechende allgemeine Vorschrift; das OR kennt nur beim Werkvertrag eine entsprechende Regel (OR 376/I), während beim Kauf eine solche angesichts der Gefahrtragung des Käufers (OR 185/I) entbehrlich ist. In den seltenen Anwendungsfällen, die sich ausserhalb des Werkvertrags und Kaufvertrags denken lassen, sollte auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage der im Verzug befindliche Gläubiger gefahrbelastet sein. Die Regel des Gefahrübergangs infolge Annahmeverzuges erfordert differenzierte Betrachtung bei Gattungsschulden. In strenger Betrachtungsweise kann die Gefahr aus sachlogischen Gründen erst dann als übergegangen gelten, wenn überhaupt feststeht, welche Einheiten der Gattung dem Gläubiger geliefert werden sollen; eine entsprechende Grenzziehung statuiert für den Kauf OR 185/II. Im Sinne eines Schutzes des erfüllungsbereiten, jedoch durch den Gläubiger an der Erfüllung gehinderten Schuldners kann man einen Gefahrübergang in dem Umfang annehmen, als dem Schuldner der Nachweis gelingt, dass er ohne Annahmeverzug des Gegners diesem aus einem bei ihm nachher untergegangenen Quantum geliefert hätte, wobei diese Regel, wie V. TUHR zutreffend feststellt, nicht auf Geldschulden Anwendung finden darf.“

¹⁸ Vgl. BGer 4A_640/2009, E. 7.1: „Ist eine andere als eine Sachleistung geschuldet, zum Beispiel eine Arbeits- oder Dienstleistung, scheidet eine Hinterlegung (mit oder ohne vorausgehendem Selbsthilfeverkauf) selbstredend aus. Es gibt nichts Körperliches, das hinterlegt werden könnte. In diesem Fall greift der Rechtsbehelf des Vertragsrücktritts nach Art. 95 OR. Dieser dient insbesondere dem Unternehmer im Rahmen eines Werkvertrags, wenn der Besteller durch die Verweigerung der ihm obliegenden Vorbereitungs-handlungen Beginn oder Vollendung des Werks verhindert (...). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist die Situation anders bei Werkverträgen, welche die Reparatur oder die Wartung einer Sache zum Gegenstand haben, die der Schuldner in Besitz erhalten hat und die er nach Werkvollendung dem Gläubiger zurückgeben soll. Ist dem Schuldner die Rückgabe der Sache wegen des Gläubigerverzugs verunmöglicht, muss ihm eine Hinterlegung nach den Art. 92-94 OR gestattet sein (...). Die Nebenpflicht zur Rückgabe der

Flugzeug nur schlecht hinterlegen. Anwendbar ist deshalb Art. 93 Abs. 1 OR. Die Befreiungswirkung nach Art. 93 OR tritt ein, wenn die Unternehmerin AG den Selbsthilfeverkauf durch den Richter androhen und bewilligen lässt und den Verkaufserlös zugunsten der Bestellerin SA überweist oder für sie hinterlegt.¹⁹ Damit ist auch die alte Streitfrage gelöst, ob man nur eigene Sachen mit Selbsthilfeverkauf veräussern könne.²⁰ Man kann also auch eine fremde Sache veräussern.

Sinnvoll wäre es dann, die Werklohnforderung mit dem Verkaufserlös gemäss Art. 120 OR zu verrechnen.²¹ Die Hauptforderung ist erfüllbar, die Verrechnungsforderung fällig (vgl. Art. 372 Abs. 1 OR).²² Die *Gegenseitigkeit* (Forderung und Schuld zwischen Bestellerin SA und Unternehmerin AG) und die *Gleichartigkeit* (beide Forderungen bestehen aus Geld, die eine zumindest nach dem Verkauf des Flugzeuges) bestehen ebenfalls. Die Unternehmerin AG muss zusätzlich noch die Verrechnungserklärung aussprechen (vgl. Art. 124 Abs. 1 OR).

Sache beschlägt eine Sachleistung im Sinne von Art. 93 OR. Dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt und demnach kein Bundesrecht verletzt. Die Rückgabe ist keine Nebenpflicht, sondern eine Nebenleistungspflicht, denn sie wäre einklagbar, was bei Nebenpflichten nicht der Fall ist.

¹⁹ Vgl. BGer 4A_640/2009, E. 5.1: „Das Gesetz regelt die Wirkungen des Gläubigerverzugs bei Sachleistungen (Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf, Art. 92-94 OR) und bei „anderen Leistungen“ (Rücktritt vom Vertrag, Art. 95 OR). Zu Recht betont die Vorinstanz den engen Zusammenhang zwischen Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf; bildet Letzterer doch nur eine besondere Form der Hinterlegung. Der Selbsthilfeverkauf bezweckt, eine nicht hinterlegungsfähige Sache durch eine hinterlegungsfähige zu ersetzen. Die Befreiung des Schuldners tritt dabei nicht bereits mit dem Verkauf der Sache, sondern erst mit der Aushändigung des Verkaufserlöses an den Gläubiger oder bei Annahmeverweigerung mit der Hinterlegung ein. Der Schuldner kann sich ferner dadurch befreien, dass er den Verkaufserlös mit einer Geldforderung gegen den Gläubiger verrechnet (...).“

²⁰ Vgl. dazu Stöckli, BR 2010, 178.

²¹ Vgl. das Zitat in FN 19.

²² Vgl. CHK-Killias/Wiget, OR 120 N 7: „Entgegen dem Wortlaut von OR 120 I muss alleine die Verrechnungsforderung fällig sein; für die Hauptforderung genügt Erfüllbarkeit (...).“ und CHK-Killias/Wiget, OR 120 N 8: „Im Unterschied zur Verrechnungsforderung muss die Hauptforderung nicht klagbar sein. Der Verrechnende kann also auch eine Naturalforderung des Verrechnungsgeners durch Verrechnung mit der eigenen, klagbaren Forderung tilgen (...).“