

Ölhändler Tanner

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.
Universität Freiburg, Sitzung Nr. 3
31. März 2021

Tanner ist Ölhändler, Weber Garagist. Tanner macht Weber im Brief vom 21. Januar „ein freibleibendes Angebot, 20'000 kg Motorenöl in drei verschiedenen Standardqualitäten (Fr. 5, 10 oder 15 pro kg) zu liefern.“ Die Lieferung würde innerhalb von vier Jahren auf Abruf und nach den Wünschen Webers erfolgen. Am 23. Februar ruft Weber bei Tanner an. Sie verhandeln über die Möglichkeit von Öllieferungen. Die Darstellungen der Parteien über das Ergebnis dieses Gespräches sind unterschiedlich. Weber erhält am 24. Februar folgendes Schreiben Tanners: „Ich danke für Ihre heutige telefonische Bestellung von 20'000 kg Motorenöl, abrufbar von Ihnen in vier jährlichen Bestellungen zu 5'000 kg, jeweils bis spätestens am 20. Mai, unter Angabe der jeweiligen Qualität (Fr. 5/10/15), lieferbar innert Wochenfrist gegen Barzahlung.“

Weber antwortet am 19. Mai: „Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 23. Februar. Infolge schlechter Auftragslage werde ich die Ware voraussichtlich nicht bar bezahlen können. Ich schlage deshalb vor, den Vertrag für einen späteren Erfüllungszeitpunkt abzuschliessen.“ Tanner und Weber telefonieren am 20. Mai miteinander, wobei wiederum beide Parteien über den Inhalt – es ging um Erfüllungs- und Zahlungstermine – unterschiedliche Angaben machen. Am 21. Mai fordert Tanner in einem Brief an Weber die Spezifizierung des Motorenöls innert Wochenfrist, ansonsten er die Spezifikation vornehmen werde. Weber antwortet sofort schriftlich, dass er an der „Offerte nicht mehr interessiert“ sei und „für das Motorenöl keine Verwendung mehr“ habe. Tanner fordert in der Folge Fr. 7'500. Dies entspricht dem Gewinn von 10%, den Tanner bei Verkauf von 5'000 kg zu Fr. 15 (= Fr. 75'000) gemacht hätte. **Wie ist die Rechtslage?**

Art. 7 OR

Der Antragsteller wird nicht gebunden, wenn er dem Antrage eine die Behaftung ablehnende Erklärung beifügt, oder wenn ein solcher Vorbehalt sich aus der Natur des Geschäftes oder aus den Umständen ergibt. Die Versendung von Tarifen, Preislisten u. dgl. bedeutet an sich keinen Antrag. Dagegen gilt die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag.

Bestätigungsschreiben

↙
Beweisbedeutung
Konstitutive Wirkung

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

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

Art. 6 OR

Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.

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 (...).»

Art. 91 OR

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert.

Art. 92 OR

Wenn der Gläubiger sich im Verzuge befindet, so ist der Schuldner berechtigt, die geschuldete Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers zu hinterlegen und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

Den Ort der Hinterlegung hat der Richter zu bestimmen, jedoch können Waren auch ohne richterliche Bestimmung in einem Lagerhause hinterlegt werden.

Art. 93 OR

Ist nach der Beschaffenheit der Sache oder nach der Art des Geschäftsbetriebes eine Hinterlegung nicht tunlich, oder ist die Sache dem Verderben ausgesetzt, oder erheischt sie Unterhaltungs- oder erhebliche Aufbewahrungskosten, so kann der Schuldner nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters die Sache öffentlich verkaufen lassen und den Erlös hinterlegen.

Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis oder ist sie im Verhältnis zu den Kosten von geringem Werte, so braucht der Verkauf kein öffentlicher zu sein und kann vom Richter auch ohne vorgängige Androhung gestattet werden.

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) ¹Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzug, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. ²Mit 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. 102 OR

Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug.

Art. 107 OR

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen.

Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten.

Art. 108 OR

Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist nicht erforderlich:

1. wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde;
2. wenn infolge Verzuges des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist;
3. wenn sich aus dem Verträge die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll.

Art. 108 OR

- Ziff. 1 «unnütz»: 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/Emmenegger, Art. 108 N 39: *«Ein bestimmter Verfalltag (Art. 102 Abs. 2 OR) 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 die Gläubigerin die verspätete Leistung nicht mehr annehmen muss.»*

Art. 214 OR

Ist die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben und befindet sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Verkäufer das Recht, ohne weiteres vom Verträge zurückzutreten.

Er hat jedoch dem Käufer, wenn er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will, sofort Anzeige zu machen.

Ist der Kaufgegenstand vor der Zahlung in den Besitz des Käufers übergegangen, so kann der Verkäufer nur dann wegen Verzuges des Käufers von dem Verträge zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat.

BSK OR I-Koller, Art. 214 N 11

„Hingegen unterliegt der Verzug mit der Erfüllung von Pflichten, die weder direkt noch indirekt der Kaufpreiszahlung dienen, nicht Art. 214 Abs. 1/2. Die Bestimmung ist daher z.B. nicht anwendbar, wenn der Käufer vertragswidrig Spezifikation oder Abruf der Kaufsache unterlässt. In solchen Fällen muss der Verkäufer Nachfrist ansetzen, wenn er das Wahlrecht gem. Art 107 Abs. 2 ausüben will (...). Doch ist zu beachten, dass die Verletzung der Annahmepflicht (Art. 211) oder der Pflicht zur Vornahme von Vorbereitungsaktionen wie eben Abruf oder Spezifikation regelmässig auch eine konkludente Zahlungsverweigerung beinhaltet. Diese wird von der Rsp. als Zahlungsverzug gewertet und Art. 214 Abs. 1/2 unterstellt (...).“

Weber ist klar der Ansicht, dass kein Vertrag zustande gekommen sei. Weber und Tanner schliessen über die Streitigkeit einen aussergerichtlichen Vergleich in der Höhe von Fr. 5'000. Als das Geld zum vereinbarten Zeitpunkt nicht eintrifft, geht Tanner zu seinem Anwalt. Sein Anwalt schüttelt den Kopf und teilt ihm mit, dass er Anrecht auf Fr. 7'500 gehabt hätte – der Vertrag sei eindeutig zustande gekommen.

Kann Tanner von diesem Vergleich wieder loskommen?

Art. 24 OR

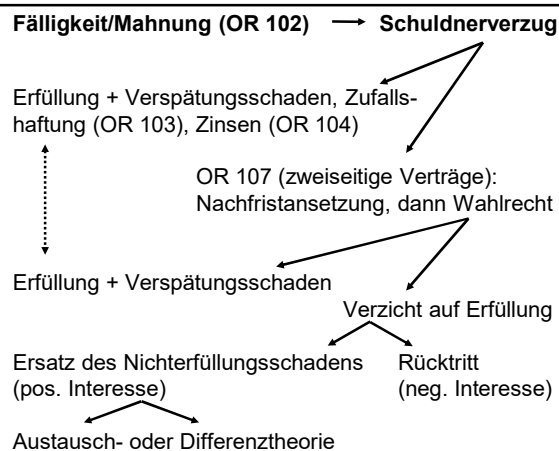
Der Irrtum ist namentlich in folgenden Fällen ein wesentlicher:

(Ziff. 1-3)

4. wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.

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 (...).»



Art. 108 Ziff. 3 OR, vgl. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 N 39: «*Ein bestimmter Verfalltag (Art. 102 Abs. 2 OR) 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 die Gläubigerin die verspätete Leistung nicht mehr annehmen muss.*»

Art. 107 OR

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen.

Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten.