

Sachverhalt Nr. 1

Käufer Kurt will ein unbebautes Grundstück von Verkäufer Viktor erwerben für Fr. 250'000. Sie vereinbaren, dass sie die Hälfte des Kaufpreises zu marktüblichen Bedingungen der Raiffeisenbank „stellen lassen wollen“, d.h. der Kaufpreis verzinst gestundet werden soll. Weiter muss sich Kurt verpflichten, beim späteren Hausbau den Architekten Alder zu verpflichten. *Fallen die Verabredungen unter den Formzwang? Welche Form müssen die Parteien beachten, wenn der Verkäufer ein unbebautes Grundstück verkauft und verspricht, ein Haus darauf zu bauen?*

Lösungsvorschlag Nr. 1

Der Grundstückskauf bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Dazu gehören alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte. Die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte¹ fallen nur dann unter den Formzwang, wenn „*sie ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückskaufs betreffen.*“² Der Grund liegt darin, dass Formvorschriften restriktiv auszulegen sind.³ Die Vereinbarung eines marktüblichen Darlehens ist deshalb vom Formzwang nicht erfasst. Nur ein *höherverzinstes* oder ein *zinsloses* Darlehen könnte die Gegenleistung für die Überlassung des Grundstücks verändern und wäre deshalb formpflichtig.⁴ Die sog. Architektenklausel bedarf in Übereinstimmung dazu der Beurkundung, „*wenn die vom Käufer übernommene Verpflichtung eine Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks und damit Teil des Kaufpreises bildet (...).*“⁵

Dies deckt sich mit den Wertungen eines Kauf-/Werkvertrages, bei dem es um ein Grundstück und ein darauf zu errichtendes Haus geht. Es gibt *drei* Möglichkeiten:⁶

1. Zwei getrennte Verträge
2. Gemischter Kauf-/Werkvertrag
3. Kauf einer zukünftigen Sache (insb. bei *Standardbauten*)⁷

¹ Subjektiv wesentliche Punkte „(...) sind objektiv unwesentliche Vertragspunkte, die eine Partei (oder beide Parteien) als Bedingung ihres Vertragswillens (conditio sine qua non) ansieht; sie muss dies deutlich zu erkennen geben, sonst wirkt die Vermutung von OR 2 I gegen sie und für die Bindung (...).“ (CHK-Binder, OR 216 N 10); vgl. auch BGE 118 II 32 ff., 34.

² Vgl. CHK-Binder, OR 216 N 10.

³ Vgl. Gauch, BR 4/86, 82.

⁴ Vgl. BGE 113 II 402 ff., 405: „Im vorliegenden Fall hat das Darlehen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des bedingten Kaufvertrages nicht berührt. Insbesondere ist es zu marktüblichen Bedingungen gewährt worden, was die Annahme ausschliesst, der Darleiher habe durch einen tiefen Zinssatz eine zusätzliche Leistung im Rahmen des Kaufvertrages erbracht. Die Hoffnung des Borgers, gegebenenfalls durch geschickte Geldanlage seinerseits einen höheren Zins zu erwirtschaften, berührt die Gegenleistung des Käufers nicht, da sie ausserhalb jeder kaufrechtlichen Zuwendung steht.“; vgl. CHK-Binder, OR 216 N 17.

⁵ Vgl. CHK-Binder, OR 216 N 13.

⁶ Vgl. die Darstellung der möglichen Verträge bei CHK-Binder, OR 216 N 12; vgl. auch BGER 4A_702/2011, E. 5: „Verpflichtet sich - wie hier - die Veräusserin gegenüber dem Erwerber in einem einheitlichen Vertrag, ein Grundstück zu verkaufen und das darauf im Bau befindliche Gebäude fertigzustellen, weist die Vereinbarung kauf- und werkvertragliche Elemente auf (...).“; vgl. insb. Kreisschreiben OGER ZH vom 24. November 2010, Internet: http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/ab_2010/24_11_2010_OCR.pdf (13.9.2018).

⁷ Dies ist dann denkbar, wenn nicht so sehr um die Herstellung geht, sondern ein Erwerb ab Stange vorliegt; vgl. BGER 4C.301/2002, 22.1.2003, E. 2.1: «Beim Verkauf eines Grundstückes mit einer Neubaute ist insbesondere zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) zu unterscheiden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Herstellungspflicht. Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet ist, ist der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Neubaute verpflichtet. Ein Kauf über eine künftige Sache ist etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübt, d. h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber ist von einem gemischten Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers (Schumacher/Rüegg, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Auflage, Bern 2001, S. 225 ff.; Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 37 f.)»

Der Werkvertrag bzw. der Hausbau bedarf nur dann der öffentlichen Beurkundung, wenn die Parteien für das Grundstück und das noch zu errichtende Haus einen *Gesamtpreis* verabreden.⁸ Dies kann nur bei den Varianten 2 und 3 der Fall sein. Wenn sie dann die Beurkundung des Werkvertrags nicht in derselben Urkunde vornehmen, wäre der Gesamtpreis für das Grundstück alleine zu hoch. Der Werkvertrag bedarf folglich ebenfalls der Beurkundung, wenn er eine Teilleistung des Kaufpreises darstellt (siehe oben).

Sachverhalt Nr. 2

Kurt besichtigt bei Viktor den Diamanten «Millennium Star» im Ausstellungssaal. Sie gehen danach ins Büro, um die Details zu besprechen. Sie einigen sich um 16 Uhr auf den adäquaten Preis von Fr. 200'000. Viktor kann den Diamanten nachher aber nicht übergeben, weil der Dieb Daniel diesen gestohlen und auf dem Edelsteinmarkt dem nichtsahnenden Josef verkauft hat.

Wie ist (1) die Rechtslage, wenn die Überwachungskamera zeigt, dass der Diamant nach 16.00 Uhr gestohlen worden ist und wie (2), wenn sich der Diebstahl bereits um 15.55 Uhr ereignet hat? Ändert sich etwas (3), wenn sich zeigt, dass der Ausstellungssaal von der Strasse her frei zugänglich war und der Diamant im Raum offen herumlag?

Lösungsvorschlag Nr. 2

(1) Der Diamant ist weg – Viktor kann nicht mehr erfüllen. Es handelt sich um eine nachträgliche Unmöglichkeit, da sie erst *nach Vertragsschluss* eingetreten ist. Die Unmöglichkeit ist nur *subjektiv*, da der derzeitige Besitzer des Edelsteins erfüllen könnte, nicht aber Viktor.⁹ Die Unmöglichkeit ist nicht verschuldet, da der Sachverhalt keine entsprechenden Indizien enthält. Die nachträgliche subjektive unverschuldete Unmöglichkeit fällt unter Art. 119 Abs. 1 OR. Nach Art. 119 Abs. 2 OR wäre Viktor frei – er muss den Millennium Star nicht mehr liefern (Art. 119 Abs. 1 OR, *Leistungsgefahr*).

⁸ Vgl. Gauch, BR 4/86, 84: „Denn sonst erscheint die Gesamtvergütung im beurkundeten Kaufvertrag als Preis nur für das Grundstück, der dann unrichtig (nämlich zu hoch) verurkundet ist, was den Grundstückkauf formungültig macht.“; vgl. BGE 117 II 259 ff., 265: „Ein besonderer Sachverhalt liegt allerdings dann vor, wenn der Unternehmer selbst Eigentümer des Baugrundstückes ist und die Parteien den Verkauf an den Besteller vorsehen. In diesem Fall stehen den Parteien grundsätzlich drei Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung offen. Sie können entweder zwei getrennte Verträge, d.h. einen Werkvertrag und einen Kaufvertrag (...), oder einen einzigen gemischten Vertrag abschliessen, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet (...). Die dritte - allerdings umstrittene - Möglichkeit besteht darin, den Sachverhalt als Kauf einer künftigen Sache zu regeln (...). Welche vertragliche Regelung die Parteien gewollt haben, ist aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Leistungspflichten zu entscheiden. Dabei sind der Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Ausgestaltung der Vergütung von Bedeutung (...). Liegen zwei selbständige Verträge - Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag - vor, so können diese zu verschiedenen Zeitpunkten abgeschlossen werden. Geregelt werden muss von den Parteien aber auch, inwieweit der Bestand des einen Vertrages von der Gültigkeit des anderen abhängt (...). Der für den Grundstückkauf geltende Formzwang erstreckt sich bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht aber auf sonstige Übereinkünfte, selbst wenn für die Parteien der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua non* für die Zustimmung zur zweiten darstellt (...). Auch bei einem gemischten Vertragsverhältnis unterstehen deshalb die werkvertraglichen Abreden nicht der Formpflicht, wenn sie ein selbständiges Leistungspaar bilden (...). Das setzt jedoch voraus, dass für den Erwerb des unüberbauten Grundstückes und die Erstellung des Bauwerks getrennte Vergütungen festgesetzt werden (...).“; vgl. BGE 4A_595/2008, E. 3.2.

⁹ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2565: „Die Leistung ist zwar noch möglich, aber wirtschaftlich unsinnig oder unerschwinglich geworden (Lehrbeispiel: mit unverhältnismässigen Kosten verbundene Bergung eines zu liefernden Ringes auf dem Meeresgrund). Die neuere Lehre plädiert für eine Behandlung nach den Regeln der Unmöglichkeit. Da die Leistung grundsätzlich möglich ist, liegt nach der hier vertretenen Auffassung ein Anwendungsfall des Schuldnerverzugs vor (...). Die nachträgliche Erschwerung der Leistungspflicht des Schuldners kann aber allenfalls über die *clausula rebus sic stantibus* (Bd. I Nr. 1280 ff.) korrigiert werden.“ und N 2570: „Ein Dritter kann zwar die Leistung erbringen, er ist jedoch unbekannt oder unerreichbar (z.B. Dieb einer bereits verkauften, aber noch nicht tradierten Speziessache). Zwar besteht grundsätzlich kein Grund, die Beschaffungsmöglichkeit unter diesen Voraussetzungen endgültig zu verneinen. Doch liegt ein Grenzfall vor. Trotzdem wird man aus Folgeerwägungen subjektive Unmöglichkeit annehmen müssen, weil der Gläubigerin die Erfüllungsklage offen bleiben muss, wenn die geschuldete Sache wieder auftaucht: Notorietät des Besitzers und Erreichbarkeit der Sachen fehlen kaum je schlechthin, sondern meistens nur auf Zeit.“; a.M. BK-Weber, OR 97 N 132: „Ist der Dritte, welcher die Leistung an sich erbringen könnte, unbekannt oder unerreichbar (...) ist – jedenfalls wenn eine Veränderung der Umstände nicht zu erwarten ist – tendenziell von einer objektiven Unmöglichkeit auszugehen (...); das Argument, die Unmöglichkeit sei nicht schlechthin, sondern nur in der Zeit eingetreten (...), erscheint als sehr theoretisch.“ und N 134: „Im Falle, dass die Leistung unerschwinglich bzw. zumindest wirtschaftlich unsinnig ist (z.B. mit unverhältnismässigen Kosten verbundene Bergung eines Ringes auf dem Meeresboden), nimmt die herrschende Lehre objektive Unmöglichkeit an (...).“

Gemäss Art. 119 Abs. 2 OR wäre auch Kurt befreit. Die Preisgefahr würde Viktor treffen, doch gibt es eine Ausnahme, wie Art. 119 Abs. 3 OR dies vorsieht. Art. 185 Abs. 1 OR verschiebt die *Preisgefahr* auf den Käufer. Kurt muss also bezahlen, obwohl er den Edelstein nicht bekommt.

(2) Hier ist die Leistungsunmöglichkeit wiederum subjektiv, aber sie bestand schon vor Vertragsschluss. Da kein Verschulden ersichtlich ist, fällt auch diese Unmöglichkeit unter Art. 119 Abs. 1 OR. Art. 20 OR mit Nichtigkeitsfolge ist darauf nicht anwendbar, denn diese Norm erfasst nur die objektive ursprüngliche Unmöglichkeit. Die Frage nach der Gefahrtragung (d.h. der Anwendung von Art. 185 OR) stellt sich hier nicht, denn diese setzt voraus, dass der Untergang *nach Vertragsschluss* passiert (vgl. Art. 185 Abs. 1 OR: „*Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über.*“).¹⁰ Ist die Sache schon vor Vertragsschluss untergegangen – und das ist sie hier – kann die Gefahr nicht mehr übergehen. „Untergang“ im Sinne von Art. 185 OR ist als nachträgliche Unmöglichkeit zu verstehen, die von keiner Partei verschuldet sein darf.¹¹ Geht man von einer objektiven Unmöglichkeit aus, wäre es eine anfängliche, dauernde objektive Unmöglichkeit, die unter Art. 20 OR fällt. Im Ergebnis ändert dies aber nicht viel – Kurt und Viktor müssen nichts leisten, unabhängig davon, ob Art. 20 oder 119 OR Anwendung finden.

(3) Der Sachverhalt deutet ein Verschulden an, das in der mangelhaften Beaufsichtigung des Edelsteins liegt. Anwendbar ist auf beide Fälle Art. 97 Abs. 1 OR (nachträgliche oder ursprüngliche verschuldete Unmöglichkeit) Viktor bekommt keinen Kaufpreis, muss aber auch nicht mehr liefern. Kurt kann von Viktor Schadenersatz verlangen.

Sachverhalt Nr. 3

Käufer Kurt bestellt für seine Käserei bei Verkäufer Viktor 1'000 l Milch. Die Erfüllung soll bei Kurts Käserei im Käsekessel am kommenden Montag um 8.00 Uhr erfolgen. Als Viktor mit dem Milchtankwagen mit total 1'000 l Milch unterwegs zu Kurt ist, zerstört ein Steinschlag von einem Bergsturz auf der Strasse den Tank und die Milch läuft aus. Viktor benachrichtigt Kurt, dass seine bestellte Ladung von 1'000 l Milch untergegangen sei. Kurt beharrt auf der Lieferung.

Muss Viktor liefern? Muss Viktor liefern, wenn sie eine Versendungsschuld abgemacht haben? Muss Kurt bezahlen?

Lösungsvorschlag Nr. 3

Bei diesem Sachverhalt haben die Parteien eine Bringschuld vereinbart, was als besondere Vereinbarung im Sinne des Art. 185 Abs. 2 OR gilt.¹² Die Leistungs- und die Preisgefahr sind deshalb noch nicht übergegangen. Viktor muss erneut liefern; erst diese Lieferung muss Kurt bezahlen.

Bei der Versendungsschuld (auch Schickschuld genannt) geht die Gefahr erst über, wenn bei Gattungsschulden die Sache ausgesondert und der Versendung übergeben worden ist.¹³ Art. 185 Abs. 2 OR spricht zwar nur von der Preisgefahr, meint aber auch die Leistungsgefahr.¹⁴ Die Molkerei muss nicht mehr liefern; dennoch muss Kurt bezahlen.

¹⁰ Vgl. Huguenin, N 2513.

¹¹ Vgl. BSK-Koller, OR 185 N 4, 8.

¹² Huguenin, N 2489: «*Lehre und Rechtsprechung deuten die vertragliche Modifikation des Erfüllungsorts als «Verabredung» im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR: Die Preisgefahr geht in diesem Fall erst auf den Käufer über, wenn der Kaufgegenstand sich am Erfüllungsort befindet. Bei einer Bringschuld (sog. Fernkauf; s. N 2368) koinzidieren damit Gefahrenübergang und Sachübergabe.*»

¹³ Art. 185 Abs. 2 OR (Gattungsschuld) und Huguenin, N 2490 (Stückschuld): «*Haben die Parteien einen Versendungs- oder Distanzkauf (Schickschuld) verabredet, so darf in der Regel daraus gefolgert werden, dass damit auch eine analoge Anwendung von Art. 185 Abs. 2 OR auf den Stückkauf gewollt ist (Gefahrenübergang im Zeitpunkt der Übergabe zur Versendung; s. N 2498 f.)*»

¹⁴ BSK OR I-Koller, Art. 185 N 22: «*Art. 185 Abs. 2 beinhaltet nach wohl herrschender Auffassung (ausdrücklich von Tuhr/Peter, 56; implizit Merz, SPR VI/1, 143; Bucher, BT, 81) auch eine Regelung der Leistungsgefahr: Geht die versandte Ware durch Zufall unter, wird der Verkäufer frei. Er behält somit nicht nur seinen Anspruch auf den Preis, sondern ist auch nicht zur Nachlieferung (gegen nochmalige Preiszahlung!) verpflichtet (Weiteres bei Koller A., OR AT, § 37 N 13 ff.)*»

Sachverhalt Nr. 4

Käufer Kurt bestellt für seine Käserei bei Verkäufer Viktor 1'000 l Milch gegen Bezahlung jeweils Ende Monat. Die Lieferung soll bei Kurts Käserei am kommenden Montag um 8.00 Uhr eintreffen. Als Viktor mit dem Milchtankwagen rechtzeitig bei Kurts Käserei eintrifft, ist niemand da. 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. 4

Vorliegend befindet sich Kurt im Gläubigerverzug, denn er hat die korrekt angebotene Milch nicht angenommen. Dies erfolgt vorliegend zwar nicht ausdrücklich, was aber bei Vorbereitungshandlungen nicht notwendig ist.¹⁵ Auch wenn sonst ein Angebot als empfangsbedürftige Willenserklärung 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* oder *Aussonderung* 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). Selbst bei Annahme einer Bringschuld wäre die Gefahr deshalb ebenfalls nicht übergegangen.¹⁷ 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.¹⁸ 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,¹⁹ da sein Verhalten nicht auf eine Verweigerungshaltung, sondern vielmehr auf blosser Vergesslichkeit hindeutet.

Sachverhalt Nr. 5

Die Viktor AG verkauft am 20. August 2018 der Kurt AG einen Hubstapler zum Gebrauch im Warenlager zum Preis von Fr. 100'000, lieferbar am 31. August 2018, zahlbar innert 30 Tagen ab Lieferung.

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;...)“

¹⁶ Vgl. BSK OR I-Bernet, Art. 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 Huguenin, N 2497: «Beim Fernkauf von Gattungssachen, bei welchem die Parteien eine Bringschuld vereinbaren, geht die Gefahr erst in dem Zeitpunkt über, in welchem die Ware dem Käufer am Erfüllungsort zur Verfügung gestellt wird und er auch davon Kenntnis hat («Verabredung» im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR, s. N 2489; s. auch Art. 69 Abs. 2 CISG; zum Fernkauf s. N 2368). Vorausgesetzt wird überdies, dass die Ware zuvor ausgeschieden wurde (Art. 185 Abs. 2 OR).»

¹⁸ 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 Umfange 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.“

¹⁹ Vgl. BGE 110 II 148 E. 1a: „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.“

Sie vereinbaren einen Eigentumsvorbehalt im Sinne von Art. 715 ZGB, lassen diesen aber nicht im Eigentumsvorbehaltregister eintragen. Am 31. August ist weit und breit kein Hubstapler in Sicht.

Wie kann die Kurt AG vorgehen? Wie kann die Kurt AG vorgehen, wenn der Kauf des Hubstaplers zum erkennbaren Weiterverkauf erfolgt (Variante I)? Wie kann die Viktor AG vorgehen, wenn sie den Hubstapler liefert, die Kurt AG aber die Rechnung nicht wie vereinbart innert 30 Tagen nach Lieferung bezahlt (Variante II)?

Lösungsvorschlag Nr. 5

Der Verkauf an die Kurt AG erfolgt nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Verwendung im Warenlager. Somit ist das Vorliegen kaufmännischen Verkehrs im Sinne des Art. 190 Abs. 1 OR nicht einschlägig (strittig);²⁰ anwendbar sind die gewöhnlichen Verzugsregeln in Art. 102 ff. OR. Die Kurt AG befindet sich im Verzug, auch ohne Mahnung, weil ein Liefertermin besteht (Art. 102 Abs. 2 OR). Muss die Viktor AG eine Nachfrist setzen? Beim relativen Fixgeschäft ist dies nicht nötig (Art. 108 Ziff. 3 OR), doch sagt der Termin noch nichts über das Vorliegen eines Fixgeschäfts aus. Die Lieferung hätte exakt am 31. August 2018 erfolgen müssen. Es stellt sich die Frage, ob er dafür eine Nachfrist setzen muss. Der genaue Termin alleine macht das Geschäft noch nicht zum *relativen Fixgeschäft* gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR. Nur wenn der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist, liegt wirklich ein Anwendungsfall von Art. 108 Ziff. 3 OR vor.²¹ Dass sich das hier so verhält, ist wenig wahrscheinlich: Es ist gut denkbar, dass die Kurt AG den Hubstapler auch dann will, wenn er ein bisschen später kommt. Die Kurt AG kann somit nach den Regeln des Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist setzen und die Rechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR wählen.

Die Kurt AG kann nach Setzung einer erfolglosen Nachfrist immer noch die Erfüllung verlangen oder auf die Leistung der Viktor AG verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR). Dabei entsteht eine weitere Wahlmöglichkeit. Die Kurt AG kann bei Verzicht auf die Leistung der Viktor AG entweder den Vertrag beibehalten und das positive Interesse verlangen oder den Rücktritt kombiniert mit dem Schadenersatz im negativen Interesse wählen (Art. 107 Abs. 2 OR). Würde die Kurt AG den Verzicht auf die Leistung kombiniert mit Schadenersatz auf das positive Interesse wählen, könnte sie dennoch die Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 2 (h.L.) und 3 (strittig) OR anwenden.²²

²⁰ Huguenin, N 2382: «Unbestritten ist, dass kaufmännisch erworbene Gegenstände in der Regel weiterverkauft werden. Ein Teil der Lehre unterstellt indessen auch den Kauf von Gegenständen, die im Käuferunternehmen verwendet werden sollen, den kaufmännischen Sondernormen. Hier ist unserer Ansicht nach zu differenzieren: Kauft ein Unternehmen, welches Verpackungsmaschinen herstellt, eine Kaffeemaschine für sein Personal, liegt kein Handelskauf vor. Kauft es dagegen Bestandteile, die es zwar nicht *tel quel* weiterverkauft, aber in die Verpackungsmaschinen einbaut, so handelt es sich um einen Handelskauf. Ein Handelskauf ist auch zu bejahen, wenn ein Restaurant eine Kaffeemaschine für den entgeltlichen Ausschank an die Gäste kauft.»; a.M. BSK OR I-Koller, Art. 190 N 8: «Nicht Handelskauf ist daher der Kauf zum eigenen Bedarf. Nicht unter Art. 190 fällt somit der Verkauf an den Konsumenten (z.B. Kauf einer Kuh zur eigenen Nutzung, BK-Becker, N 3), ferner auch nicht der Verkauf an einen Gewerbetreibenden, der die Ware in seinem Betrieb verwenden will (vgl. BGE 90 II 285: Kauf einer Kaffeemaschine für den Betrieb eines Restaurants). Ein Kauf zum Weiterverkauf fällt hingegen auch dann unter Art. 190, wenn ein Privatmann Käufer ist (Einschränkung in N 14); das wurde v.a. für Börsentermingeschäfte anerkannt (BIHE 1889, 278; ZBJV 1895, 264 ff.; KUKO OR-Kikinis, N 2 m.w.Nw.)»

²¹ Vgl. BSK-Wiegand, OR 108 N 6: „Art. 108 Ziff. 3 kommt jedoch nicht bei allen Fixgeschäften zur Anwendung, sondern nur bei den (v.a. in der deutschen Doktrin) sog. relativen Fixgeschäften. Damit bezeichnet man jene Geschäfte, bei denen der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist bzw. bei denen mit dem Fristablauf auch die Erfüllbarkeit der Obligation entfällt (...).“; vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 2747: „Ergibt sich aus der Parteiabrede, dass die Leistung nach einem genau bestimmten Zeitpunkt nicht mehr er folgen darf (Art. 108 Ziff. 3), so ist sie häufig für die Gläubigerin auch nutzlos geworden (Art. 108 Ziff. 2). Die beiden Normen behalten aber einen je eigenen Anwendungsbereich: Die «Nutzlosigkeit» nach Ziff. 3 wird allein durch die Fixabrede definiert; ob bei objektiver Betrachtung der Nutzen effektiv entfällt, spielt keine Rolle. Anders bei der Nutzlosigkeit nach Ziff. 2; hier wird effektive und erkennbare Nutzlosigkeit gefordert.“; 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 (...).»

²² Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 191 N 15: «Nach seinem Wortlaut betrifft Art. 191 Abs. 2 nur den kaufmännischen Verkehr, also den Fall, da der Käufer die Kaufsache zwecks Weiterverkaufs erwirbt. Diese Beschränkung ist indes unzutreffend (s. schon von Tuhr, SJZ 1921, 367; ferner Koller A., OR BT, § 4 N 33, 38 f. m.w.Nw.; ZR 1994, 64 Nr. 11; a.A. ZK-Oser/Schönenberger, N 6; BGE 123 III 16): Muss sich der Käufer, der die Ware für sich behalten will (z.B. zwecks Verwendung in seinem Gewerbebetrieb), teurer eindecken, so erleidet er einen Verlust, den er im Falle der Erfüllung nicht gehabt hätte. Diesen muss er auf den Verkäufer, falls dieser im Verschulden ist, abwälzen können, und zwar nach der Differenztheo-

Bei der Variante I mit dem Verkauf zum erkennbaren Weiterverkauf ist Art. 190 OR anwendbar, weil kaufmännischer Verkehr vorliegt. Art. 190 Abs. 1 OR enthält drei Vermutungen: «Art. 190 weicht – beim kaufmännischen Verkehr – von der Regelung des Art. 108 Ziff. 3 in dreierlei Hinsicht ab: a) Wird ein bestimmter Erfüllungszeitpunkt abgemacht, so knüpft sich hieran die widerlegbare Vermutung eines (relativen) Fixgeschäfts. Im Zweifel ist somit von einem Fixgeschäft auszugehen. Behauptet der Verkäufer, dass die Vereinbarung des bestimmten Erfüllungszeitpunktes nicht den Sinn gehabt habe, nachträgliche Erfüllung gegen den Willen des Käufers auszuschliessen, so trägt er insoweit die Beweislast. b) Es wird vermutet, der Käufer mache von seinem Recht, auf nachträgliche Erfüllung zu verzichten, Gebrauch. Will der Käufer auf der Leistung beharren, so hat er dies «unverzüglich» zu erklären. c) Beharrt der Käufer nicht auf der Leistung, so wird nach dem Gesetzeswortlaut vermutet, er verlange Ersatz des Nichterfüllungsschadens (positives Vertragsinteresse). Eine entsprechende Vermutung besteht beim normalen Fixgeschäft nicht: Es gilt Art. 107 Abs. 2, wonach die Erklärung des Gläubigers, auf die Leistung zu verzichten und Schadenersatz zu verlangen, nach den allgemeinen Grundsätzen daraufhin zu untersuchen ist, ob Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses verlangt wird. Ob diese Wahlmöglichkeit auch beim Tatbestand von Art. 190 besteht, ist umstritten (...).»²³ Eine Nachfristsetzung erübrigt sich folglich vermutungsweise. Wenn die Kurt AG nichts sagt, ist vermutungsweise von einem Verzicht mit positivem Interesse auszugehen. Will die Kurt AG die Lieferung dennoch, so muss sie dies unverzüglich mitteilen (Art. 190 Abs. 2 OR).

In der Variante II handelt es sich um einen Kreditkauf. Der Rücktritt steht der Viktor AG nur noch offen, wenn sich die Viktor AG dieses Recht ausbedungen hat (Art. 214 Abs. 3 OR). Als solcher Vorbehalt gilt auch ein Eigentumsvorbehalt im Sinne des Art. 715 ZGB, selbst wenn er nicht gültig eingetragen ist.²⁴ Eine Mahnung ist nicht notwendig, da ein Zahlungstermin («innert 30 Tagen») feststeht.²⁵ Die Viktor AG kann folglich alle Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR beanspruchen, sofern er nach dieser Norm vorgegangen ist, was eine Nachfrist²⁶ voraussetzt: er kann auf die Leistung verzichten (mit pos. oder neg. Interesse) oder an der Leistung des Kaufpreises festhalten. Den Kaufpreis i.S. der Erfüllung verlangen kann er auch ohne Nachfrist.

rie. Dafür braucht man allerdings nicht auf Abs. 2 zu greifen. Vielmehr ergibt sich die Haftung schon gestützt auf Abs. 1 bzw. aus allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts (vgl. BGE 47 II 30, 34). An diesen will Abs. 2 nichts ändern. Seine Funktion besteht einfach darin, diese Grundsätze für einen praktisch bedeutsamen Fall, denjenigen des kaufmännischen Verkehrs, ausdrücklich festzuschreiben.» und 25: «Art. 191 Abs. 3 gilt nur für den kaufmännischen Verkehr. Für eine analoge Anwendung im nicht kaufmännischen Verkehr bleibt kein Raum. «Denn die der Bestimmung zugrunde liegende Vermutung, es sei ein Deckungskauf vorgenommen worden, um einen Weiterverkauf halten bzw. tätigen zu können [N 17], ist nur dort gerechtfertigt», wo der Käufer «typischerweise zum Weiterverkauf kauft» (Koller A., OR BT, § 4 N 33; a.A. ZK-Schönle, N 39; Honsell, OR BT, 60). Hingegen bleibt die Frage, ob nicht u.U. nach allgemeinem Schadenersatzrecht eine dem Art. 191 Abs. 3 entsprechende Schadensliquidation Platz greifen kann. Das ist weder generell zu bejahen (a.A. Schenker, zit. bei Art. 190, N 658; Lemp, 176) noch generell zu verneinen (a.A. wohl von Büren, BT, 14). Es kommt auf die Umstände an (vgl. BK-Giger, N 43).»

²³ BSK OR I-Koller, Art. 190 N 4.

²⁴ BSK OR I-Koller, Art. 214 N 22: «Hat der Verkäufer beim Kreditkauf die Sache vor Zahlung des Kaufpreises übergeben, kann er wegen Zahlungsverzugs des Käufers den Vertrag nur dann auflösen und die Kaufsache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht «ausdrücklich» vorbehalten hat. Als ausdrücklicher Rücktrittsvorbehalt gilt nach herrschender Auffassung auch der Eigentumsvorbehalt, und dies unabhängig von seiner Eintragung im Eigentumsvorbehaltsregister (BGE 51 II 137, 139; 60 II 412, 413; 73 III 165, 168; 88 II 81, 85; 90 II 285, 292); ist eine Eintragung erfolgt, kommt Abs. 3 ohnehin nicht zur Geltung (N 20 a.E.).»

²⁵ Vgl. BK-Weber, OR 102 N 115.

²⁶ BSK OR I-Koller, Art. 214 N 4: «Nach Übergabe der Kaufsache ist die Rechtslage unterschiedlich, je nachdem, ob sich der Verkäufer die Rückforderung der Kaufsache vorbehalten hat oder nicht. Hat er dies getan, so stehen ihm alle Möglichkeiten von Art. 107 Abs. 2 offen (von Büren, BT, 56 f.), vorausgesetzt, dass er nach Massgabe dieser Bestimmung vorgegangen ist, namentlich also Nachfrist angesetzt hat (Merz Th., 68, m.w.Nw.). Fehlt es hingegen an einem Rückforderungsvorbehalt, so kann der Verkäufer lediglich Ersatz des positiven Vertragsinteresses geltend machen und er ist insoweit auf die Austauschtheorie verwiesen, d.h. er kann nicht die bereits übergebene Sache zurückverlangen und die Differenz zwischen Kaufpreis und (tieferem) Sachwert beanspruchen (ZR 1920, 242 Nr. 122; Koller A., OR BT, § 4 N 51 f.). Ein solches Vorgehen ist allerdings für den Verkäufer kaum von Interesse, hat es doch im Wesentlichen die gleiche Wirkung, wie wenn er auf Erfüllung beharrt und den Käufer nach Art. 103/106 auf Ersatz des Verspätungsschadens belangt (vgl. SJZ 1955, 75 Nr. 52).»; ebenso KUKO OR-Stark, Art. 214 N 8: «Kann der Verkäufer kraft Rücktrittsvorbehalts vom Vertrag zurücktreten, stehen ihm – nach Ansetzung einer Nachfrist (Art. 107 Abs. 1) – die Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 offen (s. dort; BGE 127 III 426; 114 II 152).»