

Die Kartoffelpülpe

Die Chio Chips AG stellt Kartoffelchips her. Dabei fallen jeden Tag grosse Mengen an Kartoffelresten an. Die Chio Chips AG erhitzt und versetzt diese mit Enzymen, um die Kartoffelstärke in Zucker umzuwandeln und die Masse zu verflüssigen. Dieser leichter transportierbare Brei nennt sich *Kartoffelpülpe*. Die Chio Chips AG überlässt diese gewöhnlich einem Schweinemastunternehmen, an dem sie als Gesellschafterin beteiligt ist.

Zur Deckung des grösseren Chipsbedarfs während den Fussballmeisterschaftsspielen erhöht die Chio Chips AG die Produktion. Um die überschüssige, von den Schweinen nicht mehr zu bewältigende Pülpe nicht kostenpflichtig entsorgen und rezyklieren zu müssen, offeriert sie dem Rindermäster Tanner telefonisch deren Lieferung auf den 1. März 2019, 10 Uhr. Tanner nimmt dankend an. Zum besagten Zeitpunkt ist jedoch weit und breit kein Lastwagen zu sehen – die verantwortlichen Leute bei der Chio Chips AG haben die Pülpe aus Versehen bei einem anderen Mäster abgeliefert, der sie angenommen hat. Tanner ruft Sie umgehend in der Anwaltskanzlei an und fragt, wie er vorgehen solle. Wenn die Pülpe nicht bald eintreffe, müsse er schon am darauffolgenden Tag Futter für die Rinder kaufen.

Wie lautet Ihr Rat?

Glücklicherweise lässt sich alles regeln. Der Tankwagen füllt am 2. März 2019 die Futtertröge *randvoll* mit total sieben Tonnen Pülpe. Nach dem Konsum der Pülpe erkrankten die Rinder zum Teil schwer. 40 Rinder verenden; bei den übrigen Tieren stellt sich eine geringere Gewichtszunahme ein als üblich. Sie erbringen einen verminderten Verkaufserlös. Die Probleme beruhen auf übermässiger Säurebildung im Pansen der Rinder, die man im Unterschied zu Schweinen langsam an die Pülpe gewöhnen muss. Dies wussten die verantwortlichen Leute bei der Chio Chips AG, teilten es aber Tanner nicht mit, weil sie glaubten, er wisse das bereits.

Wie ist die Rechtslage?

Lösungsvorschlag
Universität Zürich, HS 2019
Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

Problemübersicht

Tanner könnte in beiden Fällen einen Schadenersatzanspruch gegen die Chio Chips AG haben. Dieser hängt wesentlich von der Vertragsqualifikation ab. Die wichtigste Frage im Rahmen der Qualifikation bildet die Unentgeltlichkeit, die zur Schenkungsqualifikation („...*ohne entsprechende Gegenleistung*...“; Art. 239 Abs. 1 OR) gehört. Kommt Schenkungsrecht zur Anwendung, zeigen sich Probleme bei der Form, denn ein Schenkungsversprechen bedarf der einfachen Schriftlichkeit (Art. 243 Abs. 1 OR). Zusätzlich stellt sich die Frage, ob Art. 248 OR allfälligen Ansprüchen entgegenstehen könnte. Liegt keine Schenkung vor, richtet sich der Fokus auf eine Lösung nach den Regeln der Innominatkontrakte.

Frage 1: Tanner gegen Chio Chips AG: Schadenersatz aus Art. 107 Abs. 2 OR

Um den gefragten Rat in der ersten Fragestellung erteilen zu können, ist es notwendig, die Rechtslage zu analysieren. Primäre Voraussetzung dieses Anspruchs ist das Bestehen eines Vertrags. Da es sich um ein *Schenkungsversprechen* handeln könnte, spielt die Einhaltung der Form eine wesentliche Rol-

le. Hier liegt nur eine *telefonische Vereinbarung* vor, die den Anforderungen des Schenkungsrechts nicht genügt (Art. 243 Abs. 1 i.V.m. 13 f. OR, einfache Schriftlichkeit als Formerfordernis). Auch wenn die Parteien diese Form eingehalten hätten, zeigt sich ein weiteres Problem: Liegt wirklich ein qualifiziertes Verschulden i.S. des Art. 248 Abs. 1 OR vor, das im Rahmen einer Schenkung die Zusprechung von Schadenersatz ermöglichen würde?

Voraussetzungen der Schenkung

- Zuwendung, die bereichert
- Ohne Gegenleistung (synallagmatische, konditionale oder kausale Verknüpfung)
- Animus donandi?
- Offerte und Akzept

Bereicherung

Tanner muss für die Pülpe nichts bezahlen. Er ist um die Pülpe bereichert und spart Futterkosten für die Rinder, wenn er diese mit Pülpe mästen kann. Eine Bereicherung auf Seiten Tanners lässt sich also bejahen. Stammt die Pülpe aus „seinem Vermögen“ i.S. des Art. 239 Abs. 1 OR, d.h. aus dem Vermögen der „schenkenden“ Chio Chips AG? Das könnte man nach herkömmlichem Verständnis, das dieses Kriterium dazu verwendet, die Schenkung fremder Sachen zu verhindern,¹ ohne Zweifel ebenso bejahen. *Die Chio Chips AG wird aber interessanterweise reicher*, wenn sie die Pülpe Tanner geben kann, weil sie sich die Entsorgungs- und Rezyklierungskosten erspart: ihre Passiven nehmen ab. Es liegt also eine *atypische Bereicherung* bei Tanner insoweit vor, als diese nicht mit einer Entreicherung seitens der Chio Chips AG einhergeht und auch nicht auf deren Kosten erfolgt.²

Fehlende Gegenleistung

Das Phänomen der fehlenden Entreicherung seitens der Chio Chips AG lässt sich damit erklären, dass schon die bloße Abnahme die Gegenleistung darstellt: Es gibt eine Gegenleistung, die in der *Annahme und Entsorgung der Pülpe* liegt. Diese erbringt Tanner, indem er seine Rinder die Pülpe fressen lässt. Die Entsorgungsleistung lässt nicht die Bereicherung Tanners entfallen, sondern macht daraus eine *entgeltliche* Bereicherung.³ Es geht folglich um eine synallagmatische Gegenleistung (im Unterschied zu den konditionalen oder kausalen Gegenleistungen).⁴

¹ BSK-Vogt/Vogt, OR 239 N 42; richtig Bucher, OR BT, 148: „*Vorteilsverschaffung, die der Schenkende nicht "aus seinem Vermögen" erbringt (so nach dem Vorbild von BGB § 516, überflüssigerweise OR 239/1), womit der Ausschluss unentgeltlicher Dienstleistungen usw. aus dem Schenkungsrecht erreicht werden soll; (...)*“; ebenso fällt ein Verzicht auf ein Erbe deshalb nicht unter Art. 239 Abs. 1 OR, vgl. BGer 5A_68/2012, E. 6.2: „*In der Sache selbst hat das Obergericht erwogen, dass der Erbverzicht zugunsten der beiden Söhne keine Schenkung darstelle, weil diese nach der Legaldefinition von Art. 239 Abs. 1 OR "aus seinem Vermögen" erfolgen müsste, was beim Erbverzicht nicht der Fall sei. Sodann mache gemäss Art. 239 Abs. 2 OR keine Schenkung, wer auf ein Recht verzichte, bevor er es erworben habe, oder eine Erbschaft ausschlage; bewirke aber nicht einmal die Ausschlagung eine Schenkung, so könne dies umso weniger beim Erbverzicht der Fall sein.*“

² Vgl. die entsprechenden Formulierungen bei CHK-Schönenberger, OR 239 N 4: „*Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Entreicherung des Schenkers und der Bereicherung des Beschenkten bestehen.*“, bei Sandra Maissen, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Fribourg 1996, N 73: „*Die Zuwendung wird dem Vermögen des Schenkers entnommen, welcher dadurch sofort entreichert wird.*“

³ Michael Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Habil. Erlangen-Nürnberg 2001, Köln 2002, 40: „*Nach bürgerlichem Recht bereichert also beim Kaufvertrag als dem klassischen entgeltlichen Geschäft, der Verkäufer den Käufer um die Kaufsache, empfängt aber den Kaufpreis, was bedeutet, dass er den Käufer nicht unentgeltlich, sondern entgeltlich bereichert. Darin liegt der dogmatische Unterschied zwischen dem Kauf als entgeltlichem Veräusserungsgeschäft und der Schenkung als unentgeltlichem Veräusserungsgeschäft.*“

⁴ Eine synallagmatische Gegenleistung liegt vor, wenn eine gegenseitige Verknüpfung oder Bedingung existiert. Jede Vertragspartei ist dabei zugleich Schuldner und Gläubiger einer Leistung. Es ist die Gegenleistung „in obligatione“. Als Leistung und Gegenleistung genügen auch immaterielle Leistungen. Eine Gegenleistung mit konditionaler Verknüpfung liegt vor, wenn das Versprechen in der Absicht erfolgt, den Zuwendungsempfänger seinerseits zu einer Leistung zu bewegen. Es ist die Gegenleistung „in condicione“. Schwery erwähnt als Beispiel das Versprechen des Vaters, dem Sohn eine Ferienreise zu zahlen, wenn er die Lehre erfolgreich abschliesst (Nadja Schwery, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 2013, N 30). Eine lediglich

Animus donandi

Art. 239 Abs. 1 OR erwähnt den *animus donandi* nicht. Dennoch gehört dieser zu den Voraussetzungen einer Schenkung, was man aus Art. 244 OR erkennen kann.⁵ Dabei stellt sich gerade vorliegend die Frage, ob der *animus donandi* Teil des selbstverständlichen Konsenses über die Unentgeltlichkeit bildet,⁶ weil jede Schenkung vom entsprechenden (gemeinsamen) Willen getragen sein muss, oder nur einseitig beim Schenker im Sinne von *Freigebigkeit, Altruismus oder Grosszügigkeit* vorliegen muss,⁷ was insbesondere bei *Werbegeschenken* zweifelhaft ist.⁸ Das Konzept der einseitig notwendigen, altruistischen Gesinnung erweist sich im Alltag wegen des schwierigen Beweises als wenig praktikabel. Diese Kontroverse spielt vorliegend indes keine Rolle. Von einseitiger Freigebigkeit und Altruismus kann keine Rede sein, wenn die Chio Chips AG froh darüber ist, den „Abfall“ loszuwerden. Betrachtet man die Abnahme und die Entsorgung als Gegenleistung, liegt ohnehin Entgeltlichkeit vor: Die Freigebigkeit als Konsens der Unentgeltlichkeit ist deshalb undenkbar.

Zwischenfazit: Es handelt sich nicht um eine Schenkung – Art. 243 Abs. 1 OR findet deshalb keine Anwendung. Es geht vielmehr um einen entgeltlichen Vertrag, bei dem Tanner die Abnahme und Entsorgung schuldet. Die Chio Chips AG übergibt ihm dafür die Pülpe. Im Sinne eines didaktischen Exkurses behandle ich dennoch die Frage, wie die Verzugsfolgen nach Schenkungsrecht aussehen würden. Danach richten sich die Überlegungen darauf, wie mit der ausgebliebenen Lieferung umzugehen ist.

Schenkungsrechtlicher Exkurs zum Verzug: Die verzugsrechtlichen Schadenersatzansprüche bestehen bei einem formgültigen Schenkungsversprechen – bei einer Handschenkung sind diese und der Verzug an sich ohnehin nicht denkbar – nur bei Vorliegen des in Art. 248 Abs. 1 OR genannten, qualifizierten Verschuldens.⁹ Verzugszinsen gibt es, sofern kein solches Verschulden vorliegt, erst ab Anhebung der Betreuung (Art. 105 Abs. 1 OR), doch ist dies alles nur auf Geldschulden¹⁰ anwendbar, also nicht auf geschenkte Kartoffelpülpe. Die sonstigen Möglichkeiten des Verzugsrechts (Art. 107 OR) stehen bei einer Schenkung nicht offen, da die Schenkung kein Synallagma aufweist. Auch die analoge Anwen-

kausale Verknüpfung einer Zuwendung mit einer Gegenleistung liegt dann vor, wenn die Verknüpfung nur im Sinne einer Geschäftsgrundlage besteht. Es handelt sich dabei um eine tatsächliche Willensübereinstimmung, nicht jedoch um eine rechtliche Willensübereinstimmung im Sinne einer Einigung. Berühmt ist das Beispiel einer Zuwendung des Mannes, um seine Ehegattin zur Rückkehr zu bewegen (Maissen (FN 2), N 113; MK-Koch, BGB 516 N 28).

⁵ Vgl. Art. 244 OR: „Wer in Schenkungsabsicht einem andern etwas zuwendet, kann, auch wenn er es tatsächlich aus seinem Vermögen ausgesondert hat, die Zuwendung bis zur Annahme seitens des Beschenkten jederzeit zurückziehen.“

⁶ BGE 126 III 171 ff., 173: „Nach der Rechtsprechung setzt die Ausgleichung bzw. Herabsetzung in objektiver Hinsicht voraus, dass eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, und in subjektiver Hinsicht, dass der Erblasser einen Zuwendungswillen (*animus donandi*) hat; die Parteien müssen z.B. bei einer gemischten Schenkung eine unentgeltliche Zuwendung in dem Sinn beabsichtigten, dass sie den Preis bewusst unter dem wahren Wert des Kaufgegenstandes angesetzt haben, um die Differenz dem Käufer unentgeltlich zukommen zu lassen (BGE 98 II 352 E. 3b S. 357 f. mit Hinweisen; vgl. auch BGE 116 II 667 E. 3b/aa S. 674).“

⁷ Zu diesem Konzept Fischer (FN 3), 82 ff., insb. 83: „Diese in der Freigebigkeit verankerten Rechte des Zuwendenden entfallen nicht erst, wenn der Empfänger eine Gegenleistung erbringt, sondern bereits dann, wenn sich die Beteiligten darüber positiv einig sind, dass die Zuwendung trotz Fehlens einer rechtlich abhängigen Gegenleistung nicht freigebig, sondern aus eigennützigen Gründen des Zuwendenden erfolgt.“; so war es beim deutschen „Apotheker-Fall“, bei dem ein Apotheker Räume, die er selbst angemietet hatte, zum halben Preis an einen Arzt weitervermietete – in der Hoffnung, dadurch mehr Kundschaft in seine Apotheke locken zu können (BFH, Beschluss vom 23. Juni 1997 - GrS 2/93, DStR 1997, 1442 ff., beschrieben bei Fischer (FN 3), 60 f.).

⁸ Schwery (FN 4), N 42: „Unentgeltliche Leistungen können dem Eigennutz dienen. Klassisches Beispiel dafür ist das Werbegeschenk (vom Warenmuster bis zum Treuegeschenk): Es wird zwar unentgeltlich, aber gewiss nicht uneigennützig an (potenzielle) Kunden verteilt.“

⁹ Maissen (FN 2), N 363: „Wird die Schuldschenkung pflichtwidrig in zeitlicher Hinsicht nicht erfüllt, hat der Beschenkte neben der Klage auf Realerfüllung die Möglichkeit, den Schenker unter gegebenen Voraussetzungen (vgl. Art. 102 OR) in Verzug zu setzen. Unabhängig vom Verschulden des Schenkers bewirkt der Verzug der Geldschenkung vorab, dass der Schenker Verzugszinsen zu bezahlen hat. Gemäss Art. 105 OR beginnt die Verzinsungspflicht bei Geldschulden aus einer Schuldschenkung jedoch erst am Tag der Anhebung der Betreuung oder der gerichtlichen Klage. Bei qualifiziertem Verschulden des Schenkers kann der Beschenkte zudem Ersatz des Verspätungsschadens (Art. 103 OR) beanspruchen.“; Schwery (FN 4), N 372: „Verspätungsschaden: Entsteht dem Beschenkten durch die verspätete Erfüllung des Schenkungsvertrages adäquatkausal ein Schaden, so hat der Schenker diesen zu ersetzen (Art. 103 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 OR), falls ihn daran ein Verschulden trifft. Auch hier hat der Schenker bloss für Absicht und grobe Fahrlässigkeit einzustehen (Art. 248 Abs. 1 OR).“

¹⁰ Maissen (FN 2), N 363.

dung bringt nichts, da keine Gegenleistung existiert, von der sich der Gläubiger befreien oder die er zurückfordern könnte.

Wie sollte man diesen entgeltlichen Vertrag qualifizieren?

Könnte es sich um einen *atypischen Werkvertrag* handeln? Das Roden eines Waldes mitsamt Entsorgung des Holzes fällt als *objektiv garantiefähiger Erfolg* unter das Werkvertragsrecht.¹¹ Der Lohn besteht dabei nicht (nur) aus Geld, sondern aus dem Werk oder Teilen des Werkes selber. Beim baurechtlichen Werkvertrag zeigt sich eine ähnliche Situation, wenn der Unternehmer einen Aushub zu bewerkstelligen hat, dabei durch Vereinbarung Eigentum am Aushub erwirbt und der Aushub als solcher Teil des Werklohnes im Sinne einer *Naturalvergütung* darstellt.¹² Die Mitwirkung des Bestellers – d.h. die Lieferung der Pülpe – bildet vorliegend aber nicht bloss wie beim gewöhnlichen Werkvertrag eine Mitwirkungshandlung im Sinne einer Obliegenheit, sondern eine Hauptpflicht. Ebenso stellt die Annahme der Pülpe seitens des Unternehmers im vorliegenden Fall nicht bloss eine Mitwirkungshandlung¹³ dar, sondern als Annahme und Entsorgungsleistung eine der beiden Hauptpflichten. Blendet man die Entsorgungsleistung etwas aus, könnte man im vorliegenden Geschäft auch einen Kauf mit atypischer Gegenleistung sehen. Wie beim Räumungsausverkauf ist es plötzlich wichtig, dass die gekaufte Ware auch wirklich aus dem Laden verschwindet. Die Abnahme gehört dann zu den Hauptpflichten.¹⁴ Anders als beim Räumungsausverkauf schuldet der Erwerber aber keinen Kaufpreis, auch nicht einen reduzierten, sondern die *Entsorgungsleistung*. Damit liegen kein Werkvertrag und auch kein Kauf vor, sondern ein Innominatkontrakt.

Welches Recht wendet man auf einen Innominatkontrakt¹⁵ an? Huguenin erwähnt sechs Theorien: (1) Absorptionstheorie¹⁶ (2) Kombinationstheorie¹⁷ (3) Theorie der gesetzlichen Einzelanordnungen¹⁸ (4) Theorie der analogen Rechtsanwendung des OR BT,¹⁹ (5) Kreationstheorie²⁰ und (6) Diskurstheorie.²¹

¹¹ BGer 4C.180/2003. Die Reinigung von Gegenständen oder Gebäuden fällt ebenfalls unter das Werkvertragsrecht, vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 29.

¹² Gauch (FN 11), N 326 Fn. 728; Art. 121 Abs. 1 SIA 118 sieht vor, dass das Eigentum am Aushub auf den Unternehmer übergeht, wenn er dessen Abtransport schuldet („Aushub- und Rückbaumaterialien gehören, unter Vorbehalt der Rechte Dritter, dem Bauherrn. Wird ihr Abtransport auf eine Deponie des Unternehmers vereinbart, so geht das Eigentum des Bauherrn daran, mangels anderer Abrede, ohne Entschädigung auf den Unternehmer über.“); restriktiv OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Mai 2004 – I-5 U 56/03, BeckRS 2004, 12511 und OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. September 2009, I-23 U 9/09, Internet: <http://openjur.de/u/142976.html> (9.12.2019).

¹³ Vgl. Gauch (FN 11), N 1324-1326.

¹⁴ Huguenin, N 2463: „Nur wenn der Verkäufer ausnahmsweise ein besonderes und für den Käufer erkennbares Interesse an der Wegschaffung der Ware hat, besteht eine echte Annahmepflicht, deren Verletzung Schuldnerverzug (Art. 102 f. OR) auslöst. Als Beispiel kann der Kauf eines Warenlagers wegen Räumung angeführt werden.“

¹⁵ Vgl. Huguenin, N 3663: „Innominatkontrakte sind Verträge, die weder im besonderen Teil des OR noch in einem Spezialgesetz eine eigene Regelung erfahren haben.“

¹⁶ Vgl. Huguenin, N 3697 f.: „Nach der Absorptionstheorie ist ein Innominatkontrakt nach dem Recht des dominanten Vertragstypus auszulegen und zu ergänzen. Die Bestimmungen des weniger bedeutenden Typus werden «absorbiert». Die Absorptionstheorie versucht, ein Vertragsgebilde als Ganzes in ein vorbestimmtes Schema zu legen. Dies ist dann sachgerecht und naheliegend, wenn lediglich untergeordnete atypische Elemente in diesem Gebilde enthalten sind (typische Verträge mit Beimischung; s. N 3675). Stellen die atypischen Elemente indessen mehr als nur Nebenpflichten dar, führt die Absorptionstheorie bisweilen zu schwer vertretbaren Ergebnissen. Das Vertragsgebilde wird so in ein Schema gezwungen, in welches es unter Umständen gar nicht hineinpasst. Die Absorptionstheorie verkommt dann zu einer Bauanleitung für ein Prokrustesbett.“

¹⁷ Huguenin, N 3699: „Die Kombinationstheorie sieht den gemischten Vertrag als Verbindung von gesetzlich geregelten Tatbestandselementen an. Zu diesem Zweck zerlegt sie Nominattypen in einzelne Teile, an die sich die entsprechenden Rechtsfolgen knüpfen. Diese wendet sie sodann auf die einzelnen Vertragselemente an.“

¹⁸ Huguenin, N 3701: „Diese Theorie ist eine Weiterentwicklung der Kombinationstheorie und setzt statt auf der Stufe des Typus auf der Stufe der Einzelanordnung an. Sie soll ermöglichen, auf einen konkreten Fall bloss jene Typennormen anzuwenden, die zu einem sachgerechten Ergebnis führen. Ausserdem erlaubt sie, auf einen Innominatvertrag, der in Beziehung zu mehreren gesetzlichen Typen steht, gleichzeitig Einzelanordnungen verschiedener Nominatkontrakte anzuwenden.“

¹⁹ Huguenin, N 3703: „Diese Theorie wendet – wie ihr Name sagt – die Regeln der Nominattypen nicht unmittelbar, sondern analog an. Sie will dem Vertrag als ganzheitlichem Gebilde entsprechen. Eine Lösung bietet sie allerdings nur an, wenn eine Ähnlichkeit mit einer bestehenden Regel gefunden werden kann. Richtig an dieser Theorie ist, dass die Anwendung von Typenrecht auf Innominatkontrakte (nicht hingegen auf typische Verträge mit Beimischung und grundsätzlich nicht auf zusammengesetzte Verträge) stets nur eine analoge sein kann. Direkte Anwendung finden hingegen in der Regel die Bestimmungen des Allgemeinen Teils (Art. 1–183 OR).“

²⁰ Huguenin, N 3704: „Bei der Kreationstheorie ist das Gericht dazu aufgerufen, die fehlenden Regeln selber

Bei gemischten Verträgen steht oft die Anwendung der Rechtsbehelfe aus den verschiedenen geregelten Vertragstypen im Vordergrund.²² Häufig finden einfach die Regeln des *allgemeinen Teils* Anwendung.

Für diesen konkreten Fall hält das Werkvertragsrecht keine spezielle Norm bereit, die man analog anwenden könnte oder die besonders gut passen würde. Eine kaufrechtliche Norm, die – bei Befolgung der Theorien Nr. 1-4 – auf den vorliegenden Fall passen könnte, wäre Art. 190 Abs. 1 OR, doch setzt dieser Artikel einen *Kauf für den Weiterverkauf* voraus und basiert auch auf diesem Konzept.²³ Tanner möchte die Pülpe indes nicht weiterverkaufen, sondern seinen Rindern verfüttern. Art. 190 Abs. 1 OR passt darauf auch bei analoger Anwendung nicht. Hinzu tritt, dass die Vermutung, wonach der Erwerber die Leistung im Falle des Verzugs nicht mehr wünscht, kaum den tatsächlichen Begebenheiten dieses Falles entspricht.²⁴ Bei einem gewöhnlichen Werkvertrag wäre die Nichtlieferung des Grundstoffes des Werks durch den Besteller mit dem Gläubigerverzug zu erfassen (Art. 95 OR).²⁵ Ausnahmen bestehen nur, wenn die fehlende Mitwirkung *eng mit der Erfüllung der eigenen Leistung verbunden ist*. In solchen Fällen kann der Gläubiger direkt auf die Regeln des Schuldnerverzugs greifen.²⁶ Die Regeln des Gläubigerverzugs sind hier aber ohnehin nicht anwendbar, weil die Lieferung der Pülpe atypischerweise eine Hauptpflicht darstellt. Darauf sind ausschliesslich die Regeln des Schuldnerverzugs anwendbar. Deshalb widmen sich die nachfolgenden Überlegungen dem Problem, wie die Lösung bei Anwendung des allgemeinen Verzugsrechts aussehen könnte.

Die Parteien haben einen genauen Zeitpunkt der Leistung verabredet. Somit tritt der Verzug auch ohne Mahnung ein (Art. 102 Abs. 2 OR). *Ist auch die Nachfristsetzung entbehrlich?* Die Bejahung eines relativen Fixgeschäftes könnte auf den vorliegenden Sachverhalt passen. Die Parteien haben einen klaren Zeitpunkt definiert. Eine verspätete Lieferung ist bei Tanner aber sicher trotzdem willkommen – das zeigt auch die Fortsetzung des Sachverhalts – weshalb das relative Fixgeschäft gemäss Art. 108

zu setzen. Die Kreationstheorie folgt also der Aufforderung von Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB: Fehlt Gewohnheitsrecht (was die Regel ist), so muss das Gericht bei der Beurteilung eines Innominatkontrakts die gesuchte Norm selbst setzen. Die Kreationstheorie ergibt nach der Meinung ihrer Kritiker nur Sinn, wenn das Gericht generell-abstrakte Normen (*modo legislatoris*) schaffen soll, das heisst, wenn der zu beurteilende Sachverhalt sich in der Praxis bereits zu einem Vertragstypus verdichtet hat, nicht aber bei Innominatkontrakten individueller Natur, wo es vielmehr gilt, individuell-konkrete Ergänzungen zu finden. Dieser Meinung können wir uns nicht anschliessen: Die Anwendung dispositiven Rechts kommt unabhängig vom Verdichtungsgrad eines Vertrages nur infrage, wenn es im Kern den Parteiwillen trifft. Die Anwendung zwingenden Rechts hängt ebenfalls nicht von der Typenbildung, sondern vom Schutzzweck der entsprechenden Norm ab.“

²¹ Huguenin, N 3705: „Schliesslich ist die Diskurstheorie zu erwähnen, wonach die Rechtsanwendung bei Innominatverträgen von einem soziologischen Blickwinkel aus betrachtet im Diskurs zwischen Rechtsprechung, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft sowie Kautelarjurisprudenz zu erfolgen hat.“

²² Vgl. Huguenin, N 3699, 3715.

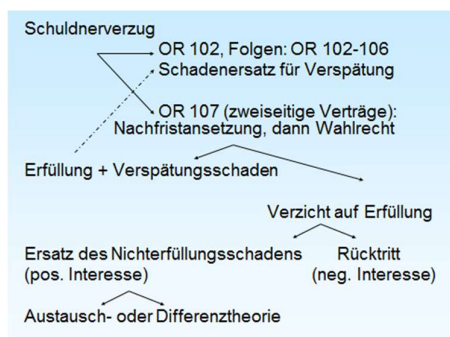
²³ CHK-Hrubesch-Millauer, OR 190 N 3; BSK-Koller, OR 190 N 7: „Art. 190 betrifft nur den kaufmännischen Verkehr. Damit ist nicht notwendig der Verkehr unter Kaufleuten gemeint (anders Art. 104 Abs. 3). Entscheidend ist, dass ein Kauf – für den Verkäufer erkennbar (N 9) – zum Zwecke des Weiterverkaufs getätigt wird (BGE 65 II 173 = Pra 1940, 58; 49 II 28, 35; 49 II 220, 229; 46 II 131, 135 ff.; Knoepfel, 7 m.w.Nw.; Cavin, SPR VII/1, 4 [vgl. aber auch 5]; teilweise abw. BK-Becker, N 3: Handelskauf sei «vor allem» der Kauf zum Wiederverkauf).“

²⁴ Vgl. BSK-Koller, OR 190 N 13: „Die Vermutung des Fixgeschäftes greift nicht Platz, wenn die Parteien eine abweichende Abrede getroffen haben oder sich aus den Umständen ergibt, dass der Fixgeschäftcharakter nicht dem Parteiwillen entspricht. Dies wurde etwa aus der Abrede geschlossen, dass Rückstände nachzuliefern seien (BGE 20 I 960, 978) oder innerhalb einer bestimmten Frist nachgeliefert werden dürften (BGE 21 I 525, 534 E. 5).“

²⁵ Gauch (FN 11), N 1330 und 1342.

²⁶ Hier ist die Nichtlieferung der Pülpe als Hauptpflicht noch direkter mit der Nichtbezahlung des Preises verbunden – es ist eigentlich die Nichtbezahlung des Kaufpreises oder des Werklohns, da die Pülpe Arbeitsobjekt und Vergütung in einem Objekt verkörpert; vgl. dazu die ähnlichen Überlegungen des Bundesgerichts zur ausgebliebenen Spezifikation bei Wahlschulden in BGE 110 II 148 ff., 151 f.: „Conformément à la jurisprudence (...), comme en l'espèce, le nonaccomplissement de l'acte préparatoire que constitue la spécification de la chose à livrer est lié au non-paiement du prix, on doit admettre que les règles sur la demeure du débiteur doivent trouver application. Les règles sur la demeure du créancier sont d'ailleurs impropres à aboutir à l'octroi de dommages-intérêts au vendeur ou à lui permettre d'obtenir de l'acheteur le paiement du prix; elles n'aménagent au vendeur, débiteur d'une prestation, que la faculté de se libérer valablement de ses obligations ou de se départir du contrat, en conformité d'ailleurs des dispositions sur la demeure du débiteur (art. 95 CO). Ainsi, lorsque, comme dans la présente affaire, il s'agit d'un contrat bilatéral, les règles des art. 107 à 109 CO sont applicables.“

Ziff. 3 OR nicht in Frage kommt.²⁷ Der Rat muss also lauten, dass Tanner eine angemessene Nachfrist setzen sollte. Läuft diese ohne Lieferung ab, kann er den Verzicht auf die Lieferung aussprechen und das *positive Vertragsinteresse* verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Dieses positive Interesse würde den Zukauf weiteren Futters abdecken. Doch ist dieser Vertrag wirklich zweiseitig, wie es Art. 107 OR verlangt? Die h.L. versteht darunter einen vollkommen zweiseitigen Vertrag mit Synallagma.²⁸ Dies lässt sich bejahen – die Abnahme ist die Gegenleistung für die Überlassung der Pülpe.



Der Gläubiger Tanner hat bei der Wahl des positiven Interesses grundsätzlich das zusätzliche Wahlrecht, ob er die *Austausch- oder Differenztheorie* anwenden will,²⁹ d.h. ob er seine eigene Leistung noch *in natura* erbringen will (Austauschtheorie) oder ob er den Wert der eigenen Leistung vom Ersatzanspruch abziehen kann und nur die Differenz fordern soll (Differenztheorie).³⁰ Die Austauschtheorie steht indes gar nicht zur Verfügung, denn es handelt sich um eine Leistung, die Tanner nur erbringen kann, wenn man ihm die Pülpe auch tatsächlich übergibt.³¹ Er kann seine Entsorgungsleistung nur erbringen, wenn die Chio Chips AG die Pülpe liefert. Die Bemessung des Werts der Pülpe erfolgt anhand der Kosten, die eine gleiche Leistung (hier: anderes Futter) kostet.³² Bei der Differenztheorie muss sich der Verzugsgläubiger einen Abzug gefallen lassen – er muss schliesslich die eigene Leistung nicht mehr erbringen. Bei Anwendung der Differenztheorie erhält Tanner die „*Differenz zwischen dem Schadenersatzanspruch, den die Austauschtheorie ergeben würde und dem Vorteil, den der Verzugsgläubiger daraus zieht, dass er bei der Differenztheorie seine ausstehende Leistung nicht mehr erbringen muss.*“³³ Im vorliegenden Fall ist es aber so, dass Tanners Leistung *ihn selber nichts „kostet“*, denn die Rinder fressen das Futter ohne sein Zutun. Die Differenztheorie führt deshalb zum Ergebnis, dass Tanner die Kosten des zugekauften Futters ohne Abzug verlangen kann. Die oben zitierte Lehre bestätigt diese Sichtweise, wenn sie den Schaden und den Abzug *aus dem Blickwinkel des Verzugsgläubigers* errechnet.³⁴

²⁷ Gauch (FN 11), N 647; vgl. BK-Weber, OR 108 N 40: „Ein bestimmter Verfalltag i.S.v. OR 102 II bzw. ein Geschäft, bei dem die Erfüllungszeit wichtig ist, macht einen Vertrag nicht ohne weiteres zum Fixgeschäft; es muss sich aus dem Parteiwillen oder den Umständen ergeben, dass der Gläubiger von vornherein eine verspätete Leistung nicht haben will (...).“

²⁸ BSK-Wiegand, OR 107 N 4.

²⁹ Vgl. Huguenin, N 951.

³⁰ Vgl. Huguenin, N 965; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2778: „Nach der Austauschtheorie bleibt es bei der beidseitigen Leistungspflicht: die Gläubigerin erbringt ihre volle Leistung *in natura* und erhält dafür Geldersatz im Wert der Leistung, auf die sie verzichtet hat (Erfüllungsanspruch). Hinzu kommt ein allfälliger Verspätungsschaden.“

³¹ BK-Weber, OR 107 N 165: „Die Anwendung der Austauschtheorie ist dann nicht möglich, wenn der Gläubiger die Leistung nicht real erbringen kann, weil eine Teilleistung des Schuldners dafür vorausgesetzt ist (z.B. Überlassung des Werkes, damit der Verleger vervielfältigen kann: ...).“; Franz Schenker, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik, Diss. Fribourg 1988, N 677.

³² Schenker (FN 31), N 652 f. (N 652: „Der Wert der Verzugsleistung, der für den Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu ermitteln ist (...), besteht im Interesse, das der Verzugsgläubiger an der Leistung hat.“).

³³ Schenker (FN 31), N 679.

³⁴ Schenker (FN 31), N 679. In N 681 hält er fest, „dass die dahinfallende Verpflichtung des Verzugsgläubigers zu dem Wert anzurechnen ist, den diese für ihn hat.“; vgl. BK-Weber, OR 107 N 201: „Der Schaden ist zu berechnen als Differenz zwischen dem Schadenersatzanspruch des Gläubigers, der (...) im positiven Vertragsinteresse (...) besteht, und dem Vorteil, den der Gläubiger dadurch erlangt, dass er bei der Differenztheorie seine eigene Leistung nicht erbringen muss (...).“; vgl. Elisabeth Glättli, Zum

Muss Tanner das Ersatzfutter tatsächlich kaufen, oder kann er die Kosten auch geltend machen, wenn er kein weiteres Futter zukauf? In diesem Fall verbraucht er eigenes Futter, das auch einen Wert aufweist. Diesen könnte man mit Marktwerten ermitteln, die im Tierfutterbereich durchaus bestehen. Wenn er aber in einem theoretischen Fall kein Futter zukauf und auch kein eigenes Futter verbraucht, weil er seine Tiere vielleicht vorzeitig verkaufen kann, stellt sich die Frage, ob eine abstrakte Schadensberechnung erfolgen kann. Dies ist auch ausserhalb der in Art. 191 Abs. 3, 215 Abs. 2 OR statuierten Fälle zulässig.³⁵

Selbstverständlich bedarf es für den Schadenersatz auch des Verschuldens,³⁶ das vorliegend im fahrlässigen Verwechseln der Pülpe-Abnehmer besteht.

Frage 2: Tanner gegen Chio Chips AG: Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR

Die folgenden Überlegungen widmen sich der Frage, ob eine Leistungsstörung vorliegt und wie die Lösung bei einem Innominatkontrakt, d.h. einem gesetzlich nicht erfassten Vertrag, aussehen könnte.

Erfassung der von der Pülpe verursachten Probleme

Bei der Suche nach ähnlichen Ansprüchen beim Kauf und beim Werkvertrag kommen höchstens vergleichbare Ansprüche aus Mängeln (Art. 197 ff./368 ff. OR) in Frage. Das Interesse Tanners dürfte sich auf Schadenersatz für die verendeten Rinder richten. Besonders attraktiv wäre Art. 208 Abs. 2 OR, weil der Verkäufer verschuldensfrei Schadenersatz leisten muss – wie beim Mülleramazonenpapeienfall existiert eine kurze, eingliedrige Kausalkette, die kein Verschulden voraussetzt.³⁷ Könnte man das kaufrechtliche Sachgewährleistungsrecht analog anwenden, jetzt, da die Entgeltlichkeit des Vertrags (siehe oben) feststeht? Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Pülpe nur bei Rindern Probleme verursachen kann. Die Pülpe als solche war also in Ordnung. Es kann sich somit nicht um einen Sachmangel handeln, womit die Anwendung der kauf- oder werkvertraglichen Sachgewährleistung wegfällt. Das Problem hätte sich verhindern lassen, wenn die Chio Chips AG Tanner darauf aufmerksam gemacht hätte, dass sich Rinder an Pülpe langsam gewöhnen müssen.

Gibt es eine allgemeine, vertragstypenübergreifende Pflicht, den Vertragspartner darüber zu informieren? Aus den Hauptpflichten lässt sich dies nicht ableiten, wohl aber aus den Nebenpflichten. Diese sind nicht selbständig einklagbar, doch begründet deren Verletzung eine Schadenersatzpflicht gemäss Art. 97 Abs. 1 OR.³⁸ Darunter fallen Obhuts- und Schutzpflichten: „Die Parteien sind sich verpflichtet, gegenseitig ihre Rechtsgüter (Leib und Leben, Eigentum) zu schützen, sie nicht zu gefährden. Objekt ist die Integritätssphäre der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen. Wird ein solches Rechtsgut des einen Partners durch den anderen verletzt, handelt es sich um einen Integritätsschaden.“³⁹ Noch genauer formuliert sind es die Informations- und Aufklärungspflichten: „Es gibt keine allgemeine Pflicht, den Vertragspartner über die für ihn wesentlichen Umstände zu informieren. Informations- und Aufklärungspflichten können aber dann bestehen, wenn eine Partei im Vergleich zur anderen

Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Diss. Zürich 1988, 203: „Da sich der Gläubiger auch eine allfällige Wiederverwendung der zurückbehaltenen Leistung als Vorteil anzurechnen hat, ist grundsätzlich derjenige Wert in Rechnung zu stellen, den die Leistung für den Gläubiger verkörpert.“

³⁵ Vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 191 N 2; vgl. BGE 120 II 296 ff., 299 f.; vgl. Schenker (FN 31), N 656 ff.

³⁶ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 107 N 43; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 2768.

³⁷ BGE 133 III 257 ff., 273: „Im vorliegenden Fall hat sich die Krankheit der gekauften Papageien direkt auf den Vogelbestand des Käufers übertragen, weshalb insoweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Übertragung erst durch die Einstellung und den damit verbundenen Stress möglich wurde, zumal die neue Einstellung zwingend mit dem Verkauf verbunden war und damit zur üblichen Verwendung gehörte, welche nicht als selbständige hinzutretende Schadensursache zu betrachten ist.“

³⁸ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 2638; vgl. BGER 4A_306/2009, E. 6.1 (wörtliches Zitat in FN 40).

³⁹ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 2643.

*Partei einen massgeblichen Wissensvorsprung besitzt und die Natur des Vertrags oder sonstige besondere Umstände eine Offenlegung verlangen.*⁴⁰

Im vorliegenden Fall hatte die Chio Chips AG sicher bedeutend mehr Erfahrung im Umgang mit Pülpe. Wenn sie diese Pülpe normalerweise an eine Gesellschaft abgibt, deren Gesellschafterin sie ist, weiss sie, wie damit umzugehen ist. Aufgrund der Angaben im Sachverhalt und der Tatsache, dass die Chio Chips AG ihre Resten ansonsten selber verwerten lässt, kann man auch davon ausgehen, dass der Rindermäster Tanner die Probleme, die Pülpe verursachen kann, nicht kannte: Kartoffelpülpe kann kein stark verbreitetes Futtermittel sein. Aufgrund dieses *Informationsvorsprungs* ist es vertretbar, eine Aufklärungspflicht zu bejahen. Der Sachverhalt erwähnt, dass die Leute der Chio Chips AG die Tröge „randvoll“ füllten, *was sich mit einer Eingewöhnungszeit nicht vereinbaren lässt*. Hier wäre es also richtig gewesen, kurz nachzufragen, ob die Rinder sich an den Konsum von Pülpe schon gewöhnt haben. Da es nur wenige Hersteller von Kartoffelpülpe gibt, hätten die verantwortlichen Leute ihren Glauben hinterfragen und merken müssen, dass das notwendige Wissen bei Tanner fehlt. Dies ist die Pflichtverletzung.

Wie beim normalen Schadenersatzanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR bedarf es auch hier zusätzlich eines Schadens, des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhanges und eines Verschuldens. Der Schaden besteht im Wert der verendeten Rinder und im Mindererlös beim Schlachten oder Verkauf der Rinder, die zwar überlebten, aber weniger stark an Gewicht zugenommen haben. Zum Kausalzusammenhang: Da es sich vorliegend um eine unterlassene Mitteilung geht, ist einzig die *hypothetische Kausalität* zu prüfen.⁴¹ Der Erfolg – der Schaden an den Tieren – entfällt, wenn man sich die erforderliche Warnung hinzudenkt. In solchen Fällen kann man aufgrund der Lebenserfahrung davon ausgehen, dass sich Tanner an den Rat gehalten und die Tiere anfänglich nur mit geringen Mengen Kartoffelpülpe gefüttert hätte – es greift sozusagen eine *Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens*.⁴² Gibt

⁴⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2645; vgl. BGer 4A_306/2009, E. 6.1: „Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 97 Abs. 1 OR). Die in dieser Bestimmung geregelte Schadenersatzpflicht erfasst alle Formen der Unmöglichkeit und der Schlechterfüllung eines Vertrages. Jeder Verstoß gegen eine vertragliche Verpflichtung bildet demnach eine nicht gehörige Erfüllung im Sinne dieser Bestimmung (...). Eine Form der nicht gehörigen Erfüllung stellt insbesondere die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten dar. Zu diesen gehören Verhaltenspflichten, die zum Zweck haben, die Hauptleistung zu ergänzen und deren ordnungsgemässe Erfüllung zu sichern bzw. den Vertragszweck zu erreichen, wie namentlich Schutz-, Obhuts-, Beratungs-, Unterlassungs-, Informations- und Aufklärungspflichten (...). Der Rechtsgrund solcher Pflichten liegt im Vertragsschluss, wobei diese Pflichten auch ohne diesbezügliche Willensäusserung der Parteien aufgrund der sich aus Art. 2 ZGB ergebenden Pflicht zu einer umfassenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners und zu loyalen Verhalten unmittelbar zum Vertragsinhalt werden (...). Die Nebenpflichten ergeben sich in diesem Fall aus einer Auslegung oder Ergänzung des Vertrages (...), wobei sich der Richter am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie am Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren hat (...). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Nebenpflichten stets dem Leistungsinhalt zuzurechnen sind und die primäre Leistungspflicht nicht im Sinne einer Änderung des Schuldinhaltes erweitern, sondern nur das schuldenrische Handeln im Hinblick auf den Leistungszweck näher umschreiben können (...).“

⁴¹ BGE 132 III 715 ff., 718 f.: „Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen.“; BGE 115 II 440 ff., 447 f.: „Nach überwiegender und richtiger Auffassung handelt es sich bei der Frage, ob eine Unterlassung natürliche Ursache einer Wirkung oder eines Erfolges sein kann, um einen blossen Streit um Worte, da Einigkeit darüber besteht, dass es nur um den hypothetischen Zusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem Erfolg gehen kann (...). Daraus ergibt sich aber gegenüber dem Fall der Handlung die Besonderheit, dass der Sachrichter bereits bei der Feststellung dieses Zusammenhangs in der Regel auch auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellt und damit bestimmte, nach dieser Erfahrung unwahrscheinliche Geschehensabläufe von vornherein ausser Betracht lässt. Die wertenden Gesichtspunkte, welche sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen deshalb schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle. Aus diesem Grunde ist es im allgemeinen nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen, da ein solcher Vergleich den beabsichtigten Zweck einer vernünftigen Begrenzung der Haftung (...) nicht zu erfüllen vermag.“

⁴² BGE 124 III 155 ff., 165 f.: „Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (...). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass sich der Kläger nicht auf die Spekulationsgeschäfte mit der Beklagten eingelassen hätte, wenn er von ihr ausreichend aufgeklärt worden wäre. Auf eine entsprechende Überlegung hat das Bundesgericht in zwei neueren Entscheiden abgestellt, in denen es einerseits um die Aufklärungspflicht des Arztes aus Vertrag und andererseits um jene der Konzern-Muttergesellschaft aus dem Vertrauen in das Konzernverhalten ging (...).“

es auch ein Verschulden? Es besteht sicher eine Fahrlässigkeit seitens der verantwortlichen Leute bei der Chio Chips AG, die man als leicht oder mittelschwer bezeichnen könnte. Eine Information hätte schon erfolgen müssen, doch war dies kaum grobfahrlässig. Waren es Angestellte der Chio Chips AG, könnte man die hypothetische Vorwerfbarkeit im Rahmen des Art. 101 OR prüfen: Wäre es den Organen der Chio Chips AG vorwerfbar, wenn sie gleich wie die Angestellten gehandelt hätten? Man könnte dies mit Fug bejahen. Auch der funktionelle Zusammenhang ist erstellt, denn die Lieferung ohne Warnung stellt zugleich eine Schlechterfüllung des Vertrags dar.⁴³

Im Sinne eines Fazits lässt sich festhalten, dass die Chio Chips AG Tanner Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR für die verendeten Rinder und für den entgangenen Gewinn durch die langsamere Gewichtszunahme schuldet. Wenn man ein Selbstverschulden Tanners bejaht, indem man ihm vorwirft, er hätte um die Unverträglichkeit der Pülpe für Rinder wissen müssen, kann man dieses mit Art. 44 Abs. 1 i.V.m. 99 Abs. 3 OR als Herabsetzungsgrund berücksichtigen. Wenn man das Selbstverschulden als gravierend einschätzt, kann dieses auch die Kausalität unterbrechen.⁴⁴

Deliktische Anspruchsgrundlagen

Die Produktheftpflicht könnte anwendbar sein, denn die *Präsentation* der Pülpe gegenüber dem Abnehmer war fehlerhaft (Art. 4 Abs. 1 PrHG), doch erfolgte der Schaden im Rahmen einer kommerziellen Rindermast – dieser *nicht private Gebrauch* schliesst die Haftung aus (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG).

Die allgemeine Deliktshaftpflicht ist in Art. 41 Abs. 1 OR geregelt. Die Voraussetzungen dafür lauten:

- Schaden
- Widerrechtlichkeit
- Kausalzusammenhang (natürlich und adäquat bzw. hypothetisch)
- Verschulden

Der Schaden liegt im Verlust der Rinder und der verminderten Gewichtszunahme bzw. dem Mindererlös beim Schlachten oder Verkaufen der Rinder. Die Widerrechtlichkeit ergibt sich durch die Verletzung des absolut geschützten Rechts des Eigentums. Die hypothetische Kausalität der unterlassenen Information liegt vor (siehe oben), doch gibt es ein Verschulden seitens der Chio Chips AG? Es wäre wiederum ein leichtes oder mittleres Verschulden, die Pülpe ohne Hinweis ausgeliefert zu haben, was man mit dem Gefahrensatz belegen könnte.⁴⁵ Wer Pülpe unter die Landwirte bringt, muss dafür sorgen, dass sie keinen Schaden anrichtet.

Wahrscheinlicher ist jedoch, dass ein *Mitarbeiter* – und nicht ein Organ – die Warnung unterlassen hat. Für diesen Fall gelangt Art. 55 OR zur Anwendung. Die Voraussetzungen lauten:

- Schaden (vgl. oben)
- Widerrechtlichkeit (vgl. oben)
- Kausalzusammenhang (vgl. oben)
- Funktioneller Zusammenhang: Es bedarf eines funktionellen Zusammenhangs zwischen der auszuführenden Verrichtung bzw. der Unterlassung und der Schädigung.⁴⁶ Dies ist zu bejahen,

⁴³ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 101 N 27 ff.: „Demgemäss bedarf es eines «funktionellen Zusammenhangs» in dem Sinn, dass die schädigende Handlung (der Hilfsperson) zugleich eine Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung der Schuldspflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt (...).“

⁴⁴ Vgl. BGer 4A_385/2013, E. 5, m.w.H.

⁴⁵ Zur Begründung (ausschliesslich) des Verschuldens mit dem Gefahrensatz vgl. BK-Brehm, OR 41 N 45-46.

⁴⁶ Vgl. CHK-Müller, OR 55 N 13: „Der Schaden muss in direktem Zusammenhang mit der vom Geschäftsherrn aufgetragenen Tätigkeit verursacht worden sein (...).“

denn die notwendige Warnung hätte direkt während der Auslieferung der Pülpe erfolgen sollen.

- Subordinationsverhältnis: Der Mitarbeiter als Angestellter ist subordiniert.
- Scheitern des Befreiungsbeweises: Die verantwortlichen Personen der Chio Chips AG müssten darlegen, dass sie alle Sorgfalt bei der Instruktion, Auswahl und Überwachung angewendet haben. Hinzu kommt die Sorgfalt in der Organisation der Arbeit des Unternehmens. Der Sachverhalt ist diesbezüglich illiquid. Angesichts der strengen Rechtsprechung ist ein Gelingen des Sorgfaltsbeweises nur denkbar, wenn die Organe die Mitarbeiter wirklich instruiert haben, wie und mit welchen Instruktionen die Pülpe zu verteilen ist.⁴⁷

Alternative Lösung gemäss Schenkungsrecht

In Deutschland hat der BGH auf diesen Sachverhalt Schenkungsrecht angewendet. Die Gründe liegen wohl darin, dass der Rindermäster zu spät und auf eher widersprüchliche Weise vorgebracht hat, es handle sich um einen entgeltlichen Vertrag.⁴⁸ *Wie sieht dann das Resultat aus?*

Wie muss man Art. 248 OR anwenden, wenn es mangelhafte Pülpe war, die den Schaden verursacht hat, und wie, wenn es sich um eine unterlassene Aufklärung handelt? Die Lehrmeinungen sind nicht einheitlich, doch zeichnet sich folgendes Bild ab: Die Gewährleistung besteht, wenn die Parteien diese vereinbart haben (Art. 248 Abs. 2 OR) oder wenn der Schenker den Mangel arglistig verschwiegen hat (Art. 192 Abs. 3, 199 OR analog).⁴⁹ Mangelfolgeschäden fallen unter Art. 248 Abs. 1 OR – der Schenker muss diese ersetzen, wenn er den Mangel grobfahrlässig oder vorsätzlich verursacht hat.⁵⁰

⁴⁷ Vgl. die Beispiele bei BK-Brehm, OR 55 N 66-69.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 20. November 1984 - IV a ZR 104/83, NJW 1985, 794 ff., 795: „Dagegen will die Revision darauf hinaus, in Wahrheit liege ein entgeltliches Geschäft vor: es handele sich um ein lästiges Abfallprodukt, dessen Beseitigung Kosten verursachen könne. Aus der Sicht der Bekl. und nach ihrer Interessenlage stelle sich die Abnahme als solche als Gegenleistung dar. Eine Handschenkung könne nicht angenommen werden, weil die Parteien sich gegenseitig einen Dienst erwiesen hätten. Auf diesen Gesichtspunkt ist das BerGer. nicht eingegangen. Das ist aber unschädlich. Denn für ein entgeltliches Geschäft über die Kartoffelpülpe war vor dem Tatrichter nichts vorgetragen. Vielmehr hat der Kl. die Pülpe ausdrücklich als „hochwertigen Abfall“ bezeichnet und sogar schon in der Klageschrift vorgetragen, es handele sich um einen „unentgeltlichen Vertrag“. Unter diesen Umständen ist die Würdigung als Schenkung rechtlich nicht zu beanstanden.“

⁴⁹ Maissen (FN 2), N 379, 385.

⁵⁰ Maissen (FN 2), N 387: „Im Unterschied zur Haftung für den Mangel am Schenkungsgegenstand an sich, welche der besonderen Gewährleistungsregelung des Art. 248 Abs. 2 OR unterliegt, ist der Anspruch für Mangelfolgeschaden aus Schenkung immer vom Verschulden des Schenkers abhängig. Der Schenker haftet für den Mangelfolgeschaden deshalb nach Art. 248 Abs. 1 OR. Er hat bei qualifiziertem Verschulden sowohl für den unmittelbaren als auch für den mittelbaren Mangelfolgeschaden einzustehen.“ und Schwery (FN 4), N 350; vgl. CHK-Schönenberger, OR 248 N 3: „Eine verschuldensunabhängige Haftung für Schlechterfüllung in Form einer Rechts- oder Sachgewährleistung gibt es nur beschränkt. Entsprechend OR 248 II hat der Schenker nur die Gewähr zu leisten, die er versprochen hat. (...). Damit ist eine gesetzliche Gewährleistung, wie zB bei OR 197, ausgeschlossen (...). Die Gewährleistung des Schenkers greift nur bei Zusicherung sowie bei absichtlichem Verschweigen eines Mangels (Koller, in: FS Schulin, 103 ff; Maissen, N 378 ff). Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Gewährleistung bestimmen sich analog zu OR 192 ff bzw OR 197 ff (...). Der Beschenkte kann die Sache zurückgeben (Wandelung, OR 205; aM Maissen, N 384) und Ersatz des unmittelbaren Schadens (OR 208 II) verlangen. Bei geschenkten Gattungssachen kann er stattdessen auch Nachlieferung verlangen (OR 206; Maissen, N 384). Wegen der Unentgeltlichkeit entfällt aber die Möglichkeit der Minderung (Koller, in: FS Schulin, 103). Obwohl OR 248 II (bzw OR 171 III) lex specialis zu OR 248 I darstellt, beurteilt sich die verschuldensabhängige Haftung für mittelbaren Schaden (OR 208 III) nach OR 248 I. Bei einer Schenkung ist die Haftung für Mangelfolgeschäden somit ebenfalls auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt (...).“ Diese Ansichten überzeugen nicht richtig. M.E. sollte die Abgrenzung anhand verschiedener Anspruchsgrundlagen erfolgen: Abs. 2 regelt alle Ansprüche, die aus Mängeln resultieren, also bei der Schenkung Gewährleistung und Haftung aus Mängeln und für Mangelfolgen, während Abs. 1 andere Ansprüche aus Verzug und Unmöglichkeit regelt. Weshalb sollte man nur gewährleistungspflichtig sein, wenn man dies verspricht, aber bei grobem Verschulden und Vorsatz dennoch Schadenersatz für Mangelfolgeschäden bezahlen müssen? Weshalb sollte das qualifizierte Verschulden notwendig sein, wenn man die Gewährleistung versprochen hat? Wer die Gewährleistung verspricht, verspricht m.E. auch Schadenersatz nach den kaufrechtlichen Regeln, d.h. mit und ohne Verschulden (Art. 208 Abs. 2/3 OR). Dies entspricht auch der stimmigen, aber strittigen deutschen Ordnung, die Ansprüche aus Mängeln in § 524 BGB, Ansprüche aus Verzug und Unmöglichkeit in § 521 BGB erfasst, vgl. MK-Koch, BGB 521 N 7: „Bei Sach- und Rechtsmängeln wird § 521 von den Spezialregeln der §§ 523 f. verdrängt (...). Umstritten ist, ob das auch für die sog. Mangelfolgeschäden gilt. Der BGH und ihm folgend weite Teile des Schrifttums sehen derartige Schäden ausschliesslich von § 524 Abs. 1 erfasst, so dass der Schenker nur im Falle der Arglist haftet. Die Gegenauffassung will den Mangelfolgeschaden hingegen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht unterstellen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3), ist in sich aber uneinig, ob mit dem Sorgfaltsmaßstab des § 276 oder dem des § 521. Eine dritte Meinung will die Mangelfolgeschäden – über die vorgenannte Ansicht hinausgehend – außerdem aber auch über § 524 Abs. 1 erfassen, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.“

Das ist vorliegend aber alles nicht anwendbar, *denn es geht nicht um einen Mangel*. Die Pülpe war in Ordnung, bloss hätte der Mäster die Rinder daran langsam gewöhnen müssen. Es liegt somit *sicher kein Gewährleistungsfall im Sinne des Art. 248 Abs. 2 OR* vor, sondern ein Fall der positiven Vertragsverletzung, der höchstens unter Art. 248 Abs. 1 OR fallen kann.

Ist die Frage schon gelöst, wenn man feststellt, dass die verantwortlichen Leute bei der Chio Chips AG ein nur leichtes Verschulden trifft? Art. 248 Abs. 1 OR statuiert eine Haftung nur bei grobem Verschulden und Vorsatz. Worin liegt die *ratio* des Art. 248 OR? Der Unterschied zwischen Kauf und Schenkung ist die Unentgeltlichkeit. Die schenkungsrechtlichen Besonderheiten basieren auf einem Gleichlauf zwischen Nutzen und Verantwortlichkeit: Die speziellen schenkungsrechtlichen Regeln lassen sich lediglich mit der fehlenden Gegenleistung erklären. Die Schenkung stellt dabei wie bei einem Spiegel die umgekehrte Situation des Kaufes dar. Beim Kauf besteht grundsätzlich die volle Gewährleistung und Haftung, es sei denn, die Parteien bedingen die Gewährleistung weg und zeichnen sich von der Haftung frei.⁵¹ Die Grenzen dafür bilden individualvertraglich Art. 100, 192, 199 OR. Bei der Schenkung ist es genau umgekehrt. Die *Gewährleistung* besteht nur, wenn die Parteien dies vereinbaren (Art. 248 Abs. 2 OR) und bei Absicht.⁵² Dies entspricht spiegelbildlich den Art. 192 Abs. 3 und 199 OR.⁵³ Die *Haftung* gemäss Art. 248 Abs. 1 OR besteht nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz, was wiederum der Grenze der Freizeichnungsmöglichkeit gemäss Art. 100 Abs. 1 OR entspricht, wenn man vom Streit absieht, ob Art. 100 OR beim Kauf neben Art. 199 OR Anwendung findet.⁵⁴ Die Unentgeltlichkeit und damit die *Wirkungsschwäche der Schenkung* tangiert jedoch nur das *Erfüllungsinteresse*, nicht aber das *Integritätsinteresse*.⁵⁵ Wo die Haftung nichts mit der Erfüllung und der Unentgeltlichkeit zu tun hat – also in den Fällen, in denen wie beim Zufallskontakt auch das ausservertragliche Haftpflichtrecht anwendbar ist⁵⁶ – sollte die gemilderte Haftung des Schenkungsrechts ihre Wirkung nicht entfalten. In diesen Fällen tut die Uneigennützigkeit der Schenkung nichts zur Sache. Diese Ansicht entspricht indes nicht der herrschenden Lehre, die Art. 248 Abs. 1 OR auf alle Schadenersatzansprüche anwendet und sogar auf den deliktsrechtlichen Anspruch überträgt.⁵⁷

Wo aber hat die Schädigung ausschliesslich mit dem Erfüllungsinteresse zu tun? Eigentlich wäre dies nur beim Verzug und bei der Unmöglichkeit der Fall, doch ist die Abgrenzung insofern problematisch, weil aufgrund der Freigebigkeit der Schenkung eine normale Haftung auch ausserhalb des Erfüllungsinteresses manchmal hart wirkt.⁵⁸ Der deutsche BGH differenziert und wendet das Privileg nur bei Schutzpflichten an, *die im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand selbst stehen*.⁵⁹ Die Pülpe war nicht mangelhaft, sondern *als Pülpe für Rinder* gefährlich. Deshalb wäre es richtig, einen Abnehmer darüber zu informieren, dass er die Rinder langsam an das neue Futter gewöhnen muss. Weil diese positive Vertragsverletzung *eng mit der Erfüllung* zusammenhängt, sei die Haftungsmilderung (§ 521 BGB, in der Schweiz Art. 248 Abs. 1 OR) gemäss BGH anwendbar.⁶⁰ Ebenso gut liesse sich aber be-

Die noch vor der Schuldrechtsreform formulierte Auffassung des BGH kann sich unter anderem auf die Gesetzesmaterialien stützen, in denen im Rahmen des heutigen § 600 ein Fall des Mangelfolgeschadens ausdrücklich der besonderen Haftungsprivilegierung für Sachmängel unterstellt wurde.“ und MK-Koch, BGB 521 N 5: „Zwar ist es wohl richtig, dass sich § 521 nach dem Willen des Gesetzgebers allein auf den Schaden beziehen sollte, der durch Ausbleiben der schenkweise versprochenen Sache infolge Unmöglichkeit und Verzug entsteht.“

⁵¹ Rusch, Schenkung und Verantwortung, AJP 2017, 1188, 1189; Schwery (FN 4), N 381.

⁵² Schwery (FN 4), N 383; BK-Becker, OR 248 N 2 i.f.; Maissen (FN 2), N 385.

⁵³ Vgl. dazu passend BK-Becker, OR 248 N 3: „(...) die Gewährleistung gilt als stillschweigend wegbedungen (...)“

⁵⁴ Vgl. dazu BGer 4C.295/2004, E. 5.2, BGE 126 III 59 ff., 67, BGE 107 II 161 ff., 166.

⁵⁵ Schwery (FN 4), N 430.

⁵⁶ Schwery (FN 4), N 430.

⁵⁷ CHK-Schönenberger, OR 248 N 2; CR-Baddeley, OR 248 N 9; Maissen (FN 2), N 357.

⁵⁸ Rusch (FN 51), 1190 ff.; vgl. MK-Koch, BGB 521 N 3, 5.

⁵⁹ Vgl. MK-Koch, BGB 521 N 4, m.w.H. auf diverse Entscheidungen, insb. BGH, Urteil vom 20. November 1984 - IV a ZR 104/83, NJW 1985, 794 ff., 795; vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 28. August 2013 - 1 U 97/12-28, BeckRS 2013, 15719.

⁶⁰ BGH, Urteil vom 20. November 1984 - IV a ZR 104/83, NJW 1985, 794 ff., 795: „Ob Haftungsmilderungen für einzelne Schuldverhältnisse auch dann eingreifen können, wenn es sich um die Verletzung von vorvertraglichen oder vertraglichen Schutzpflichten handelt, die nicht an dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers ausgerichtet sind, sondern dem Integritätsinteresse (Erhaltungsinter-

gründen, dass die Chio Chips AG auch hier für das Integritätsinteresse trotz des nur leichten Verschuldens voll haftet,⁶¹ weil das Integritätsinteresse und die Informationspflichten nichts mit der Unentgeltlichkeit zu tun haben. *Der Fall wäre dann gleich zu behandeln wie die Konstellation, in der die Chio Chips AG den Rindermäster schädigt, indem sie bei der Lieferung der Gratis-Pülpe ein paar Rinder des Mästers mit dem Lastwagen überfährt – bei diesem Beispiel wird deutlich, dass der mildere Massstab des Art. 248 Abs. 1 OR eigentlich nicht greifen darf.* Die Lösung sieht dann gleich aus wie beim entgeltlichen Innominatkontrakt, was irgendwie auch für die Richtigkeit dieser Lösung spricht.

se) des Vertragspartners dienen, ist bisher nicht abschließend geklärt. Während z. B. Canaris (...) und Kollhosser (...) eine Erstreckung des vertraglichen Haftungsmaßstabs insoweit weitgehend befürworten, treten z. B. Thiele (...) und Schlechtriem (...) für differenzierende Lösungen ein. Dieser Tendenz folgt auch der erkennende Senat. Er vertritt im Anschluss an die genannten Schriftsteller die Auffassung, dass jedenfalls im Bereich des § 521 BGB Freigiebigkeit der einen Seite nur zu den Vertragserwartungen des Begünstigten in Beziehung gesetzt werden kann. Daher rechtfertigt die Großzügigkeit des Schenkers es nicht, die Haftungsmilderung auch da eingreifen zu lassen, wo es um die Verletzung von Schutzpflichten geht, die nicht im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehen (...). Indessen besteht hier ein derartiger Zusammenhang; es handelt sich um einen Schaden, der durch den "nach dem Vertrag vorausgesetzten" Verbrauch der Pülpe entstanden ist. In diesem Bereich muss § 521 BGB nach der Auffassung des Senats eingreifen."

⁶¹ So Schwery (FN 4), N 430: „Die (...) Überlegungen führen mich zum folgenden Postulat für das schweizerische Schenkungsrecht: Die Haftungsmilderung zugunsten des Schenkers erwächst der Uneigennützigkeit der Schenkung. Die Uneigennützigkeit kann ihrerseits nur zu den Vertragserwartungen des Beschenkten (will heissen dessen Erfüllungsinteresse) in Bezug gesetzt werden, nicht jedoch zu seinem allgemeinen Rechtsgüterschutz (bzw. seinem Integritätsinteresse). Die Haftungsmilderung zugunsten des Schenkers betrifft mithin allein die Leistungserwartung des Beschenkten, dass die geschenkte Sache frei von Mängeln sei. Der Schenker, der dem Beschenkten eine gefährliche Sache übergibt, haftet also für Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Beschenkten für jede Fahrlässigkeit bzw. für jedes Verschulden. Das gilt sowohl für die deliktsrechtliche Haftung als auch im Rahmen der positiven Vertragsverletzung, die in solchen Fällen (...) dem deliktsrechtlichen Standard folgen sollte. Die Worte Koziols zielen auf dasselbe ab: „Es wird ferner angenommen, dass die Haftung des Schenkers wegen Verletzung der vertraglichen Leistungspflichten auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt ist. [...] Für die Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten wird hingegen grundsätzlich bei jedem Verschulden gehaftet; bei ihnen geht es um Pflichten, die nicht im Äquivalenzverhältnis stehen, so dass die Unentgeltlichkeit nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist und die für entgeltliche Geschäfte unter Gleichrangigen geltenden Regeln Anwendung finden.“; vgl. Jauernig-Mansel (15. A. 2014), BGB 521 N 1: „Bei der Verletzung vertragl oder deliktischer Schutzpflichten, die dem Erhaltungsinteresse des Beschenkten dienen, gelten die allg Grundsätze (...).“; kritisch und differenzierend Ermann-Herrmann (14. Aufl. 2014), BGB 521 N 3: „Demgemäss gilt anstelle des § 521 die Grundregel des § 276 I S 1, wenn Schutzpflichten verletzt sind, die nicht mit dem Erfüllungs-, sondern mit dem Erhaltungsinteresse (Integritätsinteresse) des Beschenkten dienen – zB nach der kritisierten Formel des BGH aaO – „nicht im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehen“ (...). Dagegen spricht in den Fällen der unterlassenen oder fehlerhaften Aufklärung über den Schenkungsgegenstand (...) mehr für die Anwendung von § 521 (...).“; kritisch Staudinger-Chiusi, BGB 521 N 9: „Fragwürdig wird darüber hinaus vertreten, dass die Privilegierungen der §§ 521 ff eigentlich das vertragliche Äquivalenzinteresse alleine betreffen, es bei einer Haftung aus § 280 Abs 1, § 241 Abs 2 (ggfs als culpa in contrahendo iVm § 311 Abs 2) jedoch um das Integritätsinteresse gehe (Grundmann AcP 198 [1998] 457, 477).“