

Lösungsvorschlag zur Probeklausur vom 6. Oktober 2006
Oberassistent Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

Lösungsvorschlag zu Fall 1

Vorgehen

Sofort ins Auge stechen müssen die Möglichkeit der Sachmängelgewährleistung, des Schadenersatzes aufgrund der Nichterfüllung und der Irrtumsanfechtung sowie das Verhältnis dieser Ansprüche zueinander.¹ Weiter ist Alders Erklärung unklar: Es ist zu prüfen, ob es sich um eine formnichtige Bürgschaft oder um eine Garantie handelt.

1. Schmid vs Tanner: Anspruch auf Bezahlung der letzten Kaufpreisrate

Es stellt sich die Frage, ob Schmid Anspruch auf Bezahlung der letzten Kaufpreisrate über Fr. 100'000 hat. Gemäss Sachverhalt ist die letzte Rate fällig. Zu prüfen ist, ob Tanner aufgrund einer Minderung oder partiellen Anfechtung des Kaufvertrags die letzte Rate nicht bezahlen muss.

Kaufpreisminderung (Art. 205 Abs. 1 OR)

Zwischen Tanner und Schmid wurde ein Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 OR über 300 Aktien abgeschlossen. Damit wurden sämtliche Aktien der Party Schmid AG verkauft. Das Konsumkreditgesetz ist vorliegend nicht anwendbar.² Die Sachmängelgewährleistung beim Verkauf aller Aktien richtet sich auf den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte und nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft. Für diese wird nur gehaftet, wenn der Verkäufer besondere Zusicherungen macht.³

Zu prüfen ist, ob es sich bei der Bilanz und der im Sachverhalt zitierten Vertragsbestimmung um eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR handelt. Unter Ziff. II des Vertrages erklärten die Parteien,

¹ Siehe dazu die anschauliche Erwägung 1 in BGE 107 II 419 ff., 421: „Nach ständiger Rechtsprechung hat der Käufer bei unrichtiger Erfüllung die Wahl, ob er gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder nach Art. 97 ff. OR Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 ff. OR anfechten will (...); anders verhält es sich nur beim Viehkauf (BGE 70 II 48). Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die aus Mängeln der Kaufsache abgeleitet werden, unterliegen dabei in bezug auf die Verjährung, die Prüfung der Ware und die Mängelrüge den gleichen Vorschriften (BGE 107 II 231/32 mit Zitaten). Die Anfechtung wegen Irrtums hängt dagegen nicht von den besonderen Voraussetzungen der Sachgewährleistung ab, selbst wenn der Irrtum sich auf eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache bezieht; diesfalls genügt in der Regel, dass der Käufer sich innert der Frist des Art. 31 OR auf Irrtum beruft, gleichviel ob er die Sache geprüft und allfällige Mängel dem Verkäufer sogleich angezeigt habe (...). Nach CAVIN (...) berücksichtigt die Praxis in Fällen von Irrtum freilich auch die Sorgfalt des Käufers, dem normalerweise zugemutet werden könne, den Verkäufer unverzüglich zu benachrichtigen, wenn er entdeckt, dass er über eine wesentliche Eigenschaft getäuscht worden ist. Daraus darf indes nicht abgeleitet werden, seine Klage oder Einrede wegen Willensmängeln unterliege den allgemeinen Voraussetzungen der Mängelrüge gemäss Art. 201 OR, mag in einer verspäteten Prüfung und Anzeige je nach den Umständen auch ein Verhalten erblickt werden, das der Käufer sich im Rahmen der Art. 25 und 26 OR entgegenhalten lassen muss“; siehe auch BGE 127 III 83 ff.

² Es liegen keine Indizien im Sachverhalt vor, dass Schmid berufsmässig Konsumkredite vergibt (vgl. Art. 2 KKG). Es ist überdies kein Vertrag mit einem Konsumenten, denn es geht um Tanners Beruf („Tanner wird Unternehmer“), vgl. Art. 3 KKG; auch gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. f. KKG würde der Vertrag nicht unter das KKG fallen, weil er in nur zwei Raten innert eines Jahres rückzahlbar ist.

³ ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 61; BGE 107 II 419 ff., 422: „Die gesetzliche Gewährleistung bezieht sich aber nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern ist auch bei einem Verkauf aller Aktien bloss für den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien haftet der Verkäufer gemäss Art. 197 OR nur dann, wenn er dafür besondere Zusicherungen abgegeben hat und der Käufer sich seinerseits an die Vorschriften des Art. 201 OR hält.“; Honsell, OR BT, 8. A., S. 35.

dass der Kaufpreis "sich in genauer Höhe aus der Substanz des Warenlagers und dem Zeitwert des Inventars" vom 15. Dezember 2005 ergebe und "dem inneren Wert" entspreche. Zusicherungen sind bestimmt umschriebene, objektiv feststellbare Tatsachen, von denen gegenüber dem Käufer behauptet wird, sie seien vorhanden.⁴ Die Angabe, wonach eine Sache einen gewissen Wert aufweise, ist allerdings noch keine Zusicherung einer Eigenschaft.⁵ Vorliegend wurde jedoch im Kaufvertrag auf die Bewertung eingegangen. Der Zeitwert des Inventars wurde mit Fr. 300'000 angegeben und in der dem Kaufvertrag beigefügten Bilanz so vermerkt. Darin liegt eine Zusicherung, dass das Wareninventar wirklich den angeführten Wert aufweist,⁶ denn die Bilanz ist gemäss den Bilanzierungsgrundsätzen der Wahrheit und der Klarheit aufzuführen (Art. 959 OR). Somit liegt eine Zusicherung vor, dass das Warenlager mindestens einen Wert von Fr. 300'000 aufweist. Gemäss Sachverhalt liegt der Wert des Warenlagers um Fr. 100'000 tiefer. Dadurch erleidet Tanner einen Schaden in der Höhe von Fr. 100'000.

Weitere Voraussetzung der Sachmängelhaftung ist die rechtzeitige Prüfung der Kaufsache und die sofortige Rüge oder Anzeige allfälliger Mängel (Art. 201 OR). Gemäss Sachverhalt erfolgte die Mängelrüge heute, zwei Wochen nach der Wareninventarisierung, die fast zehn Monate seit Abschluss des Kaufvertrags erfolgte. Die Prüfung hat demnach kaum rechtzeitig stattgefunden (vgl. Art. 201 Abs. 1 OR). Die Rügeobliegenheit gemäss Art. 201 OR gilt auch für zugesicherte Eigenschaften gemäss Art. 197 OR (siehe BGE 81 II 56). Das Warenlager war das wichtigste Aktivum der Gesellschaft. Das Bundesgericht lässt in solchen Fällen nur eine kurze Frist zur Prüfung der Eigenschaften zu (in BGE 107 II 419 ff., 422 f. nur 2-3 Wochen).⁷ Auch mit der Rüge wartet Tanner zwei Wochen, was ebenfalls viel zu lange ist, denn das Gesetz sieht eine sofortige Anzeige vor (Art. 201 Abs. 1 OR). Prüfung und Rüge sind verspätet erfolgt. Die Säumnis Tanners bleibe lediglich bei Vorliegen einer absichtlichen Täuschung gemäss Art. 203 OR ohne Folgen. Der Sachverhalt enthält jedoch keine Indizien, wonach eine absichtliche Täuschung vorgelegen hat.

Aufgrund der verspäteten Prüfung und der verspäteten Rüge hat Tanner keinen Anspruch auf Minderung oder Wandlung der Kaufsache. Die Kaufsache gilt als genehmigt (vgl. Art. 201 Abs. 2 OR). Dadurch entfällt auch die in Art. 210 Abs. 2 OR erwähnte Möglichkeit, die Mängel einredeweise geltend zu machen.⁸

Tanner vs Schmid: Anspruch auf Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR)

Nach herrschender Lehre kann bei Sachmängeln auch Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR verlangt werden. Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die aus Mängeln der Kaufsache abgeleitet werden, unterliegen dabei in Bezug auf die Verjährung (die Prüfung der Ware und die Mängelrüge den gleichen Vorschriften (insb. Art. 201 OR und Art. 210 OR). Die verspätete Rüge gilt deshalb auch hier als Genehmigung der Kaufsache.

Tanner vs Schmid: Partielle Irrtumsanfechtung (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Tanner kann sich auf einen Willensmangel berufen, sofern er den Vertrag noch nicht genehmigt hat. Durch die Wahl der Minderung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anfechtung des

⁴ Vgl. BGE 88 II 410 ff., 416.

⁵ Vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 91; vgl. Rolf Watter, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, N 358.

⁶ Vgl. Watter, Unternehmensübernahmen, N 362: „In der unqualifizierten Vorlage einer Bilanz liegt eine Zusicherung, dass das Unternehmen am Bilanzstichtag zumindest den aufgeführten Substanzwert hatte“.

⁷ Bei BGE 107 II 419 ff., 422: Kauf am 20.12.1977, Rüge am 29. Juni 1978. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Prüfung spätestens anfangs Januar 1978 hätte erfolgen müssen.

⁸ Vgl. BSK-Honsell, OR 210 N 6.

Vertrags ausgeschlossen. Dieser Ansatz ist strittig.⁹ Im vorliegenden Sachverhalt könnte der Wunsch, eine Herabsetzung des Kaufpreises zu erlangen, auch mit einer partiellen Anfechtung wegen Willensmängeln begründet werden, wie dies im Entscheid BGE 107 II 419 ff. geschehen ist. Es ist deshalb auch fraglich, ob Tanner mit seiner Erklärung schon die Kaufpreisminderung gemäss Art. 205 OR verlangt und dadurch den Vertrag genehmigt. Der Vollständigkeit halber wird deshalb auch die Irrtumsanfechtung behandelt.

Die von Tanner gekauften Aktien verkörpern einen erheblich geringeren Wert als angenommen. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR als Erklärungsirrtum ist vorliegend nicht anwendbar.¹⁰ Zu prüfen ist das Vorliegen eines Grundlagenirrtums gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Tanner irrt vorliegend über die Zusammensetzung, Verkäuflichkeit und Wert des Warenlagers. Das Geschäft ist Fr. 100'000 weniger wert. Die Richtigkeit des Werts des Warenlagers ist nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine wesentliche Grundlage beim Aktienkauf. Bezüglich Tanner kann angenommen werden, dass er im Wissen um den wirklichen Wert des Warenlagers den Aktienkauf zu diesen Konditionen nicht unterschrieben hätte. Damit ist die Wesentlichkeit des Irrtums gegeben, in *objektiver und subjektiver* Hinsicht. Die Bedeutung dieses Sachverhalts ist auch für Schmid *erkennbar*, denn im Kaufvertrag wurde extra darauf hingewiesen, dass dem Inventar dieser Wert zukomme.

Die Rechtsfolge der Vertragsanfechtung wäre die Unverbindlichkeit des ganzen Geschäfts (Art. 23 OR). Gemäss Sachverhalt will Tanner lediglich eine Reduktion des Kaufpreises um Fr. 100'000. Es stellt sich die Frage, ob er dies mit der Teilanfechtung erreichen kann. In analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR ist dies möglich.¹¹ Es ist dabei auf den mutmasslichen Parteiwillen abzustellen: Hätten Tanner und Schmid den Vertrag über den Aktienkauf auch für Fr. 150'000 geschlossen? Da sich Schmid und Tanner von der Bilanz zur Feststellung des Kaufpreises leiten liessen, kann davon ausgegangen werden, dass sie den Kaufpreis der Aktien bei richtiger Einschätzung des Warenlagers auf Fr. 150'000 festgesetzt hätten. Somit lässt sich auch durch die Teilanfechtung eine Kaufpreisminderung erzielen.¹²

Tanner muss folglich innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums die Teilanfechtung des Vertrags wegen Grundlagenirrtums anzeigen (Art. 31 Abs. 1 OR). Die nicht rechtzeitige erfolgte Rüge schadet bei der Irrtumsanfechtung nicht. Die Säumnis bei der Mängelrüge kann jedoch nach Art. 25 und 26 OR eine Rolle spielen.¹³ Die Tatsache, dass die Rüge zu spät erfolgt ist, macht die Berufung auf einen Willensmangel aber noch nicht unstatthaft im Sinne von Art. 25 OR, wie das Beispiel in BGE 107 II 419 ff. zeigt. Der Irrtum gilt auch noch nicht als fahrlässig verursacht, bloss weil dessen Geltendmachung durch rechtzeitige Geltendmachung der Gewährleistung gar nicht notwendig gewesen wäre. Der Sachverhalt erwähnt keine qualifizierenden Umstände, die die Anwendung von Art. 25 und 26 OR rechtfertigen würden.

Verzug

Tanner kann keine Minderung geltend machen. Er muss die letzte Rate in der Höhe von Fr. 100'000 nicht bezahlen, wenn die partielle Anfechtung noch zugelassen wird (siehe oben). Wird diese auch nicht zugelassen, so schuldet er Schmid noch Fr. 100'000. Die Schuld ist dann seit dem 1. Oktober 2006 fällig und Tanner im Verzug (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR).¹⁴ Der Kaufvertrag ist ein Kreditkauf. Art. 214 Abs. 3 OR kommt zur Anwendung, wenn der Kaufpreis bei Besitzesübergabe noch nicht vollständig bezahlt ist.¹⁵ Gemäss Art. 214 Abs. 3 OR kann er vom Vertrag nur zurücktreten, wenn er sich das Rücktrittsrecht

⁹ Vgl. BGE 127 III 83 ff., 85 f.; BGE 88 II 410 ff., 412; BSK-Honsell, Vorbemerkungen zu OR 197-210 N 12; ablehnend Gauch, recht 2001, S. 184 ff., 189; vgl. dazu auch Kramer, AJP 2001, S. 1454 ff.

¹⁰ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 15 und BGE 110 II 293 ff., 302.

¹¹ Siehe BSK-Schwenzer, OR 23 N 11.

¹² Siehe BSK-Schwenzer, OR 23 N 11 und BGE 107 II 419 ff., 423 ff.

¹³ BGE 107 II 419 ff., 421.

¹⁴ BSK-Wiegand, OR 102 N 10.

¹⁵ BK-Giger, OR 214 N 23.

ausdrücklich vorbehalten hat. Der Sachverhalt enthält hierzu keine Hinweise. Schmid kann deshalb Fr. 100'000 aus dem Kaufvertrag fordern, indem er auf Erfüllung beharrt und Schadenersatz gemäss Art. 103 OR und Verzugszinse gemäss Art. 104 OR verlangt.

2. Schmid vs Alder: Anspruch aus Garantie (Art. 111 OR)

Gemäss Sachverhalt bezahlt Tanner die letzte Rate in der Höhe von Fr. 100'000 nicht. Aufgrund der eventuell möglichen Teilanfechtung muss er dies vielleicht auch nicht. Es stellt sich die Frage, ob Schmid die fehlenden Fr. 100'000 aufgrund der Garantie von Alder einfordern kann. Zuerst ist zu prüfen, ob eine gültige Garantie gemäss Art. 111 OR oder ob aufgrund der Formmängel eine ungültige Bürgschaft (Art. 492 OR i.V.m. Art. 493 OR) vorliegt. In Frage käme auch die kumulative Schuldübernahme. Die von den Parteien gewählte Terminologie der Garantie ist dabei nicht entscheidend; vielmehr ist auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien abzustellen (vgl. Art. 18 OR).¹⁶

Die kumulative Schuldübernahme fällt vorliegend weg. Im Dokument äussert Alder nicht den Willen, direkt Schuldnerin zu werden.¹⁷ Sie „garantiert“ lediglich die Beträge. Das von Alder verfasste Dokument garantiert die Leistung aus dem Kaufvertrag. Es kann sich somit nicht um eine *reine Garantie* handeln, sondern um eine *bürgschaftsähnliche Garantie*.¹⁸ Mit der bürgschaftsähnlichen Garantie soll die Leistung aus einem Schuldverhältnis garantiert werden, egal, ob sie Bestand hat oder nicht erzwingbar ist.¹⁹ Ob die fehlenden Fr. 100'000 von Tanner aufgrund der evtl. möglichen Teilanfechtung nicht mehr geschuldet sind, würde in diesem Fall keine Rolle spielen, weil die Garantie und die bürgschaftsähnliche Garantie *leistungsbezogen* und nicht *erfüllungsbezogen* sind.²⁰

Das erste und wichtigste Kriterium der Unterscheidung ist die Akzessorietät.²¹ Bei der Bürgschaft ist Akzessorietät zur Hauptschuld gegeben. Der vorliegende Text garantiert die Bezahlung der von Tanner aus dem Kaufvertrag vom 20. Dezember 2005 geschuldeten Beträge. Es ist somit zur Feststellung des Umfangs der Sicherung vollumfänglich auf das Hauptschuldverhältnis zurückzugreifen. Dort ist festzustellen, wie viel Tanner schuldet. Vorliegend schuldet Tanner aus dem Vertrag nichts mehr, wenn die Anfechtung aufgrund von Willensmängeln noch als zulässig erachtet wird. Der Wortlaut der Ver-

¹⁶ BGE 113 II 434 ff., 438; BGE 125 III 305 ff., 309.

¹⁷ Vgl. dazu BGE 111 II 276 ff., 278 f.; BGE 113 II 434 ff., 435 f.

¹⁸ Vgl. BGE 113 II 434 ff., 436: „Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jedwelchem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein (...). So kann sich eine Bank oder das Gemeinwesen verpflichten, den Verlust einer Unternehmung zu decken, ohne dass Dritte dem Begünstigten etwas schulden (...). Daneben umfasst der Begriff der Garantie auch diejenigen Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt, beziehen (...). Mit ihnen soll diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie tatsächlich geschuldet ist; die Verpflichtung gilt damit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist (...). Da sich diese Garantie wesensmässig der Bürgschaft nähert, wird sie heute vornehmlich als bürgschaftsähnliche Garantie bezeichnet (...).“

¹⁹ Siehe BSK-Pestalozzi, OR 111 N 6; Beat Kleiner, Bankgarantie, Rz. 5.10; BGE 113 II 434 ff., 436 und BGE 125 III 305 ff., 307 f.: „Dans la promesse de porte-fort analogue au cautionnement, le fait promis consiste en l'exécution d'une obligation du tiers envers le stipulant (...). Dans tous les cas, celui qui se porte fort assume une obligation indépendante; celle-ci peut exister même si le tiers n'est pas débiteur du bénéficiaire ou si son obligation est nulle ou invalidée (...). En cas de cautionnement, la caution s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur (art. 492 al. 1 CO). Le cautionnement revêt un caractère accessoire en ce sens qu'il ne peut exister que sur une obligation valable (art. 492 al. 2 CO). Le critère de distinction essentiel entre ces deux espèces de garantie réside dans l'accessorieté, c'est-à-dire le lien de dépendance de l'engagement de la caution à l'égard de l'obligation du débiteur principal (...). Dans le cautionnement - contrat accessoire -, le garant assure la solvabilité du débiteur ou l'exécution d'un contrat, alors que le porte-fort promet au stipulant une prestation comme telle, indépendamment de l'obligation du tiers (...). Contrairement à la caution, le porte-fort doit exécuter sa prestation même si l'obligation à la charge du tiers n'a pas pris naissance, est nulle ou frappée d'invalidité (...).“

²⁰ Vgl. Kleiner, Rz. 5.25.

²¹ Vgl. BGE 113 II 434 ff., 437.

pflichtung Alders impliziert, dass sie deshalb auch nichts schuldet, denn sie garantiert nur *geschuldete Beträge*. Dies bedeutet, dass Alder auch die Einreden Tanners zur Verfügung stehen würden. War dies so gewollt, dann liegt Akzessorietät vor. Dagegen spricht jedoch, dass die Bezahlung auf erstes Verlangen erfolgen soll, was einen Verzicht auf eine Prüfung der Rechtmässigkeit und der Geltendmachung des Anspruchs impliziert, denn solche Ausdrücke machen nur dann einen Sinn.²² Im vorliegenden Dokument sind Einreden zwar nicht explizit erwähnt, implizit aber durch den Begriff „geschuldete Beträge“ eingeschlossen. Dass der wirkliche Wille Alders war, auch dann zu haften, wenn die Schuld aufgrund der Willensmängel wegfällt, ist kaum zu bejahen. Dieses Ergebnis weist zusammen mit der Benützung des Begriffes „geschuldete Beträge“ deutlich in Richtung Akzessorietät.

Bei unklaren Ergebnissen wäre weiter auf die Vermutungen zurückzugreifen,²³ die allesamt ebenfalls für die Annahme einer Bürgschaft sprechen. Wenn wie hier zur Bestimmung der garantierten Leistung vollumfänglich auf das vertragliche Hauptschuldverhältnis Rückgriff genommen werden muss, ist eher auf Bürgschaft zu schliessen.²⁴ Zur Verwirklichung des Schutzes des Verpflichteten ist insbesondere bei Privatpersonen eher auf Bürgschaft zu schliessen.²⁵ Ein weiteres Indiz ist die Interessenlage. Hat der Sicherungsgeber an der Erfüllung der Hauptverpflichtung ein unmittelbares eigenes Interesse, spricht dies eher für die Annahme einer Garantie.²⁶ Vorliegend ist kein besonderes Interesse Alders ersichtlich. Wahrscheinlich verpflichtet sie sich, weil er ihr Freund ist. Somit sprechen alle Indizien für die Bürgschaft.

Die Verpflichtung Alders wäre dann als Bürgschaft einzustufen, die jedoch angesichts diverser Mängel nichtig ist: Erstens ist der zahlenmässig bestimmte Höchstbetrag nicht angegeben (Art. 493 Abs. 1 OR). Zweitens bedarf eine Bürgschaft in dieser Höhe der öffentlichen Beurkundung (Art. 493 Abs. 2 OR; Alder ist eine natürliche Person und die Verpflichtung übersteigt Fr. 2'000). Diese Formmängel haben die Nichtigkeit zur Folge, denn sie sind Gültigkeitserfordernis.²⁷ Falls die Minderung oder die partielle Irrtumsanfechtung zugelassen werden, müsste Alder sowieso – auch wenn die Bürgschaft gültig wäre – aufgrund der Akzessorietät nichts bezahlen.

Lösungsvorschlag zu Fall 2

1. S-Presso AG vs Halter: Ansprüche aus Käuferverzug (Art. 214 Abs. 3 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR)

1.1. Nichtwiderruf der Duldungsvollmacht Webers (Art. 34 Abs. 3 OR)

Es stellt sich zuerst die Frage, wer aus dem Vertrag vom 4. August 2006 verpflichtet worden ist. Weber hat gemäss Sachverhalt keine registermässige Unterschriftsberechtigung und auch keine Vollmacht, die Geschäfte im Namen Halters abzuschliessen. Er war folglich Selbstkäufer und verkaufte die Maschinen an Halter weiter oder er war ihr indirekter Stellvertreter.²⁸ Weber hat bei Vertragsschluss der S-Presso AG

²² Siehe ZR 1992/1993 Nr. 39 S. 146, Erw. 4.3; Kleiner, Rz. 5.32.

²³ BSK-Pestalozzi, OR 111 N 24; Huguenin, OR BT, N 1225.

²⁴ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 111 N 29; BGE 113 II 434 ff., 439: „Diese Betrachtungsweise verkennt, dass die Bürgschaft schuldnernerbezogen, die Garantie dagegen gläubigerbezogen ist. Der Bürge stellt die Erfüllung einer bestimmten Schuldpflicht sicher, während der Garant dafür einsteht, dass der Gläubiger eine bestimmte Leistung erhält. Vermutungsweise ist daher nur bei detailliertem und selbständigem Leistungsbescrieb im Sicherungsvertrag selbst auf Garantie zu schliessen, demgegenüber auf Bürgschaft, wenn zur Feststellung der Garantienleistung wie hier vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden muss (...).“

²⁵ BGE 113 II 434 ff., 438.

²⁶ BGE 101 II 323 ff., 325 f.; siehe aber auch die Einschränkungen in BGE 125 III 305 ff., 309 und BGE 111 II 276 ff., 280; vgl. Heinrich Honsell, OR BT, 8. A., S. 394.

²⁷ BSK-Pestalozzi, OR 493 N 3.

²⁸ Siehe dazu BK-Zäch, OR 32 N 168.

trotzdem mitgeteilt, dass er für das Café Domino handle. Gemäss Sachverhalt wurden in der Vergangenheit die von Weber für das Café Domino getätigten Bestellungen und Käufe von Frau Halter stets pünktlich bezahlt. Zu prüfen ist, ob sich die S-Presso AG auf eine nicht widerrufenen Duldungsvollmacht (oder Duldungsprokura oder Duldungs-Handlungsvollmacht)²⁹ Halters berufen kann.

Die erste Voraussetzung der Duldungsvollmacht ist das Handeln des Vertreters in fremdem Namen. Dies kann erstens bei vorhandenem Vertretungswillen des Vertreters vorliegen. Es ist zweitens aber auch möglich, dass der Dritte nach Treu und Glauben auf einen solchen Vertretungswillen schliessen darf und dies auch tut.³⁰ Vorliegend hat Weber der S-Presso AG sogar mitgeteilt, dass er für das Café Domino handle.

Die zweite Voraussetzung ist die Mitteilung der Vollmacht durch den Vertretenen. Dies muss nicht durch ein positives Tun geschehen. Diese Mitteilung der Vollmacht kann auch durch ein Unterlassen oder ein Dulden geschehen.³¹ Gemäss Sachverhalt hat die S-Presso AG stets mit Weber verhandelt, wenn es um das Café Domino ging. Stets wurden die daraus entstandenen Kosten und Rechnungen von Halter ohne Beanstandung beglichen. Dadurch hat Halter geduldet, dass Weber in ihrem Namen auftritt und für sie Geschäfte abschliesst. Sie hat dadurch eine Vollmacht Webers gegenüber der S-Presso AG stillschweigend durch Duldung kundgegeben. Sie hätte diese stillschweigende Kundgabe für das in Frage stehende Geschäft mit der S-Presso AG widerrufen müssen (Art. 34 Abs. 3 OR).³²

Die dritte Voraussetzung ist der gute Glaube des Dritten, hier der S-Presso AG. Der gute Glaube muss sich auf den Bestand der Vollmacht beziehen.³³ Der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, die zeigen würden, dass die S-Presso AG nicht die nötige Aufmerksamkeit an den Tag legte oder wusste, dass Weber als Selbstkäufer handelt. Im Gegenteil: Aufgrund der früheren Geschäfte durfte sie davon ausgehen, dass auch dieses Mal die Rechnung von Halter beglichen wird.

Im Ergebnis hat folglich Halter über ihren Stellvertreter Weber einen Kaufvertrag über eine Kaffeemaschine und eine Kaffeemühle abgeschlossen. Die Montage dieser Maschinen ist eine eher untergeordnete Pflicht, weshalb hier die Regeln des Kaufrechts ausschliesslich anwendbar sind (Kauf mit Montagepflicht).³⁴

1.2. Verzug Halters

Der Kaufpreis von total Fr. 9'000 war gemäss Vertrag zehn Tage nach Montage der Maschinen fällig. Die Montage erfolgte am 6. August 2006. Gemäss Art. 77 Abs. 2 OR gilt für die Fristberechnung hier Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR. Der 6. August ist nicht hinzuzuzählen. Folglich kann Halter bis am 16. August 2006 rechtzeitig erfüllen.

Es stellt sich nun die Frage, welche Rechte der S-Presso AG zustehen. Es sind dies der Rücktritt nach Art. 214 Abs. 3 OR und die übrigen Rechtsbehelfe gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zu prüfen.

²⁹ Prokura (Art. 458 OR) und Handlungsvollmacht (Art. 462 OR) können auch stillschweigend, durch Duldung oder Anschein geschaffen werden; vgl. BSK-Watter, OR 458 N 6 f. und OR 462 N 2. Daraus resultieren im vorliegenden Fall keine Unterschiede in der Lösung.

³⁰ BGE 120 II 197 ff., 200.

³¹ BGE 120 II 197 ff., 200 f.

³² Vgl. BGE 120 II 197, 203 f.

³³ BGE 120 II 197 ff., 202 mit weiteren Hinweisen.

³⁴ Huguenin, OR BT, N 611.

1.3. Einzelne Wahlrechte der S-Presso AG

a) Rücktritt und Ersatz des negativen Interesses (Art. 214 Abs. 3 OR)

Vorliegend ist Art. 214 Abs. 3 OR anwendbar, denn die Kaufpreiszahlung war erst nach Lieferung und Montage der Maschinen fällig (Kreditkauf). Erste Voraussetzung hierfür ist der Verzug des Käufers. Gemäss Sachverhalt wurde Halter gemahnt. Sie befindet sich deshalb im Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR). Fraglich ist, ob die S-Presso AG sich das Recht vorbehalten hat, vom Vertrag zurückzutreten und die Maschinen zurückzufordern. Nach h.L. gilt die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes als Rücktrittsvorbehalt.³⁵ Der Eigentumsvorbehalt muss nicht eingetragen worden sein, um diese Wirkung zu erzielen. Da die S-Presso AG den Eigentumsvorbehalt nicht eintragen liess, hilft ihr die rei vindicatio nicht. Der Rücktritt gibt ihr nur ein obligatorisches Rückforderungsrecht.³⁶

Die S-Presso AG kann deshalb gemäss Art. 214 Abs. 3 OR vom Vertrag zurücktreten. Der Rücktritt ist in Art. 109 Abs. 2 OR geregelt. Die S-Presso AG kann die Maschinen zurückfordern und Schadenersatz (negatives Interesse, Art. 109 Abs. 2 OR) verlangen. Das negative Interesse bedeutet, dass die S-Presso AG Anspruch auf diejenige Vermögenslage hat, in der sie sich befinden würde, wenn sie keinen Vertrag mit Halter geschlossen hätte.³⁷ Halter muss deshalb eine angemessene Entschädigung für die Benützung der Maschinen bezahlen, denn sie hätte die Maschinen entweder anderweitig verkaufen oder vermieten können oder die Maschinen wären ohne Vertrag mit Halter noch neu und ungebraucht.³⁸ Der Schadenersatz erfordert ein Verschulden Halters. Dieses liegt vorliegend in der ausgebliebenen Zahlung, die nicht der zwischen ihnen und ihrem Stellvertreter (durch Duldungsvollmacht) abgeschlossenen Vereinbarung entspricht.³⁹

b) Klage auf Erfüllung und Verspätungsschaden (Art. 107 Abs. 2 OR)

Gemäss h.L. hat die Verkäuferin dann alle Rechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR, wenn sie sich an die dort genannten Voraussetzungen gehalten hat.⁴⁰ Die S-Presso AG hat gemäss Sachverhalt eine Nachfrist gesetzt (Art. 107 Abs. 1 OR). Sie kann deshalb auch nach Ablauf der Nachfrist am Vertrag festhalten und Klage auf Erfüllung nebst Ersatz des Verspätungsschadens verlangen (positives Interesse, Art. 107 Abs. 2 OR). Der Schadenersatz erfordert ein Verschulden (siehe oben).⁴¹ Ein spezieller Verspätungsschaden ist nicht ersichtlich.

c) Festhalten am Vertrag und Ersatz des positiven Interesses (Art. 107 Abs. 2 OR)

Die S-Presso AG hat aber auch, wenn sie es unverzüglich erklärt, das Recht, am Vertrag festzuhalten, die Maschinen zurückzuverlangen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses gemäss Differenztheorie zu verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR; strittige Meinung).⁴² Sie kann auch am Vertrag festhalten und lediglich

³⁵ BSK-Koller, OR 214 N 22.

³⁶ Pierre Cavin, Kauf, Tausch und Schenkung, SPR VII/1, S. 55.

³⁷ BGE 90 II 285 ff., 294.

³⁸ Vgl. BGE 90 II 285 ff., 294; BK-Giger, OR 214 N 63.

³⁹ Vgl. BGE 90 II 285 ff., 294.

⁴⁰ BSK-Koller, OR 214 N 4.

⁴¹ BSK-Wiegand, OR 107 N 13.

⁴² BSK-Koller, OR 214 N 24; BSK-Wiegand, OR 107 N 18; vgl. Honsell, OR BT, 8. A., S. 65 f.; a. A. BK-Giger, OR 214 N 43; offengelassen in BGE 54 II 308 ff., 312; vgl. auch BGE 123 III 16, 22 (Rücktritt und positives Interesse als Wahlrechte sind nicht kombinierbar, sondern schliessen sich gegenseitig aus); das oben vorgeschlagene Festhalten am Vertrag unter Rückforderung der Maschinen und Ersatz des positiven Interesses nach der Differenztheorie kombiniert im Ergebnis den Rücktritt mit dem positiven Interesse, siehe dazu Honsell, OR BT, 8. A., S. 66.

Ersatz des positiven Interesses gemäss Austauschtheorie verlangen. Diese Variante kommt im vorliegenden Fall der Variante b) gleich.⁴³ Das Verschulden⁴⁴ ist bei lit. a erklärt.

2. Halter vs Weber: Schadenersatz aus Schlechterfüllung des Auftrags (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 OR)

Der Sachverhalt gibt an, dass Halter die Bezahlung mit der wahren Begründung verweigert, dass Weber eigentlich Selbstkäufer gewesen sei, der die Maschinen anschliessend Halter übertragen habe und von ihr dafür bezahlt worden sei. Als Selbstkäufer hätte Weber die Maschinen auch selber bezahlen müssen.

Weber übernimmt gemäss Sachverhalt die Aufgabe, die Kaffeemaschinen zu kaufen. Dies ist als Auftrag zu qualifizieren (Tätigwerden in fremdem Interesse, Art. 394 Abs. 1 OR). Der Sachverhalt schweigt sich darüber aus, es könnte aber auch ein Auftrag im Rahmen des Arbeitsverhältnisses sein. Der Sachverhalt erwähnt keine Provision, was gegen die Annahme einer Einkaufskommission spricht (vgl. Art. 425 Abs. 1 OR).

Halter hat deshalb die Pflicht, die Rechnungen der S-Presso AG zu begleichen. Er haftet dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des Geschäfts (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 OR i.V.m. Art. 321a Abs. 1 OR und Art. 321e Abs. 1 und 2 OR). Dazu hätte gehört, dass er den Kaufvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hätte, um Halter vor Inanspruchnahme aus der Duldungsvollmacht zu verschonen und dass er zwar die Bezahlung von Halter akzeptiert, aber seinerseits auch die von ihm geschuldete Bezahlung gegenüber der S-Presso AG vornimmt. Er haftet in Anwendung von Art. 398 OR auf Bezahlung von Schadenersatz. Der Schaden besteht in der erneuten Inanspruchnahme durch die S-Presso AG, obwohl sie die Maschinen richtigerweise schon Weber bezahlt hat. Dieser Schaden entstand natürlich und adäquat kausal zur Vollmachtsüberschreitung Webers. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist Webers Verhalten geeignet, einen Schaden in dieser Höhe beim Auftraggeber zu verursachen. Das Verhalten Webers ist schuldhaft. Er weiss, dass er Selbstkäufer gewesen wäre und die S-Presso AG auch diesbezüglich hätte informieren müssen. Es handelt sich somit um Vorsatz.

Auch wenn man annimmt, dass er den Auftrag im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bekommen hat, ändert sich an der Lösung nichts. Weber haftet dann gemäss Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321e OR auf denselben Schaden wie im obigen Abschnitt beschrieben.

Abzuklären ist auch das Verhältnis zu Art. 39 OR. Nur wenn der Dritte keine Genehmigung erhält und auch keine Form des Gutgläubensschutzes einsetzt, d.h. die Vertretungswirkung nicht einsetzt, kommt diese Norm zur Geltung.⁴⁵ Vorliegend setzt die Vertretungswirkung aufgrund der nicht widerrufenen Duldungsvollmacht ein. Art. 39 OR ist deshalb nicht anwendbar.

⁴³ Vgl. dazu BSK-Koller, OR 214 N 4.

⁴⁴ Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 107 N 16.

⁴⁵ Huguenin, OR AT, N 1129.