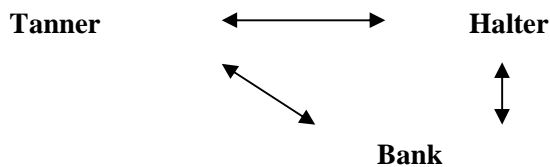


Fall 1

Methode und Aufbau

Zu Beginn startet man mit einer Skizze:



Nach einer ersten Analyse des Sachverhalts stellt man fest, dass der Sachverhalt zwei Problemkreise aufweist – die Kündigung des Tagesmuttervertrags und die Abwicklung der widerrufenen Anweisung. Der Tagesmuttervertrag sieht eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vor, was mit Art. 404 OR möglicherweise nicht zu vereinbaren ist. Ist Art. 404 OR nicht anwendbar, so ist die Kündigung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund zu prüfen, weil Tanner die Fremdbetreuung des Kindes nicht mehr benötigt. Halter will doppelt verdienen und der Vertrag scheint ihr Recht zu geben, aber geht das? Muss sie sich nicht anrechnen lassen, dass sie bereits nach einer Woche Ersatz für Anna gefunden hat? Je nach Lösung zeigt sich, dass aus dem Tagesmuttervertrag entweder nichts, ein Wochenentgelt oder zwei Monatsentgelte geschuldet sind. Bezahlt wurden zu Lasten von Tanners Konto drei Monatsentgelte. Das dritte Monatsentgelt war unter keinem Titel geschuldet. Die Bank hat einen Fehler gemacht und weiss, dass Kunde Tanner protestieren wird. Sie schreibt ihm deshalb die belastete Summe wieder gut, denn aufgrund einer widerrufenen Anweisung hat sie kein Recht, das Konto zu belasten. Tanner hat folglich kein Problem mehr. Die Probleme hat jetzt die Bank: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur widerrufenen, aber dennoch ausgeführten Anweisung sieht zum Teil andere Lösungen vor. Halter hat das Geld ausgegeben. Es stellt sich die Frage, ob sie es gutgläubig ausgegeben hat und deshalb die Einrede des nicht mehr vorhandenen Vermögens erheben kann. Der Vertrag hätte ihr grundsätzlich das Recht gegeben, unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen zwei Monatsentgelte einzustreichen, obwohl sie keine Gegenleistung erbringt. Bei der Überprüfung der Ansprüche ist vorgängig abzuklären, wie viel aus dem Tagesmuttervertrag geschuldet ist und wie gestützt darauf die Rückabwicklung vor sich gehen muss.

Der sinnvolle Aufbau – *der immer einen Anspruch definieren soll* – beginnt gleich mit der richtigen Abwicklung der widerrufenen Anweisung und stellt dabei vorfrageweise fest, wie viel aus dem Tagesmuttervertrag wirklich geschuldet war.

Bank vs Halter: Art. 63 OR auf Rückzahlung von Fr. 6'000

Die Anweisung nach Art. 466 ff. OR kann vom Anweisenden widerrufen werden, solange der Angewiesene die Annahme der Anweisung gegenüber dem Anweisungsbegünstigten nicht erklärt hat (Art. 470 Abs. 2 OR).¹ Eine diesbezügliche Erklärung ist im Sachverhalt nirgends erwähnt. Somit ist der Widerruf gegenüber der Bank vorliegend gültig. Normalerweise wird eine Anweisung, deren Leistungsverhältnis (d.h. die Bank als Angewiesene und Halter als Anweisungsempfängerin) fehlerhaft ist, auch im Leistungsverhältnis bereicherungsrechtlich korrigiert.² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung einer widerrufenen, aber trotzdem ausgeführten Anweisung die Kondiktion der Bank gegen den Anweisungsempfänger (Direktkondiktion) nur dann gegeben, wenn der Anweisungsempfänger bezüglich des Widerrufs bösgläubig war, d.h. nicht auf die Gültigkeit der Anwei-

¹ Siehe dazu BGE 121 III 109 ff., 112.

² Siehe BSK-Schulin, OR 62 N 30 ff.

sung vertrauen durfte.³ Damit will das Bundesgericht dem Anweisungsempfänger ermöglichen, die jeweiligen Einreden der verschiedenen Beziehungen zu erhalten. Dogmatisch wird dies mit dem Vertrauen in die nach wie vor bestehende Anweisung begründet. Wer nicht weiss, dass die Anweisung widerrufen worden ist, hat keine Bereicherungsklage der Bank zu befürchten, der gegenüber er nicht alle Einreden aus dem Valutaverhältnis entgegenhalten lassen kann.

Das Bundesgericht gewährt die Klage gegen den Anweisungsempfänger bei einer widerrufenen Anweisung nicht, wenn im Valutaverhältnis tatsächlich eine Schuld bestanden hat. Diesfalls ist Halter als Anweisungsempfänger gar nicht bereichert, sondern Tanner, dessen Schuld gegenüber Halter getilgt worden ist. Es ist deshalb vorfrageweise festzustellen, ob im Valutaverhältnis tatsächlich noch eine Schuld bestanden hat. Dafür ist der Tagesmuttervertrag zu analysieren.

Vorfrage: Schuld aus Tagesmuttervertrag

Qualifikation des Vertrags

Tanner hat mit Halter einen Tagesmuttervertrag abgeschlossen. Der Tagesmuttervertrag ist ein familienrechtlicher Innominatkontrakt, dessen Leistungen (Betreuung, Obhut, Pflege, Ernährung, Erziehung) sich zur Hauptsache wie beim Internatsvertrag unter den Auftrag (Betreuung, Obhut, Erziehung), die Miete (Betreuung im Haus der Tagesmutter), den Werkvertrag und den Kauf (Mahlzeiten und Getränke) subsumieren lassen. Die wesentlichste Komponente liegt beim Auftrag.⁴

Vorgehen

Tanner kündigt den Tagesmuttervertrag fristlos, weil er ihn aufgrund seiner Geschäftsaufgabe nicht mehr benötigt. Es ist zu prüfen, ob der Tagesmuttervertrag *erstens* aufgrund des Art. 404 Abs. 1 OR fristlos kündbar ist und falls ja, ob eine Kündigung zur Unzeit vorliegt; *zweitens*, ob der plötzlich fehlende Betreuungsbedarf einen wichtigen Grund darstellt, um den Tagesmuttervertrag als Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen und *drittens*, ob sich Halter nicht anrechnen lassen muss, dass sie nach einer Woche den freien Platz erneut besetzen konnte.

Freie Kündbarkeit nach Art. 404 Abs. 1 OR

Das Bundesgericht wendet Art. 404 Abs. 1 OR als zwingende Norm an, auf die nicht verzichtet werden kann. Die Kündigungsfrist von zwei Monaten im Tagesmuttervertrag wäre folglich aufgrund der zwingenden Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR ungültig. Die Lehre hingegen will Art. 404 Abs. 1 OR nur noch auf typische, d.h. unentgeltliche oder höchstpersönliche Aufträge anwenden.⁵ Das Verhältnis zur Tagesmutter ist zwar höchstpersönlicher Natur, gegen die Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR sprechen dennoch viele Gründe. Art. 404 Abs. 1 OR wäre paritätisch anwendbar⁶ – das jederzeitige Widerrufsrecht der Eltern enthielte auch ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Tagesmutter, was mit dem Kindeswohl und den Bedürfnissen der Eltern nicht vereinbar wäre. Das Bundesgericht begründet dies mit dem ausge-

³ BGE 121 III 109 ff., 113 ff.; vgl. Koller/Kissling, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, Berner Bankrechtstag 2000, S. 72.

⁴ Zum in dieser Hinsicht ähnlichen Kinderkrippenvertrag siehe Rusch/Hochstrasser, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007.

⁵ Siehe dazu BSK-Weber, OR 404 N 9 f. und eingehend Markus Reber, Art. 404 OR – ein erratischer Block aus dem Römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: Pichonnaz Pascal, Vogt Nedim Peter, Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 499 ff.

⁶ Vgl. BSK-Weber, OR 404 N 8.

sprochenen Vertrauensverhältnis.⁷ Wenn dieses nicht mehr vorhanden sei, mache eine Weiterführung des Vertrags keinen Sinn mehr.⁸ Diese Rechtsprechung wendet das Bundesgericht auch auf dem Tagesmuttervertrag ähnliche Verträge an, wie z.B. den Internatsvertrag.⁹ Das Kind muss aber nicht weiterhin in die Krippe, bloss weil der Vertrag nicht sofort kündbar ist. Wenn es wichtige Gründe für die Kündigung gibt, müssten sie auch bei fristloser Kündigung nichts mehr dafür zahlen. Diese Lösung ist durchaus vernünftig und genügend.¹⁰ Bei Verträgen *sui generis*, aber auch bei gemischten Verträgen, für welche in Bezug auf die zeitliche Bindung die Normen des Auftragsrechts nicht als sachgerecht erscheinen, rechtfertigt es sich auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, Art. 404 OR nicht zwingend anzuwenden.¹¹ Halter und Tanner konnten deshalb gültig eine zweimonatige Kündigungsfrist vereinbaren. Die Prüfung der Kündigung zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) entfällt deshalb.

Kündigung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund

Tanner gab sein Geschäft auf. Dadurch entfällt für ihn die Notwendigkeit, sein Kind durch Dritte betreuen zu lassen. Es stellt sich die Frage, ob ihn dies als wichtiger Grund zur Kündigung des Tagesmuttervertrags berechtigt. Der Tagesmuttervertrag ist ein auf Dauer ausgelegtes Schuldverhältnis, d.h. das Ausmass der Leistungen hängt massgeblich von der Dauer des Vertragsverhältnisses ab. Dies ist das Wesensmerkmal der Dauerschuldverhältnisse.¹² Der wichtige Grund liegt im Falle unzumutbarer aussergewöhnlicher Umstände vor.¹³ Diese dürfen nicht vorhersehbar oder selbstverschuldet sein. Das gemäss Sachverhalt allgemeine Unlustgefühl spricht stark für ein Selbstverschulden Tanners. Er wollte es so, er kann sich deshalb nicht auf die fehlende Vorhersehbarkeit berufen. Auch wenn er diesen Weg nicht selber gewählt hätte (z.B. bei einer Entlassung), wäre es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein vorhersehbares Ereignis. Das Bundesgericht bejahte in einem ähnlich gelagerten Fall die grundsätzliche Vorhersehbarkeit des Wegzugs aufgrund eines Stellenverlusts alleine aufgrund des Faktums, dass die Kündbarkeit im Arbeitsvertrag vorgesehen ist und verneinte damit das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung einer Wohnung in zwei Entscheiden: „*Das schliesst aber die Annahme eines wichtigen Grundes im Sinne dieser Bestimmung ohne weiteres aus; denn der Beklagte musste von Anfang an (...) mit der Möglichkeit rechnen, dass ihm die Stelle aus irgendwelcher Veranlassung auf einen der ersten vertraglich vorgesehenen Termine gekündigt werde*“.¹⁴ Die Kündigung aus wichtigem Grund steht Tanner somit nicht offen.

Anrechnung des Ersatzes

Die Abwicklung einer ausserterminlichen und fristlosen Kündigung trotz grundsätzlicher Pflicht zur Bezahlung des Entgelts führt bei analoger Anwendung *mietvertraglicher Grundsätze* und der allgemein anwendbaren Grundsätze des *Bereicherungsverbots* sowie der *Schadenminderungspflicht* dennoch zu ver-

⁷ Das besondere Vertrauensverhältnis wird stets als Grund für das jederzeitige Widerrufsrecht angegeben. Ist es zerstört, liegt aber ohnehin regelmässig ein wichtiger Grund für die Kündigung vor, siehe dazu Reber, S. 526.

⁸ BGE 115 II 464 ff., 466; vgl. dazu auch BK-Fellmann, OR 404 N 111 f.

⁹ Unveröffentlichter Entscheid BGE C 171/82/kl vom 4. Oktober 1982, E. 3.

¹⁰ Anderer Ansicht Völkle, S. 71 und 144 f. für den Pflegeelternvertrag.

¹¹ Vgl. BGE 115 II 464 ff., 466; vgl. zu den *Verträgen sui generis* und zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BK-Fellmann, OR 404 N 106; Völkle, S. 71, 143 ff., 149 und Bättig, S. 29 bejahen die jederzeitige Kündbarkeit nach Art. 404 OR für den Pflegevertrag.

¹² Vgl. Huguenin, Rz 85; BGE 128 III 428 ff., 430; vgl. auch die Definition der Dauerschuldverhältnisse bei Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Rz 94.

¹³ BSK-Bucher, OR 1-40 N 30.

¹⁴ Zitat aus BGE 63 II 79 ff., 83; BGE 4C.220/1994 vom 24. Oktober 1994, teilweise abgedruckt in SJZ 1995, S. 177; siehe auch ZR 1963 Nr. 79 S. 218 ff., 220 (Vorhersehbarkeit des Entzugs der Aufenthaltsbewilligung bejaht) und SJZ 37 (1940/1941) Nr. 200 S. 314; vgl. aber auch BGE 57 II 532 ff. und insb. BGE 122 III 262 ff., 263 f., wo der Kantonsgerichtspräsident und die Obergerichtskommission des Kantons Obwalden als Vorinstanzen des Bundesgerichts einen wichtigen Grund zur Kündigung einer Wohnung bejahten, weil die geschiedene Frau nicht vorhersehen konnte, dass ihr früherer Gatte die Alimente nicht mehr bezahlen können wird.

tretbaren Ergebnissen.

Der Krippenvertrag hat ein mietvertragliches Element. Bei der Kündigung eines Mietverhältnisses im Sinne von Art. 264 OR bleibt der bisherige Mieter zwar grundsätzlich bis zur nächstmöglichen ordentlichen Beendigung verpflichtet. Er kann jedoch einen Nachmieter stellen. Der Vermieter muss sich die Ersparnisse, Einkünfte und unterlassene Einkünfte anrechnen lassen. Diese Grundsätze sind aufgrund der identischen Interessenlage auf den Tagesmuttervertrag *analog* anwendbar. Die Krippe muss sich die Einsparungen durch die Absenz eines Kindes anrechnen lassen (Art. 264 Abs. 3 lit. a OR analog; weniger Essen, weniger Betreuungs- und Pflegeaufwand). Die analoge Anwendung von Art. 264 OR gilt auch, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Berücksichtigung der Neubesetzung des Krippenplatzes nicht vorsehen. Diese Norm ist im Mietrecht zwingender Natur.¹⁵ Es spricht vieles dafür – namentlich die Grundsätze der Schadensminderungspflicht, des Bereicherungsverbots und der Vorteilsanrechnung – diese Norm auch beim Krippenverband als zwingendes Recht anzuwenden. Zwei ebenfalls auf dem Grundsatz des Bereicherungsverbots und der Vorteilsanrechnung basierende Normen ähnlichen Inhalts findet sich im Pacht- und Arbeitsrecht (Art. 293 Abs. 2, Art. 324 Abs. 2 und Art. 337c Abs. 2 OR).¹⁶

Es geht wie im Arbeits- und Mietrecht bei der fristlosen Kündigung des Tagesmuttervertrags ohne wichtigen Grund um einen Fall des Annahmeverzugs seitens der Eltern. Der daraus resultierende Schadenersatzanspruch ist aufgrund der oben genannten Grundsätze zwingend um den Betrag zu kürzen, der durch eine Neubesetzung des Platzes erworben werden konnte oder zu erwerben unterlassen worden ist.¹⁷ Es entsteht vorliegend folglich lediglich ein Schaden aus entgangener Einkunft im Ausmass einer Woche. Somit wäre die Nichtberücksichtigung der tatsächlichen oder unterlassenen Einkünfte wegen Verstosses gegen zwingendes Recht unbeachtlich. Sieht der Betreuungsvertrag die Anrechnung nicht, widerspricht dies nicht nur dem analog anwendbaren, zwingenden Mietrecht, sondern auch den stets anwendbaren Grundsätzen des *Bereicherungsverbots*, der *Vorteilsanrechnung* sowie der *Schadensminderungspflicht* (Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR).¹⁸ Die Schadensminderungspflicht wird mit dem Redlichkeitsgebot und dem Handeln nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) begründet.¹⁹ Diese Grundsätze sind allgemein anerkannt und können nur für präzise und konkret umschriebene Umstände wegbedungen werden.²⁰

Fazit

Halter muss sich die Einkünfte anrechnen lassen. Sie kann folglich nur Ersatz für eine Woche verlangen, also Fr. 500.

Anspruch der Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 Abs. 1 OR) gegen Tanner: Fr. 500

Da die Bank die Fr. 6'000 dem Konto Tanners wieder gutgeschrieben hat, ist Tanner um Fr. 500 berei-

¹⁵ ZK-Higi, OR 264 N 3.

¹⁶ ZK-Schönenberger/Staehelin, OR 324 N 32; ZK-Schönenberger/Staehelin, OR 337c N 10.

¹⁷ Tatsächlich erzielte oder unterlassene Einkünfte reduzieren den Schaden und können je nach Lehrmeinung sogar schon bei der *Schadensberechnung* und nicht erst bei der *Schadensbemessung* berücksichtigt werden (siehe zur Einordnung der Schadensminderungspflicht Luterbacher, Die Schadensminderungspflicht, N 231 ff.). Wenn Tanner den Tagesmuttervertrag ohne wichtigen Grund kündigt, Halter den Betreuungsplatz aber nahtlos neu besetzen kann, dann erleidet sie folglich gar keinen Schaden.

¹⁸ Vgl. zu diesen Grundsätzen und deren Anwendung im Miet- und Arbeitsrecht ZK-Higi, OR 264 N 74, 78, 87 und ZK-Staehelin, OR 324 N 31 ff.; zur Schadensminderungspflicht im Delikts- und Vertragsrecht BK-Brehm, OR 44 N 48 und BK-Weber, OR 99 N 197 ff., 202 ff.; zur Schadensminderungspflicht als allgemein anerkanntem Grundsatz siehe Luterbacher, N 173 und 177.

¹⁹ Siehe BK-Brehm, OR 44 N 48.

²⁰ Siehe ZK-Baumann, ZGB 2 N 43.

chert, die er Halter geschuldet hätte. Zuerst ist jedoch abzuklären, ob wirklich auf den subsidiären Bereicherungsanspruch zurückgegriffen werden muss, denn zwischen Bank und Tanner besteht offensichtlich ein Kontovertrag. Wo ein vertragsrechtlicher Anspruch gegeben ist, ist der bereicherungsrechtliche Anspruch lediglich subsidiär gegeben.²¹ Es fällt jedoch schwer, in diesem Verhältnis eine vertragsrechtliche Grundlage für den Aufwendungsersatz gegenüber Tanner zu konstruieren. Tanner wollte genau nicht, dass diese Zahlung erfolgt. Die Bank hat bei der Anweisung oder der Kontoführung *einen Fehler* gemacht, indem sie den Widerruf nicht beachtete. Diese Teilleistung des Kontovertrags ist am ehesten dem Auftragsrecht zuzuordnen. Aufwendungsersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR erhält der Beauftragte nur bei *richtiger Ausführung* des Auftrags. Ein vertragsrechtlicher Anspruch ist somit nicht gegeben.

Die Voraussetzungen gemäss Art. 62 Abs. 1 OR sind die Bereicherung. Tanner ist um Fr. 500 bereichert, denn seine Schuld gegenüber Halter wurde getilgt. Sein Vermögen wurde vergrössert – im Sinne eines *lucrum emergens*, durch Verminderung von Passiven.²² Diese Bereicherung stammt aus dem Vermögen der Bank, wofür es keinen Rechtsgrund gibt. Damit sind alle Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs der Bank gegen Tanner in der Höhe von Fr. 500 gegeben.

Anspruch der Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 63 Abs. 1 OR) gegen Tanner: Abtretung des Bereicherungsanspruchs gegen Halter in der Höhe von Fr. 3'500

Die Bank hat ihren Fehler aus der trotz des Widerrufs durchgeführten Anweisung korrigiert. Sie hat zwar erfahren, dass sie nicht zahlen soll und die Mitteilung sogar bestätigt. Es wäre eigentlich nicht möglich, sich in einer solchen Situation auf eine irrtümliche Zahlung zu berufen. Art. 63 Abs. 1 OR verlangt jedoch nicht einen wesentlichen Irrtum im Sinne der Art. 23 ff. Ein Irrtum ist für die Belange des Art. 63 Abs. 1 OR schon dann anzunehmen, „*wenn nach den Umständen ausgeschlossen werden kann, dass der Leistende eine Schenkung beabsichtigte*“.²³ Dies ist klar auszuschliessen. Sie hat aber nur einen direkten Bereicherungsanspruch gegen die Anweisungsbegünstigte, soweit diese bezüglich des Widerrufs bösgläubig war, d.h. die Gelder bösgläubig entgegengenommen hat. Halter weiss gemäss Sachverhalt vom Widerruf nichts. Aufgrund des Wortlauts des Tagesmuttervertrags hätte sie trotz fristloser Kündigung noch Anspruch auf zwei Monatsentgelte gehabt. Bezüglich des dritten Monatsentgelts konnte sie hingegen nicht gutgläubig sein, dass überhaupt je eine Anweisung bestanden hat. Nach dem Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB war nach den Umständen klar, dass sie unter keinem Titel einen Anspruch auf die letzten Fr. 2'000 hatte.²⁴ Die Bereicherungsforderung der Bank gegen Tanner beträgt Fr. 500 – auf diese hatte Halter einen Anspruch und war folglich auch nicht bereichert. Es bleiben somit Fr. 3'500. In diesem Umfang wusste Halter vom Widerruf nichts. Eigentlich hätte Tanner einen Bereicherungsanspruch gegen Halter in diesem Umfang gehabt. Durch die Gutschrift der ursprünglich belasteten Summe hat er jedoch kein Interesse, diesen Betrag einzuklagen. Die Bank hat die Kondiktion der Kondiktion, d.h. sie kann den Kondiktionsanspruch Tanners gegen Halter *aus dem Valutaverhältnis* kondizieren und gestützt darauf gegen Halter vorgehen.²⁵ Im Valutaverhältnis ist Tanner bereichert, denn Halter hat Gelder bekommen, auf die sie gemäss Tagesmuttervertrag keinen Anspruch gehabt hätte. Tanner ist um diesen Anspruch bereichert und muss diesen der Bank abtreten, die um die gleiche Summe entreichert ist.

Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 63 Abs. 1 OR) gegen Halter: Fr. 5'500

Mit der abgetretenen Forderung (Fr. 3'500) sowie der eigenen Bereicherungsanspruch (Fr. 2'000) kann die Bank auf total Fr. 5'500 gegen Halter aus ungerechtfertigter Bereicherung klagen. Die Voraussetzung ist

²¹ Zu diesem Problem Koller/Kissling, S. 38 und allgemein BGE 126 III 119 ff.

²² Vgl. BSK-Schulin, OR 62 N 6; BGE 121 III 109 ff., 116.

²³ BSK-Schulin, OR 63 N 4 und Pra 2005, Nr. 118, S. 822 ff., 827, Erw. 5.1.

²⁴ Vgl. dazu Koller, ZBJV 1995 I S. 801 f.

²⁵ Siehe BGE 121 III 109 ff., 116; vgl. dazu Honsell, AJP 1995 S. 1211.

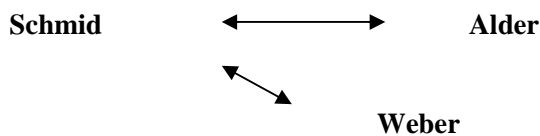
wiederum die Bereicherung Halters. Sie hatte aus dem Tagesmuttervertrag keinen Anspruch auf das Geld. Die Bank ist daher im Umfang von Fr. 2'000 (eigene Entreichung) bzw. Fr. 3'500 (abgetretene Forderung Tanners) entreichert.

Halter ist nach wie vor um die Fr. 2'000 bereichert, denn den Herd hätte sie ohnehin ersetzen müssen. Es liegt also eine Ersparnisbereicherung im Ausmass von Fr. 2'000 für den Herd vor, die unabhängig vom guten Glauben zurückzuzahlen ist, weil sie nicht entäussert worden und damit noch vorhanden ist.²⁶ Es stellt sich die Frage, ob sich Halter der Rückerstattung des Rests der Bereicherungsforderung (Fr. 3'500) mit dem Wegfall der Bereicherung im Sinne von Art. 64 OR entziehen kann. Mit dem restlichen Geld hat sie eine Handtasche im Wert von Fr. 3'500 und Essen im Wert von Fr. 500 gekauft; beides hätte sie sich sonst nicht leisten können. Die Handtasche kann als Bereicherungssurrogat herausverlangt werden (strittig).²⁷ Verneint man die Rückerstattungspflicht des Bereicherungssurrogats, bleibt nach wie vor der Rückgriff auf die bösgläubige Entäusserung. Halter musste wissen, dass sie auf Fr. 2'000 unter keinem Titel einen Anspruch hatte. Diese Fr. 2'000 hat sie somit bösgläubig verbraucht. Die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung gemäss Art. 64 OR greift dann lediglich im Umfang von Fr. 1'500 (Fr. 2'000 aus Ersparnisbereicherung, Fr. 2'000 wegen bösgläubiger Entäusserung). Halter muss somit die Bereicherung im Umfang von Fr. 4'000 (Fr. 2'000 bösgläubig entäussert, Fr. 2'000 als Ersparnisbereicherung) zurückerstatten oder Fr. 2'000 zurückerstatten plus die Handtasche als Bereicherungssurrogat.

Fall 2

Methode

Zu Beginn startet man mit einer Skizze



Zuerst richtet sich der Fokus auf diejenige Person, die das grösste Problem hat. Alder hat ein Auto für Schmid gekauft, das dieser nicht will, weil es keinen Allradantrieb hat. Schmid hat zwar das ursprünglich bestellte Auto nicht bekommen, konnte aber seine Kundin mit einem anderen Wagen bedienen. An diesem Wagen verdient er jedoch nicht gleich viel. Weber hat mit dem neuen Wagen massive Probleme und will ihn zurückgeben. Der richtige Aufbau beginnt nicht einfach mit allen Problemen, die sich stellen, *sondern formuliert einen Anspruch*. Die Vorfragen und Gedankengänge, die zu diesem Anspruch führen, werden am Anfang bei den Voraussetzungen des Anspruchs abgeklärt und erläutert.

²⁶ Vgl. BSK-Schulin, OR 64 N 6; Huguenin, OR AT, N 1056.

²⁷ Siehe von Tuhr/Escher, S. 504; siehe auch Alfred Koller, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Freiburg 1985, N 545. Die Zahlung der nicht geschuldeten Summe erfolgte auf ein Konto. Die Bereicherungsforderung bezog sich nicht auf ausscheidbare Geldnoten oder Münzen, sondern auf einen Geldwert, der weiterhin zurückerstattet werden muss. Halter kann nach dieser Ansicht höchstens geltend machen, die Handtasche sei weniger als Fr. 3'500 wert gewesen (Koller, N 546). BSK-Bucher, OR 64 N 6 verneint eine Rückgabepflicht bei Anschaffungen, die sonst nicht getätigt worden wären, wie z.B. den Kauf eines Luxusautos. Diese Ansicht führt jedoch zu unbilligen Resultaten.

Schmid vs Alder: Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags, Art. 190 Abs. 1 OR

Kaufvertrag: Gattungssache

Zwischen Alder und Schmid ist ein Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 OR zu Stande gekommen. Sie einigten sich, dass ein VW Golf mit Allradantrieb, Dieselmotor und mindestens 100 PS mit einem Rabatt von 33% zum Listenpreis verkauft werden soll. Die Kaufsache ist folglich nicht individuell bestimmt, sondern nach Merkmalen als Gattungssache bestimmt. Dass dieser VW Golf oder Modelle dieser Art vielleicht noch gar nicht gebaut sind oder Schmid noch kein Modell dieser Art gehört, spielt keine Rolle.²⁸ Die Farbe ist Schmid egal. Das Auto ist folglich nur der Gattung nach bestimmt. Gemäss Art. 71 Abs. 1 OR darf Alder als Schuldner der Gattungssache die Farbe oder den Motor auswählen, falls es mehrere Autos gibt, die die Kriterien Schmid's erfüllen.

Festsetzung des Kaufpreises

Die Festsetzung des Kaufpreises ist hingegen problematischer. Je nach Modell und Ausstattung kostet der Golf mehr oder weniger. Deshalb richtet sich der Preis nach den offiziellen VW-Listenpreisen, abzüglich 33% Händlerrabatt. Somit bestimmt ein Dritter den Verkaufspreis. Erhöht VW die Listenpreise bis zur Lieferung, muss Alder mehr bezahlen. Somit ist der Preis noch nicht genau bestimmt und kann von VW nach Belieben verändert werden. Der Kaufpreis ist genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist (Art. 184 Abs. 3 OR). Das Bundesgericht lässt aber die Bestimmbarkeit anhand einer Preisliste als genügende Bestimmbarkeit noch zu.²⁹ Es argumentiert, dass die Preise für alle Kunden gelten und deshalb konkurrenzfähig bleiben müssen.³⁰ Problematisch an der Sache ist, dass die offiziellen VW-Listenpreise nicht von einer neutralen Drittperson festgelegt werden, sondern von einem Importeur oder Hersteller, also einer Partei, die ein eigenes Interesse an möglichst teuren Verkäufen hat. Der Vertrag mit Alder ist gleich problematisch, wie wenn er mit dem offiziellen VW-Importeur direkt geschlossen worden wäre. Da die Preise aber als Referenzmassstab für alle gelten und der Händlerrabatt auch bei Preiserhöhungen gewahrt bleibt, ist der Preis vorwiegend unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügend bestimmbar und das Preisänderungsrecht nicht übermässig bindend oder unsittlich (Art. 20 Abs. 1 OR bzw. Art. 27 Abs. 2 ZGB).

Golf ohne Allradantrieb ist aliud

Schmid und Alder haben die Lieferung einer Gattungssache vereinbart. Ein VW Golf ohne Allradantrieb gehört nicht zur vereinbarten Gattung und stellt ein *aliud* dar. Die Lieferung eines aliuds stellt nicht eine *Schlechterfüllung*, sondern eine *Nichterfüllung* dar.³¹ Anwendbar sind deshalb die Verzugsregeln.

Schmid und Alder haben die Lieferung bis zum 3. September 2007 gewählt. Es stellt sich die Frage, wie diese Fristbestimmung zu werten ist. In Frage kommen Art. 108 Ziff. 3 OR oder Art. 190 Abs. 1 OR. Schmid ist Autohändler. Bestellt er ein Auto beim Autogrosshändler, so erfolgt dies mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Wiederverkauf. Für den Autogrosshändler Alder ist dies erkennbar. Es wird sogar vermutet, wenn der Käufer ein Kaufmann ist. Somit geht es hier um kaufmännischen Verkehr im Sinne von Art. 190 Abs. 1 OR.³² Nach Art. 190 Abs. 1 OR wird ein Fixgeschäft *vermutet*, sobald ein Lieferungstermin vereinbart worden ist. Lehre und Rechtsprechung wenden Art. 190 OR nur dann an, wenn ein rela-

²⁸ Huguenin, OR BT, N 80.

²⁹ Vgl. BGE 84 II 13 ff., 20 und BSK-Koller, OR 184 N 45 ff.

³⁰ Vgl. BGE 84 II 13 ff., 20: „Die grosse Zahl der möglichen Lieferfirmen, die ja alle ausser dem Beklagten und andern durch gleiche Verträge verpflichteten "Sparern" auch sonstige Kunden gegen Barzahlung bedienen werden und dabei konkurrenzfähig sein müssen, bietet Gewähr dafür, dass der Beklagte nicht willkürlich festgesetzte Preise wird bezahlen müssen.“

³¹ Vgl. den ähnlichen Fall (Gabelstapler mit Automatikgetriebe) in BGE 121 III 453 ff., 457; BGE 94 II 26 ff.

³² BSK-Koller, OR 190 N 7 und 9.

tives Fixgeschäft gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR vorliegt.³³ Dieses ist vorliegend gegeben. Beide Parteien wissen um die Bedeutung des Termins, von dessen Einhaltung ein Folgegeschäft abhängt. Schmid verweigerte gemäss Sachverhalt die Annahme. Weitere Aussagen sind im Sachverhalt nicht erwähnt. Die Vermutung des Art. 190 Abs. 1 OR sieht vor, dass Schmid dadurch auf die Lieferung des richtigen Autos verzichtet und Schadenersatz aus Nichterfüllung verlange. Hätte er das Auto noch gewollt, wäre eine unverzügliche Mitteilung notwendig gewesen (Art. 190 Abs. 2 OR). Diese ist im Sachverhalt nicht erwähnt.

Es stellt sich die Frage, ob Schmid Schadenersatz verlangen kann, und falls ja, in welcher Höhe. Die relevante Norm ist Art. 191 OR. Schmid hätte bei rechtzeitiger Lieferung mit dem Golf Fr. 6'000 verdienen können. Stattdessen kauft er einen Ford, dessen Weiterverkauf ihm Fr. 3'000 einbringt. Sind ihm jetzt Fr. 6'000 oder lediglich Fr. 3'000 entgangen? Zu prüfen ist, welche Art von Schadenersatz überhaupt geschuldet ist. Da vorliegend mangels weiterer Indizien Schmid auf die nachträgliche Erfüllung verzichtet hat, kann er Schadenersatz aus der Nichterfüllung des Vertrags verlangen. Dies ist das positive Interesse.³⁴ Es ist nur bei Verschulden geschuldet. Alder hat sich vertippt und auf diese Weise die Nichterfüllung verursacht. Dies stellt eine Fahrlässigkeit dar, die als Verschulden ausreicht.

Art. 191 Abs. 1 OR ermöglicht die gewöhnliche Schadensberechnung nach Art. 103 Abs. 1 OR. Schmid hätte durch die Lieferung des VW Golf Fr. 6'000 verdient. Ein beabsichtigter, noch nicht getätigter Weiterverkauf ist ebenfalls beachtlich.³⁵ Beim positiven Interesse kann der entgangene Gewinn auch eingefordert werden.³⁶ Es wirkt aber ungerecht, wenn das Ersatzgeschäft nicht angerechnet wird. Schmid hat lediglich einen Quasi-Deckungskauf vollzogen: Er kaufte und verkaufte Weber ein anderes Auto, zudem mit weniger Gewinn. Der Zweck des Deckungskaufs ist die Schadensminderung. Zur Schadensminderung ist man verpflichtet.³⁷ Eine Art Schadensminderung ist auch durch den unüblichen Deckungskauf erfolgt, denn Schmid hat dadurch Fr. 3'000 verdient. Nach dieser Berechnung beträgt der entgangene Gewinn Fr. 6'000 abzüglich Fr. 3'000 Erlös aus einem Deckungsgeschäft. Somit muss Alder nach der Schadensberechnung des Art. 191 Abs. 1 OR Fr. 3'000 an Schmid bezahlen.

Art. 191 Abs. 2 OR sieht den Deckungskauf vor. Der Käufer hat sich beim Deckungskauf gleiche Ware zu beschaffen, wie sie Gegenstand des nichterfüllten Kaufes war.³⁸ Dies ist vorliegend eindeutig nicht geschehen. Schmid musste sich nach den Wünschen der Kundin Weber richten. Der Deckungskauf hat in guten Treuen zu erfolgen (Art. 191 Abs. 2 OR). Es ist im Rahmen eines Ermessensentscheids zu beurteilen, ob der Kauf des Ford Mondeo als Deckungskauf in Frage kommt und ob die Marge noch angemessen war.³⁹ Der Ford war aber viel teurer, wenn man die Listen-, Ankaufs- und Verkaufspreise vergleicht. Die Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 2 OR ist vorliegend deshalb nicht einschlägig. Schmid will ohnehin nicht die Differenz für die teurere Ersatzbeschaffung, sondern den entgangenen Gewinn.

Die Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR erfolgt abstrakt. Es stellt sich die Frage, ob ein VW Golf oder ein Ford Mondeo überhaupt einen Marktpreis haben. Einen Börsenpreis gibt es sicher nicht. Der Marktpreis ist ein mittlerer Preis, der bei einer grösseren Anzahl von Abschlüssen angewandt wird.⁴⁰ Es ist zweifelhaft, ob ein solcher Preis existiert, der eine verlässliche Preisbestimmung zulässt.⁴¹ Der offizielle Listenpreis kann diese Funktion nicht übernehmen, wie nur schon die Preisschwankungen für Auslaufmodelle zeigen. Die Preise variieren je nach Garage, Modell und Ausstattung, folglich nach individuellen

³³ BK-Giger, OR 190 N 13 und Huguenin, OR BT, N 188.

³⁴ BSK-Koller, OR 190 N 4 und 17, mit weiteren Hinweisen.

³⁵ BSK-Koller, OR 191 N 28.

³⁶ BSK-Koller, OR 191 N 2.

³⁷ BSK-Koller, OR 191 N 27 und 30; ZK-Schönle, OR 191 N 13.

³⁸ BSK-Koller, OR 191 N 13.

³⁹ Vgl. die Überlegungen zum Deckungskauf in ZR 1955, Nr. 103, S. 214. Der Käufer kaufte schon vor Eintritt des Verzugs des Verkäufers türkische statt italienische Pferdebohnen.

⁴⁰ ZK-Schönle, OR 191 N 29 und BSK-Koller, OR 191 N 20.

⁴¹ Vgl. zum Kriterium der verlässlichen Bestimmbarkeit BSK-Koller, OR 191 N 16.

und persönlichen Gegebenheiten.⁴² Ein Marktpreis ist damit nicht gegeben. Damit ist die Anwendbarkeit von Art. 191 Abs. 3 OR zu verneinen.

Weber vs Schmid: Anspruch aus Auftrag

Gross hat gemäss Sachverhalt Schmid den Auftrag gegeben, einen VW Golf mit den speziellen Eigenschaften zu finden und ihm in Aussicht gestellt, ein solches Modell zu kaufen. Der Wortlaut der Aussage „Ich kaufe einen solchen Golf, wenn Du einen bis dann findest“, deutet darauf hin, dass der Auftrag ohne Konsequenzen bleibt, wenn Schmid keinen passenden Wagen finden sollte. Eine allfällige Belohnung hätte wohl darin bestanden, dass er das Auto mit Gewinn an Weber hätte weiterveräussern können. Der vorliegende Vertrag zeitigt somit keine weiteren Folgen.

Weber vs Schmid: Wandlung gemäss Art. 205 Abs. 1 OR

Das Vertragsformular schliesst Wandelung und Minderung aus. Damit sieht der Vertrag ausschliesslich die Nachbesserung vor. Die Probleme des Fords (unruhiger Leerlauf, ruckartige Gasannahme) stellen einen Mangel dar, der den Wagen zum vorausgesetzten Gebrauch untauglich macht oder die Tauglichkeit zum Gebrauch erheblich vermindert (vgl. Art. 197 Abs. 1 OR).⁴³ Die Fabrik- oder Händlergarantie bringt häufig nur eine Erstreckung der Kontroll- und Rügefrist mit sich, beschränkt aber die Gewährleistung auf eine Nachbesserung und schliesst die Wandlung oder Minderung aus. Die kaufvertragliche Gewährleistung ist dispositiver Natur und lässt sich wegbedingen, sofern der Mangel nicht arglistig verschwiegen worden ist (Art. 199 OR). Für die Annahme von Arglist seitens Schmid's gibt es vorliegend keine Indizien.

Freizeichungsklauseln sind restriktiv zu interpretieren.⁴⁴ Für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel ist vorliegend kein Raum, weil Weber das Vertragsformular gemäss Sachverhalt tatsächlich gelesen hat und somit keine Globalübernahme vorliegt.⁴⁵ Anwendbar bleibt trotz Globalübernahme aber die Unklarheitenregel, die *interpretatio contra proferentem*.⁴⁶ Tatsächlich ist unklar, ob die „Super-Garantie“ in Tat und Wahrheit nur eine verlängerte Rüge- und Kontrollfrist bedeutet, aber im Gegenzug das Recht zur Wandlung und Minderung nimmt. Die Nachbesserung ist beim Kauf von Gesetzes wegen nicht vorgesehen, nur Wandlung und Minderung. In der konkreten Konstellation wäre die Nachbesserung unter Ausschluss der Minderung und Wandlung aber eher ein Nachteil.⁴⁷ Es stellt sich die Frage, ob ein durchschnittlicher Käufer unter einer „Super-Garantie“ tatsächlich etwas versteht, das ihn um wesentliche Mängelrechte bringt.⁴⁸ Dies ist zu verneinen. Die „Super-Garantie“ ist deshalb zu wenig deutlich und klar, was den Ausschluss des Wandlungs- und Minderungsrechts angeht. Die Wandlung ist dennoch möglich.

⁴² Vgl. zu diesen Kriterien BGE 78 II 432 ff., 435.

⁴³ Vgl. den ähnlichen Fall bei BGE 91 II 344 ff., 350. Der Rambler Classic 1964 wies dieselben Symptome wie der Ford auf. Ursache war eine Nockenwelle des Modells aus dem Jahre 1962 mit anderen Ventilzeiten, die in das Modell 1964 eingebaut worden ist. Das Bundesgericht befand, der Rambler Classic sei zum vorausgesetzten Gebrauch untauglich.

⁴⁴ BSK-Honsell, OR 199 N 3.

⁴⁵ Huguenin, OR AT, N 419.

⁴⁶ BSK-Honsell, OR 199 N 3.

⁴⁷ Vgl. dazu BGE 91 II 344 ff., 348.

⁴⁸ BGE 91 II 344 ff. 348: „Eine Garantiezusage des Verkäufers ist daher im allgemeinen geeignet, auf jeden Fall beim nicht juristisch gebildeten Käufer, den Eindruck zu erwecken, besser gestellt zu sein, als er es ohne eine solche wäre. (...) Im vorliegenden Falle erweckt die Wendung, die Verkäuferin leiste „volle Fabrikgarantie“, beim Durchschnittskäufer den Eindruck, nach allen Richtungen besonders gut gesichert zu sein. Die anschliessende Bemerkung, „weitergehende Ansprüche“ seien ausgeschlossen, ist zu allgemein gehalten, als dass sie den Käufer auf den Gedanken bringen müsste, mit der Zustimmung zu der vom Verkäufer vorgeschlagenen Regelung begeben er sich seiner gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, insbesondere des Rechts auf Wandelung.“

Bejaht man die Gültigkeit des Wandlungsausschlusses, wäre die Wandlung in diesem speziellen Fall trotzdem gegeben. Weber hat den Wagen dreimal für eine Reparatur zurückgebracht. Sie hat folglich selbst auch die Nachbesserung gewählt. Das waren drei Mahnungen. Als die dritte Reparatur das Problem nicht behoben hatte, verband sie die Mahnung mit der Ankündigung, sie werde die Wandlung wählen, falls auch diese Reparatur nichts bringen würde. Auf die Nachbesserung als Teilleistung des Kaufs sind ebenfalls die Verzugsregeln nach Art. 102 ff. OR anwendbar.⁴⁹ Die Nachfristansetzung kann grundsätzlich beliebig oft wiederholt werden.⁵⁰ Weber wiederholt die Nachfristansetzung vier Mal, beim letzten Mal kombiniert mit der Aussage, dass sie den Wagen zurückgebe und den Kaufpreis zurück wolle. Dies ist als Wahl des Rücktritts im Sinne von Art. 109 Abs. 1 OR zu verstehen.⁵¹ Die Nachbesserung ist jedoch lediglich eine Teilleistung aus dem Kaufvertrag. Der Vertrag lässt sich jedoch nicht teilen, weshalb ein Rücktritt *vom ganzen Vertrag* möglich sein muss.⁵² Weber hätte kaum ohne die Zusicherung der Nachbesserung auf die Wandlung und Minderung verzichtet. Der Rücktritt nur bezüglich der Nachbesserungspflicht hätte im Ergebnis bedeutet, dass die Reparatur von einer Drittperson hätte durchgeführt werden müssen.⁵³ Diese Lösung ist unzumutbar für eine Person, die schon auf das Wandlungsrecht verzichtet hat und es mehrfach mit der Nachbesserung versucht hat. Eine andere Garage würde den Fehler wahrscheinlich auch nicht herausfinden.

Der Einwand Schmid's, Weber habe eventualiter nur Anspruch auf einen anderen Ford Mondeo aus der Auslaufmodell-Aktion, ist nicht richtig. Gemäss Sachverhalt hat Weber auch den Ford Mondeo nicht als individualisierte Kaufsache erworben, sondern als Gattungsschuld (eine so genannte begrenzte Gattungsschuld). Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass durch die tatsächliche Lieferung eines individualisierten Ford Mondeo aus der begrenzten Gattungsschuld eine Speziessache entstanden sei.⁵⁴ Auch wenn dies verneint werden sollte, bleibt auch bei Anwendung von Art. 206 OR für den Einwand Schmid's kein Raum. Die Nachlieferung „währhafter Ware“ ist in Art. 206 Abs. 1 OR vorgesehen. Unter „vertretbaren Sachen“ im Sinne von Art. 206 Abs. 1 OR sind Gattungswaren zu verstehen.⁵⁵ Dies ist lediglich nebst Wandlung und Minderung ein drittes *Wahlrecht* des Käufers. Es enthält keine Pflicht des Käufers, dies zu wählen. Gemäss Art. 206 Abs. 2 OR hätte hingegen Schmid das Recht gehabt, einen funktionstüchtigen Ford Mondeo nachzuliefern. Dies hätte allerdings sofort geschehen müssen. Dies ist im Sachverhalt nicht erwähnt. Das blosses Angebot der währhaften Nachlieferung genügt nicht.⁵⁶ Vielmehr hat sich Schmid erst nach doch noch erfolgter Reparatur, aber nach ausgeübtem Wahlrecht Webers darauf berufen. Dieses ihm zustehende Recht auf währhafte Nachlieferung hat Schmid deshalb verpasst.

⁴⁹ BGE 91 II 344 ff., 351.

⁵⁰ BSK-Wiegand, OR 107 N 11.

⁵¹ Vgl. BGE 91 II 344 ff., 351.

⁵² Vgl. BGE 91 II 344 ff., 351 ff.: „Die Nachbesserungspflicht macht nur einen Teil der Leistung des Verkäufers aus. Der Verzug der Beklagten in ihrer Erfüllung berechtigte aber den Kläger gleichwohl zum Rücktritt vom ganzen Vertrag. Denn diese Teilleistung ist wesentlich und der Mangel betraf die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch. Ohne Zusicherung dieser Teilleistung hätte der Käufer bestimmt nicht auf die gesetzliche Sachgewährleistung verzichtet. Der Vertrag ist daher nach den gegebenen Umständen als untrennbares Ganzes anzusehen, so dass der Rücktritt des Klägers zulässig war.“

⁵³ BGE 91 II 344 ff., 352.

⁵⁴ BGE 91 II 344 ff., 352.

⁵⁵ BK-Giger, OR 206 N 4. Vertretbare Sachen sind sonst Sachen, die nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmbar sind. Gattungssachen sind nach ihrer Art definiert, siehe Huguenin, OR AT, N 778 f. und Bucher, OR AT, S. 297: „In der Literatur und sogar in Bundesgerichtsentscheidungen finden sich die Vorstellungen der «Gattungssache» bzw. «Stücksache», eine verwirrungstiftende, unklare Vorstellung, die es zu vermeiden gilt. Von der Natur einer bestimmten Sache her kann man nur unterscheiden danach, ob sie vertretbar sei (und landläufig der Gattung nach bezeichnet und bestimmt werde) oder nicht. Indessen kann auch eine vertretbare Sache Gegenstand eines Stückkaufs bzw. einer Stückschuld sein (Vertragsgegenstand ist der Inhalt eines Kohlebunkers, eines Öltanks usw.). Ein Gattungskauf bleibt auch ein solcher, wenn die Gefahr durch Aussonderung oder Versendung (OR 185/II) auf den Käufer übergegangen ist (Auswirkungen dieser Feststellung: z. B. Anwendbarkeit von OR 206), Im übrigen ist die unglückliche Formulierung von OR 206/I am missverständlichen Sprachgebrauch schuld; (...).“

⁵⁶ BK-Giger, OR 206 N 22.