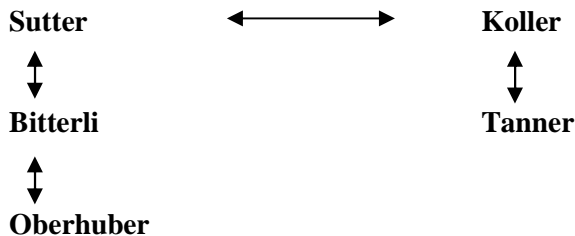


Methode

Diese Überlegungen zur Vorgehensweise und zur Methode dienen Ihrer eigenen Orientierung. In einer Prüfung sind diese nicht Teil der abzugebenden Lösung. Zuerst beginnt man wie immer mit einer **Skizze**:



Die wichtigste Frage lautet immer: **Wer will was von wem woraus?** Die Vorgehensweise orientiert sich meist an der Person, die das grösste Problem hat. Eine erste Analyse des Sachverhalts ergibt, dass vor allem Sutter und Oberhuber ein Problem haben. Oberhuber wurde bestohlen und Sutter hat den Kaufpreis nicht erhalten. Alle anderen Ansprüche sind nicht so wichtig oder ergeben sich erst als Folge dieser Ansprüche.

Oberhuber will sein Hardtop zurück. Hier stellt sich die Frage, ob er das Eigentum am Hardtop nicht durch die Verbindung zum Auto oder vielleicht durch die Lackierung verloren hat. Eigentumsfragen löst man mit einer *chronologischen Betrachtung* – man schaut, was wann passiert ist und ob dies zu einem Eigentumsverlust führt (siehe nachfolgend). Falls Koller das Hardtop zurückgeben muss, wer kommt dann die erfolgten Reparaturen und Veränderungen auf, die Koller vorgenommen und bezahlt hat? Sutter hat ebenfalls ein Problem, denn er hat anstelle des Kaufpreises lediglich einen *nonvaleur* erhalten. Muss Sutter dafür einstehen, dass Koller allenfalls das Hardtop herausgeben muss – obwohl er es ihm geschenkt hat und man bekanntlich einem geschenkten Gaul nicht ins Maul schaut? Es lohnt sich deshalb, mit den Ansprüchen Oberhubers zu beginnen, um Klarheit zu schaffen, wer was verliert.

Chronologische Liste zum Hardtop

1. Eigentümer ist Oberhuber
2. Diebstahl durch Bitterli: Kein Eigentumsverlust (Art. 934 Abs. 1 ZGB)
3. Sutter mietet es von Bitterli (Miete verändert am Eigentum nichts; ohnehin wäre kein gutgläubiger Erwerb möglich, weil es eine abhanden gekommene Sache ist, Art. 934 Abs. 1 ZGB)
4. Sutter montiert es auf seinem Mercedes (kein originärer Eigentumserwerb durch Verbindung im Sinne von Art. 727 ZGB)
5. Sutter schenkt Koller das Hardtop (Art. 933 ZGB ist im Verhältnis Oberhuber-Koller nicht anwendbar, die gestohlene Sache bleibt gestohlen, auch wenn sie Sutter anvertraut worden ist)¹
6. Koller repariert das Hardtop und lackiert es neu (Voraussetzungen der Verarbeitung oder Verbindung liegen nicht vor)

Auch diese chronologische Analyse müssen sie nicht extra hinschreiben, sondern bei den richtigen Ansprüchen einflechten (siehe nachfolgend). Bei der Prüfung beginnt man direkt mit dem nachfolgenden Anspruch.

¹ Die Sache muss vom Eigentümer anvertraut worden sein (vgl. BK-Stark, ZGB 933 N 22). Weiter könnte man dies auch aus Art. 936 Abs. 2 ZGB a fortiori ableiten. Wenn der bösgläubige Besitzer schon gegen den bösgläubigen Besitzer nicht durchdringt, dann erst recht nicht gegen den gutgläubigen Besitzer (vgl. BK-Stark, ZGB 936 N 18).

Oberhuber vs Koller: rei vindicatio (Art. 641 Abs. 2 ZGB)

Die *rei vindicatio* (Art. 641 Abs. 2 ZGB) führt dazu, dass Koller das Hardtop herausgeben muss. Es ist die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer.² Koller kann kein Eigentum am Hardtop erlangen, weil es eine abhanden gekommene Sache ist und originärer Eigentumserwerb durch Verbindung nicht vorliegt. Es ist deshalb für die *rei vindicatio* zu prüfen, ob Oberhuber Eigentümer geblieben ist.

Der gutgläubige Erwerb einer anvertrauten Sache im Sinne von Art. 933 ZGB ist nicht möglich, weil es sich um eine abhanden gekommene Sache handelt (vgl. Art. 934 ZGB). Die gestohlene Sache kann von jedem Erwerber innert fünf Jahren herausverlangt werden. Die Tatsache, dass Bitterli das Hardtop Koller anvertraut hat, spielt deshalb keine Rolle. Die Miete (die ohnehin keinen Eigentumsübergang bewirken kann) und die Schenkung der Sache sind deshalb an dieser Stelle nicht von Interesse.

Es stellt sich die Frage, ob Sutter oder später Koller durch Montage des Hardtops auf dem Mercedes *originär* Eigentum erworben haben. In Frage kommt die Verbindung gemäss Art. 727 Abs. 1 und 2 ZGB. Dies ist auch bei abhanden gekommenen Sachen möglich.³ Dafür ist aber erforderlich, dass die Trennung der verbundenen Sachen nicht ohne wesentliche Beschädigung oder unverhältnismässige Arbeit möglich ist.⁴ Vorliegend braucht man nur zwanzig Minuten, um das Hardtop zu montieren, was gänzlich ohne Beschädigung vor sich geht. Es entsteht folglich kein Miteigentum (Art. 727 Abs. 1 ZGB) oder Alleineigentum (Art. 727 Abs. 2 ZGB). Die Neulackierung oder die beiden kleinen Reparaturen erfüllen die Tatbestände der Verarbeitung oder Verbindung auch nicht. Zwar erfolgt hier eine Verbindung mit dem Lack, der zweifellos Koller gehört. Es handelt sich dabei aber lediglich um eine Form des Unterhalts, denn es entsteht keine „neue Sache“ im Sinne des Art. 727 Abs. 1 ZGB. Art. 726 Abs. 1 ZGB ist ebenfalls nicht anwendbar. Die Verarbeitung – wenn es denn eine ist – wäre weniger Wert als der Stoff. Die Reparatur und die Neulackierung schaffen noch keine „neue Sache“ im Sinne des Art. 726 Abs. 1 ZGB.⁵

Es stellt sich die Frage, ob Koller die Herausgabe der Sache verweigern kann, bis ihm Ersatz der Auslagen im Sinne des Art. 939 ZGB geleistet wird. Es handelt sich dabei um ein Retentionsrecht, das dinglich wirkt.⁶ In Frage kommen die Neulackierung, die ersetzten Dichtungen und die Reparatur der Heckscheibenheizung. Erste Voraussetzung ist der gute Glaube des Besitzers.⁷ Der gute Glaube muss sich auf die Rechtmässigkeit des Besitzes beziehen.⁸ Koller durfte glauben, dass sein Besitz aufgrund der Schenkung durch Sutter rechtmässig sei. Es gibt mögliche Anzeichen oder Umstände im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB, die auf die fehlende (von Sutter abgeleitete) Berechtigung hindeuten, die aber erklärbar sind. Dass er das Hardtop trotz des relativ hohen Werts von Fr. 2'000 geschenkt erhalten hat, ist unter (reichen) Freunden noch nachvollziehbar. Auch für die nicht passende Farbe des Hardtops gibt es nachvollziehbare Erklärungen – es erscheint als plausibel, dass man für ein altes Auto kein neues Hardtop mehr kauft oder dass es bloss eine Notlösung war. Allerdings macht ein wenig stutzig, dass Koller das andersfarbige Hardtop nicht von Anfang an unbedingt mitverkaufen wollte – wofür könnte er es sonst verwenden? Dies wäre unter Umständen ein Indiz dafür, dass Sutter es einer anderen Person zurückgeben muss. Der Sachverhalt hilft aber nicht weiter. Koller hat sich aber immerhin die Mühe gemacht, das Eigentumsvorbehaltsregister zu konsultieren und die Fahrzeugpapiere zu über-

² Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 641 N 40 ff., speziell N 43 und 47.

³ BSK-Stark/Ernst, ZGB 934 N 12.

⁴ Vgl. die Kriterien bei BSK-Schwander, ZGB 727 N 2: „(...) dass (...) eine enge physische Verbindung in Hinsicht auf eine auf Dauer ausgerichtete wirtschaftliche Zweckeinheit stattfindet. (...)“

⁵ BSK-Schwander, ZGB 726 N 3 f.

⁶ BK-Stark, ZGB 939 N 26.

⁷ Hier ist es wichtig, nicht einfach auf die Gutglaubensvermutung des Art. 3 Abs. 1 ZGB zu verweisen („*der gute Glaube wird vermutet*“). Der Sachverhalt erwähnt Umstände, die für oder gegen die Gutgläubigkeit Kollers sprechen. Eine Abwägung ist deshalb unbedingt notwendig. Die Vermutung dient im Prozess dazu, die Beweislast zu verteilen. Bestreitet Oberhuber den guten Glauben Kollers, indem er beispielsweise auf die Schenkung einer teuren Sache hinweist, widerlegt er die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 ZGB. Dann muss Koller beweisen, dass er den Mercedes doch im guten Glauben besessen hat (vgl. BSK-Honsell, ZGB 3 N 30 f.).

⁸ Vgl. BSK-Stark/Ernst, vor ZGB 938-940, N 8.

prüfen. Dies bringt zwar bezüglich des Hardtops als sonderrechtsfähiger und gemieteter Sache nichts⁹, zeigt aber dennoch, dass er ein sorgfältiger Mensch ist. Es ist deshalb im Ergebnis von der Gutgläubigkeit Kollers auszugehen.

Die erstattungsfähigen Auslagen müssen notwendig oder nützlich gewesen sein. Der Ersatz spröder Dichtungen und die Reparatur der Heckscheibenheizung machen ökonomisch Sinn und steigern den Wert des Hardtops sicher.¹⁰ Anders sieht es hingegen mit der Neulackierung aus. Diese nützt dem Eigentümer nichts, dessen Mercedes rot ist. Dass Koller das Hardtop umlackiert hat, ist verständlich, aber ist es auch nützlich? Der Mercedes von Koller ist mit einem farblich passenden Hardtop sicher mehr wert und sieht auch besser aus. Wem dient Art. 939 ZGB eigentlich? Muss Oberhuber zahlen, weil das Hardtop mehr wert ist (was für ihn gar nicht der Fall ist) – oder weil Koller Ausgaben hatte, die er im Vertrauen auf die Beständigkeit seines Erwerbs gemacht hat? Die Erwägungen von Stark im Berner Kommentar helfen weiter. Es kommt beispielsweise nicht darauf an, dass der Eigentümer bei der Rückgabe der Sache in den Genuss der Verbesserungen kommt.¹¹ Das Beispiel der Neulackierung eines ganzen Autos zeigt ein anderes Bild: Nur wenn es die Lebensdauer erhöht, ist es nützlich. Das ist hier nicht unbedingt gegeben. Stark zieht die Abgrenzung zwischen nützlichen und anderen Aufwendungen nach der *Billigkeit*. Wenn der Eigentümer auch dann Ersatz schuldet, wenn keine Wertsteigerung mehr vorhanden ist, ist es recht und billig, dass er dem Besitzer für *nur subjektiv nützliche Verwendungen* nichts bezahlen muss.¹² Es rechtfertigt sich also, die Neulackierung als „andere Verwendung“ im Sinne des Art. 939 Abs. 2 ZGB zu behandeln. Das *ius tollendi* (Wegnahmerecht im Sinne von Art. 939 Abs. 2 ZGB) ist bei einer Lackierung nicht möglich und unsinnig. Deshalb bleibt es dabei, dass er das jetzt blaue Hardtop gegen Oberhubers Bezahlung von Fr. 200 (Ersatz der Dichtung und Reparatur der Heizung) herausgeben muss. Für die Nutzung des Hardtops muss er als gutgläubiger Besitzer nichts bezahlen (Art. 938 Abs. 1 ZGB).

Das Lösungsrecht gemäss Art. 934 Abs. 2 ZGB fällt weg, da keine der dort genannten Erwerbsarten vorliegt (Auktion, Erwerb vom Händler oder auf dem Markt) und weil kein bezahlter Kaufpreis ersichtlich ist. Dieses Lösungsrecht würde als Retentionsrecht dinglich wirken und muss deshalb auch bei der *rei vindicatio* geprüft werden.¹³

Oberhuber vs Koller: Besitzesrechtsklage auf Rückgabe des Hardtops (Art. 934 Abs. 1 ZGB)

Die Voraussetzungen der Besitzesrechtsklage nach Art. 934 Abs. 1 ZGB sind erfüllt: Oberhuber war mal Besitzer, denn gemäss Sachverhalt hat Bitterli das Hardtop von ihm gestohlen. Gemäss Sachverhalt geschah der Diebstahl letztes Jahr, also innerhalb der Frist von fünf Jahren (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Die Besitzesrechtsklage ist für den Eigentümer einfacher: Er muss nicht sein Eigentum beweisen, es genügt der Beweis des Abhandenkommens.¹⁴

Die Klage Oberhubers dringt durch, wenn Koller keine *Einreden* hat.¹⁵ Zu prüfen sind die Verbindung der Sache im Sinne von Art. 727 ZGB sowie das dingliche Rückbehaltungsrecht im Sinne von Art. 939 i.V.m. 934 Abs. 3 ZGB (siehe oben). Das Lösungsrecht gemäss Art. 934 Abs. 2 ZGB und die Verwendungen nach Art. 939 ZGB wurden ebenfalls schon oben geprüft. Die Besitzesrechtsklage dringt somit durch, sofern Oberhuber Fr. 200 für die Dichtungen und die Reparaturkosten bezahlt.

Oberhuber vs Bitterli: Schadenersatz nach Art. 940 Abs. 1 ZGB

Bitterli hat das Hardtop von Oberhuber gestohlen. Es stellt sich die Frage, von wem Oberhuber Ersatz für die Lackierung verlangen kann. Bitterli als Dieb ist vorliegend der einzige bösgläubige Besitzer.

⁹ Für den Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister muss ein Kauf vorliegen, vgl. BSK-Schwander, ZGB 715 N 4.

¹⁰ Vgl. BK-Stark, ZGB 939 N 12. Es ist ein objektiver Massstab. Die Verwendung wird auch unter kaufmännischen Gesichtspunkten beurteilt.

¹¹ BK-Stark, ZGB 939 N 10.

¹² Vgl. BK-Stark, ZGB 939 N 13.

¹³ Vgl. BK-Stark, ZGB 934 N 46.

¹⁴ Deshalb hat die Besitzesrechtsklage die *rei vindicatio* in den meisten Fällen verdrängt, siehe BSK-Stark/Ernst, ZGB 934 N 3.

¹⁵ Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 934 N 12.

Mangels weiterer Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass Koller und Sutter gutgläubige Besitzer des Hardtops waren. Bitterli bleibt passivlegitimiert, auch wenn er die Sache schon weiterverkauft hat.¹⁶ Die Neulackierung (in der falschen Farbe) hat zwar eindeutig Koller vorgenommen. Ein Verschulden Bitterlis ist auch nicht nötig.¹⁷ Der Schaden ist durch die Vorenthaltung passiert (Art. 940 Abs. 1 ZGB) – ohne Vorenthaltung wäre auch keine Neulackierung notwendig geworden. Dies ist aber erst die natürliche Kausalität. Durch die Vermietung hat Bitterli nicht in Kauf genommen und es war auch nicht zu erwarten, dass Änderungen oder Beschädigungen am Hardtop vorgenommen werden können.¹⁸ Der Schaden der Neulackierung ist deshalb streng genommen nicht adäquat-kausal zur Veräusserung der gestohlenen Sache. Bitterli muss die Kosten für die Neulackierung nach der Definition Starks im Berner Kommentar dennoch übernehmen, weil er auch für unvorhergesehene Folgen eintreten muss – sofern sie nur bei Oberhuber nicht auch eingetreten wären.¹⁹

Die Gummidichtungen und die kaputte Heckscheibenheizung hätte Oberhuber selbst auch ersetzen oder reparieren müssen. Falls Bitterli Mietzinse eingekommen hat – oder dies unterlassen hat – muss er für diese nach Art. 940 Abs. 1 ZGB Ersatz an Oberhuber leisten.²⁰ Der Sachverhalt ist diesbezüglich illiquid.

Art. 927 Abs. 3 ZGB wäre bezüglich des Schadenersatzes auch anwendbar und enthält nach h.L. einen Verweis auf Art. 41 OR oder nach Stark/Ernst auf Art. 938 ff. ZGB (siehe oben).²¹ Der Unterschied dieser beiden Lehrmeinungen liegt im Verschulden (Art. 41 OR, hier aufgrund der Fragestellung nicht zu prüfen), das bei Art. 938 ff. ZGB nicht gefordert ist. Dort ist das Kriterium der gut- oder bösgläubige Besitz.²²

Sutter vs Tanner: Begleichung der gesicherten Forderung

Sutter hat von Koller lediglich eine wertlose Beweisurkunde erhalten. Sutter kann von Tanner nichts fordern. Der Auszug aus dem Grundbuch über die Grundpfandverschreibung ist gemäss Art. 825 Abs. 2 ZGB kein Wertpapier, das man übertragen könnte. Die Aussage Kollers („eine Grundpfandverschreibung über Fr. 10'000 übergeben“) macht bei Berücksichtigung dieser Tatsache keinen Sinn. Es gibt keine Übergabe einer Sache. Die Aussage kann nach dem *Vertrauensprinzip* nur einen Sinn haben: Die Forderung sollte abgetreten werden. Die richtige Vorgehensweise hätte also darin bestanden, dass Koller die Forderung nach Art. 164 Abs. 1 OR in schriftlicher Form gemäss Art. 165 Abs. 1 OR an Sutter abtritt. Dabei geht auch die Grundpfandverschreibung als Nebenrecht gemäss Art. 170 Abs. 1 OR auf den Erwerber über.²³ Die einzigen Schriftstücke gemäss Sachverhalt sind *Quittungen*. Die Quittung wird vom Empfänger der Leistung unterschrieben und kann nicht in eine schriftliche Zession der Forderung „umgedeutet“ werden – es fehlt die Unterschrift der verpflichteten Person (vgl. Art. 13 Abs. 1 OR). Somit hat keine Zession stattgefunden.

Tanner hat folglich befreiend an Koller geleistet. Die befreiende Leistung kann hier nicht mit Art. 167 OR begründet werden, da gar keine Zession stattgefunden hat. Die befreiende Leistung ist hier erfolgt, weil Koller Gläubiger war und diese Eigenschaft nie verloren hat.

¹⁶ Vgl. BGE 79 II 59 ff., 61 und BGE 120 II 191 ff., 194; BK-Stark, ZGB 936 N 11; ZR 44 Nr. 105, S. 227 ff., 230; Hinderling, SPR V/1, S. 515.

¹⁷ Vgl. CHK-Eitel/Arnet, ZGB 940 N 2.

¹⁸ Vgl. die Formulierung in ZK-Homberger, ZGB 940 N 8. Allenfalls liesse sich aber argumentieren, er müsse sich die Handlungen seines Mieters anrechnen lassen. Aufgrund des Art. 940 ZGB könnte Oberhuber von Bitterli ohnehin den ganzen Wert des Hardtops als Schadenersatz herausverlangen, ohne das Hardtop bei Koller zurückzuverlangen (vgl. BK-Stark, ZGB 940 N 8).

¹⁹ Vgl. BK-Stark, ZGB 940 N 12.

²⁰ Vgl. BK-Stark, ZGB 940 N 21 ff.

²¹ Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 927 N 12.

²² BK-Stark, ZGB 927 N 26 ff. und BSK-Stark/Ernst, ZGB 927 N 8 ff.

²³ CHK-Fasel, ZGB 825 N 3.

Sutter vs Koller: Fr. 10'000 aus Art. 97 Abs. 1 OR

Gemäss Sachverhalt haben sich Koller und Sutter darauf geeinigt, dass der Wagen gegen „Übergabe“ der Grundpfandverschreibung erfolgen soll. Der Sachverhalt erwähnt aber auch, dass Koller einen Kaufpreis von Fr. 10'000 schulde. Es gibt mehrere Interpretationsvarianten. Entweder haben Sie sich im Sinne einer Alternativermächtigung primär auf den Kaufpreis und alternativ zur „Übergabe der Grundpfandverschreibung“ geeinigt. Dann bleibt nur der Kaufpreis geschuldet. Oder sie haben sich nur noch auf die Grundpfandverschreibung geeinigt, dann ist die Begleichung des Kaufpreises nicht mehr geschuldet. Da diese Absprachen bei Vertragsschluss und nicht erst im Erfüllungsvorgang getroffen worden sind, sind die Leistung an Erfüllungs Statt oder die Leistung erfüllungshalber noch nicht einschlägig, es gibt hier aber verschiedene Meinungen.²⁴ In der Prüfung ist es angezeigt, die Interpretationsvarianten zu erwähnen, sich aber auf eine Interpretation festzulegen, d.h. die Folgen sind nicht für alle Varianten zu prüfen.

Der Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR besteht für den Fall, dass nur die „Übertragung der Grundpfandverschreibung“ geschuldet war. Sutter hat dann für die Übertragung des Mercedes noch keine Gegenleistung erhalten. Gemäss Sachverhalt hat Tanner die Schuld am 14. Februar 2008 schon beglichen. Die Forderung ist dadurch untergegangen (vgl. Art. 114 Abs. 1 OR) und kann deshalb auch nicht nachträglich zediert werden. Es handelt sich um eine nachträgliche objektive Leistungsunmöglichkeit, die nach h.L. von Art. 97 Abs. 1 OR erfasst wird.²⁵ Die Leistungsunmöglichkeit des Koller ist *conditio sine qua non* des eingetretenen Schadens und nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, einen derartigen Schaden zu verursachen. Koller trifft ein Verschulden: er hätte die Zahlung nicht annehmen dürfen und die Abtretung mit Notifikation Tanners richtig durchführen können. Es handelt sich somit um vorsätzliches Verhalten. Geschuldet ist das positive Interesse, d.h. Koller muss Sutter so stellen, als hätte er ihm die Forderung korrekt zediert. Durch die Unmöglichkeit der Abtretung entsteht Sutter ein Schaden in der Höhe des Kaufpreises, d.h. Fr. 10'000.

Sutter vs Koller: Rückgabe des Mercedes mit rei vindicatio wegen Irrtumsanfechtung

Sofern nur die Zession geschuldet war (siehe dazu mehr oben), irrt sich Sutter zweimal. Er erwartet vom Grundbuchauszug, dass er ein Äquivalent zum Mercedes oder zur Kaufpreisforderung darstellt und glaubt, dass er „etwas“ erhalten oder zediert bekommen hat. Passend für beide irrtümlichen Vorstellungen des Sutter ist der Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Der Grundlagenirrtum ist ein qualifizierter Motivirrtum. Sutter stellt sich vor, dass Koller die Forderung tatsächlich abtreten will, dies durch die Übergabe der Urkunde auch tut und Sutter dadurch ein Äquivalent zu seiner Leistung erhält. Diese Vorstellung ist falsch, bewegte Sutter aber trotzdem als Motiv zum Abschluss des Vertrages. Für Sutter war dies subjektiv wesentlich und eine notwendige Voraussetzung des Vertrages. Auch bei objektiver Betrachtung ist es gerechtfertigt, dass der Irrende den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage ansehen konnte. Als letzte Voraussetzung muss die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein. Auch dies kann bejaht werden. Koller wusste oder musste wissen, dass Sutter ein Äquivalent zu seinen Leistungen erwartet und davon ausgeht, dass er die Forderung tatsächlich abtreten will. Der Vertrag fällt ex tunc dahin. Der Mercedes ist mit der rei vindicatio rückforderbar.

Denkbar wäre auch die Anfechtung aufgrund der Täuschung aus Art. 28 OR. Dazu musste Koller im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon gewusst haben, dass die Übergabe der Urkunde keinen Forderungsübergang bewirkt. Aus der Annahme der Zahlung kann noch nichts abgeleitet werden. Es ist denkbar, dass er wie Sutter davon ausging, die Forderung übertragen zu haben. Der Sachverhalt gibt hier zu wenig her.

²⁴ Vgl. BK-Weber, vor OR 68-96 N 119; vgl. BSK-Leu, OR 72 N 1. Die Meinung von Schwenzer ist m.E. am einfachsten zu verstehen und logisch: Es ist zu unterscheiden, ob der Ersatz beim Konsens (Wahlobligation, facultas alternativa) oder bei der Erfüllung (Leistung an Erfüllungs Statt oder erfüllungshalber) anzusiedeln ist, vgl. die Systematik bei Schwenzer, OR AT, § 9 und § 74.

²⁵ Huguenin, OR AT, N 555.

Sutter vs Koller: Bezahlung von Fr. 10'000 nach Art. 107 OR oder Rückgabe des Mercedes nach Art. 214 Abs. 1 OR

Der Sachverhalt deutet etwas an, was rechtlich verwertbar ist: „*Koller, der im Moment gerade illiquid war, würde dem Sutter (...)*.“ Es lässt sich aus dem Sachverhalt lesen, dass Koller und Sutter sich auf die Zession der Forderung anstelle der Barbezahlung geeinigt haben, weil Koller gerade finanziell schlecht dran war. Es ist deshalb richtig, die Tilgung durch Zession als blosser Alternativermächtigung anzusehen. Bei der Alternativermächtigung ist nur eine Leistung geschuldet, die aber durch eine andere ersetzt werden darf.²⁶ Dabei ist hauptsächlich die Bezahlung von Fr. 10'000 geschuldet. Sieht man die Bezahlung und die Zession als *Wahlobligation*, so ist die zweite Wahlmöglichkeit (verschuldet durch die Annahme der tilgenden Zahlung) unmöglich geworden und an ihre Stelle tritt die ursprüngliche Barbezahlung von Fr. 10'000.²⁷ Erst in zweiter Linie wäre zu beurteilen, ob diese Leistung an Erfüllung statt oder erfüllungshalber geleistet worden ist²⁸ – was hier aber nicht notwendig ist, weil gar nichts geleistet worden ist.

Koller befindet sich dann mit der Bezahlung im Verzug. Koller hätte am 1. Februar 2008 die Schuld tilgen müssen. Es handelt sich nicht um einen Kreditkauf: Es liegt kein Kreditkauf vor, wenn der Verkäufer die Sache übergibt in der Meinung, der Kaufpreis werde sofort beglichen (umstrittene Meinung).²⁹ Vorliegend wurde kein Kredit gewährt, weder rechtlich noch faktisch. Koller verdient im vorliegenden Fall den Schutz des Art. 214 Abs. 3 OR ohnehin nicht: Er hat eine wertlose Urkunde übertragen und die Zahlung der Schuld dennoch angenommen. Sutter hätte deshalb die Wahl, ohne weiteres (Art. 214 Abs. 1 OR) zurückzutreten oder nachträgliche Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR (siehe dazu oben) zu beanspruchen. Wählt er den Rücktritt – und dies könnte interessant sein, denn Koller hat gemäss Sachverhalt kein Geld – kann er die Rückgabe des Mercedes verlangen. Die Rücktrittserklärung muss gemäss Art. 214 Abs. 2 OR „sofort“ erfolgen. Vorliegend sind zwei Wochen vergangen. Er hat deshalb nochmals eine Nachfrist zu setzen (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR).³⁰ Leistet Sutter auch dann nicht, kann Sutter den Rücktritt wählen. Die Rückgabe des Mercedes wird nicht mit der *rei vindicatio* (Art. 641 Abs. 2 ZGB) verlangt, sondern nach vertragsrechtlichen Grundsätzen. Es tritt ein vertragliches Abwicklungsverhältnis ein.³¹

Koller vs Sutter: Rechtsmängelgewährleistung für Eviktion des Hardtops

Fraglich ist, ob die Schenkung eine taugliche causa für den Erwerb darstellt. Es ist hier gerechtfertigt, von einem Kauf und einer separaten Schenkung auszugehen, weil die Schenkung des Hardtops – wenn überhaupt – erst nach der Einigung über den Kauf des Mercedes zustande gekommen ist. Art. 239 Abs. 1 OR definiert die Schenkung als eine Zuwendung *aus dem eigenen Vermögen*.³² Koller muss das Hardtop herausgeben, ohne Ersatz für die Neulackierung bekommen zu haben. Es stellt sich die Frage, ob er diesbezüglich einen Anspruch aus dem Schenkungsvertrag gegen Sutter hat. In einem ersten Schritt ist die Gültigkeit der Schenkung zu beurteilen.

Sutter hat lediglich Ende Januar 2008 ein Schenkungsversprechen gemacht. Die Übergabe war erst auf den 1. Februar 2008 vorgesehen. Das Schenkungsversprechen bedarf gemäss Art. 243 Abs. 1 OR der Schriftform. Diese ist hier zwar nicht gegeben. Da das Schenkungsversprechen gemäss Sachverhalt aber am 1. Februar vollzogen worden ist, wird diese Schenkung wie eine Handschenkung behandelt (Art. 243 Abs. 2 OR).

²⁶ Huguenin, OR AT, N 781.

²⁷ Zur Wahlobligation Huguenin, OR AT, N 780 ff.

²⁸ Vgl. dazu BSK-Leu, vor ZGB 68-74 N 5.

²⁹ BSK-Koller, OR 214 N 6; vgl. auch den vergleichbaren Fall in BGE 32 II 452 ff., 458. Der Kauf gegen Aushändigung eines Wechselakzepts wird als Barkauf behandelt, vgl. auch BK-Giger, OR 214 N 24.

³⁰ Vgl. dazu BSK-Koller, OR 214 N 11.

³¹ Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 109 N 4 ff.

³² Vgl. dazu BSK-Vogt, OR 239 N 42. Bitterli hat das Hardtop Sutter nur vermietet, es war für ihn also eine fremde Sache.

Das Hardtop gehörte nicht Sutter. Er erhielt es im Rahmen einer Miete von Bitterli, der es auch nur gestohlen hat. Ein Teil der Lehre betrachtet die Schenkung einer anvertrauten Sache als ungültig.³³ Folgt man dieser Lehre, ist die Schenkung nicht zustande gekommen. Es kann deshalb auch keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch geben. Ein anderer Teil der Lehre betrachtet die Schenkung trotzdem als gültig und sieht es als ein Erfüllungs- oder Gewährleistungsproblem an.³⁴ Das Hardtop wurde Koller mit der Besitzrechtsklage entzogen. Dies ist nicht ein Fall der Schlechterfüllung, sondern der Eviktion, der Rechtsgewährleistung. Die *Gewährleistung* richtet sich nach Art. 248 Abs. 2 OR (lex specialis).³⁵ Eine Haftung besteht nur, sofern sie versprochen worden ist. Der Sachverhalt erwähnt kein Versprechen, folglich haftet Sutter nicht aus Rechtsgewährleistung. Sonstiger Schadenersatz ist nach Art. 248 Abs. 1 OR geschuldet. Beim Kauf würde Sutter nach Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 OR haften, das ist aber Teil der gewöhnlichen Rechtsmängelhaftung, die hier mangels eines besonderen Versprechens nicht gegeben ist.³⁶ Auch wenn man die Anwendbarkeit von Art. 248 Abs. 1 OR auf diesen Fall bejahen würde, wäre Sutters Verhalten grobfahrlässig oder vorsätzlich? Kaum, denn er wusste vom Diebstahl gemäss Sachverhalt nichts. Er ging lediglich davon aus, dass er eine anvertraute Sache verschenkt, nicht eine gestohlene, die – bei Bejahung der Gültigkeit der Schenkung – nicht hätte entwehrt werden können. Koller hätte somit nach Sutters Vorstellung gemäss h.L. gutgläubig daran Eigentum erwerben können (Art. 933 ZGB).³⁷

Sutter schuldet Koller somit in allen denkbaren Varianten keinen Ersatz für die Kosten der Neulackierung, die er von Oberhuber nicht ersetzt bekommen hat.

Bitterli vs Sutter: Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 267 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR

Der Mietvertrag ist nicht ungültig, bloss weil es sich um eine gestohlene Sache handelt.³⁸ Die Schenkung des Hardtops stellt eine Vertragsverletzung dar, denn Sutter kann das Hardtop nicht mehr zurückgeben, weil er es an Koller verschenkt hat und es diesem evinziert worden ist. Dieses Schicksal hätte das Hardtop aber auch bei Sutter ereilt. Es fehlt deshalb die natürliche Kausalität der von Sutter begangenen Vertragsverletzung zum eingetretenen Schaden.

Mietzinse sind geschuldet bis zur Beendigung des Mietvertrags oder bis zur Eviktion der Sache bei Koller. Der Sachverhalt ist diesbezüglich aber illiquid, weshalb nicht weiter darauf eingegangen wird.

³³ Vgl. Susan Emmenegger, Schenkung und Gutgläubensschutz, Festschrift Huwiler, S. 221, mit weiteren Hinweisen.

³⁴ Emmenegger, FS Huwiler, S. 223 ff.

³⁵ Vgl. Sandra Maissen, Der Schenkungsvertrag im Schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, N 375-377.

³⁶ Vgl. ZK-Oser/Schönenberger, OR 248 N 9. Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 OR wird beim Kauf noch als Teil der gewöhnlichen Rechtsgewährleistung betrachtet. Erst auf Art. 195 Abs. 2 OR wenden die Kommentatoren die Haftung gemäss Art. 248 Abs. 1 OR an.

³⁷ Vgl. statt vieler BK-Stark, Vorbemerkungen ZGB 930-937 N 33.

³⁸ Dies kann man aus Art. 940 Abs. 1 ZGB ableiten: Auch der bösgläubige Besitzer wird haftbar, wenn er die Einnahme der Früchte (die Miete ist eine zivile Frucht) nicht vorgenommen hat. Daraus lässt sich schliessen, dass der Vertrag gültig sein muss. Gleich verhält es sich beim Verkauf einer gestohlenen Sache. Es ist die Haftbarkeit aus vertraglicher Rechtsgewährleistung gegeben. Das Bundesgericht lässt die Anfechtung eines Kaufvertrages über eine gestohlene Sache zu, was bedeutet, dass der Irrtum auch genehmigt werden kann und der Vertrag bestehen bleibt.