

Lösungsvorschlag

Methode

Bei diesem Sachverhalt sind nicht so sehr die Verhältnisse der Parteien zueinander wichtig, sondern der chronologische Ablauf und die Folgen der einzelnen Handlungen. Die erste Frage ist sicher, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, denn Tanner macht am Schluss einen Anspruch geltend, der nur vertraglich begründet sein kann. Er verlangt nicht den Kaufpreis, sondern den entgangenen Gewinn, den er beim Verkauf *ausgerechnet der teuersten Sorte Öl* erzielt hätte. Diese Fragen beantwortet man aber nicht losgelöst von der restlichen Falllösung, sondern eingebettet in den ersten Anspruch, den man schon im Titel definiert.

1. Wie ist die Rechtslage?

Tanner vs Weber: Schadenersatz aus Nichterfüllung (Fr. 7'500; Art. 107 Abs. 2 OR)

Vertrag zwischen Weber und Tanner

Ein Konsens aufgrund expliziter Willensäußerungen lässt sich im ganzen Sachverhalt nicht ausmachen. Die Aussagen Webers und Tanners divergieren stets. Weber und Tanner haben aber zweifellos miteinander Vertragsverhandlungen geführt, deren (mögliches) Ergebnis in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben festgehalten worden ist. Das Problem liegt deshalb beim Schweigen auf einen Antrag (Art. 6 OR).¹ Im Normalfall kann jedes Angebot unwidersprochen bleiben, denn Schweigen bedeutet grundsätzlich nicht Annahme.

Das Schreiben von Tanner vom 21. Januar 2009 enthält ein „freibleibendes Angebot“. Dies bedeutet, dass auch bei einer bejahenden Antwort Webers noch kein Vertrag zustande kommt, weil Tanner *frei bleiben* will (vgl. Art. 7 Abs. 1 OR).² Tanner könnte ein Angebot Webers als Antwort immer noch ablehnen. Das Schweigen Webers auf dieses Schreiben kann folglich keine Bedeutung haben, weil es sich noch nicht auf eine Offerte bezieht.

Nach der telefonischen Verhandlung hat Tanner das Schreiben vom 23. Februar 2009 verfasst. Dieses nimmt Bezug auf das Telefongespräch, dessen Ergebnis nicht feststellbar ist. Es macht durchaus Sinn, ein Gespräch schriftlich zusammenzufassen, damit man sich später besser daran erinnern kann. Bleibt das Bestätigungsschreiben unwidersprochen, erlangt es *Beweisfunktion* für den Inhalt oder das Zustandekommen des Vertrages.³ Das unwidersprochene Bestätigungsschreiben begründet im hier vorliegenden Geschäftsverkehr (Tanner ist Ölhändler, Weber braucht das Öl für sein Gewerbe) die *widerlegbare Vermutung*, dass ein Vertrag zustande gekommen ist.⁴ Diese Vermutung ist jedoch nur dann berechtigt, wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar

¹ Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist je nach Lehrmeinung eine analoge oder direkte Anwendung von Art. 6 OR oder ein Anwendungsfall der Vertrauenshaftung, vgl. Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger, N 1163 und 1175.

² Vgl. Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger, N 425: „*In welchem Sinn derartige Ausdrücke zu verstehen sind, ist im Streitfall durch Auslegung zu ermitteln. Entweder lehnt der Antragsteller damit die Behaftung an den Antrag ab (Nr. 422), oder er behält sich nur (aber immerhin) den Widerruf vor (Nr. 423). Möglich ist aber auch, dass eine derartige Klausel gar nichts mit der Verbindlichkeit des Antrags zu tun hat, sondern Inhalt des abzuschliessenden Vertrags werden soll; alsdann will sich der Anbietende ein Rücktrittsrecht (z.B. für den Fall eintretender Lieferungsschwierigkeiten) oder ein anderes Gestaltungsrecht (z.B. Anpassung des Preises an den Börsenpreis am Abschlusstag) ausbedingen.*“

³ Vgl. BSK-Bucher, OR 6 N 22a.

⁴ Vgl. BSK-Bucher, OR 6 N 22 und 22a (widerlegbare Vermutung); Huguenin, OR AT, N 232 (Indiz); Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger, N 1161 (Indiz); vgl. insbesondere Urteil BGer 4C.303/2001, Erw. 2b: „*Ein Schreiben, das eine bereits getroffene mündliche Vereinbarung bestätigt, dient grundsätzlich nur dem Beweis dieses bereits zustande gekommenen Vertrags; bleibt es unwidersprochen, hat es die Vermutung der Richtigkeit für sich. Der Empfänger muss sich der Bedeutung eines solchen Schreibens als Beweismittel für den Fall künftiger Streitigkeiten bewusst sein; schweigt er, so trägt er die Beweislast dafür, dass der Inhalt der schriftlichen Bestätigung der tatsächlich getroffenen Abmachung nicht entspricht (...). Darüber hinaus ergibt sich nach dem Vertrauensprinzip unter Umständen ein normativer Konsens, soweit aus dem Schweigen des Emp-*

war und aufgrund der Verhandlungen zu erwarten war.⁵ Zusätzlich hat das kaufmännische Bestätigungsschreiben *rechtserzeugende (konstitutive) Wirkung*, wenn ihm nicht innert angemessener Frist widersprochen wird. Diese Wirkung des normativen Konsenses tritt jedoch nur nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ein.⁶ Wenn Tanners Bestätigung stark vom mündlichen Ergebnis der Verhandlungen abweicht, muss Weber nicht darauf reagieren.⁷ Dies ist aber unwahrscheinlich, weil sogar Webers späte Antwort einen Konsens voraussetzt und nur Details modifizieren will (siehe nachfolgend).

Dem Schreiben Tanners folgt eine Antwort – wenn auch sehr spät, nämlich erst am 19. Mai 2009. Das ist zu lange. Eine Antwort in angemessener Frist hätte innert weniger Tage zu erfolgen. Weber bezieht sich darin auf ein Schreiben vom 23. Januar 2009, das es nicht gibt. Gemeint hat er wohl das Schreiben vom 23. Februar 2009. Dies spielt für das Ergebnis keine Rolle mehr. Die Antwort bezieht sich jedenfalls nur oberflächlich auf das Bestätigungsschreiben und hält nicht fest, was daran falsch sein soll. Weber teilt darin lediglich mit, dass er voraussichtlich nicht bar bezahlen könne und macht den Vorschlag, das Geschäft hinauszuschieben. Dieses Anliegen bemängelt nicht den Inhalt des Bestätigungsschreibens. *Es setzt den Konsens vielmehr voraus* und schlägt eine Änderung (Hinauszögern der Zahlungsmodalitäten und der Fälligkeit) vor. Somit gilt der Vertrag, wie er im Bestätigungsschreiben festgehalten worden ist. Der Vertragsschluss ist im *fehlenden und rechtzeitigen* Widerspruch auf das Schreiben Tanners vom 23. Februar 2009 zu finden.

Es ist zu prüfen, ob dem Schreiben Webers vom 19. Mai 2009 allenfalls dieselbe Bedeutung zukommen könnte wie dem ursprünglichen Bestätigungsschreiben Tanners. Tanner und Weber haben einen gültigen Vertrag. Der Brief von Weber lässt sich als Abänderungsantrag verstehen, nicht als Bestätigungsschreiben. Da Tanner aber umgehend reagiert (mit Brief vom 21. Mai reagiert er auf den Brief vom 19. Mai), kann eine konstitutive Wirkung dieses Schreibens ohnehin nicht gegeben sein.

Weber und Tanner haben folglich einen Sukzessivlieferungsvertrag abgeschlossen. Eine Besonderheit besteht darin, dass Weber die einzelnen Lieferungen abrufen muss und dabei die Qualität spezifizieren muss. Er tut dies nicht rechtzeitig, was auch Folgen für Tanner zeitigt: Er weiss nicht, was er liefern soll.

Gläubiger- und Schuldnerverzug

Bei der Spezifizierung handelt es sich um eine Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlung.⁸ Unterlässt der Gläubiger diese, kann der Schuldner nicht erfüllen. Die Spezifikation hatte am 20. Mai zu erfolgen. Damit liegt ein Verfalltag vor.⁹ Die Spezifikation ist somit fällig (Art. 102 Abs. 2 OR analog). Weber befindet sich folglich mit der Spezifikation im Verzug. Der Annahmeverzug ist in Art. 91 OR direkt erfasst.¹⁰ Die möglichen Folgen bei Sachleistungen sind das Recht zur Hinterlegung und zum Verkauf (Art. 92 und 93 OR). Es ist jedoch nicht klar, welche Sorte verkauft oder hinterlegt werden kann. Unzumutbar ist es, alle Sorten zu hinterlegen.¹¹ Bei *anderen Leistungen* (als Sachleistungen) – was hier nicht gegeben ist, denn es geht um Öl – kann der Schuldner von der Leistung zurücktreten (Art. 95 OR).¹²

fängers nach Treu und Glauben auf dessen Einverständnis mit dem schriftlich bestätigten Inhalt einer Vereinbarung geschlossen werden darf, obwohl dieser von früheren Abmachungen abweicht oder sie ergänzt (...).“

⁵ Vgl. BSK-Bucher, OR 6 N 22.

⁶ Vgl. Urteil BGer 4C.303/2001, Erw. 2b (siehe das Zitat oben).

⁷ Vgl. BGer 4C.16/2000, Erw. 3a.bb.: „Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann einem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben jedenfalls im kaufmännischen Verkehr rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung zukommen. Diese ergibt sich aus dem Vertrauensgrundsatz, welcher eine Bindung des Empfängers zur Folge haben kann, wenn er schweigt, obwohl er an sich allen Anlass hätte, dem Schreiben zu widersprechen. Unabhängig von der dogmatischen Begründung für die bindende Wirkung des unwidersprochenen Bestätigungsschreibens (...) ist unbestritten, dass der Absender dann nicht von einer vertraglichen Bindung ausgehen darf, wenn sein Schreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf (...).“

⁸ Vgl. Huguenin, OR AT, N 697 ff., BSK-Bernet, OR 91 N 10, BK-Weber, OR 72 N 50.

⁹ Vgl. zum Verfalltag BSK-Wiegand, OR 102 N 10.

¹⁰ Vgl. BK-Weber, OR 91 N 148 f.

¹¹ Vgl. BK-Weber, OR 72 N 50.

¹² BK-Weber wendet diese Bestimmung auf alle Leistungen an, die der Schuldner nicht hinterlegen kann, also auch bei nicht erfolgter Spezifikation einer Sachleistung – man weiss ja nicht, was man hinterlegen könnte, vgl. BK-Weber, OR 72 N 51, mit weiteren Hinweisen; vgl. Huguenin, OR AT, N 717 f.

Diese Lösungen zeigen aber immer noch nicht, welche Sorte Öl geschuldet ist. Gemäss Vertrag darf Weber die Qualität bestimmen. Es handelt sich um eine Wahlobligation (vgl. Art. 72 OR). Eine Hinterlegung ist nicht möglich, auch ein Selbsthilfeverkauf nicht, solange die Qualität nicht bestimmt ist. Das Bundesgericht lässt die Wahlobligation bei Verzug des Gläubigers auf den Schuldner (hier Tanner) übergehen, aber nur nach erfolgter Ansetzung einer Nachfrist in Analogie zu Art. 107 OR.¹³ Die Ansetzung der Nachfrist muss gemäss Bundesgericht die Androhung enthalten, dass Tanner das Wahlrecht selber ausüben werde.¹⁴ Sofern auch dies geschehen ist – der Sachverhalt ist diesbezüglich offen – ist das Wahlrecht auf Tanner übergegangen. Das Bundesgericht behandelt den Fall der ausgebliebenen Spezifikation immer auch im Zusammenhang mit dem Verzug bezüglich der Kaufpreiszahlung.¹⁵ Tanner darf folglich nach allen Lehrmeinungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Qualität des Öls bestimmen – er wählte die teuerste Sorte.

Tanner könnte die letzte, jetzt spezifizierte Lieferung gemäss Art. 92 OR hinterlegen oder anderweitig verkaufen (Art. 93 OR) – die Rechte des Gläubigerverzuges würden ihm auch jetzt noch offen stehen. Tanner verlangt jedoch direkt das Erfüllungsinteresse. Das Bundesgericht erlaubt hier den Rücktritt nach Art. 95 OR analog, weil die ausgebliebene Vorbereitungshandlung in einem Konnex zur Nichtannahme und zur Nichtbezahlung der Sache stehe. Der Gläubiger gerät dadurch zusätzlich in Schuldnerverzug.¹⁶ Der Verweis in Art. 95 OR „nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Vertrag zurücktreten“ ist zu eng gefasst. Tanner kann nicht bloss den Rücktritt wählen, sondern auch die anderen Möglichkeiten des Art. 107 OR.¹⁷

Weber hat im Schreiben angekündigt, für die Lieferung keine Verwendung zu haben und deshalb das Motorenöl nicht anzunehmen. Dies spricht zusätzlich dafür, die Regeln des *Schuldnerverzugs* anzunehmen. Wer nicht annehmen will, wird auch nicht bezahlen. Diese Leistungsverweigerung kann auch vor der Fälligkeit der Geldzahlung berücksichtigt werden. Es ist der *antizipierte Vertragsbruch*.¹⁸ In diesem Fall muss nicht einmal über den Umweg des Gläubigerverzuges argumentiert werden. Die Folgen des Schuldnerverzugs sind in Art. 107-109 OR geregelt. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob Tanner eine Nachfrist zur Abnahme der jetzt spezifizierten Leistung ansetzen muss. Angesichts des Schreibens von Weber, in dem die Nichtannahme angekündigt wird, ist dies jedoch entbehrlich. Diese Situation fällt unter Art. 108 Ziff. 1 OR („unnützlich“).

¹³ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 150 ff.; a.M. BK-Weber, OR 72 N 50, der das Wahlrecht auch ohne Nachfrist übergehen lässt, in Analogie zu § 264 Abs. 2 BGB, der allerdings eine Nachfrist erfordert: „Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzug, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.“; ebenso CHK-Wullschlegler, OR 72 N 6 und Bucher, OR AT, S. 298: „Im Falle des Wahlrechts des Gläubigers stellt die Nicht-Ausübung des Wahlrechts einen Tatbestand des Gläubigerverzuges (...) dar. Eine Hinterlegung der Sache (OR 92, 94) ist jedoch nicht möglich, es sei denn, der Schuldner wolle alle zur Wahl gestellten Leistungen hinterlegen. Besser ist die Regelung von BGB § 264/II, die einen Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner vorsieht, wenn eine Fristansetzung für Ausübung des Wahlrechts erfolglos war.“

¹⁴ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 152.

¹⁵ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 151 f.: „Conformément à la jurisprudence et à l'avis de CAVIN, lorsque, comme en l'espèce, le non-accomplissement de l'acte préparatoire que constitue la spécification de la chose à livrer est lié au non-paiement du prix, on doit admettre que les règles sur la demeure du débiteur doivent trouver application. Les règles sur la demeure du créancier sont d'ailleurs impropres à aboutir à l'octroi de dommages-intérêts au vendeur ou à lui permettre d'obtenir de l'acheteur le paiement du prix; elles n'aménagent au vendeur, débiteur d'une prestation, que la faculté de se libérer valablement de ses obligations ou de se départir du contrat, en conformité d'ailleurs des dispositions sur la demeure du débiteur (art. 95 CO). Ainsi, lorsque, comme dans la présente affaire, il s'agit d'un contrat bilatéral, les règles des art. 107 à 109 CO sont applicables. Et ces règles sont dominées par le principe selon lequel la partie qui veut l'exécution du contrat, ou la réparation des conséquences de son inexécution, doit fixer ou faire fixer à la partie en demeure un délai convenable pour s'exécuter. Lorsque, dans le cas d'une vente avec droit de spécification - soit dans le cas d'une réclamation de la contre-prestation d'une obligation alternative -, le débiteur du prix n'accomplit pas l'acte préparatoire (le choix) qui lui incombe, on doit accorder au vendeur non seulement le droit (mal praticable et peu utile) d'agir en accomplissement du choix par l'acheteur, mais encore le droit de choisir en lieu et place de l'acheteur, conformément à la solution allemande adoptée par la jurisprudence citée plus haut (ATF 42 II 225). Cependant, pour que le droit de choix et de spécification puisse être transféré de la sorte, il faut qu'il ait été précédé de la fixation à l'acheteur en demeure d'un dernier délai convenable pour s'exécuter, en application de l'art. 107 al. 1 CO, avec l'indication qu'à défaut d'exécution le vendeur procédera au choix. La fixation de cet ultime délai constitue en effet un élément essentiel des règles sur la demeure dans les contrats bilatéraux et il ne saurait être question de s'en passer.“

¹⁶ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 151 f.; vgl. BGE 59 II 305 ff., 307 f.

¹⁷ Vgl. Huguenin, OR AT, N 717.

¹⁸ Siehe dazu BSK-Wiegand, OR 108 N 2.

Gemäss Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 214 Abs. 1 OR hat Tanner die folgenden Wahlrechte: Er kann auf Erfüllung klagen nebst Schadenersatz; er kann sofort auf die Leistung verzichten und Schadenersatz aus Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten gemäss Art. 109 OR. Tanner hat vorliegend sofort gesagt, dass er lediglich den entgangenen Gewinn beanspruche und folglich seine eigene Leistung nicht mehr erbringen will. Dies ist der Nichterfüllungsschaden in der Höhe des positiven Interesses.¹⁹ Der Schuldner hat zusätzlich das Wahlrecht, ob er die Austausch- oder Differenztheorie anwenden will,²⁰ d.h. ob er seine eigene Leistung noch erbringen muss oder ob er den Wert der eigenen Leistung vom Ersatzanspruch abziehen kann und nur die Differenz fordern soll.²¹ Auch diesbezüglich hat sich Tanner entschieden. Er will lediglich den Gewinn, d.h. nach der Differenztheorie vorgehen. Der Anspruch nach Differenztheorie ergibt sich aus Art. 215 OR, der erstens auch für nichtkaufmännische Verhältnisse gilt²² und zweitens auch beim Vorgehen nach Art. 107 ff. zur Anwendung gelangen kann,²³ jedoch von *anderen Referenzwerten* ausgeht.

Die spezielle Schadensberechnung nach Art. 215 Abs. 2 OR ist für Tanner jedoch gar nicht notwendig. Schon nach den allgemeinen Prinzipien ergibt sich, dass die Differenz zwischen Beschaffungskosten und dem Verkaufspreis verlangt werden kann.²⁴ Dieser Weg wäre einzig ausgeschlossen, wenn es sich um schwer verkäufliche Ware handelt – ansonsten muss der Käufer hinnehmen, dass der Verkäufer vielleicht zweimal Profit aus dem nicht bezogenen Öl ziehen kann.²⁵ Art. 215 OR ist ohnehin keine Haftungsnorm, sondern regelt nur die Schadensberechnung. Für den vorliegenden Anspruch ist Art. 97 Abs. 1 OR massgebend. Es bedarf deshalb einer Vertragsverletzung, die im antizipierten Vertragsbruch zu sehen ist, hier der Spezifikationsverweigerung. Diese geschah vorliegend mit Willen, d.h. vorsätzlich, denn die Termine waren ihm bekannt. Ein Verschulden liegt somit vor. Der Schaden liegt im entgangenen Gewinn, der adäquat und natürlich kausal zur fehlenden Annahme durch die Spezifikationsverweigerung liegt.

Sofern Tanner mit Fr. 7'500 den entgangenen Gewinn aus einem *anderen Geschäft* meint, das er wegen des Vertrages mit Weber nicht schliessen konnte, steht ihm diesfalls auch das Wahlrecht des Rücktritts mit negativem Interesse offen (Art. 109 Abs. 2 OR).²⁶

Anmerkung: Einige Studierende haben den Übergang des Wahlrechts nicht gesehen und aufgrund des Art. 71 Abs. 2 OR den Schaden anhand der mittelteuren Ölsorte (Fr. 10/kg) berechnet. Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner „drei Standardqualitäten“ angeboten hat, aus denen Weber wählen musste. Es handelt sich somit um drei verschiedene Gattungen von Motorenölen. Es gibt folglich eine mittlere Qualität im Sinne des Art. 71 Abs. 2 OR für die teuerste, eine für die mittelteure und nochmals eine für die billigste Ölsorte. Dies hat aber mit der Wahl des Öls aus drei Sorten nichts zu tun.

Diese Überlegungen betreffen *den ersten der vier Teile der Öllieferung*. Der Verzug Webers betrifft in erster Linie nur die erste Lieferung und berechtigt grundsätzlich nur zu einem Vorgehen bezüglich dieser Teilleistung. Da Weber durch seine Weigerung aber auch die künftige Abwicklung des Vertrages gefährdet, kann Tanner als Gläubiger mit Wirkung für die noch nicht fälligen Raten die Rechte nach Art. 107 ff. OR wählen.²⁷ Die

¹⁹ Vgl. BSK-Wiegand, OR 107 N 16.f.

²⁰ Vgl. Huguenin, OR AT, N 695.

²¹ Vgl. Huguenin, OR AT, N 640.

²² Vgl. BK-Giger, OR 215 N 26.

²³ Vgl. BK-Giger, OR 214 N 14; vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 215 N 1 ff.

²⁴ Vgl. BSK-Koller, OR 215 N 6 und 15; vgl. BGE 65 II 171 ff., 173 f.

²⁵ Vgl. BSK-Koller, OR 215 N 15 und BGE 65 II 171 ff., 175.

²⁶ Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2811: „Dazu [d.h. zum neg. Interesse gemäss Art. 109 Abs. 2 OR] kommt der Ersatz für nicht bezogene Früchte und Zinsen. Ferner gehört dazu der entgangene Gewinn («lucrum cessans»; Nr. 2865) aus einem Geschäft, das infolge des Vertragsschlusses unterblieben ist, nicht aber der zum Erfüllungsinteresse gehörende mutmassliche Gewinn aus Folgegeschäften des dahingefallenen Vertrags.“

²⁷ Vgl. BSK-Wiegand, OR 109 N 10; vgl. BSK-Wiegand, OR 107 N 21; vgl. Bucher, OR AT, S. 383: „Lässt das Verhalten des Schuldners befürchten, dass er nicht nur die verfallene(n) Rate(n), sondern auch den erst künftig fälligen Rest nicht oder nicht vertragskonform erübrigen wird, so stellt dies eine so gravierende Gefährdung des Vertragszweckes dar, dass der Gläubiger nicht nur bezüglich der fälligen Rate(n), sondern bezüglich des Vertrages als Ganzem gemäss OR 107-109 vorgehen darf, wenigstens was den noch nicht abgewickelten Teil anbelangt. Will der Gläubiger auf die Weiterführung des gesamten Vertrages verzichten, so erfordern Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, dass er dies dem Schuldner zusammen mit der Nachfristansetzung für die fällige(n) Rate(n) androht. Diese Verzichtserklärung lässt in der Regel den schon abgewickelten Teil des Vertrages unberührt;

diesbezüglichen Preise sind bekannt, der Schaden lässt sich jetzt schon ermitteln. Diesen Weg hat Tanner gemäss Sachverhalt aber gerade nicht gewählt – er hat sich auf die erste Teillieferung beschränkt.

2. Welche Möglichkeiten gibt es für Tanner, vom Vergleich wieder loszukommen?

Tanner vs Weber: Anfechtung wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Es stellt sich die Frage, ob Tanner noch einen Anspruch auf Bezahlung der Differenz zwischen der Vergleichs- und der geschuldeten Vertragsschuld hat, wenn er den Vergleichsvertrag erfolgreich anfechten kann. Der Vergleichsvertrag bewirkt im Ergebnis einen Schulderlass in der Höhe von Fr. 2'500. Dieser Frage ist prioritär nachzugehen.

In Frage kommt der Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Tanner und Weber sind sich nicht einig, ob sie einen Vertrag geschlossen haben oder nicht. Weber bestreitet einen Vertragsschluss. Tanner könnte jetzt wie folgt argumentieren: Wenn ich gewusst hätte, dass der Vertragsschluss so eindeutig erfolgt sei, hätte ich den Vergleichsvertrag nie abgeschlossen. Das war für ihn vielleicht *conditio sine qua non* für den Abschluss des Vergleichsvertrags. Dass Tanner fahrlässig von dieser Rechtslage ausging, würde bei der Anfechtung keine Rolle spielen – die allfällige Fahrlässigkeit Tanners berücksichtigt das Recht in Art. 26 OR.

Lehre und Rechtsprechung verneinen die Anfechtbarkeit des Vergleichsvertrags, sofern damit die Unsicherheit gerade beseitigt werden sollte (so genanntes *caput controversum*).²⁸ Die vorliegende Frage dreht sich gerade um die Streitigkeit, ob es einen Vertrag gibt. Diesen Streitpunkt haben Tanner und Weber im Vergleich geregelt. Eine Anfechtung dieses Vergleichs ist deshalb nicht möglich.

der Sukzessivlieferungsvertrag wird in dieser Hinsicht wie ein Dauerschuldverhältnis behandelt.“; vgl. BGE 69 II 243 ff., 244 f.; vgl. von Tuhr/Escher, S. 158 ff.: „Da jede Rate ihren eigenen Fälligkeitstermin hat, ist der Schuldner bei Rückständigkeit einer Rate mit den späteren Raten nicht im Verzug. Daher kann der Gläubiger die Rechte aus Art. 107 nur bezüglich der rückständigen Rate ausüben und muss abwarten, ob der Schuldner die später fällig werdenden Leistungen richtig vornimmt oder nicht. Daraus kann für den Gläubiger eine ungewisse und bedenkliche Situation entstehen, wenn es infolge des Verzugs oder der schlechten Lieferung einer oder mehrerer Raten wahrscheinlich wird, dass auch die künftigen Lieferungen verspätet oder ungenügend erfolgen werden. Unter solchen Umständen kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, an einem Vertragsverhältnis festzuhalten, dessen Durchführung infolge des vertragswidrigen Benehmens des Gegners zweifelhaft geworden ist. In Ermangelung gesetzlicher Vorschriften gibt die deutsche Jurisprudenz in Anlehnung an BGB § 326 dem Gläubiger unter gewissen Umständen das Recht, wenn der Schuldner mit der fälligen Leistung in Verzug kommt, auch die späteren Leistungen abzulehnen und statt dessen Schadenersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. (...) Wenn der Gläubiger bei Verzögerung einer Rate auf die weiteren Raten verzichten will, so genügt es nicht, dass er für die fällige Rate eine Nachfrist setzt. Mann kann von ihm im Interesse des Schuldners verlangen, dass er mit der Nachfrist eine Androhung des von ihm beabsichtigten Verzichts verbindet.“

²⁸ Vgl. BGE 130 III 49 ff., 51 f.: „Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei (...). Auf den aussergerichtlichen Vergleich sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar (...), sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen (...). Als nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR relevante Sachverhalte kommen folglich nur solche Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind (...). Betrifft der Irrtum demgegenüber einen zweifelhaften Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt sein sollte (sog. *caput controversum*), so ist die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen; andernfalls würden eben diese Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich geschlossen haben (...).“; vgl. auch BGE 132 III 737 ff. und Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 939: „Ein Grundlagenirrtum (...) kann sich – anders als die absichtliche Täuschung – nicht auf bestrittene oder ungewisse Punkte beziehen, die durch den Vergleich gerade geregelt werden sollten. Als Sachverhalt, dessen irrtümliche Würdigung die Unverbindlichkeit des getroffenen Abkommens zu begründen vermag, kommen vielmehr nur (rechtliche oder tatsächliche) Umstände in Betracht, «die von beiden Teilen oder doch von einer Partei (der irrenden) mit Wissen der Gegenpartei dem Vergleiche als feststehend zugrunde gelegt wurden». Solche Umstände gibt es. Vergleichen sich die Parteien nur über die Höhe einer Forderung, so kann Gegenstand eines Grundlagenirrtums z.B. der Bestand der Forderung sein, den die Parteien als gegeben voraussetzen. Oder der Grundlagenirrtum kann sich beziehen auf einen medizinischen Befund, von dessen Richtigkeit die Vergleichsparteien ausgehen, weil er in einem Gutachten festgestellt wurde. Bezweckt aber der Vergleich gerade, die aus einem unsicheren Befund entstehende Ungewissheit zu beseitigen, so ist diesbezüglich ein Grundlagenirrtum ausgeschlossen.“

Eine zusätzliche Begründung könnte im *fehlenden Irrtum* liegen. Über das Bestehen oder die Durchsetzbarkeit des Vertrages hat sich Tanner nicht geirrt, denn es gab auch für ihn Zweifel, oder er nahm die Unkenntnis der wahren Lage bewusst in Kauf.²⁹

Tanner vs Weber: Rücktritt vom Vertrag (Art. 107 Abs. 2 OR)

Da Weber nicht bezahlt, stellt sich die Frage nach einem Rücktritt vom Vergleichsvertrag. Weber hat gemäss Sachverhalt nicht rechtzeitig bezahlt. Vorausgesetzt, Tanner hält die verzugsrechtlichen Modalitäten ein – die Mahnung dürfte wahrscheinlich wegen eines Verfalltags im Sinne des Art. 102 Abs. 2 OR nicht notwendig sein, wohl aber die Nachfristansetzung nach Art. 107 OR – könnte Tanner vom Vertrag zurücktreten. Damit würde wieder die Rechtslage vor Abschluss des Vergleichs eintreten.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der hier vorliegende Vergleichsvertrag wirklich synallagmatisch (d.h. vollkommen zweiseitig) aufgebaut ist. Die Lehre bejaht dies für den aussergerichtlichen Vergleich zum grössten Teil.³⁰ Im vorliegenden Vergleich anerkennt Weber eine für ihn zweifelhafte Schuld in der Höhe von Fr. 5'000, im Gegenzug verzichtet Tanner auf eine ihm nach seiner Ansicht zustehende Forderung von Fr. 2'500. Das Synallagma lässt sich also vordergründig bejahen. Gauch schliesst den Rücktritt dennoch aus, weil das ursprüngliche Verhältnis durch den Vergleich umgewandelt worden sei und die Pflichten nicht obligatorischer Natur seien (strittig).³¹ Um den Rücktritt ganz sicher zu ermöglichen, könnte man diesen explizit im Vergleich vorbehalten oder die nicht rechtzeitige Zahlung als Resolutivbedingung des Vergleichs ausgestalten.

3. Kann er die zweite Zahlung zurückfordern?

Weber vs Tanner: Rückzahlung von Fr. 5'000 (Art. 63 Abs. 1 OR)

Weber hat gegen Tanner die *condictio indebiti*. Die Bereicherung Tanners entspricht der Entreicherung Webers (Fr. 5'000). Einen Grund für die Zahlung gibt es nicht. Weber bezahlt folglich eine Nichtschuld. Es stellt sich jedoch die Frage, ob er sich wirklich auf einen Irrtum, den Art. 63 OR verlangt, berufen kann. Er wusste ja, dass er das Geld nicht schuldet, weil er die Schuld schon beglichen hat, aber die Quittung nicht mehr findet. Hier geht es nicht um eine Vergleichscausa und nicht um eine Zahlung um des Friedens willen, sondern um eine Zahlung, die im Hinblick auf Beweisschwierigkeiten erfolgt. Während beim Irrtum über gewöhnliche

²⁹ Vgl. Koller, AJP 2006, S. 470: „Keinem Irrtum unterliegt, wer den Nichtbestand der Leistungspflicht kennt oder auch nur für zweifelhaft hält: Wer zweifelt, irrt nicht. Wer also im Bewusstsein, dass die Leistungspflicht womöglich nicht besteht, leistet, kann nichts zurückfordern.“; vgl. BK-Schmidlin, OR 23/24 N 15 ff. und 360: „Oft wird man die Unerheblichkeit derartiger Fehlvorstellungen auch damit begründen können, dass es sich gar nicht um Irrtümer im Sinne von Art. 23 ff. OR handelte, sondern vielmehr um Fälle des Zweifels oder der Unkenntnis (...).“

³⁰ Vgl. Schlupe, SPR VII/2, S. 949, mit weiteren Hinweisen; vgl. SJZ 1940/1941, S. 268 ff.; vgl. BK-Weber, OR 107 N 46; vgl. Hünerrwadel, Der aussergerichtliche Vergleich, S. 88 f.

³¹ Vgl. Gauch, FS Schlupe, S. 7: „Da die «gegenseitigen Zugeständnisse» für den Vergleich begriffswesentlich sind, wird bisweilen angenommen, dass der Vergleichsvertrag ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Schuldvertrag sei. Das trifft jedoch schon deshalb nicht zu, weil der Vergleich (wie gesagt) selbst dann kein reines Verpflichtungsgeschäft ist, wenn er obligatorisch wirkt. Daraus folgt unter anderem: Kommt eine Partei mit der Erfüllung einer vergleichsweise anerkannten Forderung in Verzug (Art. 102 OR), so ist die Gegenpartei deswegen nicht berechtigt, den abgeschlossenen Vergleich nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 107 ff. OR) durch Vertragsrücktritt (Art. 109 OR) aufzuheben und derart den Rechtszustand wiederherzustellen, wie er vor Abschluss des Vergleichsvertrages bestand. Das gilt auch dann, wenn der betreffende Verzugsgläubiger seinerseits eine synallagmatische Gegenleistung schuldet oder bereits erbracht hat. Zwar besteht hier ein vertragliches Austauschverhältnis, das als solches den Regeln der Art. 107–109 OR unterliegt. Ein allfälliger Rücktritt des Verzugsgläubigers führt aber nur zur Aufhebung dieses Verhältnisses, ohne die Parteien in die Lage zurückzusetzen, in der sie sich vor dem Vergleich befanden. Doch steht natürlich nichts im Weg, den Vergleich von vorneherein an die Resolutivbedingung (Art. 154 OR) zu knüpfen, dass eine anerkannte Forderung vom Schuldner vereinbarungsgemäss erfüllt werde.“; BK-Weber, OR 107 N 46 (der den Rücktritt zulässt, aber die alte Rechtslage nicht auferstehen lässt); vgl. anders Schlupe, SPR VII/2, S. 949 f.: „Da es sich beim aussergerichtlichen Vergleich um einen synallagmatischen Vertrag handelt, können die Parteien nach Art. 107 OR vorgehen, sofern vorbehalten oder notwendige besondere Verfügungshandlungen von einer Seite nicht vorgenommen werden. Entschliesst sich die andere Seite zum Rücktritt vom Vergleich, so lebt das ursprüngliche (ungewisse oder umstrittene) Verhältnis wieder auf.“, ebenso SJ 1941, S. 403 ff., 404 f. und SJZ 1940/1941, S. 268 ff., 269, wo das Obergericht des Kantons Aargau das Synallagma und die Möglichkeit des Rücktritts bejaht, was dem Kläger ermöglichte, die ursprüngliche Forderung, die vor Abschluss des Vergleichsvertrages bestand, geltend zu machen.

Beweisschwierigkeiten wie beim normalen Vergleich eine Irrtumsanfechtung ausgeschlossen sein dürfte, liegt hier der Fall anders. Dem Irrtum bezüglich der Schuldpflicht wäre ein *Irrtum über die Beweisbarkeit der erfolgten Zahlung* gleichzusetzen.³² Hier besteht eine Wertungsparallelität zur unfreiwilligen Zahlung unter Betreibungsdruck (Art. 63 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 86 SchKG³³, die vorliegend mangels Betreibung nicht anwendbar sind). Tanner als Empfänger der Leistung ist in dieser Konstellation nicht schutzwürdig, da er den Betrag zweimal einfordert. Auch wenn Weber leistet und später kondiziert, kann man ihm den Vorwurf des *venire contra factum proprium* nicht machen. Er hätte zwar einen Vorbehalt anbringen können, nur aufgrund der Beweislosigkeit nochmals zu bezahlen. Die ratio legis ist in diesem Spezialfall aber auch ohne Vorbehalt gewahrt.³⁴

³² So von Tuhr/Peter, S. 483, Fn. 70: „Den irrtümlichen Glauben an seine Schuld ist m.E. gleichzustellen der irrtümliche Glaube des Leistenden, dass er seine Nichtschuld nicht beweisen könne. Hat z.B. der Schuldner nochmals gezahlt, weil er überzeugt war, über seine erste Zahlung keine Quittung zu besitzen, so möchte ich ihm die Rückforderung gestatten, wenn er die Quittung findet. Anders und strenger gegen den Schuldner RGZ 59, S. 351 (354 f.).“

³³ Vgl. Art. 86 SchKG: „Wurde der Rechtsvorschlag unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt, so kann derjenige, welcher infolgedessen eine Nichtschuld bezahlt hat, innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem ordentlichen Prozesswege den bezahlten Betrag zurückfordern. Die Rückforderungsklage kann nach der Wahl des Klägers entweder beim Gerichte des Betreibungsortes oder dort angehoben werden, wo der Beklagte seinen ordentlichen Gerichtsstand hat. In Abweichung von Artikel 63 des Obligationenrechts (OR) ist dieses Rückforderungsrecht von keiner andern Voraussetzung als dem Nachweis der Nichtschuld abhängig.“

³⁴ Vgl. Rusch, Das Irrtumserfordernis bei der *condictio indebiti*, ZSR 2009, S. 143 f.; vgl. MK-Schwab, BGB 814 N 10, der die Kondiktion auch ohne Vorbehalt zulässt: „Selbst Kenntnis schadet nicht, wenn die Leistung unter Druck (etwa einer bevorstehenden Zwangsvollstreckung) erfolgte, erst recht nicht, wenn die Leistung durch Erpressung erzwungen wurde. Dasselbe gilt dann, wenn der Leistende das Fehlen seiner Verpflichtung nicht beweisen konnte: Dann befindet er sich ebenfalls in einer Drucksituation, die ihn, wenn er deshalb leistet und das Geleistete hernach zurückfordert, von dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens befreit. Die Rückforderung ist hier weder generell nach § 814 ausgeschlossen, noch bedarf es eines Vorbehalts der Rückforderung, um die Anwendung des § 814 auszuschließen. Im Übrigen dürfte der Hinweis des Leistenden, dass er nur wegen Beweisnot zur Leistung bereit sei, als ein solcher Vorbehalt anzusehen sein. § 814 ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass ein Kondiktionsausschluss nur bei Kenntnis und Beweisbarkeit des fehlenden Rechtsgrunds eingreift.“; vgl. Staudinger-Lorenz, BGB 814 N 8, der die Anbringung eines Vorbehalts als zumutbar erachtet.