

Allgemeine Informationen

Die Korrektorinnen haben folgende Abkürzungen benützt:

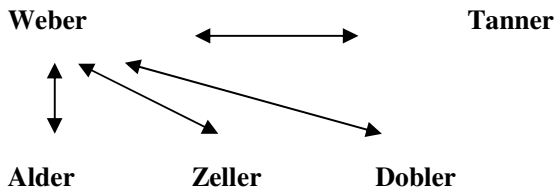
SV	Sachverhaltsfremd; ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt
S	Subsumtion mangelhaft
LV	Siehe Lösungsvorschlag
G	Zitat des relevanten Gesetzesartikels fehlt
AS	Auswahlsendung
FF	Folgefehler
B	Begründung/Argumentation mangelhaft

21.34% der Arbeiten waren ungenügend. Der Notenschnitt beträgt 4.125 – die Note dient nur dazu, den Stand während des *weiterlaufenden Lernprozesses* im Vergleich zu den anderen Studierenden zu orten.

Fall 1: Rechtsanwalt Tanner

Methode

Zu Beginn startet man mit einer Skizze, um die Übersicht über den Sachverhalt zu gewinnen. Bei der Übersicht ist es wichtig, die Innen- und Aussenverhältnisse klar zu unterscheiden und eine sinnvolle Reihenfolge der Anspruchsabklärung zu finden. Grundlage der Abklärung des Schadenersatzanspruches von Weber gegen Tanner bildet die Frage, was Weber aufgrund der Aktivitäten Tanners den drei Gläubigern Alder, Zeller und Dobler schuldet. Es ist deshalb wichtig, diese Ansprüche zuerst zu prüfen. Beim Gerichtsurteil lässt sich nichts mehr machen – wie steht es aber mit dem abredewidrig ausgefüllten Blankett und dem nach Widerruf des Auftrags geschlossenen, nicht optimalen Vergleich? Sind diese gültig? Beurteilt sich der Schadenersatz auch dann nach Auftragsrecht, nachdem Weber den Auftrag eindeutig widerrufen hat?



Alder vs Weber: Fr. 80'000 aus Blankett-Schuldanererkennung

Gemäss Sachverhalt unterzeichnet Weber zwei Schuldanererkennungen, die zwar den Unfall, nicht aber den Betrag und den Adressaten nannten. Es handelt sich dabei um *Blankette*, die Tanner nur *abredemässig* hätte ausfüllen dürfen. Blanko unterzeichnete Dokumente, die nach der Übergabe abredewidrig ausgefüllt („perfiziert“, vervollständigt) und als Willenserklärungen gegenüber gutgläubigen Dritten eingesetzt werden, gelten als echt und binden grundsätzlich den Aussteller des Blanketts. Die Einrede der Fälschung ist nicht gegeben.¹ Das Bundesgericht wendet auf die Blankette die Regelung der kundgegebenen Vollmacht gemäss Art. 33

¹ Vgl. Lamprecht, S. 6 f., wo er den Blankettmissbrauch von der Fälschung und von der Verfälschung abgrenzt; vgl. Urteil BGer 4C.28/2003, Erw. 3.2.2: „In tatsächlicher Hinsicht ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass D.____ die ihm vom Kläger übergebenen Blankette weisungswidrig verwendete. Entsprechend wurden die Anweisungen an die Beklagte, die Gelder der C.____ auf ein Nummernkonto bei der Bank E.____ zu überweisen, mit echten Unterschriften des Vertreters der C.____ erteilt. Das von ihrem Geschäftsführer dadurch hervorgerufene Missbrauchsrisiko hat in den externen Beziehungen die C.____ zu vertreten. Eine der beiden Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung der C.____ ist damit gegeben. Die Beklagte leistete indessen nur dann mit befreiender Wirkung an die Bank E.____, wenn sie überdies in ihrem Vertrauen auf den so erweckten Rechtsschein zu schützen ist, d.h. wenn sie im Zeitpunkt der Überweisung gutgläubig war. Der gute Glaube wird gesetzlich vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Wer indessen bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB).“

Abs. 3 OR analog an: „Es verhält sich hier [beim Blankett] nicht anders als bei der Vollmacht, wo gemäss Art. 33 Abs. 3 OR der Vollmachtgeber, der eine Vollmacht einem Dritten mitgeteilt hat, auch nicht geltend machen kann, die dem Bevollmächtigten erteilte Vollmacht reiche weniger weit als die dem Dritten kundgegebene.“²

Die Voraussetzung des guten Glaubens steht nicht im Gesetz, ist aber auch gemäss Bundesgericht notwendig, weil Art. 33 Abs. 3 OR dem Schutz des guten Glaubens im Verkehr dient.³ Koller erklärt die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 ZGB bei Art. 33 Abs. 3 OR aufgrund systematischer und teleologischer Überlegungen:⁴ „Dies folgt wiederum aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR: Diese Bestimmung macht die Vertretungswirkung klarerweise von berechtigtem guten Glauben abhängig (...); für Art. 33 Abs. 3 OR kann angesichts seiner engen Verwandtschaft nichts anderes gelten.“⁵ Tanner hat das Blankett abredewidrig ausgefüllt. Er hätte nur bis Fr. 70'000 die Abschlusskompetenz gehabt. Es stellt sich die Frage, ob Alder bezüglich der Kompetenzüberschreitung gutgläubig im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB ist. Der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, die Alder hätten misstrauisch stimmen müssen. Alder hat deshalb einen Anspruch gegen Weber in der Höhe von Fr. 80'000. Weber kann die im Blankett enthaltene Erklärung auch nicht mehr anfechten – er weiss im Zeitpunkt der „Vollmachtsgewährung“ nicht, dass Tanner sein Vertrauen später missbrauchen wird.⁶ Fazit: Weber schuldet Alder Fr. 80'000 aufgrund der Blankett-Schuldanererkennung.

Dobler vs Weber: Fr. 30'000 aus Vergleichsvertrag

Im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses hat Tanner ohne Mandat gehandelt. Weber hat ihm dieses gemäss Sachverhalt vorher fristlos entzogen. Die Anwaltstätigkeit ist unter das Auftragsrecht subsumierbar, denn es geht um das Tätigwerden in fremdem Interesse (vgl. Art. 394 Abs. 1 OR). Weber kann den Auftrag jederzeit fristlos widerrufen (Art. 404 Abs. 1 OR). Tanner hat sich vor dem Widerruf gegenüber Dobler mit der Vollmachtsurkunde legitimiert.

Es stellt sich die Frage, wie der Widerruf des Auftrags die Vollmacht tangiert – ist Art. 34 Abs. 3 OR oder Art. 36 OR anwendbar? Während Art. 36 OR jede Form des Erlöschens erfasst, richtet sich Art. 34 Abs. 3 OR auf den Widerruf. Die speziellere Norm des Art. 34 Abs. 3 OR verdrängt somit die generelle Norm des Art. 36 Abs. 2 OR.⁷ Art. 34 Abs. 3 OR erfasst nur die Kundgabe der Vollmacht vor deren Erlöschen.⁸ Vorliegend er-

² BGE 88 II 422 ff., 428; vgl. auch BK-Zäch, OR 33 N 59.

³ Vgl. BGE 77 II 138 ff., 142 f.

⁴ Vgl. Koller, Guter Glaube, N 201.

⁵ Koller, Guter Glaube, Fn. 361.

⁶ Vgl. BGE 88 II 422 ff., 427 ff.: „Wie er jedoch (...) mit Recht bemerkt, beruht die verabredungswidrige Ausfüllung eines Blanketts nicht auf einem Irrtum des Ausstellers, da er ja von dem Inhalt der Erklärung, die der Ausfüllende über seine Unterschrift gesetzt hat, gar keine Vorstellung haben kann. Es liegt vielmehr ein Missbrauch des Vertrauens des Ausstellers durch den Ausfüllenden vor. Für eine Anfechtung wegen Irrtums ist daher kein Raum. Zudem hätte bei der Zulassung einer solchen der gutgläubige Erwerber den Schaden zu tragen, soweit es ihm nicht gelingt, diesen durch den Nachweis eines Verschuldens nach Art. 26 OR auf den Aussteller des Blanketts abzuwälzen. Die Billigkeit gebietet jedoch, in erster Linie den Aussteller das Risiko des Blankettmissbrauchs tragen zu lassen und ihn auf einen Schadenersatzanspruch gegen den Ausfüllenden zu verweisen (...). Durch die Ausstellung des Blanketts hat er die Möglichkeit des Missbrauchs erst geschaffen und damit den Rechtsschein veranlasst, dass der von seinem Vertrauensmann weisungswidrig über die Blanko-Unterschrift gesetzte Text der Urkunde seinem Willen entspreche. Er muss sich daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr gegenüber einem gutgläubigen Dritten so behandeln lassen, als ob der so erweckte Rechtsschein der wahren Sachlage entspreche. (...) Es verhält sich hier nicht anders als bei der Vollmacht, wo gemäss Art. 33 Abs. 3 OR der Vollmachtgeber, der eine Vollmacht einem Dritten mitgeteilt hat, auch nicht geltend machen kann, die dem Bevollmächtigten erteilte Vollmacht reiche weniger weit als die dem Dritten kundgegebene. Mit Rücksicht auf diese Ähnlichkeit mit der Vollmacht wird denn auch in der deutschen Rechtslehre die Ansicht vertreten, es lasse sich auf dem Wege der Rechtsanalogie der allgemeine Grundsatz aufstellen, dass derjenige, der den Rechtsschein einer Vollmacht oder Ermächtigung veranlasst hat, sich gegenüber gutgläubigen Dritten nach Treu und Glauben so behandeln lassen müsse, als ob er tatsächlich eine Vollmacht oder Ermächtigung erteilt habe (...). Ebenso wird anerkannt, dass im Falle des Blankettmissbrauchs die grundsätzlich zulässige Anfechtung wegen Irrtums unter Umständen auf Grund des verursachten Rechtsscheins einer gültigen Erklärung ausgeschlossen sein könne (...).“

⁷ Vgl. BK-Zäch, OR 36 N 69; vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 1401. Man könnte auch argumentieren, Art. 36 OR erfasse den Wegfall der Vollmacht nur in den Fällen von Art. 35 OR (diese Ansicht bei Chappuis/Daetwyler, SJ 1987, S. 244.

⁸ Ist die Vollmacht im Zeitpunkt der vertretungsweisen Kundgabe bereits erloschen, ist Art. 33 Abs. 3 OR anwendbar – es gilt dann als unrichtige Kundgabe *ab initio*, vgl. Koller, Guter Glaube, N 330 und 336. Koller bejaht die Vorrangigkeit von Art. 34

gibt sich aus dem Sachverhalt, dass Tanner die Vertragsverhandlungen fortsetzt und er sich gleich zu Beginn der Vertragsverhandlungen mit der Vollmacht legitimiert hat. Der Widerruf erfolgt erst später. Somit ist Art. 34 Abs. 3 OR anwendbar. Die Voraussetzungen sind wiederum die Vollmachtskundgabe, die Kenntnis des Dritten von der Vollmachtskundgabe und dessen guter Glaube bezüglich des Widerrufs der Vollmacht.⁹ Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner sich mit der Vollmacht gegenüber Dobler legitimiert hat. Dies stellt eine Kundgabe durch Tanner *als Bote* Webers dar.¹⁰ Wiederum stellt sich die Frage des guten Glaubens Doblere. Der Sachverhalt erwähnt wiederum keine Indizien, die Dobler hätten stützig machen müssen. Seine Gutgläubigkeit im Sinne von Art. 3 ZGB ist deshalb zu bejahen. *Fazit: Weber schuldet Dobler Fr. 30'000 aufgrund des Vergleichsvertrags.*

Weber vs Tanner: Schadenersatz (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR)

Die Anwaltstätigkeit Tanners ist vom Auftragsrecht erfasst – es geht um ein Tätigwerden Tanners in fremdem, d.h. Webers Interesse (vgl. Art. 394 Abs. 1 OR).

Vertragsverletzung, Schaden, Kausalität

Die Vertragsverletzung bezüglich Zeller besteht darin, dass Tanner Weber unsorgfältig vertreten hat (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR). Zur richtigen Vertretung des Mandanten gehört es, Gerichtstermine wahrzunehmen (bezüglich des Klägers Zeller) und die Instruktionen des Mandanten zu beachten. Die Instruktion bestand vorliegend überdies in einer Vergleichs-Obergrenze von Fr. 70'000 gegenüber Alder. Diese Weisungsüberschreitung stellt ebenfalls eine Vertragsverletzung dar (Art. 397 OR).¹¹ Für die Beurteilung der Vertragsverletzung und des Schadens ist jedoch eine Abgrenzung des Auftrags zur Geschäftsführung ohne Auftrag notwendig. Überschreitet die handelnde Person ihre Befugnisse, beurteilt sich dies ausschliesslich nach dem zugrunde liegenden Verhältnis.¹² Bezüglich der Verhandlungen Tanners mit Dobler *nach erfolgtem Widerruf* hingegen ist dies nicht mehr möglich. Diese fallen unter die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA; siehe unten).

Abs. 3 OR gegenüber Art. 36 OR, betrachtet jedoch Art. 33 Abs. 3 OR als nachrangig. Chappuis/Daetwyler, SJ 1987, S. 246, bemerken richtig, dass die beiden Artikel sich zu ähnlich sind, als dass der eine Art. 36 OR verdrängt, der andere hingegen nicht: „*Pour délimiter les champs respectifs d'application des art. 33 al. 3 CO, 34 al. 3 CO et de l'art. 36 CO, Koller introduit un critère supplémentaire, fondé sur l'époque de la révocation des pouvoirs. Si celle-ci intervient après la présentation du titre, les pouvoirs sont valablement communiqués, ce qui entraîne l'application de l'art. 34 al. 3 CO à l'exclusion de l'art. 36 CO. Quant à la révocation antérieure à la présentation du titre, elle n'empêcherait pas l'existence d'une communication valable, mais serait réglée par l'art. 33 al. 3 CO et non par l'art. 34 al. 3 CO. En effet, selon lui, cette dernière disposition vise le cas d'une communication qui correspond aux pouvoirs réellement octroyés, mais devient ultérieurement inexacte par suite de révocation totale ou partielle. L'art. 33 al. 3 CO, en revanche, a notamment pour objet une communication valable mais inexacte dès l'origine. Tel est le cas de pouvoirs qui n'existent plus au moment de la présentation du titre. Mais, de manière singulière, Koller exclut sans autre explication l'application de l'art. 33 al. 3 CO au profit de l'art. 36 al. 2 CO. Cette construction paraît difficilement soutenable car une telle hiérarchie des normes ne résulte en aucune façon du texte légal et n'est, de surcroît, nullement démontrée. Au contraire, on voit mal pourquoi l'art. 33 al. 3 CO devrait céder le pas devant l'art. 36 al. 2 CO alors que l'art. 34 al. 3 CO prévaudrait sur cette même disposition. Les art. 33 al. 3 CO et 34 al. 3 CO sont trop proches, tant du point de vue de la ratio legis que des états de fait et de leurs conséquences juridiques pour justifier un traitement différent. On reprendra toutefois un élément de la démonstration de Koller, à savoir la frontière qu'il trace entre l'art. 34 al. 3 CO et 33 al. 3 CO pour analyser la révocation antérieure à la présentation du titre sur la base de cette dernière norme.*“

⁹ Vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 34 N 15 ff.

¹⁰ Vgl. BGE 77 II 138 ff., 142: „Die Kundgabe geschah durch Neiger. Sie ist aber, da dieser als Bote der Vollmachtgeber zu betrachten ist, diesen als eigenes Handeln zuzurechnen. Mit dieser Mitteilung wurde die Vollmacht zur externen.“; vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 33 N 39.

¹¹ Vgl. Urteil BGER 4C.471/2004, Erw. 2.2.

¹² Vgl. ZK-Schmid, OR 419 N 79 und 83; vgl. BSK-Weber, vor OR 419-424 N 16; vgl. Urteil BGER 4C.471/2004, Erw. 2.2 und 2.3: „2.2 Vorweg ist festzuhalten, dass der Beauftragte zur Befolgung der ihm erteilten Weisungen verpflichtet ist (Art. 397 Abs. 1 OR). Die Nichtbefolgung einer Weisung gilt als Vertragsverletzung (...). Von der Weisungsabweichung ist die Lieferung eines „aliud“ zu unterscheiden. Bei der Lieferung eines „aliud“ sind die Bestimmungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 419 ff. OR massgebend (...). 2.3 Nach der unbestrittenen Auslegung der vom Kläger mit Faxschreiben vom 23. Mai 2002 abgegebenen Willenserklärung war die beklagte Bank beauftragt worden, die 12 % Anleihe Republik Argentinien 2001-2031 zum Limitkurs von 20,75 % zu kaufen. Die Beklagte hat in der Folge die in der klägerischen Weisung genannten Obligationen gekauft, jedoch nicht die gesetzte Limite von 20,75 % des Nominalwertes der Obligationen eingehalten, sondern zum Kurs von 21,995 % gekauft. Von einer Lieferung eines „aliud“ kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Die Beklagte war beauftragt, Obligationen der 12 % Anleihe Republik Argentinien 2001-2031 zu kaufen, und hat in der Folge auch genau diese Obligationen - und

Der Schaden beträgt folglich Fr. 10'000 (Alder) und Fr. 30'000 (Zeller). Es ist der Stand, den das Vermögen bei richtiger Erfüllung des Vertrags gehabt hätte. Es ist das positive Interesse.

Der Schaden in der Höhe von Fr. 10'000 bezüglich Alder lässt sich natürlich und adäquat kausal auf die mangelnde Sorgfalt zurückführen. Hätte er die richtige Sorgfalt angewandt – indem er die Schwelle von Fr. 70'000 nicht überschritten hätte – wäre der Schaden bezüglich der Forderung Alders nicht eingetreten (*conditio cum qua non*, natürliche Kausalität). Nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist es zu erwarten, dass die Unsorgfalt sich in dieser Schadenshöhe auswirkt. Der Schaden in der Höhe von Fr. 10'000 verhält sich folglich adäquat-kausal zur Verletzung der Sorgfaltspflicht und der Weisung. Der Beauftragte kann aber stets einwenden, dass sich der Schaden auch bei ordentlicher Sorgfalt ereignet hätte – ansonsten würde man auch beim Auftrag einen Erfolg versprechen, was gerade nicht der Fall ist.¹³ Tanner könnte folglich vorbringen, dass ein Vergleich bei Fr. 70'000 nicht möglich gewesen wäre. Der Sachverhalt erwähnt jedoch, dass dies die realistische Höhe der Forderung gewesen sei.

Bezüglich Zellers Anspruch ist die Situation anders. Zellers Klage wäre nach der gemeinsamen Einschätzung Tanners und Webers mit einer Wahrscheinlichkeit von 55% abgewiesen worden. Durch die Unterlassung Tanners – sein Fernbleiben vor Gericht – kam es jedoch nicht zu einer gerichtlichen Beurteilung. Das Bundesgericht beurteilt bei solchen Unterlassungen die Kausalität hypothetisch und verlangt eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit*.¹⁴ Eine Chance von 55% sind zwar mehr als die Hälfte und damit eigentlich auch *überwiegend*, doch versteht das Bundesgericht unter *überwiegender Wahrscheinlichkeit* eine bedeutend höhere Prozentzahl, die schon fast an Sicherheit grenzt.¹⁵

nicht ein anderes Wertpapier - erworben. Die Leistungsstörung ist nicht darin zu sehen, dass ein anderes als das in der Weisung genannte Wertpapier - und damit ein "aliud" - gekauft wurde, sondern dass der Limitkurs von 20,75 % nicht eingehalten wurde. Die Vorinstanz hat daher zu Recht eine Vertragsverletzung unterstellt. Die Rechtsfolge der Leistungsstörung ist nach Auftragsrecht (Art. 397 f. OR) und nicht nach den Bestimmungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zu beurteilen.

¹³ Vgl. CHK-Gehrer/Giger, OR 398 N 28; vgl. Urteil BGER 4C.471/2004, Erw. 3.2.1: „Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, hat der Auftraggeber bei nicht gehöriger Erfüllung durch den Beauftragten Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (positives Vertragsinteresse). Dies bedeutet, dass der Auftraggeber grundsätzlich so zu stellen ist, wie wenn der Auftragserfolg eingetreten wäre (...). Dies setzt allerdings voraus, dass der Auftrag hätte erfolgreich abgewickelt werden können. Nur in diesem Fall ist der Auftraggeber so zu stellen, wie wenn der angestrebte Auftragserfolg eingetreten wäre (...). Dabei wird von der Vermutung ausgegangen, dass die erfolgreiche Abwicklung des Auftrages möglich gewesen wäre. Dem Beauftragten steht der Einwand und der Beweis offen, dass der angestrebte Erfolg nicht hätte verwirklicht werden können (...).“

¹⁴ Vgl. Urteil BGER 4C.225/2000, Erw. 2a: „Steht - wie im vorliegenden Verfahren behauptet - ein Schaden aufgrund einer sorgfaltswidrig unterlassenen gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen und damit ein hypothetischer Kausalverlauf in Frage, ist der Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden dann zu bejahen, wenn die unterlassene Rechtsvorkehr mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* zum Erfolg geführt hätte (...).“; vgl. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 599: „Da es bei der Kausalität der Unterlassung um den hypothetischen Zusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem Erfolg geht, fliesst das sonst bei der Beurteilung der Adäquanz typische Werturteil in die Gesamtbetrachtung des Unterlassens ein und kommt bereits bei der Feststellung dieses hypothetischen Zusammenhangs zum Tragen.“, und N 601: „Um diesen hypothetischen Zusammenhang festzustellen, wird das Gericht auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellen, weshalb eine erneute Prüfung dieses Kriteriums im Rahmen der Adäquanz i.d.R. keinen Sinn mehr macht (...).“

¹⁵ Vgl. BGE 130 III 321 ff., 325 f.: „Das Beweismass ist für den Eintritt des Versicherungsfalls auf die *überwiegende Wahrscheinlichkeit* (...). Gelegentlich verwendete das Bundesgericht andere Begriffe, ohne dass damit beabsichtigt war, das Beweismass inhaltlich anders zu umschreiben. Es empfiehlt sich, inskünftig eine einheitliche Terminologie zu verwenden. Das Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* muss insbesondere von der Glaubhaftmachung (...) abgegrenzt werden. Denn zum einen umschreibt "Glaubhaftmachen" oftmals das Beweismass, das im Rahmen von vorläufigen, zumeist mit Beweismittelbeschränkungen getroffenen Entscheiden, namentlich vorsorglichen Massnahmen, gilt. Zum anderen unterscheidet sich der jeweiligen geforderte Grad an Wahrscheinlichkeit. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (...). Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* höher: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die *überwiegende Wahrscheinlichkeit* zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen (...). Ausdrücklich abgelehnt hat das Bundesgericht sodann ein gleichsam "variables Beweismass", wonach an den Beweis einer Tatsache um so höhere Anforderungen zu stellen sind, je weniger wahrscheinlich die Behauptung ist (...). Es trifft zwar zu, dass eine bestimmte Tatsache je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls dem Gericht mehr oder weniger rasch als *überwiegend wahrscheinlich* erscheint. Diese Überlegung gehört aber in den Bereich der Beweismässigkeit (...).“; und BGE 132 III 715 ff., 720: „Nach dem Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* (...) gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objekti-

Alternative: Nach der Theorie der *perte d'une chance* könnte man argumentieren, dass durch das Versäumnis Tanners Weber die Chance von 55% eines Prozesssiegens entgangen ist. Nach dieser Theorie wird der Schadenersatz mit der Wahrscheinlichkeit des Prozesssiegens multipliziert. Tanner hätte Weber 55% des Zeller zugesprochenen Schadenersatzes zu erstatten. Das Bundesgericht akzeptiert dies nicht, es gibt jedoch kantonale Entscheide, die bei schlechter medizinischer Betreuung Schadenersatz prozentual zur verpassten Heilungschance gewähren.¹⁶

Verschulden

Das Verschulden Tanners wiegt nicht mehr leicht. Die Vertragsverletzung geschah vorsätzlich, denn er wusste um die Instruktionen Webers, wie weit er für einen Vergleich gehen konnte. Indem er die Weisung überschritt, verletzte er den Vertrag folglich willentlich. *Fazit: Tanner schuldet Weber Schadenersatz in der Höhe von Fr. 10'000 aus Auftragsrecht.*

Weber vs Tanner: Schadenersatz aus GoA

Nach Widerruf des Auftrags handelt Tanner vollmachtlos einen nicht optimalen Vergleich mit Dobler aus, der aufgrund des Gutgläubensschutzes für Weber verbindlich wird. Für die Zeit nach dem Widerruf ist im Innenverhältnis nicht mehr Auftragsrecht anwendbar, sondern das Recht der GoA.¹⁷ Aufgrund des Widerrufs Tanners handelt es sich um eine *echte, unberechtigte* Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie ist *echt*, weil Tanner nicht für sich arbeitet, sondern für Weber.¹⁸ Sie ist aber *unberechtigt*, weil Weber den Auftrag explizit widerrufen hat – die Tätigkeit Tanners wurde dadurch verboten – dadurch entfällt die Gebotenheit.

Die Schadenersatzpflicht bei der echten, unberechtigten GoA richtet sich nach Art. 41 OR.¹⁹ Die Voraussetzungen sind ein *Schaden*, der *natürliche und adäquate Kausalzusammenhang*, die *Widerrechtlichkeit* und ein

ven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (...).“

¹⁶ Vgl. Urteil BGER 4A_61/2007, Erw. 4.2: „4.2 La question de l'acte illicite a été laissée ouverte par la cour cantonale, qui a nié la responsabilité du défendeur en raison de l'absence d'un lien de causalité naturelle entre l'attitude reprochée au médecin assistant et le dommage, compris comme les séquelles subies par le demandeur. Le Tribunal administratif s'est fondé sur l'expertise judiciaire ordonnée dans le cadre de la procédure pénale, dont il ressortait que la méningite à pneumocoques comportait en elle-même un risque élevé de mortalité et de séquelles neurologiques et qu'il était impossible de dire, dans le cas particulier, si la prescription d'antibiotiques quatre ou cinq heures plus tôt aurait permis d'éviter la surdité dont souffre le demandeur. La théorie de la perte d'une chance a été développée pour tenir compte de situations de ce genre, qui se présentent lorsque le fait générateur de responsabilité perturbe un processus incertain pouvant produire l'enrichissement ou l'appauvrissement de la personne concernée (...); en d'autres termes, l'enjeu total - par exemple, la guérison totale du malade - est aléatoire de sorte qu'il est impossible de prouver le lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et la perte de l'avantage escompté (...). Selon la théorie précitée, le dommage réparable consiste dans la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice. Il correspond ainsi à la probabilité pour le lésé d'obtenir ce profit ou de ne pas subir ce désavantage (...). La valeur de la chance perdue représente en principe la valeur de l'enjeu total (par exemple, le revenu futur du patient entièrement guéri) multipliée par la probabilité de l'obtenir, déterminée sur la base de données statistiques (par exemple, des études médicales sur le succès d'une méthode thérapeutique en fonction du stade de la maladie; THÉVENOZ, op. cit., p. 241 et 255). Le lien de causalité doit exister entre le fait imputable à l'auteur et la perte définitive de la chance, par opposition au dommage final (...). En pratique, cette méthode a pour conséquence de limiter la réparation à la seule partie du dommage qui correspond au degré de probabilité avec lequel le responsable a causé le préjudice (...). 4.3 Il n'y a apparemment pas de précédent où la théorie de la perte d'une chance aurait été invoquée devant le Tribunal fédéral. Selon certains auteurs, un jugement zurichois, confirmé sur pourvoi en nullité cantonal, s'en est approché dans un cas de diagnostic tardif d'un cancer (...). A y regarder de plus près, cette décision n'est toutefois pas vraiment révélatrice d'une tendance en faveur de la théorie de la perte d'une chance. En effet, l'Obergericht a retenu que les chances de survie du patient finalement décédé auraient été de 60% s'il avait été pris en charge correctement. Il en a conclu qu'un lien de causalité naturelle entre le diagnostic tardif et la mort du patient existait avec une vraisemblance prépondérante, appliquant finalement la règle jurisprudentielle habituelle en matière de causalité naturelle (...). C'est lors de la fixation de l'indemnité que l'Obergericht a tenu compte des chances de succès du traitement limitées à 60% en réduisant les dommages-intérêts de 40% (...).“; vgl. ZR 88 (1989) Nr. 66, S. 209 ff. (Kausalität schon mit 60% bejaht, aber den Schadenersatzanspruch gekürzt); vgl. Hardy Landolt, Perte d'une chance - verlorene oder vertane Chance? HAVE 2008 S. 68 ff.

¹⁷ Offengelassen in BGE 111 II 447 ff., 449.

¹⁸ Vgl. Huguenin, OR BT, N 859 und 893.

¹⁹ Vgl. Huguenin, OR BT, N 888.

Verschulden. Der Schaden liegt im Betrag, der nicht dem optimalen Vergleichsabschluss entspricht. Mangels genauer Angaben im Sachverhalt ist dieser Betrag nicht bezifferbar. Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang beurteilt sich wieder wie oben – es muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass Weber selber ein besseres Resultat hätte erzielen können (siehe oben; auch dies lässt sich vorliegend nicht eruieren). Die Widerrechtlichkeit ergibt sich aus der Einmischung in fremde Angelegenheiten.²⁰

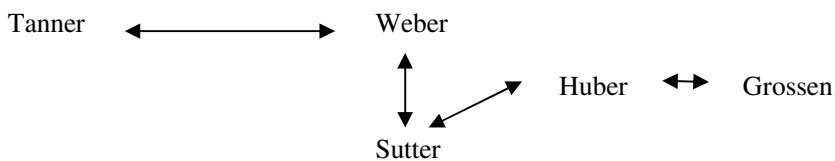
Tanner vs Weber: Honorar (Art. 394 Abs. 3 OR)

Tanner kann für seine Anwaltstätigkeit bis zum Widerruf des Auftrags ein Honorar verlangen, denn es ist üblich (vgl. Art. 394 Abs. 3 OR). Es stellt sich die Frage, ob dies auch für die Tätigkeit im Zusammenhang mit Dobler, Zeller und Alder möglich ist. Da Weber für die Tätigkeit Tanners bezüglich Alder Schadenersatz im positiven Interesse erhält, muss er aufgrund des Äquivalenzprinzips auch das Honorar entrichten – er wird so gestellt, wie wenn Tanner richtig erfüllt hätte, folglich muss er den Beauftragten dafür auch entlönnen.²¹ Dies ergibt sich bereits aus der analogen Anwendung von Art. 397 Abs. 2 OR. Bezüglich der Tätigkeit in der Angelegenheit Zeller kriegt Tanner keinen Schadenersatz (siehe oben). Hier ist es für Weber angezeigt, auch kein Honorar zu bezahlen, denn die Leistung Tanners war wertlos.²² Tanner hatte bezüglich der Angelegenheit Dobler kein Mandat mehr. Folglich steht ihm dafür auch kein Honorar zu.

Fall 2: Das Glashaus

Methode

Bei der ersten Fragestellung ergibt sich die Notwendigkeit, diverse Vorfragen abzuklären – wer muss überhaupt klagen? Diese Vorfragen können beim ersten Anspruch eingebaut werden. Eine Skizze hilft, Übersicht über den Fall zu gewinnen:



1. Wie ist die Rechtslage bezüglich des Glases?

Sutter vs Huber: Schadenersatz (Fr. 3'000), Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 439 und 425 Abs. 2 OR

Die teilweise Zerstörung des Glases beruht nicht auf einem zufälligen Ereignis – dies bedeutet aber noch nicht, dass die Regeln zur Gefahrtragung in Art. 185 OR nicht anwendbar wären. Die Regeln zur Gefahrtragung kommen auch dann ins Spiel, wenn wie hier ein Dritter den Untergang verursacht, der Verkäufer oder der Käufer für diesen aber nicht haften.²³ Bei der Schickschuld gilt der Transporteur beispielsweise nicht als Hilfsperson des Verkäufers im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR, bei der Bringschuld schon.²⁴ Die vorliegenden Verhältnisse bedürfen deshalb einer genauen Analyse.

Das vertraglich zwischen Sutter und Weber geschuldete Glas wird gemäss Sachverhalt *serienmässig* hergestellt. Es handelt sich folglich um einen Kaufvertrag, nicht um einen Werkvertrag. Geschuldet ist nicht eine individualisierte Sache, sondern nach Masseinheiten und weiteren Merkmalen definiertes Glas. Dies sind Merkmale einer Gattungsschuld. Bei Gattungsschulden geht die Gefahr erst mit der Aussonderung und der Übergabe zur Versendung auf den Käufer über (Art. 185 Abs. 2 OR). Die Aussonderung ist klarerweise erfolgt.

²⁰ Vgl. ZK-Schmid, OR 423 N 154.

²¹ Vgl. CHK-Gehrer/Giger, OR 394 N 30.

²² Vgl. BGE 87 II 290 ff., 293.

²³ Vgl. ZK-Schönle, OR 185 N 18.

²⁴ Vgl. ZK-Schönle, OR 185 N 24 f.

Der Sachverhalt erwähnt, dass es sich um die für Weber bestimmten Scheiben handelt. Damit die Gefahr bei einer Versendung im Sinne von Art. 185 Abs. 2 OR aber auf den Käufer übergeht, muss der Verkäufer die Ware vom Erfüllungsort aus versenden.²⁵ Der Erfüllungsort liegt aber sicher nicht in Genf. Die Regel von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR bestimmt für Gattungsschulden den Wohnsitz des Schuldners – Sutters Wohnsitz – als Erfüllungsort.²⁶ Die Gefahr würde mit der Aussonderung übergehen – muss die Ware aber zuerst noch an den Erfüllungsort gelangen, so fällt dies unter die „besonderen Verhältnisse“ nach Art. 185 Abs. 1 OR.²⁷ Ebenfalls spricht für die besonderen Verhältnisse i.S.v. Art. 185 Abs. 1 OR, dass die Ware erst beschafft werden muss,²⁸ was bei der Tochtergesellschaft Sutters geschieht. Die Gefahr für das Glas geht erst mit dessen Eintreffen an Sutters Wohnsitz über. Diese Konstellation hat mit Versendungs- oder Bringschuld nichts zu tun. Sutter lässt das Glas mit Hubers Hilfe an den Erfüllungsort bringen. Huber ist folglich Sutters Hilfsperson im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR, dessen Verhalten er sich anrechnen lassen muss. Er erleidet durch die Zerstörung des Glases folglich auch einen Schaden, weil Weber den Kaufpreis dafür nicht bezahlen muss.

Zwischen Sutter und Huber besteht ein Speditionsvertrag nach Art. 439 OR. Huber verspricht Sutter, den Transport zu besorgen, ohne ihn selber auszuführen.²⁹ Dafür spricht nicht nur die im Sachverhalt verwendete Terminologie, sondern auch das tatsächliche Vorgehen Hubers: Er beauftragt Grossen, die Versendung zu übernehmen. Dazu gehört als Nebenpflicht, die Sache anzunehmen und bis zum tatsächlichen Versand durch den Frachtführer aufzubewahren.³⁰ Auf den Speditionsvertrag ist Kommissionsrecht und folglich Auftragsrecht anwendbar (Art. 439 OR i.V.m. Art. 425 Abs. 2 OR). Das Auftragsrecht sieht einen Sorgfaltsmassstab vor, der durch die Lagerung im wenig belastbaren Regal verletzt wird (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR). Der Schadenersatzanspruch richtet sich nach den Voraussetzungen des Art. 97 Abs. 1 OR. Der Schaden Hubers liegt im Wert des zerstörten Glases und beträgt Fr. 1'000. Das Verschulden wird vermutet – Huber kann sich nicht exkulpieren, denn er hätte die beschränkte Belastbarkeit seines eigenen Regals beim Beladen mit schwerem Glas beachten müssen. Er ging dabei fahrlässig vor. Dieser Schadenseintritt verhält sich natürlich und adäquat-kausal zur Sorgfaltspflichtsverletzung. Sie ist *conditio cum qua non* des Schadenseintritts. Hätte er die notwendige Sorgfalt an den Tag gelegt, wäre das Glas nicht zerbrochen. Es ist nach dem Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten, dass die Nichtbeachtung der Tragfähigkeit einen Schaden in der eingetretenen Höhe (Fr. 1'000) verursacht.

²⁵ Vgl. BSK-Koller, OR 185 N 19; vgl. BGE 84 II 158 ff., 160 f.: „*Dès lors, l'individualisation était valable, bien que la vendeuse l'eût opérée unilatéralement, sans la porter à la connaissance de l'acheteur. En revanche, la Cour de justice a considéré à tort que l'automobile devait être "expédiée dans un autre lieu" au sens de l'art. 185 al. 2 CO. Cette expression, en effet, ne vise pas n'importe quel transport dont la chose vendue peut être l'objet avant la livraison. La disposition de l'art. 185 al. 2 i.f. CO se rapporte uniquement aux ventes à distance, c'est-à-dire aux ventes dans lesquelles la chose n'est pas livrée au lieu de l'exécution, mais doit être expédiée à l'acheteur ou à son mandataire dans un autre lieu (...)*.“

²⁶ Vgl. BSK-Leu, OR 74 N 5 lit. c.

²⁷ Vgl. BSK-Koller, OR 185 N 32; vgl. BGE 84 II 158 ff., 161 f.: „*Dans ces conditions, il faut appliquer restrictivement le principe selon lequel les profits et les risques passent à l'acheteur dès que le contrat est conclu et on doit admettre très largement les "exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières", qui sont réservées par l'art. 185 al. 1 CO. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé, dans son arrêt Verzinkerei Zug AG c. Debrunner & Cie (RO 52 II 362 consid. 1), que le vendeur supportait les risques du transport lorsqu'il expédiait franco la marchandise à son propre représentant au lieu de l'exécution; en effet - a exposé la juridiction fédérale - l'acheteur est, dans ce cas, privé de toute possibilité de disposer de la marchandise pendant le transport et de prendre des mesures pour écarter les risques (cf. également RO 46 II 460).*“

²⁸ Vgl. Huguenin, OR BT, N 148.

²⁹ Vgl. BSK-Staehelin, OR 439 N 1.

³⁰ Vgl. zur Abgrenzung des Speditionsvertrags vom Hinterlegungsvertrag BGE 126 III 192 ff., 194 f.: „*Un tel contrat comporte le devoir accessoire, pour le commissionnaire-expéditeur, de recevoir la chose qu'il doit expédier et de la conserver jusqu'au moment où il peut la remettre au transporteur, ou effectuer lui-même le transport (...). Cette phase peut évidemment durer un certain temps (...). Le devoir de conserver la marchandise n'est une obligation accessoire du contrat de commission-expédition que si un tel contrat a été conclu, ce qui suppose que le commissionnaire-expéditeur ait été chargé d'expédier la marchandise en un lieu déterminé. Il doit alors conserver la chose pendant le temps qui lui est nécessaire avant de pouvoir achever sa mission, c'est-à-dire remettre la marchandise au transporteur (ou effectuer lui-même le transport). Les parties concluent cependant un contrat distinct si le commettant demande au commissionnaire-expéditeur de ne pas expédier la marchandise dès que possible, mais de la conserver pendant un certain temps dans un entrepôt (...) ou s'il lui confie la marchandise sans lui donner aucune instruction permettant l'expédition (...). Un tel contrat doit être qualifié de dépôt au sens des art. 472 ss CO (...).*“

Es ist alternativ auch möglich, für die richtige Lagerung des Glases die Regeln der Hinterlegung anzuwenden.³¹ Es wäre dann ein Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 472 OR, was zu denselben Resultaten führt wie oben beschrieben.

Für das *während des Transports* durch Grossen zerstörte Glas im Wert von Fr. 2'000 haftet Huber ebenfalls, jedoch nach den Grundsätzen des Frachtvertrages (Art. 439 OR i.V.m. Art. 447 Abs. 1 OR). Den Entlastungsbeweis nach Art. 447 Abs. 1 OR kann Grossen aufgrund der Unachtsamkeit beim Transport nicht erbringen. Huber haftet dafür in Anwendung von Art. 447 Abs. 1 OR auf den Wert des zerstörten Glases (Fr. 2'000). Huber wird dadurch nicht zum Frachtführer, sondern wirkt als *Transportschadensgarant*.³² Der Anspruch gegen Huber ist derselbe wie gegen Grossen (vgl. Art. 456 f. OR, die auch für private Transportanstalten gelten).³³

Huber vs Grossen: Art. 447 Abs. 1 OR

Zwischen Huber und Grossen besteht ein Frachtvertrag im Sinne des Art. 440 OR. Er übernimmt den Transport des Glases für Huber. Durch die von ihm mangelhaft durchgeführte Sicherung des Glases während des Transports kann sich Grossen nicht mehr von der Haftung nach Art. 447 Abs. 1 OR entlasten.³⁴ Ein ordentlicher Frachtführer – dies ist der Massstab des Art. 447 Abs. 1 OR – hätte das Glas adäquat für den Transport gesichert. Diese fehlende Sicherung des Glases verhält sich natürlich und adäquat kausal zu dessen Zerstörung und damit zum Wert des zerstörten Glases. Es ist normal und nach dem Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung zu erwarten, dass ungesichertes Glas in engen Kurven umfällt.

2. Wie ist die Rechtslage?

Tanner vs Weber: Anspruch auf Nachbesserung der Baute

Der zwischen Tanner und Weber bestehende Vertrag über die Errichtung des Hauses ist als Werklieferungsvertrag nach Art. 363 OR bzw. Art. 365 Abs. 1 OR zu betrachten. Das Haus ist das Werk, dessen Baustoff Weber liefern muss.

Das Werk weist einen Mangel auf, eine Abweichung des Soll- vom Ist-Zustand. Das im Haus verbaute Glas ist nach zwei Jahren trüb geworden. Gemäss Art. 365 Abs. 1 OR haftet der Unternehmer für den gelieferten Stoff wie ein Verkäufer. Nach h.L. und Bundesgericht gilt dies aber nur für die Rechtsgewährleistung im Sinne von Art. 192 OR. Die Sachgewährleistung richtet sich bei Werken *generell nach Werkvertragsrecht*, weil eine Aufspaltung der Rechtsfolgen unerwünscht und unpraktikabel wäre – es ist nicht immer leicht festzustellen, ob ein *Stoff- oder Herstellungsmangel* vorliegt.³⁵

Für diesen Fall ist Art. 368 Abs. 3 OR einschlägig, denn es handelt sich um ein Werk, das auf Grund und Boden des Bestellers errichtet worden ist. Tanner steht folglich nur die in Art. 368 Abs. 2 OR geregelte *Minderung* und unentgeltliche *Nachbesserung* zu. Die Tatsache, dass Tanner seinen Freund Sutter bei der Glaslieferung berücksichtigt wissen will, bedeutet noch nicht, dass Tanner die Folgen von Sutters Schlechtlieferung selber tragen muss. Weber hätte Tanner bezüglich der Wahl Sutters für die Glaslieferung *explizit abmahnen* müssen (vgl. Art. 369 OR). Es reicht nicht, die Nase zu rümpfen, weil daraus noch nicht hervorgeht, dass Weber die Verantwortung für die Weisung Tanners ablehne, die ohnehin eher als *Vorschlag* zu qualifizieren wäre.³⁶

³¹ So BSK-Staehelin, OR 439 N 23 und CHK-Pfenninger, OR 439 N 3.

³² Vgl. Kurzkomentar-Benz, OR 439 N 9, mit weiteren Hinweisen; vgl. Huguenin, OR BT, N 1078.

³³ Vgl. Kurzkomentar-Benz, OR 456 N 2 und 6.

³⁴ Es gibt verschiedene Lehrmeinungen zum Wesen dieser (milden Kausal-) Haftung (Huguenin, OR BT, N 1105 und 1106a).

³⁵ Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 365 N 26 ff.; vgl. BGE 117 II 425 ff., 428.

³⁶ Vgl. BGE 116 II 305 ff., 308 f.: „Nach den Feststellungen der Vorinstanz wünschte die Klägerin bzw. ihr Architekt, die Ganzmetallstoren seien von der M. AG herzustellen und zu montieren, obgleich der Beklagte hierfür einen anderen Subunternehmer vorgeschlagen hatte. Das Appellationsgericht erblickt darin zutreffend eine Weisung im Sinne von Art. 369 OR. Eine Weisung kann namentlich auch den Beizug bestimmter Unterakkordanten zum Gegenstand haben (...). bb) Die Sachgewährleistung des Unternehmers entfällt nach Art. 369 OR im allgemeinen bloss, wenn der Besteller trotz ausdrücklicher Abmahnung (avis formel, espresso parere) an seiner Weisung festhält. Eine ausdrückliche Abmahnung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Es stellt sich die Frage, ob die unentgeltliche Nachbesserung übermässige Kosten verursacht. Die hohen Kosten für die Nachbesserung von Fr. 100'000 sind nicht unverhältnismässig (im Vergleich zum Nutzen des Bauherrn, nicht zu den gesamten Baukosten), denn trübe Fenster sind unzumutbar.³⁷ Tanner kann auf der unentgeltlichen Nachbesserung bestehen. Er kann aber auch die Minderung wählen. Das Bundesgericht wendet für die Minderung des Werkpreises die relative Methode an.³⁸ Entspricht der Werkpreis dem objektiven Wert des Werks, so existiert eine widerlegbare Vermutung, dass die Kosten der (Dritt-) Nachbesserung dem Minderwert des Werks entsprechen.³⁹ Auch für die identische Höhe des Werkpreises und des Wertes des Werks besteht eine widerlegbare Vermutung, wenn eine Differenz zwischen Wert und Preis nicht erstellt werden konnte.⁴⁰ Im vorliegenden Fall gibt der Sachverhalt keinen Aufschluss, wie es sich damit verhält. Denkbar ist es folglich, die Nachbesserungskosten als Minderungsbetrag einzufordern.

Tanner muss die Prüfungs- und Rügeobligationen beachten (Art. 367 OR). Die Trübung des Glases war bei der Abnahme des Werkes noch nicht ersichtlich, sondern hat sich erst später entwickelt. Der Mangel war im Keim bei der Abnahme schon vorhanden, denn der Sachverhalt erwähnt, dass er auf einem einmaligen *Produktionsfehler* beruhe. Der Sachverhalt erwähnt ebenso, dass Tanner diesen versteckten Mangel sofort nach Entdeckung gerügt hat (vgl. Art. 370 Abs. 3 OR). Da es sich um ein unbewegliches Bauwerk handelt und die Abnahme im September 2007 stattgefunden hat, kommt vorliegend die noch nicht verstrichene *fünffährige Frist* des Art. 371 Abs. 2 OR zur Anwendung.

Durch die Weigerung Webers zur Nachbesserung ist Tanner nicht unbedingt gezwungen, auf die Minderung oder die gerichtliche Geltendmachung der Nachbesserung auszuweichen. Es stellt sich die Frage, ob Tanner auch berechtigt ist, von Weber *die Kosten der Verbesserung des Werks durch einen Dritten* zu verlangen. Das Bundesgericht bejaht explizit die analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR *auch nach Abnahme des Werks*.⁴¹ Die Voraussetzungen des Art. 366 Abs. 2 OR sind gegeben, soweit dies bei der analogen Anwendung

nur anzunehmen, wenn eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne (...). In der Literatur werden an die Willenserklärung teilweise weniger strenge Anforderungen gestellt; doch wird jedenfalls die Mitteilung verlangt, die Weisung sei fehlerhaft, weil sich aus ihrer Befolgung (möglicherweise) ein Werkmangel ergebe (...). Die Frage, ob die Anforderungen an die Abmahnung entsprechend zu mildern seien, kann vorliegend jedoch offenbleiben. Keine Abmahnung ist ein allgemeiner Vorbehalt des Unternehmers, er würde technisch anders vorgehen oder er hätte einen anderen Subunternehmer vorgezogen (...). Solche Vorbehalte können lediglich dann eine Abmahnung darstellen, wenn sie die Weisung im Hinblick auf den vertraglichen Arbeitserfolg beanstanden, wenn sie mindestens Bedenken äussern, der vorgeschriebene Subunternehmer biete nicht die erforderliche Gewähr für eine mängelfreie Ausführung.“

³⁷ Vgl. Urteil BGER 4C.258/2001, Erw. 4.1.3: „Wie Art. 368 Abs. 2 OR sieht auch Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 vor, dass der Nachbesserungsanspruch nur durchgesetzt werden kann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu den Interessen des Bauherrn an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht. Rechtsprechung und Literatur gehen übereinstimmend davon aus, dass von übermässigen Kosten dann zu sprechen ist, wenn ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn ist nicht massgebend. Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen können auf Seiten des Bestellers nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden (...).“; vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 48.

³⁸ Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 43.

³⁹ Siehe BGE 116 II 305 ff., 313 ff.: „Der Herabsetzungsbetrag nach Art. 368 Abs. 2 OR entspricht der proportionalen Kürzung der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes (...). Deckt sich der objektive Wert des mängelfrei gedachten Werkes mit der vertraglichen Vergütung, entspricht die Minderung auch betragsmässig dem Minderwert (...). Aufgrund einer tatsächlichen Vermutung darf mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, der Minderwert des Werkes entspreche den Kosten der Mängelbehebung (...).“

⁴⁰ Vgl. BGE 111 II 162 ff., 163: „Quant à l'application de cette règle, lorsqu'une différence entre le prix et la valeur objective de la chose n'est pas prouvée, le Tribunal fédéral admet qu'on peut se fonder sur la présomption que le prix correspond à la valeur de la chose (...). Il n'y a pas non plus de raison de s'écarter de cette jurisprudence; elle se fonde sur la considération que, d'ordinaire, le prix est l'expression de la valeur marchande (...), et elle permet de tenir compte équitablement des intérêts en présence.“; gl.M. Gauch, Der Werkvertrag, N 1677; a.M. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 44.

⁴¹ Vgl. BGE 107 II 50 ff., 55 f.: „Zu prüfen ist, ob das Recht des Bestellers zur Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers eine richterliche Ermächtigung voraussetzt. BGE 96 II 353 E. 2c gesteht dem Besteller, der die Möglichkeit der Verbesserung des Werkes wählt, gegenüber dem dazu nicht gewillten oder nicht fähigen Unternehmer das Recht zu, die Nachbesserung durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz zu verlangen. Ein solches Recht wird dem Besteller in Art. 368 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Art. 366 Abs. 2 OR zwar nicht ausdrücklich gewährt. Weshalb das Gesetz die Mängelbe-

möglich ist. Die mangelhafte Ausführung ist Wirklichkeit, sie zeichnet sich nicht bloss ab. Tanner könnte nach der Wahl der Nachbesserung eine angemessene Frist setzen, die er mit der Androhung der Ersatzvornahme verbinden kann (vgl. Art. 366 Abs. 2 OR analog). Durch die Weigerung Webers konnte er auch ohne Fristansetzung zur Ersatzvornahme schreiten – eine Nachfristansetzung wäre nutzlos (Art. 108 Ziff. 1 OR). Ein Verschulden des Unternehmers, wie Art. 366 Abs. 2 OR dies explizit fordert – ist nicht notwendig und passt auch nicht zu den verschuldensunabhängigen Mängelrechten in Art. 368 OR. Es würde den Rücktritt vor der Ablieferung des Werks nur hinauszögern, bis die verschuldensunabhängige Wandlung möglich ist.⁴² Nach der Ablieferung ist es noch weniger angezeigt, ein Verschulden für die Ausübung der Wandlung, Nachbesserung oder Minderung zu verlangen. Die Kosten der Ersatzvornahme betragen gemäss Sachverhalt ungefähr Fr. 100'000.

Der Anspruch Tanners gegen Weber auf Übernahme der Kosten der Ersatzvornahme lässt sich auch über Art. 102 ff. OR begründen (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 368 Abs. 2 OR). Weber befindet sich aufgrund seiner Weigerung zur unentgeltlichen Nachbesserung im Verzug. Die Pflicht zur Nachbesserung unterliegt wiederum den Vorschriften des Art. 102 ff. OR.⁴³ Die Fälligkeit ist gegeben, die Mahnung erfolgt, eine Nachfrist muss Tanner aufgrund der deutlichen Weigerung Webers nicht abwarten (vgl. Art. 108 Ziff. 1 OR). Tanner kann nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die nachträgliche Leistung der Nachbesserung verzichten und Schadenersatz im positiven Interesse verlangen. Für diesen Schadenersatzanspruch an Stelle der verschuldensunabhängig geschuldeten Nachbesserung ist ebenfalls *kein Verschulden* notwendig.⁴⁴

Weber vs Sutter: Wandlung und Schadenersatz (Art. 208 OR)

Sutter hat Weber mangelhaftes Glas geliefert, doch ist der Anspruch Webers gegen Sutter verjährt. Auf diesen Anspruch kommt nicht das Werkvertragsrecht für unbewegliche Bauten zur Anwendung, sondern kaufrechtliches Sachgewährleistungsrecht (Art. 197 ff. OR). Dieser Anspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres nach der Ablieferung (Art. 210 Abs. 1 OR).

hebung durch Dritte ohne richterliche Bewilligung zulassen soll, wenn Mängel vor der Erstellung des Werkes zu erwarten sind, nicht aber, wenn sie erst nach der Ablieferung auftreten, leuchtet indes nicht ein. (...) Am Bedürfnis des Bestellers, seinen Verbesserungsanspruch allenfalls mittels Ersatzvornahme durchzusetzen, ändert sich mit der Ablieferung des Werkes nichts, so dass ihm in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ein entsprechendes Recht einzuräumen ist. Da die Klägerin mit der geschuldeten Verbesserung des Werkes in Verzug war, konnte die Beklagte nach erfolgloser Ansetzung einer Nachfrist die Mängelbehebung ohne richterliche Ermächtigung einem Dritten übertragen und der Klägerin gegenüber Kostenersatz geltend machen. Es kann deshalb offen bleiben, ob die allgemeine Bestimmung des Art. 107 OR zum nämlichen Resultat führen würde (...).“; vgl. auch Urteil BGer 4C.130/2006, E. 6.1.: „Le maître qui choisit l'action en réfection de l'ouvrage doit fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour s'exécuter. Un tel délai n'est cependant pas nécessaire s'il apparaît d'emblée que l'entrepreneur ne s'exécutera pas, soit parce qu'il s'y refuse, soit parce qu'il en est incapable; dans une telle situation, le maître bénéficie des règles sur la demeure de débiteur, conformément à la jurisprudence relative à l'art. 366 al. 2 CO applicable ici par analogie (ATF 107 II 50 consid. 3). Il peut donc choisir, parmi les trois possibilités que lui offre l'art. 107 al. 2 CO, celle de renoncer à la prestation - i.e. la réfection de l'ouvrage - et de réclamer des dommages-intérêts positifs à l'entrepreneur. Son dommage équivaut à l'intérêt qu'il avait à l'exécution régulière de l'obligation de l'entrepreneur. Le maître pourra ainsi porter en compte, entre autres postes de son dommage, tous les frais se rapportant à l'achèvement de l'ouvrage, respectivement à l'élimination du défaut (ATF 126 III 230 consid. 7/a/bb p. 236). Cette créance en dommages-intérêts, qui prend la place de la créance en réfection de l'ouvrage, présuppose que la demeure soit imputable à la faute de l'entrepreneur ou de ses auxiliaires (art. 101 CO) (Gauch, op. cit., n. 1796 et 1832; Alfred Koller, Commentaire bernois, n. 544 et 627 ad art. 366 CO).“

⁴² Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 35; im Urteil BGer 4C.433/2005 ist das Verschulden als Voraussetzung dennoch geprüft worden.

⁴³ Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 62.

⁴⁴ Vgl. Urteil BGer 4C.130/2006, Erw. 6.2.: „En d'autres termes, l'action en paiement qu'a choisie le demandeur se substitue à l'action en exécution, respectivement en réfection de l'ouvrage, laquelle tend à la livraison d'un ouvrage exempt de tout défaut. Or, l'entrepreneur est débiteur d'une obligation de résultat, ce qui se traduit - pour l'exercice des droits formateurs du maître - par un système de responsabilité largement causal (...). Par conséquent, pour apprécier le bien-fondé de la présente action en paiement, il suffit de constater que la responsabilité objective de la défenderesse est engagée par la livraison d'un ouvrage ne correspondant pas aux attentes légitimes du demandeur. Il n'y a en particulier pas lieu de rechercher si la défenderesse a commis une faute en acceptant d'exécuter l'ouvrage avec de la pierre de l'Yonne. Un tel débat aurait uniquement lieu d'être si le demandeur actionnait la défenderesse en responsabilité pour un dommage supérieur aux frais de réfection de l'ouvrage, ce qu'aucune des parties n'allègue ici. “

Es bringt nichts, auf die alternative Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR zu setzen, denn das Bundesgericht wendet darauf die Spezifika des Sachgewährleistungsrechts an (Prüfung, Rüge, Verjährung).⁴⁵

Weber vs Sutter: Fr. 50'000 aus Bereicherung (Art. 63 Abs. 1 OR)

Das Bundesgericht erlaubt bei Mängeln der Kaufsache die Berufung auf einen Grundlagenirrtum, für dessen Geltendmachung es keine Frist gibt.⁴⁶ Die Berufung auf den Grundlagenirrtum ist bei Gattungsschulden jedoch nicht möglich, weil im Zeitpunkt des Kaufes noch nicht klar ist, mit welchen Stücken aus der Gattung erfüllt werden soll oder die Sache noch nicht existiert. Man kann sich folglich nicht über die Qualität irren. Eine Ausnahme macht das Bundesgericht nur für den Fall, dass die ganze Gattung mangelhaft ist, was der Sachverhalt aber gerade ausschliesst – es handelt sich um einen einmaligen Produktionsfehler.⁴⁷ Ist die ganze Gattung mangelhaft, kann man sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Mangelhaftigkeit irren. Das Bundesgericht verneint explizit die Berufung auf den Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt⁴⁸ – die hier einen Ausweg darstellen würde – weil man mit Fehlern rechnen müsse.

⁴⁵ Vgl. Urteil BGer 4C.300/2006, Erw. 2.4.1.; vgl. BGE 114 II 131 ff., 134: „Nach der Rechtsprechung kann der Käufer den Vertrag jedoch wegen eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 ff. OR anfechten oder gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung oder auf Schadenersatz wegen schlechter Erfüllung klagen (BGE 109 II 322 mit Hinweisen). Der Alternativität dieser Rechtsbehelfe sind allerdings Schranken gesetzt. Eine Beschränkung ergibt sich insbesondere daraus, dass Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die der Käufer aus Mängeln der Kaufsache ableitet, in bezug auf seine Prüfungs- und Rügepflichten und die Verjährung den gleichen Vorschriften unterstehen (BGE 107 II 421 mit Hinweisen).“

⁴⁶ Im Ergebnis gibt es dennoch eine Befristung durch Art. 67 OR. Die Kondiktion des Kaufpreises ist nur innerhalb eines Jahres nach Kenntnis des Anspruchs und innert zehn Jahren nach Entstehung des Anspruchs möglich. Der Anspruch entsteht im Zeitpunkt der Bezahlung, vgl. BGE 114 II 131 ff., 141 ff.: „Streitig ist dagegen, ob die absolute Verjährung eingetreten ist. Die Antwort hängt davon ab, ob für die Entstehung des Rückforderungsanspruchs und damit für den Beginn der zehnjährigen Verjährungsfrist der Zeitpunkt der Leistung oder der Zeitpunkt der Anfechtung massgebend ist. Dabei fragt sich, ob der Anspruch eine Nichtschuld oder eine Leistung aus nachträglich weggefallenem Rechtsgrund betrifft, weil im ersten Fall die absolute Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt der Leistung, im zweiten aber mit dem Wegfall des Rechtsgrundes zu laufen beginnt (...). b) In der Lehre werden über die Wirkungen eines Vertrages, bei dessen Abschluss sich eine Partei in einem wesentlichen Irrtum befunden hat, verschiedene Auffassungen vertreten. Nach der Ungültigkeitstheorie ist der Vertrag von Anfang an ungültig, entfaltet folglich überhaupt keine Wirkungen; solche entstehen nur, wenn das Rechtsgeschäft nachträglich vom Irrenden ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten genehmigt wird (...). Der Vertrag ist somit suspensiv bedingt. Nach der Anfechtungstheorie gilt er hingegen vorerst als gültig, kann aber vom Irrenden durch Berufung auf den Willensmangel aufgelöst werden, weshalb er als resolutiv bedingt erscheint. Diese Auffassung soll zur Zeit in der schweizerischen Lehre vorherrschen (...). Nach einer dritten Theorie schliesslich, die von einer geteilten Ungültigkeit ausgeht, ist der Vertrag für die betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere dagegen gültig, für jene also suspensiv, für diese resolutiv bedingt (...). Unterschiedlich wird nach diesen Theorien auch der Bereicherungsanspruch qualifiziert, der sich ergibt, wenn der Irrende den Vertrag mit Erfolg anfecht. Nach der Ungültigkeitstheorie betrifft der Anspruch eine Nichtschuld, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt; nach der Anfechtungstheorie dagegen erweist er sich als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund mit Beginn der absoluten Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Anfechtung, während er nach der geteilten Ungültigkeitstheorie für den Irrenden als Leistung einer Nichtschuld, für den Vertragspartner aber als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund erscheint (...). Den Grundgedanken und den Zielen, die sich aus der Entstehung des Gesetzes ergeben, entspricht indes nur die Ungültigkeit des Vertrages, sei diese Wirkung nun als ein- oder zweiseitig anzusehen, bevor der Irrende sich auf den Mangel beruft. (...) Ist aber von der Ungültigkeit des Vertrages auszugehen, so ist die Bereicherung in Fällen wie hier in der Bezahlung eines nichtgeschuldeten Kaufpreises zu erblicken, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt.“

⁴⁷ Vgl. Urteil BGer 4C.300/2006, Erw. 5: „5.1 Das Obergericht nahm an, eine fristgerechte Irrtumsanfechtung durch die Käuferin sei weder behauptet noch bewiesen. Zudem habe die erste Instanz in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Gattungskauf die Irrtumsanfechtung nur erfolgversprechend sei, wenn die gesamte Gattung mangelhaft sei, sich also der Irrtum auf die Eigenschaft der ganzen Gattung beziehe. Davon könne hier keine Rede sein, weshalb nicht ein Irrtum bei Vertragsschluss, sondern nur eine mangelhafte Leistung vorliege. 5.2 Die Klägerin macht geltend, nach der Bundesgerichtspraxis könne auch ein Irrtum über künftige Tatsachen einen Grundlagenirrtum begründen, wenn eine Partei fälschlicherweise annehme, ein zukünftiges Ereignis sei sicher und die Gegenpartei hätte erkennen müssen, dass diese Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war. Vorliegend habe die Käuferin mit Sicherheit angenommen, das künftig zu liefernde "Z..."-Glas werde keine Fleckenbildung aufweisen, was für die Käuferin erkennbare Vertragsvoraussetzung gewesen sei. 5.3 Wird eine bloss der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so muss der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte. Demnach kann beim Gattungskauf die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden (vgl. Honsell, Basler Kommentar, 3. Aufl. N. 9 der Vorbem. zu Art. 197-210 OR; Keller/Siehr, a.a.O., S. 108). Das Obergericht hat daher zutreffend angenommen, die mangelhafte Lieferung habe keinen Grundlagenirrtum begründen können.“

⁴⁸ Siehe dazu BSK-Schwenzer, OR 24 N 18 f.