

Lektion 7

Sachverhalt Nr. 2

1. Ein Dieb hat Halters Schmuck im Wert von Fr. 100'000 gestohlen. Halter veröffentlicht Bilder des Schmucks in der NZZ und verspricht Fr. 5'000 Belohnung für den Hinweis, der zur vollumfänglichen und unversehrten Rückgabe des Schmucks führt. Beim Spielen im Wald findet der fünfjährige Weber, der vom Versprechen Halters nie etwas gehört hat, den Schmuck versteckt in einer Höhle und bringt ihn dem Dorfpolizisten. Halter verweigert die Bezahlung, weil Weber als Kind noch keine Verträge schliessen könne und ausserdem gar nicht gestützt auf das Inserat gehandelt habe. **A. Liegt eine Auslobung vor? B. Hat Weber einen Anspruch auf die in Aussicht gestellte Leistung?**
2. Tanner erhält per Post den Versandkatalog, in dem folgende gedruckte Mitteilung enthalten ist:

LIEBER HERR TANNER, SIE HABEN GEWONNEN! Unsere Glücksfee hat Ihr Los Nr. 75 gezogen, das zum Hauptpreis von Fr. 50'000 berechtigt. Sie können Ihren Preis bei uns mit untenstehendem Bestelltalon (Mindestbestellmenge Fr. 20) anfordern. Freundlichst, Ihr Care-Team des Versandhauses Kalbermatten.

- Tanner, der nie an einem Wettbewerb teilgenommen hat, füllt den Bestelltalon mit einer Bestellung in der Höhe von Fr. 20 aus und schickt diesen dem Versandhaus Kalbermatten. **A. Liegt eine Auslobung vor? B. Hat Tanner irgendeinen Anspruch auf die in Aussicht gestellte Leistung?**
3. Koller ist beunruhigt wegen der Schweinegrippe. Er verspricht in einem Inserat in der NZZ Fr. 100'000 für die erste Entwicklung eines früh einsetzbaren Schnelltests. Chemiker Tanner ist schon seit mehreren Monaten daran, einen solchen Test zu entwickeln. Tanner weiss von Kollers Versprechen nichts, weil er Tag und Nacht forscht und für die Lektüre der NZZ keine Zeit mehr hat. Aufgrund des weitgehend harmlosen Verlaufs der Schweinegrippe nimmt Koller einen Monat später wiederum in der NZZ sein Versprechen zurück. Tanner, dem am folgenden Tag der Durchbruch gelingt, erfährt zufällig vom letzten Inserat und will von Koller Ersatz für seine Aufwendungen in der Höhe von Fr. 500'000 (Entlöhnung von Hilfskräften während vier Monaten, Einrichten eines Labors etc.). **A. Liegt eine Auslobung vor? B. Hat Tanner einen Anspruch auf die in Aussicht gestellte Leistung? C. Hat Tanner einen Ersatzanspruch?**

Lösungsvorschlag Nr. 2

1. Halter hat in der NZZ eine Auslobung im Sinne des Art. 8 OR vorgenommen. Halter verspricht im vorliegenden Fall *öffentlich*¹ eine Leistung, denn der Aufruf ergeht an alle Personen, die die NZZ lesen, nicht nur an bestimmte Personen.² Er verspricht die *Belohnung* von Fr. 5'000, sofern eine *Leistung* erbracht wird, die hier in der Verbrechensaufklärung und Wiedererlangung des gestohlenen Schmucks liegt. Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die vertragliche Erklärung der Auslobung nicht adäquat ist. Nach h.L. ist die Leistung auch dann geschuldet, wenn der Leistungserbringer – wie hier Weber – nichts von der Auslobung weiss.³ Die fehlende Urteils- oder Handlungsfähigkeit Webers spielt aufgrund der Einseitigkeit des Rechtsgeschäfts ebenfalls keine Rolle.⁴ Weber hat den Schmuck gefunden und zur Polizei gebracht. Fol-

¹ Dies ergibt sich durch das Wort "Auskündigung" in Art. 8 Abs. 1 OR und im Vergleich zum französischen und italienischen Gesetzestext: „Celui qui promet publiquement un prix en échange d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse.“ bzw. „Chi mediante concorso o manifesto offre pubblicamente per una data prestazione una ricompensa, deve corrispondere la stessa conformemente alla offerta.“

² Vgl. Huguenin, N 214, 217.

³ Vgl. Huguenin, N 215; vgl. BK-Schmidlin, OR 8 N 16.

⁴ Vgl. BSK-Zellweger-Gutknecht/Bucher, OR 8 N 14, mit weiteren Hinweisen; vgl. CHK-Kut, OR 8 N 2.

lich hat er die geforderte Leistung als einzige Bedingung zur Erfüllung des Versprechens erbracht. Er hat Anspruch auf die Fr. 5'000.

2. Bei diesem Versprechen handelt es sich nicht um eine Auslobung. Das Versprechen richtet sich *an eine genau bestimmte Person* und *nicht an die Öffentlichkeit*.⁵ Es könnte sich um ein *abstraktes Schuldbekennnis* im Sinne des Art. 17 OR, um einen *Innominatvertrag* oder um ein bedingtes *Schenkungsversprechen* im Sinne von Art. 243 OR handeln.⁶

Es liegt möglicherweise ein *abstraktes Schuldbekennnis* im Sinne des Art. 17 OR vor.⁷ Dieses bedarf keiner besonderen Form.⁸ Dieses Schuldbekennnis schafft aber keine Schuld, wo keine war.⁹ Es bewirkt bezüglich des Bestehens der Schuld eine Beweislastumkehr.¹⁰ Das Versandhaus könnte folglich zeigen, dass es Tanner nichts schuldet. Zur Zeit des Schuldbekennnisses (also im Zeitpunkt des Zuschickens der Gewinnmitteilung) besteht noch keine Schuld. Diese entsteht erst durch Annahme der Offerte des Versandhauses. Denkbar ist aber auch, allfällige Einreden des Versandhauses gegen das Schuldbekennnis bezüglich der Nichtexistenz einer Forderung wegen Rechtsmissbrauchs gar nicht erst zuzulassen.¹¹ Deshalb gilt es, nachfolgend einen Grund der Forderung zu suchen.

Es könnte sich um ein *Schenkungsversprechen* handeln – hier wäre es vielleicht eher eine „gemischte“ Schenkung, denn man muss noch etwas kaufen – dieses bedarf jedoch der einfachen Schriftlichkeit (Art. 243 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 13 Abs. 1 OR),¹² was das Versandhaus dagegen vorbringen könnte. Das Schriftbild zeigt keine eigenhändige Unterschrift – es nennt auch keine Namen, denn niemand kann mit „Care-Team des Versandhauses Kalbermatten“ gültig unterzeichnen.¹³ Der Schenkungswille fehlt überdies – klar erkennbar auch für den Vertragspartner – denn das Versandhaus verfolgt eindeutig kommerzielle Interessen.¹⁴ Bejaht man dennoch die gemischte Schenkung – immerhin lässt sich die Wertdisparität schlecht leugnen und das Problem des fehlenden Schenkungswillens mit der Unbeachtlichkeit sogar der von der Gegenpartei erkannten Mentalreservation beseitigen¹⁵ – könnte die Berufung auf das Formerfordernis als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen werden, weil der Übereilungsschutz bei einer wie hier exakt kalkulierten Botschaft die falsche Person schützen würde.¹⁶

Das Gewinnversprechen stellt folglich ein Angebot zu einem (*Innominat-Vertrag ohne Schenkungselement*) dar, den Tanner durch Bestellung der Ware angenommen hat. Das Angebot lautet: *Wir bieten an, Produkte ab Fr. 20 mit einer Prämie von Fr. 50'000 zu liefern*.¹⁷ Der Vertrag muss am Vertrauensprinzip

⁵ Der Versprechensempfänger steht somit schon fest, vgl. die Entscheide in SJZ 1992, 254, E. 1.1.

⁶ Vgl. zum Schenkungsversprechen CHK-Kut, OR 8 N 6 und SJZ 1992, 255 f.

⁷ Zum Begriff des Schuldbekennnisses im Sinne des Art. 17 OR vgl. Huguenin, N 70; vgl. BSK-Schwenzer, OR 17 N 3.

⁸ Vgl. CHK-Kut, OR 17 N 2; vgl. SJZ 2000, 592.

⁹ Vgl. CHK-Kut, OR 17 N 6: „Die Anerkennungsschuld ist kausal, dh sie entsteht nur, wenn die anerkannte Schuld im Zeitpunkt des Schuldbekennnisses tatsächlich bestanden hat (...).“; vgl. BK-Schmidlin, OR 17 N 51; vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 1181 f.; vgl. auch Koller, JKR 2001, 109 f.

¹⁰ Vgl. SJZ 2000, 592.

¹¹ Vgl. SJZ 2000, 594. Die allfällig denkbare Irrtumsanfechtung (vgl. das im Internet nicht publizierte BGer 4C.261/2001 in AJP 2002, 847) wäre mangels Wesentlichkeit nicht zuzulassen – das Versandhaus hat sich allenfalls über das Recht geirrt; anwendbar wäre auch Art. 25 Abs. 1 OR.

¹² Vgl. David Rüetschi, AJP 2002, 848; vgl. Koller, „Gewinnversprechen“ und das Bundesgericht – eine Gewinn versprechende Rechtsprechung? Festschrift Walter, 393; vgl. SJZ 1992, 256.

¹³ Vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Unterrheintal vom 9. Mai 2003 in SJZ 2004, 292 ff., 293 f., wonach die faksimilierte Unterschrift aufgrund der Verkehrsüblichkeit genüge (Art. 14 Abs. 1 OR). Im vorliegenden Fall liegt aber keine faksimilierte Unterschrift vor, weil das Care-Team ohnehin nicht gültig unterzeichnen kann.

¹⁴ Zu diesem Aspekt Koller, FS Walter, 393 und Koller, JKR 2001, 106 ff.; zum Erfordernis des Schenkungswillens siehe BSK-Vogt/Vogt, OR 239 N 1.

¹⁵ Vgl. unten, Fn. 19.

¹⁶ Vgl. dazu Koller, FS Walter, 394.

¹⁷ Vgl. die Formulierung in E. 2 von RBOG 2003, Nr. 15: „Erkläre jedoch der Veranstalter seinen Antrag auf Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinreichend klar, so dass der Empfänger nach Treu und Glauben schliessen dürfe, Inhalt des Angebots sei neben der Warenlieferung die Auszahlung eines bestimmten Gewinns gegen Leistung der Bezahlung des Warenpreises, so sei der Veran-

nicht scheitern. Ein vernünftig denkender Leser kann – dazu noch ohne Teilnahme am Wettbewerb – zwar nicht im Ernst glauben, dass ihm ein Unternehmen Fr. 50'000 geben will, bloss weil man etwas für Fr. 20 kauft.¹⁸ Aber die Berufung auf eine Mentalreservation ist unbeachtlich, sogar dann, wenn Tanner diese erkannt haben sollte.¹⁹ Der Anspruch auf Fr. 50'000 ist also gegeben – deren Klagbarkeit fällt auch nicht wegen Art. 513 Abs. 1 und 515 Abs. 2 OR weg – die Zuteilung des Preises ist schon erfolgt, deshalb fehlt das aleatorische Element.²⁰ Es wäre überdies aufgrund der Einseitigkeit des Versprechens nicht als Spielvertrag zu bezeichnen – beim Spielvertrag versprechen sich die Parteien eine Vermögensleistung unter entgegengesetzten Bedingungen, was hier nicht vorliegt.²¹ Auch der Spielzweck würde fehlen, denn die Spielveranstalterin verfolgt kommerzielle Interessen.²² Eine verbotene Lotterie liegt ebenfalls nicht vor. Die Definition in Art. 1 Abs. 2 LG (SR 935.51)²³ erwähnt den Fall, dass ein Einsatz für die Beteiligung an der Lotterie geleistet wird, während vorliegend der Gewinn aufgrund der Losziehung bereits feststeht.²⁴

3. Es handelt sich um eine Auslobung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 OR. Es wird öffentlich (in der NZZ, siehe oben) eine Leistung versprochen. Es liegt der Sonderfall des *Preisausschreibens* vor, denn nur die *erste Person*, die den Test entwickelt, der überdies bestimmte Kriterien erfüllen muss, kann die versprochene Leistung erhalten. Die Auslobung erfolgt im Sinne eines Wettbewerbs mit Zuteilung des Preises an eine ausgewählte Person und stellt deswegen ein Preisausschreiben dar.²⁵ Koller tritt jedoch von diesem Versprechen zurück. Der Rücktritt von der Auslobung ist in Art. 8 Abs. 2 OR geregelt. Eine Form muss man nicht einhalten, doch muss der Rücktritt die gleiche Verbreitung wie die Auslobung finden.²⁶ Gemäss dieser Norm ist Ersatz für Auslagen geschuldet. Die Auslagen müssen jedoch *auf Grund der Auskündigung in guten Treuen* gemacht worden sein. Tanner hat gemäss Sachverhalt nicht auf Grund der Auskündigung gehandelt – er hatte vom Preisausschreiben gar keine Ahnung. Seine Ausgaben erfolgten auch nicht in guten Treuen, denn sie standen in keinem vernünftigen Verhältnis zum versprochenen Preis.²⁷ Art. 8 Abs. 2 OR begrenzt die Ersatzpflicht ohnehin auf die Höhe der versprochenen Leistung. Tanner hat folglich keinen Anspruch auf die versprochene Leistung. Er bekommt aber auch keine Ersatzleistung.

Sachverhalt Nr. 3

Zeigen Sie mit genauer Gesetzesangabe, wo bei den folgenden Sachverhalten das Problem liegt. Ist es die Unmöglichkeit, die Sittenwidrigkeit, die Verletzung des Rechts der Persönlichkeit oder die Widerrechtlichkeit?

stalter an dieses Angebot unbesehen der (fehlenden) Wertparität der Leistungen gebunden. Sofern der Empfänger das Angebot daher akzeptiere, habe der Veranstalter - unter Vorbehalt der Art. 21 und 23 ff. OR - neben der bestellten Ware auch den versprochenen Gewinnanteil zu leisten (BGE vom 19. Dezember 2001, 4C.261/2001, Erw. 2b mit Hinweis auf BGE 115 II 236).“

¹⁸ Vgl. Koller, FS Walter, 390; vgl. aber BGer 4C.261/2001 (nicht im Internet abrufbar; nur abgedruckt in AJP 2002, 846 f.) und den Entscheid des Obergerichts Thurgau in RBOG TG 2003, Nr. 15, 109 ff. (Internet: <http://ogbuch.tg.ch/html/46CCD32F-08AB-4534-9C32EB52B928C7D0.html>, 6. Dezember 2016); vgl. auch den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 8. März 2012, E. 4, Internet: http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2012/bo_2011_22_23.html (6. Dezember 2016).

¹⁹ Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 835; vgl. Koller, FS Walter, 390; vgl. BK-Kramer, OR 1 N 54; a.M. Rüetschi, AJP 2002, 847.

²⁰ Vgl. BGer 4C.261/2001 (in AJP 2002, 845 ff., 846); vgl. auch Koller, FS Walter, 391 f.

²¹ Vgl. BSK-Bauer, OR 513 N 1 f.

²² Vgl. Koller, FS Walter, 392; vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Unterrethental vom 9. Mai 2003 in SJZ 2004, 292 ff., 293; vgl. auch BSK-Bauer, OR 513 N 2.

²³ Vgl. Art. 1 Abs. 2 LG: „Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird.“

²⁴ So auch das Bundesgericht im BGer 4C.261/2001, zitiert nach Koller, FS Walter, 391 (Internet: https://fdit.cms.unibe.ch/unibeportal/fak_rechtswis/c_dep_private/ziv/content/e7688/e50302/e159370/e205850/e254287/e257646/e257652/festschrift_hans_peter_walter_05_gewinnversprechen.pdf, 6. Dezember 2016).

²⁵ Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 1051; vgl. Huguenin, N 216; vgl. CHK-Kut, OR 8 N 14: „Im Unterschied zur gewöhnlichen Auslobung entsteht der Belohnungsanspruch daher nicht bereits mit der Erbringung der Leistung, sondern erst mit der Zuerkennung des Preises (...).“

²⁶ CHK-Kut, OR 8 N 16.

²⁷ Vgl. zu diesem Kriterium CHK-Kut, OR 8 N 17.

1. Viktor verkauft Kurt einen neuen BMW 320, den er nicht hat.
2. Anwalt Alder verspricht dem Mandanten Mettler, der aus Angst vor teuren gerichtlichen Auseinandersetzungen eigentlich gar nichts unternehmen wollte, dessen Forderungen gegen den Schädiger Schorno einzuklagen. Sie vereinbaren, dass Alder nur dann ein Honorar beanspruchen könne, wenn das Gericht die Forderungen gutheisse. Sein Honorar bestehe in einem Drittel der erstrittenen Summe.
3. Tanner schliesst einen Architektenvertrag mit einer Bauherrin ab und erfüllt diesen, obwohl er nach dem relevanten kantonalen Recht nicht zur Berufsausübung als Architekt zugelassen ist – man braucht eine Bewilligung, die er verlangen und bekommen könnte, und den Eintrag im Architektenregister.
4. Die Kreditbank AG gewährt der Metallbude AG unter Ausnützung ihrer Notlage ein Darlehen in der Höhe von Fr. 1 Mio. zu einem Jahreszins von 55%.
5. Tanner verspricht den Kapuzinern, dem Orden auf ewig beizutreten, auf die Ehe zu verzichten und den Zölibat einzuhalten.
6. Kurt sieht im Auktionsprospekt von Christie's beim Anbieter Viktor seine vier Traumuhren aus den siebziger Jahren, nämlich eine Amida Digitrend, eine Omega Dynamic, eine IWC Ingenieur und eine Mondini Imperial. An der Auktion bietet er mit und erhält den Zuschlag für die Amida bei Fr. 700, für die Omega bei Fr. 400 und für die IWC bei Fr. 800. Die Mondini erzielt einen Spitzenpreis von Fr. 5'000, bei dem Kurt nicht mehr mithalten konnte. Er erfährt später, dass Viktors Freundin bei der Amida gefahrlos mitbieten konnte, d.h. sie hatte bei einem Zuschlag keine Bindungswirkung zu fürchten. Bei der Omega hat Viktor selbst mitgebieten, ohne dass dies im Prospekt stand. Ebenso erfährt er später, dass die Mondini AG die Mondini Imperial ersteigert hat. Sie macht jetzt Werbung dafür, dass ihre alten Uhren auf Auktionen Spitzenpreise erzielen. Kurt selbst hat mit dem IWC-Uhrensammler Weber eine Abmachung getroffen, dass Weber bei der IWC nicht mitbiete und im Gegenzug Kurt sich bei der IWC-Versteigerung nächsten Monat nicht blicken lassen werde.
7. Am 28. August 1975 schloss die damals 22-jährige Tanner mit Weber einen "Ausbildungsvertrag" ab, der einen dreimonatigen Kurs mit 12 Doppelstunden pro Woche im Schlagersingen vorsah. Nach Beendigung des Kurses unterzeichneten die Parteien einen mit "Der Weg zur Schallplatte" überschriebenen "Managements-Vertrag". Durch diesen Vertrag übertrug Tanner als Interpretin dem Talent-Studio das ausschliessliche Recht ihres "Managements für Auftritte und Produktionen jeder Art"; das Studio war alleinberechtigt, diesbezügliche Verträge in eigener Kompetenz abzuschliessen. Weber verpflichtete sich, Tanner für öffentliche Auftritte zu schulen und den Kontakt mit Schallplattenproduzenten herzustellen, sie bei Radio-Fernsehanstalten des In- und Auslandes bekannt zu machen, ihre künstlerischen und finanziellen Interessen zu vertreten. Tanner versprach insbesondere, allen Anweisungen des Studios Folge zu leisten, angebotene Titel zu übernehmen, Vereinbarungen über Auftritte zu erfüllen, Termine einzuhalten und während der Dauer des Vertrages so unabhängig zu sein, dass sie bei Bedarf verfügbar war. Sie verpflichtete sich zudem, dem Studio aus allen Gagen und Lizenzeinnahmen ein Manager-Honorar bis 40% zu bezahlen. Das Vertragsverhältnis sollte am 9. Dezember 1975 beginnen und fünf Jahre dauern. Für den Fall, dass Tanner den Vertrag nicht einhielt, wurde eine Konventionalstrafe von Fr. 50000.- vorgesehen. Der Vertrag sah eine vorzeitige Auflösung nur im beidseitigen Einverständnis, innerhalb der ersten zwei Jahre und für den Fall vor, dass die künstlerischen Fähigkeiten der Beklagten für einen "positiven Erfolg" nicht ausreichen, insbesondere die Bemühungen um einen Abschluss eines Schallplattenvertrages in dieser Zeit erfolglos bleiben sollten. Seine Erfüllung konnte ferner eingestellt werden, wenn Tanner ihre künstlerische Tätigkeit dauernd aufgab. In beiden Fällen schuldete Tanner Weber aber "alle Kosten für Auslagen und Zeitaufwand des Managements seit Vertragsbeginn", was Tanner finanziell sehr belasten konnte. Selbst nach Ablauf der festen Vertragsdauer von fünf Jahren wurde die Beklagte nicht ohne weiteres und vorbehaltlos frei. Falls der Vertrag nicht sechs Monate vor Ablauf gekündigt wurde, sollte er sich stillschweigend um ein weite-

res Jahr verlängern. Und wenn Tanner auf Vertragsende hin von einem Dritten ein günstigerer Vertrag angeboten wurde, hatte die Weber das Vorrecht, "binnen 14 Tagen einen gleichwertigen Vertrag abzuschliessen". Mit Schreiben vom 19. Januar 1976 teilte Tanner Weber mit, dass sie den "Managements-Vertrag" für unverbindlich halte, was Weber nicht gelten liess.

Lösungsvorschlag Nr. 3

1. Dass Viktor den BMW noch nicht hat, macht den Vertrag nicht unmöglich. Es handelt sich um ein Problem der Erfüllung. Viktor muss sich den relevanten BMW noch beschaffen.²⁸ Art. 20 OR geht demgegenüber von der anfänglichen, *objektiven* Unmöglichkeit aus. Im vorliegenden Fall ist die Erfüllung im höchstens *subjektiv* unmöglich.
2. Diese Vereinbarung widerspricht Art. 12 lit. e BGFA.²⁹ Das reine *pactum de quota litis* ist den Anwälten bislang untersagt.³⁰ Es liegt somit Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 20 OR vor.³¹ Vor Inkrafttreten dieser Norm war der Vertrag lediglich sittenwidrig.³² *Was ist die Folge davon?* Denkbar ist die blosser Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR). Dafür ist der hypothetische Willen der Parteien in Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrages zu ermitteln. Der Vertrag könnte dann aufgrund des Art. 394 Abs. 3 OR mit einer normalen Honorarvereinbarung nach Anwaltsstarif weitergelten. Vorliegend ist es aber gemäss Sachverhalt viel eher so, dass der Mandant auf einer solchen Grundlage niemals einen Anwalt aufgesucht hätte und vielleicht sogar auf einen Prozess verzichten würde – das Erfolgshonorar soll gerade die Angst vor den Kosten und der Unsicherheit der Prozessführung nehmen. Der Vertrag wäre dann ganznichtig nach Art. 20 Abs. 1 OR. Denkbar ist allerdings auch die Begründung, dass disziplinarische Sanktionen (Verwarnung, Rüge, Entzug der Berufsbewilligung) gemäss BGFA den Verstoss genügend erfassen und der Vertrag zivilrechtlich mitsamt dem *pactum de quota litis* erhalten bleibt.³³ Dies wäre insbesondere dann für den Kunden besser, wenn der Anwalt den Vertrag schlecht erfüllt hat und deshalb Schadenersatzansprüche im Raum stehen, für die bei nichtigem Vertrag die Anspruchsgrundlage fehlt. Als weitere Lösung wäre auch denkbar, dass man bei abgeschlossener Tätigkeit des Anwalts das Honorar normal bestimmt, doch bleibt dem Anwalt beim Sieg die Berufung auf das *pactum* verwehrt und er könnte nur das normale Honorar fordern; beim Prozessverlust wäre ihm ein Honorar ebenfalls aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gänzlich versagt.³⁴
3. Zu prüfen ist, ob dieser Vertrag einen widerrechtlichen Inhalt i.S. des Art. 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 OR hat. Wenn das Gesetz etwas verbietet, ist die Antwort nicht automatisch die Nichtigkeit: „*Selon une jurisprudence constante, lorsque la loi ne consacre pas expressément la nullité d'un acte violant une disposition légale, cette conséquence juridique ne doit être admise que si elle résulte du sens et du but de la disposition en cause, c'est-à-dire si elle est appropriée à l'importance de*

²⁸ Vgl. Schwenzler, N 64.08.

²⁹ Vgl. Art. 12 lit. e BGFA: „Für Anwältinnen und Anwälte gelten folgende Berufsregeln: (...) e. Sie dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten.“

³⁰ Vgl. BGer 4A_561/2008, E. 2.3: „Savoir si les parties peuvent convenir de faire dépendre les honoraires du résultat obtenu par l'avocat est une question d'actualité qui a suscité une récente publication de droit comparé (...). Il résulte de la contribution de l'un des auteurs (...) que les parties pourraient théoriquement tenir compte du résultat de trois manières fondamentalement différentes: - elles pourraient décider que l'avocat n'a droit à des honoraires qu'en cas de résultat; une telle convention est prohibée en Suisse par l'art. 12 let. e 2ème phrase LLCA; - elles pourraient convenir que les honoraires consisteront en une quote-part du résultat; il s'agit du *pactum de quota litis*, qui est généralement prohibé (en Suisse par l'art. 12 let. e 1ère phrase LLCA); - elles peuvent prévoir que l'avocat aura le droit de toute manière à des honoraires (ce qui est conforme au principe selon lequel le mandataire ne promet pas de résultat), mais que le montant de ses honoraires pourra être augmenté en cas de succès; il s'agit du *pactum de palmario*, qui est de plus en plus généralement admis (...).“

³¹ Vgl. dazu ausführlich Widmer, AJP 2011, 1445 ff., die die h.L. ablehnt (1453) und eine eigene, auf Art. 21 OR angelehnte und differenzierte Einzelfalllösung vorschlägt (ab 1456).

³² Zur Begründung vgl. das deutsche Urteil in BVerfGE 117, 163: „Das Gesetz habe ihm Aufgaben zugewiesen, die ihn aus der Ebene allgemeiner wirtschaftlicher Betätigung herausheben würden. Diese herausgehobene Stellung erfordere es, dass sich der Rechtsanwalt die erforderliche Freiheit gegenüber seinem Auftraggeber und dessen Belangen bewahre. Die Unabhängigkeit gegenüber der vertretenen Partei gefährde er, wenn er das Interesse an einer angemessenen Entlohnung seiner Tätigkeit mit dem Parteinteresse dadurch verquickte, dass er es in Abhängigkeit zu dem Erfolg in der rechtlichen Auseinandersetzung setze.“

³³ Diese Argumentation in ZR 1992/1993, Nr. 15, 52 ff., 55.

³⁴ Diese Lösung bei Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, N 515 und bei Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 56 N 34.

l'effet combattu“.³⁵ Ist bloss die subjektive Beteiligung eines Vertragspartners verboten, hat dies grundsätzlich noch nicht die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge.³⁶ Die *ratio legis* der Eintragungspflicht dürfte zwar im öffentlichen Interesse liegen, denn die Bevölkerung muss aus Sicherheitsgründen vor unfähigen Architekten geschützt werden. Dies würde für die Nichtigkeit sprechen.³⁷ Dass Tanner nicht im Architektenverzeichnis enthalten ist und somit keine kantonale Bewilligung zur Ausübung der Architektentätigkeit hat, erfordert dennoch nicht die Nichtigkeit des Vertrages. Im Gegenteil ist der Schutz seines Vertragspartners besser, wenn der Vertrag gültig ist, insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung.³⁸ Alleine schon die Möglichkeit, dass die Bewilligung erteilt werden könnte, spricht gegen die Nichtigkeit.³⁹ Allenfalls liesse sich auch argumentieren, dass eine Strafbestimmung im relevanten Gesetz Sanktion genug sei.⁴⁰

4. Gemäss h.L. und Rechtsprechung regelt Art. 21 OR abschliessend die Fälle der Leistungsinequivalenz.⁴¹ Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid dennoch einen Wucherzins als sittenwidrig bezeichnet.⁴² Art. 21 OR statuiert diverse subjektive Voraussetzungen, deren Beweis nicht immer leicht fällt. Es ist in der Lehre umstritten, ob auch ohne diese bei *besonders gravierender Inäquivalenz* Sittenwidrigkeit vorliegt.⁴³ Die Lehre bejaht eine analoge Anwendung von Art. 21 OR, wenn die Gegenpartei keine Kenntnis von der Schwächesituation hat, weil sie sich böswillig oder grobfahrlässig dieser Kenntnis verschliesst (sog. ausbeutungsähnlicher Tatbestand).⁴⁴ Weiter stellt sich die Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion erfolgen soll. Falls ja, soll die Reduktion auf das übliche oder noch zulässige Mass erfolgen? Sofern die *überteilte Partei* dies wünscht, soll es bei Anwendung des Art. 21 Abs. 1 OR wie beim FC-Lohn-Entscheid möglich sein.⁴⁵ Bei Anwendung der *Sittenwidrigkeit* ist Art. 20 Abs. 2 OR direkt anwendbar. Bei sozial schwächeren Parteien müsste man sich indes fragen, ob dies noch die richtigen Anreize

³⁵ BGE 117 II 47 ff., 48.

³⁶ Vgl. Schwenzer, N 32.07.

³⁷ Vgl. CHK-Kut, OR 19-20 N 11.

³⁸ Vgl. BGE 117 II 47 ff., 49 f.: „*Sans doute les dispositions cantonales sur l'exercice de la profession d'architecte ont-elles pour but la protection du public mais, dans les rapports entre l'architecte et son mandant, celui-ci, lorsqu'il est de bonne foi, bénéficie d'une meilleure protection s'il a le choix de l'invalidité et du maintien du contrat. Lui en imposer la nullité irait à l'encontre de la sauvegarde de ses intérêts, et cela sans qu'on en discerne la raison d'être. Une nullité du contrat serait d'autant plus choquante lorsque, comme dans la présente espèce, l'architecte a fourni sa prestation.*“

³⁹ Vgl. BGE 102 II 401 ff., 407.

⁴⁰ Verneint in BGE 102 II 401 ff., 405.

⁴¹ Vgl. BSK-Huguenin/Meise, OR 19/20 N 40, m.w.H.; vgl. BGER 4A_542/2012, E. 2.5, 4A_18/2011, E. 3.2, 4A_21/2009, E. 5.2: „*Die Wertdisparität von Leistung und Gegenleistung bedeutet für sich allein keine Sittenwidrigkeit. Der Problembereich der Wertdisparität der Vertragsleistungen wird vielmehr abschliessend vom Übervorteilungsstatbestand des Art. 21 OR erfasst (BGE 115 II 232 E. 4c)*“; a.M. Schwenzer, OR AT, N 32.32, unter Hinweis auf BGE 93 II 189 ff., 191 f.: „*Ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstosse, ist nach seinem Inhalt abzuwägen (...). Die Vereinbarung eines Zinses von 26% ist aussergewöhnlich und widerspricht ganz krass der allgemeinen Übung und den herkömmlichen Anschauungen über einen angemessenen Zins. Diese Auffassung wird bestätigt durch das Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957, welches mit Bezug auf Darlehen und Kredite monatlich höchstens 1 Prozent für Zinsen, Provisionen, Kommissionen und Gebühren und höchstens 0,5 Prozent für die ausgewiesenen Auslagen und Kosten zulässt (Art. 1). Dieses Konkordat darf, obwohl ihm der Kanton Luzern nicht beigetreten ist, zum Vergleich herangezogen werden. Dass besondere Umstände vorlagen, welche die Vereinbarung eines Zinssatzes von 26% zu rechtfertigen vermöchten, wurde vom Beklagten nicht dargetan. Ist mit der Vorinstanz die Unsittlichkeit der Zinsabrede zu bejahen, so fragt es sich, ob der ganze Darlehensvertrag, nur die Zinsabrede oder letztere bloss teilweise als nichtig zu erklären sei. Wie das Bundesgericht in BGE 80 II 334 ausführte, sind unvollkommen zweiseitige Verträge, wie Darlehensverträge, der Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR zugänglich. Der Kläger macht keine Tatsachen namhaft, welche gänzliche Nichtigkeit des Darlehensvertrages oder der Zinsabrede zu begründen vermögen. Er behauptet überdies selber nicht, der Beklagte hätte ihm das Darlehen unter Umständen auch zinslos gewährt. Es wäre daher ungerechtfertigt, auch nur die Zinsabrede als nichtig zu erklären und dem Kläger dadurch einen Vorteil zu verschaffen, den der Beklagte ihm vertraglich nie zugestanden hätte. Den Interessen der Parteien wird genügend Rechnung getragen, wenn im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR Teilnichtigkeit der Zinsabrede eintritt und im übrigen der Vertrag bestehen bleibt. Indem die Vorinstanz den zulässigen Höchstzinssatz auf 18% festlegte, bewegte sie sich im Rahmen pflichtgemässen Ermessens.*“

⁴² BGER 4A_69/2014, E. 6.

⁴³ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 32.32; vgl. die Übersicht der Meinungen und Entscheidungen bei CHK-Kut, OR 19-20 N 27; vgl. Staudinger-Sack/Fischinger, BGB 138 N 267 und Palandt-Ellenberger, BGB 138 N 25 zur deutschen Rechtsprechung, wonach Kreditverträge sittenwidrig sind, „*wenn zw Leistg u GgLeistg ein auffäll MissVerh besteht u der KreditG die schwächere Lage des and Teils bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt od sich leichtfert der Erkenntn verschliesst, dass der KreditN sich nur wg seiner schwächeren Lage auf die drückden Bedinggen einlässt (...)*“

⁴⁴ Beschrieben bei CHK-Kut, OR 21 N 19, m.w.H. und Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 744: „*Hingegen rechtfertigt es sich, Art. 21 sinngemäss anzuwenden, wenn ein ausbeutungsähnlicher Tatbestand vorliegt, weil die Gegenpartei sich «böswillig oder in grobfahrlässiger Leichtfertigkeit» der Erkenntnis verschlossen hat, dass der Benachteiligte sich nur auf Grund seiner Schwäche auf den betreffenden Vertrag (mit dem offenbaren Leistungsmissverhältnis) einliess.*“

⁴⁵ Vgl. BGE 123 III 292 ff.

setzt. Wenn das Risiko der stärkeren Partei nur darin besteht, dass die Verpflichtung auf das noch erlaubte oder übliche Mass herabgesetzt wird, lädt dies richtiggehend zu Exzessen ein.⁴⁶ Vorliegend sind es zwei juristische Personen, doch befindet sich die Metallbude in einer Notlage. Die Teilnichtigkeit ist deshalb abzulehnen.

5. Das Problem ist nicht so sehr die Intensität der Bindung, sondern der davon betroffene Bereich der Persönlichkeit. Verträge im sexuellen Bereich und über den Verzicht der Ehe – hier der Zölibat – betreffen einen Bereich, der sogar verfassungsrechtlich geschützt ist.⁴⁷ Nicht so sehr der Versprechensinhalt wird missbilligt, sondern des Faktum der vertraglichen Bindung. Auch der Austritt aus einer religiösen Gemeinschaft muss jederzeit möglich sein.⁴⁸ Es handelt sich folglich nicht nur um einen Anwendungsfall des Art. 27 Abs. 2 ZGB, sondern auch der Sittenwidrigkeit.⁴⁹ Die Unterscheidung zwischen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19/20 OR ist deswegen aber nicht obsolet: Das Bundesgericht bejaht die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung nur, wenn sie wie hier den höchstpersönlichen Kern der Persönlichkeit betrifft, der keiner vertraglichen Regelung offen stehen soll. Das *blosse Übermass* einer Vereinbarung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB als reine Persönlichkeitsrechtswidrigkeit ist *nicht von Amtes wegen*, sondern nur bei entsprechender Geltendmachung zu beachten.⁵⁰ Die vorliegende Vereinbarung ist aber klar sittenwidrig und deshalb nichtig, und zwar von Amtes wegen.
6. Diese Fallgruppe gehört zu den Verträgen, „die gegen sozialetische Wertungen verstossen.“⁵¹ Es ist die Sittenwidrigkeit i.S. des Art. 20 Abs. 1 OR. Wer ohne Gefahr eines bindenden Zuschlags mitbieten kann, verfälscht den Preisfindungsmechanismus der Auktion, den Wettbewerb zwischen den Bieter. Die einzelnen Verträge bei Auktionen haben sogar Namen erhalten: Bei der Amida liegt ein *pactum de licitando* (von *licitari*, lat. für feilschen, handeln) vor: Die Freundin kann mitbieten, um den Preis hochzutreiben, ist aber an einen allfälligen Zuschlag nicht gebunden.⁵² Auch das eigene Mitbieten – wie hier bei der Omega – ist problematisch, sofern es den anderen Auktionsteilnehmer nicht wissen.⁵³ Der Zuschlag für die eigene Sache wäre dennoch möglich – man kann die eigene Sache zwar nicht kaufen, muss dem Auktionator jedoch die Kommission bezahlen.⁵⁴ Bei der Mondini ist es zwar ein Dritter, der den Zuschlag erhält und den Kaufpreis bezahlen muss. Insofern kann man ihr keinen Vorwurf machen. Die Mondini AG hat jedoch ein käuferuntypisches Interesse an einem hohen Preis, den sie werbewirksam veröffentlichen kann. Die Mondini AG verfolgt beim Bieten andere Interessen als den unmittelbaren Erwerb der Uhr. Die Auktion dient aber gerade der mit unverfälschtem Wettbewerb durchgeführten Preisgestaltung. Die Handlungen der Mondini AG torpedieren dieses Ziel. In der Lehre ist dies anerkannt. Es gilt als Missbrauch der Versteigerung.⁵⁵ Der Käufer hat so den natürlichen Käufer-Anreiz verloren, die Sache möglichst günstig zu erwerben. Dadurch gerät die Preisbildung aus den Fugen, vergleichbar

⁴⁶ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 32.45.

⁴⁷ Vgl. BSK-Huguenin/Reitze, ZGB 27 N 13; vgl. BSK-Huguenin/Meise, OR 19/20 N 43 f.; vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 660 und 660a.

⁴⁸ Vgl. BGE 128 III 428 ff., 434: „Aus dem im Gebiet des Privatrechts gesetzlich gewährleisteten Schutz der Persönlichkeit durch Art. 27 ZGB ergibt sich nämlich, dass die Klägerin frei darüber entscheiden konnte, ob sie weiterhin einer Gemeinschaft angehören wollte, bei der es sich nach den Angaben der Beklagten um eine klösterliche Ordensgemeinschaft mit sehr strengen Regeln handelt. Jedem Mitglied einer solchen Gemeinschaft steht kraft seiner Persönlichkeit die freie Wahl zu, ob es in der Gemeinschaft bleiben oder diese verlassen will. Der Entscheid, aus der Gemeinschaft auszutreten, darf dem Mitglied in keinem Zusammenhang als Verschulden vorgeworfen werden.“

⁴⁹ Vgl. BSK-Huguenin/Reitze, ZGB 27 N 8; so auch das Verständnis in Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 656-660a.

⁵⁰ Vgl. CHK-Kut, OR 19-20 N 31 und BGE 129 III 209 ff. http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_129_III_209 (6.12.2016).

⁵¹ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 32.29.

⁵² Vgl. Schwenzer, OR AT, N 32.29; vgl. BGE 112 II 337 ff., 346 f.: „Zu bemerken ist immerhin, dass der Steigerungswettbewerb an Auktionen, (...) nicht nur durch das Versprechen von Teilnehmern, gegen Entgelt nicht mitzubieten, sondern auch durch Scheingebote des Einlieferers erheblich verfälscht werden kann, diesfalls solche Versprechen und Gebote folglich als sittenwidrig erscheinen. Das gilt auch für Simulationsabreden zwischen dem Versteigerer und einem Bietenden, was selbst der Klägerin nicht entgangen ist, räumt sie doch ein, dass dadurch die Interessen von "ehrliehen" Mitbietern verletzt werden, Scheingebote des Einlieferers deswegen gegen Treu und Glauben verstossen und höchst verpönt sein können.“

⁵³ Vgl. BGE 109 II 123 ff., 126 f., http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_109_II_123 (6.12.2016).

⁵⁴ Vgl. BGE 109 II 123 ff., 124 und 127.

⁵⁵ Vgl. CHK-Schönenberger, OR 230 N 5; BSK-Ruoss/Gola, OR 230 N 7; vgl. dazu auch Stacy Meichtry, Invisible Hand: How Top Watchmakers Intervene in Auctions, Wall Street Journal, 8. Oktober 2007, A1, abrufbar im Internet: http://online.wsj.com/article/SB119178753176051433.html?mod=hpp_us_pageone (abgerufen am 6.12.2016).

mit den Folgen eines *pactum de licitando*. Bezüglich der IWC hat sich Kurt selbst nicht richtig verhalten. Es ist ein *pactum de non licitando*, d.h. eine sittenwidrige Abrede, vom Bieten abzusehen. In allen hier erwähnten Fällen ist das *pactum* sittenwidrig und deshalb nichtig. Es macht sogar den Zuschlag *anfechtbar* (vgl. Art. 230 Abs. 1 OR).

7. Es handelt sich um den Fall „Talentstudio“ (BGE 104 II 108 ff.).⁵⁶ Das Problem liegt hier in der Intensität der Bindung. Erfasst ist dies von Art. 27 Abs. 2 ZGB in der Form der Beschränkung der Freiheit. Die Persönlichkeitsrechtswidrigkeit ist ein Unterfall der Sittenwidrigkeit, doch bejaht das Bundesgericht dies nur noch im höchstpersönlichen Kernbereich einer Person, nicht aber bei blossem Übermass der Bindung.⁵⁷ Die Folge ist auch hier die Nichtigkeit, doch wird diese *nicht von Amtes wegen* berücksichtigt.

Sachverhalt Nr. 2

Tanner bestellt bei Möbelbauer Weber mündlich einen individuell gefertigten Stuhl aus besonderem Holz und Leder. Tanner bezahlt später bei der Übergabe den Preis von Fr. 1'000 und erhält von Weber den Kassabon. Weber macht Tanner darauf aufmerksam, dass sich auf der Rückseite des Kassabons die einjährige Garantie befinde, weshalb er den Kassabon gut aufbewahren solle. Tanner nimmt den Kassabon wortlos entgegen und geht. Einen Tag später kracht der Stuhl auseinander, wobei Tanner sich verletzt (Heilungskosten Fr. 4'000). Ein unabhängiger Unfallexperte begutachtet die Konstruktion des Stuhles – er spricht von „haarsträubenden Konstruktions- und Herstellungsfehlern, die nicht einmal Laien hätten unterlaufen dürfen“. Tanner will gegen Weber klagen. Bei der Konsultation der Garantie auf der Rückseite des Kassabons sieht Tanner zum ersten Mal die Haftungsbeschränkung Webers auf maximal 1/3 des bezahlten Preises. **Zeigen Sie alle Argumente Tanners gegen diese teilweise Haftungsfreizeichnung von vertraglichen Schadenersatzansprüchen.**

Lösungsvorschlag Nr. 2

Tanner hat vorliegend einen Werkvertrag mit Weber geschlossen. Gegen die Haftungsfreizeichnung sprechen die folgenden *drei Argumente*:

- Die Haftungsfreizeichnung auf 1/3 des bezahlten Preises hat Weber nach der Bezahlung, also auch nach dem Vertragsschluss „hineingeschmuggelt“. Das ist jedoch zu spät. Die Parteien müssen allge-

⁵⁶ Vgl. BGE 104 II 108 ff., 116 ff. http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_104_II_108: „Das Obergericht hat offen gelassen, ob der „Managements-Vertrag“ gegen das Persönlichkeitsrecht der Beklagten verstossen habe. Die Bedeutung dieser Frage ist angesichts der vielen Verpflichtungen der Beklagten und der umfassenden Befugnisse der Klägerin jedoch nicht zu übersehen. Die Beklagte hat der Klägerin insbesondere das Recht übertragen, Verträge über Auftritte und die Ausgabe von Schallplatten in eigener Kompetenz abzuschliessen, die Vermittlung von Auftritten jeder Art einer anerkannten Agentur zu überlassen und Gagen und Lizenzeinnahmen selber zu erheben. Sie verpflichtete sich, ohne Einwilligung der Klägerin nicht öffentlich aufzutreten, keine die künstlerischen Belange betreffenden Verträge abzuschliessen, alle Weisungen der Klägerin zu befolgen, angebotene Titel zu übernehmen, Verträge über Auftritte zu erfüllen, Termine einzuhalten und so unabhängig zu bleiben, dass sie sich bei Bedarf zur Verfügung halten konnte. Sie versprach ferner, an sie gelangende Anfragen und Angebote der Klägerin zu melden und keine diesbezüglichen Verhandlungen zu führen sowie jede mehrtägige Abwesenheit und jede Adressänderung sofort mitzuteilen. Ein Mitspracherecht zu den Auftritten war einzig für das Repertoire vorgesehen, das gemeinsam festgelegt werden sollte; bei Meinungsverschiedenheiten entschied aber auch hier die Klägerin allein. Damit hat die Beklagte sich in ihrer Erwartung, als Schlagersängerin Karriere zu machen, völlig der Klägerin ausgeliefert und sich jeder eigenen Entscheidungsbefugnis begeben. Sie musste sich nicht nur im Bereich ihrer künstlerischen Tätigkeit, sondern in der ganzen Lebensführung Beschränkungen der persönlichen Freiheit gefallen lassen, da sie stets bereit sein musste, wenn die Klägerin sie benötigte. Dadurch wurde sie in ihrer Freiheit, ein sinnvolles Privatleben zu führen, erheblich beeinträchtigt und wurde ihr die Aufnahme einer andern beruflichen Tätigkeit oder Weiterbildung wenn nicht verunmöglicht, so doch sehr erschwert. Es liegt auf der Hand, dass das Fortbestehen einer solchen Bindung gegen den Willen der Beklagten deren Persönlichkeitsrecht verletzte. Der Vertrag sah eine vorzeitige Auflösung nur im beidseitigen Einverständnis, innerhalb der ersten zwei Jahre und für den Fall vor, dass die künstlerischen Fähigkeiten der Beklagten für einen „positiven Erfolg“ nicht ausreichen, insbesondere die Bemühungen um einen Abschluss eines Schallplattenvertrages in dieser Zeit erfolglos bleiben sollten. Seine Erfüllung konnte ferner eingestellt werden, wenn die Beklagte ihre künstlerische Tätigkeit dauernd aufgab. In beiden Fällen schuldete die Beklagte der Klägerin aber „alle Kosten für Auslagen und Zeitaufwand des Managements seit Vertragsbeginn“, was die Beklagte finanziell sehr belasten konnte. Selbst nach Ablauf der festen Vertragsdauer von fünf Jahren wurde die Beklagte nicht ohne weiteres vorbehaltlos frei. Falls der Vertrag nicht sechs Monate vor Ablauf gekündigt wurde, sollte er sich stillschweigend um ein weiteres Jahr verlängern. Und wenn der Beklagten auf Vertragsende hin von einem Dritten ein günstigerer Vertrag angeboten wurde, hatte die Klägerin das Vorrecht, „binnen 14 Tagen einen gleichwertigen Vertrag abzuschliessen“. Eine solche Häufung von Verpflichtungen zulasten einer 22-Jährigen, die sich über ihre beruflichen und künstlerischen Vorstellungen noch kaum im klaren sein konnte, kommt einer schwerwiegenden Beschränkung der persönlichen Freiheit gleich und ist daher unvereinbar mit Art. 27 ZGB, gleichviel wie der Vertrag, der die Verpflichtungen enthält, rechtlich zu würdigen ist.“

⁵⁷ Vgl. CHK-Kut, OR 19-20 N 31.

meine Geschäftsbedingungen *in den Vertragsschluss einbeziehen*, sonst erlangen sie keine Geltung.⁵⁸ Tanner hatte keine Gelegenheit, von den AGB Kenntnis zu nehmen und der Vertragsschluss liegt schon weit zurück. Die Haftungsfreizeichnung wurde deshalb nicht Bestandteil des Vertrages. Nach Treu und Glauben kann Weber auch nicht erwarten, dass ein Kassabon speziell zu Kenntnis genommen werden muss, weil es unzumutbar ist. Die nachgeschobenen AGB stellen nur noch eine Offerte zur Änderung des bereits geschlossenen Vertrages dar, die aufgrund ihrer Nachteiligkeit sich für die stillschweigende Annahme nicht eignet.⁵⁹

- Wäre die Freizeichnung Bestandteil des Vertrages geworden, wäre sie vorliegend dennoch nicht anwendbar. Für Freizeichnungen gilt die Grenze des zwingenden Art. 100 OR. Die zum voraus erklärte Freizeichnung ist nichtig im Sinne von Art. 19 und 20 OR, wenn es um Absicht oder grobe Fahrlässigkeit geht. Der unabhängige Unfallexperte hat festgestellt, dass sogar ein Laie derartige Konstruktions- und Fabrikationsfehler hätte bemerken müssen. Dies ist das typische Erkennungsmerkmal für die *grobe Fahrlässigkeit* – die haftpflichtige Person verletzt elementarste Vorsichtsgebote, deren Befolgung sich vernünftigen Personen in der gleichen Situation aufdrängt („*Wie konnte er nur!*“).⁶⁰ Die Freizeichnung von 2/3 des Schadens ist folglich aufgrund des Art. 100 Abs. 1 OR ungültig.
- Die Freizeichnung ist insoweit unzulässig, als sie die Haftung für Körperschäden betrifft.⁶¹ Es wäre ein Fall der Sittenwidrigkeit gemäss Art. 19 und 20 OR. Vorliegend geht es um Heilungskosten aufgrund von Körperschäden.

Die *Ungewöhnlichkeitsregel* greift vorliegend nicht.⁶² Die AGB sind gar nicht Teil des Vertrages geworden. Wäre dies geschehen, muss man aber mit einem Haftungsausschluss (auch Freizeichnung genannt) wohl rechnen (d.h. die subjektive Ungewöhnlichkeit fehlt), auch wenn dies für den Besteller sehr nachteilig ist.⁶³ Auch die *Unklarheitenregel*⁶⁴ ist nicht einschlägig, denn es gibt keine Interpretationsmöglichkeiten – die Freizeichnung ist klar und eindeutig. Nicht gefragt waren Argumente, die auf ausservertraglichen Argumenten beruhen – beispielsweise die Nichtigkeit einer Freizeichnung nach Art. 8 PrHG oder die generelle Frage, ob ein vertraglicher Haftungsausschluss auch für ausservertragliche Ansprüche gilt.⁶⁵

Art. 8 UWG würde wohl insoweit greifen, ist aber nicht mehr notwendig, als die Freizeichnung jedes Verschulden erfasst, somit auch grobes Verschulden (diese Problematik ist aber schon von Art. 100 Abs. 1 OR erfasst, vgl. oben). Weshalb ergibt sich denn ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis durch die Freizeichnung, wie es Art. 8 UWG verlangt? Die Vertragsleistung *ist nicht mehr gleich viel wert*, wenn eine Partei nicht einmal für grobes Verschulden eintreten muss.⁶⁶

⁵⁸ Vgl. Huguenin, N 614 f.

⁵⁹ Vgl. Koller, OR AT, § 23 N 16.

⁶⁰ Vgl. Huguenin, N 896; vgl. CHK-Müller, OR 41 N 15.

⁶¹ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 100 N 19; vgl. BSK-Wiegand, OR 100 N 4; neu differenzierend Michael Hochstrasser, Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden AJP 2016, 910 ff., 917 f., wo er die Anwendbarkeit des AGB-Korrektivs auf die Freizeichnung für den Körperschaden als anwendbar betrachtet.

⁶² Die Ungewöhnlichkeitsregel gehört zur Geltungskontrolle und versagt Klauseln die Anwendung, „mit denen eine Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicher zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.“ (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 1136).

⁶³ Vgl. zur Berücksichtigung der Nachteiligkeit bei der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 119 II 443 ff., 446: „*Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. Il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (...). Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite (...).*“

⁶⁴ Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 1231: „*Unklarheitsregel (auch «Unklarheitenregel»): «in dubio contra stipulatorem». Diese Regel setzt voraus, dass eine unklare Bestimmung von der einen Partei – selber oder durch ihren Gehilfen – verfasst wurde. Sie besagt, dass «im Zweifel» diejenige Bedeutung vorzuziehen sei, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist.*“

⁶⁵ Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 100 N 3; vgl. Huguenin, N 1014.

⁶⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 19. September 2007 – VIII ZR 141/06 in NJW 2007, 3774 ff. 3775 f., N 15: „*Nach der Rechtsprechung des BGH darf eine Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, dass der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemässe Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmässig*

Der Vertrag hat aber keinen Bestand, wenn die Gegenseite ihn anfechten kann. Hier besteht die Möglichkeit der SBB, den Vertrag wegen eines Erklärungsirrtums anzufechten. Sie haben sich eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfang versprochen lassen, als es ihr Wille war (Art. 24 Abs. Ziff. 3 OR). Die Anfechtungserklärung haben die SBB mit dem zweiten Brief an Tanner direkt ausgeübt, denn sie haben mitgeteilt, dass es sich um einen Fehler handle und der Vertrag deshalb keinen Bestand habe. Dies genügt für die Belange des Art. 31 Abs. 1 OR (...*eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte,...*). Die SBB haben die Broschüre fahrlässig gestaltet – irgendjemand hat einen Fehler gemacht. Die SBB wären wegen der Anfechtung schadenersatzpflichtig (Art. 26 Abs. 1 OR), doch ist kein Schaden zu erblicken.

Sachverhalt Nr. 4

Die Kreditbank AG gewährt der Metallbude AG unter Ausnützung ihrer Notlage ein Darlehen in der Höhe von Fr. 1 Mio. für die Laufzeit von 18 Monaten zu einem Jahreszins von 55%. *Die Übervorteilung oder, je nach Lehrmeinung, die Sittenwidrigkeit liegen vor (siehe vorne, Sachverhalt 3, Nr. 4). Kann die Kreditbank AG, die um die Problematik des exorbitanten Zinses und seiner Folgen Bescheid wusste, den Betrag kondizieren? Kann die Metallbude AG geltend machen, dass der Darlehensbetrag aufgrund einer schiefgelaufenen Investition nicht mehr vorhanden sei?*

Lösungsvorschlag Nr. 4

Der Vertrag ist gemäss Sachverhalt entweder sittenwidrig i.S. des Art. 20 Abs. 1 OR (nicht h.L.)⁷⁰ oder es liegt eine Übervorteilung vor (Art. 21 Abs. 1 OR, h.L./Rechtsprechung).⁷¹ In beiden Fällen erfolgt die Rückabwicklung nach den Regeln der Kondiktion.⁷² Bei der Übervorteilung ist auch auf Wunsch der Metallbude AG eine Reduktion auf das übliche Mass nach den Prinzipien des FC Lohn-Falles möglich.⁷³ Es stellt sich bei der Nichtigkeit die Frage, ob Art. 63 Abs. 1, 64, 66 OR hier die Kondiktion sperren können.

Die Kreditbank hat gemäss Sachverhalt um die Problematik des exorbitanten Zinses gewusst. Damit hat sie ohne Irrtum über die Schuldpflicht und wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, was die Kondiktion ausschliesst (vgl. Art. 63 Abs. 1 OR). Nach h.L. ist Art. 63 Abs. 1 OR aber für den Wucherer und sein Opfer nicht anwendbar.⁷⁴ Das Wissen des Leistenden um die einseitige Unverbindlichkeit wegen Übervorteilung kann keine Rolle spielen, wenn nur die Empfängerin sich auf die Übervorteilung berufen kann – wegen der Nähe der Übervorteilung zum Recht der Willensmängel ist diese Ausnahme gerechtfertigt.⁷⁵

Exkurs: Bei der Sittenwidrigkeit, die *ex officio* zu beachten ist,⁷⁶ oder einer auf anderen Gründen beruhenden Nichtigkeit (beispielsweise wegen Verletzung von Höchstzinsvorschriften) wäre die Anwendbarkeit des Art. 63 OR aber wieder denkbar. Wie würde also das Resultat aussehen, wenn die Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit entgegen der h.L. anwendbar wäre – *kann die Metallbude AG das Geld jetzt einfach behalten?* Man muss sich fragen, ob und in welchem Umfang die Metallbude AG denn wirklich bereichert i.S.v. Art. 62 OR ist. Beim Darlehen erhält man nicht

⁷⁰ Vgl. Schwenger, N 32.49; vgl. Huguenin, N 3075: „Ein Zinssatz von mehr als 20% kann somit grundsätzlich als sittenwidrig (Art. 19 Abs. 2 und 20 OR) erachtet werden.“

⁷¹ Vgl. CHK-Kut, OR 19-20 N 27, m.w.H.

⁷² Vgl. Schwenger, N 32.54; vgl. BSK-Huguenin/Meise, OR 21 N 17.

⁷³ BGE 123 III 292 ff.

⁷⁴ Vgl. BSK-Huguenin/Meise, OR 21 N 17, CHK-Kut, OR 21 N 22, BK-Kramer, OR 21 N 59: „Der Bereicherungsanspruch geht nach allgemeinen Grundsätzen primär auf Naturalrestitution, in zweiter Linie auf Geldersatz. Auch wenn - namentlich in Notfällen - der Übervorteilte vom Mangel des Vertrags gewusst hat, darf ihm dies nicht (i.S. von Art. 63 I) schaden (...); jedes andere Ergebnis würde dem Schutzzweck des Art. 21 krass widersprechen.“ und N 60: „Auch der Wucherer sollte das bereits Geleistete zurückfordern können, auch wenn Art. 21 nur von der Rückforderung durch den Übervorteilten spricht (s. schon die Stellungnahme Wyss' und Eugen Hubers, Sten-Bull NR 1909 485 f.; auch Bucher, 235; von Tuhr/Peter, § 40 II [S. 346]; Becker in der Voraufgabe, N 14; BGE 84 II 107 [112]; 92 II 168 [179]).“

⁷⁵ Vgl. dazu die gleichen und passenden Überlegungen im deutschen Recht MK-Schwab, BGB 814 N 13: „Stand das Anfechtungsrecht dem Empfänger der Leistung zu, so kann der Leistende ungeachtet des § 814 selbst dann das Geleistete herausverlangen, wenn er um den Anfechtungsgrund wusste. Denn solange das Anfechtungsrecht vom Empfänger nicht ausgeübt wurde, blieb der Leistende verpflichtet und verhält sich daher nicht widersprüchlich, wenn er nach erfolgter Anfechtung durch den Empfänger seinen Bereicherungsanspruch nunmehr geltend macht.“

⁷⁶ Vgl. Schwenger, N 32.54.

das Geld, sondern die Nutzung des Geldes auf Zeit (vgl. Art. 312 Abs. 1 OR). Es ist klar, dass man das Geld nach Ablauf der Vertragsdauer zurückzahlen muss. Art. 63 OR kann also nur die *Rückforderung der Kapitalnutzung*, nicht aber die *Rückforderung des Kapitals* ausschliessen. *Doch wie macht man das?* Wie kann man die *Kapitalnutzung* nicht zurückfordern? Die Kreditbank, die um die Nichtexistenz der Forderung gewusst hat, kann das Geld *erst nach Ablauf der vereinbarten Zeit* zurückfordern. Dadurch verbleibt das Geleistete – die Kapitalnutzung – dem Darlehensnehmer, der das Geld zinsfrei nach 18 Monaten zurückbezahlen muss.⁷⁷

Kann sich die Metallbude AG auf Art. 64 OR berufen? Dies ist zwar dem Opfer grundsätzlich möglich.⁷⁸ Es wäre als gutgläubige Entäusserung der Bereicherung zu erfassen. Dagegen spricht aber ohnehin klar, dass die Metallbude *um die Rückzahlungspflicht von Anfang an wusste*, weil es sich um ein Darlehen handelt. Die Metallbude konnte nie gutgläubig darauf vertrauen, das Geld behalten zu dürfen, weil sie um die vertragliche Rückzahlungspflicht wusste.

Die Konditionssperre des Art. 66 OR ist nach der neuen Rechtsprechung nur noch auf den Gaunerlohn anwendbar.⁷⁹ Die Auszahlung eines nichtigen Darlehens fällt nicht mehr darunter.

Sachverhalt Nr. 5

Tanner will unbedingt eine Rolex Daytona kaufen. Im Uhrengeschäft Bucherer teilt man ihm im Jahre 2007 mit, dass er sich auf die Warteliste für die damals mit Fr. 9'600 angeschriebene Uhr eintragen lassen könne, was Tanner auch tut. Erfahrungsgemäss dauere es ungefähr zehn Jahre, bis man den ersten Platz der Liste erreiche und die Uhr tatsächlich bekomme, teilt ihm die Verkäuferin im Bucherer mit – „zu unseren Preislisten, die dann in Kraft sein werden“. Tatsächlich bekommt Tanner heute – neun Jahre nach der Eintragung – die Mitteilung, dass seine Uhr gemäss aktueller Preisliste für Fr. 14'000 zur Abholung bereit liege. *Ist ein Vertrag zustande gekommen? Wann, worüber und zu welchem Preis? Kann oder muss Tanner die Uhr heute kaufen oder hat er sie schon damals gekauft? Beachten Sie bitte Art. 184 Abs. 1 und 3 OR.*

Lösungsvorschlag Nr. 5

In Frage kommen ein bedingter Vertrag, ein Vorvertrag oder ein Optionsvertrag. Die Auslobung fällt weg, weil vorliegend nichts öffentlich geschieht.⁸⁰

Beim *bedingten Vertrag* hat Tanner die Uhr schon gekauft, sobald die Bedingung – das erfolgreiche Erklimmen der Warteliste – eintritt. Es könnte aber auch eine Befristung sein, wenn man das Erreichen der Warteliste als sicher eintretendes Ereignis betrachtet.⁸¹ Beide Argumentationen sind vertretbar.

Der *Optionsvertrag* begründet ein Gestaltungsrecht auf unmittelbare Herbeiführung eines Vertrages – hier wäre es ein bedingter Optionsvertrag. Die Bedingung ist das erfolgreiche Erklimmen der Warteliste, was unsicher ist – wer weiss schon, ob Rolex die Uhr auch noch in so vielen Jahren noch herstellt (Art. 151 Abs. 1 OR)? Ist es ein sicheres Ereignis, liegt eine Befristung vor (siehe oben). Tanner könnte durch einseitige Erklärung den Kauf herbeiführen, muss aber nicht.

⁷⁷ Das ist auch die Lösung im Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes, vgl. Art. 15 Abs. 2 KKG: „Ist der Konsumkreditvertrag nichtig, so hat die Konsumentin oder der Konsument die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzahlen, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten.“; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1551.

⁷⁸ Vgl. BK-Weber, OR 21 N 60.

⁷⁹ Vgl. BGer 4A_293/2008, E. 3.3: „In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht klargestellt, dass der eigentliche Zweck der Bestimmung darin besteht, die Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns durch den Ausschluss der Rückforderbarkeit zu sanktionieren. Nach dieser geänderten Rechtsprechung ist die Rückforderung nach Art. 66 OR nur ausgeschlossen, wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens im Sinne eines Gaunerlohns erfolgen (BGE 134 III 438 E. 3.2 S. 445).“; anders noch BGE 102 II 401 ff., 410 ff.

⁸⁰ Vgl. CHK-Kut, OR 8 N 5.

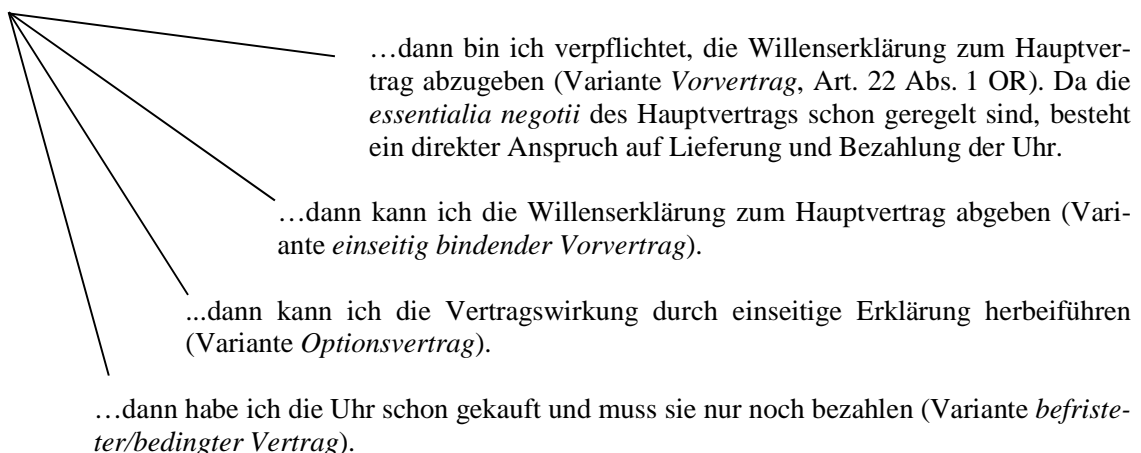
⁸¹ Zum Ganzen vgl. Arnold Rusch, Warten auf Rolo, AJP 2015, 1218 f., Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/150831_rolex_warteliste_ajp.pdf (6.12.2016).

Der *Vorvertrag* ist in Art. 22 Abs. 1 OR geregelt. Der Vorvertrag ist dann causa des Hauptvertrages, die Leistungspflicht besteht in der Abgabe einer Angebots- oder Annahmeerklärung. Erfasst die vorvertragliche Regelung alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages, kann die berechtigte Person direkt auf Erfüllung der hauptvertraglichen Leistung klagen.⁸² Vorliegend könnte es sich um die besondere Spielart des *einseitig bindenden Vorvertrags* handeln.⁸³ Sind sämtliche Details des Geschäfts geregelt, wäre auch die Annahme eines *suspensiv bedingten Vertrages* denkbar. Ohne weitere Handlungen oder Willenserklärung kommt der Vertrag zu Stande, wenn die Spitze der Warteliste erreicht und die Verfügbarkeit der Vertragsleistung gegeben ist.

Unabhängig davon stellt sich aber bei allen drei Varianten die Frage, ob der Preis i.S. des Art. 184 Abs. 3 OR genügend bestimmt ist, wenn die Verkäuferin den Preis einseitig festlegen kann. Tatsächlich kontrolliert niemand die Preislisten. Hinzu kommt, dass kaum jemand diese Preise tatsächlich bezahlt. Somit hätte Bucherer bei Bejahung des Vertragsschlusses ein einseitiges Preisänderungsrecht, das vordergründig *ohne jede Einschränkung* besteht. Das Bundesgericht akzeptiert dies, weil es bei Preislisten von einer *Marktkontrolle* ausgeht und der allgemeinen Bindung der Parteien an Treu und Glauben in Art. 2 ZGB, die Exzesse verhindern soll.⁸⁴ Ob dies heute noch zutrifft – in solchen Branchen bezahlt man im Laden selten Listenpreise – ist fraglich. Man könnte darin auch eine übermässige Unterwerfung unter den Willen der Verkäuferin sehen, die unter Art. 27 Abs. 2 ZGB fällt.

Welche der drei Möglichkeiten ist es jetzt aber? Dem wahren Willen der Parteien dürfte wohl am ehesten der Optionsvertrag entsprechen. Tanner kann, muss aber nicht den Kauf vollziehen. Gegen einen bedingten Vertrag spricht die lange Bindungsdauer. Das Uhrengeschäft kann nicht erwarten, dass man sich zehn Jahre vorher schon verbindlich für den Kauf dieser Uhr entscheidet – wer weiss schon, was in zehn Jahren ist? Vielleicht kann man sich die Uhr gar nicht mehr leisten. Auch muss man berücksichtigen, dass der Preis Änderungen unterliegt. Eine Bindung Tanners wäre auch für das Uhrengeschäft kaum interessant – worin sollte denn der Schaden bestehen, wenn man die Uhr sofort an einen weiteren Interessenten auf die Liste verkaufen kann? Der Interessenlage werden somit nur der Optionsvertrag und der einseitig bindende Vorvertrag gerecht. Deren Wirkungsweise ist vorliegend wohl identisch.

Repetition: Wenn ich die Wartelistenspitze erreicht habe und eine Uhr verfügbar ist...



⁸² Vgl. BSK-Zellweger-Gutknecht, OR 22 N 22; vgl. CHK-Kut, OR 22 N 14; vgl. BGE 118 II 32 ff., 34: „Wenn der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält, kann direkt auf Erfüllung geklagt werden.“

⁸³ Vgl. CHK-Kut, OR 22 N 2.

⁸⁴ Vgl. BGE 84 II 13 ff., 20 und eingehend dazu Rusch/Huguenin, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37 ff., N 26 ff.