

## Lektion Nr. 1

### Sachverhalt Nr. 1

Was, wann und wo muss Rechtssuchender Richard leisten, wenn

1. *Richard mit Verkäufer Viktor am Telefon abgemacht hat, dass er den Renault Clio für Fr. 5'000 kaufe?*
2. *der Kaufvertrag zwischen Verkäufer Viktor und Richard auf Viktors Geschäftspapier verfasst worden ist, wobei bei der Adresse auch ein Postkonto erwähnt ist?*
3. *er Käufer Kurt nicht einen konkreten Renault Clio schuldet, sondern einen neuen Renault Clio in der Basisausstattung zum Preis von Fr. 16'000 und Richard drei passende Modelle in blau, rot und grün hat?*
4. *er Käufer Kurt im September den besichtigten blauen Renault Clio für Fr. 16'000 auf Mitte Oktober versprochen hat und Kurt ihm nachträglich erlaubt, auch mit dem roten, ebenfalls besichtigten Modell im relevanten Zeitpunkt erfüllen zu können?*
  - a. *Muss Richard das rote Modell liefern, wenn das blaue Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Falls nein, muss Kurt das Fahrzeug dennoch bezahlen?*
  - b. *Was ist, wenn das rote Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Kann Richard sagen, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen?*
  - c. *Was ändert sich, wenn Kurt und Richard verabreden, geschuldet sei das rote oder das blaue Modell und das rote Modell nach dem Gespräch verbrennt?*
5. *er Anwalt Alder aus einem Anwaltsvertrag Fr. 5'000 (20 h zu Fr. 250) zahlen will, aber Anwalt Alder sich auf den Standpunkt stellt, Richard schulde Fr. 6'250, weil er 25 Stunden aufgewendet habe, was Richard aufgrund des überschaubaren Sachverhalts als klar überrissen bezeichnet? Kann Alder die Annahme von Fr. 5'000 ablehnen mit der Begründung, Richard schulde Fr. 6'250?*

### Lösungsvorschlag Nr. 1

1. *Richard mit Verkäufer Viktor am Telefon abgemacht hat, dass er den Renault Clio für Fr. 5'000 kaufe?*

Richard und Viktor haben sich einzig über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis geeinigt. Das genügt für den Abschluss eines Kaufvertrages nach Art. 184 Abs. 1 OR. Der ganze Rest ist durch das dispositive Recht geregelt. Richard muss Fr. 5'000 bar bezahlen (Art. 84 Abs. 1 OR). Der Gläubiger muss nicht mehr als 100 Münzen, aber beliebig viele Noten annehmen (Art. 3 WZG).<sup>1</sup> Zum Zeitpunkt: Der allgemeine Teil sieht ohne Abrede die sofortige Fälligkeit vor (Art. 75 OR). Bei synallagmatischen Verträgen, bei denen beide Leistungen fällig und erfüllbar sind, müssen die Parteien die Leistung nur Zug um Zug erbringen (Art. 82 OR). Dies ist auch die Regel, die das Kaufrecht vorsieht (Art. 184 Abs. 2 OR). Geldschulden sind ohne andere Abrede dort zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Den Renault muss Viktor am Ort

---

<sup>1</sup> Vgl. Art. 3 WZG (Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel, SR 941.10): „(1) Jede Person ist gehalten, bis zu 100 schweizerische Umlaufmünzen an Zahlung zu nehmen. Umlauf-, Gedenk- und Anlagemünzen werden von der Schweizerischen Nationalbank und den öffentlichen Kassen des Bundes unbeschränkt zum Nennwert angenommen. (2) Schweizerische Banknoten müssen von jeder Person unbeschränkt an Zahlung genommen werden. (3) Auf Franken lautende Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank müssen von jeder Person, die dort über ein Konto verfügt, unbeschränkt an Zahlung genommen werden.“

übergeben, wo er sich bei Vertragsschluss befindet (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Diesen Ort müssen aber beide Parteien kennen, wenn er sich nicht mit dem Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners der Sachleistung deckt.<sup>2</sup>

2. *der Kaufvertrag zwischen Verkäufer Viktor und Richard auf Viktors Geschäftspapier verfasst worden ist, wobei bei der Adresse auch ein Postkonto erwähnt ist?*

Die Zahlung auf ein Konto stellt streng genommen keine gehörige Erfüllung dar, denn sie erfolgt an eine Drittperson, die das Geld dem Empfänger, also ihrem Kunden schuldet. Die Angabe der Kontonummer gilt aber als Zustimmung zu einer bargeldlosen Überweisung. Das Bundesgericht sieht sogar in der blossen Existenz eines Kontos eine Ermächtigung, auf diese Weise zu erfüllen.<sup>3</sup> Richard *kann, muss aber nicht* via Postkonto erfüllen.

3. *er Käufer Kurt nicht einen konkreten Renault Clio schuldet, sondern einen neuen Renault Clio in der Basisausstattung zum Preis von Fr. 16'000 und Richard drei passende Modelle in blau, rot und grün hat?*

Hier liegt nicht eine Stückschuld vor, also keine „bestimmte Sache“ im Sinne des Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR, sondern als Gattungsschuld eine „andere Verbindlichkeit“ im Sinne von Ziff. 3 der Bestimmung.<sup>4</sup> Richard muss den Wagen an seinem Wohn- oder Geschäftssitz bereithalten, damit ihn Käufer Kurt abholen kann. Dort muss Kurt auch die Geldzahlungspflicht erfüllen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). *Wer darf die Farbe auswählen?* Es kommt darauf an, was abgemacht ist. Ohne Abmachung aber gelten Art. 71 f. OR. Wenn die Gattung lautet „Renault Clio, Basisausstattung, aus Deinem Vorrat“, dann darf Richard aus seinem Vorrat wählen. Lautet die Gattung lediglich „Renault Clio, Basisausstattung“, dann kann Richard mit jeder beliebigen Farbe erfüllen (vgl. Art. 71 Abs. 1 OR). Dies ergibt sich auch aus Art. 72 OR, sofern man von einer Wahlobligation ausgeht und die Wahl aus den drei verfügbaren Modellen möglich ist, ohne zu regeln, wem die Wahl zusteht.

4. *er Käufer Kurt im September den besichtigten blauen Renault Clio für Fr. 16'000 auf Mitte Oktober versprochen hat und Kurt ihm nachträglich erlaubt, auch mit dem roten, ebenfalls besichtigten Modell im relevanten Zeitpunkt erfüllen zu können?*
  - a. *Muss Richard das rote Modell liefern, wenn das blaue Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Falls nein, muss Kurt das Fahrzeug dennoch bezahlen?*
  - b. *Was ist, wenn das rote Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Kann Richard sagen, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen?*
  - c. *Was ändert sich, wenn Kurt und Richard verabreden, geschuldet sei das rote oder das blaue Modell und das rote Modell nach dem Gespräch verbrennt?*

Es handelt sich um eine Stückschuld. Geschuldet ist vertraglich einzig das blaue Modell. Es handelt sich nicht um eine Wahlobligation, sondern um eine *facultas alternativa* (rechtsgeschäftliche Alterna-

---

<sup>2</sup> Vgl. BSK-Leu, OR 74 N 5 und CHK-Wullschleger, OR 74 N 8.

<sup>3</sup> Vgl. BGer in SJ 1997, 245 ff., 253: „*Un créancier n'est donc pas obligé d'accepter la monnaie scripturale en lieu et place d'un paiement en espèces (...). Cette disposition n'est cependant pas de droit impératif (...). Aussi, les parties sont-elles libres de prévoir l'exécution d'une dette d'argent sans remise d'espèces (...). Actuellement, la monnaie scripturale s'est généralisée (...)* et représente la forme la plus importante de la monnaie (...). *Aussi, le fait d'ouvrir et d'entretenir un compte bancaire constitue-t-il une acceptation tacite de l'exécution par virement (...), sauf, bien sûr, si le créancier exige expressément un paiement en espèces (...). Dans les relations internationales interbancaires, les paiements se font en pratique exclusivement à l'aide de la monnaie scripturale, savoir par une inscription correspondante sur un compte de la banque créancière. A cet égard, on peut donc aussi admettre l'existence d'une convention tacite (...).*“; ablehnend Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2316c.

<sup>4</sup> Vgl. ZK-Schraner, OR 74 N 83, 89.

tivermächtigung). Dies bedeutet, dass Richard mit dem roten Modell zwar erfüllen kann, Kurt aber nur das blaue Modell verlangen kann (*una res in obligatione, duae in solutione*).<sup>5</sup> Richard darf also mit dem roten oder dem blauen Modell erfüllen. Er muss dies am 15. Oktober tun, denn Mitte Oktober bedeutet gemäss Art. 76 Abs. 2 OR am fünfzehnten des Monats.

**Zu Frage a:** Richard muss das rote Modell nicht liefern, denn er schuldet nur das blaue. Der blaue Wagen ist unverschuldet untergegangen. Richard ist frei, doch muss Kurt dennoch bezahlen, weil die Gefahr schon auf ihn übergegangen ist (Art. 119 Abs. 3 OR, Art. 185 Abs. 1 OR). Kurt kann aber das *stellvertretende commodum* verlangen. Vorliegend könnte es die Ersatzzahlung der Versicherung sein, sofern er eine abgeschlossen hat.<sup>6</sup>

**Zu Frage b:** Das rote Modell ist unverschuldet untergegangen. Es stellt sich die Frage, ob sich Richard darauf berufen kann, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen. Günstig wäre dies für ihn, denn die nachträgliche objektive Unmöglichkeit ist in Art. 119 Abs. 1 OR geregelt – er wäre dann frei, könnte aber aufgrund der Gefahrtragungsregeln den Kaufpreis dennoch verlangen (Art. 119 Abs. 3 OR, Art. 185 Abs. 1 OR). Für die Konzentration auf die Ersatzleistung muss er das Fahrzeug aber wirklich angeboten und Kurt dieses abgelehnt haben.<sup>7</sup> Richard muss also am 15. Oktober das blaue Modell liefern.

**Zu Frage c:** Bei der Wahlschuld gelten andere Regeln. Ohne Abmachung darf der Schuldner, also Richard wählen. Ist eine der beiden Leistungen noch möglich und trifft Kurt als Gläubiger am Untergang der Sache kein Verschulden, erfolgt eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung.<sup>8</sup> Gemäss Schwenzer gilt auch in der Schweiz die Faustregel des deutschen § 265 BGB – *es erfolgt keine Konzentration, wenn den nicht wahlberechtigten Teil am Untergang der Sache ein Verschulden trifft*.<sup>9</sup> Die Regeln stimmen mit der Schweizer Lösung bis auf eine Ausnahme (bei FN 11) überein.

---

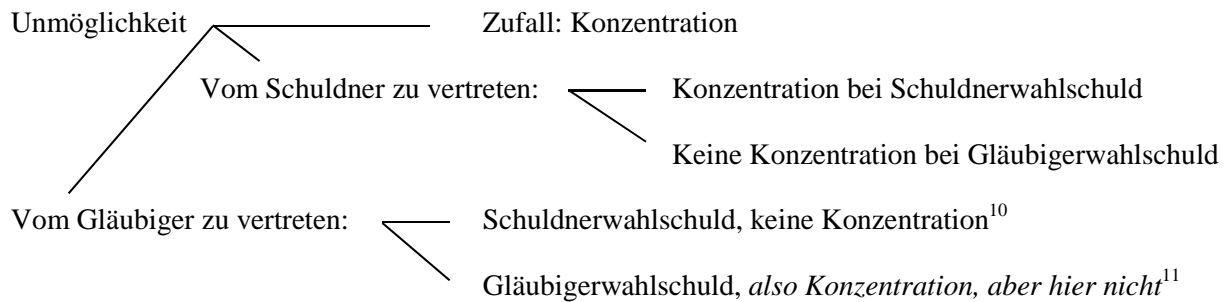
<sup>5</sup> Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2271 und 2269: „Geschuldet ist nur die vertraglich vereinbarte Leistung. Doch ist der Schuldner durch Vertrag oder nachträgliche einseitige Erklärung der Gläubigerin ermächtigt (nicht verpflichtet), statt der geschuldeten eine andere Leistung zu erbringen (...). Die Erklärung der Gläubigerin ist unwiderruflich.“

<sup>6</sup> Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2595: „Bezieht der Schuldner infolge der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit eine Ersatzleistung (z.B. eine Versicherungs- oder eine Schadenersatzleistung Dritter, eine Enteignungsentschädigung usw.), muss dieser Ersatz anstelle der unmöglich gewordenen Leistung der Gläubigerin auf deren Verlangen hin herausgegeben werden. Man spricht vom «stellvertretenden Commodum».“; vgl. BGer 4C.199/2004, E. 10.1: „Lorsque le débiteur, libéré par l'impossibilité subséquente d'exécuter son obligation en raison de circonstances qui ne lui sont pas imputables (art. 119 al. 1 CO), obtient des valeurs de remplacement (stellvertretendes Commodum), telles qu'une indemnité d'assurance, le créancier de la prestation impossible peut exiger qu'il les lui remette (...).“

<sup>7</sup> Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2271: „Die Konzentration auf eine der beiden Leistungen erfolgt nicht schon mit der Erklärung (Verbaloblation), sondern erst durch tatsächliches Angebot des Schuldners (Realoblation).“ und BGE 50 II 40 ff., 44 f.: „Seine Wahlberechtigung bestand nur darin, zu bestimmen, auf welche der beiden alternativ vorgesehenen Arten er sie tilgen wolle, ob durch Barzahlung oder durch Bewirkung der Ersatzleistung; Die Behauptung, die in Betreibung gesetzte Forderung sei schon damit erloschen, dass der Schuldner sich am 20. März 1923 für die Ersatzleistung ausgesprochen habe, hält daher nicht Stich. 2. Die Aberkennungsklage kann somit nur unter der Voraussetzung gutgeheissen werden, dass der Schuldner nachgewiesen hat, dass er die ihm zustehende und von ihm gewählte Ersatzleistung wirklich, gemacht und dadurch die Geldschuld getilgt hat, oder dass sie wenigstens rite angeboten, und ihre Bewirkung durch Annahmeverzug des Gläubigers verhindert worden ist. Nun steht nach den Akten ausser Streit, dass die Ersatzleistung tatsächlich nicht erfolgt ist.“

<sup>8</sup> Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2264 zur nachträglichen, vom Gläubiger unverschuldeten Unmöglichkeit: „Ist der Schuldner wahlberechtigt, erfolgt Konzentration auf die noch mögliche Leistung. Wird auch diese unmöglich, haftet der Schuldner immer dann nach Art. 97, wenn er die Unmöglichkeit mindestens einer der beiden Leistungen zu vertreten hat.“; vgl. zu den übrigen Konstellationen Schwenzer, OR AT, N 9.04.

<sup>9</sup> Vgl. Schwenzer, OR AT, N 9.04: „Vereinfachend ist hier entsprechend § 265 BGB ebenfalls eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung anzunehmen, es sei denn, die Leistung ist infolge eines Umstandes unmöglich geworden, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat (...).“; vgl. § 265 BGB: „Unmöglichkeit bei Wahlschuld. Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.“; vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2260.



5. *er Anwalt Alder aus einem Anwaltsvertrag Fr. 5'000 (20 h zu Fr. 250) zahlen will, aber Anwalt Alder sich auf den Standpunkt stellt, Richard schulde Fr. 6'250, weil er 25 Stunden aufgewendet habe, was Richard aufgrund des überschaubaren Sachverhalts als klar überrissen bezeichnet? Kann Alder die Annahme von Fr. 5'000 ablehnen mit der Begründung, Richard schulde Fr. 6'250?*

Der Gläubiger muss keine Teilleistungen annehmen, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist (Art. 69 Abs. 1 OR). Offeriert der Schuldner eine Teilleistung unter Bestreitung des Rests, muss der Gläubiger diese annehmen.<sup>12</sup>

## Sachverhalt Nr. 2

*Käufer Kurt und Verkäufer Viktor einigen sich über den Kauf eines gebrauchten Mercedes 200 E für Fr. 10'000, zahlbar innert eines Monats nach Übergabe. Als Viktor den Mercedes wie vereinbart zum Haus von Kurt bringt, verweigert dieser die Annahme des Fahrzeugs.*

*Wie verhält es sich, wenn Käufer Kurt und Verkäufer Viktor sich über die Lieferung am Freitag, 20. April, spätestens 10 Uhr von 20 kg frischen Forellen gegen Barzahlung von Fr. 250 geeinigt hat und Käufer Kurt die Annahme der in jeder Hinsicht korrekt gelieferten Fische ohne Angaben von Gründen verweigert?*

## Lösungsvorschlag Nr. 2

*Käufer Kurt und Verkäufer Viktor einigen sich über den Kauf eines gebrauchten Mercedes 200 E für Fr. 10'000, zahlbar innert eines Monats nach Übergabe. Als Viktor den Mercedes wie vereinbart zum Haus von Kurt bringt, verweigert dieser die Annahme des Fahrzeugs.*

<sup>10</sup> Der Käufer hat ein Fahrzeug zerstört, der Verkäufer darf wählen. Er darf, da keine Konzentration eintritt, auch das verbrannte Fahrzeug wählen, d.h. die unmögliche Leistung. Auf diesen Fall ist Art. 119 Abs. 2 OR nicht anwendbar, da er nur eine Regelung des unverschuldeten Untergangs enthält (ZK-Schraner, OR 72 N 61). Der den Untergang verschuldende Käufer muss gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz für das untergegangene Fahrzeug bezahlen (Bucher, OR AT, 299).

<sup>11</sup> Nach der deutschen Grundregel des § 265 BGB würde hier die Konzentration auf die noch mögliche Leistung eintreten, doch wird dies als unbillig empfunden, was auch einleuchtet. Für den verschuldeten Untergang muss der wahlberechtigte Gläubiger ohnehin Schadenersatz leisten (Art. 41 OR, aber auch Art. 97 OR). Tritt dann Konzentration auf die noch mögliche Leistung ein, muss der Gläubiger auch noch die noch mögliche Leistung abnehmen. Der Schuldner des Fahrzeugs (also der Verkäufer) würde dann Schadenersatz für die zerstörte Sache und den Preis für die andere Sache bekommen. Deshalb soll der Gläubiger (also der Käufer) auch die untergegangene Leistung wählen können (vgl. ZK-Schraner, OR 72 N 62: „Das Recht, auch die unmögliche Leistung zu wählen, muss dem Gläubiger zugestanden werden, weil er sonst nicht nur Schadenersatz für die unmögliche Leistung, sondern auch die andere mögliche Leistung annehmen und vergüten müsste, was eine ungerechtfertigte Besserstellung des Schuldners bedeutete.“). Wenn also der wahlberechtigte Käufer das rote Fahrzeug unachtsam nach dem Kauf zerstört, müsste er, wenn Konzentration einträte, für das zerstörte Fahrzeug auf dem Wege des Schadenersatzes aufkommen und das noch intakte Fahrzeug kaufen. Der Verkäufer könnte so zwei Autos entgeltlich loswerden, was nicht richtig ist.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 133 III 598 ff., 603: „La doctrine professe enfin que l'art. 69 al. 1 CO impose au créancier de recevoir une prestation partielle si le débiteur admet une partie de la créance et conteste le solde qui lui est réclamé (...). La thèse de ces nombreux auteurs est parfaitement compatible avec la lettre de l'art. 69 al. 1 CO. Si la dette n'est pas liquide pour le tout, on ne voit en effet pas pourquoi le débiteur devrait être empêché d'honorer sans plus tarder la part de l'obligation qu'il a reconnue devoir en cours de procès.“

Viktor hat das richtige Fahrzeug zum richtigen Zeitpunkt am richtigen Ort angeboten. Durch die Annahmeverweigerung gerät Kurt in Gläubigerverzug (Art. 91 OR). Das Gesetz gibt Viktor das Recht zur Hinterlegung (Art. 92 Abs. 1 OR). Dafür muss er ein Lagerhaus wählen oder den Richter einen Hinterlegungsort bestimmen lassen (Art. 92 Abs. 2 OR). Mit der Hinterlegung hat Viktor erfüllt („befreit“, Art. 92 Abs. 1 OR). Durch die Annahmeverweigerung ist es jedoch auch absehbar, dass Kurt nicht bezahlen wird: Der Kaufpreis wird ein Monat nach der Übergabe fällig, doch hat Kurt schon die Übergabe als fristauslösenden Termin vereitelt. Deshalb ist es ihm auch erlaubt, schon vor der Fälligkeit des Kaufpreises nach den Regeln des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) vorzugehen.<sup>13</sup>

*Wie verhält es sich, wenn Käufer Kurt und Verkäufer Viktor sich über die Lieferung am Freitag, 20. April, spätestens 10 Uhr von 20 kg frischen Forellen gegen Barzahlung von Fr. 250 geeinigt hat und Käufer Kurt die Annahme der in jeder Hinsicht korrekt gelieferten Fische ohne Angaben von Gründen verweigert?*

Auch hier ist Kurt im Gläubigerverzug. Die „Sache“ ist aber eindeutig für eine Hinterlegung nicht geeignet, denn sie ist dem schnellen Verderben ausgesetzt. Für diesen Fall sieht Art. 93 Abs. 1 OR vor, nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters die Sache öffentlich verkaufen zu lassen. Dass dies bei frischen Fischen nicht geht und der ganze Aufwand sich für 20 kg nicht lohnt, leuchtet ein. Art. 93 Abs. 2 OR sieht deshalb vor, dass bei Sachen von geringem Wert ein Selbsthilfeverkauf ohne *Androhung durch den Richter* erfolgen kann. Eine richterliche Genehmigung wäre dennoch nötig,<sup>14</sup> doch erscheint auch diese hier als überflüssig, wenn der Schuldner bereit ist, einen allfälligen Mindererlös zu tragen.<sup>15</sup> Eine adäquate, gesetzeskonforme Lösung ergibt sich aber durch das Verhalten Kurts: *Wer nicht annehmen will, will auch nicht bezahlen*. Diese Faustregel ist aber gar nicht nötig, denn er befindet sich tatsächlich schon im Schuldnerverzug.<sup>16</sup> Die Leistung wäre Zug um Zug an einem genau definierten Zeitpunkt zu erbringen (Art. 102 Abs. 2 OR, Verfalltag). Damit befindet sich Kurt schon im Verzug mit der Bezahlung. Das Setzen einer Nachfrist gemäss Art. 107 OR erscheint als wenig tunlich, denn Kurt hat schon die Annahme verweigert und wird es mit der Bezahlung gleich halten. Die Nachfristsetzung wäre deshalb unnütz (Art. 108 Ziff. 1 OR) und Viktor könnte direkt die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ausüben. Der Selbsthilfeverkauf, der einen geringeren Erlös als den versprochenen Kaufpreis abwirft, wäre dann mit dem Verzicht auf die Leistung und der Wahl des Nichterfüllungsschadens unter Anwendung der Differenztheorie einforderbar.<sup>17</sup>

### **Sachverhalt Nr. 3**

*Käufer Kurt bestellt für seine Käserei bei Verkäufer Viktor 1'000 l Milch gegen Bezahlung jeweils Ende Monat. Die Lieferung soll bei Kurts Käserei im Käsekessel am kommenden Montag um 8.00 Uhr eintreffen. Als Viktor mit dem Milchtankwagen rechtzeitig bei Kurts Käserei eintrifft, ist niemand da und alle Türen sind verschlossen, weil Kurt diese Lieferung vergessen hat. Viktor fährt mit dem auch für andere Lieferungen gefüllten Milchtankwagen (6'000 l) wieder davon. Auf dem Rückweg zerstört*

<sup>13</sup> Vgl. unten, ob und bei FN 16; vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 2722 mit Verweis auf N 2651.

<sup>14</sup> Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 2459: „Art. 93 Abs. 2 erleichtert den Selbsthilfeverkauf bei Sachen mit Börsen- oder Marktpreis oder von unverhältnismässig geringem Wert: Der Verkauf braucht entgegen Art. 93 Abs. 1 nicht öffentlich zu erfolgen; auch kann eine vorgängige Androhung durch den Richter unterbleiben. Den Interessen der Gläubigerin wird durch die richterliche Bewilligungspflicht Rechnung getragen.“

<sup>15</sup> Vgl. Bucher, OR AT, 323 f.: „Auch ohne richterliche Bewilligung muss der Verkauf auf eigene Verantwortung mit gleicher Wirkung möglich sein. Es hat der Richter im Hauptprozess zu entscheiden, ob der Verkauf zulässig war oder nicht, wobei diesfalls der Schuldner wohl glaubhaft zu machen hat, dass ein Verkauf aufgrund richterlicher Bewilligung keinen höheren Erlös gebracht hätte.“

<sup>16</sup> Vgl. BGE 110 II 148 ff., 151: „Cependant lorsque le refus d'accepter la chose ou d'accomplir les actes préparatoires - comme de passer commande par exemple - est lié au refus de payer le prix, il y a demeure de l'acheteur, débiteur du prix, avec les effets visés aux art. 103 à 109 CO.“

<sup>17</sup> Zu den verschiedenen Wahlrechten vgl. Huguenin, N 906.

*ein Steinschlag von einem Bergsturz auf der Strasse den Tank und die ganze Milch (total 6'000 l) läuft aus. Muss Kurt die Milch bezahlen?*

### **Lösungsvorschlag Nr. 3**

Vorliegend befindet sich Kurt im Gläubigerverzug, denn er hat die korrekt angebotene Milch nicht abgenommen. Dies erfolgt vorliegend zwar nicht ausdrücklich, was aber bei Vorbereitungshandlungen nicht notwendig ist.<sup>18</sup> Auch wenn sonst ein Angebot als empfangsbedürftige Willenserklärung erforderlich wäre, ist es hier aufgrund des klaren Termins nicht notwendig.<sup>19</sup> Eine Hinterlegung kommt bei Milch generell nicht in Frage, ein Selbsthilfeverkauf auch nicht, da die hier geschuldete Milch verschüttet worden ist. Es stellt sich jetzt die Frage, ob die Gefahr bereits auf Kurt übergegangen ist, d.h. ob er bezahlen muss, obwohl er wegen des Untergangs der Milch nichts mehr erhält. Massgebend ist Art. 185 Abs. 2 OR, der bei Gattungsschulden eine Ausscheidung der Ware verlangt, mit der erfüllt werden soll. Diejenigen 1'000 l, mit denen Viktor erfüllen will, hat er jedoch nicht ausgesondert – gemäss Sachverhalt sind diese mit der Milch für andere Abnehmer vermischt (total 6'000 l). Wenn die Gefahr nicht übergegangen ist, müsste Kurt eigentlich nicht bezahlen. Kann das richtig sein? Viktor wird argumentieren, dass er befreit wäre, wenn Kurt rechtzeitig die Milch abgenommen hätte. Dies ist im Gesetz nirgendwo erfasst, man könnte es aber aus Art. 103 Abs. 1 OR *analog* ableiten.<sup>20</sup> Analog ist die Anwendung deshalb, weil sich Kurt nicht im Schuldnerverzug befindet: Der normal anwendbare Schluss – *wer nicht annehmen will, will auch nicht bezahlen* – findet hier keine Stütze, da sein Verhalten nicht auf eine Verweigerung, sondern vielmehr auf Vergesslichkeit hindeutet.

### **Sachverhalt Nr. 4**

Die Stadt Seldwyla und die ABZ Recycling AG schlossen am 1. Januar 2014 einen Fünfjahresvertrag über die Entsorgung von Klärschlamm gegen das im städtischen Klärschlammtarif vorbestimmte Entgelt von Fr. 100 pro Tonne Klärschlamm ab. Am 1. Januar 2017 stellte sich heraus, dass ein Beamter der Stadtentwässerung, der den Vertrag nicht selbst unterzeichnet hatte, im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss von der ABZ Recycling AG Bestechungsgelder in der Höhe von Fr. 300'000 entgegengenommen hatte. In der Folge berief sich die Stadt Seldwyla auf die Unwirksamkeit des Vertrags und weigerte sich, die offenen Rechnungen zu bezahlen sowie die Klägerin weiterhin mit Klärschlamm zu beliefern. *Worauf kann sich die Stadt Seldwyla berufen und was sind die Folgen davon?*

### **Lösungsvorschlag Nr. 4**

Der Lösungsweg zeichnet sich wie folgt ab: Zuerst ist zu klären, ob der Klärschlammvertrag nichtig wegen Sittenwidrigkeit ist (Art. 20 Abs. 1 OR) oder aufgrund von Willensmängeln angefochten wer-

---

<sup>18</sup> Zum konkludenten Verhalten vgl. CHK-Mercier, OR 91 N 18: „Das Unterlassen der Annahme kann erfolgen durch explizite Ablehnung (...) oder durch konkludentes Verhalten (zB Nichteinhalten eines Termins;...)“

<sup>19</sup> Vgl. BSK-Bernet, OR 91 N 5: „Ohne Angebot tritt der Gläubigerverzug in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 2 und Art. 108 ipso iure dann ein, wenn ein bestimmter Erfüllungstermin feststeht, z.B. aufgrund von Vereinbarung, Kündigung oder Abruf des Gläubigers, und der Gläubiger diesen Termin verstreichen lässt (...).“

<sup>20</sup> Vgl. die Hinweise bei Schwenzer, OR AT, N 70.04 und 70.05; vgl. Bucher, OR AT, 324 f.: „Analog zum Schuldnerverzug (OR 103/I) muss die Gefahrtragung bzw. Haftung für Zufall mit dem Eintritt des Gläubigerverzuges auf den Gläubiger übergehen. Das BGB (§§ 300/I, 324/II) enthält eine entsprechende allgemeine Vorschrift; das OR kennt nur beim Werkvertrag eine entsprechende Regel (OR 376/I), während beim Kauf eine solche angesichts der Gefahrtragung des Käufers (OR 185/I) entbehrlich ist. In den seltenen Anwendungsfällen, die sich ausserhalb des Werkvertrags und Kaufvertrags denken lassen, sollte auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage der im Verzug befindliche Gläubiger gefahrbelastet sein. Die Regel des Gefahrübergangs infolge Annahmeverzugs erfordert differenzierte Betrachtung bei Gattungsschulden. In strenger Betrachtungsweise kann die Gefahr aus sachlogischen Gründen erst dann als übergegangen gelten, wenn überhaupt feststeht, welche Einheiten der Gattung dem Gläubiger geliefert werden sollen; eine entsprechende Grenzziehung statuiert für den Kauf OR 185/II. Im Sinne eines Schutzes des erfüllungsbereiten, jedoch durch den Gläubiger an der Erfüllung gehinderten Schuldners kann man einen Gefahrübergang in dem Umfange annehmen, als dem Schuldner der Nachweis gelingt, dass er ohne Annahmeverzug des Gegners diesem aus einem bei ihm nachher untergegangenen Quantum geliefert hätte, wobei diese Regel, wie V. TUHR zutreffend feststellt, nicht auf Geldschulden Anwendung finden darf.“

den kann (Art. 23 ff. OR). In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob und wie eine Rückabwicklung vorzunehmen ist.

Der *Klärschlammvertrag* ist nicht sittenwidrig, sondern das *Schmiergeldversprechen* zwischen der Recyclingfirma ABZ und dem bestochenen Beamten. Dieses Verhältnis schlägt nicht auf den Klärschlammvertrag durch.<sup>21</sup> Ein Vertrag über die Entsorgung von Klärschlamm ist nicht sittenwidrig.

Jetzt stellt sich die Frage, ob die Stadt Seldwyla die absichtliche Täuschung oder den Grundlagenirrtum geltend machen kann. Die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR sind ein *täuschendes Verhalten*, die *Täuschungsabsicht*, die *Widerrechtlichkeit* und ein *Irrtum*, der für den Vertragsschluss *kausal* sein muss.<sup>22</sup> Die Recyclingfirma täuscht, indem sie ihr treuwidriges Verhalten, das in der Bestechung liegt, geheim hält.<sup>23</sup> Dass dies mit Wissen und Willen geschieht, ist klar. Genauso richtet sich das Verhalten auf einen Vertragsschluss, der mit Wissen über die Bestechung niemals zustande kommen würde. Es liegt deshalb Absicht vor.<sup>24</sup> Der dadurch hervorgerufene Irrtum bezieht sich auf die Loyalität des Vertragspartners.<sup>25</sup> Der Irrtum bei der absichtlichen Täuschung muss nicht wesentlich im Sinne von Art. 23 ff. OR sein.<sup>26</sup> Die Widerrechtlichkeit liegt in der täuschenden Handlung.<sup>27</sup> Bei der Kausalität dieses Irrtums für den Vertragsschluss ist zu prüfen, ob der Irrtum für den Abschluss des Vertrags kausal war: „Die Täuschung ist kausal, wenn der Getäuschte den Vertrag in Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht (...) oder nicht mit dem entsprechenden Inhalt (...) abgeschlossen hätte.“<sup>28</sup> Dies könnte man ohne Probleme bejahen. Die Stadt Seldwyla würde den Vertrag mit der Recyclingfirma niemals abschliessen, wenn sie von einer Bestechung wüsste. Die Gerichte haben im Klärschlammfall indes fehlerhaft eine andere Kausalität geprüft und verneint, weil der bestochene Beamte keine Einflussmöglichkeit auf den Vertragsschluss und die Vertragsbedingungen hatte.<sup>29</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl. BGE 129 III 320 ff., 324: „Sittlich bedenkliche Machenschaften im Vorfeld des Vertrags, die sich nicht in dessen Inhalt niederschlagen, machen ihn nicht sittenwidrig (...). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre haben daher Verträge, die durch Schmiergelder bewirkt werden, im Gegensatz zu den Schmiergeldversprechen als solchen keinen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt und fallen nicht unter die Nichtigkeitsfolgen von Art. 20 OR (...).“

<sup>22</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 3-10.

<sup>23</sup> Vgl. die Überlegungen bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39: „Wer in einem Vertragsverhandlungsverhältnis Mitarbeiter der Gegenseite besticht, handelt nicht nur krass treuwidrig, sondern er muss auch wissen, dass das Bekanntwerden der Bestechung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Verhandlungsabbruch zur Folge hätte. Dementsprechend wird der Bestechende alles daran setzen, dass sein illoyales Verhalten der Gegenpartei verborgen bleibt. Bestechung und Vertuschung der Bestechung sind mit anderen Worten funktionsnotwendig miteinander verbunden: Die bestechende Partei schafft in illoyaler Weise einen potenziell abschlussrelevanten Sachverhalt und sorgt zugleich gezielt dafür, dass dieser Sachverhalt der Gegenpartei verborgen bleibt. Sie täuscht durch Schweigen. Das Verhalten der Klägerin ist deshalb als Täuschungshandlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR zu qualifizieren.“

<sup>24</sup> So auch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39.

<sup>25</sup> So auch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39.

<sup>26</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 9.

<sup>27</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 8: „Anders als bei der Furchterregung (OR 29 I) wird die Widerrechtlichkeit in OR 28 I nicht ausdrücklich als Tatbestandselement erwähnt. Die Lehre führt dies darauf zurück, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass jede absichtliche Täuschung widerrechtlich sei (...).“

<sup>28</sup> CHK-Kut, OR 28 N 10.

<sup>29</sup> Vgl. das wörtliche Zitat bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39: „Die Beweislast für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung hat der Getäuschte zu tragen. Vor allem hat er die Täuschungshandlungen und ihren kausalen Einfluss auf den Vertragsabschluss nachzuweisen. Gelingt ihm der Nachweis der Täuschungshandlung, so spricht im Allgemeinen auch die Vermutung für das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges. Dem Täuschenden steht der Gegenbeweis offen, dass der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte (...). Mit Bezug auf den konkreten Fall führt das Gericht aus: „Die Stellung (des Beamten A.) auf Seiten der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Klägerin ist für die Frage des Einflusses der Schmiergelder auf den Vertrag von zentraler Bedeutung. Ohne Nachweis massgeblicher Einwirkungsmöglichkeiten (des Beamten A.) auf den Abschluss des Vertrages und die inhaltliche Gestaltung desselben gebräuche es bereits an einer kausalen Beziehung zwischen Bestechung und Vertrag.““; vgl. dazu noch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 40: „Das Obergericht geht davon aus, der nachzuweisende Kausalzusammenhang sei jener zwischen der Bestechung und der Vertragsgestaltung, und macht in der Folge die Einwirkungsmöglichkeiten des bestochenen Beamten auf die Vertragsgestaltung zum zentralen Gegenstand seiner Überlegungen. Richtigerweise wäre stattdessen der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschungshandlung, d.h. dem Verheimlichen der Bestechungszahlungen, und der Fehlvorstellung der Beklagten hin-

Auch der Grundlagenirrtum ist zu prüfen (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Loyalität des Vertragspartners muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Vertragspartner auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also für die Willensbildung des Käufers *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).<sup>30</sup> Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der fragliche Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).<sup>31</sup> Dass die Stadt Seldwyla nur mit „sauberen“ Vertragspartnern Geschäfte abwickeln will, erscheint als plausibel, auch objektiv betrachtet kommen Geschäfte mit bestechenden Vertragspartnern nicht in Frage.<sup>32</sup> Auch der Geschäftspartner muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).<sup>33</sup> Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für die Recyclingfirma sicher zu bejahen – deswegen verheimlicht sie diesen Umstand. Kurt muss die Anfechtung innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums (gemäss Sachverhalt am 1. Januar 2017) erklären (vgl. Art. 31 Abs. 2 OR, relative Frist). Eine absolute Frist gibt es nicht,<sup>34</sup> doch könnte in der vorbehaltlosen Annahme und Erbringung der Vertragsleistungen im Wissen um den Anfechtungsgrund eine Genehmigung des Vertrages liegen.<sup>35</sup>

Was sind die Folgen der Anfechtung? Grundsätzlich fällt der Vertrag *ex tunc* weg. Die Leistungen sind mit Vindikation und Kondiktion zurückzuerstatten. Das Bundesgericht macht in analoger Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR eine Ausnahme für *Dauerschuldverhältnisse*. Ist bei diesen das Synallagma vom Mangel nicht betroffen, erfolgt die Anfechtung lediglich mit Wirkung einer Kündigung *ex nunc*.<sup>36</sup> Der Sachverhalt hält fest, dass die Stadt vorliegend den vorbestimmten Klärschlamm-Tarif benützte. Dies zeigt, dass die Bestechung die vorbestimmten Konditionen nicht beeinflussen konnte – es sei denn, dass sie für die Wahl durch die Stadt gar nicht qualifiziert gewesen wäre und so einen Zuschlag erschlichen hätte. Dafür gibt der Sachverhalt aber nichts her. Deshalb muss die Stadt einzig diejenigen Rechnungen begleichen, die bis zum Zeitpunkt der Kündigung entstanden sind. Die Anfechtung hat lediglich die Wirkung einer Kündigung *ex nunc*.

---

sichtlich der Loyalität ihrer Vertragspartnerin sowie jener zwischen dieser Fehlvorstellung und dem Vertragsschluss zu untersuchen gewesen. Dieser Kausalzusammenhang ist ohne weiteres zu bejahen: Hätte die Stadt Zürich von der Bestechung gewusst, wäre sie die vertragliche Bindung zweifellos nicht eingegangen.“

<sup>30</sup> Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 21.

<sup>31</sup> Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 22.

<sup>32</sup> Vgl. das wörtliche Zitat des Bezirksgerichtsurteils bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 37: „Die Vorinstanz hält fest, die Klägerin habe (dem Beamten A.) Schmiergelder bezahlt. Damit habe sich die Beklagte insofern in einem Irrtum bei Vertragsabschluss und Vertragserfüllung befunden, als sie von dieser bestecherischen, krass gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossenden Handlungsweise der Klägerin nichts gewusst habe. Vielmehr habe sie geglaubt, es mit einem loyalen Geschäftspartner zu tun zu haben. Ihr Irrtum habe sich somit nicht auf den Vertragsinhalt oder die Vertragspartei an sich erstreckt, sondern er habe sich auf einen ausserhalb des Vertrages liegenden Umstand bezogen. Diese Missachtung loyaler Verhaltensregeln habe dadurch noch zusätzlich an Gewicht gewonnen, als die Parteien über einen Fünfjahresvertrag miteinander verbunden gewesen seien, weshalb der Vertrauenswürdigkeit eines Vertragspartners eine zentrale Bedeutung zukomme. Somit handle es sich um einen wesentlichen Irrtum (...).“

<sup>33</sup> Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 23, m.w.H. Das Bundesgericht verlangt das Erfordernis der Erkennbarkeit regelmässig, vgl. BGer 4C.37/2004, E. 3.2: „Zusätzlich muss es für die Gegenpartei erkennbar gewesen sein, dass der fälschlich angenommene Sachverhalt für den Irrenden Geschäftsgrundlage war (...). Ein Grundlagenirrtum darf nur angenommen werden, wenn der Vertragspartner bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen, welche Bedeutung der entsprechende Sachverhalt für den Irrenden hatte. Nur wenn diese Erkennbarkeit gegeben ist, darf der Irrende den Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Geschäftsgrundlage betrachten. Anders würde der Vertragspartner mit einem nach Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Geschäftsrisiko belastet (...).“

<sup>34</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff., 140.

<sup>35</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 31 N 20.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 129 III 320 ff., 329 f.: „Ein Vorbehalt zur reinen Auflösung des Vertrags *ex nunc* ist jedoch für den Fall anzubringen, dass der Willensmangel sich im Synallagma selbst auswirkte, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war. Hier vermag die Anfechtung insoweit zurückzuwirken, als die gegenseitigen Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung neu bewertet und bei gegebener Kausalität des Irrtums auf ihr Gleichgewicht nach dem Regelungsgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert werden (...).“