

Lektion Nr. 3
Sachverhalt Nr. 1

Die Bestellerin SA ist Eigentümerin eines Geschäftsreiseflugzeugs vom Typ Lockheed Jetstar. Dieses befindet sich auf dem Gelände des Flughafens Genf-Cointrin, wo es von der Unternehmerin AG gewartet und instand gestellt wurde. Die Unternehmerin AG forderte die Bestellerin SA mehrmals erfolglos auf, das gewartete Flugzeug abholen zu lassen und Fr. 110'000 als Werklohn zu bezahlen. Wie kann die Unternehmerin AG vorgehen?

Lösungsvorschlag Nr. 1

Es geht eindeutig um den Gläubigerverzug, denn die Unternehmerin AG hat gemäss Sachverhalt die Bestellerin SA mehrfach aufgefordert, das Flugzeug abzuholen. Ein Flugzeug kann man nur schlecht hinterlegen. Anwendbar ist deshalb Art. 93 Abs. 1 OR. Eigentlich würde die Werkvertragsleistung unter Art. 95 OR fallen, denn es geht um eine *andere Verpflichtung als eine Sachleistung*. Geschuldet ist nicht das *Flugzeug*, sondern die *Wartung am Flugzeug*, doch ist die Rückgabe immerhin eine *Nebenleistungspflicht*.¹ Ein Rücktritt vom Werkvertrag bringt aber vorliegend nicht viel, denn die Wartungsarbeiten sind vollendet und das Problem des Platzbedarfs des Flugzeugs wäre nicht gelöst. Das Flugzeug bleibt auch bei einem Rücktritt auf dem Platz stehen. Die Befreiungswirkung nach Art. 93 OR tritt ein, wenn die Unternehmerin AG den Selbsthilfeverkauf durch den Richter androhen und bewilligen lässt und den Verkaufserlös zugunsten der Bestellerin SA überweist oder für sie hinterlegt.² Damit ist auch die alte Streitfrage gelöst, ob man nur eigene Sachen mit Selbsthilfeverkauf veräussern könne.³ Man kann also auch eine fremde Sache veräussern.

Sinnvoll wäre es dann, die Werklohnforderung mit dem Verkaufserlös gemäss Art. 120 OR zu verrechnen.⁴ Die Hauptforderung ist erfüllbar, die Verrechnungsforderung fällig (vgl. Art. 372 Abs. 1 OR).⁵ Die *Gegenseitigkeit* (Forderung und Schuld zwischen Bestellerin SA und Unternehmerin AG) und die *Gleichartigkeit* (beide Forderungen bestehen aus Geld, die eine zumindest nach dem Verkauf des Flugzeugs) bestehen ebenfalls. Die Unternehmerin AG muss zusätzlich noch die Verrechnungserklärung aussprechen (vgl. Art. 124 Abs. 1 OR).

¹ Vgl. BGer 4A_640/2009, E. 7.1: „Ist eine andere als eine Sachleistung geschuldet, zum Beispiel eine Arbeits- oder Dienstleistung, scheidet eine Hinterlegung (mit oder ohne vorausgehendem Selbsthilfeverkauf) selbstredend aus. Es gibt nichts Körperliches, das hinterlegt werden könnte. In diesem Fall greift der Rechtsbehelf des Vertragsrücktritts nach Art. 95 OR. Dieser dient insbesondere dem Unternehmer im Rahmen eines Werkvertrags, wenn der Besteller durch die Verweigerung der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen Beginn oder Vollendung des Werks verhindert (...). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist die Situation anders bei Werkverträgen, welche die Reparatur oder die Wartung einer Sache zum Gegenstand haben, die der Schuldner in Besitz erhalten hat und die er nach Werkvollendung dem Gläubiger zurückgeben soll. Ist dem Schuldner die Rückgabe der Sache wegen des Gläubigerverzugs verunmöglicht, muss ihm eine Hinterlegung nach den Art. 92-94 OR gestattet sein (...). Die Nebenpflicht zur Rückgabe der Sache beschlägt eine Sachleistung im Sinne von Art. 93 OR. Dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt und demnach kein Bundesrecht verletzt.“ Die Rückgabe ist keine Nebenpflicht, sondern eine Nebenleistungspflicht, denn sie wäre einklagbar, was bei Nebenpflichten nicht der Fall ist.

² Vgl. BGer 4A_640/2009, E. 5.1: „Das Gesetz regelt die Wirkungen des Gläubigerverzugs bei Sachleistungen (Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf, Art. 92-94 OR) und bei „anderen Leistungen“ (Rücktritt vom Vertrag, Art. 95 OR). Zu Recht betont die Vorinstanz den engen Zusammenhang zwischen Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf, bildet Letzterer doch nur eine besondere Form der Hinterlegung. Der Selbsthilfeverkauf bezweckt, eine nicht hinterlegungsfähige Sache durch eine hinterlegungsfähige zu ersetzen. Die Befreiung des Schuldners tritt dabei nicht bereits mit dem Verkauf der Sache, sondern erst mit der Aushändigung des Verkaufserlöses an den Gläubiger oder bei Annahmeverweigerung mit der Hinterlegung ein. Der Schuldner kann sich ferner dadurch befreien, dass er den Verkaufserlös mit einer Geldforderung gegen den Gläubiger verrechnet (...).“

³ Vgl. dazu Stöckli, BR 2010, 178.

⁴ Vgl. das Zitat in FN 2.

⁵ Vgl. CHK-Killias/Wiget, OR 120 N 7: „Entgegen dem Wortlaut von OR 120 I muss alleine die Verrechnungsforderung fällig sein; für die Hauptforderung genügt Erfüllbarkeit (...).“ und CHK-Killias/Wiget, OR 120 N 8: „Im Unterschied zur Verrechnungsforderung muss die Hauptforderung nicht klagbar sein. Der Verrecknende kann also auch eine Naturalforderung des Verrechnungsgenegers durch Verrechnung mit der eigenen, klagbaren Forderung tilgen (...).“

Sachverhalt Nr. 2

Käufer Kurt und Verkäufer Viktor einigen sich darauf, dass Viktor einen neuen Flachbildschirm inkl. Satellitenschüssel in Kurts Wohnung liefert und installiert zum Preis von Fr. 3'000. Beim Transport des Fernsehers ins Wohnzimmer schlägt Viktor eine alte Mingvase von Kurt um und zerstört diese (Wert Fr. 1'000). Beim ersten Gebrauch schliesst sich die Anlage aufgrund eines mangelhaften Steuerungsgerätes im Fernseher kurz und zerstört sich selbst. Viktor wusste von diesem Mangel nichts. Als er den Fernseher installierte, funktionierte alles noch einwandfrei. Welche *vertraglichen* Ansprüche hat Kurt gegen Viktor?

Lösungsvorschlag Nr. 2

Es ist wichtig, die beiden Probleme auseinanderzuhalten, obwohl beide von Art. 97 Abs. 1 OR erfasst sind:

- Der Kurzschluss des Fernsehers gehört eigentlich zur Sachgewährleistung, die beim Kauf in Art. 197 ff. OR geregelt ist und *Wandlung, Minderung und Schadenersatz* (Art. 205 ff. OR) vorsieht. *Alternativ* dazu ist es möglich, Art. 97 Abs. 1 OR anzuwenden, als Tatbestand der Schlechterfüllung (Verletzung einer Hauptpflicht), doch übernimmt das Bundesgericht für diesen Anspruch sämtliche Spezifika der Sachgewährleistung – dies sind die strenge Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Art. 201 OR) und die kurze Verjährung (zwei Jahre, vgl. Art. 210 Abs. 1 OR).⁶
- Die *zerstörte Mingvase* hat mit dem vereinbarten Leistungskatalog auf den ersten Blick nichts gemein, doch ist auch auf diese Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar. Es ist die positive Vertragsverletzung – nicht einer *Hauptpflicht*, denn diese betrifft nur die Fernsehanlage, sondern einer *Nebenpflicht*, weil jeder Vertrag auch die Nebenpflicht enthält, die Güter des Vertragspartners zu schützen.⁷ Die Voraussetzung sind die Verletzung der Nebenpflicht, ein Schaden, der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang sowie ein Verschulden.

Kurt vs Viktor: Schadenersatz, Fr. 1'000 aus positiver Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR)

Die Verletzung betrifft die Schutzpflicht gegenüber den Rechtsgütern des Vertragspartners.⁸ Der Schaden liegt in der Verminderung von Kurts Vermögen um die Vase, die einen Wert von Fr. 1'000 aufweist. Die Verletzung der Nebenpflicht verhält sich natürlich kausal zum Eintritt des Schadens, denn sie ist *conditio sine qua non* der zerstörten Vase. Für die adäquat kausale Kausalität verwendet das Bundesgericht die folgende Formel: „*Danach hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt*

⁶ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421.

⁷ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 59; vgl. das Beispiel einer explizit vereinbarten Nebenpflicht in BGer 4C.463/2004, E. 2 und das Beispiel einer nicht explizit vereinbarten Nebenpflicht in BGer 4A_494/2010, E. 4.1: „*Die Vorinstanz ging in rechtlicher Hinsicht unbestritten und zutreffend davon aus, dass das Vertragsverhältnis der Parteien als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 OR zu qualifizieren ist. Die einzige im Gesetz ausdrücklich erwähnte Pflicht des Bestellers, nämlich die Leistung einer Vergütung, wird durch Nebenpflichten, die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB fließen, ergänzt. In der Lehre wird postuliert, der Besteller habe aufgrund des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) im Rahmen des Zumutbaren alles Mögliche zu tun, um den Unternehmer, soweit es in seiner Hand liegt, bei der Ausführung des Werkes vor Schaden an Leib, Gesundheit oder Sachen zu bewahren. So habe er ihn unter anderem auf Gefahren hinzuweisen, die ihm bekannt, für den Unternehmer jedoch nur schwer erkennbar sind. Wenn der Unternehmer bei der Vertragserfüllung in den Einflussbereich des Bestellers gelange, weil er das Werk zum Beispiel in den Räumen oder auf dem Baugrund des Bestellers, mit dessen Arbeitsmitteln oder Werkstoff, an dessen Werkgegenstand oder unter dessen persönlicher Leitung ausführe, so dürfe er diesbezüglich die gleiche Fürsorge wie ein Arbeitnehmer erwarten, weshalb Art. 328 OR sinngemäss zur Anwendung komme (...)*“; vgl. BGE 113 II 246 ff., 250: „*Nach dem Vertrauensgrundsatz darf der Benützer einer derartigen Luftseilbahn sich darauf verlassen, dass diese nicht nur die Hauptleistung des Transportes erfüllt, sondern auch als Nebenleistung für Pistensicherheit und Rettungsdienst sorgt. Es verhält sich damit nicht anders als mit der Informations- und Warnungspflicht (Pistenzustand, Lawinengefahr etc.), in der auch Autoren eine vertragliche Nebenpflicht sehen, die dies für die Pistensicherung ablehnen (...)*“

⁸ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 59.

des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (...). Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist sowohl im Sozialversicherungs- als auch im Haftpflichtrecht eine Begrenzung der Haftung (...). Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein (...).“⁹ Die Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Installation des Fernsehers ist nach dem allgemeinen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden an den Gütern von Kurt zu verursachen. Betrachtet man die Verletzung der Schutzpflicht als Unterlassung, so würde die natürliche Kausalität fehlen, doch fragt das Bundesgericht nach der hypothetischen Kausalität: Hätte Viktor bei richtiger Sorgfalt den Schaden vermeiden können? Die Antwort ist hier auch ja.¹⁰ Die Vertragsverletzung erfolgte vorliegend kaum absichtlich, aber wohl fahrlässig: Viktor hätte schon aufpassen müssen, dass er keine Einrichtungsgegenstände in Kurts Wohnung beschädigt. Die Rechtsfolge ist *Schadenersatz*. Der *Rücktritt* kommt bei dieser nicht sonderlich gravierenden Verletzung noch nicht in Frage. Ohnehin kommt er nur in Frage, wenn noch nicht vollständig erfüllt worden ist.¹¹

Kurt vs Viktor: Schadenersatz, Fr. 3'000 aus Schlechterfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR)

Der zerstörte Fernseher fällt insoweit unter Art. 97 Abs. 1 OR, als seine Lieferung eine Schlechterfüllung (einer Hauptpflicht) darstellt. Der Schaden besteht in der Erfüllung mit einem mangelhaften Fernseher. Dieser hat einen Minderwert, den es zu ersetzen gilt. Die natürliche und adäquate Kausalität der Schlechterfüllung zum eingetretenen Schaden ist offensichtlich. Hätte Viktor ein mangelfreies Gerät geliefert, wäre es nicht zu einem schädigenden Kurzschluss gekommen. Die Lieferung eines mangelhaften Geräts ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, einen solchen Schaden zu verursachen. Doch fehlt ein Verschulden. Viktor wusste von diesem Mangel nichts und hat diesen auch nicht verschuldet herbeigeführt. Es trifft ihn folglich kein Verschulden an dieser Vertragsverletzung. Ein allfälliges Verschulden des Herstellers lässt sich Viktor hypothetisch nicht vorwerfen, da der Lieferant oder Hersteller kein Erfüllungsgehilfe ist.¹² Kurt muss folglich die verschuldensunabhängige Sachgewährleistung beanspruchen.

⁹ Vgl. BGE 123 III 110 ff., 112.

¹⁰ Vgl. BGer 4A_464/2008, E. 3.3.1: „Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il y a lieu de distinguer entre la causalité naturelle et la causalité adéquate même si la violation d'une obligation contractuelle est imputable à une omission. Toutefois, pour retenir une causalité naturelle en cas d'omission, il faut admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si l'intéressé avait agi conformément à la loi ou au contrat. Un lien de causalité naturelle ne sera donc pas nécessairement prouvé avec une exactitude scientifique. Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur. En règle générale, lorsque le lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, il ne se justifie pas de soumettre cette constatation à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité. Ainsi, lorsqu'il s'agit de rechercher l'existence d'un lien de causalité entre une ou des omissions et un dommage, il convient de s'interroger sur le cours hypothétique des événements.“

¹¹ Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 97 N 58 und CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 141: „Es muss vielmehr eine schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegen, die geeignet erscheint, das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien so zu erschüttern, dass eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist (...). Überdies wird das Rücktrittsrecht weiter beschränkt: Der Vertrag darf noch nicht beidseitig erfüllt sein oder es liegt bei einem Dauerschuldverhältnis eine Gefährdung der künftigen Leistungen vor (...).“

¹² Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 3067 f.: „Art. 101 nennt als Hilfspersonen beispielhaft die Familienmitglieder und Arbeitnehmenden. Im Übrigen ist aber die Frage anhand des konkreten Einzelfalls zu entscheiden. Streitig ist, ob die Lieferantin als Hilfsperson zu qualifizieren sei. Dies wird von einer Minderheit bejaht. Die Mehrheit hält dagegen, des Schuldners Leistungspflicht bestehe nur in der Übereignung der Sachen an die Gläubigerin, woran die Lieferantin in keiner Weise mitwirke. Insofern könne die Lieferantin auch nicht Hilfsperson sein. Die Mehrheitsmeinung verdient im Ergebnis Zustimmung. Massgebend darf allerdings nicht das formalistische Kriterium der Übereignungspflicht sein. Das angeschnittene Problem betrifft die Arbeitsteilung und ist somit wirtschaftsrechtlich anzugehen. Richtiger Ansicht nach liegt Arbeitsteilung durchaus auch im Interesse der Gläubigerin. Kriterium für die Qualifikation als Hilfsperson ist daher, ob die Unternehmerverantwortung für Handlungen des beigezogenen Dritten beim Schuldner liegt. Das ist bei der Lieferantin in der Regel zu verneinen, ausnahmsweise indessen zu bejahen (zum Beispiel bei Konzerntöchtern als Zulieferfirmen der Konzernmutter oder bei überschüssender Nachfragemacht des Schuldners und daraus folgender Abhängigkeit der Lieferantin).“

Sachverhalt Nr. 3

Käufer Kurt schliesst mit Verkäufer Viktor einen Vertrag über den berühmten Diamanten „Millennium Star“ ab, lieferbar in zwei Monaten, zum adäquaten Preis von Fr. 2'000'000. Wie ist die Rechtslage, wenn...

1. Viktor den Diamanten wegen eines nach Vertragsschluss beschlossenen Blutdiamanten-Einfuhr- und Handelsembargos nicht liefern kann?
2. Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der Eigentümer diesen nicht verkaufen will?
3. Viktor den Diamanten zwar kaufen könnte, der Eigentümer aber Fr. 5'000'000 verlangt?
4. Viktor den Diamanten zwar beschaffen konnte, diesen aber aus Nachlässigkeit bei der Rheinüberquerung auf dem Weg zu Kurt verliert?
5. Viktor den Diamanten zwar beschaffen kann, aber ihn dem Dritten Daniel verkauft und übergibt, der ihm Fr. 2'100'000 geboten hat und ihn jetzt nicht weiterverkaufen will?
6. Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der Diamant unmittelbar vor Vertragsschluss von einem Dieb gestohlen worden ist, ohne dass Viktor etwas davon erfahren hätte?
7. Viktor nicht den echten Millennium Star übergibt, sondern eine Fälschung, die er bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen müssen?
8. Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der „Millennium Star“ ein Mythos ist, den es in Wirklichkeit gar nicht gibt?

Lösungsvorschlag Nr. 3

1. Viktor den Diamanten wegen eines nach Vertragsschluss beschlossenen Blutdiamanten-Einfuhr- und Handelsembargos nicht liefern kann?

Es geht um den Fall *nachträglicher*, d.h. erst nach Vertragsschluss eintretender, *objektiver Unmöglichkeit*. Wenn Viktor nicht liefern kann und auch nicht ahnen musste, dass ein Lieferverbot ergehen würde, dann ist die *objektive* – denn auch sonst kann niemand leisten – Unmöglichkeit *unverschuldet*.¹³ Dies ist ein Anwendungsfall von Art. 119 Abs. 1 OR, bei Vorliegen eines Verschuldens von Art. 97 Abs. 1 OR. Es ist hier ein Sonderfall der rechtlichen Unmöglichkeit.¹⁴ Es bleibt bei der Lösung des Art. 119 Abs. 2 OR. Art. 119 Abs. 3 OR bzw. Art. 185 Abs. 1 OR können keine Anwendung finden, weil kein Untergang oder keine Verschlechterung der Sache eintritt. Der Verkäufer kann den Stein behalten und weitemutzen. Es wäre unbillig, wenn der Käufer dennoch bezahlen müsste. Anders wäre wohl zu entscheiden, wenn der Stein vom Staat beschlagnahmt würde.¹⁵

2. Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der Eigentümer diesen nicht verkaufen will?

Es kann noch jemand erfüllen, es ist folglich nur eine *subjektive Unmöglichkeit*, die aber schon bei Vertragsschluss besteht. Art. 20 OR erfasst aber nur die ursprüngliche *objektive* Unmöglichkeit.¹⁶ Ist

¹³ Vgl. BSK-Wiegand, OR 97 N 9; vgl. BGE 111 II 352 ff., 354: „Objektive Unmöglichkeit der Leistung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 OR entbindet den Schuldner von seinen vertraglichen Verpflichtungen nur, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu verantworten hat. Die Unmöglichkeit kann nebst tatsächlichen Gründen auf einer neuen, nachträglich eingetretenen Rechtslage beruhen. So können namentlich behördliche Verbote, beispielsweise Ausfuhrsperrn, den Schuldner hindern, die Leistung vertragsgemäss zu erbringen (...). Für die Unmöglichkeit der Leistung aus rechtlichen Gründen ist der Schuldner verantwortlich, wenn er Leistung versprochen hat, obwohl er wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, dass er sie unter Umständen nicht werde erbringen können; in diesem Fall haftet er nach Art. 97 OR (...).“

¹⁴ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2560: „Dass die Unmöglichkeit auf tatsächlichen Gründen beruhen kann, ist seit jeher unbestritten. Dasselbe gilt aber heute – entgegen der älteren Lehre – auch für die Unmöglichkeit, die auf rechtlichen Gründen beruht: Die Maschinenanlage wird mit einem Ausfuhrverbot belegt. Ein Gericht verbietet die Zahlungsüberweisung.“

¹⁵ Vgl. aber CR-Venturi/Zen-Ruffinen, OR 185 N 8, der die Kaufpreisgefahr auch bei einer „*interdiction d'importation*“ übergehen lässt. BSK-Koller, OR 185 N 4 setzt für die Anwendung von Art. 185 Abs. 1 OR den Untergang oder den Entzug der Sache voraus, was bei einem schlichten Embargo keine Geltung beanspruchen kann; vgl. dazu auch BK-Giger, OR 185 N 18: „Aus dem Bisherigen ging bereits hervor, dass unter „Gefahr“ nicht jede vom Verkäufer nicht verschuldete Unmöglichkeit der Leistung zu verstehen ist, sondern nur eine die Kaufsache selbst treffendes Ereignis, insbesondere der Untergang oder Verschlechterung (...).“

¹⁶ Vgl. BSK-Huguenin, OR 19/20 N 46.

das verschuldet? Viktor hat den Diamanten im Wissen versprochen, dass er ihn noch nicht hat. Er muss für die Übernahme dieses Beschaffungsrisikos einstehen.¹⁷ Dies ist ein Anwendungsfall von Art. 97 Abs. 1 OR. Folge davon ist ein Schadenersatzanspruch.¹⁸

3. Viktor den Diamanten zwar kaufen könnte, der Eigentümer aber Fr. 5'000'000 verlangt?

Die Leistung wäre möglich, doch ist sie unerschwinglich. Subjektive Unmöglichkeit liegt in diesen Fällen erst dann vor, „wenn die zur Erfüllung erforderlichen Mühen und Aufwendungen in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Leistung stehen“.¹⁹ Man könnte dies bejahen, denn es ist keine marktbedingte Preissteigerung. Dies ist aber strittig. Andere Autoren plädieren erst für ein Einschreiten, wenn die *clausula rebus sic stantibus* greift.²⁰ Bezüglich des Verschuldens müsste man beurteilen, ob das Beschaffungsrisiko auch solche Fälle exorbitanter Leistungen abdeckt oder nur das Beschaffungsrisiko in normalen Beschaffungskanälen (Märkte, Engros Händler).²¹ Im Vergleich zur vorherigen

¹⁷ Vgl. Huguenin, N 832: „In den meisten Fällen wird der Schuldnerin bei der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit der Exkulpationsbeweis (...) nicht gelingen. In der Regel ist für sie bei Vertragsschluss nämlich ohne weiteres erkennbar, dass sie die Leistung nicht erbringen können; alsdann muss sie sich ein Verschulden anrechnen lassen (sog. Übernahmeverschulden). So kommt Art. 97 Abs. 1 OR zur Anwendung, wenn die Schuldnerin eine verkaufte Sache, die ihr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht gehört, nicht beschaffen kann. Art. 119 OR kommt in diesen Fällen nur ausnahmsweise zum Zug: Schwenger (...) nennt etwa das Beispiel, dass der Verkäuferin der Kaufgegenstand ohne ihr Wissen kurz vor Vertragsschluss gestohlen wurde.“; vgl. BGE 117 II 71 f., 72: „Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO). L'hypothèse visée par cette disposition est réalisée lorsque le bailleur ne met pas les locaux à la disposition du preneur à la date convenue (...). S'agissant plus particulièrement du bailleur empêché de le faire à cause d'une procédure de prolongation de bail introduite par l'ancien locataire, il faut (...) admettre en principe une faute du bailleur, car il est imprudent de conclure un nouveau contrat aussi longtemps qu'il doit compter avec la prolongation de l'ancien bail. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens il y a fort longtemps déjà (...). Le bailleur doit même, avant de convenir avec le futur locataire de la date d'entrée dans les locaux, prendre en considération l'éventualité d'une procédure en prolongation de bail; en effet, dans cette hypothèse, le locataire peut rester dans la chose louée (...).“

¹⁸ Vgl. BSK-Wiegand, OR 97 N 58.

¹⁹ BSK-Wiegand, OR 97 N 14; vgl. BGE 135 III 212 ff., 218: „Erstere ist gegeben, wenn niemand mehr in der Lage ist, die Forderung zu erfüllen; Letztere, wenn die Erfüllung zwar an sich möglich, aber der Schuldner dazu ausserstande ist. Die Leistung ist namentlich dann subjektiv unmöglich, wenn nach Treu und Glauben im Verkehr dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zumutbar ist (BGE 82 II 332 E. 5 S. 338). Dabei genügt jedoch nicht, dass die Leistung bloss erheblich erschwert ist; das Leistungshindernis muss sich für den Schuldner vielmehr als geradezu unüberwindbar herausstellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das Leistungshindernis in der nachträglich weggefallenen Verfügungsmacht des Schuldners über den Leistungsgegenstand bestehen (BGE 84 II 6 E. 1 S. 10). Dabei ist einschränkend zu präzisieren, dass das Leistungshindernis für den Schuldner erst dann unüberwindbar wird, wenn dieser überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, die Verfügungsmacht zurückzuerlangen oder die zur Leistungserfüllung notwendigen Zustimmungen der Verfügungsberechtigten einzuholen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung und Lehre zu mit Art. 97 OR vergleichbaren Regeln in Nachbarrechtsordnungen (...).“; so auch in BGer 4A_189/2012, E. 5.2.

²⁰ Vgl. die Darstellung der Meinungen bei CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 33; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2565; vgl. das Beispiel bei Koller, OR AT, § 29 N 47; zu den Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* siehe Huguenin, N 327: „Lehre und Rechtsprechung wenden die *clausula rebus sic stantibus* zurückhaltend an (...). Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein: nachträgliche Veränderung der Verhältnisse (...); gravierende Äquivalenzstörung (...); fehlende Voraussehbarkeit (...); kein widersprüchliches Parteiverhalten (...).“ Diese erlaubt eine Vertragsanpassung nur, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung aufgrund unvorhersehbarer und ausserordentlicher Umstände ein erhebliches Missverhältnis entstanden ist, so dass ein Festhalten am ursprünglichen Anspruch rechtsmissbräuchlich wäre (vgl. BGer 4C.49/2004, E. 2.2: „Wird das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderung der Umstände erheblich gestört, so kann das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch als rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn eine wucherische Ausbeutung dieses Missverhältnisses vorliegt (...). Dies entspricht der so genannten „*clausula rebus sic stantibus*“, welche unterstellt, dass die Parteien bei Vertragsabschluss stillschweigend vom Fortbestand bestimmter Verhältnisse ausgingen. Diese Annahme ist ausgeschlossen, wenn die Parteien beim Abschluss des Vertrages voraussehen konnten, dass sich die bestehenden Verhältnisse ändern werden.“; detaillierter muss eine so genannte Sozialkatastrophe vorliegen, eine einschneidende Veränderung der Sozialexistenz und die Kausalität zwischen Sozialkatastrophe und Äquivalenzstörung. In positiver Hinsicht darf dieses Ereignis nicht vorhersehbar sein, es darf kein spekulativer Vertrag vorliegen, die betroffene Partei darf keinen Verschuldens- oder Verzugsvorwurf treffen und der Vertrag darf noch nicht erfüllt sein, vgl. ZK-Baumann, ZGB 2 N 455 ff.; Jacques Bischoff, Vertragsrisiko und *clausula rebus sic stantibus*, 183 ff.).

²¹ Dieser Gedanke bei MK-Grundmann, BGB 276 N 179: „Das Beschaffungsrisiko kann in unterschiedlichem Umfang übernommen werden. Letztlich ist das jeweils eine Frage der Auslegung des Vertrages, vermutet werden hilfsweise vor allem folgende Grade: Der Schuldner kann sich darauf beschränken, Verschaffung aus einer eingeschränkten Gattung zu versprechen, etwa aus einem eigenen Vorrat, oder aus einem bestimmten Bezugskanal, etwa einer bereits abgeschlossenen Partie. Diese Beschränkung hat er jedoch, wenn Sache oder Leistung der Gattung nach bezeichnet werden, deutlich zu machen. Andernfalls ist eine breite, potentiell weltweite Beschaffungspflicht anzunehmen. Dies bezieht sich mangels gegenteiliger Abrede freilich nicht auf eine Beschaffung, die nur unter Eingehung unvorhergesehener, exorbitant hoher Kosten möglich wäre, und nicht auf Hindernisse, die nicht den Bezugskanal betreffen, sondern in der Person des Schuldners liegen und die, wie Krankheit und sonstige rechtlich akzeptierte Verhinderung, als unver-

Frage scheint es hier nicht angebracht, den Schuldner zu bevorzugen. Es liegt somit eine verschuldete subjektive Unmöglichkeit vor (Art. 97 Abs. 1 OR).²² Viktor muss den Diamanten nicht kaufen. Doch ist es als Folge sinnvoll, Kurt einen Schadenersatzanspruch auf das positive Interesse in der Höhe von Fr. 3'000'000 zu gewähren, damit er sich doch noch den Diamanten beim Eigentümer kaufen könnte? Dies würde die Unerschwinglichkeit über den Weg des Schadenersatzes fortsetzen. Es kann folglich für Kurt einzig den negativen Schadenersatz geben oder den entgangenen Gewinn, der sich in vernünftigen Bahnen zu bewegen hat.²³

4. *Viktor den Diamanten zwar beschaffen konnte, diesen aber aus Nachlässigkeit bei der Rheinüberquerung auf dem Weg zu Kurt verliert?*

Dass der Diamant auf dem Flussboden theoretisch vielleicht geborgen werden könnte, spielt keine Rolle, denn dieser Aufwand ist eindeutig unzumutbar. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger nehmen in diese Fall *subjektive* Unmöglichkeit an, die h.L. eine *objektive* Unmöglichkeit.²⁴ Da der Stein jedoch aufgrund der Nachlässigkeit verloren ging, ist nicht Art. 119 Abs. 1 OR, sondern Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar.²⁵ Die Folge davon ist Schadenersatz.

5. *Viktor den Diamanten zwar beschaffen kann, aber ihn dem Dritten Daniel verkauft und übergibt, der ihm Fr. 2'100'000 geboten hat und ihn jetzt nicht weiterverkaufen will?*

Der Doppelverkauf erfolgt aufgrund eines Verschuldens, denn Viktor wusste, dass er den Stein Kurt übereignen sollte. Es geht um eine verschuldete, subjektive Unmöglichkeit.²⁶ Art. 97 Abs. 1 OR erfasst dies, doch wenden Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger in solchen Fällen die Regeln über den Schuldnerverzug an (Art. 102 ff. OR).²⁷

Denkbar ist es auch, gegen Daniel gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR vorzugehen. Die Verletzung vertraglicher Rechte Dritter ist erst dann problematisch, wenn *qualifizierte Umstände* vorliegen.²⁸ Solche

schuldet anzusehen sind. Dafür dass er über die finanziellen Mittel verfügt, die den Bezug ermöglichen, haftet demgegenüber der Schuldner durchaus.“

²² So auch Antje Ziegler, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung, Diss. St. Gallen 1992, 70: „Allerdings braucht der Verlust nicht höher angesetzt zu werden, als ein eventuell zu bezahlendes positives Vertragsinteresse (z.B. der Ausgleich des entgangenen Gewinns der Kundin, welche das Fabergé-Ei bereits mit Gewinn hätte weiterverkaufen können). Fordert also der neue Eigentümer des Fabergé-Eies einen exorbitanten Preis, so muss sie darauf nicht eingehen. Ein Affektionsinteresse sowohl bei der Käuferin als auch beim Eigentümer wäre also nicht zur berücksichtigen. Die Beschaffung der Sache wird damit überobligationsmässig erschwert und die Kunsthändlerin wird von der Primärleistungspflicht befreit, obwohl sie das Leistungshindernis (...) zu vertreten hat.“; vgl. Miguel Sogo, Das übernommene Beschaffungsrisiko, 133: „Wird der Schuldner etwa wegen Unerschwinglichkeit aus der Primärleistungspflicht entlassen, muss der geschuldete Schadenersatz unterhalb des für unerschwinglich befundenen Vertrags angesetzt werden. Oft wird der Schadenersatzanspruch deshalb nicht das positive Interesse umfassen, sondern sich auf das negative Interesse richten oder nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein.“

²³ Vgl. den Vorschlag bei Ziegler in FN 22.

²⁴ Vgl. unten, FN 31.

²⁵ Vgl. Schulin/Vogt, Tafel 37a.

²⁶ Vgl. Schulin/Vogt, Tafel 37a; vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 2569: „Die Unmöglichkeit von Sachleistungen gilt als subjektiv, wenn die Möglichkeit besteht, die Sache von irgendwem zu beschaffen. Dazu gehört vorab (aber nicht nur) der Paradefall des nachträglich abgeschlossenen und vollzogenen Doppelverkaufs. Die Beschaffungsmöglichkeit fehlt grundsätzlich nur dann, wenn ein dinglich geschützter Dritterwerber infolge eines Affektionsinteresses am Gegenstand zum Verkauf nicht bewegt werden kann (...).“

²⁷ Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 2575.

²⁸ Vgl. Schwenzer, N 32.33; vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 674, m.w.H.; vgl. BGE 104 II 91 ff., 97 f: „Absolute Rechte richten sich gegen jedermann, relative gegen eine oder mehrere Personen, die bestimmt oder bestimmbar sind. Die Forderung aus einem Schuldverhältnis, auch aus einem vertraglichen, ist das typische Beispiel eines relativen Rechts, weil sie auf einer Sonderbeziehung zwischen bestimmten Personen beruht und nur dem Schuldner, nicht aber einem unbeteiligten Dritten entgegengehalten werden kann. Das Bundesgericht hat es deshalb seit Jahrzehnten abgelehnt, in der Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR zu erblicken (...); es hat daran auch in der neueren Rechtsprechung festgehalten (...), und die herrschende Lehre ist ihm gefolgt (...). Dass ein Dritter neben dem Schuldner, der den Vertrag unmittelbar verletzt, zu Schadenersatz verpflichtet werden kann, wenn ihm die vertragliche Bindung bekannt ist, wird nur vereinzelt angenommen, (...). Diese Auffassung vermochte sich indes nicht durchzusetzen; sie stiess vielmehr auf berechtigte Kritik, weil sie der Rechtsentwicklung zuwiderläuft (...) und dazu führen würde, zwischen absoluten und relativen Rechten wieder eine Zwischenstufe anzunehmen (...). Nach der angeführten Rechtsprechung kann dagegen in der Verleitung zum Vertragsbruch und in der Ausbeutung einer Vertragsverletzung ein sittenwidriges Verhalten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR erblickt werden und eine Schadenersatz-

liegen vor, wenn beispielsweise der Dritte dem Verkäufer verspricht, Schadenersatzansprüche aus dem gebrochenen Vertrag zu übernehmen (Verleiten zum Vertragsbruch),²⁹ oder wenn das planmässige Verfahren dazu dient, ein Kaufsrecht zu umgehen und dem Verkäufer den Genuss an den Grundstücken zu belassen.³⁰ Dazu schweigt sich der Sachverhalt aber aus.

6. *Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der Diamant unmittelbar vor Vertragsschluss von einem Dieb gestohlen worden ist, ohne dass Viktor etwas davon erfahren hätte?*

Hier steht die Unmöglichkeit schon vor Vertragsschluss von Anfang an fest. Die Unmöglichkeit ist subjektiv, weil der Diamant noch existiert, aber nur der unbekannte Dieb erfüllen könnte (strittig).³¹ Viktor weiss bei Vertragsschluss nicht, dass er nicht liefern können. An der Unmöglichkeit trägt er kein Verschulden. Anwendbar ist deshalb Art. 119 Abs. 1 OR.³² Die Frage nach der Gefahrtragung (d.h. der Anwendung von Art. 185 OR) stellt sich hier nicht, denn diese setzt voraus, dass der Untergang nach Vertragsschluss passiert (vgl. Art. 185 Abs. 1 OR: „*Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über.*“).³³ Ist die Sache schon vor Vertragsschluss untergegangen – und das ist sie hier – kann die Gefahr nicht mehr übergehen. „Untergang“ im Sinne von Art. 185 OR ist als nachträgliche Unmöglichkeit zu verstehen, die von keiner Partei verschuldet sein darf.³⁴ Geht man von einer objektiven Unmöglichkeit aus, wäre es eine anfängliche objektive Unmöglichkeit, die unter Art. 20 OR fällt. Im Ergebnis ändert dieser Unterschied aber nicht viel – Kurt und Viktor müssen nichts leisten, unabhängig davon, ob Art. 20 oder 119 OR Anwendung finden.

pflicht des Dritten deshalb als begründet erscheinen. Dies setzt aber besondere Umstände voraus, welche die Ausdehnung der Haftung rechtfertigen, was z.B. anzunehmen ist, wenn der Vertrag mit Wissen des Dritten in Schädigungsabsicht verletzt wird (...). Auch diese Grundsätze werden von der Lehre gebilligt, die jedoch mit Recht hervorhebt, dass die Ausdehnung der Haftung als Ausnahme zu verstehen und davon nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist (...).“

²⁹ Vgl. die Überlegungen bei BGH, VI ZR 28/80, 2. Juni 1981, in: NJW 1981, 2184 ff., 2186: „*Indes kann sein Beitrag zum Vertragsbruch auch bei Fehlen einer „vertragsfeindlichen“ Gesinnung schon wegen des Missverhältnisses seiner Intervention zur Rechtsordnung im Objektiven sittenwidrig sein. Das gilt gerade für den Einsatz einer Freistellungsklausel als Mittel zur Sicherung des Erstvertrags. Für die Beurteilung derartiger Zusagen des Dritten ist bereits im Objektiven der Widerspruch zur Rechtsordnung von Gewicht, den der Einsatz dieses Mittels zu diesem Zweck aufzeigt. Denn durch die Freistellung zielt der Zweitkäufer in besonders signifikanter Weise gerade auf diejenigen Sicherungen, die im Vertragsrecht die Basis für den Interessenschutz der Beteiligten ausmachen. Ohne sie ist der Grundsatz „pacta sunt servanda“ inhaltsleer.*“

³⁰ Vgl. BGER 4C.273/2003, E. 3.2 und 3.3.

³¹ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2565: „*Die Leistung ist zwar noch möglich, aber wirtschaftlich unsinnig oder unerschwinglich geworden (Lehrbeispiel: mit unverhältnismässigen Kosten verbundene Bergung eines zu liefernden Ringes auf dem Meeresgrund). Die neuere Lehre plädiert für eine Behandlung nach den Regeln der Unmöglichkeit. Da die Leistung grundsätzlich möglich ist, liegt nach der hier vertretenen Auffassung ein Anwendungsfall des Schuldnerverzugs vor (...). Die nachträgliche Erschwerung der Leistungspflicht des Schuldners kann aber allen falls über die «clausula rebus sic stantibus» (Bd. I Nr. 1280 ff.) korrigiert werden.*“ und N 2570: „*Ein Dritter kann zwar die Leistung erbringen, er ist jedoch unbekannt oder unerschwinglich (z.B. Dieb einer bereits verkauften, aber noch nicht tradierten Speziessache). Zwar besteht grundsätzlich kein Grund, die Beschaffungsmöglichkeit unter diesen Voraussetzungen endgültig zu verneinen. Doch liegt ein Grenzfall vor. Trotzdem wird man aus Folgerwägungen subjektive Unmöglichkeit annehmen müssen, weil der Gläubigerin die Erfüllungsklage offen bleiben muss, wenn die geschuldete Sache wieder auftaucht: Notorietät des Besitzers und Erreichbarkeit der Sachen fehlen kaum je schlechthin, sondern meistens nur auf Zeit.*“; a.M. BK-Weber, OR 97 N 132: „*Ist der Dritte, welcher die Leistung an sich erbringen könnte, unbekannt oder unerschwinglich (...) ist – jedenfalls wenn eine Veränderung der Umstände nicht zu erwarten ist – tendenziell von einer objektiven Unmöglichkeit auszugehen (...); das Argument, die Unmöglichkeit sei nicht schlechthin, sondern nur in der Zeit eingetreten (...), erscheint als sehr theoretisch.*“ und N 134: „*Im Falle, dass die Leistung unerschwinglich bzw. zumindest wirtschaftlich unsinnig ist (z.B. mit unverhältnismässigen Kosten verbundene Bergung eines Ringes auf dem Meeresboden), nimmt die herrschende Lehre objektive Unmöglichkeit an (...).*“

³² Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2574: „*Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit besteht Einigkeit, dass die subjektive Unmöglichkeit nicht unter Art. 20 fällt. Der überwiegende Teil der Lehre will Art. 97 Abs. 1 (analog) anwenden, wobei sich die Doktrin hier noch einmal spaltet: Nach der neueren Lehre ist Art. 97 Abs. 1 nur anwendbar, falls der Schuldner die subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit zu verantworten hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn ihn ein Übernahmeverschulden trifft. Trifft den Schuldner keine Verantwortung (kein Übernahmeverschulden), soll sich die Rechtsfolge nach Art. 119 richten. Die ältere Lehre will die Exkulpationsmöglichkeit nicht zulassen und schliesst in diesen Fällen auf den Ersatz des positiven Interesses.*“

³³ Vgl. Huguenin, N 2513.

³⁴ Vgl. BSK-Koller, OR 185 N 4, 8.

7. Viktor nicht den echten Millennium Star übergibt, sondern eine Fälschung, die er bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen müssen?

Hier muss man zuerst beurteilen, was Vertragsinhalt war. Wenn Kurt auf einen Stein gezeigt hat (Stückschuld) und den bezeichneten Stein bekommen hat, dann ist die Sachmängelhaftung (Art. 197 ff. OR),³⁵ alternativ dazu die Schlechterfüllung („*peius*“, Art. 97 Abs. 1 OR) anwendbar, alternativ dazu die Rückforderung der Vertragsleistungen aufgrund der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums (mittels Vindikation und Kondiktion, Art. 641 Abs. 2 ZGB, Art. 62 Abs. 2 i.V.m. 63 Abs. 1 OR, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Wenn der Vertragsinhalt hingegen auf den echten und einzigen Millennium Star gerichtet ist, ohne auf einen konkreten Stein gezeigt zu haben, dann hat Viktor mit der Lieferung der Fälschung nicht erfüllt („*aliud*“).³⁶ Darauf sind die Verzugsregeln anwendbar (Art. 102 ff. OR), auch nach der Entgegennahme der Fälschung.³⁷ Je nach Beschaffungslage kann sich Viktor darauf berufen, dass die Beschaffung des echten Steins unmöglich sei. Auch in den Fällen der subjektiven Unmöglichkeit plädieren Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger entgegen der h.L. dafür, die Verzugsregeln anzuwenden.³⁸

Die Haftung aufgrund Schlechterfüllung richtet sich nach Art. 97 Abs. 1 OR. Diese ist im Kaufrecht alternativ zur Sachgewährleistung und zur Anfechtung aufgrund des Grundlagenirrtums möglich.³⁹ Der Käufer kann anstelle der kaufrechtlichen Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR auch einen *Schadenersatzanspruch* wegen Schlechterfüllung aus Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen.⁴⁰ Das Bundesgericht überträgt die spezifischen sachgewährleistungsrechtlichen Voraussetzungen der Prüfung, Rüge und Verjährung auf den Anspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR.⁴¹ Die erste Voraussetzung ist die Vertragsverletzung. Dieses liegt hier in der fehlenden Echtheit des Diamanten. Das Verschulden bezieht sich nicht auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern auf den Vertragsschluss im Wissen oder Wissenmüssen um den Mangel.⁴² Der Sachverhalt erwähnt, dass dieses Wissen bei Viktor vorlag – er hätte die Fälschung bemerken müssen. Die Lieferung der Fälschung muss sich natürlich und adäquat kausal zum eingetretenen Schaden verhalten. Die Lieferung der Fälschung ist *conditio sine qua non* des Schadens. Die adäquate Kausalität fragt, ob „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (...)“.⁴³ Die Lebenserfahrung zeigt, dass Fälschungen nicht den Wert der echten Sache erreichen und den Käufer schädigen können. Der Schaden ist der Minderwert der Sache. Erreicht dieser den ganzen Kaufpreis, muss auch die Sache zurückgegeben werden, weil sonst die Vorschriften zur Wandlung (Art. 208 Abs. 1 OR) umgangen werden könnten.

8. Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der „Millennium Star“ ein Mythos ist, den es in Wirklichkeit gar nicht gibt?

Gemäss herrschender Lehre ist bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit Art. 20 OR anwendbar. Sofern der Verkäufer um den Umstand wusste, dass der Millennium Star ein nichtexistierender My-

³⁵ Vgl. BGE 121 III 453 ff., 455 f.: „Da beim Stückkauf eine vertraglich individualisierte Sache geschuldet wird, stellt diese auch dann die Kaufsache dar, wenn ihr wesentliche vereinbarte Merkmale fehlen (...). Beim Gattungskauf wird dagegen bloss eine der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, weshalb eine gelieferte Sache bei dieser Art des Kaufes nur dann der Kaufsache entspricht, wenn sie die vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist (Art. 71 Abs. 1 OR).“

³⁶ Vgl. BGE 121 III 453 ff., 458.

³⁷ Vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 390.

³⁸ Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2575 ff. Die Gründe liegen in der Gewährung der in Art. 107 OR statuierten Wahlrechte und der nach wie vor möglichen Erfüllung.

³⁹ Vgl. BGE 114 II 131 ff.

⁴⁰ Vgl. Huguenin, N 2695 ff., m.w.H.

⁴¹ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421.

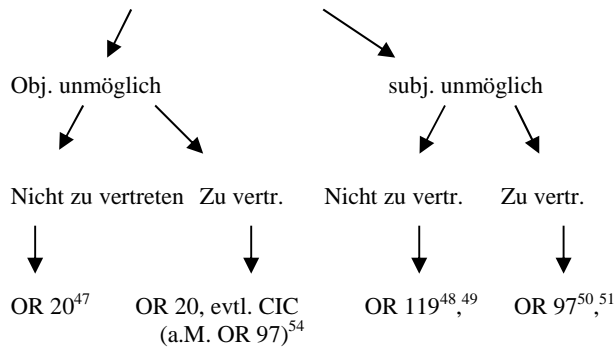
⁴² Vgl. BSK-Honsell, vor OR 197-210 N 6 und Huguenin, N 2699.

⁴³ BGE 123 III 110 ff., 112.

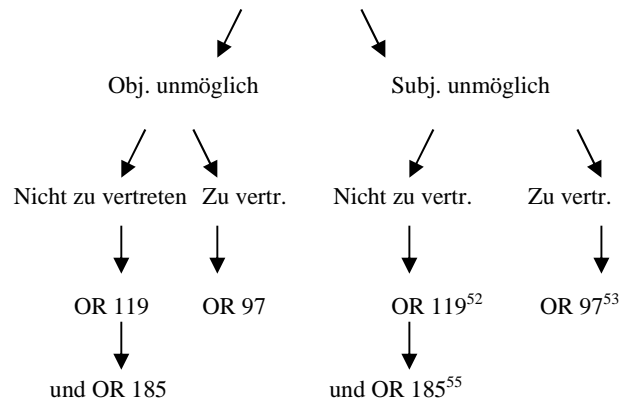
thos ist, kommt die Haftung nach *culpa in contrahendo* zur Anwendung (CIC).⁴⁴ Wenn er es absichtlich macht, wäre auch die Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR denkbar. Abweichend von der h.L. vertritt Huguenin die Meinung, dass Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar sei, also eine Haftung auf das positive Interesse.⁴⁵

Übersicht über die Unmöglichkeitstatbestände

Anfängliche Unmöglichkeit⁴⁶ beim Kauf



Nachträgliche Unmöglichkeit beim Kauf



⁴⁴ Zu den Voraussetzungen der *culpa in contrahendo* siehe Huguenin, N 1534: „Eine Haftung aus *cic* ist zu bejahen, wenn folgende sechs Voraussetzungen erfüllt sind: Die Schädigerin und der Geschädigte verhandeln über einen (zukünftigen) Vertrag (...); die Schädigerin begründet durch ihr Verhalten beim Geschädigten ein schutzwürdiges Vertrauen (...); die Schädigerin verletzt dabei eine vorvertragliche Pflicht (...); der Verhandlungspartner erleidet einen Schaden (...); der Schaden ist die adäquat kausale Folge der Pflichtverletzung (...); und die Schädigerin trifft ein Verschulden, sofern die entsprechende Norm ein solches verlangt (...).“; vgl. BGE 36 II 193 ff., 206.

⁴⁵ Vgl. unten, FN 54.

⁴⁶ Zu den Definitionen der Unmöglichkeit (subj. und obj.) siehe Huguenin, N 816 f.: „Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung von niemandem mehr erbracht werden kann (...). Bei der subjektiven Unmöglichkeit ist hingegen nur die betreffende Schuldnerin nicht mehr in der Lage, die geschuldete Leistung zu erbringen; ein anderer könnte noch leisten (...).“

⁴⁷ Huguenin, N 829 ff. will OR 20 nur sehr restriktiv anwenden. Sie plädiert bei der anfänglichen Unmöglichkeit in den meisten Fällen für OR 97 (zu vertretende Unmöglichkeit) und OR 119 (nicht zu vertretende Unmöglichkeit).

⁴⁸ OR 185 ist hier nicht neben OR 119 anwendbar, da OR 185 voraussetzt, dass der Vertrag schon geschlossen worden ist, vgl. Huguenin, N 2513; vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 2574 (vgl. das Zitat oben, in FN 32)

⁴⁹ Bei der subjektiven Unmöglichkeit vertreten Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 2575 ff. abweichend zur h.L. die Anwendung des Schuldnerverzugs; vgl. dazu auch die Darstellungen bei Huguenin, N 843 f.

⁵⁰ Dies ist herrschende Lehre, vgl. BSK-Wiegand, OR 97 N 12 und Huguenin, N 833 ff.; auch vom Bundesgericht anerkannt, vgl. BGE 88 II 195 ff., 203: „Wann ein Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung dahinfällt, bestimmt Art. 119 OR. Die Unmöglichkeit muss auf Umständen beruhen, die der Schuldner nicht zu verantworten hat. Solche liegen nicht vor. Wer eine Leistung verspricht, obschon er weiss, dass er sie möglicherweise nicht werde erbringen können, nimmt die Gefahr auf sich und hat die Nichterfüllung zu verantworten (...). Es trifft ihn ein Verschulden, das ihn verpflichtet, dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 Abs. 1 OR).“

⁵¹ Vgl. FN 49.

⁵² Vgl. FN 49.

⁵³ Vgl. FN 49.

⁵⁴ Diese Ansicht vertritt Huguenin, N 827 ff. Die h.L. geht in diesem Falle von OR 20 aus, gewährt aber einen Anspruch aus *culpa in contrahendo* (auf das *negative Interesse*), sofern deren Voraussetzungen gegeben sind, vgl. Schwenzer, OR AT, N 64.06, BGE 40 II 370 ff., 372.

⁵⁵ Teile der Lehre verneinen die Anwendbarkeit des Art. 185 Abs. 1 OR bei subjektiver Unmöglichkeit (ZK-Schönle, OR 185 N 22, OFK-Kren Kostkiewicz, OR 185 N 5 und CHK-Hrubesch-Millauer, OR 185 N 1). Diese Ansichten dürften damit zusammenhängen, dass diese Autoren bei subjektiver Unmöglichkeit ohnehin den Gläubigerverzug anwenden; denkbar ist die Anwendung des Art. 185 Abs. 1 OR aber bei unverschuldeter subjektiver Unmöglichkeit, insb. bei einem nachträglichen Diebstahl der Kaufsache (CR-Venturi/Zen-Ruffinen, OR 185 N 8).