

# Vorlesung Obligationenrecht Allgemeiner Teil

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.  
Universität Fribourg, 28. Februar 2017,  
13.15-15.00 und 17.15-18.45 Uhr

## Klagen des KINDES gegen den Arzt

### Grundlage?

Vertrag z.G. Dritter (BGer 4A\_551/2013); auch denkbar  
Delikt, Vertrag mit Schutzwirkung z.G. Dritter

### Schädigung im Mutterleib

Der Arzt hat mich im Mutterleib  
geschädigt

### Wrongful Life

Ich bin trotz Be-  
hinderung nicht ab-  
getrieben worden

Kein Schaden,  
keine immat. Unbill  
→ kein Recht  
auf Nichtexistenz

## Klagen der ELTERN gegen den Arzt

### Wrongful birth

**Vorwurf:** Behinderung nicht  
erkannt und so Abtreibung  
verunmöglicht

### Wrongful pregnancy

**Vorwurf:** Fehlerhafte Abtreibung

### Wrongful conception

**Vorwurf:** Fehlerhafte Sterilisation  
BGE 132 III 359 ff.

## Umfang des Schadenersatzes

- Verweis auf Deliktsrecht (OR 99 III)
  - Bezüglich des Nachweises durch Beweis oder Schätzung OR 42
  - Bezüglich der Art des Schadenersatzes (OR 43)
  - Nicht für Versorgerschaden (OR 45 III, strittig), nicht für deliktische Verjährung (OR 60)
- Beispiel: Kurt will von Viktor ein Dressurpferd für Fr. 50'000 kaufen. Er beauftragt Tierarzt Thomas, das Pferd zu untersuchen. Dieser übersieht eine für einen Tierarzt deutlich vorliegende Krankheit. Kurt kauft das Pferd und stellt dies nach einem Monat fest.

## Natürlicher Kausalzusammenhang, Urteil BGer

4A\_540/2010, E. 1.1: „Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schadensstiftende Verhalten eine notwendige Bedingung (conditio sine qua non) für den eingetretenen Schaden ist (...), d.h. das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel bzw. nicht als in gleicher Weise bzw. zur gleichen Zeit als eingetreten gedacht werden könnte. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität der versicherten Person beeinträchtigt hat, der Unfall mit andern Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfiel (...).“

## Adäquater Kausalzusammenhang, BGE 123 III 110

ff., 112: „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 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 (...).“

**Kausalzusammenhang bei Unterlassungen**

Urteil BGer 4A\_420/2013, E. 5.3.2.: *«Im Fall einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Erfolg auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (...).»*

**Kausalzusammenhang bei Unterlassungen**, BGE 115 II 440 ff., 447 f.: *„Die wertenden Gesichtspunkte, welche sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen deshalb schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle. Aus diesem Grunde ist es im allgemeinen nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen, da ein solcher Vergleich den beabsichtigten Zweck einer vernünftigen Begrenzung der Haftung (...) nicht zu erfüllen vermag.“*

**Beispiel:** Der Pfusch-Anwalt und der hoffnungsvolle Klient sind sich einig, dass man den Prozess mit 60% Wahrscheinlichkeit gewinnen kann. Der Pfusch-Anwalt lässt den Anspruch jedoch wegen zu später Klageerhebung verjähren. Der Klient will Schadenersatz.

**Hypothetischer Prozessverlauf**

**Urteil BGer 4C.225/2000 E. 2a:** *„Steht ... ein Schaden aufgrund einer sorgfaltswidrig unterlassenen gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen und damit ein hypothetischer Kausalverlauf in Frage, ist der Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden dann zu bejahen, wenn die unterlassene Rechtsvorkehr mit **überwiegender Wahrscheinlichkeit** zum Erfolg geführt hätte...“*

**BGE 130 III 321 E. 3.3:** *«Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit höher: **Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte**, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, **darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen.**»*

**Alternativer Ansatz: *perte d'une chance***

Man hat wegen der Pflichtverletzung nicht den Prozess verloren, sondern die Möglichkeit, den Prozess zu gewinnen. Diese Möglichkeit hat man mit 100% Wahrscheinlichkeit, also mit Sicherheit verloren. Wieviel ist sie wert? 60% des Klagebetrags? Das Bundesgericht lehnt diese Theorie ab, vgl. hierzu BGE 133 III 462 ff.

**Konkurrenz**

- Max zerstört den Ofen in seiner Mietwohnung fahrlässig. Vermieter Volker fragt Sie, welche Ansprüche er hat.

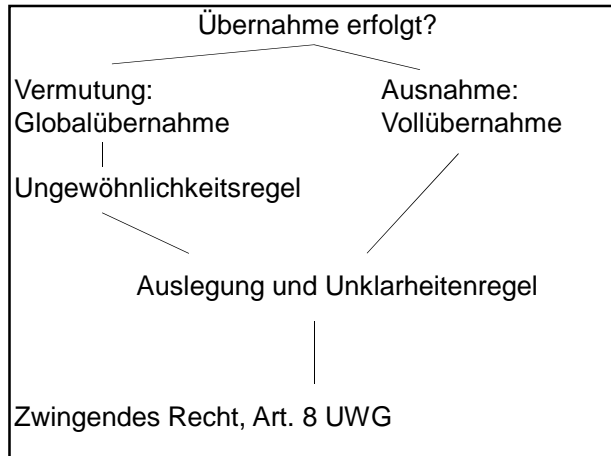
Delikt	Vertrag
Schaden	Schaden
Widerrechtlichkeit	Vertragsverletzung
Nat./ad. Kausalzus.	Nat./ad. Kausalzus.
Verschulden	Verschulden

- Beide Ansprüche bestehen unabhängig voneinander (Alternativität). Durch die Erfüllung des einen geht der andere unter.

**Exkurs aus aktuellem Anlass**

Ein Kunde einer online-Partnerschaftsvermittlers hat einen Vertrag für sechs Monate abgeschlossen. Einen Monat vor Ablauf der sechs Monate teilt ihm der online-Partnerschaftsvermittler mit, dass er für weitere sechs Monate an den Vertrag gebunden sei, weil er nicht mit einer Frist von 12 Wochen vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt habe, wie dies in den AGB steht.

**BGer 4A\_475/2013, E. 5.3.2:** «Sieht ein Vertrag einerseits eine feste Laufzeit vor, andererseits aber die automatisch eintretende Verlängerung für den Fall, dass keine (rechtzeitige) Kündigung erfolgt, weicht er damit von der - definitionsgemässen Funktionsweise eines befristeten Vertragsverhältnisses ab. Alleine aus diesem Umstand kann jedoch entgegen der Beschwerdeführerin nicht abgeleitet werden, die automatische Verlängerung befristeter Verträge sei in jedem Fall als geschäftsfremd und damit ungewöhnlich zu betrachten (...). Dies ist im Allgemeinen jedenfalls dann nicht der Fall, wenn durch die entsprechende Ausgestaltung der Vertragsdauer einem für die Gegenseite erkennbaren Interesse des Anbieters Rechnung getragen wird. Der Betreiber eines Fitnessstudios hat offenkundig ein erhebliches Interesse daran, im Voraus und mit Gewissheit die benötigte Infrastruktur und Belegschaft abschätzen zu können. Wenn die vertragliche Regelung zudem - wie vorliegend - nicht über das zur Wahrung dieser Interessen erforderliche Mass hinausgeht, namentlich etwa durch eine ausserordentlich lange Kündigungsfrist, ist die Klausel in der Regel nicht als ungewöhnlich anzuschauen (...).»

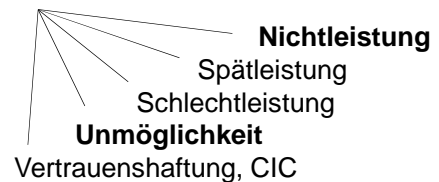


**Art. 8 UWG**

**Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen**

*Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*

**Leistungsstörungen**



**Objektive Unmöglichkeit:**

- Tatsächliche (Beispiel: gemietete Scheune brennt nieder) oder *rechtliche Unmöglichkeit* (Beispiel Ausfuhrverbot, Embargo, gerichtliches Verbot)
- Der Patient wird vor der Behandlung gesund: Objektive Unmöglichkeit (sog. Zweckerreichung), oder das zu streichende Haus wird vor Beginn der Malerarbeiten zerstört (sog. Zweckfortfall).  
Beispiel einer Regelung im BT, **OR 378**: *«1 Wird die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich, so hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen. 2 Hat der Besteller die Unmöglichkeit der Ausführung verschuldet, so kann der Unternehmer überdies Schadenersatz fordern.»*

**Objektive Unmöglichkeit:**

- Gefährdung übergeordneter Rechtsgüter des Schuldners: *Der Frachtführer wirft zur Rettung der Passagiere Transportgut über Bord.*
- Unerschwinglichkeit (Bsp: Bergung eines Ringes in einem See; strittig; neuere Lehre plädiert auf Unmöglichkeit)
- NICHT: bloss vorübergehende Unmöglichkeit; DOCH: wenn Ende der Unmöglichkeit nicht absehbar ist, oder das Ende vor Vertragsablauf nicht absehbar ist bei Dauerverträgen, oder wenn der Zeitpunkt der vorübergehenden Unmöglichkeit mit dem Fixgeschäft zusammenfällt
- NICHT: Wegfall des Gläubigerinteresses. Coop erhält keine Bewilligung für den geplanten Quartierladen – muss Coop jetzt das mit dem Vermieter bereits abgeschlossene Mietverhältnis für das Ladenlokal einhalten?

**Subjektive Unmöglichkeit:**

BGer 4A\_189/2012, E. 5.2: *«Die Leistung ist indessen noch nicht unmöglich, wenn sie bloss erheblich erschwert ist; das Leistungshindernis muss sich für den Schuldner als geradezu unüberwindbar herausstellen, was bei nachträglich weggefallener Verfügungsmacht über den Leistungsgegenstand erst dann der Fall ist, wenn der Schuldner überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, die Verfügungsmacht zurückzuerlangen oder die zur Leistungserfüllung notwendigen Zustimmungen der Verfügungsberechtigten einzuholen (...). Gegenstand eines Kaufvertrages kann mithin auch eine Sache sein, die sich nicht im Eigentum des Verkäufers befindet (...).»*

**Subjektive Unmöglichkeit:**

- Vollstreckbare, nicht persönliche Arbeits- und Dienstleistungen
- Doppelverkauf
- Unbekannter Lageort bei einer Sachleistung
- Geld? Höchstpersönliche Leistungen?

**Verschuldete Unmöglichkeit, Art. 97 Abs. 1 OR:** Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

**Leistungsunmöglichkeit gemäss Art. 97 Abs. 1 OR:**

- Schaden
- Unmöglichkeit: Nachträgliche Unmöglichkeit
- Objektiv (G/S/S/E). Gemäss h.L. fällt auch die nachträgl. subj. Unmöglichkeit unter Art. 97 Abs. 1 OR, ebenso die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit.
- Verschulden
- Nat./ad. Kausalzusammenhang
- Folge: Schadenersatz: Geht auch Rücktritt nach OR 109 analog? Ja bei Unmöglichkeit; bei der Schlechterfüllung: sofern eine schwerwiegende Pflichtverletzungen vorliegt, die eine Aufrechterhaltung des Vertrags unzumutbar macht.

**Rücktritt bei OR 97 I?**

**BSK-Wiegand, OR 97 N 58:** *«Art. 97 Abs. 1 sieht für alle Vertragsverletzungen nur eine Rechtsfolge vor, nämlich den Anspruch des Gläubigers auf Schadenersatz. In der Mehrzahl der Fälle trägt diese Lösung der Interessenlage der Parteien auch angemessene Rechnung (...). Dennoch wird in der Lehre als Ergänzung der Rechte des Gläubigers zusätzlich ein Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 107 ff. befürwortet (...). Dabei ist wie folgt zu differenzieren: Bei nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung darf der Gläubiger nicht schlechter stehen als beim Verzug; infolgedessen ist ein Rücktrittsrecht zu gewähren (Bucher, AT, 339 f. und 424; BK-Weber, N 269; Schwenzer, N 64.27; CHK-Furrer/Wey, N 138; vgl. auch den neuen § 323 BGB).»*

**BSK-Wiegand, OR 97 N 58:** «Bei allen Fällen der nichtgehörigen Erfüllung ist ein Rücktrittsrecht durchaus sachgerecht; dies ergibt sich schon daraus, dass bei Schlechterfüllung nach den Regeln des Besonderen Teils Rücktrittsrechte vorgesehen sind (Art. 208, 368, 258; ...). Fraglich ist nur, ob ein Verschulden Voraussetzung ist und ob jede Pflichtverletzung genügt: Überwiegend wird gefordert, dass eine schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegen muss, die geeignet ist, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zu erschüttern, so dass eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist (...). Daraus ergibt sich, dass dies nur bei noch nicht beidseits erfüllten Verträgen oder bei Dauerschuldverhältnissen (allerdings grundsätzlich nur für die Zukunft «ex nunc») in Betracht kommt (...). Da sowohl die erwähnten Rechtsbehelfe des Besonderen Teils wie auch Art. 107 für den Rücktritt kein Verschulden erfordern, wird man auch hier die Pflichtverletzung genügen lassen müssen; schliesslich ist der in Art. 107 vorausgesetzte Verzug nur ein gesondert geregelter Fall der nichtgehörigen Erfüllung.»

Leistungsunmöglichkeit gemäss **Art. 97 Abs. 1 OR** (Forts.):

Was passiert mit der Gegenleistung, wenn man Schadenersatz für die verschuldete Unmöglichkeit bekommt?

- Wenn man das positive Interesse erhält – und darauf ist OR 97 ausgerichtet – wird man so gestellt, wie wenn man die korrekte Erfüllung erhalten hätte. Dann muss man aber auch selber erfüllen. Aber: in natura (Austauschtheorie) oder nur wertmässig (Differenztheorie)?
- Viktor und Kurt vereinbaren einen Tausch: Viktor gibt Kurt einen neuen Lastwagen im Wert von Fr. 110'000 (Einkaufspreis Fr. 100'000), Kurt vier gebrauchte Limousinen. Was ist, wenn die vier Limousinen von Kurt verschuldet untergehen? Muss Viktor den Lastwagen liefern, um Schadenersatz in der Höhe von Fr. 110'000 zu erhalten? Wie beraten Sie Viktor?

Was passiert, wenn der *Gläubiger* die Unmöglichkeit der Leistung verursacht?

- Beispiel. Viktor verkauft Kurt einen Renault Clio für Fr. 10'000, Lieferung nächsten Monat. Nach dem Vertragsschluss wirft Kurt aus Unachtsamkeit eine Zigarette unter das Fahrzeug. Dieses verbrennt vollumfänglich.
- **Folge 1:** Die Leistung ist unmöglich geworden, aber nicht vom Schuldner verschuldet. Es ist ein Fall, der von OR 119 I direkt erfasst ist: «Soweit durch Umstände, **die der Schuldner nicht zu verantworten hat**, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.» Viktor muss den Clio nicht mehr liefern.
- **Folge 2:** Der Schuldner der Leistung verliert auch die Gegenforderung (OR 119 II), doch gewinnt er eine Schadenersatzforderung gemäss OR 97 I.

Art. 324 C. Pflichten des Arbeitgebers / III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung / 1. bei Annahmeverzug des Arbeitgebers

III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung  
1. bei Annahmeverzug des Arbeitgebers

1 Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist.

2 Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

**BGE 114 II 274 ff., 277:** «Das schweizerische Recht regelt die vom Schuldner verschuldete (Art. 97 OR) und die beidseits unverschuldete (Art. 119 Abs. 2 OR) nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung. Vom Gesetz nicht erwähnt wird dagegen der Fall, dass die Leistung des Schuldners durch einen Umstand, den der Gläubiger zu vertreten hat, verunmöglicht wird (...). Nach deutschem Recht behält der Schuldner in solchen Fällen den Anspruch auf Gegenleistung abzüglich des Betrages, den er durch das Unterbleiben seiner eigenen Leistung erspart (§ 324 BGB [heute § 326 BGB]).»

**BGE 114 II 274 ff., 277:** «Aus Art. 324 OR ergibt sich eine damit vergleichbare Lösung, die sinngemäss auch für den Fall gelten muss, dass der Arbeitgeber für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung einzustehen hat (...). Die Folgen einer beidseitig, d.h. von Schuldner und Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit sodann sind weder im deutschen noch im schweizerischen Recht geregelt. In Deutschland werden diesfalls entweder der Schadenersatzanspruch des Gläubigers, der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung oder beide gekürzt (...).»

**Unverschuldete Leistungsunmöglichkeit, Art. 119 OR:**

1 Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.

2 Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.

3 Ausgenommen sind die Fälle, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht..

**Leistungsunmöglichkeit gemäss Art. 119 OR:**

- Gleich wie bei Art. 97 Abs. 1 OR, aber ohne Verschulden.
- Einfluss der Gefahrtragungsregeln (Art. 119 Abs. 3 OR).
- Ursprüngliche subj. Unmöglichkeit fällt nach h.L. auch unter Art. 97 Abs. 1/Art. 119 OR (ohne Gefahrtragung)

**Folgen der Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR**

- Man muss die unmögliche Leistung nicht mehr erbringen (OR 119 I)
- Wer nichts leisten muss, soll auch nichts bekommen (OR 119 II). Wer schon geleistet hat, erhält dies zurück. Nach welchen Regeln?
  - Wortlaut
  - Rechtsprechung zu OR 109 (BGE 114 II 152 ff., 157 ff.: vertragliches Rückabwicklungsverhältnis)
  - Gemäss h.L. vertragliches Rückabwicklungsverhältnis. *Was bedeutet das?* Zehnjährige Verjährung gem. Art. 127 OR statt OR 67, Rückabwicklung Zug um Zug. Keine Anwendung des OR 64.

**BGE 137 III 243 ff., 251 f.:** «*Ein solches Rückabwicklungsverhältnis nimmt die Rechtsprechung bei einem Dahinfallen des Vertrages infolge eines Rücktritts wegen Erfüllungsmängeln an (...). Gemäss einer älteren, dazu in einem gewissen Widerspruch stehenden Rechtsprechung unterstehen Rückabwicklungsansprüche dem Bereicherungsrecht, wenn ein gültig zustande gekommener Vertrag wegen der (nachträglich) eingetretenen Zahlungsunfähigkeit einer Partei aufgelöst wurde (...).*»

**BGE 137 III 243 ff., 251 f.:** «*Ob daran festgehalten werden kann, ist vorliegend allerdings nicht zu entscheiden. Ferner bestimmt Art. 119 Abs. 2 OR seinem klaren Wortlaut nach, dass der Schuldner, der im Rahmen eines (gültig geschlossenen) zweiseitigen Vertrags durch unverschuldete nachträgliche Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit wird, für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung haftet (...). Der Erlass dieser Regelung, der ein beachtlicher Teil der Lehre kritisch gegenübersteht (...), erfolgte allerdings lange vor der verbreiteten Anerkennung der Umwandlungstheorie in der schweizerischen Lehre und Praxis (...).*»

**Ausnahmen gem. Art. 119 Abs. 3 OR**

- Art. 185 Abs. 1/2 OR
- Art. 324a OR
- Art. 390 Abs. 1 OR
- Art. 418m Abs. 2 OR

**Ausnahmen zu OR 119 II, III**

- Andere Abmachung im Vertrag
- Sog. *stellvertretendes commodum*:  
Versicherungsleistung, Ersatzanspruch gegen Dritte – auf Verlangen herauszugeben; dann bleibt aber die Gegenleistung geschuldet. *Beispiel:* Kurt kauft von Viktor den Ford Focus, abholbar nach Bezahlung des Kaufpreises von Fr. 10'000. Kurt bezahlt, doch verbrennt das Fahrzeug durch einen Blitzschlag. Die Versicherung bezahlt Viktor Fr. 8'000.

**Art. 185 OR B. Nutzen und Gefahr****B. Nutzen und Gefahr**

1 Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über.

2 Ist die veräusserte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so muss sie überdies ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben sein.

3 Bei Verträgen, die unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sind, gehen Nutzen und Gefahr der veräusserten Sache erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Erwerber über.

Art. 324a C. Pflichten des Arbeitgebers / III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung / 2. bei Verhinderung des Arbeitnehmers / a. Grundsatz  
 2. bei Verhinderung des Arbeitnehmers  
 a. Grundsatz  
 1 Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

Art. 390 C. Beendigung / I. Untergang des Werkes  
 C. Beendigung  
 I. Untergang des Werkes

1 Geht das Werk nach seiner Ablieferung an den Verleger durch Zufall unter, so ist der Verleger gleichwohl zur Zahlung des Honorars verpflichtet.

2 Besitzt der Urheber noch ein zweites Exemplar des untergegangenen Werkes, so hat er es dem Verleger zu überlassen, andernfalls ist er verpflichtet, das Werk wieder herzustellen, wenn ihm dies mit geringer Mühe möglich ist.

Art. 418m D. Pflichten des Auftraggebers / III. Verhinderung an der Tätigkeit  
 III. Verhinderung an der Tätigkeit  
 2 Wird ein Agent, der für keinen andern Auftraggeber gleichzeitig tätig sein darf, durch Krankheit, schweizerischen obligatorischen Militärdienst oder ähnliche Gründe ohne sein Verschulden an seiner Tätigkeit verhindert, so hat er für verhältnismässig kurze Zeit Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach Massgabe des eingetretenen Verdienstaufalles, sofern das Agenturverhältnis mindestens ein Jahr gedauert hat. Auf dieses Recht kann der Agent nicht zum voraus verzichten.

**Beweislast**

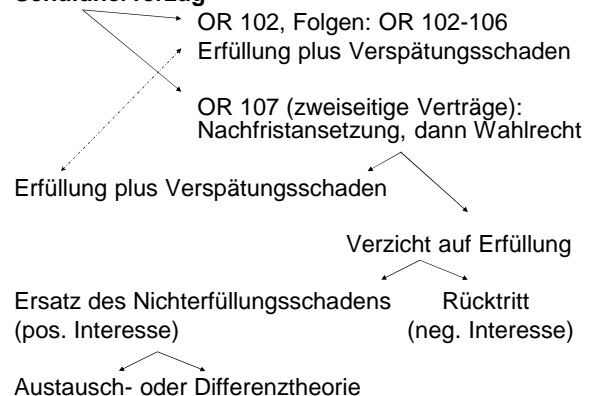
Wer sich auf das Erlöschen seiner Leistungspflicht aufgrund von Unmöglichkeit beruft, hat sowohl die Unmöglichkeit als auch sein fehlendes Verschulden zu beweisen.

*Woraus ergibt sich das?* OR 97, 119, ZGB 8.

**Schuldnerverzug**

- Nichtleistung trotz Möglichkeit (obj./subj.)
- Fälligkeit
- Mahnung
- Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung
  - Gläubigerverzug schliesst Schuldnerverzug aus
  - Keine Einrede

**Schuldnerverzug**



**Schuldnerverzug (Forts.)**

- Wahlrechte (OR 107 II)
- Rechtsfolgen:
  - Zinsen von mind. 5%, OR 104, mit Ablauf des Verfalltages oder bei Mahnung mit Ablauf der Reaktionszeit; Ausnahme: Schenkungsversprechen und Rentenleistungen (OR 105 I)
  - keine Zinseszinsen (OR 105 III);
  - Verspätungsschaden (OR 103, 106: Schaden, Verzug, ad./nat. Kausalzusammenhang, Verschulden (vermutet))
  - Zufallhaftung (OR 103)

**Mahnung**

- Empfangsbedürftige, formfreie Willensäußerung
- Klares Leistungsbegehren
- Nicht immer notwendig (OR 102 II)
  - Vereinbarter Verfalltag (dies interpellat pro homine)
  - Kündigung: Ich kündige das Darlehen auf den 1. April 2016
  - Antizipierter Vertragsbruch (OR 108.1 analog)
  - Empfangsvereitelung der Mahnung (OR 156 analog)
- Wirkung: Schuldner ist nach Reaktionszeit im Verzug

**Wahlrechte**

- OR 107 II: Bei vollkommen zweiseitigen Verträgen (Austauschleistungen), also nicht bei der Schenkung
- Angemessene Nachfrist zur nachträglichen erforderlich; mit der Mahnung kombinierbar
- Sinn der Nachfrist: Ausgleich der Schuldner- und Gläubigerinteressen. Der Gläubiger hat die Möglichkeiten, die Folgen des Verzugs, insb. die Wahlrechte abzuwenden
- Ist das eine Nachfrist?
  - Du musst sofort erfüllen!
  - Du musst in einer angemessenen Frist erfüllen!
  - Du musst erklären, ob Du willig bist, zu erfüllen!
  - Du musst in zwei Stunden 5 Tonnen Stahl erfüllen!
  - Du musst in zwei Stunden mit der Erfüllung beginnen!

**Urteil BGer 4C.433/2005, E. 2.2.2:** «Für die Berechtigung zur Ersatzvornahme ist sodann auch die zweite Voraussetzung erfüllt, dass dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe angesetzt worden ist, und zwar verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme. Einerseits haben die Beklagten der Klägerin mit Schreiben vom 25. Januar 2001 eine Frist bis zum 29. Januar 2001 angesetzt, um sich zur umstrittenen Hinterfüllung und Entwässerung zu äussern. Damit wurde zwar nicht eine Frist zur Mängelbehebung, sondern - im Sinne einer mildereren Massnahme - eine Frist zur Erklärung der Leistungsbereitschaft angesetzt.»

**Urteil BGer 4C.433/2005, E. 2.2.2:** «Wenn sich die Klägerin innert Frist nicht bereit erklärt, ein mängelfreies und vertragskonformes Werk abzuliefern, darf ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie auch nicht zur - an sich geschuldeten - Mängelbehebung innert angemessener Frist bereit gewesen wäre. Insbesondere kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, dass sie frei entscheiden könne, in welchem Zeitpunkt bis zur vereinbarten Bezugsbereitschaft am 28. September 2001 ein allfälliger Mangel beseitigt werde. Wenn der Unternehmer innert Frist keine Bereitschaft zur Lieferung eines mängelfreien und vertragskonformen Werkes erklärt, ist davon auszugehen, dass der mit Bestimmtheit vorauszusehende Mangel bis zur Ablieferung nicht behoben wird.»

**Nachfrist (Forts.)**

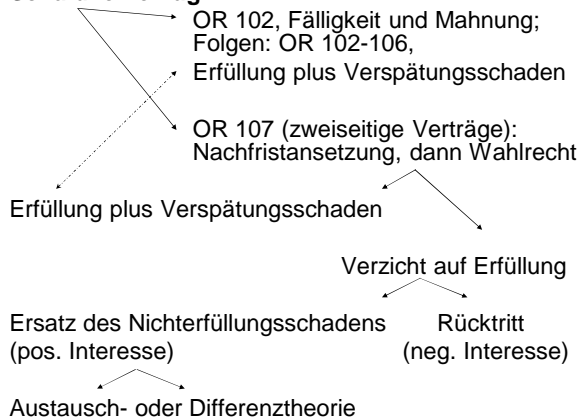
- Bei zu kurzer Frist muss man protestieren
- Ausnahmen (OR 108)
  - Unnützlich
  - Nutzlosigkeit der Leistung
  - Rel. Fixgeschäft
- Welche Ausnahme ist es?
  - Parteien schliessen Kaufvertrag über das Hochzeitskleid
  - Parteien schliessen Kaufvertrag «Lieferung spätestens 11. Juni 2016, 15.00 Uhr, bei Ausbleiben der Lieferung wird sofort anderweitig Ersatz bestellt»



**Art. 108 OR**

- Ziff. 1 «unnützlich»: bei eindeutiger Leistungsverweigerung, Einverständnis mit Rechtsbehelf, unaufholbarer Rückstand
- Ziff. 2: «nutzlos» wegen Verzug
- Ziff. 3: qualifizierter Verfalltag, relatives Fixgeschäft: Verspätete Leistung nur noch mit Einverständnis des Gläubigers möglich.

**Art. 108 Ziff. 3 OR**, vgl. BK-Weber, OR 108 N 40: «*Ein bestimmter Verfalltag i.S.v. OR 102 II bzw. ein Geschäft, bei dem die Erfüllungszeit wichtig ist, macht einen Vertrag nicht ohne weiteres zum Fixgeschäft; es muss sich aus dem Parteiwillen oder den Umständen ergeben, dass der Gläubiger von vornherein eine verspätete Leistung nicht haben will (...).*»

**Schuldnerverzug**

**Leistungsverzicht: Unverzügliche Erklärung nötig (OR 107 II); vgl. BGer 4A\_232/2011, E. 5.3:** «*Will der Gläubiger auf die nachträgliche Leistung verzichten, so hat er dem Schuldner diese Absicht sofort klar und deutlich zu erkennen zu geben. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch, wenn der Schuldner nach Eintritt des Verzuges dem Gläubiger auf irgend eine Weise bestimmt kundgetan hat, dass er nicht erfüllen könne oder wolle, und infolgedessen die Fristansetzung entbehrlich wird. Mit dem Erfordernis der unverzüglichen Verzichtserklärung bezweckt das Gesetz den Schutz des säumigen Schuldners: es will damit die Spekulation auf dessen Kosten durch den Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist verhindern. Der Schuldner soll wissen, woran er ist, ob er noch liefern muss oder nicht (...).*»

**Zweites Wahlrecht****Verzicht unter Aufrechterhaltung des Vertrags**

- Schadenersatz: Erfüllungsinteresse, Verschulden nötig (Wert der ausgebl. Leistung, Verspätungsschaden)
- Differenz- oder Austauschtheorie
- Was passiert, wenn der Gläubiger das pos. Interesse wählt, dem Schuldner aber die Exkulpation gelingt?
  - Es ist ein unwirksamer Verzicht, also Wiederholung der Erklärung möglich
  - Analoge Anwendung OR 119 II
  - SE auch ohne Verschulden bis zum Wert der Gegenleistung
- Gibt es ein *ius variandi*?

BGE 128 III 70 ff., 75 f.: «*Da dem Berechtigten durch das Gestaltungsrecht eine einseitige Gestaltungsmacht eingeräumt ist, müssen Sicherungen im Interesse der Gegenpartei vorgesehen werden, damit der Eingriff in die Rechtssphäre für diesen überschaubar und auf das notwendige Mass begrenzt wird (...). Aus diesem Schutzbedürfnis der Gegenpartei, ihrem Interesse an klaren Verhältnissen, folgt der Grundsatz, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist (...). Der - hier allein interessierende - Grundsatz der Unwiderruflichkeit erleidet Ausnahmen, ...,*»

BGE 128 III 70 ff., 75 f.: «...die sich teils unmittelbar aus dem Gesetz und teils aus dessen teleologischer Auslegung ergeben, wobei in diesem Zusammenhang wiederum massgebend ist, ob und wie weit ein Schutzbedürfnis der Gegenpartei besteht (...). So kann eine Anfechtungserklärung analog der Regel von Art. 9 OR zurückgenommen werden (...) oder wegen Verstosses gegen Treu und Glauben ungültig sein (...). Möglich ist ferner, dass die Erklärung ihrerseits wegen eines Willensmangels unwirksam ist (...).»

**BGE 128 III 70 ff., 75 f.:** «Schliesslich ist ein Zurückkommen auf die Anfechtungserklärung nach der Lehre zulässig, wenn der Erklärungsgegner das Gestaltungsrecht oder dessen wirksame Ausübung bestreitet, weil dann nur der von ihm für richtig gehaltene Zustand hergestellt wird (...). Dieser mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung ist beizustimmen. Sie entspricht der hier massgebenden teleologischen Interpretation des Gesetzes. Soweit die bundesgerichtliche Rechtsprechung für eine Rücknahme der Anfechtung voraussetzt, dass die Gegenpartei damit einverstanden ist (...), genügt die Bestreitung des Gestaltungsrechts oder dessen wirksamer Ausübung, weil die Gegenpartei damit hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass sie am Vertrag festhalten will.»

#### **Rücktritt mit negativem Interesse**

- OR 107/109: Vertragliches Rückabwicklungsverhältnis gemäss BGE 114 II 152 ff., 158, also mit der Verjährung gem. Art. 127 OR (10 Jahre)
- Verschulden für Schadenersatz, nicht aber für Rücktritt erforderlich