



# Naturalrestitution bei falscher Beratung

ARNOLD RUSCH



MATTHIAS MICHLIG

665

*Wer aufgrund falscher tierärztlicher Beratung bei einem Dritten ein mangelhaftes Pferd kauft, soll vom Tierarzt nicht einfach nur Schadenersatz erhalten. Vielmehr sollte der Tierarzt das Pferd zu sich nehmen und den bezahlten Kaufpreis als Geldersatz leisten. Das ist das einfache Konzept der Naturalrestitution, die den Vorrang vor der rein finanziellen Abgeltung verdient. Dieses Konzept stellt die wahre restitutio in integrum dar, die sich insbesondere auch bei Beratungsfehlern von Banken und Anwälten empfiehlt.*

*Le vétérinaire ayant mal conseillé l'acheteur d'un cheval défectueux ne doit pas seulement payer des dommages-intérêts à son client. Dorénavant, il doit s'occuper du cheval, restituant le prix payé. C'est le concept simple de la réparation en nature. Celle-ci devait avoir plus souvent le pas sur la réparation en numéraire, car elle représente la vraie restitutio in integrum. Dans cet article, les auteurs analysent l'application et les avantages de la réparation en nature dans les contrats de conseil.*

## Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Positives und negatives Interesse bei fehlerhafter Beratung
3. Naturalersatz als Alternative zum Geldersatz
  - 3.1 Grundlagen der Naturalrestitution
  - 3.2 Elemente pflichtgemässer Ermessensausübung
    - 3.2.1 Wunsch und Zumutbarkeit
    - 3.2.2 Vor- und Nachteile der Naturalrestitution
    - 3.2.3 Naturalrestitution, insbesondere bei Beratertätigkeit
4. Prozessuelles
5. Schlusswort

## 1. Einführung

Der Pferde-Entscheid des OLG Hamm<sup>1</sup> umschifft mit der Naturalrestitution viele schwierige Fragen. *Worum ging es?* Ein Dressurreiter wollte von einem Pferdezüchter ein Turnierpferd für DM 20'000 erwerben. Zu diesem Zweck liess er einen Tierarzt eine *medizinische Ankaufs-Untersuchung* des Pferds vornehmen. Der Tierarzt hat dabei keine Mängel entdeckt, weshalb der Dressurreiter zum Kauf schritt. Das Pferd zeigte schon kurz darauf Lähmungsscheinungen. Eine Untersuchung ergab, dass der Tierarzt die Röntgenbilder, die das Krankheitsbild klar zeigten, nicht ausgewertet hatte. Der Dressurreiter verlangte vom Tierarzt Schadenersatz für den Kaufpreis und die Kosten, Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferds, was die deutschen Gerichte schützen.

*Weshalb ist der Entscheid richtig?* Die Parteien konnten dadurch den schwierigen Beweis umgehen, welchen

Wert das «mangelhafte» Pferd heute noch aufweist. Überdies soll richtigerweise der Tierarzt das Risiko der Weiterveräußerung des Pferdes tragen. Nur dieses Konzept stellt den Dressurreiter im Sinne des *positiven Interesses* so, wie wenn der Tierarzt richtig erfüllt hätte. Bei richtiger Erfüllung, also mit Entdeckung der Krankheit des Pferdes, hätte der Kauf nach allen Regeln der Vernunft nie stattgefunden. Der Tierarzt soll seinem Klienten auch nicht vorhalten können, dass er zuerst die Sachgewährleistung gegenüber seinem Verkäufer anrufe: Diese steht aufgrund des zugerechneten Verschuldens des Tierarztes als Hilfsperson bei der Prüfung der Kaufsache ohnehin nicht mehr offen. Die nachfolgenden Überlegungen richten den Fokus auf die Tragfähigkeit dieser Überlegungen für das Schweizer Recht.

## 2. Positives und negatives Interesse bei fehlerhafter Beratung

Die fehlerhafte Beratung kann im Rahmen eines Auftrags oder eines Werkvertrags erfolgen. Technische Gutachten, deren Antworten objektiv garantiefähig sind, fallen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter die *werkvertragliche Sachgewährleistung* (Art. 368 OR).<sup>2</sup> Geht es lediglich um eine Beurteilung *lege artis* ohne objektive Garantiefähigkeit des Resultats, liegt eine Verletzung der *auftragsrechtlichen Pflichten* der sorgfältigen Vertragsausführung vor (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR).<sup>3</sup> Wenn ein Berater seinen Klienten im Rahmen eines

<sup>2</sup> BGer 4A\_51/2007, E. 4.3, BGer 4C.165/2005, E. 3, BGer 4C.28/2001, E. 2c, BGE 127 III 328 ff, 329 f.

<sup>3</sup> Das OLG Hamm (FN 1), NJW-RR 1996, 737, ging von einer Ankaufsuntersuchung im Rahmen eines *Werkvertrags* aus.

ARNOLD RUSCH, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Universität Fribourg.

MATTHIAS MICHLIG, Dr. iur., Zürich.

<sup>1</sup> OLG Hamm, Urteil vom 11. April 1995 – 24 U 134/94, NJW-RR 1996, 736 f.

Auftrags oder eines Werkvertrags verschuldet fehlerhaft berät und der Klient gestützt darauf etwas erwirbt, liegen alle Voraussetzungen eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs vor. Der Anspruch richtet sich auf das *positive Interesse* – oder auf das Integritätsinteresse, das sich gleich definiert: Der Berater muss seinen Klienten so stellen, wie wenn er die Beratung korrekt vorgenommen hätte.<sup>4</sup> Bezogen auf den schlecht erfüllten Beratungsvertrag hinsichtlich eines Pferdekaufs bedeutet dies, dass der Klient das Pferd bei korrekter Beratung nicht gekauft hätte.<sup>5</sup> Ergo muss der Kunde auch so gestellt werden, wie wenn er den Kaufpreis nie bezahlt hätte.<sup>6</sup> Das sieht – bezogen auf den Kaufvertrag – wie eine Rückabwicklung i.S. des negativen Interesses aus, doch der Schein trügt. Die deutschen Gerichte sprechen korrekt von *Naturalrestitution* und nicht von *Rückabwicklung*, wenn beispielsweise eine anlageberatende Bank Wertpapiere, die der Kunde bei Dritten gekauft hat, in die eigenen Bücher nimmt und dem Kunden den Kaufpreis gutschreibt.<sup>7</sup> Die Beraterin bezahlt den Kaufpreis nicht *zurück*: Der Verkäufer hat diesen erhalten und wird diesen auch behalten. Die Bank nimmt auch die Aktien nicht *zurück*, denn nicht sie, sondern ein Dritter, wiederum der Verkäufer, hat die Aktien dem beratenen Kunden verkauft. Eine *Rückabwicklung des Beratungsvertrags* würde auch eine Rückzahlung des Honorars umfassen, doch bleibt im vorliegenden Fall das Honorar aufgrund des Äquivalenzinteresses gerade verschuldet. Erhält der Auftraggeber Schadenersatz im positiven Interesse, ist für eine Honorarminderung

<sup>4</sup> Vgl. SUSAN EMMENEGGER, *Le devoir d'information du banquier*, in: Christine Chappuis/Bénédicte Winiger (Hrsg.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Journée de la responsabilité civile 2008, Genf 2009, 67 ff., 82 f.; vgl. SANDRO ABEGGLE, *Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft*, Bern 1995, 85 (zur Unterscheidung zwischen pos. und neg. Interesse: «*Da sich das positive Interesse auf den Vermögenszustand richtet, der bei gehöriger Erfüllung der Aufklärungspflichten bestehen würde, dieser Zustand aber darin besteht, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft (...) nicht vorgenommen worden wäre, stimmen positives und negatives Interesse überein.*») und 85 ff., 137 (Bejahung des Integritätsinteresses); vgl. BGE 124 III 155 ff., 165 f.; das positive Interesse bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten bejahen BGer 4A\_513/2010, E. 7.4.1 und CR-LUC THÉVENOZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, art. 1–529 CO, 2. A., Basel 2012 (zit. CR-Verfasser), CO 97 N 35.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 124 III 155 ff., 166.

<sup>6</sup> Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man zwar den ganzen Kaufpreis der Sache als Schaden geltend macht, den Vorteil aber mittels *Vorteilsausgleichung* dem Schädiger herausgibt (vgl. ZR 1973, Nr. 58, E. VI, unter Hinweis auf BGE 71 II 86 ff., 89 f.).

<sup>7</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 22. Dezember 2009 – 2/17 O 18/09, BeckRS 2010 22343, E. I, m.w.H.; BGH, Urteil vom 13.1.2004 – XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868 ff., 1870.

kein Raum. Das positive Interesse stellt den Auftraggeber so, wie wenn der Beauftragte richtig erfüllt hätte. Hätte er richtig erfüllt, dürfte er auch das Honorar vollumfänglich beanspruchen. Dies ergibt sich aus dem Gedanken von Art. 397 Abs. 2 OR.<sup>8</sup>

### 3. Naturalersatz als Alternative zum Geldersatz

#### 3.1 Grundlagen der Naturalrestitution

Der Anspruch auf das positive Interesse muss nicht zwingend auf Geldersatz ausgerichtet sein. So kann der Geschädigte grundsätzlich auch *Naturalersatz* geltend machen. Das OR bevorzugt dabei – anders als das deutsche BGB<sup>9</sup> und österreichische ABGB<sup>10</sup>, wonach primär Naturalrestitution geschuldet ist – weder die Naturalrestitution noch den Schadensausgleich durch Geldersatz.<sup>11</sup> So bestimmt nach Art. 43 Abs. 1 OR der Richter nicht nur die Grösse, sondern auch nach freiem Ermessen die Art des Schadenersatzes. Aufgrund der Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR findet diese Norm auch bei vertraglichem Schadenersatz Anwendung.<sup>12</sup>

Da die Naturalrestitution dem Konzept des Schadensausgleichs besser entspricht, sollte der Schadensausgleich durch Geldersatz nur an zweiter Stelle stehen.<sup>13</sup> An primärer Stelle sollte ein Anspruch stehen, der die *restitutio in integrum – das schädigende Ereignis wird ungeschehen gemacht* – wörtlich nimmt. Dazu existieren passende Entscheide aus der schweizerischen Rechtsprechung. Das Bundesgericht anerkannte beispielsweise die Offerte des beklagten Werkeigentümers, eine aufgrund des Werk-

<sup>8</sup> Vgl. PETER DERENDINGER, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, Diss. Freiburg 1988, N 446; vgl. BGE 124 III 423 ff., 426 f.; vgl. SJ 1987, 254 ff., 256; a.M. HANNES ZEHNDER, *Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages*, Diss. Freiburg 1994, N 359. Die werkvertragliche Lösungsweg sieht leicht anders aus: Der Besteller kann das Gutachten wandeln oder den Werklohn mindern und zusätzlich Schadenersatz verlangen (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Der Schadenersatz in der Höhe des dem Verkäufer bezahlten Kaufpreises reduziert sich um das im Rahmen der Wandlung zurückgehaltene Honorar, denn dieses wäre ohne Schädigung auch angefallen.

<sup>9</sup> § 249 Abs. 1 BGB. Die Subsidiarität des Geldersatzes ist in §§ 249 Abs. 2 Satz 1, 250, 251 BGB verankert; in der Praxis hat der Geldersatz den Naturalersatz dennoch weitgehend abgelöst (vgl. MK-HARTMUT OETKER, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. A., München 2016, BGB 249 N 320).

<sup>10</sup> § 1323 ABGB.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 107 II 134 ff., 139 f.

<sup>12</sup> BGE 99 II 176 ff., 183.

<sup>13</sup> Explizit so ANNE-SYLVIE DUPONT, *Dommage : vers une nouvelle définition ?* SJ 2003 II 471 ff., 480; CR-WERRO (FN 4), CO 43 N 9; vgl. BGE 99 II 176 ff., 183.

mangels verwüstete Parzelle zu säubern und herzurichten: «*Nach Art. 43 Abs. 1 OR bestimmt der Richter Art und Umfang des Schadenersatzes. Die Kläger (...) stellen eine Forderung von Fr. 40000, um die Kosten der Räumung und Instandstellung der Parzelle 438 zu decken. Dieser Aufwand entsteht ihnen nicht, wenn der Beklagte die erforderlichen Arbeiten selber ausführt. Sie erhalten also das, was ihnen zukommt. Es besteht demnach kein Grund, ihnen Geldersatz zuzusprechen, statt den Beklagten gemäss Eventualantrag zu verpflichten. Unter diesen Umständen wird das Begehr von der Kläger, den Schaden zu begutachten, gegenstandslos.»<sup>14</sup>*

Wie LÜCHINGER zu Recht festhält, ist durch Naturalersatz nicht der ursprüngliche Zustand vor Schadenseintritt wiederherzustellen,<sup>15</sup> «sondern der Zustand, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis ausgeblieben wäre.»<sup>16</sup> So sind zwischenzeitliche Ereignisse bei der Naturalrestitution zu berücksichtigen. Der Richter muss sich also die Frage stellen, wie der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis *heute* stehen würde. Dies führt dazu, dass der Geschädigte unter Umständen durch die Naturalrestitution etwas zugesprochen erhält, das er vor dem Schadenseintritt nicht hatte.<sup>17</sup> Im eingangs erwähnten Pferde-Entscheid ändert dies am Ergebnis nichts – er hätte einfach dieses Pferd nicht gekauft und nur die Untersuchung dieses Pferds bildete Gegenstand des Vertrags. Bei konstanter Anlageberatung müsste man sich jedoch zusätzlich überlegen, was der Klient bei korrekter Beratung sonst gekauft oder getan hätte.

## 3.2 Elemente pflichtgemässer Ermessensausübung

### 3.2.1 Wunsch und Zumutbarkeit

*Welche Überlegungen sollen den Richter bei der pflichtgemässen Ausübung des in Art. 43 Abs. 1 OR verankerten*

<sup>14</sup> BGE 100 II 134 ff., 142 f.; BGE 107 II 134 ff., 139 f.; BGE 110 II 183 ff., 187 f.; BGE 111 II 24 ff., 26; BGE 129 III 331 ff., 334: «*Die Naturalrestitution gewährleistet das Integritätsinteresse des Geschädigten und ist am besten geeignet, den Ausgleichsgedanken zu verwirklichen (...).»; vgl. BGE 47 II 272 ff., 293 f.; vgl. auch die Frage, ob man bei Invalidität eine Rente oder eine kapitalisierte Einmalzahlung wählt – wer glaubt, der Kapitalisierungszinsfuß der Rechtsprechung sei zu hoch, kann die Rente als natürlichen Ersatz des weggefalloenen Einkommens wählen. Bei der Rente bleibt das Anlagerisiko beim Versicherer (BGer 4A\_260/2014, E. 7.2, mit Hinweis auf BGE 125 III 312 ff., 320 f.).*

<sup>15</sup> So fälschlicherweise BGE 107 II 134 ff., 140.

<sup>16</sup> NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung, Diss. Freiburg 1999, N 67.

<sup>17</sup> LÜCHINGER (FN 16), N 67.

*Ermessens leiten?* Der Richter hat dabei diejenige Art des Ersatzes zu wählen, welche sich nach der Art des Schadens und den Verhältnissen der Parteien als zweckmässig und optimal durchführbar erweist. Dabei hat er insbesondere den Wunsch des Geschädigten und die allenfalls zu weit gehende Belastung der Parteien zu berücksichtigen.<sup>18</sup> So will sich beispielsweise niemand vom Arzt, der sich einen Kunstfehler hat zuschulden kommen lassen, nochmals operieren lassen. Bei anderen Gütern ist die Nachbesserung, die ebenfalls eine Art Naturalrestitution darstellt, für den Geschädigten durchaus zumutbar, selbst wenn die Nachbesserung direkt von der Person stammt, die auch die fehlerhafte Sache zu verantworten hat.<sup>19</sup> Der Auftrag kennt diesbezüglich die spezielle Norm des Art. 397 Abs. 2 OR, die sich auf den vorliegenden Fall wie folgt interpretieren liesse: Wenn der Beauftragte den Schaden aus schlecht ausgeführtem Mandat auf sich nimmt, hat er erfüllt.<sup>20</sup> Der Richter hat somit unseres Erachtens auch den diesbezüglichen Wunsch des Schädigers zu hören.<sup>21</sup>

### 3.2.2 Vor- und Nachteile der Naturalrestitution

Die Naturalrestitution weist viele Vorteile auf. Die komplizierte Berechnung des Schadens und damit ein aufwendiges Beweisverfahren entfallen, da es bei der Naturalrestitution nicht um den Ausgleich einer bezifferten Vermögensdifferenz, sondern um die Behebung des realen Schadens geht.<sup>22</sup> Als Nachteile der Naturalrestitution werden in der Literatur zwei Fälle genannt. *Der erste Fall* betrifft das Problem, dass allfällige Reduktionsgründe wegen Selbstverschuldens des Geschädigten keine Berücksichtigung finden können. *Der zweite Fall* betrifft die Vollstreckung des Urteils. So könne unter Umständen

<sup>18</sup> BGE 80 II 102 ff., 104; BGE 99 II 176 ff., 183 f.; BGE 100 II 134 ff., 142 f.; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. A., Zürich 1979, 114 f.

<sup>19</sup> Vgl. zur Zumutbarkeit einer mehrfach gescheiterten Nachbesserung BGE 91 II 344 ff., 350 f.

<sup>20</sup> GEORG GAUTSCHI, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953, 164 und BRUNO VON BÜREN, Der Auftrag, Diss. Zürich 1944, 64; a.M. die herrschende Lehre, wonach Art. 397 Abs. 2 OR nur dann Anwendung findet, wenn der Auftrag auf eine (höhere) Geldleistung abzielt, vgl. DERENDINGER (FN 8), N 188 und WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Art. 394–406 OR, Bern 1992, OR 397 N 166; offener BSK OR I-ROLF WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser), OR 397 N 11.

<sup>21</sup> Vgl. zur Annahmepflicht des Auftraggebers BK-FELLMANN (FN 20), OR 397 N 165 und DERENDINGER (FN 8), N 187.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 41 II 77 ff., 89; BGE 99 II 176 ff., 183 ff.; BGE 107 II 134 ff., 139 f.; BGE 111 II 164 ff., 167 f.; BGE 129 III 331 ff., 334.

weder Strafandrohung noch Zwang zur Erfüllung der Naturalrestitution führen. Dann bliebe dem Kläger nur noch das Taxationsverfahren gemäss Art. 345 ZPO.<sup>23</sup>

Bei der Naturalrestitution lässt sich das *erste Problem* lösen, indem der Richter eine anhand des Selbstverschulden reduzierte *Teil-Naturalrestitution* vorsieht. Hat beispielsweise der Anlageberater seinen Kunden, den ein Selbstverschulden von 10% trifft, mit falschen Informationen zum Kauf von 100 Aktien zum Kurs von Fr. 10 veranlasst, so kann der Richter den Berater verpflichten, lediglich 90% der Aktien in die eigenen Bücher zu nehmen und den Kaufpreis lediglich für diese Aktien als Schadenersatz zu bezahlen. Im Pferdefall könnte der Richter das allfällige Selbstverschulden des Kunden durch Reduktion des Schadenersatzes berücksichtigen. Bei einem Selbstverschulden des Kunden von 10% drängt sich allerdings eine geringere Reduktion des Schadenersatzes auf, weil der Schädiger nicht wie beim obigen Beispiel nur einen Teil der Aktien, sondern das ganze Pferd erhält. In den übrigen Fällen der Naturalrestitution wäre es denkbar, dem Geschädigten die volle Naturalrestitution nur gegen Zahlung einer Summe zuzusprechen, die dem Selbstverschulden entspricht.<sup>24</sup>

Das *zweite Problem* lässt sich lösen, indem bereits das urteilende Gericht auf Antrag für den Fall der Nichterfüllung die Umwandlungssumme oder Vollstreckungsmaßnahmen festlegt (Art. 236 Abs. 3 i.V.m. 345 ZPO).<sup>25</sup> Dieser Anspruch auf Geldleistung berechtigt alsdann zur definitiven Rechtsöffnung, wenn die unterlegene Partei nicht freiwillig erfüllt.

### 3.2.3 Naturalrestitution, insbesondere bei Beratertätigkeit

Das Konzept der Naturalrestitution kommt besonders häufig in Konstellationen zur Anwendung, in denen ein Berater im Namen des Klienten oder als Organ einer juristischen Person gehandelt hat. So hat das Bundesgericht die Entscheidung geschützt, die Bruno Steffan, den alleinigen Verwaltungsrat der Artella AG, wegen sorgfaltswidrig erworbener Aktien zu Schadenersatz verurteilt hat. Seine Alleinerbin musste den Schaden in der Höhe des Kaufpreises der Aktien gegen Aushändigung der erworbenen Aktien ersetzen: «*Die angefochtene Art des Schadenersatzes widerspricht weder dem Gesetz, noch ist sie*

*unangemessen. Sie macht die ziffernmässige Berechnung des Schadens überflüssig und bringt das Vermögen der Klägerin nicht nur wertmässig, sondern auch hinsichtlich seiner Zusammensetzung in die gleiche Lage, in der es sich befände, wenn Steffan [Bruno Steffan war einziger Verwaltungsrat der Artella AG] das pflichtwidrige Geschäft nicht abgeschlossen hätte. Der Klägerin [Artella AG] wird das Risiko abgenommen, beim Verkauf der Aktien nach der Ausfällung des Urteils wegen Schwankens des Kurses einen Verlust zu erleiden. Es ist billig, dass die Beklagte [Sibylle Steffan, Alleinerbin des verstorbenen Bruno Steffan] dieses Risiko trage.»<sup>26</sup>*

Der vom Bundesgericht angesprochene Risikogedanke verdient besondere Beachtung. Führt eine unsorgfältige Beratung zum Erwerb eines mangelhaften Guts, zeigen sich gleich mehrere Risiken. Erstens besteht das Risiko, dass man den vielleicht volatilen Wert des erworbenen Guts nicht richtig behauptet, einschätzt, beziffert und beweist – für den geschädigten Klienten handelt es sich dabei um prozessuale Stolpersteine, die sich bei der Naturalrestitution als nicht notwendig erweisen.<sup>27</sup> Zweitens besteht das Risiko, dass man die Sache nicht veräussern kann – gerade im Bereich hochspekulativer Wertpapiere besteht im Falle der Insolvenz kein funktionierender Markt mehr.<sup>28</sup> Drittens ist denkbar, dass der Käufer aufgrund des Art. 200 Abs. 2 OR gar keine Sachgewährleistungsansprüche gegen seinen Verkäufer geltend machen kann, weil er sich das unsorgfältige Vorgehen der beratenen Hilfsperson bei der Prüfung der Kaufsache anrechnen lassen muss: «*Je sachkundiger der Käufer ist, besonders auch, wenn er Spezialisten zur Prüfung der Kaufsache bezieht, desto höhere Anforderungen können ggf. an seine Aufmerksamkeit gestellt werden (...).*»<sup>29</sup> Auch die Anfechtung des Kaufvertrags wegen eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) dürfte Probleme bereiten. Der Käufer muss für das negative Interesse im Sinne des

<sup>23</sup> KARL OFTINGER/EMIL STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 2 Rz. 97 ff.; LÜCHINGER (FN 16), N 80.

<sup>24</sup> Vgl. LÜCHINGER (FN 16), N 80 Fn. 86; vgl. BGE 100 II 134 ff., 142 f.

<sup>25</sup> BSK ZPO-GIAN RETO ZINSLI, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK ZPO-Verfasser), ZPO 345 N 6a.

<sup>26</sup> Vgl. das Zitat ob FN 14; vgl. BGE 107 II 134 ff., 140.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 111 II 164 ff., 167: «*Der Vorschlag der Klägerin, der Beklagte und Schuldner solle sofort den ganzen Betrag, welcher der jetzt konkursiten Gesellschaft zur Verfügung gestellt worden sei, ersetzen, und sie trete ihm dafür die Konkursdividende ab, wird dieser Sachlage besser gerecht. Einerseits wird die Klägerin damit wieder so gestellt, wie wenn ihr der Betrag nicht entzogen worden wäre. Das entspricht der grundsätzlichen Zielsetzung des Schadenersatzrechts. Andererseits wird damit auch sichergestellt, dass die Geschädigte am Ende nicht mehr erhält, als ihr zusteht. Dabei trägt der Schädiger die Ungewissheit über die endgültige Konkursdividende, was als billig erscheint.*»

<sup>28</sup> ZK-HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2a, Art. 192–204 OR, 3. A., Zürich 2005, OR 200 N 26; BGE 95 II 119 ff., 125.

Art. 26 Abs. 1 OR aufkommen, da er sich via seinen Berater *fahrlässig geirrt hat*.<sup>30</sup>

Einzig die Naturalrestitution verhindert die Entstehung dieser Risiken. Entstehen sie dennoch, überwälzt sie diese auf den Berater als besseren Risikoträger. Bei Beratungsverhältnissen müsste man allerdings auch die *Insolvenzrisiken* würdigen. Es wäre beispielsweise für alle Betroffenen unzumutbar, wenn der Richter den versagenden M&A-Anwälten die Übernahme der vom Klienten gekauften, millionenteuren Gesellschaft gegen Ersatz des Kaufpreises aufzwingen würde. Die Schadenersatzsumme fällt zwingend höher aus, wenn der Berater die erworbene Sache Zug um Zug übernehmen muss, doch sollten die Fähigkeiten zur Zahlung der Summe und zur sachgerechten Übernahme des Kaufgegenstandes tatsächlich auch bestehen.

#### 4. Prozessuale

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass bei der Naturalrestitution grosse Teile der Berechnung und des Beweises des Schadenersatzes entfallen. *Was muss man aber noch beweisen?* Wer die Vertragsverletzung des Beraters bewiesen hat und zeigen kann, dass er sich bei korrekter Beratung gegen einen Kauf entschieden hätte, hat Anspruch auf die oben beschriebene Naturalrestitution. Ein Verschulden des Beraters muss er nicht beweisen, da dafür eine Vermutung besteht (Art. 97 Abs. 1 OR). *Wie aber beweist man, dass man sich bei korrekter Beratung anders verhalten hätte?* Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden Beweiserleichterungen angewendet. Schon 1921 hielt es fest: «*En cette matière, on ne peut exiger une preuve rigoureuse et absolue du rapport de causalité ; on doit se contenter d'une certitude fondée sur le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie.*»<sup>31</sup> Weitere Entscheide aus dem Anlagebereich stützen die Erkenntnis, dass es um eine Frage der Lebenserfahrung geht.<sup>32</sup> Damit liegt noch keine *Beweislastumkehr* vor, wie sie im medizinischen Bereich Anwendung findet.<sup>33</sup>

*Muss man den Schaden beweisen?* Man muss beweisen, dass man den Kaufpreis bezahlt hat. Ausführungen zum noch vorhandenen Wert der erworbenen Sache würden sich eigentlich erübrigen, da der Berater diese übernehmen muss. Da jedoch der Richter nach Art. 43 Abs. 1

OR die Art des Schadenersatzes bestimmt, kann der Kläger nicht sicher sein, dass der Richter auf Naturalersatz erkennt. Der Kläger ist deshalb gut beraten, im Hauptbegehren auf Naturalersatz und im Eventualbegehr auf Geldersatz zu klagen. Somit kann der Kläger nicht umhin, neben dem Eintritt des Schadens auch die Schadenshöhe zu substantiiieren und Beweise dafür anzubieten, obwohl dies für den Naturalersatz eigentlich nicht nötig wäre.

Ein Wermutstropfen bleibt: Die Gerichtskosten reflektieren die Effizienz der Naturalrestitution nicht richtig. Die Gerichtskosten berechnen sich an der eingeklagten Summe *ohne Berücksichtigung allfälliger Gegenleistungen*.<sup>34</sup> Der Streitwert liegt bei der Naturalrestitution also über dem Wert des reinen Geldersatzes. Die Gerichte sollten die Effizienz der Naturalrestitution aufgrund des unnötigen Beweisverfahrens besser würdigen. Möglichkeiten dazu bieten eine Neuinterpretation des Streitwerts unter Abzug angebotener Gegenleistungen und die Reduktion der Gerichtsgebühren. Im Rahmen des § 4 Abs. 2 GebV ZH<sup>35</sup> und des Äquivalenzprinzips jedenfalls scheint eine massive Reduktion möglich und geboten.

#### 5. Schlusswort

Nur die Naturalrestitution stellt den Geschädigten *erstens* wirklich so, wie wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Er muss dann das Risiko der richtigen Bewertung des Schadens nicht mehr tragen. Bei mangelhafter Beratung kann er so auch das Risiko der Weiterveräußerung oder allgemein der Realisierung des Restwerts der erworbenen Sache auf den Berater überwälzen. *Zweitens* ist die Naturalrestitution effizienter, weil sich die Abnahme von Beweisen vermeiden lässt. Dies sind Gesichtspunkte, die der Richter bei der Festsetzung der Art des Schadenersatzes gemäss Art. 43 OR unbedingt berücksichtigen sollte.

<sup>30</sup> Vgl. BSK OR I-HONSELL (FN 20), OR 200 N 3.

<sup>31</sup> BGE 47 II 272 ff., 293.

<sup>32</sup> BGE 120 II 331 ff., 341; BGE 124 III 155 ff., 165 f.; vgl. auch BGE 119 II 456 ff., 462 f. zur vergleichbaren Aufklärungspflicht des Arztes.

<sup>33</sup> BGE 133 III 121 ff., 129 f.

<sup>34</sup> BSK ZPO-RÜEGG (FN 25), ZPO 91 N 3; vgl. BGE 116 II 431 ff., 433 f.

<sup>35</sup> Kanton Bern, Art. 7 Abs. 2 und 3 VKD (Dekret betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret], BSG 161.12); Kanton St. Gallen, Art. 5 Gerichtskostenverordnung (Gesetzesammlung Nr. 941.12).