

Übungen OR AT HS 2020, Universität Freiburg Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

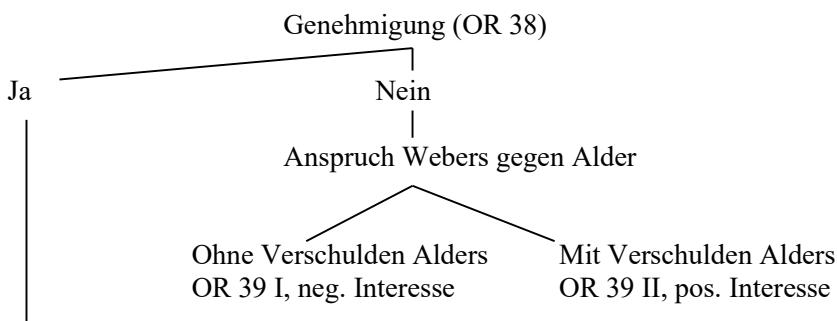
Lektion 3

Sachverhalt Nr. 1

Tanner hat gehört, dass Weber die nicht ganz stilsichere Porzellanstatue „Michael Jackson and Bubbles“ von Jeff Koons verkaufen will. Er beauftragt wegen einer längeren Auslandsabwesenheit Anwalt Alder mündlich, für ihn mit Weber zu verhandeln und den Kauf abzuwickeln. Tanner schärft ihm aber klipp und klar ein, dass er unter keinen Umständen mehr als Fr. 125'000 bieten dürfe. Alder sieht sich angesichts diverser Mitbewerber veranlasst, im Namen Tanners ein Angebot über Fr. 140'000 abzugeben, das Weber annimmt. *Ist dieser Vertrag für Tanner bindend? Welche Möglichkeiten hat Weber, welche Tanner?*

Lösungsvorschlag Nr. 1

Die Lösungsvarianten lassen sich anhand eines Entscheidbaumes optimal präsentieren:



Anspruch Tanners gegen Alder aus *Innenverhältnis*;
trotz Genehmigung ist dies nicht ausgeschlossen.¹

Alder hat als vollmachtloser Stellvertreter gehandelt, denn es wäre ihm nur erlaubt gewesen, bis Fr. 125'000 Offerten abzugeben. Grundsätzlich hat dies für Tanner keine Bindungswirkung zur Folge, es sei denn, Tanner genehmigte das Handeln Alders (Art. 38 Abs. 1 OR). Weber kann Tanner sogar eine Frist zur Genehmigung setzen (vgl. Art. 38 Abs. 2 OR). Genehmigt Tanner den Vertrag nicht, so kann Weber von Alder Schadenersatz verlangen (vgl. Art. 39 Abs. 1 OR). Weber hat Anrecht auf das negative Interesse, d.h. er ist so zu stellen, als ob er keinen Vertrag geschlossen hätte.² Ersatzfähig sind dann meist Auslagen und Aufwendungen,³ aber auch Insertionskosten für den gescheiterten Erstverkauf.⁴ Kann man beim negativen Interesse auch *entgangenen Gewinn* verlangen? Dies ist ausnahmsweise dann möglich, wenn man im Vertrauen auf das Geschäft andere gewinnbringende Gelegenheiten ziehen lassen musste.⁵ Es

¹ Vgl. die Angaben bei CHK-Kut, OR 38 N 22, m.w.H. Das Problem liegt in der Freiwilligkeit des Schadens, des Rechtsmissbrauchs, die Freiwilligkeit vorzuwerfen (Alder muss ohnehin bezahlen – entweder an Tanner aus Auftrag oder an Weber aus Art. 39 OR) und in der Frage, ob die Genehmigung Aussen- und Innenwirkung hat. Richtigerweise hebt die Genehmigung die Vollmachtlosigkeit *nur im Außenverhältnis* auf, vgl. Rusch, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, 106 f.; vgl. auch BK-Zäch/Künzler, OR 38 N 78, m.w.H.

² Vgl. CHK-Kut, OR 39 N 8; man haftet als *falsus procurator* also auch dann, wenn man gutgläubig davon ausging, richtig mandatiert zu sein. Denkbar sind solche Konstellationen bei einem Unterauftrag, wenn der (Haupt-) Auftragnehmer zur Unterbevollmächtigung nicht befugt war, vgl. dazu BSK-Watter, OR 39 N 2. Dabei ist aber auch Art. 37 Abs. 1 OR zu beachten. Weiss der Vertreter vom Erlöschen der Vollmacht nichts, tritt die Vertretungswirkung dennoch ein.

³ Vgl. Schwenger, N 14.31.

⁴ BK-Zäch/Künzler, OR 39 N 59 (diese Autoren erwähnen beim negativen Interesse zwar die Insertionskosten des Weiterverkaufs, was aber nicht stimmen kann, denn die Kosten des Weiterverkaufs wären ohnehin angefallen. Richtigerweise muss es sich um die Kosten des Erstverkaufs handeln, die nutzlos geworden sind).

⁵ Vgl. Schwenger, N 14.31: „*Auch entgangener Gewinn kann ausnahmsweise im Rahmen des negativen Interesses ersatzfähig sein (...).* Dies gilt zwar nicht für den im Hinblick auf den (unwirksamen) Vertrag erhofften Gewinn, wohl aber dann, wenn die Geschädigte im Hinblick auf die Wirksamkeit des Vertrages auf den Abschluss eines anderen Geschäfts verzichtet hat.“; BK-Zäch/Künzler, OR 39 N 59: „...entgangener Gewinn durch Versäumung eines andern Geschäfts...“

wäre dann der Fall, wenn Weber im Vertrauen auf das Angebot Alders ein besseres Angebot eines Dritten hätte ziehen lassen müssen. Er kann demgegenüber das *positive Interesse* verlangen, wenn den *falsus procurator* – wie hier Alder – ein Verschulden trifft (vgl. Art. 39 Abs. 2 OR).⁶ Das positive Interesse ist das Erfüllungsinteresse, d.h. Weber wäre so zu stellen, als hätte Weber den Vertrag vollständig erfüllt. Hier gehört der entgangene Gewinn auch dazu, doch ist es der *aus dem nicht zustande gekommenen Geschäft* entgangene Gewinn⁷ – es geht also um den Gewinn, den Weber aus dem Verkauf an Tanner gezogen hätte. Das Verschulden Alders könnte man mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfassen. Gemäss Sachverhalt kannte er die Preisgrenze und hat sich folglich wissentlich und willentlich darüber hinweggesetzt.

Frage: Gehören die Kosten für den Aufwand der Weiterveräußerung zum negativen oder positiven Interesse? Wenn ich so gestellt werden will, wie wenn ich den Vertrag nicht geschlossen hätte, kann ich lediglich die nutzlosen Kosten der Verhandlung mit dem *ersten Partner* erhältlich machen, nicht aber die Kosten der Aushandlung eines Ersatzgeschäfts, also des Weiterverkaufs – die hätte ich nämlich auch dann tragen müssen, wenn ich den ersten Vertrag nicht geschlossen und auch nicht darauf vertraut hätte.⁸ Im Rahmen des positiven Interesses will ich hingegen so gestellt werden, wie wenn richtig erfüllt worden wäre. Dann wird man so gestellt, wie wenn der Vertragspartner richtig erfüllt hätte und kann den Gewinn aus diesem Geschäft einstreichen, muss man aber die Kosten der Weiterveräußerung selber tragen.

Sachverhalt Nr. 2

Tanner hat einen Verkehrsunfall verursacht. Drei Personen wollen von ihm Schadenersatz (Beat, Carl und Daniel). Tanner beauftragt Anwalt Alder mit der Regelung der Streitigkeiten und erteilt ihm eine schriftliche, vom 5. Mai datierte „Vollmacht i.S. Unfall-Schadensregelung“ ohne irgendwelche Einschränkungen. Tanners mündliche Instruktionen an Alder lauten wie folgt: Alder soll im Namen Tanners Verhandlungen führen und möglichst günstige Vergleiche erzielen. Bei Beat dürfe er einen Vergleich aber nur bis maximal Fr. 15‘000 abschliessen. Alder zeigt Beat die Vollmacht. Beat und Alder einigen sich auf eine vergleichsweise Streitbeilegung mit einer Schadenersatzzahlung in der Höhe von Fr. 18‘000.

Gleichzeitig begannen die Verhandlungen mit Carl unter Vorweisung der Vollmacht. Kurz vor der Einigung mit Carl erfährt Tanner, dass Alder sich nicht an die mitgeteilte Obergrenze von Fr. 15‘000 gehalten hat. Er entzieht ihm das Mandat per Telefon am 5. Juni fristlos. Alder verhandelt dennoch weiter mit Carl und schliesst mit ihm am 6. Juni einen Vergleich bei Fr. 10‘000.

Am 6. Juni nimmt er auch Verhandlungen mit Daniel auf. Er legitimiert sich mit der Vollmacht vom 5. Mai und unterzeichnet am 7. Juni einen Vergleich in der Höhe von Fr. 20‘000. *Hat Alder die Verträge für Tanner bindend geschlossen?*

Lösungsvorschlag Nr. 2

Alder ist direkter Stellvertreter Tanners (Art. 32 Abs. 1 OR), denn er schliesst die Vergleichsverträge im Namen Tanners ab. Das Problem besteht darin, dass Tanner wohl mit allen Verträgen nicht (mehr) einverstanden ist, weil sich Alder nicht an die Instruktionen und bei Carl und Daniel nicht an den Widerruf gehalten hat. Dabei zeigt sich, dass die Abgrenzung zwischen Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 36 Abs. 2 OR nicht einfach ist.

⁶ Vgl. CHK-Kut, OR 39 N 13; vgl. BGE 116 II 689 ff., 690: „Nach Art. 39 Abs. 1 OR haftet der vollmachtnahe Stellvertreter für das negative, bei Verschulden nach Billigkeit zudem für das positive Interesse des Dritten (Art. 39 Abs. 2 OR), sofern dieser den Mangel der Vollmacht weder gekannt hat noch hätte kennen sollen (BGE 106 II 132 E. 5 mit Hinweis). Vorbehalten bleibt zudem die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 39 Abs. 3 OR).“

⁷ Vgl. das Zitat in FN 5.

⁸ Wahrscheinlich irrtümlich (vgl. oben, FN 4) halten BK-Zäch/Künzler, OR 39 N 59 aber gerade dies fest: „Als Schadensposten in Frage kommen insbesondere die Kosten des Vertragsschlusses (...), Insertionskosten für den Weiterverkauf der Ware (...).“

Vergleich mit Beat

Alder hat sich nicht an die Obergrenze von Fr. 15'000 gehalten. Es stellt sich die Frage, ob der Vertrag für Tanner dennoch bindend ist. Tanner hat die Vollmacht gegenüber Beat kundgegeben, indem er die Vollmachtsurkunde gezeigt hat. Alder hat dabei als Bote gewirkt.⁹ Die gezeigte Vollmachtsurkunde enthält keine Beschränkungen – die Vertretungsmacht geht weiter als die Vertretungsbefugnis. Alder kann also mehr, als er darf. Der Umfang der kundgegebenen Vollmacht beurteilt sich nach dem Massstab des Art. 33 Abs. 3 OR. Das Erfordernis des guten Glaubens des Dritten ist zwar in Art. 33 Abs. 3 OR nicht enthalten, doch muss man es sich dazudenken.¹⁰ Art. 33 Abs. 3 OR und Art. 34 Abs. 3 OR sind bezüglich des Regelungsgehaltes sehr ähnlich. Art. 33 Abs. 3 OR regelt den Fall, bei dem ein Abweichen der tatsächlichen Vollmacht zur Kundgabe *ab initio* besteht,¹¹ während Art. 34 Abs. 3 OR den späteren Widerruf einer tatsächlich so bestehenden Vollmacht behandelt. Der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, mit denen man das Fehlen des guten Glaubens auf Seiten Beats i.S. des Art. 3 Abs. 2 ZGB begründen könnte. Folglich ist Tanner an den Vergleich mit Beat gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR gebunden.

Vergleiche mit Carl und Daniel

Tanner hatte die Vollmacht längst widerrufen, als Alder den Vergleich mit Carl schloss. Bei der Vorlegung der Vollmacht war sie aber noch gültig. Art. 34 Abs. 3 OR regelt die Situation, dass der Vertretene eine einmal mitgeteilte Vollmacht nachträglich widerruft. Erfolgt die Mitteilung (d.h. die vertretungsweise Kundgabe der Vollmacht) an den Dritten allerdings erst *nach dem Widerruf der Vollmacht*, so bejaht die h.L. nur noch die Anwendung des Art. 36 Abs. 2 OR. Man könnte zwar diskutieren, ob nicht Art. 33 Abs. 3 OR als unrichtige Vollmachtkundgabe *ab initio* in Frage kommt, doch lehnt dies die h.L. ab.¹² Folglich beurteilt sich der Vergleich mit Carl nach Art. 34 Abs. 3 OR (durch Zustandekommen des Vertrags), derjenige mit Daniel nach Art. 36 Abs. 2 OR (durch Schadenersatz im negativen Interesse und wo es die Billigkeit gebietet, im positiven Interesse gemäss Art. 39 Abs. 2 OR analog).¹³ Weiter stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zu Art. 36 OR. Art. 33 Abs. 3 OR und Art. 34 Abs. 3 OR als speziellere Nor-

⁹ Vgl. BSK-Watter, OR 33 N 31; vgl. CHK-Kut, OR 33 N 43; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1394, lit. c: „Eine (mittelbare) Kundgabe der Vollmacht ist aber auch deren Mitteilung mit Hilfe einer Vollmachtsurkunde des Vertretenen, die der Vertreter – als Bote des Vertretenen – beim Dritten vorweist.“

¹⁰ Während Art. 34 Abs. 3 OR den guten Glauben des Dritten explizit voraussetzt, steht dies bei Art. 33 Abs. 3 OR nicht drin. Die Voraussetzung des guten Glaubens ist aber gemäss Bundesgericht auch bei Art. 33 Abs. 3 OR notwendig, weil diese Norm dem Schutz des guten Glaubens im Verkehr dient (vgl. BGE 77 II 138 ff., 142 f.). Der gute Glaube ist in Art. 3 ZGB geregelt und bezieht sich im Vertretungsrecht darauf, dass der Vertreter den Vertretenen richtig vertritt (vgl. BSK-Watter, OR 33 N 35). Koller erklärt die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 ZGB bei Art. 33 Abs. 3 OR aufgrund systematischer und teleologischer Überlegungen (vgl. Koller, Guter Glaube, N 201): „Dies folgt wiederum aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR: Diese Bestimmung macht die Vertretungswirkung klarerweise von berechtigtem guten Glauben abhängig (...); für Art. 33 Abs. 3 OR kann angesichts seiner engen Verwandtschaft nichts anderes gelten.“ (Koller, Guter Glaube, Fn. 361; vgl. auch BSK-Watter, OR 33 N 35).

¹¹ BSK OR I-Weber, Art. 33 N 29: „Art. 33 Abs. 3 regelt die Rechtsfolge für den Fall, wo der Vertretene nach aussen eine Vollmacht kundgibt, die er intern nicht oder nicht im kundgegebenen Umfang erteilt hat (BGE 120 II 197, 199; anschaulich BGE 131 III 511, 517 ff.; vgl. auch BGer, 30.4.2013, 4A_19/2013, E. 3.I.1) und der angebliche «Vertreter» in fremdem Namen (dazu Art. 32 N 6 ff.) handelt, wobei der Dritte im Vertrauen auf die Kundgabe ein Rechtsgeschäft eingeht, für das zwar die kundgegebene, nicht aber die intern erteilte Vollmacht ausreicht. Hier gilt, dass der Vertretene dem gutgläubigen Dritten die mangelnde Vertretungsmacht des Vertreters nicht entgegenhalten kann. Nach BK-Zäch/Künzler, N 124 müsste diese Norm zum einfacheren Verständnis folgendermassen formuliert sein: «Wird die Ermächtigung vom Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt, so kann er nach Abschluss eines Vertretungsgeschäftes diesem Dritten nicht entgegenhalten, er habe tatsächlich keine Vollmacht bzw. keine Vollmacht im kundgegebenen Umfang erteilt, es sei denn, der Dritte habe oder müsste davon Kenntnis haben.» Ob Art. 33 Abs. 3 auch auf die gesetzliche Vertretung anwendbar ist, hat das BGer offengelassen (BGE 107 II 114; vgl. nun aber den Nachweis in N 6).“

¹² CHK-Kut, OR 33 N 43, OR 36 N 12 („Wird die Vollmacht dagegen vor der Vorlegung vollständig widerrufen, kann keine gültige Vollmachtsmitteilung iSv OR 33 III durch den Vertreter mehr erfolgen (...), sodass ausschliesslich OR 36 II anwendbar ist (...).“) und BSK-Watter, OR 36 N 8; a.M. Koller, Guter Glaube, N 329 f., 330 („Wird demgegenüber die Vollmachtsurkunde dem Dritten nach Erlöschen der Vollmacht vorgelegt, kann hierin zwar (...) ebenfalls eine Vollmachtkundgabe zu sehen sein. In Betracht kommt aber blos eine (von Anfang an) unrichtige Kundgabe: die Mitteilung, es bestehe Vollmacht, obwohl diese in Wirklichkeit bereits erloschen ist. Art. 34 Abs. 3 OR findet daher zum vornherein keine Anwendung (...), anwendbar ist höchstens Art. 33 Abs. 3 OR.“) und insb. N 336 („Die Auffassung, dass nach Erlöschen der Vollmacht eine Vollmachtkundgabe ausgeschlossen ist, scheint mir allerdings unzutreffend. Wenn der Vertretene dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde zwecks Vorlegung gegenüber einen Dritten aushändigt, so liegt hierin eine konkordante Vollmachtsmitteilung, die zur ihrer Vollendung nur mehr der Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten bedarf. Erlöscht nun die Vollmacht des Vertreters, so wird die Vollmachtsmitteilung „in Gang gesetzt“, und der Mitteilungsvorgang wird durch die Vorlegung an den Dritten abgeschlossen.“).

¹³ CHK-Kut, OR 36 N 17.

men verdrängen Art. 36 Abs. 2 OR.¹⁴ Das ist auch richtig. Kommt es zu einer Vertragsbindung, kann gar kein Schaden vorliegen, den man über Art. 36 Abs. 2 OR liquidieren könnte. Fazit: Tanner muss gegenüber Daniel aufgrund des Art. 36 Abs. 2 OR einstehen. Daniel kann seinen Anspruch aber auch gegen Alder mit Art. 39 Abs. 1 OR begründen, sofern Tanner den Vertrag nicht genehmigt.¹⁵

Exkurs: Vorsichtsmassnahmen

Was könnte man als vorsichtige Anwältin oder als vorsichtiger Anwalt den Klienten empfehlen, damit sich solche Situationen nicht ereignen? Die Maximalbeträge lassen sich kaum sinnvoll in der Vollmachturkunde festhalten. Diese müssen gegenüber den Verhandlungspartnern geheim bleiben. Man könnte aber in der Urkunde einen *Genehmigungs- oder Widerrufsvorbehalt* vorsehen, wonach der Vertretene alle vom Vertreter geschlossenen Verträge genehmigen muss oder diese innert einer kurzen Frist nach Abschluss widerrufen kann.

Exkurs: Anfechtbarkeit

Es stellt sich die Frage, ob Tanner die Verträge, die Alder in seinem Namen geschlossen hat, anfechten kann. Worüber hat er sich geirrt? Betrifft sein Irrtum die Tatsache, dass der Vertreter seine Vollmacht missbrauchen wird? Dies wäre als Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt zu werten. Das Bundesgericht bejaht diesen nur bei einem bestimmten, voraussehbaren Sachverhalt, der von beiden Parteien als sicher angenommen wird.¹⁶ Bei der Erwartung, dass sich der Vertreter getreu verhalten werde, handelt es sich indes nur um eine Hoffnung, die von dieser Rechtsprechung nicht erfasst wird.¹⁷ Ein Grundlagenirrtum i.S. des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR über die Treue des Vertreters könnte auch in Frage kommen. Doch ist auch dies nur eine einseitige Erwartung oder ein unbeachtlicher Motivirrtum des Vertretenen. Richtig erweise muss der Vertretene das Risiko des Missbrauchs der kundgegebenen Vollmacht selber tragen. Das Bundesgericht hat dies schon beim Fall der ungetreuen Ausfüllung eines Blanketts, d.h. eines lückenhaf ten, der Vervollständigung bedürfenden Dokuments, die mit der vertretungsweisen Ausfüllung gleichzusetzen ist, gesagt: „Für eine Anfechtung wegen Irrtums ist daher kein Raum. Zudem hätte bei der Zulassung einer solchen der gutgläubige Erwerber den Schaden zu tragen, soweit es ihm nicht gelingt, diesen durch den Nachweis eines Verschuldens nach Art. 26 OR auf den Aussteller des Blanketts abzuwälzen. Die Billigkeit gebietet jedoch, in erster Linie den Aussteller das Risiko des Blankettmissbrauchs tragen zu lassen und ihn auf einen Schadenersatzanspruch gegen den Ausfüllenden zu verweisen (...).“¹⁸

Sachverhalt Nr. 3

Viktor macht Kurt per B-Post folgendes Angebot zu einem Verkauf seines privat genutzten Renault Clio, den Kurt aus Interesse schon einmal besichtigt hat: „Ich habe mich entschieden. Ich verkaufe meinen

¹⁴ Vgl. BK-Zäch/Künzler, OR 36 N 69, der dies allerdings nur bezüglich des Art. 34 Abs. 3 OR festhält. Richtig deshalb CHK-Kut, OR 36 N 12: „Erfolgt der Widerruf nach der Vorlegung der Vollmachturkunde, tritt gegenüber einem gutgläubigen Dritten die Vertretungswirkung aufgrund von OR 34 III ein; der Schadenersatzanspruch nach OR 36 II ist dann mangels Schaden ausgeschlossen (...). Wird die Vollmacht vor der Vorlegung im Innenverhältnis - ohne Anpassung der Vollmachturkunde - beschränkt, tritt die Vertretungswirkung von OR 33 III ein, was ebenfalls die Anwendung von OR 36 II ausschliesst (...).“; BK-Zäch/Künzler, OR 36 N 67, vertreten ein grundsätzlich anderes Konzept: „Für die Abgrenzung zwischen Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 ist darauf abzustellen, ob die Vollmacht aus gesetzlichem Grund oder wegen Widerrufs oder eines andern, gesetzlich nicht geregelten Grunds (...) erlischt.“

¹⁵ Vgl. BK-Zäch/Künzler, OR 36 N 71: „Obwohl die Voraussetzungen der Haftung des Vollmachtgebers (...) und des Bevollmächtigten (...) sich nicht entsprechen, können beide gleichzeitig gegeben sein, wenn der Vollmachtgeber die Urkunde nicht herausverlangt und der Bevollmächtigte die Vollmacht missbraucht hat. Es fragt sich, ob beide Rechtsfolgen nebeneinander eintreten oder ob die Anwendung der einen Norm die andere verdrängt. Nach Art. 51 besteht für ungleiche Haftungen Konkurrenz (...). Der Dritte kann nach seiner freien Wahl den einen oder andern belangen (...). Dabei hat er aber zu beachten, dass der zu zahlende Schadenersatz, z.B. wegen des unterschiedlichen Verschuldens, nicht gleich gross sein muss. Jedenfalls haben beide zusammen den Schaden nur einmal zu ersetzen (...). Dieses Ergebnis kann wie folgt begründet werden: Der Wortlaut der beiden Bestimmungen enthält keinen Hinweis auf eine ausschliessliche Geltung der einen oder andern Bestimmung. Eine Haftungsbefreiung des Bevollmächtigten widerspricht dem Zweck der Haftung von Art. 39, zumal der Bevollmächtigte der primär Handelnde ist und die Vollmachturkunde missbraucht hat. Eine bloss subsidiäre oder sogar fehlende Haftung des Vollmachtgebers würde demgegenüber dem Verkehrsschutz- und Solidaritätsgedanken widersprechen.“

¹⁶ Zu den Voraussetzungen siehe BGE 118 II 297 ff. und BSK-Schwenzer, OR 24 N 18.

¹⁷ Vgl. BGE 118 II 297 ff., 300 f.

¹⁸ BGE 88 II 422 ff., 427.

Renault Clio für Fr. 5'000, wenn Du noch Interesse hast.“ Er übergibt der Post den Brief am Abend des 1. September. Der Brief landet am 3. September in Kurts Briefkasten. Kurt liest ihn, weil er geschäftlich unterwegs ist, erst am Abend des 4. September. Er überlegt bis am 6. September und verschickt den Brief mit dem Akzept per A-Post am 7. September. Am 8. September wirft ihn der Briefträger in Viktors Briefkasten. Viktor hat den Renault am Abend des 7. September bereits Karl verkauft. Ist der Vertrag zustande gekommen? Kommt ein Vertrag zustande, wenn Kurt keine Reaktion zeigt, Viktor im Brief aber geschrieben hat: „Ohne Gegenbericht gehe ich davon aus, dass Du den Renault zum besagten Preis kaufen willst“?

Lösungsvorschlag Nr. 3

Ist der Vertrag zustande gekommen?

Anwendbar sind die Regeln von Antrag und Annahme ohne Annahmefrist unter Abwesenden (Art. 5 OR). „Unter Abwesenden“ bedeutet, dass keine direkte Kommunikation zwischen den Parteien besteht.¹⁹ Beispiele dafür sind Fax, Email, Post, Bote, Twitter, SMS, *nicht aber Chat, Skype, Internettelefon, Funk, Telefon.*²⁰ Fraglich ist vorliegend, wie lange Viktor an sein Angebot gebunden ist. Art. 5 Abs. 1 OR hält fest, dass der Antragsteller gebunden bleibt, bis er bei ordnungsgemässer und rechtzeitiger Absendung den Eingang der Antwort erwarten darf. Viktor darf davon ausgehen, dass sein Brief ordnungsgemäss angekommen ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 OR) – das war vorliegend auch so, am 3. September. Der 4. September ist nicht relevant, denn die Willenserklärung ist dann angekommen, wenn der Zugang erfolgt, der von der Kenntnisnahme zu unterscheiden ist.²¹

Wann gilt eine Willenserklärung als zugegangen?

- **Briefpost:** Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 199: „Sie geht dem Empfänger zu, sobald der Erklärungsträger in dessen Machtbereich gelangt, und zwar auf eine Weise, dass nach den Ge pflogenheiten des Verkehrs oder nach den vom Empfänger getroffenen Vorkehren erwartet werden kann, dieser werde den Erklärungsträger wahrnehmen (...).“ Konkret bedeutet dies, dass der Einwurf in den Briefkasten des Empfängers genügt, sofern mit einer baldigen Leerung zu rechnen ist.²²
- **Email:** Eine Email gelangt in den Machtbereich des Empfängers und geht deshalb dann zu, wenn sie auf dem Server zum Abruf bereitsteht und mit dem Abruf gerechnet werden kann, was wohl nur bei Bestehen einer nicht selbstverständlichen Abruf-Obliegenheit bejaht werden kann.²³
- **Fax:** Mit Ausdruck auf dem Faxgerät des Empfängers ist eine Faxmitteilung zugegangen.²⁴

¹⁹ Vgl. CHK-Kut, OR 5 N 2.

²⁰ Vgl. die Aufzählung bei CHK-Kut, OR 4 N 2 und OR 5 N 2.

²¹ Vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19.

²² Vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19; vgl. BGE 118 II 42 ff., 44: „Nach diesen Grundsätzen geht eine Willenserklärung in Briefform dem Empfänger zu, sobald sie in seinen Machtbereich gelangt. Bei einer Sendung, die privat oder durch die Post uneingeschrieben zugestellt wird, ist dies dann der Fall, wenn sie zu einer Zeit, in der mit der Leerung gerechnet werden darf, in den Briefkasten des Adressaten gelegt wird (...). Ob der Adressat auch tatsächlich von der Sendung Kenntnis nimmt, ist dagegen nicht entscheidend. Insbesondere trägt der Adressat das Risiko, dass ihm die mit der Leerung des Briefkastens betraute Person die Sendung verheimlicht.“; vgl. BGer 4A_89/2011, E. 3: „Une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d'influence de celui-ci, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'il en prendra connaissance (...).“

²³ Vgl. Schwenzer, N 27.23 (sie bejaht eine Abrufobliegenheit in gewerblichen Verhältnissen, während bei privaten Empfängern ohne Aufforderung zur Kommunikation via Email auf das Öffnen der Email abzustellen sei); vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 202: „Schriftliche Erklärung im (...) E-Mail-Verkehr (...). Eine Mitteilung via E-Mail geht dem Empfänger zu, sobald sie von ihm abgerufen werden kann; eine Obliegenheit zum Abruf (zur «Leerung des elektronischen Briefkastens») besteht jedenfalls dann, wenn eine Person ihre E-Mail-Adresse einem grösseren Kreis anderer Personen bekannt gegeben (und sich dadurch mit diesem Übermittlungsweg einverstanden erklärt) hat, beispielsweise durch Aufnahme in ihren Briefkopf.“

²⁴ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 200 ff.; BGE 143 III 15 E. 4.1: „Lorsque la manifestation de volonté est communiquée par pli recommandé, si l'agent postal n'a pas pu le remettre effectivement au destinataire (ou à un tiers autorisé à prendre livraison de l'envoi) et qu'il laisse un avis de retrait ("invitation à retirer un envoi") dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait; il s'agit soit du jour même où l'avis

- **Einschreiben:** Der Zugang erfolgt mit der tatsächlichen Zustellung oder bei gescheitertem Zustellungsversuch mit der Möglichkeit der Abholung bei der Post.²⁵

Dass Kurt den Brief erst am 4. September gesehen hat, spielt keine Rolle. Sodann hat er ihm eine angemessene Überlegungsfrist zu gewähren.²⁶ Im kaufmännischen Bereich ist es meist höchstens ein Tag, in nichtkaufmännischen Verhältnissen ist es anhand der Ware (Verderblichkeit), dem erkennbaren Interesse anderer Personen, der Bedeutung der Entscheidung zu entscheiden, was eine angemessene Dauer ist. Bei nichtkaufmännischen Verhältnissen müsste man m.E. sicher eine Woche Zeit geben.²⁷ Es kommt also auf die Umstände an.²⁸ Eine längere Frist ist kaum nötig, denn die Entscheidung zum Erwerb eines Renault Clio ist nicht gerade schwierig, zumal er den Wagen schon einmal besichtigt hat und damit kennt. Die vorliegende Überlegungsfrist war demnach zu kurz. Kurt hat auch beim Versand seines Akzpts angemessen reagiert, sogar mit dem schnelleren Kommunikationsmittel als Viktor (A-Post). Dies darf und soll berücksichtigt werden. Es kommt nicht auf die einzelnen Schritte an, sondern auf die *Gesamtdauer*. Eine schnellere Antwort kann also eine zu lange Überlegungsdauer kompensieren.²⁹ Viktor hat somit den Wagen zu früh verkauft. Er ist mit dem Akzept Kurts an den Vertrag gebunden.

Kommt ein Vertrag zustande, wenn Kurt keine Reaktion zeigt, Viktor im Brief aber geschrieben hat: „Ohne Gegenbericht gehe ich davon aus, dass Du den Renault zum besagten Preis kaufen willst“?

Schweigen auf einen Antrag hat nur unter besonderen Umständen die Wirkung eines Akzpts (vgl. Art. 6 OR). Dazu bedarf es einer Usanz im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung oder bereits weitgediehener Vertragsverhandlungen.³⁰ Eine solche Gewohnheit ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Eine wie in Art. 6 OR erwähnt besondere Natur des Geschäfts – es müsste ein ausschliesslich begünstigendes Geschäft wie z.B. die Schenkung sein – liegt ebenfalls nicht vor. Deshalb kann Kurt schweigen, auch wenn er den Vertrag nicht will.

de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour (ATF 137 III 208 consid. 3.1.2; ATF 107 II 189 consid. 2 p. 192; arrêt 4A_471/2013 du 11 novembre 2013 consid. 2).“

²⁵ Vgl. CHK-Kut, OR 1 N 19; vgl. BGer 4A_656/2010, E. 3.1.2: „En ce qui concerne une lettre recommandée, si l'agent postal n'a pas pu la remettre effectivement au destinataire ou à un tiers autorisé à prendre livraison de l'envoi et qu'il laisse un avis de retrait dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour (...).“

²⁶ Vgl. BGE 98 II 109 ff., 111: „Zu prüfen ist daher, welche Überlegungszeit der Kläger der Beklagten einräumen musste. Nach VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 176, ist die Überlegungszeit nach Inhalt und Tragweite der Offerte sowie nach den persönlichen, dem Offerten bekannten Umständen des Adressaten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bemessen. Ferner ist nach BECKER (...) zu beachten, dass die Beantwortung innerhalb der geschäftsüblichen Zeit erwartet werden kann. Ähnlich äussern sich OSER/SCHÖNENBERGER (...), jedoch mit dem Hinweis, dass der Sonntag in Geschäftssachen für die Bemessung der Frist ausser Betracht falle.“

²⁷ Vgl. die Beispiele bei BSK-Zellweger-Gutknecht/Bucher, OR 5 N 9. Er geht im nichtkaufmännischen Bereich von einer Überlegungsfrist von sicher einigen wenigen Tagen aus, doch kann die Überlegungsfrist je nach den Umständen auch mehrere Wochen bis zu einem Monat betragen.

²⁸ BGE 98 II 109 ff., 111: „Zu prüfen ist daher, welche Überlegungszeit der Kläger der Beklagten einräumen musste. Nach VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 176, ist die Überlegungszeit nach Inhalt und Tragweite der Offerte sowie nach den persönlichen, dem Offerten bekannten Umständen des Adressaten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bemessen. Ferner ist nach BECKER (1. Aufl. N. 3 zu Art. 5 OR) zu beachten, dass die Beantwortung innerhalb der geschäftsüblichen Zeit erwartet werden kann. Ähnlich äussern sich OSER/SCHÖNENBERGER (N. 6 ff. zu Art. 5 OR), jedoch mit dem Hinweis, dass der Sonntag in Geschäftssachen für die Bemessung der Frist ausser Betracht falle.“

²⁹ Vgl. BK-Schmidlin, OR 5 N 9: „Die drei Zeitabschnitte bilden keine gesonderten Vorgänge, sondern vereinigen sich zu einer Gesamtdauer. Die Überdehnung des einen kann durch die Verkürzung des andren wieder ausgeglichen werden (...).“; ebenso CHK-Kut, OR 5 N 3; BGer 4A_515/2008, E. 4.1.: „Die Normaldauer, von der der Offérent ausgehen dürfe, setze sich somit aus der Übermittlungsdauer der Offerte und der Annahmeerklärung sowie aus einer angemessenen Überlegungsfrist zusammen. Diese drei Perioden bildeten zusammen die Gesamtdauer, weshalb die Verkürzung der einen eine Überdehnung der anderen auszugleichen vermöge. Die Übermittlungsdauer der Annahmeerklärung bemasse sich nach dem Zeitbedarf des "Transportmittels", das der Antragssteller für sein Angebot gewählt habe.“

³⁰ Vgl. die Beispiele bei CHK-Kut, OR 6 N 9; vgl. den Klassiker unter den Beispielen bei Bucher, OR AT, 135: „Schulbuchbeispiel: Buchhändler lässt einem Stammkunden Ansichtssendungen zukommen, bei denen im Falle der Nichtrücksendung ein Vertrag angenommen werden kann.“

Sachverhalt 4

Sepp Winiger hat Mitte März 2016 bei der ballonreisen.ch telefonisch zwei Fahrscheine für eine Ballonfahrt für total Fr. 780 gekauft. Bei der Bestellung habe er darauf hingewiesen, dass die zweite Person leicht gehbehindert sei. Die Ballonunternehmung habe ihm erklärt, dass dies kein Problem sei. Er sei beim Kauf bereit gewesen, die Ballonfahrt anzutreten. Jedoch seien die Beschwerden seiner Ehefrau immer schlimmer geworden, weshalb ein Antritt der Fahrt nicht mehr möglich gewesen sei. Er habe die Ballonunternehmung mehrmals telefonisch um ein Entgegenkommen und um Rückerstattung des Kaufpreises gebeten. Diese sei jedoch nicht darauf eingegangen und habe auf den Gutscheinaufdruck verwiesen, der den Ablauf des Gutscheins auf den 1. April 2018 festalte.

Lösung 4

Es kommt das gewöhnliche AGB-Korrektiv zur Anwendung. Hat die Gültigkeitsdauer von zwei Jahren keinen Bestand, bleibt die Frage, wie Winiger den Vertrag beenden kann.

AGB-Korrektiv

Übernahme

Es stellt sich jetzt die Frage nach der Gültigkeit der Einlösefrist nach AGB-Grundsätzen. Der erste Grundsatz lautet „*keine Geltung ohne Übernahme*“.³¹ Auf den ersten Blick hat es keine Übernahme der AGB gegeben, denn diese erfährt Winiger erst mit der Übergabe des Gutscheins. Doch muss die Übernahme bei Wertpapieren, die zur einfachen Übertragung geeignet sein sollen, im (rein theoretisch existierenden) *wertpapierrechtlichen Begebungsvertrag*³² liegen – der gilt für alle Inhaber, weil sonst bei jeder Übertragung die AGB neu übernommen werden müssten, was die *Verkehrsfähigkeit* zu stark einschränken würde.³³

Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel

Denkbar wäre die folgende Argumentation: Den Text „*Gültig bis 1. April 2018*“ kann man als zulässige Forderungsbefristung oder als ungültige Verjährungsvereinbarung lesen. Die Wirkung ist vorliegend dieselbe. Nach der Unklarheitenregel gilt deshalb diejenige Auslegung, die für den Verwender weniger günstig ist.³⁴ Vorliegend wäre dies (nach der Regel der kundenfeindlichsten Auslegung, die besonders kundenfreundlich ist, weil sie meist zur Unwirksamkeit der Klausel führt) die unzulässige Verjährungsvereinbarung, auf die sich die Gutscheinsanbieterin wegen Art. 129 OR nicht berufen könnte (sicher extrem strittig).³⁵ Die Ungewöhnlichkeitsregel³⁶ greift vorliegend kaum, denn Einlösefristen auf Gutscheinen sind allgegenwärtig (d.h. die subj. Ungewöhnlichkeit fehlt). Aufgrund der weiten Verbreitung ist die Ungewöhnlichkeitsregel nicht anwendbar, denn *objektive und subjektive* Unmöglichkeit müssen vorliegen.³⁷ Es wäre folglich im Sinne eines Fazits möglich, die Unklarheitenregel anzuwenden: «*Wenn auf einem Einkaufsgutschein steht: «Einlösbar bis Ende 2014», handelt es sich dann um eine gemäss h.L. zulässige*

³¹ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1128.

³² Vgl. Meier-Hayoz/von der Crone, § 3 N 10: „*Der Begebungsvertrag ist eine im Gesetz nicht näher geregelte Vereinbarung, ein Innovationskontrakt. Aussteller und Nehmer (Empfänger) vereinbaren darin, dass das in der Urkunde Erklärte gelten soll.*“; vgl. die identische Definition in Jäggi/Druey/von Geyrerz, 17.

³³ Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 5 ff.

³⁴ Vgl. zur Unklarheitenregel Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1144, 1231.

³⁵ Vgl. Rusch, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 207, Internet: <https://arnoldrusch.ch/2014/02/06/bitte-recht-feindlich-zur-auslegung-allgemeiner-geschaeftsbedingungen/> (Abruf 24.10.2020).

³⁶ Vgl. zur Ungewöhnlichkeitsregel Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1136.

³⁷ Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 154; BGE 109 II 452 ff., 459: „*Zu entscheiden bleibt somit, ob auch die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel gegeben sind. Von Bedeutung ist dabei vor allem die Frage, ob die Beklagte vor dem Abschluss der Werkverträge mit dem Kläger über Erfahrungen in Bausachen verfügte.*“

vertragliche Befristung der Forderung oder um eine gesetzlich ausgeschlossene Abänderung der Verjährungsfrist (Art. 129 OR)? Es ist nicht möglich, bei diesem Wortlaut eine Befristung von einer Abänderung der Verjährung zu unterscheiden. Die kundenfeindlichste Auslegung ergibt, dass es sich um eine unzulässige Abänderung der Verjährung handeln muss, weil diese zur Nichtigkeit der Klausel führt und den Gutschein auch nach dem Ablaufdatum einlösbar macht, solange die Forderung nicht nach den gesetzlichen Regeln verjährt ist.»

Zwingendes Recht

Zwingende Verjährungsregeln

Art. 129 OR verbietet die Abänderung der vertraglichen Fristen. Vorliegend wäre die zehnjährige Frist anwendbar (Art. 127 OR). Bei Laden-Gutscheinen, *nicht aber hier*, wäre die fünfjährige Frist auch noch zu prüfen: Die fünfjährige Frist ist zwar beim Kleinverkauf von Waren einschlägig (Art. 128 Ziff. 3 OR), *aber nur für die Forderung des Kleinverkäufers, nicht für die des Kleinkäufers auf Erfüllung oder Schadenersatz*.³⁸ Es geht also immer um 10 Jahre. Die h.L. sieht in solchen Einlösefristen aber ohnehin eine zulässige Verwirkungsfrist: „Von Art. 129 grundsätzlich unangetastet bleibt die Möglichkeit einer vertraglichen Befristung von Forderungen (...).“³⁹

Lässt sich dies voneinander unterscheiden? Die Befristung einer Forderung führt zur Verwirkung, nicht zur Verjährung. Im Alltag lässt sich dies kaum auseinanderhalten. In einem recht neuen Entscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass eine zweijährige Verjährung zur Urkundenvorlage einer Anleihenobligation unzulässig sei, weil bei einem solchen Papier die Vorlegung für die Geltendmachung ohnehin zwingend erforderlich sei; man könne ein solches Erfordernis nicht zu einer Befristung umdeuten.⁴⁰ Bei

³⁸ Vgl. den französischen Text des Gesetzes in art. 128 CO: „Se prescrivent par cinq ans: 1. les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques; 2. les actions pour fournitures de vivres, pension alimentaire et dépenses d'auberge; 3. les actions des artisans, pour leur travail; des marchands en détail, pour leurs fournitures; des médecins et autres gens de l'art, pour leurs soins; des avocats, procureurs, agents de droit et notaires, pour leurs services professionnels; ainsi que celles des travailleurs, pour leurs services.“; vgl. BSK-Däppen, OR 128 N 1a, 10, CR-Pichonnaz, CO 128 N 15: „Seules les créances qui sont la contrepartie du travail ou des services fournis par la personne mentionnée, et les créances qui en découlent, sont soumises au délai de prescription quinquennal, et non e.g. la créance en exécution des services.“, BK-Becker, OR 128 N 7, Spiro, 669 („...nicht auch, ... die Forderungen des Kunden auf Lieferung der Ware oder Gewähr,...“).

³⁹ BSK-Däppen, OR 129 N 5; vgl. BGE 132 III 285 ff., 289 f.: „Nach herrschender Meinung verbietet Art. 129 OR eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist (...). Dies schliesst zwar nicht aus, dass eine Forderung von einer Resolutivbedingung abhängig gemacht werden kann. Allerdings ist eine Bedingung, wonach die Forderung binnen bestimmter Frist irgendwie gerichtlich einzuklagen sei, der Abkürzung der Verjährungsfrist gleichzustellen.“; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3388 und zu den Unterschieden zwischen Verjährung und Verwirkung N 3386 ff.; a.M. Melanie Gottini, Die Verjährung im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2019, 200 f.: «Bezüglich der hier im Fokus stehenden Frage, ob und inwiefern befristete Gutscheine mit den zwingenden Bestimmungen des Verjährungsrechts vereinbar sind, kann Folgendes festgehalten werden: Die Abänderung der Verjährungsfristen nach Art. 127 f. OR auf dem Wege einer Befristung des Gutscheins ist als unzulässige Umgehung von Art. 129 OR zu qualifizieren. Entsprechende Befristungen sind daher nichtig.»

⁴⁰ Vgl. BGer, 4A_392/2019, E. 3: «Die Vorinstanz hat die Anleihenbedingungen gestützt auf die in Ziffer 11 vorgesehene Regelung des anwendbaren Rechts nach schweizerischem Recht ausgelegt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz - unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 132 III 285 E. 2) - durchaus berücksichtigt, dass Art. 129 OR die Möglichkeit der Vertragsparteien unberührt lässt, eine Forderung durch Vereinbarung von einer Resolutivbedingung abhängig zu machen, sofern mit der Bedingung nicht verlangt wird, die Forderung binnen bestimmter Frist irgendwie gerichtlich einzuklagen. Insbesondere vermag die in der Beschwerde vertretene Auslegung von Ziffer 4 lit. c der Anleihenbedingungen, die sie dem vorinstanzlichen Auslegungsergebnis entgegenhält, nicht zu überzeugen. Ziffer 4 lit. c lautet wie folgt: "Sollte der Obligationär die Original-Urkunden am Rückzahlungstag nicht vorweisen können, wird die entsprechende Rückzahlung seitens der Emittentin nicht ausgeführt. Die Obligation verjährt zwei Jahre nach dem Rückzahlungstag." Bereits ausgehend vom Wortlaut kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie sich vor Bundesgericht auf den Standpunkt stellt, mit der Vertragsbestimmung werde "vom Obligationär verlangt, innert einer bestimmten Frist (zwei Jahre) eine konkrete Handlung vorzunehmen (Rückgabe der Anleihenobligationen im Original), ansonsten die Verpflichtung der Emittentin erlischt". Vielmehr wird mit dem ersten Satz von Ziffer 4 lit. c lediglich verlangt, dass sich der Obligationär im Hinblick auf die Rückzahlung durch Originalurkunden ausweist. Der Hinweis im angefochtenen Entscheid auf die gesetzlichen Voraussetzungen bei Namenpapieren nach Art. 975 OR (Ausweis über das Gläubigerrecht) ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden, sondern erscheint naheliegend. Jedenfalls wird mit dem ersten Satz von Ziffer 4 lit. c in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung klargestellt, dass die Rückzahlung einzig gegen Vorweisung der Urkunde erfolgt. Dass die Zahlungsverpflichtung der Emittentin nach der vertraglichen Regelung erlöschen soll, wenn die Anleihenobligationen nicht innert zwei Jahren im Original zurückgegeben

einem Gutschein für eine Ballonfahrt hat das Richteramt Thal-Gäu am 28. Mai 2020 ebenso entschieden: Bei einem Gutschein lässt sich die Verjährung nicht abändern, es gilt die zehnjährige Frist des Art. 127 OR.⁴¹

UWG 8

Es bleibt die hypothetische⁴² Prüfung nach Art. 8 UWG: „*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.*“ Treu und Glauben ist der Massstab, wie die ganze Sache zu betrachten ist.⁴³ Anknüpfungspunkt zur Beurteilung des Missverhältnisses sind die gesetzliche Ordnung und die vertraglichen Interessen. Erstens stellt die Gültigkeitsfrist von zwei Jahren eine massive Abweichung von der gesetzlichen Verjährungsduer von zehn Jahren dar. Bei der Interessenlage ist zweitens zu berücksichtigen, dass Winiger eine Vorleistung erbracht hat, die die Ballonunternehmung in keiner Weise honoriert. Den Gutschein löst zwar nicht Winiger alleine ein, doch ergeben sich alle Wirkungen gewollt – es handelt sich um einen Geschenkgutschein – beim Papierinhaber, also auch bei seiner Ehegattin. Das Missverhältnis prüft sich deshalb anhand der Wirkungen gegenüber Winiger und seiner Frau.⁴⁴ Die Ballonunternehmung wäre sicher froh, wenn Gutscheine schon nach zwei Jahren ablaufen, weil es sich vor Fälschungen schützen will und alle Gutscheine buchhalterisch erfassen muss – doch ist dieser Aufwand unabhängig von der ein- oder zehnjährigen Dauer gleich gross und lässt sich mit Hilfe von Computern gut bewältigen. Die Verkürzung auf zwei Jahren könnte also ein erhebliches Ungleichgewicht schaffen. Eine Rechtfertigung dafür – denkbar wären ein Rabatt gegenüber der Barzahlung oder bei Sonderaktionen wie z.B. bei „Schnäppchengutscheinen“ – ist nicht ersichtlich. Ein Vergleich zur Recht-

werden, ergibt sich aus objektiver Sicht nicht aus der fraglichen Bestimmung. Diese spricht zudem ausdrücklich von der "Verjährung" der Obligation innert zwei Jahren nach dem Rückzahlungstag. Haben die Vertragsparteien in Ziffer 4 lit. c keine Resolutivbedingung vereinbart, erübrigt es sich darauf einzugehen, ob eine solche Regelung überhaupt zulässig gewesen wäre. Das vorinstanzliche Auslegungsergebnis, wonach die Parteien mit Ziffer 4 lit. c der Anleihenbedingungen keine Resolutivbedingung (Vorweisung/Übergabe der Obligation innert Frist mit Folge des Erlöschens des Rechts auf Rückzahlung im Unterlassungsfall), sondern eine - nach Art. 129 OR unzulässige - Verkürzung der Verjährungsfrist vereinbarten, hält vor Bundesrecht stand. Entsprechend hat die Vorinstanz den Einwand der Verwirkung zu Recht verworfen und hinsichtlich der Verjährung folgerichtig auf die zehnjährige Frist nach Art. 127 OR abgestellt. Die Gutheissung der Klage ist demnach auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.»

⁴¹ Richteramt Thal-Gäu, TGZPR.2019.549-AGRSTB, 28.5.2020, E. 3.4-3.6, Internet: <https://www.srf.ch/news/content/download/19050001/file/Urteil%20Gutscheine%20Richteramt%20Thal-G%C3%A4u.pdf> (Abruf 10.10.2020): „3.4 Das Bundesgericht hat in BGE 132 III 285 entschieden, dass die Bedingung, Forderungen innert zwei Jahren gerichtlich geltend zu machen, gegen Art. 129 OR verstößt. Dass dies nur Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung erfassen soll, wie von einigen Autoren ausgeführt wird (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 129, N 5; CHK-KILLIAS, Art. 129 OR, N 4), ist nicht nachvollziehbar. Es lässt sich nicht schlüssig erklären, weshalb eine sonstige Handlung weniger problematisch sein soll als die gerichtliche Durchsetzung. Wenn die Verjährungsfrist faktisch verkürzt wird, spielt es keine Rolle, ob die vorzunehmende Handlung gerichtlich oder aussergerichtlich stattfindet. So führen andere Autoren aus, eine Resolutivbedingung sei immer dann unzulässig, wenn sie nur dazu diene, die Verjährungsfristen zu verkürzen (RUSCH/MAISSEN, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter vom 12.12.2011, N 12; GOTTFINI, Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich 2019, 165–171). Dieser Ansicht ist zu folgen, denn Art. 129 OR soll alle mittelbar und unmittelbar wirkenden Regelungen erfassen, zu deren Zwecken die gesetzliche Verjährung dient (vgl. RUSCH/MAISSEN, a.a.O.). 3.5 Der Zweck der Befristung der Fahrscheine durch die Beklagte liegt vorliegend einzig darin, klare Verhältnisse hinsichtlich der noch ausstehenden Leistungen zu schaffen. Damit verfolgt die von der Beklagten in den AGB und auf dem Fahrschein festgehaltene Einlösefrist das von Art. 129 OR verpönte Ziel, nämlich die zwingenden Verjährungsfristen von Art. 127 f. OR zu verkürzen und damit abzuändern. Die Vereinbarung einer zweijährigen Einlösefrist für die Fahrscheine ist also gleichzusetzen mit der unzulässigen unmittelbaren Verkürzung der Verjährungsfrist einer Forderung. Da es sich bei der vorliegend anwendbaren gesetzlichen Verjährungsfrist um eine Verjährungsfrist nach Art. 127 f. OR handelt, würde der entsprechende Teil der AGB gegen das in Art. 129 OR statuierte Abänderungsverbot verstossen und wäre ohnehin nichtig (Art. 20 OR). Somit kann hier die Frage, ob die AGB Vertragsbestandteil geworden sind, offenbleiben. 3.6 Nach dem Gesagten ist vorliegend die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR massgebend, womit die am 15. März 2016 vom Kläger bestellten Fahrscheine noch nicht verjährt und weiterhin gültig sind.“

⁴² Hypothetisch deshalb, weil schon die Unklarheitenregel zu einer Lösung führt.

⁴³ Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 21.

⁴⁴ Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 21.

sprechung in Deutschland zeigt, dass die Gerichte Einlösefristen bei Gutscheinen *unter zwei Jahren* als übermäßig nachteilig erachteten.⁴⁵

Was wäre die Folge der Verletzung von Art. 8 UWG? Es gibt keine Beschränkung der Einlösefrist, anwendbar ist lediglich die gesetzliche Verjährung nach Art. 127 OR. Es wäre falsch, eine *geltungserhalten-de Reduktion* einer zu kurzen Einlösefrist auf ein noch zulässiges Mass (vielleicht zwei Jahre) vorzunehmen, weil die erzieherische Wirkung verloren ginge. Jedes Warenhaus könnte sich sonst sicher sein, auch im Falle der übermäßigen Einschränkung der Einlösefrist noch die maximal zulässige Einlösefrist geltend machen zu können. Winiger und seine Frau können folglich den Gutschein noch einlösen.

Rücktritt vom Transportvertrag?

Der Gutschein ist also aufgrund des zwingenden Verjährungsrechts noch nicht verjährt. Kann Winiger einfach so vom Vertrag zurücktreten? Um diese Frage zu beantworten, ist eine Vertragsqualifikation nötig. Meines Erachtens ist der Personentransportvertrag ein Werkvertrag, weil das Ergebnis, d.h. die Ortsverschiebung, objektiv garantiefähig ist und die beidseitig zwingende Anwendung des Art. 404 OR kaum erklärbar ist. Die neuere Lehre teilt diese Ansicht klar.⁴⁶ Das Bundesgericht geht jedoch von einem Auftrag aus, so auch das Richteramt Thal-Gäu im vorliegenden Gutscheinsfall.⁴⁷

Wie sieht die Lösung beim Auftrag aus? Bei Anwendung des Auftragsrechts kann Winiger den Auftrag jederzeit entschädigungslos widerrufen (Art. 404 Abs. 1 OR). Schadenersatz gibt es nur bei einem Wideruf zur Unzeit. Dafür gibt der Sachverhalt nichts her. Denkbar wäre ein Widerruf zur Unzeit, beispielsweise mitten während eines Flugs. **Wie sieht die Lösung beim Werkvertrag aus?** Beim Werkvertrag gibt es mehrere Möglichkeiten auszusteigen. Besonders vorteilhaft ist der Ausstieg über Art. 366 OR, doch ist der Artikel vom Sachverhalt her nicht anwendbar. Der Ausstieg nach Art. 377 OR ist jederzeit möglich, doch muss man dafür eine Entschädigung bezahlen, je nach gewählter Methode (Abzugs- oder Additionsmethode). Denkbar wäre aber auch Art. 378 OR, wonach die Reise unmöglich geworden ist, weil die Ehefrau mittlerweile zu schlecht zu Fuss ist, um auf eine Ballonreise zu gehen. Paradefall wäre der Besteller eines Anzuges, der vor der Werkerstellung stirbt: «*Tod des Bestellers eines Massanzuges oder einer Prothese vor Anpassung des Anzuges oder vor Einpassung der Prothese (Koller J., 66; Pedrazzini, 546; Tercier/Bieri/Carron, Rz 4171; ZK-Bühler, N 15; Trachsel, Rz 307).*»⁴⁸ Auch bei Art. 378 Abs. 1 OR erhält der Besteller die Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen. Wahrscheinlich hat er aber noch keine Arbeit vorgenommen. Dieser Ausstieg könnte günstig sein.

Der Sachverhalt erwähnt, dass Winiger den Ballonunternehmer schon zu Beginn auf die Gehprobleme seiner Frau aufmerksam gemacht hat. Man könnte daraus schliessen, dass Winiger die Gehfähigkeiten seiner Frau zur Bedingung des Vertragsschlusses gemacht hat. Die fehlende Gehfähigkeit der Ehegattin Winigers wäre dann eine Resolutivbedingung des Vertrags.

⁴⁵ Vgl. OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07 E. II.2.b.cc in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234, das eine Abweichung von zwei Jahren von der dreijährigen Regelverjährung als unangemessene Benachteiligung betrachtet: „*Die angegriffenen Klauseln zielen auf eine doppelte Benachteiligung des Gutscheininhabers im Vergleich zu der gesetzlichen Regelung der §§ 195, 199 BGB ab, nach der entsprechende Ansprüche mit dem Ablauf einer Frist von drei Jahren – beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entsteht – verjähren. So wird der Zeitraum, in dem die unmittelbare Geltendmachung des Anspruchs möglich ist, auf höchstens ein Drittel des vom gesetzlichen Leitbild Vorgesehenen herabgesetzt; der dadurch bewirkte ersatzlose Verlust der Möglichkeit, einen nicht verjährten Anspruch geltend zu machen, stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Gutscheininhabers dar. Daneben wird die auch nach Eintritt der Verjährung mögliche Entgegenhaltung des Anspruchs im Wege der Aufrechnung oder der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts (vgl. § 215 BGB) dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch erlöschen („verfallen“) und damit gänzlich untergehen soll.*“

⁴⁶ Simon Eberle/Tobias Scheiwiler/Vito Roberto, Personenbeförderung – Auftrag oder Werkvertrag?, AJP 2020, 1239 ff., 1241 ff.

⁴⁷ BGer, 4A 396/2018, 29.8.2019, E. 5.8.2; Richteramt Thal-Gäu, TGZPR.2019.549-AGRSTB, 28.5.2020, E. 4, Internet: <https://www.srf.ch/news/content/download/19050001/file/Urteil%20Gutscheine%20Richteramt%20Thal-G%C3%A4u.pdf> (Abruf 10.10.2020):

⁴⁸ BSK OR I-Zindel/Schott, Art. 378 N 14.