

Übungen OR AT FS 2021, Universität Freiburg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

Sachverhalt: Ölhändler Tanner

Tanner ist Ölhändler, Weber Garagist. Tanner macht Weber im Brief vom 21. Januar ein *freibleibendes Angebot, 20'000 kg Motorenöl in drei verschiedenen Standardqualitäten (Fr. 5, 10 oder 15 pro kg) zu liefern*. Die Lieferung würde innerhalb von vier Jahren auf Abruf und nach den Wünschen Webers erfolgen.

Am 23. Februar ruft Weber bei Tanner an. Sie verhandeln über die Möglichkeit von Öllieferungen. Die Darstellungen der Parteien über das Ergebnis dieses Gespräches sind unterschiedlich. Weber erhält am 24. Februar folgendes Schreiben Tanners: „*Ich danke für Ihre heutige telefonische Bestellung von 20'000 kg Motorenöl, abrufbar von Ihnen in vier jährlichen Bestellungen zu 5'000 kg, jeweils bis spätestens am 20. Mai, unter Angabe der jeweiligen Qualität (Fr. 5/10/15), lieferbar innert Wochenfrist gegen Barzahlung.*“ Weber antwortet am 19. Mai: „*Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 23. Februar. Infolge schlechter Auftragslage werde ich die Ware voraussichtlich nicht bar bezahlen können. Ich schlage deshalb vor, den Vertrag für einen späteren Erfüllungszeitpunkt abzuschliessen.*“ Tanner und Weber telefonieren am 20. Mai miteinander, wobei wiederum beide Parteien über den Inhalt – es ging um Erfüllungs- und Zahlungstermine – unterschiedliche Angaben machen. Am 21. Mai fordert Tanner in einem Brief an Weber die Spezifizierung des Motorenöls innert Wochenfrist, ansonsten er die Spezifikation vornehmen werde. Weber antwortet sofort schriftlich, dass er an der „*Offerte nicht mehr interessiert*“ sei und „*für das Motorenöl keine Verwendung mehr*“ habe. Tanner fordert in der Folge Fr. 7'500. Dies entspricht dem Gewinn von 10%, den Tanner bei Verkauf von 5'000 kg zu Fr. 15 (= Fr. 75'000) gemacht hätte.

1. Wie ist die Rechtslage?

Weber ist klar der Ansicht, dass kein Vertrag zustande gekommen sei. Weber und Tanner schliessen über die Streitigkeit einen aussergerichtlichen Vergleich in der Höhe von Fr. 5'000. Als das Geld zum vereinbarten Zeitpunkt nicht eintrifft, geht Tanner zu seinem Anwalt. Sein Anwalt schüttelt den Kopf und teilt ihm mit, dass er Anrecht auf Fr. 7'500 gehabt hätte – der Vertrag sei eindeutig zustandegekommen.

2. Kann Tanner von diesem Vergleich wieder loskommen?

Lösungsvorschlag: Ölhändler Tanner

1. Wie ist die Rechtslage?

Tanner vs Weber: Schadenersatz aus Nichterfüllung (Fr. 7'500; Art. 107 Abs. 2 OR)

Vertrag zwischen Weber und Tanner

Der geltend gemachte Anspruch Tanners setzt einen Vertragsschluss voraus. Ein Konsens aufgrund expliziter Willensäußerungen lässt sich im ganzen Sachverhalt nicht ausmachen. Die Aussagen Webers und Tanners divergieren stets. Weber und Tanner haben aber zweifellos miteinander Vertragsverhandlungen geführt, deren (mögliches) Ergebnis in einem *kaufmännischen Bestätigungsschreiben* festgehalten worden ist. Das Problem liegt deshalb beim Schweigen auf einen Antrag (Art. 6 OR).¹ Im Normalfall kann jedes Angebot unwidersprochen bleiben, denn Schweigen bedeutet grundsätzlich nicht Annahme.

Das Schreiben von Tanner vom 21. Januar enthält ein „*freibleibendes Angebot*“. Dies bedeutet, dass auch bei einer bejahenden Antwort Webers noch kein Vertrag zustande kommt, weil Tanner frei bleiben will (vgl. Art. 7 Abs. 1 OR).² Tanner könnte ein Angebot Webers als Antwort immer noch ablehnen. Das Schweigen Webers auf dieses Schreiben kann folglich keine Bedeutung haben, weil es sich noch nicht auf eine Offerte bezieht.

¹ Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist je nach Lehrmeinung eine analoge oder direkte Anwendung von Art. 6 OR oder ein Anwendungsfall der Vertrauenschaftung, vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1163 und 1175.

² Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 425: „*In welchem Sinn derartige Ausdrücke zu verstehen sind, ist im Streitfall durch Auslegung zu ermitteln. Entweder lehnt der Antragsteller damit die Behaftung an den Antrag ab (...), oder er behält sich nur (aber immerhin) den Widerruf vor (...).* Möglich ist aber auch, dass eine derartige Klausel gar nichts mit der Verbindlichkeit des Antrags zu tun hat, sondern Inhalt des abzuschliessenden Vertrags werden soll; alsdann will sich der Anbieter eine Rücktrittsrechte (z.B. für den Fall eintretender Lieferungsschwierigkeiten) oder ein anderes Gestaltungsrecht (z.B. Anpassung des Preises an den Börsenpreis am Abschlusstag) ausbedingen.“

Nach der telefonischen Verhandlung hat Tanner das Schreiben vom 23. Februar verfasst. Dieses nimmt Bezug auf das Telefongespräch, dessen Ergebnis nicht feststellbar ist. Es ist durchaus sinnvoll, ein Gespräch schriftlich zusammenzufassen, damit man sich später besser daran erinnern kann. Bleibt das Bestätigungsschreiben unwidergesprochen, erlangt es Beweisfunktion für den Inhalt oder das Zustandekommen des Vertrages.³

Das unwidersprochene Bestätigungsschreiben begründet im hier vorliegenden Geschäftsverkehr (Tanner ist Ölhändler, Weber braucht das Öl für sein Gewerbe) die widerlegbare Vermutung, dass ein Vertrag zustande gekommen ist.⁴ Diese Vermutung ist jedoch nur dann berechtigt, wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar war und aufgrund der Verhandlungen zu erwarten war.⁵ Zusätzlich hat das kaufmännische Bestätigungsschreiben *rechts-erzeugende (konstitutive) Wirkung*, wenn ihm nicht innert angemessener Frist widersprochen wird. Diese Wirkung des normativen Konsenses tritt jedoch nur nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ein.⁶ Wenn Tanners Bestätigung stark vom mündlichen Ergebnis der Verhandlungen abweichen würde, muss Weber nicht darauf reagieren.⁷ Dies ist aber unwahrscheinlich, weil Webers späte Antwort fast schon einen Konsens voraussetzt und er nur Details modifizieren will (siehe nachfolgend). Dem Schreiben Tanners folgt eine Antwort – erst am 19. Mai, einen Tag vor der eigentlich fälligen Spezifikation des Öls. Das ist zu spät. Eine Antwort in angemessener Frist hätte innert weniger Tage zu erfolgen. Weber bezieht sich darin auf das Schreiben vom 23. Februar. Die Antwort bezieht sich nur oberflächlich auf das Bestätigungsschreiben und hält nicht fest, was daran falsch sein soll. Weber teilt darin lediglich mit, dass er voraussichtlich nicht bar bezahlen könnte und macht den Vorschlag, den Vertrag für einen späteren Zeitpunkt abzuschliessen. Dieses Anliegen bemängelt nicht den Inhalt des Bestätigungsschreibens. Es schlägt eher eine Änderung (Hinauszögern der Zahlungsmodalitäten und der Fälligkeit) vor. Somit gilt der Vertrag, wie er im Bestätigungsschreiben festgehalten worden ist. Der Vertragsschluss ist im *fehlenden und rechtzeitigen Widerspruch* auf das Schreiben Tanners vom 23. Februar zu finden.

Es ist zu prüfen, ob dem Schreiben Webers vom 19. Mai allenfalls dieselbe Bedeutung zukommen könnte wie dem ursprünglichen Bestätigungsschreiben Tanners. Tanner und Weber haben einen gültigen Vertrag. Der Brief Webers lässt sich nur als Abänderungsantrag verstehen, nicht als Bestätigungsschreiben. Da Tanner aber umgehend reagiert (mit Brief vom 21. Mai reagiert er auf den Brief vom 19. Mai und hält am Terminplan fest), kann eine konstitutive Wirkung dieses Schreibens ohnehin nicht gegeben sein.

Weber und Tanner haben folglich einen Sukzessivlieferungsvertrag abgeschlossen. Eine Besonderheit besteht darin, dass Weber die einzelnen Lieferungen abrufen muss und dabei die Qualität spezifizieren muss. Er tut dies nicht rechtzeitig, was auch Folgen für Tanner zeitigt: *Er weiss nicht, was er liefern soll.*

³ Vgl. BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 6 N 30: «Sind die vorstehenden Voraussetzungen (N 24 – 28) erfüllt, erleichtert ein unwidersprochen gebliebenes Bestätigungsschreiben alsdann die Beweisführung in Bezug auf folgende Gegenstände: - das Zustandekommen des Vertrages, wenn der Bindungswille seitens der Gegenpartei bestritten wird; - der Inhalt des Vertrages, dessen Zustandekommen nicht bestritten ist. Denn es begründet die natürliche Vermutung, dass ein Vertrag geschlossen wurde und dessen Inhalt der Darstellung des Bestätigungsschreibens entspricht (s. BGer, 4. 3. 2002, 4C.303/2001, E. 2.b; 12. 3. 2002, 4C.382/2001, E. 3.b; BGE 114 II 250 E. 2 [wenn auch i. c. verneint]; BGE 100 II 18 E. 3a; aus der älteren Praxis BGE 30 II 298; 38 II 583; 40 II 133; SJZ 1954, 229 Nr. 123.)»

⁴ Vgl. BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 6 N 30 f. (natürliche Vermutung); vgl. Huguenin, N 229 (Indiz); vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1161 (Indiz); vgl. insbesondere BGer 4C.303/2001, E. 2b: „Ein Schreiben, das eine bereits getroffene mündliche Vereinbarung bestätigt, dient grundsätzlich nur dem Beweis dieses bereits zustande gekommenen Vertrags; bleibt es unwidersprochen, hat es die Vermutung der Richtigkeit für sich. Der Empfänger muss sich der Bedeutung eines solchen Schreibens als Beweismittel für den Fall künftiger Streitigkeiten bewusst sein; schweigt er, so trägt er die Beweislast dafür, dass der Inhalt der schriftlichen Bestätigung der tatsächlich getroffenen Abmachung nicht entspricht (...). Darauf hinaus ergibt sich nach dem Vertrauensprinzip unter Umständen ein normativer Konsens, soweit aus dem Schweigen des Empfängers nach Treu und Glauben auf dessen Einverständnis mit dem schriftlich bestätigten Inhalt einer Vereinbarung geschlossen werden darf, obwohl dieser von früheren Abmachungen abweicht oder sie ergänzt (...).“

⁵ Vgl. BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 6 N 24: «Das zeigt die Schranken dieser Regel, die nur unter der Voraussetzung gilt, als zwischen den Parteien – nach den in Art. 6 genannten «Umständen» – eine derartige Beziehung bestand, dass im Falle der Unrichtigkeit der Bestätigung vom Empfänger eine Verwahrung zu erwarten und ihm zuzumuten gewesen wäre. Massgeblich ist das Vertrauensprinzip (wenn auch mit BGE 114 II 250 E. 2 von Vertrauenhaftung zu sprechen nicht angezeigt ist, da nicht Schadenersatz, sondern Vertragsentstehung in Frage steht).»

⁶ Vgl. BGer 4C.303/2001, E. 2b (siehe das Zitat oben).

⁷ Vgl. BGer 4C.16/2000, E. 3b.bb: „Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann einem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben jedenfalls im kaufmännischen Verkehr rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung zukommen. Diese ergibt sich aus dem Vertrauensgrundsatz, welcher eine Bindung des Empfängers zur Folge haben kann, wenn er schweigt, obwohl er an sich allen Anlass hätte, dem Schreiben zu widersprechen. Unabhängig von der dogmatischen Begründung für die bindende Wirkung des unwidersprochenen Bestätigungsschreibens (...) ist unbestritten, dass der Absender dann nicht von einer vertraglichen Bindung aus gehen darf, wenn sein Schreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf (...).“; ebenso BGer 4C.174/2006, E. 5.1.

Gläubiger- und Schuldnerverzug

Bei der Spezifizierung handelt es sich um eine Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlung.⁸ Unterlässt der Gläubiger diese, kann der Schuldner nicht erfüllen. Die Spezifikation hatte gemäss Vertrag bis spätestens am 20. Mai zu erfolgen. Damit lässt sich ein Verfalltag begründen.⁹ Die Spezifikation ist somit fällig (Art. 102 Abs. 2 OR analog). Weber als Gläubiger befindet sich folglich mit der Spezifikation im Verzug. Der Annahmeverzug ist in Art. 91 OR direkt erfasst.¹⁰ Die möglichen Folgen bei Sachleistungen sind das Recht zur Hinterlegung und zum Verkauf (Art. 92 und 93 OR). Es ist jedoch nicht klar, welche Sorte verkauft oder hinterlegt werden kann. Unzumutbar – aber freiwillig durchaus möglich – ist es, alle Sorten zu hinterlegen.¹¹ Bei *anderen Leistungen* (als Sachleistungen) – was hier nicht gegeben ist, denn es geht um Öl, also um eine Sache – kann der Schuldner von der Leistung zurücktreten (Art. 95 OR).¹² Diese Lösungen zeigen aber immer noch nicht, welche Sorte Öl geschuldet ist. Gemäss Vertrag darf Weber die Qualität bestimmen. Es handelt sich um eine Wahlobligation (vgl. Art. 72 OR). Eine Hinterlegung ist nicht möglich, auch ein Selbsthilfeverkauf nicht, solange die Qualität nicht bestimmt ist. Denkbar wäre die analoge Anwendung von Art. 95 OR,¹³ doch ist eine *einfachere Lösung* vorzuziehen.

Das Bundesgericht behandelt den Fall der ausgebliebenen Spezifikation immer auch im Zusammenhang mit dem Verzug bezüglich der Kaufpreiszahlung.¹⁴ Es argumentiert, dass die ausgebliebene Vorbereitungshandlung in einem Konnex zur Nichtannahme und zur Nichtbezahlung der Sache stehe. Der Gläubiger gerät dadurch zusätzlich

⁸ Vgl. Huguenin, N 969 ff., BSK OR I-Leimgruber, Art. 91 N 10, BK-Weber, OR 72 N 50.

⁹ Vgl. zum Verfalltag BSK OR I-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 N 10; BGE 116 II 441 ff., 443.

¹⁰ Vgl. BK-Weber, OR 91 N 148 f.

¹¹ BK-Weber, OR 72 N 50; Bucher, OR AT, 298 (siehe das Zitat in FN 16 unten); BGE 134 III 348 ff., 352: „Allerdings ist die Hinterlegung erschwert, da nicht von vornherein klar ist, welche der alternativ geschuldeten Leistungen der Schuldner zu hinterlegen hat. Damit der Hinterlegung befriedende Wirkung zukommt, müsste der Schuldner in dieser Situation beide alternativ geschuldeten Leistungen hinterlegen. Die Lehre ist sich darin einig, dass ihm dies grundsätzlich nicht zuzumuten ist (...). Im Zusammenhang mit der Wahlobligation wird in der Lehre indessen anerkannt, dass der Schuldner, wenn der wahlberechtigte Gläubiger das ihm zustehende Wahlrecht nicht ausübt, freiwillig sämtliche alternativ geschuldeten Leistungen hinterlegen darf (...). Mit Blick auf den Schutzgedanken von Art. 96 OR, der den zahlungswilligen Schuldner vor der Gefahr der Doppelzahlung schützen soll (...), besteht kein Grund, dem Schuldner zu verwehren, bei Ungewissheit über die Person des Gläubigers sämtliche alternativ geschuldeten Leistungen zu hinterlegen.“

¹² BK-Weber, OR 72 N 51, m.w.H., wendet diese Bestimmung auf alle Leistungen an, die der Schuldner nicht hinterlegen kann, also auch bei nicht erfolgter Spezifikation einer Sachleistung – man weiss ja nicht, was man hinterlegen könnte; vgl. Huguenin, N 990.

¹³ Vgl. BSK OR I-Leimgruber, Art. 95 N 1: «Ausnahmsweise kann Art. 95 auch bei Sachleistungen angewendet werden, insb. bei Nichtausübung des Wahlrechts des Gläubigers nach Art. 72 oder der Spezifikation beim Spezifikationskauf, weil dadurch dem Schuldner die Möglichkeiten von Art. 92 und 93 genommen werden (hier liegt zugleich Schuldnerverzug vor; nach unbenerfüllter Nachfrist geht das Wahl-/Spezifikationsrecht auf den Schuldner über; vgl. BGE 110 II 148 = Pra 1984, 479 ff.: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2473; Schwenzer, N 70.19). Nach BGE 134 III 348, 352 kann der Schuldner bei Ungewissheit über die Person des Gläubigers statt vom Vertrag | zurückzutreten auch freiwillig sämtliche alternativ geschuldeten Leistungen hinterlegen und sich dadurch von seiner Schuldspflicht befreien. Denkbar ist ein Vorgehen nach Art. 95 ausnahmsweise auch bei unbeweglichen Sachen (BGE 111 II 156: Vorvertrag zu Kaufvertrag über Stockwerkeinheiten).»; vgl. Huguenin, N 990; vgl. BK-Weber, OR 95 N 12. Der Verweis in Art. 95 OR – sofern anwendbar – „nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Vertrag zurücktreten“ ist zu eng gefasst. Tanner kann nicht bloss den Rücktritt wählen, sondern auch die anderen Möglichkeiten des Art. 107 Abs. 2 OR (vgl. Huguenin, N 989).

¹⁴ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 151 f.: „Conformément à la jurisprudence (...), comme en l'espèce, le nonaccomplissement de l'acte préparatoire que constitue la spécification de la chose à livrer est lié au non-paiement du prix, on doit admettre que les règles sur la demeure du débiteur doivent trouver application. Les règles sur la demeure du créancier sont d'ailleurs improches à aboutir à l'octroi de dommages-intérêts au vendeur ou à lui permettre d'obtenir de l'acheteur le paiement du prix; elles n'aménagent au vendeur, débiteur d'une prestation, que la faculté de se libérer valablement de ses obligations ou de se départir du contrat, en conformité d'ailleurs des dispositions sur la demeure du débiteur (art. 95 CO). Ainsi, lorsque, comme dans la présente affaire, il s'agit d'un contrat bilatéral, les règles des art. 107 à 109 CO sont applicables. Et ces règles sont dominées par le principe selon lequel la partie qui veut l'exécution du contrat, ou la réparation des conséquences de son inexécution, doit fixer ou faire fixer à la partie en demeure un délai convenable pour s'exécuter. Lorsque, dans le cas d'une vente avec droit de spécification - soit dans le cas d'une réclamation de la contre-prestation d'une obligation alternative -, le débiteur du prix n'accomplit pas l'acte préparatoire (le choix) qui lui incombe, on doit accorder au vendeur non seulement le droit (mal praticable et peu utile) d'agir en accomplissement du choix par l'acheteur, mais encore le droit de choisir en lieu et place de l'acheteur, conformément à la solution allemande adoptée par la jurisprudence citée plus haut (ATF 42 II 225). Cependant, pour que le droit de choix et de spécification puisse être transféré de la sorte, il faut qu'il ait été précédé de la fixation à l'acheteur en demeure d'un dernier délai convenable pour s'exécuter, en application de l'art. 107 al. 1 CO, avec l'indication qu'à défaut d'exécution le vendeur procédera au choix. La fixation de cet ultime délai constitue en effet un élément essentiel des règles sur la demeure dans les contrats bilatéraux et il ne saurait être question de s'en passer.“; vgl. BSK OR I-Koller, Art. 211 N 12: „Nach herrschender Auffassung kann der Verkäufer dem (pflichtwidrig) in Annahmeverzug befindlichen Käufer eine Nachfrist setzen und nach ungenutztem Ablauf auf dessen Leistung (Kaufpreis und Annahme) verzichten (z.B. BGE 59 II 305, 307 E. 5 a.E.; PKG 1987, 22; Cavin, SPR VII/1, 52). Zur Begründung wird meist Art. 107 herangezogen, unmittelbar oder analog (Honsell, OR BT, 59 m. w. Nw.; a.M. Koller A., OR AT, Rz 56.23, 57.22, 58.09 f. [Gesamtanalogie zu Bestimmungen, welche an die Verletzung einer Nebenpflicht bzw. den Teilverzug ein Recht zum Leistungsverzicht knüpfen]). Die Rechtslage im Falle eines Leistungsverzichts ist dieselbe, wie wenn der Verkäufer wegen Verzugs des Käufers mit der Kaufpreiszahlung den Leistungsverzicht nach Art. 107 Abs. 2 erklärt hätte (dazu Koller A., OR AT, Rz 55.78, 127 ff.; s. schon Art. 190 N 17). Beizufügen ist, dass vorliegend immer nur der Gesamtverzicht (Verzicht auf Kaufpreis und Annahme) in Betracht fällt, nicht auch ein Verzicht bloss auf die Annahme (von Staudinger-Beckmann [2004], § 433 BGB N 167).“

in Schuldnerverzug.¹⁵ *Wer nicht annehmen oder spezifizieren will, wird auch nicht bezahlen.* Die Folgen des Schuldnerverzugs sind in Art. 107-109 OR geregelt. Das Bundesgericht lässt das Recht zur Spezifikation bei Verzug des Gläubigers auf den Schuldner (hier Tanner) übergehen, aber nur nach erfolgter Ansetzung einer Nachfrist in Analogie zu Art. 107 OR.¹⁶ Die Ansetzung der Nachfrist muss gemäss Bundesgericht die Androhung enthalten, dass Tanner das Wahlrecht selber ausüben werde, was der Sachverhalt so vorgibt.¹⁷ Das Wahlrecht ist deshalb auf Tanner übergegangen.

Tanner darf folglich nach allen Lehrmeinungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Qualität des Öls bestimmen – er wählte gemäss Sachverhalt die teuerste Sorte. Tanner könnte die mittlerweile spezifizierte Lieferung gemäss den Regeln des Gläubigerverzugs (Art. 92 OR) hinterlegen oder anderweitig verkaufen (Art. 93 OR) – die Rechte des Gläubigerverzugs würden ihm auch jetzt noch offenstehen. Tanner verlangt jedoch direkt das positive Interesse, was sich ebenfalls mit dem Schuldnerverzug begründen lässt. Es geht um eine Leistungsverweigerung; diese kann auch vor der Fälligkeit der Geldzahlung berücksichtigt werden. Es ist der *antizipierte Vertragsbruch*.¹⁸ Angesichts des Schreibens von Weber, in dem er die Nichtannahme ankündigt, können die Mahnung und die Nachfristsetzung für die Wahl des Erfüllungsinteresses ausbleiben (Art. 108 Ziff. 1 OR, „unnütz“, bezüglich der Mahnung *analog*, bezüglich der Nachfrist *direkt* anwendbar). Auch denkbar wäre es, diese Nachfristsetzung mit derjenigen zur Spezifikation zu verbinden oder direkt Art. 214 Abs. 1 OR anzuwenden, der keine Nachfrist verlangt.¹⁹

Gemäss Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 214 Abs. 1 OR²⁰ hat Tanner die folgenden Wahlrechte: Er kann auf Erfüllung klagen nebst Schadenersatz; er kann sofort²¹ auf die Leistung verzichten und Schadenersatz aus Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten gemäss Art. 109 OR. Tanner hat vorliegend sofort gesagt, dass er lediglich den entgangenen Gewinn beanspruche und folglich die Leistung Webers (d.h. den Kaufpreis) nicht mehr will, sondern nur noch Schadenersatz. Dies ist der Nichterfüllungsschaden in der Höhe des positiven Interesses.²² Der Gläubiger hat zusätzlich das Wahlrecht, ob er die Austausch- oder Differenztheorie anwenden will,²³ d.h. ob er seine eigene Leistung noch *in natura* erbringen muss oder ob er den Wert der eigenen Leistung vom Ersatzanspruch abziehen kann und nur die Differenz fordern soll.²⁴ Auch diesbezüglich hat sich Tanner entschieden. Er will lediglich den Gewinn, d.h. nach der Differenztheorie vorgehen. Der Anspruch nach Differenztheorie ergibt sich auch aus Art. 215 OR, der erstens auch für nichtkaufmännische Verhältnisse gilt²⁵ und zweitens auch beim Vorgehen nach Art. 107 ff. OR zur Anwendung gelangen kann,²⁶ jedoch von *anderen Referenzwerten* ausgeht.

Die spezielle Schadensberechnung nach Art. 215 Abs. 2 OR ist für Tanner jedoch gar nicht notwendig. Schon nach den allgemeinen Prinzipien ergibt sich, dass die Differenz zwischen Beschaffungskosten und dem Verkaufspreis

¹⁵ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 151 f.; vgl. BGE 59 II 305 ff., 307 f.

¹⁶ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 150 ff.; a.M. BK-Weber, OR 72 N 50, der das Wahlrecht auch ohne Nachfrist übergehen lässt, in Analogie zu § 264 Abs. 2 BGB, der allerdings eine Nachfrist erfordert: „Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzug, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.“; ebenso CHK-Wullsleger, OR 72 N 6 und Bucher, OR AT, 298: „Im Falle des Wahlrechts des Gläubigers stellt die Nicht-Ausübung des Wahlrechts einen Tatbestand des Gläubigerverzuges (...) dar. Eine Hinterlegung der Sache (OR 92, 94) ist jedoch nicht möglich, es sei denn, der Schuldner wolle alle zur Wahl gestellten Leistungen hinterlegen. Besser ist die Regelung von BGB § 264/II, die einen Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner vorsieht, wenn eine Fristsetzung für Ausübung des Wahlrechts erfolglos war.“

¹⁷ Vgl. BGE 110 II 148 ff., 152.

¹⁸ Siehe dazu BSK OR I-Wiegand, Art. 108 N 2, m.w.H.; BGer, 4C.58/2004, 23.6.2004, E. 3.3: «Wird eine solche Leistungsverweigerung schon vor der Fälligkeit der Leistung ausgesprochen, liegt eine antizipierte Vertragsverletzung vor, welche den Gläubiger nach der Rechtsprechung berechtigt, in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR und Art. 107 Abs. 2 OR die dort vorgesehenen Wahlrechte auszuüben, soweit dies die besonderen Verhältnisse gestatten (BGE 69 II 243 E. 4; 110 II 141 E. 1b S. 143 f.)».

¹⁹ Art. 214 OR ist auch bei Verzug mit der Spezifikation oder des Abrufs anwendbar, wenn darin auch wie hier eine konkludente Zahlungsverweigerung liegt, vgl. BSK OR I-Koller, Art. 214 N 11: „Doch ist zu beachten, dass die Verletzung der Annahmepflicht (Art. 211) oder der Pflicht zur Vornahme von Vorbereitungshandlungen wie eben Abruf oder Spezifikation regelmässig auch eine konkludente Zahlungsverweigerung beinhaltet. Diese wird von der Rsp. als Zahlungsverzug gewertet und Art. 214 Abs. 1/2 unterstellt (vgl. Pra 1923, 101 f.; BGer, ZR 1907, 84 f.; 1923, 198; ZBJV 1913, 295; 1921, 238; Art. 211 N 13)“

²⁰ Bei Art. 214 OR stehen nicht nur der Rücktritt, sondern auch die anderen Wahlrechte offen, vgl. BSK OR I-Koller, Art. 214 N 2.

²¹ Vgl. zur Unverzüglichkeit des Verzichts BGer, 4A_141/2017, 4.9.2017, E. 4.1.1-4.3.2.

²² Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 107 N 16 f.

²³ Vgl. Huguenin, N 951.

²⁴ Vgl. Huguenin, N 965; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2778: „Nach der Austauschtheorie bleibt es bei der beidseitigen Leistungspflicht: die Gläubigerin erbringt ihre volle Leistung *in natura* und erhält dafür Geldersatz im Wert der Leistung, auf die sie verzichtet hat (Erfüllungsanspruch). Hinzu kommt ein allfälliger Verspätungsschaden.“

²⁵ Vgl. BK-Giger, OR 215 N 26. Es würde vorliegend aber durchaus ein Kauf zum Weiterverkauf vorliegen (auf Seiten Tanners, der Ölhandler ist; auf diese Verkäuferperspektive kommt es bei Art. 215 OR gerade an, nicht auf die Perspektive Webers als Käufer, vgl. BK-Giger, OR 215 N 25 und BSK OR I-Koller, Art. 215 N 13). Bei Weber als Garagist könnte man den Kauf zu Weiterverkaufszwecken aber auch bejahen.

²⁶ Vgl. BK-Giger, OR 214 N 14; vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 215 N 1 ff.

verlangt werden kann.²⁷ Der Käufer muss (zumindest bei vertretbaren Sachen) hinnehmen, dass der Verkäufer vielleicht zweimal Profit aus dem nicht bezogenen Öl ziehen kann.²⁸ Art. 215 OR ist ohnehin keine Haftungs norm, sondern regelt nur die Schadensberechnung. Für den vorliegenden Anspruch ist Art. 97 Abs. 1 OR massgebend. Es bedarf deshalb einer Vertragsverletzung, die im antizipierten Vertragsbruch²⁹ zu sehen ist, hier der Spezifikationsverweigerung. Diese geschah vorliegend mit Willen, d.h. vorsätzlich, denn die Termine waren ihm bekannt. Ein Verschulden liegt somit vor. Der Schaden liegt im entgangenen Gewinn, der hypothetisch kausal zur unterlassenen Spezifikation und damit zur unterlassenen Annahme liegt.

Sofern Tanner mit Fr. 7'500 den entgangenen Gewinn aus einem *anderen Geschäft* meint, das er wegen des Vertrages mit Weber nicht schliessen konnte, steht ihm diesfalls auch das Wahlrecht des Rücktritts mit negativem Interesse offen (Art. 109 Abs. 2 OR).³⁰

Kann man den Schaden nach der mittleren Ölsorte berechnen, unter Anwendung des Art. 71 Abs. 2 OR? Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner „drei Standardqualitäten“ angeboten hat, aus denen Weber wählen musste. Es handelt sich somit um drei verschiedene Gattungen von Motorenölen. Es gibt folglich eine mittlere Qualität im Sinne des Art. 71 Abs. 2 OR für die teuerste, eine für die mittelteure und nochmals eine für die billigste Ölsorte. Dies hat aber mit der Wahl des Öls aus drei Sorten nichts zu tun.

Kann man auch den Vertrag ganz abwickeln? Der Verzug Webers betrifft in erster Linie *nur die erste Lieferung* und berechtigt grundsätzlich nur zu einem Vorgehen bezüglich dieser Teilleistung. Da Weber durch seine Weigerung aber auch die künftige Abwicklung des Vertrages gefährdet, kann Tanner als Gläubiger mit Wirkung für die noch nicht fälligen Raten die Rechte nach Art. 107 ff. OR wählen, *sofern er dies bei der Fristsetzung androht*.³¹

²⁷ Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 215 N 6 und 15; vgl. BGE 65 II 171 ff., 173 f.

²⁸ Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 215 N 15: „Statt der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preis des Weiterverkaufs kann der Verkäufer – wie erwähnt (N 6) – auch die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Beschaffungspreis (Preis, zu dem er sich die Sache beschafft hat) ersetzt verlangen. Dagegen kann der Käufer grundsätzlich nicht einwenden, der Verkäufer habe die Sache über dem Beschaffungspreis weggegeben, der Weiterverkaufsgewinn sei als Vorteil in die Schadensberechnung einzubeziehen, der Schaden bestehe demgemäß nur in der Differenz zwischen Kaufpreis und Weiterverkaufspreis gem. Art. 215 Abs. 1. Anders immerhin dann, wenn dem Käufer der Beweis gelingt, dass der Verkäufer den Weiterverkauf nur tätigen konnte, weil er den ersten Kauf nicht (real) erfüllen musste. Dieser Beweis mag namentlich bei nicht vertretbaren Sachen gelingen; so etwa dann, wenn ein Kunstwerk verkauft ist: Wäre der erste Kauf erfüllt worden, so hätte der Verkäufer keinen zweiten gleichartigen schliessen und erfüllen können. Bei vertretbaren Sachen ist demgegenüber von der Vermutung auszugehen, dass der Verkäufer beide Kaufgeschäfte hätte tätigen können (BGE 65 II 171, 175 = Pra 1940, 58; abw. Sécrétan, JdT 1947, 49 f.). In solchen Fällen kann der Verkäufer aus dem Kaufgegenstand u.U. doppelten Gewinn erzielen: Er kann die nicht gelieferte Ware einem zweiten Kunden mit Gewinn weiterverkaufen und trotzdem vom ersten Käufer Schadenersatz wegen Gewinnentgang fordern (BGE 65 II 171 = Pra 1940, 58, wo entgegen dem Rubrum nicht Schadenersatz nach Art. 215 in Frage stand, sondern Ersatz der Differenz zwischen Kaufpreis und Beschaffungspreis verlangt wurde; ZR 1937, 369 Nr. 190; von Büren, BT, 57 f.; Steindorff, JZ 1961, 13; unzutreffend SJZ 1957, 326; ZBJV 1943, 268). Das Gesagte gilt für den Fall, dass der Verkäufer mit Sachen der verkauften Art Handel treibt und daher den Willen hat, nicht nur ein Kaufgeschäft zu tätigen, sondern prinzipiell möglichst viele. Beim Nichtkaufmann ist demgegenüber davon auszugehen, er hätte keinen weiteren Vertrag geschlossen, wenn es zur Erfüllung des Erstkaufs gekommen wäre. Die doppelte Gewinnmöglichkeit rechtfertigt sich daher ebenso wenig wie im erwähnten Fall, da der Verkäufer bei Erfüllung des Erstkaufs den zweiten Kauf nicht hätte erfüllen können.“ und BGE 65 II 171 ff., 175.

²⁹ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2651.

³⁰ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2811: „Zum negativen Interesse, das nach Art. 109 Abs. 2 zu ersetzen ist, gehören vorab Kosten (...) als *damnum emergens*. Dazu kommt der Ersatz für nicht bezogene Früchte und Zinsen. Ferner gehört dazu der entgangene Gewinn (*alucrum cessans*; Rn 2880a) aus einem Geschäft, das infolge des Vertragsschlusses unterblieben ist, nicht aber der zum Erfüllungsinteresse gehörende mutmassliche Gewinn aus Folgegeschäften des dahingefallenen Vertrags.“

³¹ Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 109 N 10 und Art. 107 N 21; vgl. Bucher, OR AT, 383: „Lässt das Verhalten des Schuldners befürchten, dass er nicht nur die verfallene(n) Rate(n), sondern auch den erst künftig fälligen Rest nicht oder nicht vertragkonform erfürigen wird, so stellt dies eine so gravierende Gefährdung des Vertragszweckes dar, dass der Gläubiger nicht nur bezüglich der fälligen Rate(n), sondern bezüglich des Vertrages als Ganzem gemäß OR 107-109 vorgehen darf, wenigstens was den noch nicht abgewickelten Teil anbelangt. Will der Gläubiger auf die Weiterführung des gesamten Vertrages verzichten, so erfordern Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, dass er dies dem Schuldner zusammen mit der Nachfristanzetzung für die fällige(n) Rate(n) androht. Diese Verzichtserklärung lässt in der Regel den schon abgewickelten Teil des Vertrages unberührt; der Sukzessivlieferungsvertrag wird in dieser Hinsicht wie ein Dauerschuldverhältnis behandelt.“; vgl. BGE 69 II 243 ff., 244 f.; vgl. von Tuhr/Esscher, 158 ff.: „Da jede Rate ihren eigenen Fälligkeitstermin hat, ist der Schuldner bei Rückständigkeit einer Rate mit den späteren Raten nicht im Verzug. Daher kann der Gläubiger die Rechte aus Art. 107 nur bezüglich der rückständigen Rate ausüben und muss abwarten, ob der Schuldner die später fällig werdenden Leistungen richtig vornimmt oder nicht. Daraus kann für den Gläubiger eine ungewisse und bedenkliche Situation entstehen, wenn es infolge des Verzugs oder der schlechten Lieferung einer oder mehrerer Raten wahrscheinlich wird, dass auch die künftigen Lieferungen verspätet oder ungenügend erfolgen werden. Unter solchen Umständen kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, an einem Vertragsverhältnis festzuhalten, dessen Durchführung infolge des vertragswidrigen Benehmens des Gegners zweifelhaft geworden ist. In Ermangelung gesetzlicher Vorschriften gibt die deutsche Jurisprudenz in Anlehnung an BGB § 326 dem Gläubiger unter gewissen Umständen das Recht, wenn der Schuldner mit der fälligen Leistung in Verzug kommt, auch die späteren Leistungen abzulehnen und statt dessen Schadenersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. (...) Wenn der Gläubiger bei Verzögerung einer Rate auf die weiteren Raten verzichten will, so genügt es nicht, dass er für die fällige Rate eine Nachfrist setzt. Man kann von ihm im Interesse des Schuldners verlangen, dass er mit der Nachfrist eine Androhung des von ihm beabsichtigten Verzichts verbindet.“; vgl. BGer, 4A_232/2014, 30.3.2015, E. 16.2: «Diese besondere Fallgestaltung ist am ehesten vergleichbar mit der

Die diesbezüglichen Preise sind bekannt, der Schaden lässt sich jetzt schon ermitteln. Diesen Weg hat Tanner gemäss Sachverhalt aber gerade nicht gewählt – er hat sich auf die erste Teillieferung beschränkt.

2. Kann Tanner von diesem Vergleich wieder loskommen?

Tanner vs Weber: Anfechtung wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Es stellt sich die Frage, ob Tanner noch einen Anspruch auf Bezahlung der Differenz zwischen der Vergleichs- und der geschuldeten Vertragsschuld hat, wenn er den Vergleichsvertrag erfolgreich anfechten kann. Der Vergleichsvertrag bewirkt im Ergebnis einen Schulderlass in der Höhe von Fr. 2'500. Dieser Frage ist prioritär nachzugehen.

In Frage kommt der Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Tanner und Weber sind sich nicht einig, ob sie einen Vertrag geschlossen haben oder nicht. Weber bestreitet einen Vertragsschluss. Tanner könnte jetzt wie folgt argumentieren: Wenn ich gewusst hätte, dass der Vertragsschluss so eindeutig erfolgt ist, hätte ich den Vergleichsvertrag nie abgeschlossen. Das war für ihn vielleicht *conditio sine qua non* für den Abschluss des Vergleichsvertrags. Dass Tanner fahrlässig von dieser Rechtslage ausging, würde bei der Anfechtung keine Rolle spielen – die allfällige Fahrlässigkeit Tanners berücksichtigt das Recht in Art. 26 OR. Lehre und Rechtsprechung verneinen jedoch die Anfechtbarkeit des Vergleichsvertrags, sofern damit die Unsicherheit gerade beseitigt werden sollte (so genanntes *caput controversum*).³² Die vorliegende Frage dreht sich gerade um die Streitigkeit, ob es einen Vertrag gibt. Diesen Streitpunkt haben Tanner und Weber im Vergleich geregelt. Eine Anfechtung dieses Vergleichs ist deshalb nicht möglich.

Exkurs: Beispiele für das caput controversum

Albert und Beat gehen davon aus, dass Albert den Beat beim Gehen auf der Strasse zu Fall gebracht hat. Strittig ist, ob die von Beat gestützt auf den Sturz geltend gemachten Krankheitsfolgen wirklich natürlich und adäquat kausal zum Unfall stehen. Sie schliessen einen Vergleich über die Zahlung von Fr. 10'000. Später zeigt ein Videofilm eines Touristen eindeutig, dass Christian den Beat zu Fall gebracht hat. Kann Albert den Vergleich deswegen anfechten? Ja, weil beide Parteien von einer Handlung Beats ausgegangen sind, was sich aber nicht bewahrheitet hat. Wenn demgegenüber später ein Experte in einem Gutachten eindeutig beweist, dass der Unfall für die Krankheitsfolgen nicht kausal war, ist die Anfechtung ausgeschlossen, weil diese Frage gerade das caput controversum gebildet hat.

Eine zusätzliche Begründung könnte im fehlenden Irrtum liegen. Über das Bestehen oder die Durchsetzbarkeit des Vertrages hat sich Tanner nicht geirrt, denn es gab auch für ihn Zweifel, oder er nahm die Unkenntnis der wahren Lage bewusst in Kauf.³³

Situation bei Sukzessivlieferungsverträgen bzw. beim Verzug mit Zahlungsraten. Dazu hat das Bundesgericht entschieden, dass der Gläubiger nur für die bereits verfallenen Raten nach Art. 107 OR vorgehen kann. Von diesem Grundsatz dürfe ausnahmsweise abgewichen werden, wenn auch die künftige Vertragserfüllung als gefährdet erscheine oder wenn der Gläubiger aufgrund einer besonderen Vertragsbestimmung auch mit Bezug auf nicht verfallene Raten zur Ausübung der Rechte nach Art. 107/109 OR ermächtigt ist (BGE 119 II 135 E. 3 S. 139 f.).»

³² Vgl. BGE 130 III 49 ff., 51 f.: „Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei (...). Auf den aussergerichtlichen Vergleich sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar (...), sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen (...). Als nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR relevante Sachverhalte kommen folglich nur solche Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind (...). Betrifft der Irrtum demgegenüber einen zweifelhaften Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt sein sollte (sog. *caput controversum*), so ist die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen; andernfalls würden eben diese Fragen wieder auferollt, dererwegen die Beteiligten den Vergleich geschlossen haben (...).“; vgl. auch BGE 132 III 737 ff. und Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 939: „Ein Grundlagenirrtum (...) kann sich – anders als die absichtliche Täuschung – nicht auf bestrittene oder ungewisse Punkte beziehen, die durch den Vergleich gerade geregelt werden sollten. Als Sachverhalt, dessen irrtümliche Würdigung die Unverbindlichkeit des getroffenen Abkommens zu begründen vermag, kommen vielmehr nur (rechtliche oder tatsächliche) Umstände in Betracht, «die von beiden Teilen oder doch von einer Partei (der irrenden) mit Wissen der Gegenpartei dem Vergleich als feststehend zugrunde gelegt wurden». Solche Umstände gibt es. Vergleichen sich die Parteien nur über die Höhe einer Forderung, so kann Gegenstand eines Grundlagenirrtums z.B. der Bestand der Forderung sein, den die Parteien als gegeben voraussetzen. Oder der Grundlagenirrtum kann sich beziehen auf einen medizinischen Befund, von dessen Richtigkeit die Vergleichsparteien ausgehen, weil er in einem Gutachten festgestellt wurde. Bezieht aber der Vergleich gerade, die aus einem unsicheren Befund entstehende Ungewissheit zu beseitigen, so ist diesbezüglich ein Grundlagenirrtum ausgeschlossen.“

³³ Vgl. Koller, AJP 2006, 470: „Keinem Irrtum unterliegt, wer den Nichtbestand der Leistungspflicht kennt oder auch nur für zweifelhaft hält: Wer zweifelt, irrt nicht. Wer also im Bewusstsein, dass die Leistungspflicht womöglich nicht besteht, leistet, kann nichts zurückfordern.“; vgl. BK-Schmidlin, OR 23/24 N 15 ff. und 360: „Oft wird man die Unerheblichkeit derartiger Fehlvorstellungen auch damit begründen können, dass es sich gar nicht um Irrtümer im Sinne von Art. 23 ff. OR handele, sondern vielmehr um Fälle des Zweifels oder der Unkenntnis (...).“

Tanner vs Weber: Rücktritt vom Vertrag (Art. 107 Abs. 2 OR)

Da Weber nicht bezahlt, stellt sich die Frage nach einem Rücktritt vom Vergleichsvertrag. Weber hat gemäss Sachverhalt nicht rechtzeitig bezahlt. Vorausgesetzt, Tanner hält die verzugsrechtlichen Modalitäten ein – die Mahnung dürfte wahrscheinlich wegen eines Verfalltags («zum vereinbarten Zeitpunkt») im Sinne des Art. 102 Abs. 2 OR nicht notwendig sein, wohl aber die Nachfristansetzung nach Art. 107 OR³⁴ – könnte Tanner vom Vertrag zurücktreten. Damit würde wieder die Rechtslage vor Abschluss des Vergleichs eintreten und Tanner könnte die vollen Fr. 7'500 fordern. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der hier vorliegende Vergleichsvertrag wirklich synallagmatisch (d.h. vollkommen zweiseitig) aufgebaut ist. Die Lehre bejaht dies für den aussergerichtlichen Vergleich zum grössten Teil.³⁵ Im vorliegenden Vergleich verspricht Weber die Bezahlung einer für ihn zweifelhaften Schuld in der Höhe von Fr. 5'000, im Gegenzug verspricht Tanner den Verzicht auf eine ihm seiner Ansicht zustehende Forderung von Fr. 2'500.³⁶ Das Synallagma lässt sich bejahen. Gauch schliesst den Rücktritt dennoch aus, weil das ursprüngliche Verhältnis durch den Vergleich umgewandelt worden sei und die Pflichten nicht obligatorischer Natur seien (strittig).³⁷ Um den Rücktritt ganz sicher zu ermöglichen, könnte man als sorgfältige Anwältin oder als sorgfältiger Anwalt diesen explizit mit Wiederaufleben der ursprünglichen Rechtslage im Vergleich vorbehalten oder die nicht rechtzeitige Zahlung als Resolutivbedingung des Vergleichs ausgestalten.³⁸

³⁴ Ein Verfalltag gemäss Art. 102 Abs. 2 OR begründet noch kein rel. Fixgeschäft gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR, vgl. dazu BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 N 39: «Ein bestimmter Verfalltag (Art. 102 Abs. 2 OR) 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 die Gläubigerin die verspätete Leistung nicht mehr annehmen muss.»

³⁵ Vgl. Schluep, SPR VII/2, 949, mit weiteren Hinweisen; vgl. SJZ 1940/1941, 268 ff.; vgl. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 N 46: «Der Vergleich – sei dies nun der gerichtliche oder aussergerichtliche – wird von der Lehre und Rechtsprechung unter Hinweis auf die begriffliche Voraussetzung der «gegenseitigen Zugeständnisse» mehrheitlich als synallagmatischer Vertrag eingeordnet. Auch der aussergerichtliche Nachlassvertrag erfüllt die Tatbestandselemente des Vergleichs und gilt demnach ebenfalls als synallagmatischer Vertrag. Nicht synallagmatisch ist jedoch eine Vereinbarung, die lediglich die Rückerstattung von Kosten regelt. Vereinzelt wird vertreten, dass vom Erfordernis der «gegenseitigen Zugeständnisse» nicht auf den synallagmatischen Charakter des Vergleichs geschlossen werden darf. Es handle sich beim Vergleich nicht um ein reines Verpflichtungsgeschäft, weshalb eine Qualifikation als synallagmatischer Vertrag ausscheide. Die neuere Lehre stellt zur Beurteilung des synallagmatischen Charakters auf den konkreten Vertragsinhalt ab. Zur Beantwortung der Frage, ob bei einem Vergleich ein Rücktritt nach Art. 107 OR infrage kommt, ist somit zunächst zu klären, ob es sich im Einzelfall um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag handelt. Nicht zur Anwendung zu gelangen vermag Art. 107 OR beim Vergleich jedenfalls dann, wenn Leistung und Gegenleistung im Vergleich nicht geregelt sind. In den übrigen Fällen – außer wenn der Vergleich durch das Gericht autorisiert worden ist – ist ein Vorgehen nach Art. 107 Abs. 2 OR denkbar, insbesondere ein Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 und 109 OR. Ein solcher Rücktritt führt jedoch nur zur Aufhebung des vertraglichen Austauschverhältnisses bei Vorliegen synallagmatischer Gegenleistungen, ohne die Parteien in die Lage zurückzuversetzen, in der sie sich vor dem Vergleich befunden haben»; vgl. Hünerwadel, Der aussergerichtliche Vergleich, 88 f.

³⁶ Vgl. MK-Habersack, BGB 779 N 36: „Sinn eines Vergleichs über umstrittene Verbindlichkeiten ist denn auch idR nicht nur die vertragliche Klarstellung noch zu erfüllender Ansprüche, sondern darüber hinaus, dass der Gläubiger die ihm als Ergebnis eines Nachgebens noch zustehende Leistung auch bekommt. Im Zusammenhang sich gegenseitig rechtfertigender Leistungen stehen also nicht Verzicht und Anerkenntnis, sondern erbrachter Rechtsverzicht und noch zu erbringende Leistung. Insofern finden die §§ 320 ff. Anwendung, ohne dass es darauf ankäme, ob der Vergleich beiderseitige Leistungspflichten neu begründet. Es kann also auch der Gläubiger einer einseitig verbliebenen Leistungspflicht, wenn er das ihm Zustehende nicht vertragsgemäss erhält, nach § 323 vom Vergleich zurücktreten, und zwar auch dann, wenn er im Prozessvergleich über einen Vollstreckungstitel verfügt. Die Beteiligten bleiben danach auf die Wahrnehmung ihrer Rechte aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnis unter den jetzt gegebenen Umständen verwiesen.“

³⁷ Vgl. Gauch, FS Schluep, 7: „Da die «gegenseitigen Zugeständnisse» für den Vergleich begriffswesentlich sind, wird bisweilen angenommen, dass der Vergleichsvertrag ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Schuldvertrag sei. Das trifft jedoch schon deshalb nicht zu, weil der Vergleich (wie gesagt) selbst dann kein reines Verpflichtungsgeschäft ist, wenn er obligatorisch wirkt. Daraus folgt unter anderem: Kommt eine Partei mit der Erfüllung einer vergleichsweise anerkannten Forderung in Verzug (Art. 102 OR), so ist die Gegenpartei deswegen nicht berechtigt, den abgeschlossenen Vergleich nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 107 ff. OR) durch Vertragsrücktritt (Art. 109 OR) aufzuheben und derart den Rechtszustand wiederherzustellen, wie er vor Abschluss des Vergleichsvertrages bestand. Das gilt auch dann, wenn der betreffende Verzugsgläubiger seinerseits eine synallagmatische Gegenleistung schuldet oder bereits erbracht hat. Zwar besteht hier ein vertragliches Austauschverhältnis, das als solches den Regeln der Art. 107–109 OR unterliegt. Ein allfälliger Rücktritt des Verzugsgläubigers führt aber nur zur Aufhebung dieses Verhältnisses, ohne die Parteien in die Lage zurückzuversetzen, in der sie sich vor dem Vergleich befanden. Doch steht natürlich nichts im Weg, den Vergleich von vorneherein an die Resolutivbedingung (Art. 154 OR) zu knipfen, dass eine anerkannte Forderung vom Schuldner vereinbarungsgemäss erfüllt werde.“; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 N 46 (siehe das wörtliche Zitat in FN 35); vgl. anders Schluep, SPR VII/2, 949 f.: „Da es sich beim aussergerichtlichen Vergleich um einen synallagmatischen Vertrag handelt, können die Parteien nach Art. 107 OR vorgehen, sofern vorbehaltene oder notwendige besondere Verfügungshandlungen von einer Seite nicht vorgenommen werden. Entschliesst sich die andere Seite zum Rücktritt vom Vergleich, so lebt das ursprüngliche (ungewisse oder umstrittene) Verhältnis wieder auf.“, ebenso SJ 1941, 403 ff., 404 f. und SJZ 1940/1941, 268 ff., 269, wo das Obergericht des Kantons Aargau das Synallagma und die Möglichkeit des Rücktritts bejaht, was dem Kläger ermöglichte, die ursprüngliche Forderung, die vor Abschluss des Vergleichsvertrages bestand, geltend zu machen. Neuere Dissertationen (Matthias Maurer, Der Vergleichsvertrag, Diss. Zürich 2012, N 862-867; ebenso Ernst Platz, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 2014, 19, 98 f.) bejahren ebenfalls die Möglichkeit des Rücktritts mitsamt Aufleben der ursprünglichen, unsicheren Rechtslage bei synallagmatischen Vergleichsverträgen.

³⁸ Vgl. Gauch, FS Schluep, 7 (oben in FN 37 abgedruckt).