

Lektion Nr. 1
Sachverhalt Nr. 1

Was, wann und wo muss Rechtssuchender Richard leisten, wenn

1. *Richard mit Verkäufer Viktor am Telefon abgemacht hat, dass er den Renault Clio für Fr. 5'000 kauft?*
2. *der Kaufvertrag zwischen Verkäufer Viktor und Richard auf Viktors Geschäftspapier verfasst worden ist, wobei bei der Adresse auch ein Postkonto erwähnt ist?*
3. *er Käufer Kurt nicht einen konkreten Renault Clio schuldet, sondern einen neuen Renault Clio in der Basisausstattung zum Preis von Fr. 16'000 und Richard drei passende Modelle in blau, rot und grün hat?*
4. *er Käufer Kurt im September den besichtigten blauen Renault Clio für Fr. 16'000 auf Mitte Oktober versprochen hat und Kurt ihm nachträglich erlaubt, auch mit dem roten, ebenfalls besichtigten Modell im relevanten Zeitpunkt erfüllen zu können?*
 - a. *Muss Richard das rote Modell liefern, wenn das blaue Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Falls nein, muss Kurt das Fahrzeug dennoch bezahlen?*
 - b. *Was ist, wenn das rote Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Kann Richard sagen, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen?*
 - c. *Was ändert sich, wenn Kurt und Richard verabreden, geschuldet sei das rote oder das blaue Modell und das rote Modell nach dem Gespräch verbrennt?*
5. *er Anwalt Alder aus einem Anwaltsvertrag Fr. 5'000 (20 h zu Fr. 250) zahlen will, aber Anwalt Alder sich auf den Standpunkt stellt, Richard schulde Fr. 6'250, weil er 25 Stunden aufgewendet habe, was Richard aufgrund des überschaubaren Sachverhalts als klar überrissen bezeichnet? Kann Alder die Annahme von Fr. 5'000 ablehnen mit der Begründung, Richard schulde Fr. 6'250?*

Lösungsvorschlag Nr. 2

1. *Richard mit Verkäufer Viktor am Telefon abgemacht hat, dass er den Renault Clio für Fr. 5'000 kauft?*

Richard und Viktor haben sich einzig über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis geeinigt. Das genügt für den Abschluss eines Kaufvertrages nach Art. 184 Abs. 1 OR. Der ganze Rest ist durch das dispositive Recht geregelt. Richard muss Fr. 5'000 bar bezahlen (Art. 84 Abs. 1 OR). Der Gläubiger muss nicht mehr als 100 Münzen, aber beliebig viele Noten annehmen (Art. 3 WZG).¹ Zum Zeitpunkt: Der allgemeine Teil sieht ohne Abrede die sofortige Fälligkeit vor (Art. 75 OR). Bei synallagmatischen Verträgen, bei denen beide Leistungen fällig und erfüllbar sind, müssen die Parteien die Leistung nur Zug um Zug erbringen (Art. 82 OR). Dies ist auch die Regel, die das Kaufrecht vorsieht (Art. 184 Abs. 2 OR). Geldschulden sind ohne andere Abrede dort zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Den Renault muss Viktor am Ort übergeben, wo er sich bei

¹ Vgl. Art. 3 WZG (Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel, SR 941.10): „(1) Jede Person ist gehalten, bis zu 100 schweizerische Umlaufmünzen an Zahlung zu nehmen. Umlauf-, Gedenk- und Anlagemünzen werden von der Schweizerischen Nationalbank und den öffentlichen Kassen des Bundes unbeschränkt zum Nennwert angenommen. (2) Schweizerische Banknoten müssen von jeder Person unbeschränkt an Zahlung genommen werden. (3) Auf Franken lautende Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank müssen von jeder Person, die dort über ein Konto verfügt, unbeschränkt an Zahlung genommen werden.“

Vertragsschluss befindet (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Diesen Ort müssen aber beide Parteien kennen, wenn er sich nicht mit dem Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners der Sachleistung deckt.²

2. *der Kaufvertrag zwischen Verkäufer Viktor und Richard auf Viktors Geschäftspapier verfasst worden ist, wobei bei der Adresse auch ein Postkonto erwähnt ist?*

Die Zahlung auf ein Konto stellt streng genommen keine gehörige Erfüllung dar, denn sie erfolgt an eine Drittperson, die das Geld dem Empfänger, also ihrem Kunden schuldet. Die Angabe der Kontonummer gilt aber als Zustimmung zu einer bargeldlosen Überweisung. Das Bundesgericht sieht sogar in der blossen Existenz eines Kontos eine Ermächtigung, auf diese Weise zu erfüllen.³ Richard kann, muss aber nicht via Postkonto erfüllen.

3. *er Käufer Kurt nicht einen konkreten Renault Clio schuldet, sondern einen neuen Renault Clio in der Basisausstattung zum Preis von Fr. 16'000 und Richard drei passende Modelle in blau, rot und grün hat?*

Hier liegt nicht eine Stückschuld vor, also keine „bestimmte Sache“ im Sinne des Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR, sondern als Gattungsschuld eine „andere Verbindlichkeit“ im Sinne von Ziff. 3 der Bestimmung.⁴ Richard muss den Wagen an seinem Wohn- oder Geschäftssitz bereithalten, damit ihn Käufer Kurt abholen kann. Dort muss Kurt auch die Geldzahlungspflicht erfüllen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). *Wer darf die Farbe auswählen?* Es kommt darauf an, was abgemacht ist. Ohne Abmachung aber gelten Art. 71 f. OR. Wenn die Gattung lautet „Renault Clio, Basisausstattung, aus Deinem Vorrat“, dann darf Richard aus seinem Vorrat wählen. Lautet die Gattung lediglich „Renault Clio, Basisausstattung“, dann kann Richard mit jeder beliebigen Farbe erfüllen (vgl. Art. 71 Abs. 1 OR). Dies ergibt sich auch aus Art. 72 OR, sofern man von einer Wahlobligation ausgeht und die Wahl aus den drei verfügbaren Modellen möglich ist, ohne zu regeln, wem die Wahl zusteht.

4. *er Käufer Kurt im September den besichtigten blauen Renault Clio für Fr. 16'000 auf Mitte Oktober versprochen hat und Kurt ihm nachträglich erlaubt, auch mit dem roten, ebenfalls besichtigten Modell im relevanten Zeitpunkt erfüllen zu können?*

- a. *Muss Richard das rote Modell liefern, wenn das blaue Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Falls nein, muss Kurt das Fahrzeug dennoch bezahlen?*
- b. *Was ist, wenn das rote Modell nach dem Gespräch vom Blitz getroffen wird und verbrennt? Kann Richard sagen, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen?*
- c. *Was ändert sich, wenn Kurt und Richard verabreden, geschuldet sei das rote oder das blaue Modell und das rote Modell nach dem Gespräch verbrennt?*

Es handelt sich um eine Stückschuld. Geschuldet ist vertraglich einzig das blaue Modell. Es handelt sich nicht um eine Wahlobligation, sondern um eine *facultas alternativa* (rechtsgeschäftliche Alternativermächtigung). Dies bedeutet, dass Richard mit dem roten Modell zwar erfüllen kann, Kurt aber nur das

² Vgl. CHK-Wullsleger, OR 74 N 8: «*Ist eine bestimmte Sache (Speziessache) geschuldet, ist sie da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand (...). Befindet sich die Sache an einem anderen Ort als dem Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners, kann dies nur gelten, wenn beide Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Lageort kannten (von Tuhr/Escher, 42).*»

³ Vgl. BGer in SJ 1997, 245 ff., 253: „*Un créancier n'est donc pas obligé d'accepter la monnaie scripturale en lieu et place d'un paiement en espèces (...). Cette disposition n'est cependant pas de droit impératif (...). Aussi, les parties sont-elles libres de prévoir l'exécution d'une dette d'argent sans remise d'espèces (...). Actuellement, la monnaie scripturale s'est généralisée (...) et représente la forme la plus importante de la monnaie (...). Aussi, le fait d'ouvrir et d'entretenir un compte bancaire constitue-t-il une acceptation tacite de l'exécution par virement (...), sauf, bien sûr, si le créancier exige expressément un paiement en espèces (...). Dans les relations internationales interbancaires, les paiements se font en pratique exclusivement à l'aide de la monnaie scripturale, savoir par une inscription correspondante sur un compte de la banque créancière. A cet égard, on peut donc aussi admettre l'existence d'une convention tacite (...);*“; ablehnend Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2316c: «*Diese Rechtsprechung ist überholt.*»

⁴ Vgl. ZK-Schranner, OR 74 N 83, 89.

blaue Modell verlangen kann (*una res in obligatione, duae in solutione*).⁵ Richard darf also mit dem roten oder dem blauen Modell erfüllen. Er muss dies am 15. Oktober tun, denn Mitte Oktober bedeutet gemäss Art. 76 Abs. 2 OR am fünfzehnten des Monats.

Zu Frage a: Richard muss das rote Modell nicht liefern, denn er schuldet nur das blaue. Der blaue Wagen ist unverschuldet untergegangen. Richard ist frei, doch muss Kurt dennoch bezahlen, weil die Gefahr schon auf ihn übergegangen ist (Art. 119 Abs. 3 OR, Art. 185 Abs. 1 OR). Kurt kann aber das *stellvertretende commodum* verlangen. Vorliegend könnte es die Ersatzzahlung der Versicherung sein, sofern er eine abgeschlossen hat.⁶

Zu Frage b: Das rote Modell ist unverschuldet untergegangen. Es stellt sich die Frage, ob sich Richard darauf berufen kann, dass er mit dem roten Modell hätte erfüllen wollen. Günstig wäre dies für ihn, denn die nachträgliche objektive Unmöglichkeit ist in Art. 119 Abs. 1 OR geregelt – er wäre dann frei, könnte aber aufgrund der Gefahrtragungsregeln den Kaufpreis dennoch verlangen (Art. 119 Abs. 3 OR, Art. 185 Abs. 1 OR). Für die Konzentration auf die Ersatzleistung muss er das Fahrzeug aber wirklich angeboten und Kurt dieses abgelehnt haben.⁷ Richard muss also am 15. Oktober das blaue Modell liefern.

Zu Frage c: Bei der Wahlschuld gelten andere Regeln. Ohne Abmachung darf der Schuldner, also Richard wählen. Ist eine der beiden Leistungen noch möglich und trifft Kurt als Gläubiger am Untergang der Sache kein Verschulden, erfolgt eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung.⁸ Gemäss Schwenzer gilt auch in der Schweiz die Faustregel des deutschen § 265 BGB – *es erfolgt keine Konzentration, wenn den nicht wahlberechtigten Teil am Untergang der Sache ein Verschulden trifft*.⁹ Die Regeln stimmen mit der Schweizer Lösung bis auf eine Ausnahme (bei FN 11) überein.

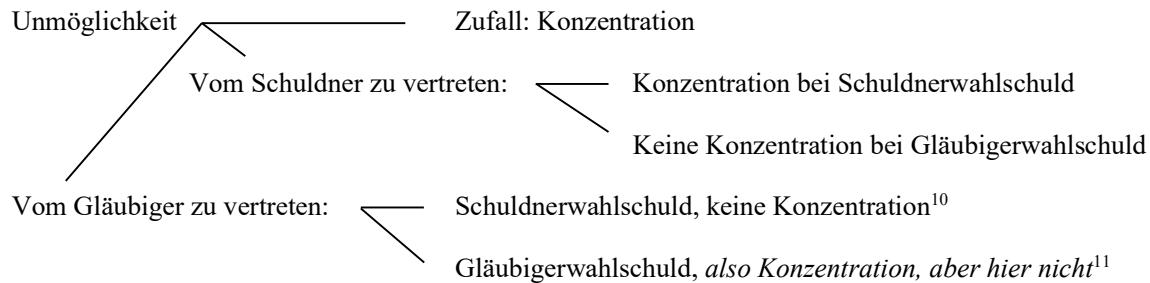
⁵ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2271 und 2269: „Geschuldet ist nur die vertraglich vereinbarte Leistung. Doch ist der Schuldner durch Vertrag oder nachträgliche einseitige Erklärung der Gläubigerin ermächtigt (nicht verpflichtet), statt der geschuldeten eine andere Leistung zu erbringen (...). Die Erklärung der Gläubigerin ist unwiderruflich.“

⁶ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2395: „Bezieht der Schuldner infolge der nachträglichen Leistungsummöglichkeit eine Ersatzleistung (z.B. eine Versicherungs- oder eine Schadenersatzleistung Dritter, eine Enteignungsentzündigung usw.), muss dieser Ersatz anstelle der unmöglich gewordenen Leistung der Gläubigerin auf deren Verlangen hin herausgegeben werden. Man spricht vom «stellvertretenden Commodum». “; vgl. BGer 4C.199/2004, E. 10.1: „Lorsque le débiteur, libéré par l'impossibilité subséquente d'exécuter son obligation en raison de circonstances qui ne lui sont pas imputables (art. 119 al. 1 CO), obtient des valeurs de remplacement (stellvertretendes Commodum), telles qu'une indemnité d'assurance, le créancier de la prestation impossible peut exiger qu'il les lui remette (...).“

⁷ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2271: „Die Konzentration auf eine der beiden Leistungen erfolgt nicht schon mit der Erklärung (Verbaloblation), sondern erst durch tatsächliches Angebot des Schuldners (Realloblation).“ und BGE 50 II 40 ff., 44 f.: „Seine Wahlberechtigung bestand nur darin, zu bestimmen, auf welche der beiden alternativ vorgesehenen Arten er sie tilgen wolle, ob durch Barzahlung oder durch Bewirkung der Ersatzleistung; Die Behauptung, die in Betreibung gesetzte Forderung sei schon damit erloschen, dass der Schuldner sich am 20. März 1923 für die Ersatzleistung ausgesprochen habe, hält daher nicht Stich. 2. Die Aberkennungsklage kann somit nur unter der Voraussetzung gutgeheissen werden, dass der Schuldner nachgewiesen hat, dass er die ihm zustehende und von ihm gewählte Ersatzleistung wirklich, gemacht und dadurch die Geldschuld getilgt hat, oder dass sie wenigstens rite angeboten, und ihre Bewirkung durch Annahmeverzug des Gläubigers verhindert worden ist. Nun steht nach den Akten ausser Streit, dass die Ersatzleistung tatsächlich nicht erfolgt ist.“

⁸ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2264 zur nachträglichen, vom Gläubiger unverschuldeten Unmöglichkeit: „Ist der Schuldner wahlberechtigt, erfolgt Konzentration auf die noch mögliche Leistung. Wird auch diese unmöglich, haftet der Schuldner immer dann nach Art. 97, wenn er die Unmöglichkeit mindestens einer der beiden Leistungen zu vertreten hat.“; vgl. zu den übrigen Konstellationen Schwenzer, OR AT, N 9.04.

⁹ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 9.04: „Vereinfachend ist hier entsprechend § 265 BGB ebenfalls eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung anzunehmen, es sei denn, die Leistung ist infolge eines Umstandes unmöglich geworden, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat (...).“; vgl. § 265 BGB: „Unmöglichkeit bei Wahlschuld. Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstands unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.“



5. *er Anwalt Alder aus einem Anwaltsvertrag Fr. 5'000 (20 h zu Fr. 250) zahlen will, aber Anwalt Alder sich auf den Standpunkt stellt, Richard schulde Fr. 6'250, weil er 25 Stunden aufgewendet habe, was Richard aufgrund des überschaubaren Sachverhalts als klar überrissen bezeichnet? Kann Alder die Annahme von Fr. 5'000 ablehnen mit der Begründung, Richard schulde Fr. 6'250?*

Der Gläubiger muss keine Teilleistungen annehmen, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist (Art. 69 Abs. 1 OR). Offeriert der Schuldner eine Teilleistung unter Bestreitung des Rests, muss der Gläubiger diese annehmen.¹²

Sachverhalt Nr. 2

Die Stadt Seldwyla und die ABZ Recycling AG schlossen am 1. Januar 2018 einen Fünfjahresvertrag über die Entsorgung von Klärschlamm gegen das im städtischen Klärschlammtarif vorbestimmte Entgelt von Fr. 100 pro Tonne Klärschlamm ab. Am 1. Januar 2021 stellte sich heraus, dass ein Beamter der Stadtentwässerung, der den Vertrag nicht selbst unterzeichnet hat, im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss von der ABZ Recycling AG Bestechungsgelder in der Höhe von Fr. 300'000 entgegengenommen hat. In der Folge berief sich die Stadt Seldwyla auf die Unwirksamkeit des Vertrags und weigerte sich, die offenen Rechnungen zu bezahlen sowie die Klägerin weiterhin mit Klärschlamm zu beliefern. *Worauf kann sich die Stadt Seldwyla berufen und was sind die Folgen davon?*

Lösungsvorschlag Nr. 2

Der Lösungsweg zeichnet sich wie folgt ab: Zuerst ist zu klären, ob der Klärschlammvertrag nichtig wegen Sittenwidrigkeit ist (Art. 20 Abs. 1 OR) oder aufgrund von Willensmängeln angefochten werden

¹⁰ Der Käufer hat eines der beiden Fahrzeuge zerstört, der Verkäufer darf wählen. Er darf, da keine Konzentration eintritt, auch das verbrannte Fahrzeug wählen, d.h. die unmögliche Leistung. Auf diesen Fall ist Art. 119 Abs. 2 OR nicht anwendbar, da er nur eine Regelung des unverschuldeten Untergangs enthält (ZK-Schräner, OR 72 N 61). Der den Untergang verschuldende Käufer muss gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz für das untergegangene Fahrzeug bezahlen (Bucher, OR AT, 299). Wählt er die noch mögliche Leistung, muss der Käufer für dieses Fahrzeug den Kaufpreis bezahlen und zusätzlich Schadenersatz für das von ihm verschuldet untergegangene Fahrzeug. Das ist gerechtfertigt, weil es eine Verkäuferwahlschuld ist.

¹¹ Nach der deutschen Grundregel des § 265 BGB würde hier die Konzentration auf die noch mögliche Leistung eintreten, doch wird dies als unbillig empfunden. Das leuchtet ein, denn für den verschuldeten Untergang muss der wahlberechtigte Gläubiger ohnehin Schadenersatz leisten (Art. 41 OR, aber auch Art. 97 OR). Tritt dann zusätzlich die Konzentration auf die noch mögliche Leistung ein, muss der Gläubiger dem Verkäufer zusätzlich die noch mögliche Leistung abnehmen. Der Schuldner des Fahrzeugs (also der Verkäufer) würde dann Schadenersatz für die zerstörte Sache und den Preis für die andere Sache bekommen. Deshalb soll der Gläubiger (also der Käufer) auch die untergegangene Leistung wählen können, damit er nur einmal bezahlen muss (vgl. ZK-Schräner, OR 72 N 62: „Das Recht, auch die unmögliche Leistung zu wählen, muss dem Gläubiger zugestanden werden, weil er sonst nicht nur Schadenersatz für die unmögliche Leistung, sondern auch die andere mögliche Leistung annehmen und vergüten müsste, was eine ungerechtfertigte Besserstellung des Schuldners bedeutete.“). Wenn also der wahlberechtigte Käufer das rote Fahrzeug unachtsam nach dem Kauf zerstört, müsste er, wenn Konzentration eintrate, für das zerstörte Fahrzeug auf dem Wege des Schadenersatzes aufkommen und das noch intakte Fahrzeug kaufen. Der Verkäufer könnte so zwei Autos entgeltlich loswerden, was nicht richtig ist – schliesslich dürfte hier der Gläubiger wählen.

¹² Vgl. BGE 133 III 598 ff., 603: „La doctrine professe enfin que l'art. 69 al. 1 CO impose au créancier de recevoir une prestation partielle si le débiteur admet une partie de la créance et conteste le solde qui lui est réclamé (...). La thèse de ces nombreux auteurs est parfaitement compatible avec la lettre de l'art. 69 al. 1 CO. Si la dette n'est pas liquide pour le tout, on ne voit en effet pas pourquoi le débiteur devrait être empêché d'honorer sans plus tarder la part de l'obligation qu'il a reconnue devoir en cours de procès.“

kann (Art. 23 ff. OR). In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob und wie eine Rückabwicklung vorzunehmen ist.

Der *Klärschlammvertrag* ist nicht sittenwidrig, sondern das *Schmiergeldversprechen* zwischen der Recyclingfirma ABZ und dem bestochenen Beamten. Dieses Verhältnis schlägt nicht auf den Klärschlammvertrag durch.¹³ Ein Vertrag über die Entsorgung von Klärschlamm ist nicht sittenwidrig.

Jetzt stellt sich die Frage, ob die Stadt Seldwyla die absichtliche Täuschung oder den Grundlagenirrtum geltend machen kann. Die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR sind ein *täuschendes Verhalten*, die *Täuschungsabsicht*, die *Widerrechtlichkeit* und ein *Irrtum*, der für den Vertragsschluss *kausal* sein muss.¹⁴ Die Recyclingfirma täuscht, indem sie ihr treuwidriges Verhalten, das in der Bestechung liegt, geheim hält.¹⁵ Dass dies mit Wissen und Willen geschieht, ist klar. Genauso richtet sich das Verhalten auf einen Vertragsschluss, der mit Wissen über die Bestechung niemals zu stande kommen würde. Es liegt deshalb Absicht vor.¹⁶ Der dadurch hervorgerufene Irrtum bezieht sich auf die Loyalität des Vertragspartners.¹⁷ Der Irrtum bei der absichtlichen Täuschung muss nicht wesentlich im Sinne von Art. 23 ff. OR sein.¹⁸ Die Widerrechtlichkeit liegt in der täuschenden Handlung.¹⁹ Bei der Kausalität dieses Irrtums für den Vertragsschluss ist zu prüfen, ob der Irrtum für den Abschluss des Vertrags kausal war: „*Die Täuschung ist kausal, wenn der Getäuschte den Vertrag in Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht (...) oder nicht mit dem entsprechenden Inhalt (...) abgeschlossen hätte.*“²⁰ Dies könnte man ohne Probleme bejahen. Die Stadt Seldwyla würde den Vertrag mit der Recyclingfirma niemals abschliessen, wenn sie von einer Bestechung wüsste. Die Gerichte haben im Klärschlammfall indes fehlerhaft eine andere Kausalität geprüft und verneint, weil der bestochene Beamte keine Einflussmöglichkeit auf den Vertragsschluss und die Vertragsbedingungen hatte.²¹

Auch der Grundlagenirrtum ist zu prüfen (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Loyalität des Vertragspartners muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Vertragspartner auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also

¹³ Vgl. BGE 129 III 320 ff., 324: „*Sittlich bedenkliche Machenschaften im Vorfeld des Vertrags, die sich nicht in dessen Inhalt niederschlagen, machen ihn nicht sittenwidrig (...). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre haben daher Verträge, die durch Schmiergelder bewirkt werden, im Gegensatz zu den Schmiergeldversprechen als solchen keinen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt und fallen nicht unter die Nichtigkeitsfolgen von Art. 20 OR (...).*“

¹⁴ Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 3-10.

¹⁵ Vgl. die Überlegungen bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39: „*Wer in einem Vertragsverhandlungsverhältnis Mitarbeiter der Gegenseite besticht, handelt nicht nur krass treuwidrig, sondern er muss auch wissen, dass das Bekanntwerden der Bestechung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Verhandlungsabbruch zur Folge hätte. Dementsprechend wird der Bestechende alles daran setzen, dass sein illoyales Verhalten der Gegenpartei verborgen bleibt. Bestechung und Vertuschung der Bestechung sind mit anderen Worten funktionsnotwendig miteinander verbunden: Die bestechende Partei schafft in illoyaler Weise einen potenziell abschlussrelevanten Sachverhalt und sorgt zugleich gezielt dafür, dass dieser Sachverhalt der Gegenpartei verborgen bleibt. Sie täuscht durch Schweigen. Das Verhalten der Klägerin ist deshalb als Täuschungshandlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR zu qualifizieren.*“

¹⁶ So auch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39.

¹⁷ So auch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39.

¹⁸ Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 9.

¹⁹ Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 8: „*Anders als bei der Furchterregung (OR 29 I) wird die Widerrechtlichkeit in OR 28 I nicht ausdrücklich als Tatbestandselement erwähnt. Die Lehre führt dies darauf zurück, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass jede absichtliche Täuschung widerrechtlich sei (...).*“

²⁰ CHK-Kut, OR 28 N 10.

²¹ Vgl. das wörtliche Zitat bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 39: „*Die Beweislast für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung hat der Getäuschte zu tragen. Vor allem hat er die Täuschungshandlungen und ihren kausalen Einfluss auf den Vertragsabschluss nachzuweisen. Gelingt ihm der Nachweis der Täuschungshandlung, so spricht im Allgemeinen auch die Vermutung für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs. Dem Täuschenden steht der Gegenbeweis offen, dass der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte (...). Mit Bezug auf den konkreten Fall führt das Gericht aus: "Die Stellung (des Beamten A.) auf Seiten der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Klägerin ist für die Frage des Einflusses der Schmiergelder auf den Vertrag von zentraler Bedeutung. Ohne Nachweis massgeblicher Einwirkungsmöglichkeiten (des Beamten A.) auf den Abschluss des Vertrages und die inhaltliche Gestaltung desselben gebräuche es bereits an einer kausalen Beziehung zwischen Bestechung und Vertrag."“; vgl. dazu noch Wyss/von der Crone, SZW 2003, 40: „*Das Obergericht geht davon aus, der nachzuweisende Kausalzusammenhang sei jener zwischen der Bestechung und der Vertragsgestaltung, und macht in der Folge die Einwirkungsmöglichkeiten des bestochenen Beamten auf die Vertragsgestaltung zum zentralen Gegenstand seiner Überlegungen. Richtigerweise wäre stattdessen der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschungshandlung, d.h. dem Verheimlichen der Bestechungszahlungen, und der Fehlvorstellung der Beklagten hinsichtlich der Loyalität ihrer Vertragspartnerin sowie jener zwischen dieser Fehlvorstellung und dem Vertragsschluss zu untersuchen gewesen. Dieser Kausalzusammenhang ist ohne weiteres zu bejahen: Hätte die Stadt Zürich von der Bestechung gewusst, wäre sie die vertragliche Bindung zweifellos nicht eingegangen.*“*

für die Willensbildung des Käufers *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).²² Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der fragliche Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).²³ Dass die Stadt Seldwyla nur mit „sauberen“ Vertragspartnern Geschäfte abwickeln will, erscheint als plausibel, auch objektiv betrachtet kommen Geschäfte mit bestechenden Vertragspartnern nicht in Frage.²⁴ Auch der Geschäftspartner muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).²⁵ Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für die Recyclingfirma sicher zu bejahen – deswegen verheimlicht sie diesen Umstand. Kurt muss die Anfechtung innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums (gemäß Sachverhalt am 1. Januar 2021) erklären (vgl. Art. 31 Abs. 2 OR, relative Frist). Eine absolute Frist gibt es nicht,²⁶ doch könnte in der vorbehaltlosen Annahme und Erbringung der Vertragsleistungen im Wissen um den Anfechtungsgrund eine Genehmigung des Vertrages liegen.²⁷

Was sind die Folgen der Anfechtung? Grundsätzlich fällt der Vertrag *ex tunc* weg. Die Leistungen sind mit Vindikation und Kondition zurückzuerstatten. Das Bundesgericht macht in analoger Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR eine Ausnahme für *Dauerschuldverhältnisse*. Ist bei diesen das Synallagma vom Mangel nicht betroffen, erfolgt die Anfechtung lediglich mit Wirkung einer Kündigung *ex nunc*.²⁸ Der Sachverhalt hält fest, dass die Stadt vorliegend den vorbestimmten Klärschlamm-Tarif benützte. Dies zeigt, dass die Bestechung die vorbestimmten Konditionen nicht beeinflussen konnte – es sei denn, dass sie für die Wahl durch die Stadt gar nicht qualifiziert gewesen wäre und so einen Zuschlag erschlichen hätte. Dafür gibt der Sachverhalt aber nichts her. Deshalb muss die Stadt einzig diejenigen Rechnungen begleichen, die bis zum Zeitpunkt der Kündigung entstanden sind. Die Anfechtung hat lediglich die Wirkung einer Kündigung *ex nunc*.

Sachverhalt Nr. 3

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

1. *Viktor den Diamanten wegen eines nach Vertragsschluss beschlossenen Blutdiamanten-Einfuhr- und Handelsembargos nicht liefern kann?*
2. *Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der Eigentümer diesen nicht verkaufen will?*
3. *Viktor den Diamanten zwar kaufen könnte, der Eigentümer aber Fr. 5'000'000 verlangt?*
4. *Viktor den Diamanten zwar beschaffen konnte, diesen aber aus Nachlässigkeit bei der Rheinüberquerung auf dem Weg zu Kurt verliert?*

²² Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 21.

²³ Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 22.

²⁴ Vgl. das wörtliche Zitat des Bezirksgerichtsurteils bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 37: „Die Vorinstanz hält fest, die Klägerin habe (dem Beamten A.) Schmiergelder bezahlt. Damit habe sich die Beklagte insofern in einem Irrtum bei Vertragsabschluss und Vertragserfüllung befunden, als sie von dieser bestecherischen, krass gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossenden Handlungsweise der Klägerin nichts gewusst habe. Vielmehr habe sie geglaubt, es mit einem loyalen Geschäftspartner zu tun zu haben. Ihr Irrtum habe sich somit nicht auf den Vertragsinhalt oder die Vertragspartei an sich erstreckt, sondern er habe sich auf einen ausserhalb des Vertrages liegenden Umstand bezogen. Diese Missachtung loyaler Verhaltensregeln habe dadurch noch zusätzlich an Gewicht gewonnen, als die Parteien über einen Fünfjahresvertrag miteinander verbunden gewesen seien, weshalb der Vertrauenswürdigkeit eines Vertragspartners eine zentrale Bedeutung zukomme. Somit handle es sich um einen wesentlichen Irrtum (...).““

²⁵ Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 23, m.w.H. Das Bundesgericht verlangt das Erfordernis der Erkennbarkeit regelmässig, vgl. BGer 4C.37/2004, E. 3.2.: „Zusätzlich muss es für die Gegenpartei erkennbar gewesen sein, dass der fälschlich angenommene Sachverhalt für den Irrrenden Geschäftsgrundlage war (...). Ein Grundlagenirrtum darf nur angenommen werden, wenn der Vertragspartner bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen, welche Bedeutung der entsprechende Sachverhalt für den Irrrenden hatte. Nur wenn diese Erkennbarkeit gegeben ist, darf der Irrende den Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Geschäftsgrundlage betrachten. Anders würde der Vertragspartner mit einem nach Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Geschäftsrisiko belastet (...).“

²⁶ Vgl. BGE 114 II 131 ff., 140.

²⁷ Vgl. CHK-Kut. OR 31 N 20.

²⁸ Vgl. BGE 129 III 320 ff., 329 f.: „Ein Vorbehalt zur reinen Auflösung des Vertrags *ex nunc* ist jedoch für den Fall anzubringen, dass der Willensmangel sich im Synallagma selbst auswirkt, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrrenden in quantitativer Hinsicht bestimmt war. Hier vermag die Anfechtung insoweit zurückzuwirken, als die gegenseitigen Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung neu bewertet und bei gegebener Kausalität des Irrtums auf ihr Gleichgewicht nach dem Regelungsgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert werden (...).“

5. *Viktor den Diamanten zwar beschaffen kann, aber ihn dem Dritten Daniel verkauft und übergibt, der ihm Fr. 2'100'000 geboten hat und ihn jetzt nicht weiterverkaufen will?*
6. *Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der Diamant unmittelbar vor Vertragsschluss von einem Dieb gestohlen worden ist, ohne dass Viktor etwas davon erfahren hätte?*
7. *Viktor nicht den echten Millennium Star übergibt, sondern eine Fälschung, die er bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen müssen?*
8. *Viktor den Diamanten nicht liefern kann, weil der „Millennium Star“ ein Mythos ist, den es in Wirklichkeit gar nicht gibt?*

Lösungsvorschlag Nr. 3

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

Es geht um den Fall *nachträglicher*, d.h. erst nach Vertragsschluss eintretender, *objektiver Unmöglichkeit*. Wenn Viktor nicht liefern kann und auch nicht ahnen musste, dass ein Lieferverbot ergehen würde, dann ist die *objektive* – denn auch sonst kann niemand leisten – Unmöglichkeit *unverschuldet*.²⁹ Dies ist ein Anwendungsfall von Art. 119 Abs. 1 OR, bei Vorliegen eines Verschuldens von Art. 97 Abs. 1 OR. Es ist hier ein Sonderfall der rechtlichen Unmöglichkeit.³⁰ Es bleibt bei der Lösung des Art. 119 Abs. 2 OR. Art. 119 Abs. 3 OR bzw. Art. 185 Abs. 1 OR können keine Anwendung finden, weil kein Untergang oder keine Verschlechterung der Sache eintritt. Der Verkäufer kann den Stein behalten und weiternutzen. Es wäre unbillig, wenn der Käufer dennoch bezahlen müsste. Anders wäre wohl zu entscheiden, wenn der Stein vom Staat beschlagnahmt würde.³¹

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

Es kann noch jemand erfüllen, es ist folglich nur eine *subjektive Unmöglichkeit*, die aber schon bei Vertragsschluss besteht. Art. 20 OR erfasst aber nur die ursprüngliche und dauernde *objektive Unmöglichkeit*.³² Ist das verschuldet? Ja, denn Viktor hat den Diamanten im Wissen versprochen, dass er ihn

²⁹ Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 9; vgl. BGE 111 II 352 ff., 354: „*Objektive Unmöglichkeit der Leistung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 OR entbindet den Schuldner von seinen vertraglichen Verpflichtungen nur, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu verantworten hat. Die Unmöglichkeit kann nebst tatsächlichen Gründen auf einer neuen, nachträglich eingetretenen Rechtslage beruhen. So können namentlich behördliche Verbote, beispielsweise Ausfuhrsperrern, den Schuldner hindern, die Leistung vertragsgemäss zu erbringen (...). Für die Unmöglichkeit der Leistung aus rechtlichen Gründen ist der Schuldner verantwortlich, wenn er Leistung versprochen hat, obwohl er wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, dass er sie unter Umständen nicht werde erbringen können; in diesem Fall haftet er nach Art. 97 OR (...).*“

³⁰ Vgl. Gauch/Schlueter/Schmid/Emmenegger, N 2560: „*Dass die Unmöglichkeit auf tatsächlichen Gründen beruhen kann, ist seit jeher unbestritten. (...) Dasselbe gilt aber mittlerweile auch für die Unmöglichkeit, die auf rechtlichen Gründen beruht: Die Maschinenanlage wird mit einem Ausfuhrverbot belegt. Es wird ein Produktionsstop verordnet, ein Gericht verbietet die Zahlungsüberweisung, ein Bauprojekt kann infolge verweigerter Baubewilligung nicht realisiert werden.*“

³¹ Vgl. aber CR-Venturi/Zen-Ruffinen, OR 185 N 8, der die Kaufpreisgefahr auch bei einer „*interdiction d'importation*“ übergehen lässt. BSK OR I-Koller, Art. 185 N 4 setzt für die Anwendung von Art. 185 Abs. 1 OR den Untergang, die Beschlagnahme oder den Entzug der Sache voraus, was bei einem schlichten Embargo keine Geltung beanspruchen kann; vgl. dazu auch BK-Giger, OR 185 N 18: „*Aus dem Bisherigen ging bereits hervor, dass unter „Gefahr“ nicht jede vom Verkäufer nicht verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung zu verstehen ist, sondern nur eine die Kaufsache selbst treffendes Ereignis, insbesondere der Untergang oder Verschlechterung (...).*“

³² Vgl. BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 19/20 N 46.

noch nicht hat. Er muss deshalb für die Übernahme dieses Beschaffungsrisikos einstehen.³³ Dies ist somit ein Anwendungsfall von Art. 97 Abs. 1 OR. Folge davon ist ein Schadenersatzanspruch.³⁴

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

Die Leistung wäre möglich, doch ist sie unerschwinglich. Subjektive Unmöglichkeit liegt in diesen Fällen erst dann vor, „wenn die zur Erfüllung erforderlichen Mühen und Aufwendungen in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Leistung stehen, wird eine der Unmöglichkeit gleichstehende Uner schwinglichkeit der Leistung angenommen (...).“³⁵ Man könnte dies bejahen, denn es ist keine markt bedingte Preissteigerung. Dies ist aber strittig. Andere Autoren plädieren erst für ein Einschreiten, wenn die *clausula rebus sic stantibus* greift.³⁶ Bezuglich des Verschuldens müsste man beurteilen, ob das Beschaffungsrisiko auch solche Fälle exorbitanter Leistungen abdeckt oder nur das Beschaffungsrisiko

³³ Vgl. Huguenin, N 832: „In den meisten Fällen wird der Schuldner bei der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit der Exkulpationsbeweis (...) nicht gelingen. In der Regel ist für sie bei Vertragsschluss nämlich ohne weiteres erkennbar, dass sie die Leistung nicht wird erbringen können; alsdann muss sie sich ein Verschulden anrechnen lassen (sog. Übernahmever verschulden). So kommt Art. 97 Abs. 1 OR zur Anwendung, wenn die Schuldnerin eine verkauft Sache, die ihr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht gehört, nicht beschaffen kann. Art. 119 OR kommt in diesen Fällen nur ausnahmsweise zum Zug: Schwenzler (...) nennt etwa das Beispiel, dass der Verkäuferin der Kaufgegenstand ohne ihr Wissen kurz vor Vertragsschluss gestohlen wurde.“; vgl. BGE 117 II 71 f., 72: „Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO). L'hypothèse visée par cette disposition est réalisée lorsque le bailleur ne met pas les locaux à la disposition du preneur à la date convenue (...). S'agissant plus particulièrement du bailleur empêché de le faire à cause d'une procédure de prolongation de bail introduite par l'ancien locataire, il faut (...) admettre en principe une faute du bailleur, car il est imprudent de conclure un nouveau contrat aussi longtemps qu'il doit compter avec la prolongation de l'ancien bail. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens il y a fort longtemps déjà (...). Le bailleur doit même, avant de convenir avec le futur locataire de la date d'entrée dans les locaux, prendre en considération l'éventualité d'une procédure en prolongation de bail; en effet, dans cette hypothèse, le locataire peut rester dans la chose louée (...).“; Miguel Sogo, Das übernommene Beschaffungsrisiko, 118 f.: «Obwohl die Übernahme des Beschaffungsrisikos auf vertraglicher Basis auch unter schweizerischem Recht denkbar ist, werden die entsprechenden Fälle in der bundesgerichtlichen Praxis auf der Grundlage eines abweichenden Konzepts beurteilt. Muss der Schuldner die versprochene Sache erst noch beschaffen, bewertet das Bundesgericht das Verhalten des Schuldners unter dem Aspekt des Übernahmever verschulden. Systematisch liesse sich darin eine eigene Anwendungskategorie des Übernahmever verschulden sehen. In den meisten Fällen führt die Beurteilung unter dem Übernahmever verschulden zu einem ähnlichen Ergebnis wie die vertragliche Konstruktion. Desgleichen wird terminologisch von der «Übernahme des Risikos» gesprochen. Doch steht hinter dem Übernahmever verschulden ein abweichender dogmatischer Ansatz. Dem Schuldner wird zum Vorwurf gemacht, dass er ein Leistungsversprechen abgibt, obschon er noch nicht in der Lage ist, es zu erfüllen. Zeichnet sich ein Hindernis ab, muss er, auch wenn er es nicht zu vertreten hat, imstande sein, es abzuwenden oder zu überwinden. Ist er dies nicht und geht er den Vertrag trotzdem ein, wird der vorbehaltlose Abschluss des Vertrags einem Verschulden gleichgesetzt. Dogmatisch liegt – im Gegensatz zur vertraglichen Risikoübernahme – eine Haftung wegen Verschuldens vor.»

³⁴ Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 58.

³⁵ BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 14; vgl. BGE 135 III 212 ff., 218: „Erstere ist gegeben, wenn niemand mehr in der Lage ist, die Forderung zu erfüllen; Letztere, wenn die Erfüllung zwar an sich möglich, aber der Schuldner dazu ausserstande ist. Die Leistung ist namentlich dann subjektiv unmöglich, wenn nach Treu und Glauben im Verkehr dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zumutbar ist (BGE 82 II 332 E. 5 S. 338). Dabei genügt jedoch nicht, dass die Leistung bloss erheblich erschwert ist; das Leistungshindernis muss sich für den Schuldner vielmehr als geradezu unüberwindbar herausstellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das Leistungshindernis in der nachträglich weggefallenen Verfügungsmacht des Schuldners über den Leistungsgegenstand bestehen (BGE 84 II 6 E. 1 S. 10). Dabei ist einschränkend zu präzisieren, dass das Leistungshindernis für den Schuldner erst dann unüberwindbar wird, wenn dieser überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, die Verfügungsmacht zurückzuerlangen oder die zur Leistungserfüllung notwendigen Zustimmungen der Verfügungsberechtigten einzuholen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung und Lehre zu mit Art. 97 OR vergleichbaren Regeln in Nachbarrechtsordnungen (...).“; so auch in BGer 4A_189/2012, E. 5.2.

³⁶ Vgl. die Darstellung der Meinungen bei CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 33; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2565; vgl. das Beispiel bei Koller, OR AT, § 29 N 47; zu den Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* siehe Huguenin, N 327: „Lehre und Rechtsprechung wenden die *clausula rebus sic stantibus* zurückhaltend an (...). Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein: nachträgliche Veränderung der Verhältnisse (...); gravierende Äquivalenzstörung (...); fehlende Voraussehbarkeit (...); kein widersprüchliches Partieverhalten (...).“ Diese erlaubt eine Vertragsanpassung nur, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung aufgrund unvorhersehbarer und ausserordentlicher Umstände ein erhebliches Missverhältnis entstanden ist, so dass ein Festhalten am ursprünglichen Anspruch rechtsmissbräuchlich wäre (vgl. BGer 4C.49/2004, E. 2.2: „Wird das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderung der Umstände erheblich gestört, so kann das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch als rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn eine wucherische Ausbeutung dieses Missverhältnisses vorliegt (...). Dies entspricht der so genannten „*clausula rebus sic stantibus*“, welche unterstellt, dass die Parteien bei Vertragsabschluss stillschweigend vom Fortbestand bestimmter Verhältnisse ausgegangen. Diese Annahme ist ausgeschlossen, wenn die Parteien beim Abschluss des Vertrages voraussehen konnten, dass sich die bestehenden Verhältnisse ändern werden.“; detaillierter muss eine so genannte Sozialkatastrophe vorliegen, eine einschneidende Veränderung der Sozialexistenz und die Kausalität zwischen Sozialkatastrophe und Äquivalenzstörung. In positiver Hinsicht darf dieses Ereignis nicht vorhersehbar sein, es darf kein spekulativer Vertrag vorliegen, die betroffene Partei darf keinen Verschuldens- oder Verzugsvorwurf treffen und der Vertrag darf noch nicht erfüllt sein, vgl. ZK-Baumann, ZGB 2 N 455 ff.; Jacques Bischoff, Vertragsrisiko und *clausula rebus sic stantibus*, 183 ff.).

in normalen Beschaffungskanälen (Märkte, Engroshändler, Händlervertrieb).³⁷ Im Vergleich zur vorherigen Frage scheint es hier nicht angebracht, den Schuldner zu bevorzugen. Es liegt somit eine verschuldete subjektive Unmöglichkeit vor (Art. 97 Abs. 1 OR).³⁸ Viktor muss den Diamanten nicht kaufen. Doch ist es als Folge sinnvoll, Kurt einen Schadenersatzanspruch auf das positive Interesse in der Höhe von Fr. 3'000'000 zu gewähren, damit er sich doch noch den Diamanten beim Eigentümer kaufen könnte? Dies würde die Unerschwinglichkeit über den Weg des Schadenersatzes fortsetzen. Es kann folglich für Kurt einzig den negativen Schadenersatz geben oder den entgangenen Gewinn, der sich in vernünftigen Bahnen zu bewegen hat.³⁹

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

Dass der Diamant auf dem Flussboden theoretisch vielleicht geborgen werden könnte, spielt keine Rolle, denn dieser Aufwand ist eindeutig unzumutbar. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger nehmen in diesem Fall *subjektive* Unmöglichkeit an, die h.L. eine *objektive* Unmöglichkeit.⁴⁰ Da der Stein jedoch aufgrund der Nachlässigkeit verloren ging, ist nicht Art. 119 Abs. 1 OR, sondern aufgrund des Verschuldens Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar.⁴¹ Die Folge davon ist Schadenersatz.

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

Der Doppelverkauf erfolgt aufgrund eines Verschuldens, denn Viktor wusste, dass er den Stein Kurt übereignen sollte. Es geht um eine verschuldete, subjektive Unmöglichkeit.⁴² Art. 97 Abs. 1 OR erfasst dies, doch wenden Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger in solchen Fällen die Regeln über den Schuldnerverzug an (Art. 102 ff. OR).⁴³

³⁷ Dieser Gedanke bei MK-Grundmann, BGB 276 N 179: „Das Beschaffungsrisiko kann in unterschiedlichem Umfang übernommen werden. Letztlich ist das jeweils eine Frage der Auslegung des Vertrages, vermutet werden hilfsweise vor allem folgende Grade: Der Schuldner kann sich darauf beschränken, Verschaffung aus einer eingeschränkten Gattung zu versprechen, etwa aus einem eigenen Vorrat, oder aus einem bestimmten Bezugskanal, etwa einer bereits abgeschlossenen Partie. Diese Beschränkung hat er jedoch, wenn Sache oder Leistung der Gattung nach bezeichnet werden, deutlich zu machen. Andernfalls ist eine breite, potentiell weltweite Beschaffungspflicht anzunehmen. Dies bezieht sich mangels gegenteiliger Abrede freilich nicht auf eine Beschaffung, die nur unter Ein gehung unvorhergesehener, exorbitant hoher Kosten möglich wäre, und nicht auf Hindernisse, die nicht den Bezugskanal betreffen, sondern in der Person des Schuldners liegen und die, wie Krankheit und sonstige rechtlich akzeptierte Verhinderung, als unverschuldet anzusehen sind. Dafür, dass er über die finanziellen Mittel verfügt, die den Bezug ermöglichen, haftet demgegenüber der Schuldner durchaus.“

³⁸ So auch Antje Ziegler, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung, Diss. St. Gallen 1992, 70: „Allerdings braucht der Verlust nicht höher angesetzt zu werden, als ein eventuell zu bezahlendes positives Vertragsinteresse (z.B. der Ausgleich des entgangenen Gewinns der Kundin, welche das Fabergé-Ei bereits mit Gewinn hätte weiterverkaufen können). Fordert also der neue Eigentümer des Fabergé-Eies einen exorbitanten Preis, so muss sie darauf nicht eingehen. Ein Affektionsinteresse sowohl bei der Käuferin als auch beim Eigentümer wäre also nicht zur berücksichtigen. Die Beschaffung der Sache wird damit überobligationsmäßig erschwert und die Kunsthändlerin wird von der Primärleistungspflicht befreit, obwohl sie das Leistungshindernis (...) zu vertreten hat.“; vgl. Miguel Sogo, Das übernommene Beschaffungsrisiko, 133: „Wird der Schuldner etwa wegen Unerschwinglichkeit aus der Primärleistungspflicht entlassen, muss der geschuldete Schadenersatz unterhalb des für unerschwinglich befundenen Vertrags angesetzt werden. Oft wird der Schadenersatzanspruch deshalb nicht das positive Interesse umfassen, sondern sich auf das negative Interesse richten oder nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein.“

³⁹ Vgl. den Vorschlag bei Ziegler in FN 38.

⁴⁰ Vgl. unten, FN 47.

⁴¹ Vgl. Schulin/Vogt, Tafel 37a.

⁴² Vgl. Schulin/Vogt, Tafel 37a; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2569: „Die Unmöglichkeit von Sachleistungen gilt als subjektiv, wenn die Möglichkeit besteht, die Sache von irgendwem zu beschaffen. Dazu gehört vorab der Paradefall des nachträglich abgeschlossenen und vollzogenen Doppelverkaufs. Bei der nachträglich weggefallenen Verfügungsmacht des Schuldners gilt ein Leistungshindernis erst dann als «geradezu unüberwindbar» (...), wenn der Schuldner überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, die Verfügungsmacht über die Sache wiederzuerlangen oder die zur Erfüllung erforderliche Zustimmung der Verfügungsberechtigten einzuholen – insbesondere, wenn ein dinglich geschützter Dritterwerber infolge eines Affektionsinteresses am Gegenstand zum Verkauf nicht bewegt werden kann (...).“

⁴³ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2575.

Denkbar ist es auch, gegen Daniel gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR vorzugehen. Die Verletzung vertraglicher Rechte Dritter ist erst dann problematisch, wenn *qualifizierte Umstände* vorliegen.⁴⁴ Solche liegen vor, wenn beispielsweise der Dritte dem Verkäufer verspricht, Schadenersatzansprüche aus dem gebrochenen Vertrag zu übernehmen (Verleiten zum Vertragsbruch),⁴⁵ oder wenn das planmässige Verfahren dazu dient, ein Kaufsrecht zu umgehen und dem Verkäufer den Genuss an den Grundstücken zu belassen.⁴⁶ Dazu schweigt sich der Sachverhalt aber aus.

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

Hier steht die Unmöglichkeit schon vor Vertragsschluss von Anfang an fest. Die Unmöglichkeit ist subjektiv, weil der Diamant noch existiert, aber nur der unbekannte Dieb erfüllen könnte.⁴⁷ Viktor weiss bei Vertragsschluss nicht, dass er nicht wird liefern können. An der Unmöglichkeit trägt er kein Verschulden. Anwendbar ist deshalb Art. 119 Abs. 1 OR.⁴⁸ Die Frage nach der Gefahrtragung (d.h. der Anwendung von Art. 185 OR) stellt sich hier nicht, denn diese setzt voraus, dass der Untergang *nach Vertragsschluss* passiert (vgl. Art. 185 Abs. 1 OR: „*Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über.*“).⁴⁹ Ist die Sache schon vor Vertragsschluss untergegangen – und das ist sie hier – kann die Gefahr nicht mehr übergehen. „Untergang“ im Sinne von Art. 185 OR ist als

⁴⁴ Vgl. Schwenzer, N 32.33; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 674, m.w.H.; vgl. BGE 104 II 91 ff., 97 f.: „*Absolute Rechte richten sich gegen jedermann, relative gegen eine oder mehrere Personen, die bestimmt oder bestimmbar sind. Die Forderung aus einem Schuldverhältnis, auch aus einem vertraglichen, ist das typische Beispiel eines relativen Rechts, weil sie auf einer Sonderbeziehung zwischen bestimmten Personen beruht und nur dem Schuldner, nicht aber einem unbeteiligten Dritten entgegengehalten werden kann. Das Bundesgericht hat es deshalb seit Jahrzehnten abgelehnt, in der Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR zu erblicken (...); es hat daran auch in der neueren Rechtsprechung festgehalten (...), und die herrschende Lehre ist ihm gefolgt (...). Dass ein Dritter neben dem Schuldner, der den Vertrag unmittelbar verletzt, zu Schadenersatz verpflichtet werden kann, wenn ihm die vertragliche Bindung bekannt ist, wird nur vereinzelt angenommen, (...).* Diese Auffassung vermochte sich indes nicht durchzusetzen; sie stiess vielmehr auf berechtigte Kritik, weil sie der Rechtsentwicklung zuwiderläuft (...) und dazu führten würde, zwischen absoluten und relativen Rechten wieder eine Zwischenstufe anzunehmen (...). Nach der angeführten Rechtsprechung kann dagegen in der Verleitung zum Vertragsbruch und in der Ausbeutung einer Vertragsverletzung ein sittenwidriges Verhalten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR erblickt werden und eine Schadenersatzpflicht des Dritten deshalb als begründet erscheinen. Dies setzt aber besondere Umstände voraus, welche die Ausdehnung der Haftung rechtfertigen, was z.B. anzunehmen ist, wenn der Vertrag mit Wissen des Dritten in Schädigungsabsicht verletzt wird (...). Auch diese Grundsätze werden von der Lehre gebilligt, die jedoch mit Recht hervorhebt, dass die Ausdehnung der Haftung als Ausnahme zu verstehen und davon nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist (...).“

⁴⁵ Vgl. die Überlegungen bei BGH, VI ZR 28/80, 2. Juni 1981, in: NJW 1981, 2184 ff., 2186: „*Indes kann sein Beitrag zum Vertragsbruch auch bei Fehlen einer "vertragsfeindlichen" Gesinnung schon wegen des Missverständnisses seiner Intervention zur Rechtsordnung im Objektiven sittenwidrig sein. Das gilt gerade für den Einsatz einer Freistellungsklausel als Mittel zur Sicherung des Ersvertrags. Für die Beurteilung derartiger Zusagen des Dritten ist bereits im Objektiven der Widerspruch zur Rechtsordnung von Gewicht, den der Einsatz dieses Mittels zu diesem Zweck aufzeigt. Denn durch die Freistellung zielt der Zweitkäufer in besonders signifikanter Weise gerade auf diejenigen Sicherungen, die im Vertragsrecht die Basis für den Interessenschutz der Beteiligten ausmachen. Ohne sie ist der Grundsatz "pacta sunt servanda" inhaltsleer.*“

⁴⁶ Vgl. BGer, 4C.273/2003, 7.1.2004, E. 3.2 und 3.3.

⁴⁷ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2565: „*Die Leistung ist zwar noch möglich, aber wirtschaftlich unsinnig oder unerschwinglich geworden (Lehrbeispiel: mit unverhältnismässigen Kosten verbundene Bergung eines zu liefernden Ringes auf dem Meergrund). Ein Teil der Lehre plädiert für eine Behandlung nach den Regeln der Unmöglichkeit, wenn die Grenze des Zumutbaren überschritten ist. Das Bundesgericht zeigt sich demgegenüber restriktiv. Da die Leistung grundsätzlich möglich ist, liegt nach der hier vertretenen Auffassung ein Anwendungsfall des Schuldnerverzugs vor (...). Die nachträgliche Erschwerung der Leistungspflicht des Schuldners kann aber allenfalls über die «clausula rebus sic stantibus» (Bd. I Nr. 1280 ff.) korrigiert werden.*“ und N 2570: „*Ein Dritter kann zwar die Leistung erbringen, er ist jedoch unbekannt oder unerreichbar (z.B. Dieb einer bereits verkauften, aber noch nicht tradierten Speziessache). Zwar besteht grundsätzlich kein Grund, die Beschaffungsmöglichkeit unter diesen Voraussetzungen endgültig zu verneinen. Doch liegt ein Grenzfall vor. Trotzdem wird man aus Folge erwägungen subjektive Unmöglichkeit annehmen müssen, weil der Gläubigerin die Erfüllungsklage offen bleiben muss, wenn die geschuldete Sache wieder auftaucht: Notorietät des Besitzers und Erreichbarkeit der Sachen fehlen kaum je schlechthin, sondern meistens nur auf Zeit.*“; vgl. die Übersicht über die Lehrmeinungen bei BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 N 95-97.

⁴⁸ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2574: „*Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit besteht Einigkeit, dass die subjektive Unmöglichkeit nicht unter Art. 20 fällt. Der überwiegende Teil der Lehre will Art. 97 Abs. 1 (analog) anwenden, wobei sich die Doktrin hier noch einmal spaltet: Nach der neueren Lehre ist Art. 97 Abs. 1 nur anwendbar, falls der Schuldner die subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit zu verantworten hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn ihn ein Übernahmeverschulden trifft. Trifft den Schuldner keine Verantwortung (kein Übernahmever verschulden), soll sich die Rechtsfolge nach Art. 119 richten. Die ältere Lehre will die Exkulpationsmöglichkeit nicht zulassen und schliesst in beiden Fällen auf den Ersatz des positiven Interesses.*“

⁴⁹ Vgl. Huguenin, N 2513.

nachträgliche Unmöglichkeit zu verstehen, die von keiner Partei verschuldet sein darf.⁵⁰ Geht man von einer objektiven Unmöglichkeit aus, wäre es eine anfängliche, dauernde objektive Unmöglichkeit, die unter Art. 20 OR fällt. Im Ergebnis ändert dieser Unterschied aber nicht viel – Kurt und Viktor müssen nichts leisten, unabhängig davon, ob Art. 20 oder 119 OR Anwendung finden.

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

Hier muss man zuerst beurteilen, was Vertragsinhalt war. Wenn Kurt auf einen Stein gezeigt hat (Stückschuld) und den bezeichneten Stein bekommen hat, dann ist die Sachmängelhaftung (Art. 197 ff. OR),⁵¹ alternativ dazu die Schlechterfüllung („*peius*“, Art. 97 Abs. 1 OR) anwendbar, alternativ dazu die Rückforderung der Vertragsleistungen aufgrund der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums (mittels Vindikation und Kondiktion, Art. 641 Abs. 2 ZGB, Art. 62 Abs. 2 i.V.m. 63 Abs. 1 OR, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Wenn der Vertragsinhalt hingegen auf den echten und einzigen Millennium Star gerichtet ist, ohne auf einen konkreten Stein gezeigt zu haben, dann hat Viktor mit der Lieferung der Fälschung nicht erfüllt („*aliud*“).⁵² Darauf sind die Verzugsregeln anwendbar (Art. 102 ff. OR), auch nach der Entgegennahme der Fälschung.⁵³ Je nach Beschaffungslage kann sich Viktor darauf berufen, dass die Beschaffung des echten Steins unmöglich sei. Auch in den Fällen der subjektiven Unmöglichkeit plädieren Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger entgegen der h.L. dafür, die Verzugsregeln anzuwenden.⁵⁴

Die Haftung aufgrund Schlechterfüllung richtet sich nach Art. 97 Abs. 1 OR. Diese ist im Kaufrecht alternativ zur Sachgewährleistung und zur Anfechtung aufgrund des Grundlagenirrtums möglich.⁵⁵ Der Käufer kann anstelle der kaufrechtlichen Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR auch einen *Schadenerstattungsanspruch* wegen Schlechterfüllung aus Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen.⁵⁶ Das Bundesgericht überträgt die spezifischen sachgewährleistungsrechtlichen Voraussetzungen der Prüfung, Rüge und Verjährung auf den Anspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR.⁵⁷ Die erste Voraussetzung ist die Vertragsverletzung. Dieses liegt hier in der fehlenden Echtheit des Diamanten. Das Verschulden bezieht sich nicht auf die Mängelhaftigkeit der Kaufsache, sondern auf den Vertragsschluss im Wissen oder Wissenmüssen um den Mangel.⁵⁸ Der Sachverhalt erwähnt, dass dieses Wissen bei Viktor vorlag – er hätte die Fälschung bemerken müssen. Die Lieferung der Fälschung muss sich natürlich und adäquat kausal zum eingetretenen Schaden verhalten. Die Lieferung der Fälschung ist *conditio sine qua non* des Schadens. Die adäquate Kausalität fragt, ob „*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (...).*“⁵⁹ Die Lebenserfahrung zeigt, dass Fälschungen nicht den Wert der echten Sache erreichen und den Käufer schädigen können. Der Schaden ist der Minderwert der Sache. Erreicht dieser den ganzen Kaufpreis, muss auch die Sache zurückgegeben werden, weil sonst die Vorschriften zur Wandlung (Art. 208 Abs. 1 OR) umgangen werden könnten.

⁵⁰ Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 185 N 4, 8.

⁵¹ Vgl. BGE 121 III 453 ff., 455 f.: „*Da beim Stückkauf eine vertraglich individualisierte Sache verschuldet wird, stellt diese auch dann die Kaufsache dar, wenn ihr wesentliche vereinbarte Merkmale fehlen (...). Beim Gattungskauf wird dagegen bloss eine der Gattung nach bestimmte Sache verschuldet, weshalb eine gelieferte Sache bei dieser Art des Kaufes nur dann der Kaufsache entspricht, wenn sie die vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist (Art. 71 Abs. 1 OR).*“

⁵² Vgl. BGE 121 III 453 ff., 458.

⁵³ Vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 390.

⁵⁴ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2575 ff. Die Gründe liegen in der Gewährung der in Art. 107 OR statuierten Wahlrechte und der nach wie vor möglichen Erfüllung.

⁵⁵ Vgl. BGE 114 II 131 ff.

⁵⁶ Vgl. Huguenin, N 2695 ff., m.w.H.

⁵⁷ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421.

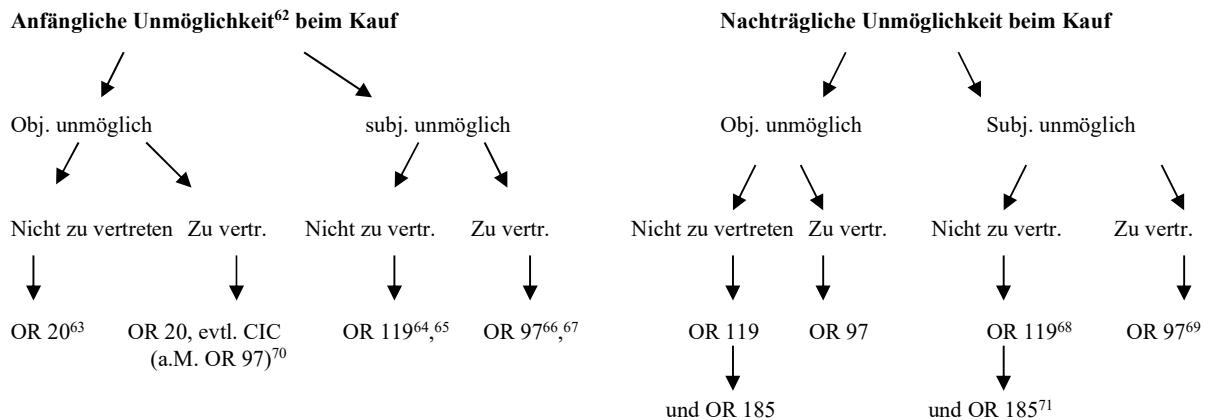
⁵⁸ Vgl. BSK OR I-Honsell, vor OR 197-210 N 6 und Huguenin, N 2699.

⁵⁹ BGE 123 III 110 ff., 112.

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

Gemäss herrschender Lehre ist bei anfänglicher, dauernder objektiver Unmöglichkeit Art. 20 OR anwendbar. Sofern der Verkäufer um den Umstand wusste, dass der Millennium Star ein nichtexistierender Mythos ist, kommt die Haftung nach *culpa in contrahendo* zur Anwendung (CIC).⁶⁰ Wenn er es absichtlich macht, wäre auch die Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR denkbar. Abweichend von der h.L. vertritt Huguenin die Meinung, dass Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar sei, also eine Haftung auf das positive Interesse.⁶¹

Übersicht über die Unmöglichkeitstatbestände



⁶⁰ Zu den Voraussetzungen der *culpa in contrahendo* siehe Huguenin, N 1534: „Eine Haftung aus cic ist zu bejahen, wenn folgende sechs Voraussetzungen erfüllt sind: Die Schädigerin und der Geschädigte verhandeln über einen (zukünftigen) Vertrag (...); die Schädigerin begründet durch ihr Verhalten beim Geschädigten ein schutzwürdiges Vertrauen (...); die Schädigerin verletzt dabei eine vorvertragliche Pflicht (...); der Verhandlungspartner erleidet einen Schaden (...); der Schaden ist die adäquat kausale Folge der Pflichtverletzung (...); und die Schädigerin trifft ein Verschulden, sofern die entsprechende Norm ein solches verlangt (...).“; vgl. BGE 36 II 193 ff., 206.

⁶¹ Vgl. unten, FN 70.

⁶² Zu den Definitionen der Unmöglichkeit (subj. und obj.) siehe Huguenin, N 816 f.: „Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung von niemandem mehr erbracht werden kann (...). Bei der subjektiven Unmöglichkeit ist hingegen nur die betreffende Schuldnerin nicht mehr in der Lage, die geschuldete Leistung zu erbringen; ein anderer könnte noch leisten (...).“

⁶³ Die h.L. verlangt dafür eine *dauernde* Unmöglichkeit, vgl. statt vieler CHK OR-Kut, Art. 19-20 N 32: „Nach hL und Rspr bezieht sich OR 20 I einzig auf die *anfängliche*, *objektive* und *dauernde Unmöglichkeit* (...).“; Huguenin, N 829 ff. will OR 20 nur sehr restaktiv anwenden. Sie plädiert bei der anfänglichen Unmöglichkeit in den meisten Fällen für OR 97 (zu vertretende Unmöglichkeit) und OR 119 (nicht zu vertretende Unmöglichkeit).

⁶⁴ OR 185 ist hier nicht neben OR 119 anwendbar, da OR 185 voraussetzt, dass der Vertrag schon geschlossen worden ist, vgl. Huguenin, N 2513; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2574 (vgl. das Zitat oben, in FN 48)

⁶⁵ Bei der subjektiven Unmöglichkeit vertreten Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2575 ff. abweichend zur h.L. die Anwendung des Schuldnerverzugs; vgl. dazu auch die Darstellungen bei Huguenin, N 843 f.

⁶⁶ Dies ist herrschende Lehre, vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 12 und Huguenin, N 833 ff.; auch vom Bundesgericht anerkannt, vgl. BGE 88 II 195 ff., 203: „Wann ein Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung dahinfällt, bestimmt Art. 119 OR. Die Unmöglichkeit muss auf Umständen beruhen, die der Schuldner nicht zu verantworten hat. Solche liegen nicht vor. Wer eine Leistung verspricht, obwohl er weiß, dass er sie möglicherweise nicht erbringen können, nimmt die Gefahr auf sich und hat die Nichterfüllung zu verantworten (...). Es trifft ihn ein Verschulden, das ihn verpflichtet, dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 Abs. 1 OR).“

⁶⁷ Vgl. FN 65.

⁶⁸ Vgl. FN 65.

⁶⁹ Vgl. FN 65.

⁷⁰ Diese Ansicht vertritt Huguenin, N 827 ff. Die h.L. geht in diesem Falle von Art. 20 OR aus, gewährt aber einen Anspruch aus *culpa in contrahendo* (auf das negative Interesse), sofern deren Voraussetzungen gegeben sind, vgl. Schwenger, OR AT, N 64.06, BGE 40 II 370 ff., 372.

⁷¹ Teile der Lehre verneinen die Anwendbarkeit des Art. 185 Abs. 1 OR bei subjektiver Unmöglichkeit (ZK-Schönle, OR 185 N 22, OFK-Kren Kostkiewicz, OR 185 N 5 und CHK-Hrubesch-Millauer, OR 185 N 1). Diese Ansichten dürften damit zusammenhängen, dass diese Autoren bei subjektiver Unmöglichkeit ohnehin den Gläubigerverzug anwenden; denkbar ist die Anwendung des Art. 185 Abs. 1 OR aber bei unverschuldet subjektiver Unmöglichkeit, insb. bei einem nachträglichen Diebstahl der Kaufsache (CR-Venturi/Zen-Ruffinen, OR 185 N 8).