



Übungen im Obligationenrecht AT II: Fall 2

Inhaltsverzeichnis

Lösungsvorschlag zu Teil 1	1
1. Schadenersatzanspruch von B gegen P aus Art. 97 OR	1
1.1 Zustandekommen des Vertrags zwischen B und P.....	1
1.2 Gültigkeit des Vertrags: Inhaltsmangel.....	2
1.3 Schadenersatz (Art. 97 OR).....	2
1.3.1 Nachträgliche objektive Unmöglichkeit.....	2
1.3.2 Verschulden.....	3
1.4 Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR).....	3
1.4.1 Hilfsperson	3
1.4.2 Befugter Beizug.....	4
1.4.3 Funktioneller Zusammenhang.....	4
1.4.4 Hypothetische Vorwerfbarkeit (anstatt tatsächliches Verschulden).....	5
1.4.5 Weitere Haftungsvoraussetzungen	6
1.4.5.1 Vertragsverletzung	6
1.4.5.2 Schaden.....	6
1.4.5.3 Kausalzusammenhang	7
2. Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR).....	8
2.1 Schaden und Kausalzusammenhang.....	8
2.2 Handeln einer Hilfsperson in Ausübung dienstlicher Verrichtung.....	8
2.3 Widerrechtlichkeit.....	8
2.4 Misslingen des Entlastungsbeweises.....	8
3. Clausula rebus sic stantibus	9
4. Lösungsvorschlag zur Variante: Anfängliche Unmöglichkeit	9
4.1 Zustandekommen des Vertrags	9
4.2 Gültigkeit des Vertrages: Inhaltsmangel	10
4.2.1 Widerrechtlichkeit	10
4.2.2 Rechtsfolge.....	11
4.3 Schadenersatz (Art. 97 OR).....	11
4.4 Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR): Leistungskondiktion.....	12
4.4.1 Bereicherung	12
4.4.2 Entreicherung	12
4.4.3 Ohne Rechtsgrund	13
4.5 Culpa in contrahendo	14



4.5.1	Vertragsverhandlungen.....	14
4.5.2	Schutzwürdiges Vertrauen	14
Lösungsvorschlag zu Teil 2.....		16
1.	Schadenersatzanspruch von B gegen M	16
1.1	<i>Zustandekommen des Vertrags zwischen B und M.....</i>	16
1.2	<i>Gültigkeit des Vertrages: Inhaltsmangel</i>	16
1.3	<i>Nachträgliche subjektive Unmöglichkeit und Rechtsfolgen.....</i>	16
1.3.1	Ältere Lehre: Vorgehen nach Art. 97 OR.....	17
1.3.1.1	Schadenersatzanspruch: Voraussetzungen	17
1.3.1.1.1	Schaden	17
1.3.1.1.1.1	Austauschtheorie.....	18
1.3.1.1.1.2	Differenztheorie	18
1.3.1.1.1.3	Stellvertretendes Commodum	19
1.3.1.1.2	Vertragsverletzung.....	19
1.3.1.1.3	Kausalzusammenhang.....	19
1.3.1.1.4	Verschulden.....	19
1.3.1.2	Rücktrittsrecht.....	20
1.3.2	Neuere Lehre nach Art. 102 ff. OR.....	20
1.3.2.1	Voraussetzungen (Art. 102 OR)	21
1.3.2.1.1	Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit	21
1.3.2.1.2	Fälligkeit der Forderung	21
1.3.2.1.3	Mahnung oder bestimmter Verfalltag	21
1.3.2.1.4	Kein Leistungsverweigerungsrecht der Schuldnerin	22
1.3.2.2	Gläubigerrechte bei synallagmatischen Verträgen (Art. 107–109 OR).....	22
2.	Unechte bösgläubige GoA (Art. 423 OR)	23
2.1	<i>Widerrechtlicher Eingriff in fremde Rechtssphäre ohne Fremdgeschäftsführungswillen</i>	24
2.2	<i>Fehlende Rechtfertigung</i>	24
2.3	<i>Bösgläubigkeit der Geschäftsführerin</i>	24
2.4	<i>Erzielen eines kausalen Verletzergewinns</i>	25
2.5	<i>Anspruchskonkurrenz</i>	25
3.	Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR): Eingriffskondiktion	25
3.1	<i>Bereicherung und Entreicherung.....</i>	25
3.2	<i>Ohne Rechtsgrund.....</i>	25
3.3	<i>Anspruchskonkurrenz</i>	26



Lösungsvorschlag zu Teil 1

1. Schadenersatzanspruch von B gegen P aus Art. 97 OR

Zu prüfen ist, ob zwischen B und P ein Vertrag zustande gekommen ist und ob ein Anspruch aus Art. 97 OR besteht.

1.1 Zustandekommen des Vertrags zwischen B und P

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR kommt ein Vertrag zustande, wenn die Parteien korrespondierende Willensäusserungen (Willensmitteilung, d.h. Abgabe der Erklärung sowie Kenntnisnahme durch den Empfänger) austauschen. Dies begründet den Unterschied zur blossen Gefälligkeit, bei welcher der Geschäftswille fehlt und das Gegenüber auch nach dem Vertrauensprinzip nicht von einem solchen ausgehen darf, so dass keine Willenserklärung vorliegt und kein Vertrag zustande kommt. Diese Willenserklärungen müssen hinsichtlich der wesentlichen Punkte (*essentialia negotii*) tatsächlich oder normativ übereinstimmen und die Parteien müssen sich mit ihren Aussagen rechtlich binden wollen (HUGUENIN, Rz. 140). Tatsächlich stimmen sie überein, wenn die abgegebenen Willenserklärungen hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte dem wirklichen Willen der jeweiligen Partei entsprechen und von der Gegenpartei jeweils richtig verstanden wurden. Normativer Konsens liegt vor, wenn die Willenserklärungen der Parteien aufgrund deren Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 Abs. 1 ZGB) übereinstimmen. Die Parteien müssen zudem rechts- und handlungsfähig (Art. 11 ff. ZGB) sein.

Mangels anderweitiger Angaben im SV stimmen die ausgetauschten Willenserklärungen überein. Zudem handelt es sich nicht um eine Scherzerklärung. Die Parteien einigten sich sowohl hinsichtlich der Planung und dem Ausbau des Dachstockes als auch über den Preis für diese Arbeiten. B und P sind des Weiteren beide rechts- und handlungsfähig. In casu handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der werkvertragliche und auftragsrechtliche Elemente enthält.

Fazit: Es ist ein Vertrag zwischen B und P zustande gekommen.

1.2 Gültigkeit des Vertrags: Inhaltsmangel

Der Vertrag könnte an einem Mangel leiden. In Frage kommen Formmängel (Art. 11 ff. OR), Inhaltsmängel (Art. 19 Abs. 2, Art. 20 OR oder Übervorteilung nach Art. 21 OR) und Willensmängel (Art. 23 ff. OR). Soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, ist der Vertrag an keine Formerfordernisse gebunden (Art. 1 Abs. 1 und Art. 11 OR).

Dem SV sind keine Hinweise zu entnehmen, die auf eine Ungültigkeit des Vertrags hindeuten. Insbesondere liegt bei Vertragsabschluss kein Inhaltsmangel im Sinne eines Verstosses gegen eine zwingende gesetzliche Inhaltsschranke i.S.v. Art. 19 f. OR vor. Die Gesetzesänderung aufgrund der Annahme der Initiative könnte zwar eine solche Inhaltsschranke darstellen, war aber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht in Kraft. Deshalb konnten weiterhin Zweitwohnungen erstellt und entsprechend auch Verträge darüber gültig abgeschlossen werden.

Fazit: Es ist somit ein gültiger Vertrag zwischen B und P zustande gekommen.

1.3 Schadenersatz (Art. 97 OR)

1.3.1 Nachträgliche objektive Unmöglichkeit

B könnte gegen P infolge nachträglicher verschuldeter objektiver Leistungsunmöglichkeit einen Schadenersatzanspruch aus Art. 97 OR geltend machen. Als Voraussetzung gilt erstens eine objektive Unmöglichkeit, d.h., dass die Leistung von keinem Schuldner erbracht werden kann. Sowohl tatsächliche als auch rechtliche Hindernisse können der Grund dafür sein. Zweitens muss die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluss eintreten, also nachträglicher Natur sein (HUGUENIN, Rz. 815 f., 819).

Die im SV geschilderte Annahme der Zweitwohninitiative ist als ein rechtliches Hindernis qualifizieren, welches dem Bau der Zweitwohnung entgegensteht. Durch die Gesetzesänderung und insbesondere die Regelung in den Übergangsbestimmungen in Art. 197 Ziff. 8 BV ist es niemandem mehr möglich, nach der letzten Sitzung der Baukommission zur Bewilligung von Zweitwohnungen in Breil/Brigels, einem Ort, welcher das Kontingent von 20 % überschreitet, den Vertrag zu erfüllen. Bei Vertragsabschluss im November 2017 war die Erfüllung allerdings



Dr. Alessia Dedual, RAin

noch möglich. Erst Anfang Januar 2018, d.h. nach Vertragsabschluss, aber vor Vertragserfüllung, wurde die Leistungserfüllung aufgrund der Gesetzesänderung unmöglich. Es liegt somit ein Fall von nachträglicher objektiver Unmöglichkeit vor.

1.3.2 Verschulden

Weiter stellt sich die Frage, ob die objektive Unmöglichkeit verschuldet (Anwendbarkeit von Art. 97 OR bei anfänglicher sowie nachträglicher objektiver Unmöglichkeit) oder unverschuldet (Anwendbarkeit von Art. 119 OR bei nachträglicher objektiver Unmöglichkeit und Art. 20 OR bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit) eintrat (HUGUENIN, Rz. 833 ff.).

Nicht P hat das Baugesuch zu spät zur Post gebracht, sondern seine Ehefrau M. Fraglich ist allerdings, ob M als Hilfsperson (Art. 101 OR) von P zu qualifizieren ist, so dass ihr Verhalten ihm zugerechnet wird.

1.4 Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR)

Der Schuldner (Geschäftsherr) hat gemäss Art. 101 OR für das Verhalten einer Hilfsperson (Gehilfe) einzustehen (HUGUENIN, Rz. 993 ff.). Art. 101 OR stellt eine Zurechnungsnorm für das Drittverhalten (vgl. auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 1 ff.) und keine selbständige Anspruchsgrundlage (HUGUENIN, Rz. 1010) dar. Damit eine Hilfspersonenhaftung zu bejahen ist, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ zu bejahen sein:

1.4.1 Hilfsperson

Hilfsperson kann jede Person sein, die vom Schuldner zur Erfüllung seiner Schuld, einer vorvertraglichen Pflicht oder zur Ausübung eines Rechts beigezogen wird. Der Kreis der Hilfspersonen lässt sich nicht generell bestimmen. Wesentlich ist, dass der Geschäftsherr diese Personen bewusst („mit Wissen und Wollen“) zur Mitwirkung bei der Erfüllung einsetzt.

Anmerkung: Die Hilfspersonenhaftung ist von der Geschäftsherrenhaftung sowie der Substitution abzugrenzen. Im Gegensatz zur Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR wird kein Subordinationsverhältnis vorausgesetzt. Im Gegensatz zur Substitution nach Art. 399 OR erfolgt der Beizug einer Hilfsperson nicht primär im Interesse des Auftraggebers.



Dr. Alessia Dedual, RAin

M ist gemäss SV bei der Postaufgabe des Baugesuchs, welches zur Erfüllung notwendig ist, behilflich. P setzt sie mit Wissen und Willen für diese Aufgabe ein. Damit handelt sie in Erfüllung von Ps Schuld gegenüber B als Hilfsperson.

1.4.2 Befugter Beizug

Art. 101 OR unterscheidet zwei Arten von Hilfspersonen: die Erfüllungsgehilfen, die vom Schuldner zur Erfüllung seiner Schuld beigezogen werden, und die Ausübungs- oder Nutzungsgelhilfen, welche mit Zustimmung des Gläubigers dessen Rechte aus einem Schuldverhältnis ausüben (BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 7 f.).

Die Befugnis zum Beizug einer Hilfsperson ist gegeben, sofern keine Pflicht zur persönlichen Erfüllung (Art. 68 OR) besteht. Eine persönliche Leistungspflicht kann sich u.a. aus Vertrag oder Gesetz ergeben. Wird sie verletzt, stellt der unbefugte Beizug einer Hilfsperson selbst eine positive Vertragsverletzung (= nicht gehörige Erfüllung) nach Art. 97 Abs. 1 OR dar (HUGUENIN, Rz. 1000 ff.). Selbst wenn eine persönliche Leistungspflicht zu bejahen ist, schliesst dies den Beizug eines Dritten aber nicht unbedingt aus. Der Schuldner darf sich einer Hilfsperson bedienen, solange das materielle Hauptgewicht auf seiner Leistung liegt.

Im Rahmen des Totalunternehmervertrags besteht zwar gemäss der Vereinbarung die Pflicht, persönlich zu erfüllen, doch gilt dies nicht für untergeordnete Tätigkeiten wie die Postaufgabe. Daher ist die Beziehung von M durch P als befugt anzusehen.

1.4.3 Funktioneller Zusammenhang

Weiter muss ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Beziehung und der Vertragsverletzung bestehen. Dies bedeutet, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson gleichzeitig die Nicht- oder Schlechterfüllung der vom Geschäftsherrn geschuldeten Vertragsleistung darstellt (BGE 92 II 15 ff.). Der Schaden, den die Hilfsperson verursacht, muss somit nicht nur adäquat kausal sein, sondern auch in einem funktionellen Zusammenhang zur Vertragspflicht stehen („in Ausübung ihrer Verrichtung verursacht“ ≠ bei Gelegenheit ihrer Verrichtung; vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 10, zu den verschiedenen Lehrmeinungen). Falls dieser gegeben ist, haftet der Schuldner auch für die Überschreitung der Befugnisse oder allenfalls absichtliche Vertragsverletzung durch die Hilfsperson (HUGUENIN, Rz. 1006).



Dr. Alessia Dedual, RAin

P ist als Totalunternehmer verpflichtet, die Pläne für den Umbau zu erstellen, das Baugesuch einzureichen und den Ausbau des Dachstocks vorzunehmen. Dabei hat er alles zu unterlassen, was die Erbringung der Leistung beeinträchtigen könnte. Hierzu gehört auch die Einhaltung von Fristen, die für das Bauchgesuch erforderlich sind. Indem M das Baugesuch, welches zur Erfüllung der Leistung an B erforderlich gewesen wäre, zu spät zur Post, wurde diese Pflicht verletzt.. Der funktionelle Zusammenhang zwischen schädigender Handlung und Vertragspflicht ist somit gegeben.

1.4.4 Hypothetische Vorwerfbarkeit (anstatt tatsächliches Verschulden)

Bei Anwendung von Art. 101 OR wird nicht auf das Verschulden der Hilfsperson, sondern auf die hypothetische Vorwerfbarkeit der Vertragsverletzung gegenüber dem Schuldner abgestellt. Dabei ist die Frage zu stellen, ob dem Geschäftsherrn, wenn er selbst so gehandelt hätte, ein Verschulden vorzuwerfen wäre oder nicht. Begründet wird diese Voraussetzung damit, dass sich die Hilfsperson sonst mangels genügender Fachkenntnisse exkulpieren könne und so der Geschäftsherr durch deren Beizug besser gestellt wäre, als wenn er selbst tätig werden würde. Richtigerweise muss deshalb auf den Standard der Leistungserbringung abgestellt werden, der von einem richtig organisierten Betrieb für die betreffende Leistung nach Treu und Glauben erwartet werden darf (normative Vorwerfbarkeit) (vgl. BGE 130 III 591 ff.). Es kann zudem sein, dass das Verhalten der Hilfsperson dem Schuldner hypothetisch vorzuwerfen ist, jedoch die Hilfsperson selber kein Verschulden trifft, bspw. weil sie über eine geringere Sachkenntnis verfügt als der Geschäftsherr (HUGUENIN, Rz. 892, 1008 f.). Nach alledem wird dem Geschäftsherrn das Verhalten der Hilfsperson zugerechnet; er haftet demnach auch dann, wenn ihn beispielsweise hinsichtlich Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson persönlich kein Verschulden trifft (vgl. demgegenüber Art. 55 OR; BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 13 ff.). Ausgeschlossen ist die Haftung nur dann, wenn der Geschäftsherr beweist, dass die Hilfsperson alle Sorgfalt angewendet hat, die nach dem Schuldverhältnis von ihm selbst zu erwarten war (BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 15).

Wenn P so wie M gehandelt und den Brief selbst zu spät zur Post gebracht hätte, träfe ihn ein Verschulden. Die hypothetische Vorwerfbarkeit ist somit gegeben und das Verhalten von M wird P zugerechnet. Im Gegensatz zur Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR kann sich P



Dr. Alessia Dedual, RAin

nicht dadurch exkulpieren, dass er geltend macht, er habe M sorgsam ausgesucht, instruiert und überwacht.

Die Haftung wurde im Übrigen nicht im Voraus beschränkt (vgl. Art. 101 Abs. 2 OR).

1.4.5 Weitere Haftungsvoraussetzungen

1.4.5.1 Vertragsverletzung

Wie bereits festgestellt, ist es für P objektiv unmöglich, die eingegangene Verpflichtung zu erfüllen (s.o.). Damit ist der Vertrag verletzt.

1.4.5.2 Schaden

Der Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Der Schaden wird mittels Vergleichs des gegenwärtigen Vermögensstandes des Geschädigten und dem hypothetischen Vermögensstand (ohne das schädigende Ereignis) berechnet (vgl. ausführlich dazu HUGUENIN, Rz. 867 ff.). Im Rahmen von Art. 97 OR ist das positive Interesse (Erfüllungsinteresse) geschuldet, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 46). Im Falle der Nichterfüllung besteht der Schaden zunächst im Wert der ausgebliebenen Leistung und des Weiteren im entgangenen Gewinn (HUGUENIN, Rz. 872 ff.).

In casu sind folgende Schadensposten zu berücksichtigen (vgl. dazu BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38 ff.):

- Planungskosten als Verminderung der Aktiven in Höhe von CHF 20 000.--
- Entgangener Gewinn von CHF 400'000 für den Verkauf der Zweitwohnung.
- Frustrationsschaden, weil B nun keine Lust mehr auf Ferien in den Bergen hat.

Weiter ist zu fragen, ob diese Schadensposten im Rahmen von Art. 97 Abs. 1 OR ersatzfähig sind. Im Rahmen des positiven Interesses ist der Schuldner so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Ihm ist also das Interesse an der Erfüllung des Vertrages



Dr. Alessia Dedual, RAin

zu ersetzen. Die Planungskosten, die als Aufwendungen, die er zur Vorbereitung der Vertragserfüllung erbracht hat, anzusehen sind, fallen nicht hierunter, denn diese wären auch bei korrekter Vertragserfüllung des P entstanden. Der entgangene Gewinn, das heisst die getäuschte Erfolgserwartung aus dem Vertrag, ist hingegen ersatzfähig, weil dies genau das Interesse des B am Vertrag über die Errichtung einer Zweitwohnung widerspiegelt. Der Frustrationsschaden schliesslich ist rein subjektiver Natur, kann daher nicht bemessen werden und wird vom Zweck des Vertragsrechts nicht erfasst, weshalb er nicht ersatzfähig ist.

Fazit: B hat einen ersatzfähigen Schaden in Höhe von CHF 400'000.-- erlitten.

1.4.5.3 Kausalzusammenhang

Zuletzt muss ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung vorliegen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist stets dann gegeben, wenn die Ursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere (*conditio-sine-qua-non*-Formel). Wenn die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Schadens also durch die Vertragsverletzung allgemein begünstigt erscheint, ist der Kausalzusammenhang ein adäquater (HUGUENIN, Rz. 887 ff.).

Entsteht ein Schaden nicht aufgrund eines Tuns, sondern aufgrund einer Unterlassung, fehlt der natürliche Kausalzusammenhang. In diesen Fällen ist hypothetisch zu fragen, ob bei rechtmässiger Handlung (Unterlassung der Unterlassung) der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können.

Die verspätete Postaufgabe stellt vorliegend eine Unterlassung dar, wobei der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem verspäteten Posteinwurf zu bejahen ist. Hätte M das Baugesuch rechtzeitig zur Post gebracht, hätte der eingetretene Schaden in Höhe von CHF 400'000.-- nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung vermieden werden können, da das Gesuch voraussichtlich bewilligt worden wäre und P den Vertrag somit hätte erfüllen können.



Dr. Alessia Dedual, RAin

Fazit: B kann gegen P einen Schadenersatzanspruch über CHF 400'000.-- aus Art. 97 OR i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR geltend machen.

2. Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)

B könnte gegen P einen Schadenersatzanspruch in Höhe von CHF 400'000.-- aus Art. 55 Abs. 1 OR geltend machen. Dafür müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein (vgl. dazu HUGUENIN, Rz. 1843 ff., insbesondere zur Geschäftsherrenhaftung, Rz. 2027 ff.):

2.1 Schaden und Kausalzusammenhang

Wie bereits festgestellt, liegt ein Schaden vor und der Kausalzusammenhang ist gegeben (s.o.).

2.2 Handeln einer Hilfsperson in Ausübung dienstlicher Verrichtung

Anders als bei Art. 101 OR setzt Art. 55 OR ein Subordinationsverhältnis voraus, welches i.c. bei M nicht gegeben ist, weil sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zu P steht. Zudem betrifft Art. 55 OR die ausservertragliche und Art. 101 OR die vertragliche Haftung.

2.3 Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit ist zu verneinen, da weder ein absolutes Recht von B verletzt wurde (Erfolgsunrecht) noch eine einschlägige Schutznorm bezüglich des Vermögens vorliegt, gegen die i.c. verstossen worden wäre (Verhaltensunrecht).

2.4 Misslingen des Entlastungsbeweises

Fraglich ist, ob M sorgfältig ausgesucht, instruiert und überwacht wurde. Fall dies bewiesen werden könnte, ist der Sorgfaltsbeweis gegeben.

Fazit: B hat gegen P mangels Handeln einer Hilfsperson und Widerrechtlichkeit (gegebenenfalls ebenso wegen Gelingens des Entlastungsbeweises) keinen Anspruch aus Art. 55 OR.

3. Clausula rebus sic stantibus

Die *clausula rebus sic stantibus* greift ein, wenn sich die faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen im Nachhinein drastisch verändert haben, ohne dass die Parteien dies antizipieren konnten. Nach dem Prinzip der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) sind grundsätzlich auch Verträge mit nachträglichen „Störungen“ zu erfüllen. Die Parteien können allerdings bei Vertragsschluss bereits eine Anpassungsregelung vorsehen. Wenn eine solche nicht vertraglich vorgesehen ist noch das Gesetz eine solche vorschreibt, stellt sich die Frage nach der richterlichen Vertragsanpassung in aussergewöhnlich harten Fällen. Damit die *clausula rebus sic stantibus* angewendet werden kann, müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein: Erstens muss eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse vorliegen, zweitens muss dies zu einer gravierenden Äquivalenzstörung (grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung) führen, drittens darf dies weder voraussehbar noch vermeidbar gewesen sein und viertens darf den Parteien in diesem Zusammenhang kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden können (vgl. HUGUENIN, Rz. 320 ff.).

In casu kann nicht auf die *clausula rebus sic stantibus* zurückgegriffen werden, da hierfür die Veränderung der Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weder voraussehbar noch vermeidbar hätte sein dürfen. Dies ist im vorliegenden Fall gerade nicht der Fall, da die Parteien von der anstehenden Gesetzesänderung wussten.

Fazit: Eine Vertragsanpassung im Sinne von Treu und Glauben ist i.c. abzulehnen.

4. Lösungsvorschlag zur Variante: Anfängliche Unmöglichkeit

Zu prüfen ist, ob zwischen B und P überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist bzw. ob dieser nichtig ist.

4.1 Zustandekommen des Vertrags

Zu den Voraussetzungen des Vertragsschlusses s.o. Punkt. 1.1 beim Lösungsvorschlag zu Teil 1.



Dr. Alessia Dedual, RAin

B und P sind beide rechts- und handlungsfähig. Der Rechtsbindungswillen der Parteien ist gegeben, denn sie sind sich einig über die *essentialia negotii*. Diese umfassen die Planung des Dachstockausbaus und dessen Ausführung sowie den Preis. Die übereinstimmenden, gegenseitigen Willenserklärungen wurden – mangels anderweitiger Angaben im SV – ausgetauscht. Es handelt sich ferner auch nicht um eine Scherzerklärung.

Fazit: Es ist ein Vertrag zwischen B und P zustande gekommen.

4.2 Gültigkeit des Vertrages: Inhaltsmangel

Es stellt sich die Frage, ob Willens-, Inhalts- oder Formmängel vorliegen, welche die Gültigkeit beeinträchtigen können.

Es könnte hier strittig sein, ob der Vertrag gegen eine zwingende Inhaltsschranke verstösst, indem er unmöglich oder widerrechtlich i.S.v. Art. 20 OR ist.

4.2.1 Widerrechtlichkeit

Die Parteien dürfen den Inhalt des Vertrages innerhalb der Gesetzesschranken beliebig regeln (HUGUENIN, Rz. 392). Der Vertrag ist anfänglich objektiv unmöglich, wenn er bereits bei Vertragsschluss aufgrund rechtlicher oder faktischer Hindernisse durch keinen Schuldner erfüllt werden kann (HUGUENIN, Rz. 426 ff.). Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 20 Abs. 1 OR bedeutet, dass der Vertragsinhalt gegen eine zwingende objektive, privat- oder öffentlich-rechtliche Norm des schweizerischen Rechts verstösst. Es wird dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt (HUGUENIN, Rz. 396 f.).

Die Initiative gegen Zweitwohnungen führt zu der interessanten Konstellation, dass sie den Vertragsschluss sowohl anfänglich unmöglich im Sinne einer rechtlichen Unmöglichkeit als auch widerrechtlich im Sinne eines Verstosses gegen öffentlich-rechtliche Normen des schweizerischen Rechts macht, also gleich zwei Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 1 OR erfüllt. Diese Überschneidung ist als vom Gesetzgeber gewollt anzusehen und spiegelt sich in der Fassung des Gesetzes wider, das beide Arten des Verstosses mit der Nichtigkeit sanktioniert: Jedenfalls bei einer *lex perfecta*, bei welcher der Gesetzgeber selbst die Nichtigkeit eines Vertrages oder



Dr. Alessia Dedual, RAin

sonstiger Erfüllungsvoraussetzungen (hier: Baugenehmigung) anordnet, wird die Widerrechtlichkeit regelmässig zur (rechtlichen) Unmöglichkeit führen. Eine Entscheidung, welchem Nichtigkeitsgrund im Sinne des Art. 20 Abs. 1 OR hier der Vorrang zu geben ist, bedarf es daher nicht. Vielmehr fallen Widerrechtlichkeit und (rechtliche) Unmöglichkeit zusammen und begründen die Nichtigkeit des Vertrages über den Bau einer Zweitwohnung in Briegels/Breil zwischen P und B.

Fazit: Da der Vertrag gegen Art. 20 Abs. 1 OR verstösst, liegt i.c. Widerrechtlichkeit vor.

4.2.2 Rechtsfolge

Gemäss h.L. folgt aus der Widerrechtlichkeit grundsätzlich die Nichtigkeit des Vertrages (*ex tunc*). Es bestehen somit keine Erfüllungsansprüche mehr (KUKO OR-HERZOG, Art. 20 N 10). Verstösst der Vertragsinhalt allerdings gegen eine zwingende Norm, tritt die Nichtigkeit als Rechtsfolge nur dann ein, wenn die verletzte Norm dies ausdrücklich vorsieht oder ihrem Sinn und Zweck entspricht (vgl. BGE 129 III 209). Wenn eine Ordnungsvorschrift verletzt wird, ist die Nichtigkeit als deren Rechtsfolge eher nicht geboten (KUKO OR-HERZOG, Art. 20 N 11; zur modernen Ansicht „flexible Ungültigkeit“ als Rechtsfolge vgl. HUGUENIN, Rz. 433). Im Falle der Nichtigkeit sind die bereits erbrachten Leistungen nach h.M. mittels Vindikation oder Kondiktion rückabzuwickeln, sofern keine Ausschlussgründe (vgl. etwa Art. 63 oder Art. 66 OR) vorliegen (BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 52 ff.; KUKO OR-HERZOG, Art. 20 N 12). Da das Gesetz hier selbst die Nichtigkeit der Baugenehmigung anordnet, ist auch der Vertrag, der die Errichtung eines entsprechenden Bauwerkes vorsieht, als unwirksam anzusehen.

Anmerkung: Eine abweichende Meinung ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

Fazit: Der Vertrag zwischen B und P ist unwirksam.

4.3 Schadenersatz (Art. 97 OR)

Nach einem Teil der Lehre kann auch die objektive anfängliche Unmöglichkeit zu einem Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR führen, soweit sie verschuldet ist. Zu den restlichen Voraussetzungen s.o. die Ausführungen unter dem Lösungsvorschlag zu Teil 2, Punkt 1.3.2.



4.4 Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR): Leistungskondiktion

Aufgrund der Unwirksamkeit des Vertrages könnte B gegen P einen Bereicherungsanspruch nach Art. 62 OR haben. Dafür müssen die Voraussetzungen der Bereicherung und Entreichung, welche „ohne Rechtsgrund resp. in ungerechtfertigter Weise“ eingetreten sein müssen, gegeben sein (HUGUENIN, Rz. 1773). Hierbei sind zwei Kondiktionsarten zu unterscheiden: Bei der Leistungskondiktion beruht die ungerechtfertigte Bereicherung auf einer rechtsgrundlosen Leistung des Entreicherten. Im Falle einer Eingriffskondiktion führt das Verhalten des Bereicherten selbst, das Verhalten eines Dritten oder ein Naturereignis zu einer Vermögensverschiebung (BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 11 und 19; HUGUENIN, Rz. 1784 und 1796).

4.4.1 Bereicherung

Die Bereicherung besteht in einer Vermögensvermehrung beim Bereicherten. Dieser Vermögensvorteil, entweder in Form einer Vergrößerung oder Nichtverminderung des Vermögens, berechnet sich nach der Differenz zwischen dem jetzigen und dem hypothetischen Vermögensstand ohne das bereichernde Ereignis (BGE 129 III 646, E. 5.3; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 5 ff.). In casu sind P für die Planungsarbeiten bereits CHF 20' 000.-- zugeflossen, die sein Vermögen entsprechend vermehrt haben.

4.4.2 Entreichung

Nach einem Teil der Lehre muss eine Vermögensverschiebung zu Lasten eines anderen eingetreten sein, wobei die Vermögensvermehrung des Bereicherten der Vermögensverminderung des Entreicherten entspricht und zwischen Vermehrung und Verminderung ein Kausalzusammenhang besteht. Gemäss einem anderen Teil der Lehre kommt es nur auf die Vermögensvermehrung an, unabhängig davon, ob bei einem anderen eine Entreichung eingetreten ist. Nach dem BGER setzt der Bereicherungsanspruch nicht eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner voraus. Vielmehr soll die Bereicherung auszugleichen sein, die der Bereicherte auf Kosten eines anderen erlangt hat. Die Frage der Erforderlichkeit der Vermögensverschiebung stellt sich vor allem bei der Eingriffskondiktion (BGE 129 III 422, E. 4; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 8 ff.). In casu hat B bereits CHF 20' 000.-- für die Planung aufgewendet. Er ist daher um diesen Betrag entreichert.

4.4.3 Ohne Rechtsgrund

Eine Bereicherung ist ungerechtfertigt, wenn hierfür weder aus Vertrag noch aus Gesetz ein Rechtsgrund ersichtlich ist. Bei der Leistungskondition fallen darunter die Leistung ohne gültigen Grund, die Leistung aus nicht verwirklichtem Grund (Bsp.: Anzahlung mit Hinblick auf einen erst zu schliessenden Grundstückkaufvertrag, welcher in der Folge nicht eingegangen wird) oder die Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund (Bsp.: Widerruf einer vollzogenen Schenkung, Art. 249 OR). Zur Leistung ohne gültigen Grund zählen Zuwendungen, welche zur Erfüllung einer nicht bestehenden Schuld (Nichtschuld) erbracht wurden wie bspw. wenn zwischen dem Bereicherten und dem Entreicherten kein bzw. kein gültiger Vertrag vereinbart wurde oder ein vertraglicher Anspruch zum Zeitpunkt der Leistung nicht mehr besteht (Bsp.: Leistung aufgrund eines Vertrages, der mit einem zur Ungültigkeit führenden Entstehungsmangel behaftet ist) (HUGUENIN, Rz. 1781 ff.). In casu erfolgte die Zahlung des B an P aufgrund eines nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtigen Vertrages, weshalb von der Rechtsgrundlosigkeit der Zuwendung auszugehen ist.

Nach Art. 66 OR kann jedoch nicht zurückgefordert werden, was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist (HUGUENIN, Rz. 1786). Diese Norm unterstützt das Verbot von rechts- und sittenwidrigen Geschäften (Art. 20 Abs. 1 OR), indem deren bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ausgeschlossen ist. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Absicht ist der Zeitpunkt der Leistung. Wenn der Leistende weiss oder hätte wissen müssen (nach einem objektiven Massstab bemessen), dass der beabsichtigte Erfolg rechtswidrig oder sittenwidrig ist, kommt Art. 66 OR bei Leistungskonditionen zur Anwendung. Die frühere Rspr. hat sich aus Gründen der Generalprävention für eine extensive Anwendung von Art. 66 OR ausgesprochen und auf alle rechtswidrigen Verträge angewendet, während die h.L. eine einschränkende Auslegung befürwortete und nur die Rückabwicklung ausschloss, die gerade den bezweckten widerrechtlichen Erfolg betraf. Heute hat das BGer seine Rechtspraxis angepasst und wendet Art. 66 OR vor allem auf den sog. Gaunerlohn an (BSK OR I-SCHULIN, Art. 66 N 1 ff.; BGE 134 III 438, 44; KUKO OR-HERZOG, Art. 20 N 12). In casu liegt – auch wenn sich die Parteien der Widerrechtlichkeit des Vertrages bewusst waren – kein Fall des Gaunerlohnes vor. Allerdings haben sich die Parteien über ein rechtliches Verbot hinweggesetzt und versucht, trotz der Zweitwohnungsinitiative einen entsprechenden



Dr. Alessia Dedual, RAin

Vertrag über die Errichtung einer Zweitwohnung abzuschliessen. Sie haben also gerade einen Vertrag abgeschlossen, mit dem der Zweck des Gesetzes missachtet und ein rechtswidriger Erfolg (= Errichtung einer Zweitwohnung) herbeigeführt werden sollte. Daher ist auch bei der Zugrundelegung einer engen Auslegung des Art. 66 OR von einem Ausschluss der Kondiktion auszugehen.

Fazit: B kann die tatbestandliche Entreicherung in Höhe von CHF 20'000.-- nicht von P herausverlangen.

4.5 Culpa in contrahendo

Während der Zeit der Vertragshandlungen können für die beteiligten Parteien aus Art. 2 Abs. 1 ZGB (Grundsatz von Treu und Glauben) abgeleitete Pflichten entstehen, gegen deren Verstoss mittels *culpa in contrahendo* vorgegangen werden kann. Die schädigende Person muss für den daraus resultierenden Schaden einstehen. Die Voraussetzungen für die Haftung aus *culpa in contrahendo* sind die folgenden (HUGUENIN, Rz. 1524 ff.):

4.5.1 Vertragsverhandlungen

Die Haftung ist auf die an den Vertragsverhandlungen beteiligten Parteien beschränkt (auch wie *in casu*: wenn die Vertragsverhandlungen in einen Vertragsschluss münden, der dann als ungültig nach Art. 20 ff. OR erklärt wird) (HUGUENIN, Rz. 1535 f.). Da B und P die Verhandlungen selbst führen, ist diese Voraussetzung i.c. erfüllt.

4.5.2 Schutzwürdiges Vertrauen

Die Vertragsverhandlungen und der damit verbundene rechtsgeschäftliche Kontakt müssen bei der geschädigten Partei zu einem erhöhten Vertrauen geführt haben, damit eine Haftung aus *culpa in contrahendo* geprüft werden kann. Dieses Vertrauen durch den Geschädigten muss schutzwürdig gewesen sein, was dann nicht der Fall ist, wenn der Geschädigte weiss oder wissen muss, dass entweder kein Vertrag oder kein gültiger zustande gekommen ist (KOLLER, OR AT, § 28 Rz. 29). In casu war beiden Vertragsparteien die Rechtswidrigkeit ihres Vorhabens bewusst, da beiden die Zweitwohnungsinitiative bekannt war. Damit scheidet die Berufung auf schutzwürdiges Vertrauen aus.



Dr. Alessia Dedual, RAin

Fazit: Die *culpa in contrahendo* kann vorliegend nicht angerufen werden, da beide Parteien i.c. wissen (mussten), dass kein (gültiger) Vertrag zustande gekommen ist.



Lösungsvorschlag zu Teil 2

1. Schadenersatzanspruch von B gegen M

Zu prüfen ist, ob zwischen B und M ein Vertrag zustande gekommen ist und ob B Schadenersatz verlangen kann.

1.1 Zustandekommen des Vertrags zwischen B und M

Die Voraussetzungen des Vertragsschlusses sind unter Lösungsvorschlag zu Teil 1, Punkt 1.1 aufgeführt (s.o.). Mangels anderweitiger Angaben im SV stimmen die ausgetauschten Willenserklärungen überein. Es handelt sich nicht um eine Scherzerklärung. Die Parteien einigten sich über den Preis (CHF 1000.--) sowie den Kaufgegenstand („Ofenbänklein“). B und M sind des Weiteren beide rechts- und handlungsfähig. I.c. handelt es sich um einen Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR).

Fazit: Es ist ein Vertrag zwischen B und M zustande gekommen.

1.2 Gültigkeit des Vertrages: Inhaltsmangel

Der Vertrag könnte an einem Mangel leiden (zu den einzelnen Mängeln, s.o. unter Lösungsvorschlag zu Teil 1, Punkt 1.2). Da der Vertrag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unmöglich war und es keine Hinweise im SV gibt, die auf eine Ungültigkeit eines Vertrages hindeuten, ist er gültig.

Fazit: Es ist somit ein gültiger Vertrag zwischen B und M zustande gekommen.

1.3 Nachträgliche subjektive Unmöglichkeit und Rechtsfolgen

Die Leistung ist subjektiv unmöglich, wenn sie von einem bestimmten Schuldner nicht erbracht werden kann. Die Unmöglichkeit ist nachträglich eingetreten, wenn die Leistungserfüllung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zunächst noch möglich war (HUGUENIN, Rz. 817 ff.).



Dr. Alessia Dedual, RAin

M hat sich vertraglich dazu verpflichtet, B das Eigentum am Ofenbänklein zu verschaffen (Verpflichtungsgeschäft), vgl. Art. 184 OR. Die Besitzübergabe (*traditio*) sollte erst am nächsten Tag stattfinden (Verfügungsgeschäft). Das Eigentum verblieb demnach vorerst bei M. Es liegt somit kein Fall von anfänglicher Unmöglichkeit vor. Erst durch Übergabe des Ofenbänkleins an den Antiquitätenhändler, gestützt auf einen gültigen Rechtsgrund (Kaufvertrag), kann M die Pflicht zur Eigentumsverschaffung an B nicht mehr erfüllen, da der Antiquitätenhändler Eigentümer wurde. Es handelt sich somit um einen Fall von nachträglicher Unmöglichkeit. Zwar ist es für M zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich, ihre Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an B zu erfüllen. Da es für den Antiquitätenhändler indes möglich wäre, das Eigentum zu verschaffen, liegt ein Fall von subjektiver Unmöglichkeit auf Seiten des M vor.

1.3.1 Ältere Lehre: Vorgehen nach Art. 97 OR

Die nachträgliche verschuldete subjektive Unmöglichkeit wird im Gesetz entsprechend der verschuldeten objektiven Unmöglichkeit unter Art. 97 OR subsumiert (HUGUENIN, Rz. 833).

1.3.1.1 Schadenersatzanspruch: Voraussetzungen

Somit könnte B gegen M infolge nachträglicher verschuldeter subjektiver Leistungsunmöglichkeit einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 184 ff. OR geltend machen. Bei der verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit wird der (primäre) Erfüllungsanspruch in einen (sekundären) Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR umgewandelt (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 47).

1.3.1.1.1 Schaden

Zum Schaden s. oben unter Lösungsvorschlag zu Teil 1, Punkt 1.4.5.2.

Wäre der Vertrag richtig erfüllt worden, hätte B ein Ofenbänklein zu CHF 1'000.-- erhalten. Zur Bestimmung des Schadens muss ermittelt werden, welchen Wert dieses Ofenbänklein hat. Da es von einem Antiquitätenhändler zu CHF 1'500.-- gekauft wurde und davon ausgegangen werden muss, dass er es zwecks Gewinnerzielung beim Weiterverkauf eher unter dem Marktpreis kauft, ist davon auszugehen, dass das Bänklein mindestens einen Wert von CHF 1'500.-- hat. Damit hätte B zum Preis von CHF 1'000.-- also einen Gegenstand im Wert von CHF



Dr. Alessia Dedual, RAin

1'500.-- erhalten. Das heisst, seine Aktiven wären um CHF 1'500.-- und seine Passiven um CHF 1'000.-- angewachsen. Daraus resultiert ein Schaden in Höhe von CHF 500.--. Falls aber davon ausgegangen werden muss, dass das Ofenbänklein tatsächlich nur CHF 1'000.-- Wert hat, ergäbe sich nach der Differenzhypothese kein Schaden.

Bei der Geltendmachung dieses Anspruchs stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zur Gegenleistung des Gläubigers.

1.3.1.1.1 Austauschtheorie

Nach der Austauschtheorie steht dem Gläubiger Schadenersatz zu, jedoch bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 54).

I.c. würde B den Gegenwert des Ofenbänkleins zu CHF 1'500.-- erhalten, müsste aber den Kaufpreis in Höhe von CHF 1'000.-- leisten. Diese Forderungen lassen sich in einem zweiten Schritt verrechnen (Art. 120 OR) und somit könnte er direkt CHF 500.-- fordern. Müsste jedoch davon ausgegangen werden, dass das Bänklein nur CHF 1'000.-- Wert ist, könnte B nach dieser Theorie keinen Schaden geltend machen.

1.3.1.1.2 Differenztheorie

Diese Theorie ist vor allem im kaufmännischen Verkehr vorherrschend. Der Gläubiger kann den Schaden direkt als Differenz zwischen der geschuldeten Gegenleistung und der Schadenersatzforderung berechnen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 54).

B könnte die Differenz zwischen der Schadenersatzforderung resp. der unmöglich gewordenen Leistung (CHF 1'500.--) und Gegenleistung (CHF 1'000.--) berechnen, ohne die Gegenleistung noch erbringen zu müssen und somit direkt CHF 500.-- fordern. Auf eine Verrechnung kann verzichtet werden. Auch hier ist unsicher, ob der Schaden in voller Höhe bewiesen werden kann.



1.3.1.1.1.3 Stellvertretendes Commodum

Die Austauschtheorie kommt zur Anwendung, wenn der Gläubiger anstelle des nach der Differenzhypothese berechneten Schadensersatzanspruchs das vom Schuldner erlangte Surrogat verlangt. Die Herausgabe dieses stellvertretenden Commodums (Ersatzleistung) ist nach h.L. und BGer möglich, selbst wenn dessen Wert höher ist als Wert der unmöglich gewordenen Leistung (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 55; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2606 m.w.H.).

I.c. ist das stellvertretende Commodum der erzielte Verkaufserlös von CHF 1'500.--, welcher der Antiquitätenhändler an M bezahlt hat. B könnte das stellvertretende Commodum verlangen, ist dann aber selbst zur Gegenleistung in Höhe von CHF 1'000.-- verpflichtet. Der Vorteil liegt bei dieser Vorgehensweise darin, dass der Gläubiger den Wert des Ofenbänkleins nicht beweisen muss.

1.3.1.1.2 Vertragsverletzung

Wie bereits festgestellt, ist es für M subjektiv unmöglich, die eingegangene Verpflichtung zu erfüllen (s.o.).

1.3.1.1.3 Kausalzusammenhang

Zum Kausalzusammenhang s. oben unter Lösungsvorschlag zu Teil 1, Punkt 1.4.5.3.

Der Doppelverkauf von M mit anschliessender Übereignung an den Antiquitätenhändler ist sowohl *conditio sine qua non* für den Schaden von B als auch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Der natürliche wie auch der adäquate Kausalzusammenhang sind daher zu bejahen.

1.3.1.1.4 Verschulden

Die Vertragsverletzung muss der Schuldnerin vorwerfbar sein. Das Verschulden setzt die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) und sowie den Vorsatz (direkter Vorsatz oder Eventualvorsatz) oder Fahrlässigkeit (sorgfaltswidriges Handeln) voraus. Bei Art. 97 OR findet eine Beweislastumkehr statt, indem das Verschulden vermutet wird. Nach den allgemeinen Beweislastregeln von



Dr. Alessia Dedual, RAin

Art. 8 ZGB hat der Gläubiger demnach lediglich das Zustandekommen des Vertrags, die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang zu beweisen (HUGUENIN, Rz. 892 ff.).

M wird es vorliegend nicht möglich sein, sich vom Verschuldensvorwurf zu exkulpieren, da sie das Ofenbänklein vorsätzlich an den Antiquitätenhändler verkauft hat.

1.3.1.2 Rücktrittsrecht

Ein Teil der Lehre gewährt dem Gläubiger als Ergänzung seiner Rechte auch bei nachträglicher Unmöglichkeit unter Art. 97 OR ein verschuldensunabhängiges Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 107 ff. OR, denn der Gläubiger soll nicht schlechter stehen als beim Schuldnerverzug. Für die Geltendmachung von Schaden (negatives Interesse im Rahmen eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses) aus dem Dahinfallen des Vertrages (Art. 109 Abs. 2 OR) ist jedoch in jedem Fall Verschulden Voraussetzung (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 58; HUGUENIN, Rz. 901).

I.c. könnte B also vom Vertrag zurücktreten und die Gegenleistung verweigern (CHF 1'000.--). Ein solcher Rückleistungsanspruch ist für B indes uninteressant, weil er das stellvertretende Commodum verlangen kann.

Fazit: Es besteht vorliegend ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR auf das positive Interesse nach der Austauschtheorie, der Differenztheorie oder auf das stellvertretende Commodum oder ein Rückforderungs- und Schadenersatzanspruch nach Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 (allenfalls analog) auf das negative Interesse.

Anmerkung: Art. 119 OR wäre nur dann anwendbar, wenn die Leistung unmöglich geworden wäre, ohne dass der Schuldner dafür die Verantwortung trüge.

1.3.2 Neuere Lehre nach Art. 102 ff. OR

Nach neuerer Lehre soll die subjektive Unmöglichkeit unter den Tatbestand des Schuldnerverzugs gemäss Art. 102 ff. OR fallen. Dafür wird vorgebracht, dass die Wahlmöglichkeiten nach Art. 107 ff. OR für den Gläubiger vorteilhafter sind als die in Art. 97 OR vorgesehenen Rechtsfolgen (positives oder negatives Interesse). Zudem erübrigt sich nach dieser Lehrmeinung die



Dr. Alessia Dedual, RAin

schwierige Abgrenzung zwischen dauerhafter und nur vorübergehender subjektiver Unmöglichkeit (HUGUENIN, Rz. 841).

Nach dieser Ansicht könnte B gegen M infolge verschuldeter subjektiver Leistungsunmöglichkeit (Doppelverkauf des Ofenbänkleins) einen Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 102 ff. OR geltend machen. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen dieses Anspruchs ansonsten gegeben sind.

1.3.2.1 Voraussetzungen (Art. 102 OR)

1.3.2.1.1 Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit

Die Schuldnerin leistet nicht, obwohl sie leisten könnte (HUGUENIN, Rz. 915).

Da i.c. eine subjektive Leistungsmöglichkeit seitens von M besteht, ist diese Voraussetzung gegeben.

1.3.2.1.2 Fälligkeit der Forderung

Der Gläubiger darf die Erfüllung der Forderung verlangen (HUGUENIN, Rz. 915).

I.c. ist dies gegeben, da die Fälligkeit für den darauffolgenden Tag nach Vertragsabschluss vereinbart wurde.

1.3.2.1.3 Mahnung oder bestimmter Verfalltag

Bei einem Verfalltagsgeschäft gerät der Schuldner mit Ablauf eines bestimmten Datums automatisch in Verzug. Dies setzt eine entsprechende Vereinbarung der Parteien voraus und ergibt sich selten aus der Natur des Geschäfts. Die Schuldnerin gerät ohne Mahnung in Verzug, da ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 10; HUGUENIN, Rz. 924 f.). Eine Mahnung wird dann überflüssig (HUGUENIN, Rz. 915).

I.c. fällt M ohne Mahnung in Verzug, da die Fälligkeit für den darauffolgenden Tag nach Vertragsabschluss bestimmt war.

1.3.2.1.4 Kein Leistungsverweigerungsrecht der Schuldnerin

Im Fall eines zweiseitigen Vertrages hat die Schuldnerin zwei Einreden, mit denen sie den Erfüllungsanspruch des Gläubigers vorläufig abwehren kann, einerseits die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (bei Erfüllung „Zug um Zug“, Art. 82 OR) und andererseits die Einrede im Falle der nachträglichen Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers gemäss Art. 83 OR. Ansonsten ist ihre Nichtleistung ungerechtfertigt (HUGUENIN, Rz. 928 ff.).

I.c. kann M die Nichtleistung nicht rechtfertigen.

Fazit: Da alle Voraussetzungen von Art. 102 OR erfüllt sind, gerät M in Schuldnerverzug.

1.3.2.2 Gläubigerrechte bei synallagmatischen Verträgen (Art. 107–109 OR)

Ist der Schuldner mit der Leistung im Verzug, so hat der Gläubiger das Recht, eine angemessene Nachfrist anzusetzen (Art. 107 Abs. 1 OR) oder darauf verzichten, wenn sich dies als unnütz erweise (Art. 108 Ziff. 1 OR). Als unnütz gilt die Nachfristansetzung insbesondere, wenn die Schuldnerin klar zu erkennen gibt, dass sie nicht (mehr) bereit ist, ihrer Verpflichtung nachzukommen. In diesem Fall stehen dem Gläubiger die Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR zu.

Das erste Wahlrecht umfasst das Festhalten an der Leistung (Erfüllung) inklusive Verspätungsschaden oder der Verzicht auf die nachträgliche Leistung (HUGUENIN, Rz. 955 ff.). Wenn der Gläubiger dagegen auf die nachträgliche Leistung verzichtet, kann er im Rahmen des zweiten Wahlrechts den Vertrag entweder aufrechterhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrag zurücktreten. Zu ersetzen wäre im Falle der ersten Variante das positive Interesse, soweit die Schuldnerin ein Verschulden trifft. Der Rücktritt vom Vertrag setzt dagegen kein Verschulden voraus. Mit der Rücktrittserklärung wandelt sich der Vertrag nach h.L. und Rspr. in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis um. Die bereits erbrachten Leistungen sind zurückzuerstatten. Die Ansprüche aus diesem Liquidationsverhältnis sind vertraglicher Natur (auf die Rückabwicklung sind folgende vertragsrechtliche Regeln anwendbar: Art. 68 ff., 82 und 97 ff. OR, vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 7; keine Anwendung des Kondiktions- und Vindikationsrechts). Zudem hat der Gläubiger Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. D.h. er ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre, sofern sich die Schuldnerin nicht exkulpieren kann (Art. 109 OR; HUGUENIN, Rz. 958 ff.).



Dr. Alessia Dedual, RAin

Eine Nachfristansetzung und das Festhalten an der Leistung (erstes Wahlrecht) ist i.c. nach Art. 108 Ziff. 1 OR hinfällig, da die Leistung subjektiv unmöglich ist, was die Erfüllung der Verpflichtung durch die Schuldnerin ausschliesst. Sowohl das Festhalten an der Leistung als auch die Nachfristansetzung erwiesen sich vorliegend mithin als nicht zielführend. Demnach wird B im Rahmen des zweiten Wahlrechts entweder unter Aufrechterhaltung des Vertrags auf die Leistung verzichten und Schadenersatz auf das positive Interesse fordern, wobei dieselben Voraussetzungen wie unter Art. 97 OR gelten, oder vom Vertrag zurücktreten, das Geleistete zurückfordern (hier wurde noch nichts geleistet), die Gegenleistung verweigern (ausstehender Betrag in Höhe von CHF 1000.--) und Schadenersatz auf das negative Interesse verlangen (Art. 109 OR).

Soweit sich der Schuldner im Rahmen des zweiten Wahlrechts für das positive Interesse entscheidet, ist die Prüfung im Folgenden äquivalent mit derjenigen der älteren Lehre. Vgl. für das weitere Vorgehen also oben die Punkte 1.3.1.1 und 1.3.1.2.

2. Unechte bösgläubige GoA (Art. 423 OR)

B könnte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinnes durch den Verkauf an den Antiquitätenhändler gemäss Art. 423 Abs. 1 OR („Geschäftsanmassung“) haben. Bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag („Eigengeschäftsführung“) besorgt die Geschäftsführerin ein fremdes Geschäft in ihrem eigenen Interesse. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein (HUGUENIN, Rz. 2154):

Zunächst muss es sich um ein objektiv fremdes Geschäft handeln, welches vom Geschäftsführer vorgenommen wird. In casu ist der Verkauf des Ofenbänkleins, das bereits einem anderen versprochen war, als fremdes Geschäft, weil dem zukünftigen Eigentümer zustehend, anzusehen.



2.1 Widerrechtlicher Eingriff in fremde Rechtssphäre ohne Fremdgeschäftsführungswillen

Im Fall der bösgläubigen unechten GoA muss es dem Geschäftsführer weiter am Fremdengeschäftsführerwillen fehlen. Kennzeichen ist, dass er in einen fremden Interessenkreis eingreift, ohne das Geschäft für den anderen führen zu wollen, womit er nicht altruistisch (fremdnützig), sondern egoistisch (eigennützig) mit Eigengeschäftsführungswillen handelt (HUGUENIN, Rz. 2155).

In casu handelt M eigennützig, da es ihr am Fremdengeschäftsführerwillen fehlt. Sie selbst möchte für sich selbst einen höheren Verkaufserlös für das Ofenbänklein erzielen.

2.2 Fehlende Rechtfertigung

Es dürfen keine gesetzlichen oder vertraglichen Rechtfertigungsgründe vorliegen (HUGUENIN, Rz. 2175).

Strittig ist wie bei der ungerechtfertigten Bereicherung das Kriterium der fehlenden Rechtfertigung, welches je nach Lehrmeinung unterschiedlich behandelt wird (Widerrechtlichkeits- oder Eingriffstheorie vs. Zuweisungstheorie), s. hierzu oben unter Punkt 2.2.

In casu liegen weder gesetzliche noch vertragliche Gründe vor, die einen solchen Eingriff in die Rechtssphäre – konkret den Eigentumsverschaffungsanspruch – von B rechtfertigen würden.

2.3 Bösgläubigkeit der Geschäftsführerin

Bösgläubig handelt die Geschäftsführerin, wenn sie weiss oder wissen muss, dass sie widerrechtlich resp. ohne Rechtfertigungsgrund in eine fremde Rechtssphäre eingreift, um sich selber oder einem Dritten die daraus resultierenden Vorteile zu verschaffen (HUGUENIN, Rz. 2162).

In casu weiss M, dass sie die vertraglichen Pflichten missachtet, um sich durch den zweiten Verkauf des Ofenbänkleins an den Antiquitätenhändler einen Vorteil (höheren Verkaufserlös) zu verschaffen.



2.4 Erzielen eines kausalen Verletzergewinns

Der Geschäftsherr kann die Herausgabe des Gewinns fordern, wenn die Geschäftsführerin einen Gewinn erzielte. Dieser muss kausal zum Eingriff sein (HUGUENIN, Rz. 2178).

In casu bekam M als Verkaufspreis CHF 1500.-- für das Ofenbänklein. Diesen hätte sie nicht erzielt, hätte sie nicht in die Rechtssphäre des B eingegriffen.

2.5 Anspruchskonkurrenz

Neben den Ansprüchen aus Art. 97 ff. OR kann kumulativ auch der Gewinn nach Art. 423 OR abgeschöpft werden.

Fazit: B hat folglich gegen M einen Anspruch auf Herausgabe des Nettogewinns, d.h. im vorliegenden Fall den durch den Verkauf an den Antiquitätenhändler erzielten Erlös von CHF 1'500.--. B seinerseits müsste M den vereinbarten Kaufpreis von CHF 1'000.-- bezahlen. Es bliebe ihm nach Verrechnung somit eine Forderung über CHF 500.-- gegen M.

3. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR): Eingriffskondiktion

B könnte gegen M einen Bereicherungsanspruch nach Art. 62 OR haben. Zu den geforderten Voraussetzungen vgl. oben unter Lösungsvorschlag zu Teil 1, Punkt 4.4.

3.1 Bereicherung und Entreicherung

Vgl. oben unter Lösungsvorschlag zu Teil 1, Punkt 4.4.1 und 4.4.2.

3.2 Ohne Rechtsgrund

Eine Bereicherung ist ungerechtfertigt, wenn weder aus Vertrag noch aus Gesetz ein Rechtsgrund ersichtlich ist. Bei der Eingriffskondiktion ist die Bereicherung ungerechtfertigt, wenn (gemäss dem BGer und einem Teil der Lehre) die Aktivität oder Passivität des Bereicherten ungerechtfertigt war, wobei jede Verletzung fremder subjektiver Rechte, für welche kein Rechtfertigungsgrund besteht, genügt (Widerrechtlichkeits- oder Eingriffstheorie, vgl. BGE



Dr. Alessia Dedual, RAin

129 III 422, E. 4). Die h.M. erachtet die Bereicherung demgegenüber nur als ungerechtfertigt, wenn ein Recht verletzt wird, das seinem Inhaber zur konkreten Ausübung, Nutzung oder Verwertung ausschliesslich zugewiesen ist wie bspw. bei Immaterialgüterrechten (Zuweisungstheorie) (HUGUENIN, Rz. 1798).

Nach der bundesgerichtlichen Widerrechtlichkeits- oder Eingriffstheorie erfolgte die Bereicherung von M infolge des Doppelverkaufs des Ofenbänkleins zweifellos ohne Rechtsgrund. Nach der Zuweisungstheorie wird mehrheitlich ebenfalls davon ausgegangen, dass beim Doppelverkauf die Bereicherung ohne Rechtsgrund erfolgte (umstritten: vgl. HUGUENIN, N 1798 und 2172). Der Eingriff in das fremde relative Recht, i.c. die Übergabe und der Eigentumsverschaffungsanspruch nach Art. 184 Abs. 1 OR, würde folglich als ein Eingriff in eine fremde Rechtsphäre und damit als ein Zuweisungsverstoss gelten.

3.3 Anspruchskonkurrenz

Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung und die vertraglichen Ansprüche schliessen sich gegenseitig aus, da es bei einem Vertrag gerade nicht an einem Rechtsgrund fehlt (BGE 127 III 421, E. 3). Bei der Eingriffskondition gibt es gemäss der abweichenden Lehrmeinung Fallkonstellationen, in denen eine Anspruchskonkurrenz durchaus bestehen kann (HUGUENIN, Rz. 1825 ff.; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 38 f.).

Wird davon ausgegangen (wie das BGer), dass die Geltendmachung sämtlicher Arten von Konditionen durch vertragliche Ansprüche ausgeschlossen werden, kann B mangels Bereicherung resp. Entreicherung (da ihm eine vertragliche Forderung zusteht, d.h. sich seine Aktiven nicht verringert haben) keine Ansprüche gestützt auf Art. 62 OR geltend machen. Wird dagegen angenommen, dass die Geltendmachung von Eingriffskonditionen nicht durch vertragliche Ansprüche ausgeschlossen wird, stammt die Bereicherung von M aus dem Vermögen von B, weil in seinen Übergabe- und Eigentumsverschaffungsanspruch (Art. 184 Abs. 1 OR) eingegriffen wurde. Da der Antiquitätenhändler Eigentümer des Ofenbänkleins wurde und M die Bereicherung somit nicht *in natura* herausgeben kann, hat M dem B Wertersatz zu leisten. Dieser bemisst sich nach dem Weiterverkaufswert (i.c. CHF 1'500.--), womit B nach Abzug der Kaufpreisforderung ein Bereicherungsanspruch von CHF 500.-- zusteht.



Dr. Alessia Dedual, RAin

Es besteht alternierende Konkurrenz zwischen der Herausgabe des Gewinns gemäss Art. 423 OR und der Herausgabe der Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR. Art. 423 OR räumt dem Geschäftsherrn im Gegensatz zur Eingriffskondition gemäss Art. 62 OR einen Anspruch auf den gesamten Nettogewinn ein (HUGUENIN, Rz. 2201).

Fazit: B hat gegen M nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Bereicherungsanspruch, da seine vertraglichen Ansprüche jenen aus Art. 62 OR vorgehen. Nach abweichender Lehrmeinung hat B jedoch gegen M einen Bereicherungsanspruch auf CHF 500.-- aus Art. 62 OR.

Zusammenfassendes Fazit:

B hat folgende Möglichkeiten

- B könnte gegen M infolge verschuldeter subjektiver Leistungsunmöglichkeit einen Anspruch auf SE nach Art. 102 ff. OR geltend machen.
- B könnte gegen M infolge verschuldeter subjektiver Leistungsunmöglichkeit einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 184 ff. OR geltend machen
- In abweichender Lehrmeinung vom BGer könnte B gegen M einen Bereicherungsanspruch auf CHF 500.-- aus Art. 62 OR geltend machen.
- B könnte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Nettogewinnes von CHF 500.-- gemäss Art. 423 Abs. 1 OR (Geschäftsanmassung) geltend machen.