

Übungen im Obligationenrecht AT II: Fall 2 "Ein teurer Ring"

Anspruchsgrundlagen: *Wer will was von wem woraus?*

Generelle Vorgehensweise: Zustandekommen des Vertrags, Gültigkeit des Vertrags, Rechtsfolge, Fazit

Diese Lösungsskizze behandelt den Stoff des OR AT; die eingefügten Hinweise zum OR BT werden in Kursivschrift angemerkt und dienen der Orientierung der Studierenden.

Abkürzungen:

FG = Fritz Glanz

VS = Van Stein

DSA = Diamond SA

GS = Goldschmiede (Hans und Julius)

A = Antonio Anello

Lösungsvorschlag zu Teil 1

Vorüberlegungen¹

Gegen wen und wie müsste Diamond SA vorgehen?

Die Lösung soll eine Antwort auf die konkrete Frage geben, d.h. ermitteln, gegen wen DSA vorgehen soll. Daher muss beantwortet werden, wer Vertragspartei der DSA ist (im Falle von einem Prozess: Ermittlung der Passivlegitimation). Das Rechtsverhältnis zwischen DSA und ihren Vertragspartnern muss daher geklärt werden.

Was sollte mit der Provision geschehen?

Hier wird nach der Anspruchsberechtigung bzgl. der gezahlten Provision gefragt. Da trotz Verkauf des Diamanten gemäss Sachverhalt weder Kaufpreiszahlung noch Lieferung des Kaufobjektes stattgefunden haben, stellt sich die Frage der Rechtfertigung der Provisionszahlung.

I. Anspruch von DSA auf Zahlung des Kaufpreises für den 5-Karat Diamanten (gegen Übergabe und Übereignung desselben) gegen FG aus Art. 184 Abs. 1 OR

Ein solcher Anspruch setzt das Zustandekommen eines Kaufvertrages zwischen FG und der DSA voraus. Zudem darf der Anspruch nicht untergegangen sein oder sonst gehemmt werden.

1. Zustandekommen des Kaufvertrags

Übereinstimmende Willenserklärung und Kaufvertrag

Nach Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags der Austausch gegenseitiger übereinstimmender Willenserklärungen erforderlich. Wenn sich die Parteien übereinstimmend geäußert, verstanden, und in diesem Verständnis geeinigt haben, liegt ein tatsächlicher oder natürlicher Konsens vor.

Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 OR).

Subsumtion

In casu ist DSA offensichtlich Verkäuferin des Diamanten. Jedoch ist fraglich, mit wem der Kaufvertrag abgeschlossen wurde. Als Vertragspartner kommt zunächst FG in Betracht, weil dieser am Ort des Geschehens war und um den Diamanten gebeten hat.

Allerdings wollte VS den Diamanten nicht für sich, sondern für den FG erwerben. Daher stellt sich die Frage, ob FG wirksam durch VS vertreten worden ist.

1.1 Stellvertretung

¹ Die Vorüberlegungen dienen hier lediglich der didaktischen Aufbereitung. Sie sind jedoch in einer Prüfung nicht nieder zu schreiben.

1.1.1 Definition und Voraussetzungen der Stellvertretung

Bei der bürgerlichen Stellvertretung (siehe Art. 32ff. OR) wird der Vertreter durch Willenserklärung bzw. Rechtsgeschäft ermächtigt, für den Vertretenen zu handeln. Die rechtsgeschäftlich begründete Ermächtigung heisst Vollmacht.

Die Voraussetzungen der bürgerlichen Stellvertretung sind:

- a) **Abgabe einer eigenen Willenserklärung;**
- b) **Handeln in fremdem oder eigenem Namen (direktes/echtes oder indirektes/unechtes Stellvertretungsverhältnis);**
- c) **Vertretungsmacht und Bevollmächtigung (direkte Stellvertretung);**

a) Abgabe einer eigenen Willenserklärung

Erste Voraussetzung der Stellvertretung ist die Abgabe einer eigenen Willenserklärung durch den Vertreter. Dabei ist der Vertreter vom blossen Boten abzugrenzen.

Subsumtion

VS hat eine eigene Willenserklärung gegenüber dem Mitarbeiter von Diamond SA abgegeben, indem er kommuniziert hat, dass er einen 5-Karat Diamant kaufen will.

b) Handeln in fremdem oder eigenem Namen (direktes oder indirektes Stellvertretungsverhältnis)

Zweite Voraussetzung ist das Handeln in fremdem oder eigenem Namen. Bei dieser Voraussetzung wird zwischen der direkten und der indirekten Stellvertretung unterschieden.

- Direkte (bzw. echte) Stellvertretung: Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet (Art. 32 Abs. 1 OR). Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn die andere Vertragspartei aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse (Art. 32 Abs. 2 OR). Aus dem Gesetz erweist sich, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen ausdrücklich oder konkludent handeln kann (BGE 126 III 59, E. 1b). Ob eine solche Erklärung vorliegt, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1335).

Ausnahmsweise treten die Vertretungswirkungen direkt beim Vertretenen ein, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem der Vertrag geschlossen wird (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1333). Die üblichen Auslegungsregeln von Art. 18 OR gelten.

Die Hauptkonsequenz der direkten Stellvertretung ist der unmittelbare Eintritt der Vertretungswirkung beim Vertretenen (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1328ff.)

- Indirekte (bzw. unechte) Stellvertretung: Indirekte Stellvertretung liegt vor, wenn der Vertreter – sei es ausdrücklich oder stillschweigend – im eigenen Namen, aber für Rechnung des Vertretenen handelt (BSK/OR-WATTER, Art. 32 Rz. 29). Der Vertrag hat keine unmittelbare Auswirkung auf die vertretene Partei. Gegenüber dem Dritten scheint der Vertreter somit ein Eigengeschäft abzuschliessen (BGer, 13.9.2005, 4C.134/2005, E. 2.2). Die Rechte oder Pflichten können nur aufgrund einer Schuldabtretung (Art. 164ff. OR) oder Schuldübernahme (Art. 175ff. OR) nach Vertragsschluss erworben werden (siehe Art. 32 Abs. 3 OR).

Die Hauptwirkung der indirekten Stellvertretung ist es, dass der Vertreter und nicht der Vertretene gebunden wird, und dass der Vertreter durch einen Rechtsakt die erworbenen Rechte und Pflichten dem Vertretenen übertragen muss.

Subsumtion

Fraglich ist daher, ob VS beim Kauf des Diamanten in fremdem oder in eigenem Namen handelt. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, ob VS ausdrücklich den Willen geäussert hat, im eigenen Namen oder im Namen von FG zu handeln. Es stellt sich die Frage, ob DSA aus den Umständen und unter Anwendung des Vertrauensprinzips darauf schliessen konnte, dass ein direktes Vertretungsverhältnis bestand. Mit anderen Worten muss nach Treu und Glauben ermittelt werden, ob VS beabsichtigte, persönlich Vertragspartei zu werden oder nicht, und wie DSA sein Verhalten nach dem Vertrauensprinzip verstehen dürfte.

VS ist eine erfahrene Geschäftsperson („Handelsagent“), welche gemäss Sachverhalt regelmässig kaufmännische Bestellungen bei DSA vornimmt. Der Sachverhalt präzisiert nicht, inwiefern VS als direkter oder indirekter Vertreter für seine Klienten handelt, *jedoch ist es im kaufmännischen Verkehr üblich als indirekter Vertreter im Rahmen von Kommissionsverhältnissen (Art. 425 OR) zu handeln*. Im Falle des Verkaufes des 5-Karat Diamanten kann DSA jedoch nicht von einer indirekten Stellvertretung ausgehen, da VS die persönlichen Zahlungsangaben von FG abgegeben hat. Damit ist klar, dass er als direkter Stellvertreter des FG gehandelt hat und kein Eigengeschäft abgeschlossen hat. Es rechtfertigt sich so auch, dass eine ausserordentliche Provision für den Abschluss des Vertrags zwischen DSA und einem Dritten bezahlt wird.

Handelt es sich um eine direkte Stellvertretung, soll FG und nicht VS durch den Kaufvertrag mit DSA gebunden. In diesem Fall muss darüber hinaus die Vertretungsmacht des VS geprüft werden.

c) Vertretungsmacht und Bevollmächtigung (direkte Stellvertretung)

Dritte Voraussetzung ist das Vorliegen der Vertretungsmacht des Vertreters. Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet (Art. 32 Abs. 1 OR). Der Vertreter muss die durch die Ermächtigung gewährte Rechtsmacht haben, für den Vertretenen (d.h. auf fremde Rechnung) zu handeln. Die Vertretungsmacht kann aus Gesetz, aus der Organvertreterstellung oder aus einem Rechtsgeschäft (gewillkürte Stellvertretung) entstehen (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1319–25).

Bei der gewillkürten Stellvertretung ist die Vollmacht eine Willenserklärung, mit welcher der

Vertretene einem anderen erklärt, dieser sei befugt, ihn gegenüber Dritten zu vertreten und damit Rechte und Pflichten gegenüber dem Vertretenen zu erzeugen. Durch den Akt der Bevollmächtigung erlangt der Vertreter die Vollmacht des Vertretenen, d.h. die Vollmacht ist das Ergebnis der Bevollmächtigung (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1353).

- Zugang: Die Bevollmächtigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und als solches nicht annahmepflichtig (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1345). Die Wirkung beginnt mit dessen Zugang beim Vertreter (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1345). Das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung setzt voraus, dass die Erklärung dem Empfänger zugeht, indem sie bei ihm eintrifft (Zugangsprinzip). Bei mittelbaren Erklärungen werden Erklärungen wirksam, wenn sie beim Empfänger eintreffen. Schriftliche Erklärungen per Email-Verkehr gehen dem Empfänger zu, sobald sie von ihm abgerufen werden können (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1347–49). Die Existenz und der Umfang einer Abrufobliegenheit existiert je nach Umständen (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1347–49).
- Form: Die Ermächtigung bedarf keiner besonderen Form (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1347–49).
- Umfang: Ist die Ermächtigung durch Rechtsgeschäft eingeräumt worden, so beurteilt sich ihr Umfang nach dessen Inhalt (Art. 33 Abs. 3 OR). Die Erteilung der Vertretungsmacht und deren Umfang wird nach Vertrauensprinzip beurteilt (GAUCH/SCHLUEP Rz. 55).
- Beschränkung oder Widerruf der Vollmacht: Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung kann vom Vollmachtgeber jederzeit beschränkt oder widerrufen werden (Art. 34 Abs. 1 OR *ab initio*).

Subsumtion

In casu hat FG tatsächlich VS für den Kauf eines 5-Karat Diamanten bevollmächtigt. Die Ermächtigung über WhatsApp ist möglich, da die Bevollmächtigung an keine Form gebunden ist.

Jedoch hat FG die Ermächtigung konkludent beschränkt (bzw. widerrufen), indem er eine zweite Ermächtigung für den Kauf eines 6-Karat Diamanten erteilt hat. Es stellt sich die Frage, ob VS die zweite Ermächtigung gültig empfangen hat. WhatsApp Nachrichten übertragen mittelbare Erklärungen, welche empfangsbedürftig sind. Der Empfang wird mit zwei grauen Hacken bestätigt. Jedoch wird das effektive Lesen durch zwei blaue Hacken bestätigt (die Änderung der Funktion der blauen Hacken zu Gunsten der ständigen grauen Hacken wurde in casu nicht vorgenommen). Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob VS eine Obliegenheit zur Kenntnisnahme trifft, da die Ermächtigungen in einer sehr kurzen Zeit nacheinander kommuniziert wurden. Es kann argumentiert werden, dass WhatsApp zur raschen Kommunikation angewendet wird und daher die Obliegenheit einer sofortigen Konsultation der empfangenen Nachrichten begründet. Da VS ein erfahrener WhatsApp-Benutzer ist, sollte ihm bewusst sein, dass die Eröffnung eines Nachrichtenaustausches zur Bestätigung der Nachrichtentexte führt, vor allem wenn ein Geschäftspartner seine Aufmerksamkeit hinsichtlich eines Kaufs beansprucht. Daher gilt der Widerruf (bzw. die Beschränkung) der ersten Ermächtigung als bei ihm zugegangen.

Aus diesem Grund hat er ohne Vertretungsmacht gehandelt, indem VS einen 5-Karat und nicht einen 6-Karat Diamanten für FG gekauft hat.

1.1.2 Zwischenfazit

Da VS ein direkter Stellvertreter ist, ist FG und nicht VS durch den Kaufvertrag mit DSA gebunden. Jedoch hat er ohne Vertretungsmacht gehandelt. Die Rechte und Pflichten gehen deswegen nicht auf FG über.

Zu prüfen bleibt, welche Vertretungswirkungen trotz fehlender Vertretungsmacht eintreten.

1.2 Vertretungswirkung trotz fehlender Vertretungsmacht

Ausnahmsweise tritt jedoch trotz fehlender Vollmacht und Genehmigung die Vertretungswirkung ein.

1.2.1 Genehmigung

Der erste Fall ist die Genehmigung durch den Vertretenen. Hat jemand, ohne dazu ermächtigt zu sein, als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen, so wird der Vertretene nur dann Gläubiger oder Schuldner, wenn er den Vertrag genehmigt (Art. 38 Abs. 1 OR). Der andere ist berechtigt, vom Vertretenen innerhalb einer angemessenen Frist eine Erklärung über die Genehmigung zu verlangen und ist nicht mehr gebunden, wenn der Vertretene nicht binnen dieser Frist die Genehmigung erklärt (Art. 38 Abs. 2 OR).

Subsumption

In casu hat sich DSA direkt an FG gewandt. Dieser hat ausdrücklich geantwortet, dass er mit dem Vertragsschluss nicht einverstanden sei. Eine Genehmigung kann hier offensichtlich nicht vorliegen.

1.2.2 Vertretungswirkung ohne Genehmigung

Neben dem gesetzlich geregelten Fall gibt es noch die Fälle, in denen der Schutz des guten Glaubens Dritten die Annahme einer solchen Vertretungsbefugnis gebietet (vgl. Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR). Eine solche Vertretungsmacht wird aus Gesichtspunkten des Gutgläubensschutzes gerechtfertigt. Als Voraussetzung gilt der Kundgabetatbestand (auch: Vertrauenstatbestand). Dieser liegt vor, wenn der Vertretene die Vollmacht nach aussen gegeben hat, der Dritte aufgrund dieser Vollmacht gutgläubig (wobei guter Glaube nach Art. 3 ZGB vermutet wird) und dieser gute Glaube des Dritten schutzbedürftig ist (GAUCH/SCHLUEP Rz. 1340).

Dabei könnte:

- die einem Dritten kundgegebene Vollmacht weiter als die wirklich erteilte Vollmacht gehen (Art. 33 Abs. 3 OR; Rechtsscheinvollmacht);
- eine Vollmacht kundgegeben worden sein, welche nie erteilt wurde (Art. 33 Abs. 3 OR analog; Rechtsscheinvollmacht);
- die Vollmacht ganz oder teilweise widerrufen worden sein, jedoch ohne Mitteilung des Widerrufs an Dritte (Art. 34 Abs. 3 OR).

Spezialfälle bilden die Duldungsvollmacht und die Anscheinvollmacht. Bei der Duldungsvollmacht hat der Vertretene keinen Willen zur Vollmachterteilung und weiss, dass ein Vertreter für ihn

auftritt, jedoch dagegen nicht einschreitet (Spezialfall von Art. 33 Abs. 3 OR). Bei der Anscheinsvollmacht hat der Vertretene keinen Willen zur Vollmachterteilung und weiss nicht, dass ein Vertreter für ihn auftritt, jedoch hätte er es bei sorgfältiger Aufmerksamkeit wissen und einschreiten müssen (Spezialfall von Art. 33 Abs. 3 OR).

Subsumption

In casu wurde die Vollmacht von FG an VS dem Dritten DSA nicht kundgegeben, sodass ein Kundgabetatbestand nicht vorliegen kann. Die Anwendung der Duldungs- sowie der Anscheinsvollmacht scheint ebenfalls nicht angebracht, da FG seine Vollmacht für den Kauf eines 5-Karat Diamanten beschränkt bzw. widerrufen hat, indem er VS für den Kauf eines 6-Karat Diamanten bevollmächtigt hat.

2. Fazit

Die mangelnde Vertretungsmacht des VS wird nicht durch eine Genehmigung oder einen Gutgläubensschutztatbestand geheilt. Daher ist der Vertrag nicht zustande gekommen, sodass sich eine Prüfung der Gültigkeit des Vertrags erübrigt. DSA hat keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegen FG.

Die Prüfung der Gültigkeit des Vertrags erübrigt sich, da kein Vertrag zustande gekommen ist.

VS als direkter Stellvertreter ist auch nicht Vertragspartei. Es müssen die Rechtsfolgen der vollmachtlosen Vertretung bzgl. VS geprüft werden.

II. Anspruch der DSA auf Bezahlung von Schadenersatz in Höhe von CHF 2'250 gegen VS wegen vollmachtloser Vertretung aus Art. 39 Abs. 1 OR

1. Voraussetzung der Haftung des vollmachtlosen Vertreters gegenüber dem Dritten

Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen (Art. 39 Abs. 1 OR).

Es handelt sich um eine Kausalhaftung (keine Voraussetzung des Verschuldens des vollmachtlosen Vertreters).

Die Voraussetzungen der Haftung sind:

- a) Unwirksamkeit des Vertrages wegen fehlender Vertretungsmacht;**
- b) Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten** (schuldhafte oder fahrlässige Nichtkenntnis der fehlenden Vertretungsmacht kann jedoch zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes nach Art. 44 OR führen).

Subsumption

In casu wurde die Unwirksamkeit des Kaufvertrags zwischen FG und DSA dargelegt (vgl. Punkt I.). DSA kannte die fehlende Vertretungsmacht von VS nicht. Fraglich ist, ob DSA einen Beweis für die Vertretungsmacht von VS fordern musste oder die Lage klären musste. Wegen der kommerziellen Beziehung zwischen VS und DSA kann oder kann nicht von einem fahrlässigen Verhalten von DSA ausgegangen werden. Die Annahme einer Herabsetzung des eventuellen Schadenersatzanspruchs von DSA nach Art. 44 OR scheint angebracht.

2. Rechtsfolgen

Art. 39 Abs. 1 OR gilt als Anwendungsfall der *culpa in contrahendo*, wobei das Bundesgericht teils die Bestimmungen von Art. 41ff. OR, teils jene von Art. 97ff. OR anwendet (BSK/OR-WATTER, Art. 39 Rz. 4). Die *culpa in contrahendo* als quasivertragliche Haftung deckt funktional einen Bereich ab, der als Deliktshaftung angesehen werden kann; die Haftungskonstruktion ist aber vertraglicher Natur.

Geschuldet ist nach Art. 39 Abs. 1 OR das negative Vertragsinteresse („Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens“), also die Differenz zwischen dem Vermögensstand, wie er ohne Vertretungsgeschäft wäre, und dem tatsächlichen Vermögensstand nach nicht erfolgter Genehmigung (BSK/OR-WATTER, Art. 39 Rz. 6).

Ausgeschlossen ist die Klage auf Realerfüllung, da im Falle der direkten Stellvertretung der Vertreter nicht persönlich berechtigt und verpflichtet wird.

Subsumption

In casu wurden Kaufobjekt und Kaufpreis nicht ausgetauscht, sodass diesbezüglich kein Schaden erwachsen ist. DSA hat jedoch VS eine vertragliche Provision von CHF 2'250 (5% von CHF 45'000) bezahlt, da ein Vertrag aufgrund des Vertretungsgeschäfts mit FG abgeschlossen und damit der Diamant verkauft wurde. Diese Provision hat DSA bezahlt, sodass diese als Schaden zu ersetzen ist.

DSA hat einen Anspruch gegen VS auf Bezahlung von CHF 2'250 wegen vollmachtloser Vertretung aus Art. 39 Abs. 1 OR.

3. Verjährung

Die Verjährung des Schadenersatzanspruchs gemäss Art. 39 OR kennt keine Sondernorm. Dabei sollte die zehnjährige, vertragliche Frist des Art. 127 OR gelten. Jedoch nimmt das Bundesgericht die Anwendung der einjährigen, deliktischen Frist des Art. 60 Abs. 1 OR an (BGE 104 II 94, E. 3a), d.h. ein Jahr ab Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 60 Abs. 1 OR ist der Schaden hinreichend bekannt, wenn seine Existenz, sein Wesen, seine Elemente und die Umstände bekannt sind, welche die Klage rechtfertigen würden (BGE 131 III 61, E. 3.1.1).

Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen (Art. 142 OR). Der

Schuldner der verjährten Forderung ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu verweigern (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 3361).

Subsumtion

In casu ist der Schadenersatzanspruch entstanden als die Provision im Sommer 2018 bezahlt wurde. DSA hat jedoch die Rechtslage bis Oktober 2019 nicht prüfen lassen und sogar den Kaufpreis von niemandem beansprucht. Dabei wurden der Diamant und der Vertrag aus kommerziellen Gründen unsorgfältig vergessen. DSA hätte ihren Anspruch direkt nach der Ablehnung der Bezahlung durch FG vollständig geltend machen können.

Wegen der Anwendung von Art. 60 OR ist der Anspruch von DSA gegen VS auf Rückzahlung der Provision aus Art. 39 Abs. 1 OR im Oktober 2019 höchstwahrscheinlich verjährt. Im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung wäre der Anspruch gehemmt, wenn VS die Einwendung der Verjährung erhebt.

4. Fazit

DSA hat einen Anspruch gegen VS auf Rückzahlung der Provision (CHF 2'250) aus Art. 39 Abs. 1 OR. Jedoch ist die Verjährungsfrist im Oktober 2018 höchstwahrscheinlich abgelaufen. Damit kann DSA die Rückzahlung der Provision gestützt auf Art. 39 Abs. 1 OR von VS einfordern und einklagen. Jedoch würde die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs gehemmt, wenn VS die Einwendung der Verjährung erheben würde.

III. Subsidiär: Rückforderung der Provision (CHF 2'250) aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62ff. OR)

1. Haftung aus vollmachtloser Vertretung und ungerechtfertigter Bereicherung

Im Falle einer vollmachtlosen Vertretung bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten (Art. 39 Abs. 3 OR). Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht unabhängig vom Haftungsanspruch (BSK/OR-WATTER, Art. 39 Rz. 10). Die Haftung aus *culpa in contrahendo* ist jedoch im Zweifel günstiger als die Bereicherungshaftung, da diese die Einrede der Entreichung kennt.

Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR muss derjenige, der in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückerstatten.

1.1 Arten der Bereicherung

Die Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen mehreren Arten von Konditionen. Die Haupttypen sind die Leistungs- und Eingriffskonditionen/Nichtleistungskonditionen, während über allfällige weitere Typen Uneinigkeit besteht (HUGUENIN, Rz. 1783).

Bei der Leistungskondition entsteht die Bereicherung durch eine ungerechtfertigte Leistung des Entreicherten (HUGUENIN, Rz. 1784).

Gemäss Art. 62 Abs. 2 OR kann dabei eine Leistung ohne gültigen Grund (*condictio sine causa*), eine Leistung aus nicht verwirklichtem Grund (*condictio ob causam non secutam*) oder eine Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund (*condictio ob causam finitam*) vorliegen (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1480–88).

Subsumtion

In casu hat DSA an VS eine Provision bezahlt. Der Grund der Provisionszahlung ist der Abschluss von einem Kaufvertrag zwischen DSA und einem Dritten (FG). Da VS keine Rechtsmacht innehatte, ist kein Kaufvertrag zwischen DSA und einem Dritten zustande gekommen. Die Provision von 5% des Kaufpreises (CHF 2'250) wurde damit grundlos bezahlt. Es liegt hiermit eine Leistung ohne gültigen Grund vor.

1.2 Voraussetzungen der Bereicherung und der fehlenden Rechtfertigung

a) Bereicherung

Eine Bereicherung besteht in der Erlangung eines Vermögensvorteils durch den Bereicherten. Der Vermögensvorteil kann in Form einer Vergrösserung (Erhöhung der Aktiven oder Verminderung der Passiven) oder einer Nichtverminderung des Vermögens (sog. Ersparnisbereicherung) vorliegen. Die Bereicherung besteht in der Differenz zwischen dem jetzigen und demjenigen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1471–73)

b) Entreicherung und Konnexität zwischen Bereicherung und Entreicherung

Gemäss einem Teil der Lehre muss beim Entreicherten eine Entreicherung, d.h. eine Vermögenseinbusse, vorliegen (HUGUENIN, Rz. 1778; GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1565). Die traditionelle Lehre verlangt eine Vermögensverschiebung, wobei zwischen der Bereicherung und der Entreicherung ein Kausalzusammenhang im Sinne der Konnexität vorliegen muss (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1565; HUGUENIN, Rz. 1779). Nach neuerer Lehre und gemäss Bundesgericht ist der Bereicherungsanspruch in Bestand und Umfang von der Entreicherung unabhängig (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1565; BGE 119 II 40, E. 2b).

c) Fehlende Rechtfertigung

Die Bereicherung ist ungerechtfertigt, wenn kein Rechtsgrund vorliegt, der den Vermögensvorteil des Bereicherten (zulasten des Entreicherten) rechtfertigt (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1476).

Subsumtion

In casu hat sich das Vermögen des VS um CHF 2'250 vergrössert (Bereicherung) und das Vermögen von DSA sich um CHF 2'250 vermindert (Entreicherung). Da gemäss Bundesgerichtsrechtsprechung auf das Erfordernis der Konnexität verzichtet werden kann, wird es hier nicht geprüft. Nach dem Sachverhalt schloss VS als Stellvertreter von FG keinen Vertrag mit DSA ab; daher wurde die Provision ohne Rechtfertigung bezahlt.

1.3 Kondiktionssperren

a) Freiwillige Zahlung einer Nichtschuld (Art. 63 Abs. 1 OR)

Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann gemäss Art. 63 Abs. 1 OR das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat.

Bestehen beim Leistenden jedoch Zweifel am Rechtsgrund, ist ihm die Rückforderung nach Art. 63 Abs. 1 versagt (BSK/OR- SCHULIN, Art. 63 Rz. 4).

b) Erfüllung einer verjährten Schuld oder einer sittlichen Pflicht

Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde.

Subsumption

Vorliegend ist die Konditionssperre der freiwilligen Zahlung einer Nichtschuld höchstwahrscheinlich gegeben, da DSA die Provision bezahlt hat, obwohl Unsicherheit hinsichtlich der Anspruchsberechtigung von VS herrschte. Da DSA Zweifel am Rechtsgrund hatte, ist der Anspruch gegen VS auf Rückzahlung der Provision versagt.

[Andererseits kann argumentiert werden, dass DSA keinen Grund hatte, über die Vertretung des vertrauenswürdigen Handelsagenten VS zu zweifeln. Wird keine Konditionssperre angenommen, kann der Anspruch weiter geprüft werden:]

1.4 Rechtsfolgen

Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR ist die Bereicherung zurückzuerstatten. Sie ist dabei grundsätzlich in natura zu leisten, subsidiär ist Wertersatz geschuldet. Grundsätzlich ist die Bereicherung in vollem Umfang zu erstatten. Sie besteht generell in der Differenz zwischen dem jetzigen und demjenigen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1512–27).

Subsumtion

Vorliegend hat VS vermutlich die Bezahlung in Form einer Geldleistung empfangen, sodass eine Geldleistung geschuldet ist. Die Differenz zwischen dem jetzigen und demjenigen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge, beträgt CHF 2'250.

DSA hat einen Anspruch auf CHF 2'250 gegen VS aus ungerechtfertigter Bereicherung.

2. Verjährung

Die Verjährung untersagt die Einklagbarkeit der Forderung, welche weiterhin besteht.

Die relative Verjährungsfrist beträgt ein Jahr und beginnt in jenem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Entreicherte von seinem Anspruch Kenntnis erhält (Art. 67 Abs. 1 OR). Nach dem Bundesgericht ist die Kenntnis des Bereicherungsanspruchs gegeben, wenn der Verletzte keinen Anlass und keine Möglichkeit zur weiteren Abklärung sowie genügend Unterlagen zur

Klageerhebung hat (BGE 127 III 421, E. 4b).

Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen (Art. 142 OR). Der Schuldner der verjährten Forderung ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu verweigern (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 3361).

In casu ist der Bereicherungsanspruch entstanden, als die Provision im Sommer 2018 bezahlt wurde. Hier kann auf die Ausführungen unter Punkt II.3 verwiesen werden.

Der Anspruch DSA gegen VS auf Rückzahlung der Provision aus Art. 62ff. OR ist im Oktober 2019 höchstwahrscheinlich verjährt. Im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung wäre der Anspruch gehemmt, wenn VS die Einwendung der Verjährung erhebt.

3. Fazit

Lösung 1: DSA hat keinen Anspruch gegen VS aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe von CHF 2'250, da DSA Zweifel am Rechtsgrund der Bezahlung hatte und die Provision trotzdem bezahlt hat.

Lösung 2: DSA hat einen Anspruch gegen VS aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe von CHF 2'250. Jedoch ist die Verjährungsfrist höchstwahrscheinlich im Oktober 2018 abgelaufen. Damit kann DSA die Rückzahlung der Provision zwar von VS einfordern, jedoch nicht gerichtlich einklagen.

IV. Gesamtfazit

DSA hat einen Anspruch gegen VS auf Rückzahlung der Provision (CHF 2'250) wegen vollmachtloser Vertretung gemäss Art. 39 Abs. 1 OR sowie (Lösung 2) aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Bereicherungsanspruch hat einen subsidiären Charakter (vgl. GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1499) und ist deswegen subsidiär zum Anspruch aus vollmachtloser Vertretung.

Lösungsvorschlag zu Teil 2

Vorüberlegungen²

Was kann FG beanspruchen?

Hier wird nach den rechtlichen Beziehungen zwischen FG und GS gefragt, nachdem das Material für die Werkarbeiten von einem Dieb gestohlen wurde. FG und GS haben einen Werkvertrag (Art. 363ff. OR) abgeschlossen. Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen der Diebstahl des zur Herstellung des Werks benötigten Materials zeitigt.

- I. Die Übergabe des 6-Karat Diamanten (Wert: CHF 72'000) kann als Vorbereitungshandlung des Gläubigers betrachtet werden. Nach Ausführung der Arbeiten soll der in den Ring eingefasste Diamant zurückgegeben werden (Ablieferung des Werkes nach Art. 363 OR). Der Anspruch bzgl. der Rückgabe einer im Rahmen von Vorbereitungshandlungen überlassenen Sache soll nach der Vertragshaftung von Art. 97ff. OR geprüft werden (vgl. BGE 113 II 421 2b), da die Nichtrückgabe der anvertrauten Sache eine Vertragsverletzung darstellt.
- II. Der Vorschuss von CHF 4'500 ist dagegen eine Leistung des Gläubigers (Bezahlung der Vergütung im Sinne von Art. 373 OR). Die geleistete Werkarbeit ist eine Leistung des Schuldners (Herstellung eines Werkes nach Art. 363 OR). Es muss nun geprüft werden, welche Rechtsfolgen nach dem Diebstahl bzgl. schon erbrachter Leistungen eintreten. Ersichtlich sind die Rechtsfolgen der Nichtleistung nach Art. 97ff. OR, des Verzugs nach Art. 102ff. OR oder der Unmöglichkeit nach Art. 119 OR.

- I. Anspruch von FG auf Schadenersatz in Höhe von CHF 72'000 gegen GS wegen Verletzung der Obhutspflicht (positive Vertragsverletzung) aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 365 Abs. 2 OR**

1. Zustandekommen des Werkvertrags

Übereinstimmende Willenserklärung und Werkvertrag

Nach Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags der Austausch gegenseitiger übereinstimmender Willenserklärungen erforderlich. Wenn sich die Parteien übereinstimmend geäußert, verstanden, und in diesem Verständnis geeinigt haben, liegt ein tatsächlicher oder natürlicher Konsens vor.

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR).

Subsumtion

FG und GS haben einen Werkvertrag abgeschlossen.

² Die Vorüberlegungen dienen hier lediglich der didaktischen Aufbereitung. Sie sind jedoch in einer Prüfung nicht nieder zu schreiben.

2. Gültigkeit des Werkvertrags

Der Vertrag ist ungültig, wenn (wesentliche) Willensmängel, Inhaltsmängel oder Formmängel vorliegen.

Aus dem Sachverhalt sind keine Hinweise zu entnehmen, die auf eine Ungültigkeit des Werkvertrags hindeuten.

3. Solidarität von Hans und Julius

Solidarschuldnerschaft

Solidarität unter mehreren Schuldern entsteht, wenn sie erklären, dass dem Gläubiger gegenüber jeder einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wolle (Art. 143 OR). Der Gläubiger kann nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern (Art. 144 Abs. 1 OR).

Solidargläubigerschaft

Solidarität unter mehreren Gläubigern entsteht, wenn der Schuldner erklärt, jeden einzelnen auf die ganze Forderung berechtigen zu wollen sowie in den vom Gesetze bestimmten Fällen (Art. 150 OR). Die Leistung an einen der Solidargläubiger befreit den Schuldner gegenüber allen (Art. 150 Abs. 2 OR).

Typische Konstellation für Solidarschuldverhältnisse sind die Personengeschafter für Gesellschaftsverbindlichkeit, namentlich die einfache Gesellschaft (siehe Art. 544 Abs. 3 OR).

Subsumtion

Ein weiteres Merkmal des Werkvertrags ist die Solidarität von Hans und Julius. *Hans und Julius arbeiten vermutlich zusammen als Goldschmiede in einer einfachen Gesellschaft.* Sie sind daher für die Forderung von FG solidarisch verantwortlich. FG kann gemäss Art. 144 Abs. 1 OR frei wählen, ob er Hans oder Julius oder beide zusammen belangen will. Dazu dürfen beide FG für ihre Forderung als Solidargläubiger belangen.

4. Anspruch auf Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR)

Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 97 Abs. 1 OR).

Die Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs des Art. 97 Abs. 1 OR sind:

a) Schaden

Schaden (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2620) ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung auf Gläubigerseite, welche in der Abnahme der Aktiven oder der Zunahme der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn besteht. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen

Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne die positive Vertragsverletzung aufweisen würde (sog. Differenztheorie).

b) Positive Vertragsverletzung (Verletzung einer Nebenpflicht)

Der Kerntatbestand der positiven Vertragsverletzung liegt in der nicht gehörigen Erfüllung (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2619). Dabei haben Praxis und Lehre verschiedene Kategorien differenziert (Schlechtleistung, Verletzung einer Nebenpflicht, antizipierter Vertragsbruch, Verletzung einer Unterlassungspflicht).

Nebenpflichten können ausdrücklich im Gesetz verankert sein, aus dem Gesetz abgeleitet (aus dem Vertrauensprinzip bzw. dem Grundsatz von Treu und Glauben) oder von den Parteien vereinbart werden. Bei der Typologie der Hauptnebenpflichten werden Obhuts- und Schutzpflichten, Informations- und Aufklärungspflichten, Verschaffungs- bzw. Mitwirkungspflichten erörtert (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2637–50).

Im Falle der Übergabe von Material im Rahmen eines Werkvertrags kommen Obhuts- und Schutzpflichten zum Tragen. Die Parteien sind verpflichtet, gegenseitig ihre Rechtsgüter (Leib, Leben, Eigentum) zu schützen. Wird ein Rechtsgut eines anderen Partners durch den anderen verletzt, handelt es sich um einen sog. Integritätsschaden (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2643).

Den vom Besteller gelieferten Stoff hat der Unternehmer mit aller Sorgfalt zu behandeln, über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen und einen allfälligen Rest dem Besteller zurückzugeben (Art. 365 Abs. 2 OR; vgl. auch den im Art. 365 Abs. 1 OR verankerten Verweis auf die Sorgfaltspflicht im Arbeitsrechts in Art. 321e OR). Bzgl. des Schutzes vor Diebstahl durch den Unternehmer erwägt das Bundesgericht den Massstab der Sorgfalt des Arbeitnehmers:

*"De la disposition précitée découle en particulier le devoir de l'entrepreneur de prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de sa part pour éviter que la chose qui lui a été confiée ne soit dérobée (GAUCH, *ibid.*; GAUTSCHI, n. 32 c ad art. 365; BECKER, n. 6 ad art. 365). L'étendue du devoir de diligence incombant à l'entrepreneur se détermine en principe selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent au travailleur (art. 364 al. 1 CO qui renvoie à l'art. 321e al. 2 CO). Elle dépend singulièrement des facteurs de risque propres à l'affaire considérée." (BGE 113 II 421, E. 2a)*

Die Sicherung vor Diebstahl des vom Besteller gelieferten Stoffes gehört zu den selbstverständlichen Nebenpflichten des Werkunternehmers.

c) Verschulden

Der Schuldner muss für die nicht gehörige Erfüllung verantwortlich sein. Ein objektiv schuldhaftes Verhalten ist gegeben, wenn vom unter den gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten abgewichen wird (REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Rz. 834, 844).

d) Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang

Natürliche und adäquate Kausalität (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2621) müssen vorliegen. Zwischen Vertragsverletzung und Schaden muss eine natürliche Kausalität bestehen, d.h. die Vertragsverletzung muss *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden sein (BGE 132 III

715, E. 2.2). Die Vertragsverletzung ist adäquat kausal, wenn sie „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet“ ist, „einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“.

Subsumtion

In casu können GS dem FG den Diamanten im Wert von CHF 72'000 nicht mehr zurückgeben, sodass die Erfüllung des Werkvertrags nicht mehr erbracht werden kann. Der Schaden ist nach dem Wert des gestohlenen Diamanten zu bemessen, d.h. in Höhe von CHF 72'000.

GS könnten ihre Schutzpflicht des gelieferten Stoffes verletzt haben, indem der Diamant in ihrem Lokal gestohlen wurde. Hier ist es schwierig zwischen Verletzung der Sorgfaltspflicht und Verschulden zu unterscheiden. Gemäss Sachverhalt ist die Werkstatt nach hohem Standard gesichert (Alarm, gesicherte Türen, moderne Tresoranlage). Es kann damit gerechnet werden, dass GS alle nötigen Vorkehrungen zum Schutze getroffen haben. Es liegt daher weder eine positive Verletzung von Nebenpflichten (Obhuts- und Schutzpflichten) noch ein Verschulden von GS vor.

Die Prüfung des Kausalzusammenhangs erübrigt sich.

5. Fazit

In casu trifft GS keine Verantwortung für den Diebstahl des Diamanten in ihrer Werkstatt, sodass FG keinen Anspruch auf Schadenersatz von CHF 72'000 aus positiver Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 365 Abs. 2 OR) hat.

Die Schadenersatzanspruchsgrundlage von Art. 107 Abs. 2 bzw. 109 Abs. 2 OR (Schuldnerverzug) ist wegen Nichtvorhandenseins des Verschuldens strategisch nicht interessant. FG hat keinen Anspruch auf Rückzahlung des Diamanten gegen GS.

II. Anspruch von FG auf Rückzahlung des Vorschusses von CHF 4'500 aus Art. 119 Abs. 2 OR

Der Vorschuss von CHF 4'500 ist eine Leistung des Gläubigers (*Bezahlung der Vergütung im Sinne von Art. 373 OR*). Es muss bestimmt werden, welche Rechtsfolgen nach dem Diebstahl des Diamanten eintreten sollen. In Frage kommen die Rechtsfolgen des Verzugs nach Art. 102ff. OR oder der Unmöglichkeit nach Art. 119 OR.

1. Unmöglichkeit der Leistungen nach Art. 119 OR

1.1. Definition der Unmöglichkeit und Abgrenzung zum Schuldnerverzug

Unmöglichkeit der Leistung bedeutet, dass die Sache untergegangen oder die Erfüllung aus anderen Gründen dauerhaft nicht mehr möglich ist (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2523).

Zunächst muss der Schuldnerverzug von der Leistungsunmöglichkeit abgegrenzt werden. Ist eine Leistung noch möglich, erfüllt sie der Schuldner jedoch nicht rechtzeitig, so befindet sich der

Schuldner im Schuldnerverzug (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2656). Ist eine Leistung lediglich vorübergehend unmöglich, so gelangen die Verzugsregeln nach Art. 102ff. OR zur Anwendung (BK/OR-WEBER, Art. 97 Rz. 16).

1.2. Abgrenzung der verschuldeten bzw. unverschuldeten, anfänglichen bzw. nachträglichen und objektiven bzw. subjektiven Unmöglichkeit

In einem ersten Schritt muss geprüft werden, ob die Unmöglichkeit vom Schuldner verschuldet oder unverschuldet wurde (Verantwortung des Schuldners oder seiner Hilfspersonen nach Art. 101 OR). Art. 119 OR kann nur im Falle der Abwesenheit von Schuldnerverantwortung angewendet werden, sonst wird bei Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung (wie die mangelnde Sicherung der Geschäftsräume als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht) Art. 97 OR angewendet.

Zu unterscheiden ist zunächst die nachträgliche und die anfängliche Unmöglichkeit (Eintritt vor oder nach Vertragsschluss). Art. 119 OR kann nur im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit angewendet werden, sonst gilt Art. 20 OR.

Schliesslich muss geprüft werden, ob die Unmöglichkeit eine subjektive oder eine objektive ist. Bei der objektiven Unmöglichkeit kann niemand mehr die Leistung erbringen, wobei sowohl tatsächliche als auch rechtliche Hindernisse den Grund für die Unmöglichkeit bilden können (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2558-62). Bei der subjektiven Unmöglichkeit kann der Schuldner nicht die Leistung erbringen, jedoch ein Dritter schon.

Im Falle des unbekanntes Lageortes des Gegenstandes einer Sachleistung (z.B. beim Diebstahl einer Sache) liegt ein Grenzfall vor, da die Sache noch existiert und die Leistung an sich möglich wäre (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2570). Die herrschende Lehre verteidigt jedoch, dass der Diebstahl als objektive Unmöglichkeit angenommen werden muss (BK/OR-WEBER, Art. 97 Rz. 132; dagegen GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2570 Fn. 44).

Subsumtion

In casu ist die Unmöglichkeit auf jeden Fall eine nachträgliche, da zur Zeit des Vertragsabschlusses sowie vor dem Diebstahl eine Leistung von GS möglich war. Sie ist auch unverschuldet, da GS keine Verantwortung für den Diebstahl trifft. Die Räume wurden nach hohem Standard gesichert, sodass keine positive Vertragsverletzung (siehe Art. 97ff. OR) vorliegt (siehe oben Punkt 2.1.4.b).

Die Frage nach der Subjektivität bzw. der Objektivität der Unmöglichkeit ist strittiger. Der Diamant befindet sich bei einem unbekanntes Besitzer und könnte wiedergefunden werden. Der Diamant ist aufgrund des Diebstahls möglicherweise für eine kurze Zeit verschwunden und ist schwer zerstörbar, sodass hier ein Grenzfall vorliegt.

Streng gesehen handelt es sich um einen Fall der unverschuldeten, subjektiv-nachträglichen Unmöglichkeit, obwohl ein Teil der Lehre den Diebstahl als ein Fall der unverschuldeten, objektiv-nachträglichen Unmöglichkeit systematisch behandelt (siehe Punkt 2).

2. Rechtsfolgen der unverschuldeten, objektiv-nachträglichen Unmöglichkeit bzw. der unverschuldeten, subjektiv-nachträglichen Unmöglichkeit: Art. 119 oder

102ff. OR?

Die herrschende Lehre verteidigt, dass der Diebstahl als objektive Unmöglichkeit angenommen werden muss (BK/OR-WEBER, Art. 97 Rz. 132; dagegen GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2570 Fn. 44). Damit soll Art. 119 OR angewendet werden.

Bei der unverschuldeten-subjektiven Unmöglichkeit ist es strittig, welche Rechtsfolgen eintreten.

Das Bundesgericht und die überwiegende Lehre behandeln die unverschuldete subjektiv-nachträgliche Unmöglichkeit nach Art. 119 OR (BGE 135 III 212, E.3; GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2573):

„Nach Art. 119 OR gilt die Forderung nur als erloschen, soweit der Schuldner die Umstände, welche zur Unmöglichkeit geführt haben, nicht zu verantworten hat. Andernfalls erlischt die Schuld nicht, sondern wandelt sich nach Art. 97 OR in eine Schadenersatzpflicht um (vgl. BGE 122 III 66 E. 3c). Die Leistung ist indessen noch nicht unmöglich, wenn sie bloss erheblich erschwert ist; das Leistungshindernis muss sich für den Schuldner als geradezu unüberwindbar herausstellen, was bei nachträglich weggefallener Verfügungsmacht über den Leistungsgegenstand erst dann der Fall ist, wenn der Schuldner überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, die Verfügungsmacht zurückzuerlangen [...]“ (BGer, 2.10.2012, 4A_189/2012, E. 5.2)

Somit haben die unverschuldete, subjektiv-nachträgliche Unmöglichkeit sowie die unverschuldete, objektiv-nachträgliche Unmöglichkeit die gleichen Rechtsfolgen.

Die Minderheitsmeinung ordnet dagegen die unverschuldete subjektiv-nachträgliche Unmöglichkeit den Art. 102ff. OR zu (GAUCH/SCHLUEP Rz. 2575–86).

3. Rechtsfolgen von Art. 119 OR

Der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung wird von seiner Leistungspflicht ohne Pflicht zur Schadenersatzleistung befreit (Art. 119 Abs. 1 OR). Bereits empfangene Leistungen müssen zurückerstattet werden und die noch nicht erfüllten Gegenforderungen gelten als erloschen (Art. 119 Abs. 2 OR). Es handelt sich dabei entweder um einen vertraglichen (Art. 97 ff. OR) oder bereicherungsrechtlichen (Art. 62ff. OR) Anspruch (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2543–46). Die neuere Lehre spricht sich auch hier für ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis aus.

Subsumtion

GS müssen FG die Vorschussanzahlung von CHF 4'500 zurückerstatten, da dies eine empfangene Leistung darstellt.

Dagegen erlischt die mögliche Forderung von GS für die geleistete Werkarbeit als noch nicht erfüllte Gegenforderung. Bei der teilweisen Erfüllung der Gegenleistung, welche noch nicht empfangen wurde, ist das Ergebnis unbillig.

4. Fazit

GS als Solidarschuldner schulden FG wegen der unmöglich gewordenen Leistungen eine Rückerstattung des Vorschusses in Höhe von CHF 4'500.

FG schuldet GS dagegen den Wert der geleisteten Werkarbeit nicht, da noch nicht erfüllte Gegenforderungen als erloschen gelten. Die Anwendung von Art. 119 OR ist indessen für FG vorteilhaft.

III. Alternative Lösung³: Anspruch von FG auf Rückzahlung des Vorschusses von CHF 4'500 aus Art. 109 Abs. 1 i.V.m Art. 366 OR

Folgt man der Mindermeinung soll die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit unter Art. 102ff. OR subsumiert werden (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2575–86).

Fraglich ist dann, ob GS sich in Verzug befinden und damit einen Vertragsrücktritt gemäss Art. 107 Abs. 2 OR und einen Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen gemäss Art. 109 Abs. 1 OR offen sind.

1. Voraussetzungen des Verzugs

Zunächst müssen die Voraussetzungen des Verzugs nach Art. 102 Abs. 1 OR geprüft werden:

a) Fälligkeit der Forderung

Ist eine Forderung fällig, kann der Gläubiger die Erfüllung ab dem Fälligkeitszeitpunkt verlangen (Art. 102 Abs. 1 OR). In erster Linie gelten zur Bestimmung der Fälligkeit einer Forderung die vertraglichen Bestimmungen; dispositiv gilt die Vermutung der sofortigen Fälligkeit nach Art. 75 OR.

Art. 366 Abs. 1 OR erweitert jedoch die in Art. 102ff. OR vorgesehenen Rücktrittsmöglichkeiten des Bestellers auf die Zeit vor der Fertigstellung des Werkes, erlaubt also nicht erst bei Fälligkeit der Leistung, sondern schon dann einen Rücktritt, wenn absehbar ist, dass die Vollendung nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann.

b) Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit

Eine Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht leistet, obwohl die Leistung noch möglich wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung würde die subjektive Unmöglichkeit den Verzug nicht ausschliessen (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2658).

c) Mahnung oder bestimmter Verfalltag

Der Gläubiger entscheidet normalerweise frei über den Erfüllungszeitpunkt. Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Der Schuldner befindet

³ Im Falle von alternativen Lösungen (welche sich aus der Doktrin bzw. der Rechtsprechung ergeben) muss nur eine Lösung präsentiert werden.

sich sodann unmittelbar nach Verstreichen des sog. Verfalltags im Verzug.

d) Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung

Dem Schuldner stehen sodann bei zweiseitigen Verträgen Einreden zur vorläufigen Abwehr des Erfüllungsanspruchs des Schuldners zur Verfügung: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR und jene der Zahlungsunfähigkeit nach Art. 83 OR (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2661–65).

Subsumtion

In casu wurde der Diamant gestohlen, sodass die Nichtleistung durch GS sicher ist. Die Leistung ist an sich möglich, da der Diamant nur gestohlen wurde. Eine Mahnung ist wegen dem Diebstahl unnützlich. Dagegen ist der vereinbarte Verfalltag der 20. Juli. Nur nach diesem Tag kommen GS in Verzug. GS haben kein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 oder Art. 83 OR.

Alle Voraussetzungen des Verzugs sind erfüllt, sodass GS in Verzug nach Art. 102ff. OR geraten sind.

2. Vertragsrücktritt und Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen

Wenn der Schuldner in Verzug fällt, stehen dem Gläubiger die Rechtsbehelfe der Art. 107–109 OR bei Vorliegen eines vollkommen zweiseitigen Vertrags (Austauschleistungen) zur Verfügung. Der Gläubiger kann dabei den vorteilhaftesten Anspruch aus einer Reihe von Rechtsbehelfen wählen (HUGUENIN, Rz. 911).

a) Nachfrist zur Erfüllung

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR). Diese Nachfrist stellt eine letzte Chance für den Schuldner dar. Die Bemessung soll nach Möglichkeit der Leistung erfolgen (BGE 103 II 102, E. 1b).

Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnützlich erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Es ist auf eine Nachfrist zu verzichten, wenn der Schuldner erklärt, dass er dem Gläubiger nicht leisten wird (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2742).

b) Wahlrechte des Schuldners (Art. 107 Abs. 2 OR)

Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten (Art. 107 Abs. 2 OR).

Aus dieser Bestimmung leiten sich folgende Wahlrechte des Gläubigers ab (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2759–812):

- Erstes Wahlrecht:
 - o Festhalten an der Leistung (Erfüllung) + Verspätungsschaden, oder
 - o Verzicht auf nachträgliche Leistung → zweites Wahlrecht
- Zweites Wahlrecht (mit unverzüglicher Erklärung):
 - o Aufrechterhalten des Vertrags + Umwandlung der Leistungspflicht in eine verschuldensabhängige Schadenersatzpflicht (positives Interesse nach Art. 107 Abs. 2 OR, d.h. Wert der ausgebliebenen Leistung und Verspätungsschaden) mit Fortbestand der Leistungspflicht des Gläubigers, oder
 - o Rücktritt vom Vertrag (Abwicklungsverhältnis nach Art. 109 Abs. 1 OR) + Ersatz des negativen Interesses (Art. 109 Abs. 2 OR)

Im Falle eines Werkvertrags sieht Art. 366 Abs. 1 OR auch die Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR vor.

c) Vertragsrücktritt und Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein Abwicklungsverhältnis (Art. 109 Abs. 1 OR)

Wer vom Verträge zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern (Art. 109 Abs. 1 OR). Entgegen dem missverständlichen Wortlaut gilt Art. 109 Abs. 1 OR für beide Parteien (BSK/OR- WIEGAND, Art. 109 Rz. 4). Das Schuldverhältnis wandelt sich sodann in ein Abwicklungsverhältnis (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2804–07):

- Die gegenseitigen Forderungen der Parteien auf Leistung erlöschen, soweit sie noch bestehen;
- Jede Partei hat Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen.

d) Ersatz des negativen Interesses

Der Gläubiger kann, sofern der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten hat (d.h. sich nicht exkulpieren kann) gemäss Art. 109 Abs. 2 OR Ersatz des negativen Interesses verlangen.

Subsumtion

In casu ist die Festsetzung einer Nachfrist zur Erfüllung unnütz, da der Diamant nicht mehr zur Verfügung von GS steht. FG kann damit das zweite Wahlrecht ausüben. Dafür muss FG GS unverzüglich erklären, dass er auf die nachträgliche Leistung verzichtet und vom Vertrag zurücktreten will. Dadurch wandelt sich der Werkvertrag in ein Abwicklungsverhältnis um. FG hat Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses in Höhe von CHF 4'500; dagegen haben jedoch GS Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Werkarbeit.

Wie oben gezeigt wurde, trifft GS kein Verschulden, womit FG keinen Anspruch auf den Ersatz des negativen Interesses hat, d.h. z.B. den Wert des gestohlenen Diamanten.

IV. Fazit

FG hat Anspruch gegen GS auf Rückzahlung des Vorschusses in Höhe von CHF 4'500 aus Art. 109 Abs. 1 OR.

Da bei der Anwendung der Verzugsregeln GS auch einen Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Werkarbeit aus Art. 109 Abs. 1 OR hat, ist das Vorgehen nach Art. 119 OR für FG vorteilhafter.

Lösungsvorschlag zu Teil 3

Vorüberlegungen⁴

Was kann Alessandro Anello tun?

A hat zwei Anspruchsgrundlagen:

- I. Anspruch wegen des gescheiterten Kaufvertrags (Schadenersatz);
- II. Anspruch auf Bezahlung des Pauschalbetrags.

I. Anspruch von A gegen FG auf Schadenersatz in Höhe von CHF 3'000 gemäss Art. 109 Abs. 2 OR

Voraussetzung dieses Schadenersatzanspruchs ist zunächst, dass überhaupt ein Vertrag bestanden hat. Dann muss ein eventueller Schadenersatzanspruch nach den Grundsätzen des Art. 107 OR geprüft werden.

1. Zustandekommen des Kaufvertrags

Übereinstimmende Willenserklärung und Kaufvertrag

Nach Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags der Austausch gegenseitiger übereinstimmender Willenserklärungen erforderlich. Wenn sich die Parteien übereinstimmend geäußert, verstanden, und in diesem Verständnis geeinigt haben, liegt ein tatsächlicher oder natürlicher Konsens vor.

Durch den Kaufvertrag verpflichten sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 OR).

Subsumtion

In casu haben FG und A einen Kaufvertrag abgeschlossen. Vereinbart ist der Kauf eines antiquarischen Rings, welcher von FG spezifiziert werden muss.

Der Kaufvertrag enthält zwei Besonderheiten in Form von:

- 1.1. Wahlobligation des Käufers;
- 1.2. Konventionalstrafe.

1.1. Wahlobligation des Käufers

Ist die Schuldpflicht in der Weise auf mehrere Leistungen gerichtet, dass nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht die Wahl dem Schuldner zu, insofern sich aus dem Rechtsverhältnis nichts anderes ergibt (Art. 72 OR). Die Wahlerklärung ist unwiderruflich.

⁴ Die Vorüberlegungen dienen hier lediglich der didaktischen Aufbereitung. Sie sind jedoch in einer Prüfung nicht nieder zu schreiben.

Subsumtion

In casu trifft FG eine Wahlobligation, da dieser spätestens am 20. August einen der beiden Ringe wählen und diese Wahl A kommunizieren muss.

1.2. Konventionalstrafe

Wenn für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so ist der Gläubiger mangels anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern (Art. 160 OR).

Subsumtion

Die Parteien haben sich im Rahmen des Kaufvertrags über eine Konventionalstrafe geeinigt. Im Falle von Nichteinhaltung einer vertraglichen Frist, soll ein Betrag von CHF 5'000 bezahlt werden.

2. Gültigkeit des Werkvertrags

Der Vertrag ist ungültig, wenn (wesentliche) Willensmängel, Inhaltsmängel oder Formmängel vorliegen.

Subsumtion

Aus dem Sachverhalt sind keine Hinweise zu entnehmen, die auf eine Ungültigkeit des Werkvertrags hindeuten.

3. Gläubigerverzug durch den Käufer

3.1. Keine rechtzeitige Vornahme einer Vorbereitungshandlung durch den Gläubiger (Käufer)

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert (Art. 91 OR). Im Falle der Wahlobligation gerät der Gläubiger in Verzug, wenn er das Wahlrecht nicht ausübt, da nach Rechtsprechung des Bundesgerichts zugleich ein *Schuldnerverzug* des Käufers vorliegt (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 3227, BGE 110 II 148, E. 1a). *Ist mit der Unterlassung der Wahl die Weigerung zur Bezahlung des Kaufpreises verbunden, liegt nach Rechtsprechung ein Schuldnerverzug des Käufers im Rahmen eines zweiseitigen Vertrags vor, sodass Art. 95 und Art. 107–109 OR anwendbar sind (vgl. BGE 110 II 148, E. 1b).*

Subsumtion

FG als Käufer hätte A spätestens am 20. August seine Wahl zwischen den zwei Ringen kommunizieren müssen. Diese Wahl wurde ohne Rechtfertigung unterlassen, sodass FG in Gläubigerverzug gerät. Da es sich nicht um eine Sachleistung handelt und FG die Bezahlung des Kaufpreises verweigert hat, sind die Bestimmungen über den Schuldnerverzug nach Art. 107–109

OR analog anwendbar.

3.2. Analoge Anwendung der Bestimmungen über den Schuldnerverzug (Art. 107–109 OR): Vertragsrücktritt

Vorbemerkung: Hier werden die Bestimmungen über den Schuldnerverzug angewendet. Der Käufer wird als Schuldner, der Verkäufer als Gläubiger hinsichtlich des Kaufpreises betrachtet.

Da der Schuldner des Kaufpreises (Käufer) in Verzug geraten ist (Art. 91 und 95 OR), stehen es dem Gläubiger (Verkäufer) die Rechtsbehelfe der Art. 107–109 OR bei Vorliegen eines vollkommen zweiseitigen Vertrags (Austauschleistungen) zur Verfügung. Der Gläubiger kann den vorteilhaftesten Anspruch aus einer Reihe von Rechtsbehelfen wählen (HUGUENIN, Rz. 911).

Bei der Weigerung der Kaufpreiszahlung ist ein Rücktritt des Vertrags sowie ein Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 109 Abs. 2 OR sachlich angemessen. Damit erlöschen die gegenseitigen Verpflichtungen des Kaufvertrags.

a) Nachfrist zur Erfüllung

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR). Diese Nachfrist stellt eine letzte Chance für den Schuldner dar. Die Bemessung soll nach Möglichkeit der Leistung erfolgen (BGE 103 II 102, E. 1b).

Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Man kann auf eine Nachfrist verzichten, wenn der Schuldner erklärt, dass er dem Gläubiger nicht leisten wird (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2742).

b) Wahlrechte des Gläubigers (Art. 107 Abs. 2 OR)

Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR).

Aus dieser Bestimmung leiten sich folgende Wahlrechte des Gläubigers ab (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2759–812):

- Erstes Wahlrecht:
 - Festhalten an der Leistung (Erfüllung) + Verspätungsschaden, oder
 - Verzicht auf nachträgliche Leistung → zweites Wahlrecht
- Zweites Wahlrecht (mit unverzüglicher Erklärung):
 - Aufrechterhalten des Vertrags + Umwandlung der Leistungspflicht in eine verschuldensabhängige Schadenersatzpflicht (positives Interesse nach Art. 107 Abs. 2 OR, d.h. Wert der ausgebliebenen Leistung und Verspätungsschaden) mit

Fortbestand der Leistungspflicht des Gläubigers, oder

- Rücktritt vom Vertrag (Abwicklungsverhältnis nach Art. 109 Abs. 1 OR) + Ersatz des negativen Interesses (Art. 109 Abs. 2 OR)

c) Vertragsrücktritt und Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein Abwicklungsverhältnis (Art. 109 Abs. 1 OR)

Wer vom Verträge zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern (Art. 109 Abs. 1 OR). Entgegen dem missverständlichen Wortlaut gilt Art. 109 Abs. 1 OR für beide Parteien (BSK/OR-WIEGAND, Art. 109 Rz. 4). Das Schuldverhältnis wandelt sich in ein Abwicklungsverhältnis (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2804–07):

- Die gegenseitigen Forderungen der Parteien auf Leistung erlöschen, soweit sie noch bestehen;
- Jede Partei hat Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen.

Subsumtion

In casu ist eine Nachfristansetzung nutzlos, da FG A am 23. August deutlich per Email mitgeteilt hat, dass er den Kaufpreis nicht mehr bezahlen will, da Irina ihn verlassen hat. In dieser besonderen Konstellation kann A auf eine Nachfristansetzung gemäss Art. 108 Abs. 1 OR verzichten.

Da FG nicht mehr leisten will, scheint es zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen angebracht, vom Vertrag zurückzutreten und Schadenersatz auf das negative Interesse zu fordern (Art. 109 Abs. 2 OR). Dafür muss A FG eine unverzügliche Rücktrittserklärung abgeben.

In casu haben weder FG noch A geleistet, sodass keine Forderungen aus dem Rückabwicklungsverhältnis bestehen.

4. Schadenersatz aus Art. 109 Abs. 2 OR

Der Gläubiger kann, sofern der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten hat (d.h. sich nicht exkulpieren kann), gemäss Art. 109 Abs. 2 OR Ersatz des negativen Interesses verlangen. Die Frage der Anwendung der Schadenersatzregelung im Falle des Gläubigerverzugs ist umstritten; jedoch ist die Anwendung von Art. 109 Abs. 2 OR der einzige Rechtsbehelf des Schuldners (Verkäufers) (siehe GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2463–65).

Die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches aus Art. 109 Abs. 2 OR sind:

a) Verzug und Vertragsrücktritt

Siehe oben 3.

b) Verschulden des Schuldners am Verzug

Ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses besteht nur, wenn der Verzug vom Schuldner (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2963–3096) verschuldet ist. Nach Art. 97 OR wird das Verschulden vermutet,

wobei dem Schuldner der Exkulpationsbeweis offensteht. Ein objektiv schuldhaftes Verhalten ist gegeben, wenn vom unter den gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten abgewichen wird (REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Rz. 834, 844).

c) Schaden

Ein Schaden (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2846–944) ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung auf Gläubigerseite, welche in der Abnahme der Aktiven oder der Zunahme der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn besteht. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis aufweisen würde (sog. Differenztheorie). Der Geschädigte hat Anspruch auf die Herstellung derjenigen Vermögenslage, in der er sich befände, wenn er keinen Vertrag mit dem Beklagten abgeschlossen hätte (BGE 90 II 285, E. 3).

d) Natürliche und adäquate Kausalität

Natürliche und adäquate Kausalität (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 2945–59a) müssen vorliegen. Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss eine natürliche Kausalität bestehen, d.h. die Vertragsverletzung muss *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden sein (BGE 132 III 715, E. 2.2). Die Vertragsverletzung ist adäquat kausal, wenn sie „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet“ ist, „einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“.

Subsumtion

In casu wurde der Verzug von FG angenommen. A muss eine unverzügliche Vertragsrücktrittserklärung kommunizieren.

Ein Verschulden des FG für die Nichtleistung liegt vor, da er keine Rechtfertigungsgründe innehat, um seine Kaufobligationen nicht zu honorieren.

Es stellt sich die Frage, ob A wegen der Vertragsverletzung durch FG einen Schaden erlitten hat. A hat den Ring nicht dem anderen Klienten verkauft, weil das Angebot noch innerhalb der Reservationsfrist zu Gunsten von FG gemacht wurde. A muss bzgl. der Vermögenslage so gestellt werden, wie wenn er den Kaufvertrag mit den Beklagten nicht abgeschlossen hätte. Hätte A den Kaufvertrag mit FG am 15. August nicht abgeschlossen, hätte er den Ring einem anderen Klienten für CHF 28'000 verkaufen können. Die Vermögensminderung des A beträgt CHF 3'000, da A den Ring dem anderen Kunden nicht verkauft hat.

Die natürliche wie die adäquate Kausalität sind gegeben, da die Weigerung der Kaufpreisleistung durch FG zum Verlust des Gewinns eines Rings geführt hat.

5. Fazit

Zusammenfassend hat FG einen Anspruch gegen A auf Bezahlung von CHF 3'000 aus Schadenersatz gemäss Art. 109 Abs. 2 OR.

Es muss jedoch noch das Verhältnis zwischen dem Schadenersatzanspruch und der

Konventionalstrafe ermittelt werden.
<i>[Die Annahme des Anspruchs von A gegen FG auf Ersatz des positiven Vertragsinteresse in Höhe von CHF 0 sowie des Verspätungsschaden in Höhe von CHF 3'000 gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ist auch möglich und wird hier nicht gesondert geprüft.]</i>
II. Anspruch auf Bezahlung der Konventionalstrafe (Art. 160 OR)
1. Zustandekommen und Gültigkeit der Konventionalstrafe
Siehe oben 1.
2. Eintritt der vertraglichen Bedingung
Gemäss Art. 163 Abs. 2 OR kann die Konventionalstrafe geltend gemacht werden, wenn die Bedingung eintritt, welche die Parteien in der Klausel vereinbart haben und die zu zahlende Partei ein Verschulden trifft.
Subsumtion
Die Bedingung der vorliegenden Vertragsstrafe ist die Nichteinhaltung einer vertraglichen Frist. FG hat A gesagt, dass er die Wahl zwischen zwei Ringen spätestens bis zum 20. August getroffen haben wird. Er hat jedoch nie eine Wahl getroffen, sodass die Frist nicht eingehalten wurde. Damit ist die vereinbarte Bedingung der vertraglichen Strafe eingetreten.
3. Verschulden des Schuldners
Der Verfall der Konventionalstrafe setzt ein Verschulden des Schuldners voraus. Das Verschulden wird nach Art. 97 OR vermutet.
Subsumtion
FG trägt die Verantwortung der Nichteinhaltung der Frist. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt kann sich FG nicht exkulpieren.
4. Verhältnis Konventionalstrafe und Schadenersatz gemäss Art. 161 Abs. 2 OR
Ist eine Konventionalstrafe geschuldet, stellt sich die Frage des Verhältnisses zu einem eventuellen Schadenersatzanspruch des Strafberechtigten.
Ist die vereinbarte Vertragsstrafe höher als der effektiv entstandene Schaden, bleibt dennoch die gesamte Konventionalstrafe geschuldet, da diese keinen Schaden voraussetzt.
Übersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, so kann der Gläubiger den Mehrbetrag nur insoweit fordern, als er ein Verschulden nachweist (Art. 161 Abs. 2 OR). Dies bedeutet, dass der Strafberechtigte nicht vollen Schadenersatz, sondern nur den Mehrbetrag einfordern darf. Es handelt sich jedoch um dispositives Recht, sodass die Parteien vertraglich davon abweichen dürfen

und eine Kumulation von der Strafe und dem vollen Schadenersatz vereinbaren können (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 3817a).

Beweisrechtlich muss systemwidrigerweise der Strafberechtigte im Falle von Art. 161 Abs. 2 OR das Verschulden des Schuldners beweisen (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 3816).

Subsumtion

FG schuldet A einen Schadenersatz in Höhe von CHF 3'000. Dazu muss er auch für die Nichteinhaltung der vertraglichen Frist die Konventionalstrafe in Höhe von CHF 5'000 zahlen. Die vertragliche Klausel sagt nichts über das Verhältnis zwischen der Konventionalstrafe und einem allfälligen Schadenersatzpflicht. Die blosser Nennung der Konventionalstrafe als „Pauschalbetrag“ genügt nach der hier vertretenen Ansicht nicht, um einen Ausschluss des Schadenersatzanspruchs zu begründen.

Der Schaden übersteigt nicht den Betrag der Strafe (vgl. Art. 161 Abs. 2 OR), sodass eine Kumulation angenommen werden kann. Die Höhe der Konventionalstrafe von CHF 5'000 wird der Schadenersatzpflicht von CHF 3'000 kumuliert. Damit hat A einen Anspruch von CHF 8'000.

III. Gesamtfazit

FG schuldet A einen Schadenersatz von CHF 3'000 aus Art. 109 Abs. 2 OR. Zudem muss er die Konventionalstrafe von CHF 5'000 gemäss Art. 160 Abs. 1 OR bezahlen. Nach Kumulation hat A einen Anspruch gegen FG von CHF 8'000 aus Art. 109 Abs. 2 und Art. 160 Abs. 1 OR.