

Prof. Dr. Wolfgang Wiegand  
Bern

# Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001 und 2002

Veröffentlicht in den Bänden 127 und 128

Obligationenrecht

Nicht im Handel



Sonderdruck aus  
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»  
Band 138 · 2003 · Heft 11

---

Stämpfli Verlag AG Bern

# Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001 und 2002

Veröffentlicht in den Bänden 127 und 128

## Obligationenrecht

Von Professor Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern<sup>1</sup>

### Übersicht

#### I. Allgemeiner Teil

- |   |                     |
|---|---------------------|
| 1. Anpassung eines Vertrages  | BGE 127 III 300 ff. |
| 2. Auslegung der Verträge   | BGE 127 III 444 ff. |
| 3. Mängel des Vertragsabschlusses   |                     |
| a) Einrede der Täuschung sowie Verhältnis zu den kaufrechtlichen Sachgewährleistungsrechten | BGE 127 III 83 ff.  |
| b) Irrtum oder Täuschung  | BGE 128 III 70 ff.  |
| 4. Widerruf der Vollmacht   | BGE 127 III 515 ff. |
| 5. Vorleistungspflicht, Art. 82 OR  | BGE 127 III 199 ff. |
| 6. Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme  | BGE 128 III 416 ff. |

#### II. Besonderer Teil

- |   |                     |
|---|---------------------|
| 1. Kaufrecht  |                     |
| a) Gefahrenübergang beim Sukzessivlieferungsvertrag | BGE 128 III 370 ff. |
| b) Grundstückskauf und Haftung des Notars           | BGE 127 III 248 ff. |
| 2. Darlehensvertrag                                 | BGE 128 III 428 ff. |
| 3. Werkvertrag: Ingenieurleistung                   | BGE 127 III 519 ff. |
| 4. Auftrag  |                     |
| a) Haftung des Gutachters                           | BGE 127 III 328 ff. |
| b) Haftung des Anwalts                              | BGE 127 III 357 ff. |
| c) Haftung des Architekten                          | BGE 127 III 543 ff. |
| d) Haftung des (Steuer-)Beauftragten                | BGE 128 III 22 ff.  |
| 5. Kontokorrent und Gültigkeit der Rückbelastung    | BGE 127 III 147 ff. |
| 6. Widerruf einer Anweisung                         | BGE 127 III 553 ff. |
| 7. Bürgschaft: Bestimmbarkeit der Hauptschuld       | BGE 128 III 434 ff. |

#### III. Mietrecht und Arbeitsrecht

- |                            |                     |
|----------------------------|---------------------|
| Kündigung für Vizedirektor | BGE 128 III 129 ff. |
|----------------------------|---------------------|

<sup>1</sup> Unter Mitarbeit von Dr. iur. URS FASEL, Fürsprecher und Notar, Bern.

## I. Allgemeiner Teil

### 1. Anpassung eines Vertrages, BGE 127 III 300 ff.

a) Im Zusammenhang mit dem geplanten Bau der Satellitenstadt «Jolieville» in der Gemeinde Adliswil schlossen A., der Kläger, und der Migros-Genossenschafts-Bund, der Beklagte, am 22. Dezember 1971 einen öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag ab, in dem der Kläger dem Beklagten ab 1. Januar 1972 an 11 002 m<sup>2</sup> Bauland ein auf 100 Jahre befristetes, selbständiges und dauerndes Baurecht einräumte. Der halbjährlich im Voraus zu bezahlende Baurechtszins belief sich auf CHF 19.– pro m<sup>2</sup>, wobei der Vertrag vorsah, dass der Baurechtszins alle fünf Jahre der Veränderung des Landesindex der Konsumentenpreise sowie des Hypothekarzinsfusses der Zürcher Kantonalbank anzupassen sei. Bei Abschluss des Vertrages lagen die Baurechtsgrundstücke in der Wohnzone W2. Im Jahre 1985 wurden sie durch Beschluss des Gemeinderats Adliswil der *Reservezone* zugewiesen. Die dagegen erhobenen Rekurse wurden im September 1992 rechtskräftig abgewiesen.

Mit Schreiben vom 15. September 1993 erklärte der Beklagte dem Kläger, der Baurechtsvertrag habe mit der rechtskräftigen Zuweisung der Baurechtsgrundstücke in die Reservezone seine Grundlage eingebüsst; er sei für ihn deshalb wegen Grundlagenirrtums unverbindlich, eventuell sei der Vertrag als aufgelöst zu betrachten. A. erhob daraufhin Klage auf Bezahlung von ausstehenden Baurechtszinsen in der Höhe von CHF 726 070.–. Das Handelsgericht des Kantons Zürich heisst diese Klage teilweise gut und spricht CHF 181 517.50 nebst Zinsen zu, das Bundesgericht weist die dagegen erhobene Berufung ab.

b) In der Amtlichen Sammlung wurde einzig die Erwägung 5 abgedruckt, in der die Frage behandelt wird, ob der strittige Baurechtsvertrag aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* an die veränderten Umstände anzupassen sei. Das ist aus zwei Gründen ausserordentlich bedauerlich: Zum einen fällt eine vorzüglich begründete Erwägung über den Grundlagenirrtum unter den Tisch, zum anderen gehen sowohl praktisch wie dogmatisch wichtige Aspekte verloren. Aus diesem Grund werden die nicht amtlich

publizierten Erwägungen 2–4 in die Darstellung einbezogen (24. April 2001/4C.34/2000).

c) Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, «ob der von den Parteien geschlossene Baurechtsvertrag aufgrund der Umzonung der Baurechtsgrundstücke in die Reservezone wegen Grundlagenirrtums unverbindlich ist oder ob ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vorliegt, welche eine richterliche Vertragsanpassung zur Folge hätte. Der Beklagte vertritt in einem Eventualstandpunkt zudem die Auffassung, die Erfüllung des Baurechtsvertrags sei durch die Auszonung nachträglich unmöglich geworden (Art. 119 OR)» (E. 2).

Diese drei möglichen Rechtsbehelfe und deren Verhältnis zueinander waren zu erörtern, wobei die Entscheidung des Handelsgerichts den Ausgangspunkt bildete. Dieses hatte sowohl die Voraussetzungen eines Grundlagenirrtums bejaht, wie das Vorliegen veränderter Umstände angenommen und dem «Beklagten in richterlicher Vertragsergänzung gemäss dem hypothetischen Parteiwillen für den Fall der Auszonung eine Kündigungsmöglichkeit mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten» eingeräumt (E. 2).

d) Das Bundesgericht erläutert zunächst gewissermassen das Entscheidungsprogramm: «Leidet der von den Parteien abgeschlossene Vertrag an einem Willensmangel, ist er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich von Anfang an ungültig und entfaltet folglich überhaupt keine Wirkungen. Selbst wenn vorliegend von einer Ungültigkeit *ex nunc* ausgegangen wird [dies hatte das Handelsgericht Zürich im Hinblick auf die Natur des Vertrages als Dauerschuldverhältnis angenommen], verfügt der Irrende bei Bejahung eines Grundlagenirrtums über ein einseitiges – hier ausgeübtes – Gestaltungsrecht, sich vom Vertrag zu lösen. Demgegenüber setzen sowohl die Regelung von Art. 119 OR als auch die richterliche Vertragsanpassung aufgrund veränderter Verhältnisse den Bestand eines gültigen Vertrages voraus (Schmidlin, Berner Kommentar, N 242 zu Art. 23/24 OR). Daraus folgt, dass in einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums vorliegen; ist die Frage zu bejahen, führt dies zur Ungültigkeit des Vertrages, womit sich die Frage nach der Unmöglichkeit der Leistungserbringung nicht stellt und auch die Grundvoraussetzung für eine Vertragsanpassung dahinfällt» (E. 3a).

Das Bundesgericht wiederholt dann die bekannten Voraussetzungen für einen Grundlagenirrtum und hält ausdrücklich fest, dass diese auch für einen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt gelten. Es fährt sodann fort: «Nach Lehre und Rechtsprechung ist Art. 24 Ziff. 4 OR auf Irrtümer über Zukünftiges nur anwendbar, wenn der Irrende sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt, d.h. eine konkrete Fehlprognose gestellt hat» (E. 3c/bb). Bei einem derartigen Irrtum legt das Bundesgericht insbesondere Gewicht darauf, «dass auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit des Eintrittes des zukünftigen Ereignisses für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war. Es legt überdies besonderes Gewicht auf die Voraussetzung, dass der Eintritt des dem Vertrag zugrunde gelegten künftigen Ereignisses mit grosser Sicherheit angenommen werden durfte» (E. 3c/bb). Diese Erfordernisse betont das Bundesgericht im Hinblick darauf, dass andernfalls das Grundprinzip, dass jede Vertragspartei das Risiko künftiger Entwicklungen tragen müsse, durch extensive Anwendung des Grundlagenirrtums ausgehöhlt wäre. (Es folgen Verweise auf BGE 118 II 297 [dazu WIEGAND, ZBJV 1994, 265] sowie zahlreiche Literaturnachweise.)

Die Voraussetzungen für einen derartigen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt werden dann knapp und sehr dezidiert verneint. Das Bundesgericht gelangt zu dem Schluss, dass die Parteien hinsichtlich der zonenrechtlichen Behandlung der Grundstücke keine konkreten Vorstellungen hatten und deshalb eine «Fehlvorstellung über einen hinreichend bestimmten Sachverhalt» nicht gegeben war. Unter diesen Umständen komme eine Berufung auf den Grundlagenirrtum nicht in Betracht, sondern nurmehr einer der beiden anderen angerufenen Rechtsbehelfe.

e) Der Beklagte hatte die Auffassung vertreten, dass seine Zahlungspflicht gemäss Art. 119 Abs. 2 OR erloschen sei, weil dem Kläger die Erfüllung des Baurechtsvertrages durch die Auszönung nachträglich unmöglich geworden sei. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass der Kläger aufgrund des Baurechts zur Duldung der Errichtung von Bauten verpflichtet gewesen sei und dass auch Duldungspflichten unmöglich werden können. Eine Unmöglichkeit will es aber nur dann annehmen, wenn diese mit Gewissheit bis zum Vertragsende besteht oder ihr Wegfall nicht abzusehen ist. Angesichts der hundertjährigen Dauer des Baurechts und in Anbetracht des gesetzlichen

Anspruchs auf Überprüfung des Bauverbots (§ 65 Abs. 4 PBG/ZH) liege eine unabsehbare Dauer des Bauverbotes nicht vor. Demnach sei eine Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 OR nicht gegeben.

f) Danach war zu entscheiden, «ob der strittige Baurechtsvertrag aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* an die veränderten Umstände anzupassen» sei (E. 5).

Vorab prüft das Bundesgericht die Frage, ob die *clausula rebus sic stantibus* überhaupt «auf Dienstbarkeiten als verdinglichte Rechtsinstitute» Anwendung finden könne. Nach einer Reihe von sachenrechtlichen Erwägungen, die hier nicht interessieren, und der Erwähnung der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit des Berechtigten, die Dienstbarkeit aufheben zu lassen (Art. 736 ZGB), hält das Bundesgericht fest, dass im Anschluss an die frühere Rechtsprechung (BGE 45 II 396) und die Literatur die Anwendbarkeit der *clausula* auf die Nebenverpflichtungen i.S. des Art. 730 Abs. 2 ZGB anerkannt sei, und gelangt deshalb zu dem Schluss: «Dasselbe muss a fortiori für eine nicht akzessorische, rein obligatorische Verpflichtung aus dem Dienstbarkeitsvertrag gelten. Sind die Voraussetzungen der *clausula* gegeben, darf der Richter daher in den Vertrag eingreifen, um die Äquivalenzstörung zu beheben. Geht es um eine Gegenleistung für das dienstbarkeitsrechtliche Dulden oder Unterlassen, stehen ihm dabei theoretisch die Möglichkeiten einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages oder einer Preisanpassung offen. Auf den Bestand der Dienstbarkeit als dingliches Recht hat sein Urteil vorerst keinen Einfluss» (S. 304).

Infolgedessen sind nun die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der *clausula* zu prüfen. Bei der folgenden Erörterung, in der das Bundesgericht auf seine neueren diesbezüglichen Urteile und die in den wesentlichen Punkten übereinstimmende Literatur verweist, geht es im Kern nur noch darum, ob die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, während die übrigen Kriterien, insbesondere die gravierende Äquivalenzstörung, keiner weiteren Diskussion bedurfte. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass Parteien bei langfristigen Verträgen grundsätzlich damit rechnen müssen, dass sich die Verhältnisse später ändern und dass dies im Prinzip auch für Änderungen der Gesetzeslage gelte. Treffen die Parteien keine Regelung für eine Verhältnisänderung, so ist im Prinzip davon auszugehen, dass der Vertrag so zu erfüllen sei, wie er abgeschlossen

wurde. Dieser Grundsatz kann dann nicht gelten, wenn eine nicht vorhersehbare Verhältnisänderung eingetreten ist, weil dann ein Schluss auf einen derartigen Parteiwillen nicht zulässig ist. Im Hinblick auf Veränderungen der Rechtslage «ist die Voraussehbarkeit auch dann zu verneinen, wenn eine Verhältnisänderung wie etwa die Änderung der gesetzlichen Grundlagen als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag» (S. 305). Nach eingehender Erörterung der baurechtlichen Situation im konkreten Gebiet gelangt das Bundesgericht zu der Auffassung, dass bei Vertragsschluss mit einer Rückstufung in die Reservezone nicht gerechnet werden konnte und deshalb die Voraussetzungen für eine richterliche Anpassung des Vertrages an veränderte Umstände vorliegen.

Das Bundesgericht legt sodann die Grundsätze und Kriterien dar, nach denen eine solche Vertragsanpassung zu erfolgen hat. Haben die Parteien durch vertragliche Vorkehren das Änderungsrisiko geregelt, so kommt eine eigene richterliche Gestaltung nicht in Betracht. Ist dies nicht der Fall, ist zunächst auf die dispositiven gesetzlichen Änderungsregeln zurückzugreifen, und nur dann, wenn es auch daran fehlt, ist der Vertrag durch richterlichen Akt anzupassen, wobei als Richtschnur auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen ist. Danach ist zu ermitteln, «was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart haben würden, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten» (S. 307). Das Gericht hat sich dabei «am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des konkret in Frage stehenden Vertrages zu orientieren. Das Ergebnis dieser normativen Tätigkeit überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich als Rechtsfrage» (S. 307).

Im Folgenden erörtert das Bundesgericht die beiden anerkannten Möglichkeiten, die Vertragsauflösung und die Modifikation des vorliegenden Vertrages, und betont, dass dem Gericht bei der Entscheidung für den einzuschlagenden Weg und bei dessen Ausgestaltung ein gewisser Ermessensspielraum zustehe. Unter Zugrundelegung dieser Prämissen gelangt das Bundesgericht zu dem Schluss, dass die vom Handelsgericht gewählte Lösung (Auflösung des Vertrages auf den 1. Juli 1994 nach erfolgter Kündigung am 15. September 1993) sachgerecht und ermessensfehlerfrei sei.

g) Schon die ausführliche Wiedergabe der Urteilsbegründung macht deutlich, dass die isolierte Publikation der Erwägung 5 in der Amtlichen Sammlung nicht sachgerecht ist. Darauf wird am Ende zurückzukommen sein, nachdem zuvor zur Begründung im Einzelnen Stellung genommen wird:

In den Ausführungen zum Grundlagenirrtum bestätigt und verdeutlicht das Bundesgericht seinen Standpunkt hinsichtlich der Berücksichtigung zukünftiger Sachverhalte. Dabei zeigt die Argumentation auf anschauliche Weise, dass die an dieser Rechtsprechung geübte Kritik verfehlt ist. Dies in zweierlei Hinsicht: Der mit einer gewissen störrischen Beharrlichkeit wiederholte Vorwurf, ein Grundlagenirrtum komme schon deshalb nicht in Betracht, weil man über die Zukunft nicht irren könne (so zuletzt SULZER, AJP 2003, 987, 989) geht an der Sache vorbei. Es ist oft genug und wie mir scheint hinreichend deutlich klargestellt worden, dass es sich bei Art. 24 Ziff. 4 OR eben gerade nicht um einen Irrtum handelt, sondern um eine Willenserklärung, die deshalb mangelhaft ist, weil der Erklärende bei der Willensbildung von Voraussetzungen ausgegangen ist, die nicht gegeben waren oder sich nicht verwirklicht haben. Der so genannte Grundlagenirrtum ist deshalb nichts anderes als ein in das Irrtumsrecht eingefügter Teil der in Deutschland entwickelten Lehre von der Geschäftsgrundlage (dazu mit weiteren Nachweisen WIEGAND/BERGER, Die Einführung des Euro, Bern 2002, 2. Aufl., 75 ff., 80, sowie besonders eindrücklich BUCHER, in BUCHER/WIEGAND, Übungen im Obligationenrecht, 3. Aufl. Zürich 2001, 230 ff.). Nachdem der Gesetzgeber mit diesem Entscheid die Fehlvorstellung bei der Willensbildung für beachtlich erklärt hat, besteht kein Anlass, sie auf solche Umstände zu beschränken, die vor oder bei Vertragsschluss vorlagen.

Die Praktikabilität dieses Konzepts wird durch das Urteil – dies ist der zweite wichtige Gesichtspunkt – auf anschauliche Weise belegt. Das Bundesgericht prüft sehr genau, ob die Vorstellungen über die zukünftige Entwicklung so gewichtig waren, dass sie als notwendige Grundlage des Vertrages qualifiziert werden können. Es lehnt das im vorliegenden Fall unter Verweis auf die tatsächlichen Ermittlungen der Vorinstanz knapp, aber dezidiert ab. Dies mag im konkreten Fall, was mangels Kenntnis der tatsächlichen Sachlage nicht beurteilt werden kann, durchaus zutreffend sein. Es zeigt zugleich aber auch, dass die Antwort auf die Frage, ob die Berufung auf den Grundlagenirrtum hinsichtlich zukünftiger Sachverhalte zuge-

lassen werden kann, unter Berücksichtigung der konkreten Vorstellungen der Parteien getroffen werden muss und infolgedessen von Fall zu Fall verschieden ausfallen kann.

Hinsichtlich der vom Beklagten geltend gemachten nachträglichen Unmöglichkeit gemäss Art. 119 Abs. 1 und 2 OR gelangt das Bundesgericht zu der Einschätzung, dass es sich nicht um eine dauernde Unmöglichkeit handelte, und lehnt deshalb eine Anwendung von Art. 119 OR ab. Die Frage, ob eine vorübergehende oder endgültige Unmöglichkeit vorliegt, ist eine Wertungsfrage. Die vom Bundesgericht vorgenommene Wertung basiert darauf, dass es die Zeitspanne der Unmöglichkeit in Bezug setzt zur hundertjährigen Dauer des Baurechts. Dies ist ein akzeptabler, aber auch diskutabler Ansatz (kritisch dazu SULZER, AJP 2003, 987, 993). Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH wird etwa von SULZER (a.a.O.) gefordert, die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden dann gleichzustellen, «wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Belange beider Vertragsteile die Einhaltung des Vertrages nicht zugemutet werden kann» (Zitat aus BGHZ 83 [1982], 197, 200. Das Urteil bezieht sich auf eine wegen der politischen Verhältnisse im Iran in den Jahren nach 1977 um mehrere Jahre nicht durchführbare Montage!). Die Floskel, die der BGH verwendet, würde nach schweizerischer Praxis auf geradezu ideale Weise einen Fall der *clausula rebus sic stantibus* betreffen. Insofern erscheint mir die vom Bundesgericht vorgenommene Einschätzung, dass es sich im vorliegenden Fall um eine vorübergehende Unmöglichkeit handle, durchaus vertretbar.

Fraglich ist allerdings, ob überhaupt ein Tatbestand der Unmöglichkeit vorliegt. Das Bundesgericht hat dies im Hinblick auf die Einstufung in die Reservezone offenbar selbstverständlich angenommen (nicht diskutiert werden kann hier die Lösung von SULZER, der eine Unmöglichkeit wegen so genannter Zweckvereitelung annimmt, die als solche schon überaus problematisch ist und von SULZER nicht überzeugend begründet wird). Mit der Errichtung des Baurechts hat der Kläger nämlich an sich seine Leistungspflicht erfüllt. Das Baurecht ist als selbständiges Recht im Grundbuch eingetragen. Damit stellt sich die Frage, ob rechtliche Veränderungen, die dieses im Vermögen des Beklagten befindliche Baurecht betreffen, nicht seiner Risikosphäre zuzurechnen

sind. Wer ein Baurecht errichtet, erlaubt das Bauen auf seinem Grund und Boden, aber er garantiert nicht die Baubarkeit während der gesamten Dauer. Vielmehr hat der Bauberechtigte dieses Risiko zu tragen. Die Frage, die sich stellt, ist allein die, ob der Preis, den er für dieses eingeräumte Baurecht entrichtet, unverändert bleiben kann oder muss, wenn Beeinträchtigungen oder Wegfall der Bebaubarkeit eintreten. Dann stellt sich die Frage, ob eine Vertragsanpassung nach der *clausula rebus sic stantibus* geboten ist (vgl. dazu BSK OR I-WIEGAND, 3. Aufl. 2003, Art. 18 N 98 ff., und den neuen § 313 BGB).

Die Ausführungen zu den Voraussetzungen eines richterlichen Eingriffs in den Vertrag, zur Methode der Entscheidung und der in casu gewählte Weg bewegen sich im Rahmen der vom Bundesgericht entwickelten und von der Literatur nahezu einhellig vertretenen Konzeption. Dies gilt auch für den besonders hervorgehobenen Punkt der Änderung der Gesetzeslage, mit der generell gerechnet werden muss. Die vom Bundesgericht angebrachte Präzisierung, dass eine Änderung der Gesetzeslage dann als nicht vorhersehbar qualifiziert werden könne, wenn deren «Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag» nicht vorauszusehen waren, ist nur eine konsequente Anwendung des Kriteriums der Vorhersehbarkeit. Zu unterstreichen ist auch die Feststellung des Bundesgerichts, dass gerade bei langfristigen Verträgen damit gerechnet werden muss, dass die Verhältnisse sich später ändern. Auch hierbei handelt es sich um eine richtige Anwendung des Kriteriums der Vorhersehbarkeit, denn bei langfristigen Verträgen kann niemand vernünftigerweise damit rechnen, dass die Verhältnisse sich nicht ändern. Die Erwähnung langfristiger Verträge in diesem und in anderen Urteilen hat gelegentlich zu dem Missverständnis Anlass gegeben, dass das Bundesgericht die *clausula* nur bei langfristigen Verträgen überhaupt in Betracht ziehe. Richtig ist, dass ein gewisser Zeitablauf erforderlich ist, um die für die Anwendung der *clausula* erforderliche Äquivalenzstörung überhaupt zu ermöglichen. Eine lange Dauer ist indessen keineswegs notwendig, sie führt im Gegenteil – wie das Urteil verdeutlicht – dazu, dass die Frage der Vorhersehbarkeit strenger geprüft wird (zum Ganzen BSK OR I-WIEGAND, 3. Aufl. 2003, Art. 18 N 100 ff.).

Wesentlich mehr Anlass zum (Nach-)Denken geben die Ausführungen über die Anwendbarkeit der *clausula* im Bereich des Sachenrechts, und zwar in zweierlei Hinsicht: Eine Auswirkung der *clausula* auf Sachenrechte kommt von vornherein nicht in Betracht. Auch

Art. 736 ZGB kann nicht als ein Anwendungsfall der *clausula* betrachtet werden. Diese beruht vielmehr auf der vom Bundesgericht selbst zutreffend dargelegten Erwägung, dass durch Veränderung der Verhältnisse eine Äquivalenzstörung eingetreten ist, die die Erfüllung eingegangener Verpflichtungen nicht mehr zumutbar macht. Eine solche Vorstellung kann sich ausschliesslich auf Verpflichtungsgeschäfte und deren Erfüllung beziehen. Deshalb hätte es gar keiner langen Erörterungen über die Anwendbarkeit im Sachenrecht bedurft, es hätte der am Ende dieser Ausführungen stehende Satz genügt, dass die *clausula* ohne weiteres auf die Leistungsverpflichtung des Bauberechtigten, die auf dem Baurechtsvertrag beruht, Anwendung findet. Unzutreffend ist schliesslich die daran anknüpfende Feststellung, dass der Eingriff des Richters zur Beseitigung der Äquivalenzstörung «auf den Bestand der Dienstbarkeit als dingliches Recht (...) vorerst keinen Einfluss» habe (S. 304). Daran ist richtig, dass eine Veränderung des schuldrechtlichen Vertrages die Dienstbarkeit als dingliches Recht nicht direkt berührt. Besteht diese Veränderung aber in einer Aufhebung des Vertrages – wie sie im vorliegenden Falle vom Handelsgericht vorgenommen und vom Bundesgericht gebilligt wurde – geht die Dienstbarkeit im Moment der Aufhebung automatisch unter. Da auch die Bestellung der Dienstbarkeit – wie die Begründung aller anderen Sachenrechte – auf der Voraussetzung eines gültigen und bestehenden Kausalgeschäfts beruht, treten die Folgen dieses Kausalitätsprinzips unmittelbar ein, ohne dass es weiterer Erfordernisse bedürfte. Etwas anderes könnte nur gelten, falls das Bundesgericht der Auffassung sein sollte, dass die Aufhebung des Vertrages aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* ein Rückabwicklung-Schuldverhältnis begründe, aus dem die Parteien wechselseitig verpflichtet wären, den vorbestehenden Zustand wieder herzustellen. Dafür finden sich im Urteil keinerlei Anhaltspunkte.

Die Diskussion der drei verschiedenen vom Bundesgericht behandelten Rechtsbehelfe zeigt, dass diese ineinander greifen, sich teilweise überschneiden und dass ihre Anwendung eine sorgfältige Analyse der tatsächlichen Verhältnisse, der Interessenlage und der Parteivorstellungen voraussetzt. Dies wird verdeutlicht durch die Besprechung des Entscheides von SULZER, der, auch wenn man seine Meinung nicht teilt, aufgezeigt hat, dass der Fall auch unter Unmöglichkeitsgesichtspunkten einer Lösung hätte zugeführt werden können. Ähnliches gilt für den Grundlagenirrtum. Gerade deswegen wä-

re es zu begrüssen gewesen, wenn das Bundesgericht sich nicht auf die Wiedergabe der Erwägung 5 in der Amtlichen Sammlung beschränkt hätte. Auch wenn diese die meines Erachtens richtige und überzeugend begründete Lösung enthält, sollte sich die Publikation des Urteils gerade in derart dogmatisch komplexen Bereichen nicht auf diesen einen Punkt beschränken, da die Diskussion der anderen Punkte nicht nur für die Wissenschaft, sondern auch und gerade für praktizierende Juristen von erheblicher Bedeutung ist.

## 2. Auslegung der Verträge, BGE 127 III 444 ff.

a) Abgedruckt wurde in der Amtlichen Sammlung kein Sachverhalt, sondern lediglich die Erwägungen Ia und Ib. Deshalb bleibt unklar, weshalb das Bundesgericht sich mit dem Begriff der «Saldoquittung» (E. Ia) befasst. Zu diesem Begriff, der im Gesetz nicht vorkommt, aber in der Praxis zur Bezeichnung einer Sonderform der Quittung gemäss Art. 88 OR Verwendung findet, wird aber nichts Neues mitgeteilt. Zunächst wird festgehalten, dass es sich bei der Saldoquittung um eine sog. «Wissenserklärung» handle, die zugleich auch eine Willenserklärung beinhalten könne, wenn sie ein negatives Schuldbekenntnis umfasse. Anschliessend weist das Gericht darauf hin, dass die Saldoquittung als «*declaration de volonté unilatérale*» vom Vergleich zu unterscheiden sei, obwohl sie durchaus darin enthalten sein könne. Schliesslich wird festgehalten, die Auslegung der Saldoquittung erfolge nach den gleichen Regeln, «*qui gouvernent l'interprétation des manifestations de volonté*».

Damit leitet das Gericht über zur Erwägung Ib, in der es sich in ebenso abstrakter Form mit der Frage befasst, wie man ermittelt, «*s'il y a eu effectivement accord entre parties*». Dazu fasst es die seit langem angewandte und anerkannte Methode des stufenweisen Vorgehens von der empirischen Ermittlung des wirklichen Willens zur objektivierenden Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zusammen, um dann folgendermassen fortzufahren:

«A cet égard, la jurisprudence récente a nuancé le principe selon lequel il y aurait lieu de recourir à des règles d'interprétation uniquement si les termes de l'accord passé entre parties laissent planer un doute ou sont peu clairs. On ne peut ériger en principe qu'en présence d'un «*texte clair*», on doit exclure d'emblée le recours à d'au-

tres moyens d'interprétation. Il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu» (S. 445).

b) Zum ersten Teil des Urteils sind keine Bemerkungen anzubringen. Er enthält – wie bereits bemerkt – nur eine knappe Zusammenfassung von Kommentarstellen, die offenbar einzig dem Zweck dient, die Selbstverständlichkeit festzuhalten, dass die Auslegung der Saldoquittung nach den allgemeinen Interpretationsregeln zu erfolgen habe. Diese werden anschliessend in traditioneller Weise kurz skizziert, ehe dann die wörtlich wiedergegebene Passage folgt. Diese überrascht sowohl inhaltlich wie auch in ihrer Form. Immerhin hat das Bundesgericht über lange Zeit mit einer gewissen Hartnäckigkeit an der so genannten «Texte-Clair-Konzeption» festgehalten. Sie beruht auf romanistischer Grundlage und ist bis heute in französischen und anderen in dieser Tradition besonders fest verwurzelten Rechten weit verbreitet («interpretatio cessat in claris», dazu MEDER, WM 2002, 1994, mit Hinweisen auch zum angelsächsischen Rechtskreis). Im Anschluss an die französische «Sens-Clair-Doktrin» hat das Bundesgericht im BGE 111 II 284 diese Auffassung folgendermassen zusammengefasst:

«Lorsque le texte d'un contrat est clair, il n'y a pas lieu d'en dénaturer le sens par la recherche d'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques, sauf circonstances particulières qui n'existent pas en l'espèce» (S. 287).

Von dieser Auffassung ist das Bundesgericht allem Anschein nach in einem bis heute nicht publizierten Entscheid abgerückt (10. März 1995/4.C.325/1994, dazu MUNCH, ZBJV 1995, 241). In der oben ausführlich wiedergegebenen Passage gibt das Bundesgericht nun auch offiziell diese Ansicht auf. Es hält ausdrücklich fest, dass es einen klaren Text nicht gibt, so dass eine Anwendung der so genannten Eindeutigkeitsregel auch nicht in Betracht kommt. Damit schliesst es sich der in der Literatur seit langem nahezu einhellig vertretenen Auffassung an, dass auch bei einem (scheinbar) klaren Text eine die anerkannten Auslegungsmittel heranziehende Interpretation zulässig und erforderlich sei (BSK OR I-WIEGAND, 3. Aufl. 2003, Art. 18 N 25 und

37 mit weiteren Nachweisen). Verwundern muss unter diesen Umständen das Regest, in dem das Bundesgericht von einer «Präzisierung der Rechtsprechung» spricht. Dies mag deshalb veranlasst worden sein, weil das Urteil an das seit langem vom Bundesgericht stets postulierte Verbot der Buchstabenauslegung anknüpft. Dies ist indessen nicht dasselbe. Während das Verbot der Buchstabenauslegung nur bedeutet, dass die Auslegung nicht an Worten kleben darf, sondern den Sinn einer Aussage ermitteln muss, geht die Abkehr von der Eindeutigkeitsregel wesentlich weiter (zum Folgenden vgl. auch WIEGAND, recht 2002, 200). Der Kerngehalt der neuen Auffassung besteht darin, dass in allen Texten, so klar sie auch scheinen, über den Wortlaut hinausgehende, sinnermittelnde Auslegungsmittel herangezogen werden dürfen. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass hier eine klare Änderung der Rechtsprechung vorliegt, die zu begrüßen ist, die aber auch in entsprechender Weise hätte gekennzeichnet werden müssen. In der vorliegenden Form handelt es sich eigentlich um einen «Etikettenschwindel». Die Abstinenz des sonst so argumentationsfreudigen Bundesgerichts von einer vertieften Begründung ist umso bedauerlicher, weil in anderen Bereichen vor noch nicht allzu langer Zeit und mit grosser Stetigkeit an der Eindeutigkeitsregel festgehalten wurde. So heisst es in BGE 120 II 182: «Für die Auslegung eines Testaments ist von dessen Wortlaut auszugehen. Ergibt er für sich selber betrachtet ein eindeutiges Ergebnis, so hat es bei dieser Aussage zu bleiben» (S. 184). Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht bei der nächsten sich ergebenden Gelegenheit seinen neuen Standpunkt bestätigt und verdeutlicht. Dies ist insoweit geschehen, als in BGE 128 III 212 unter Bezugnahme auf diesen Entscheid schlicht festgehalten wird: «Qu'une clause soit textuellement claire n'exclut pas a priori une interprétation (ATF 127 III 444).»

### 3. Mängel des Vertragsabschlusses

a) *Einrede der Täuschung sowie Verhältnis zu den kaufrechtlichen Sachgewährleistungsrechten, BGE 127 III 83 ff.*

a) Im Dezember 1993 verkaufte die Y. AG (Klägerin) der X. AG (Beklagte) einen Posten Damenkleider, dies zu reduziertem Preis. Am 13. Januar 1994 wurde die gekaufte Ware von der Beklag-

ten abgeholt. Mit Schreiben vom 15. Februar 1994 zeigte sie an, dass sie bei einer stichprobeweisen Qualitätskontrolle der Kleider Mängel festgestellt habe. Im März 1994 bot die Klägerin nach einer Besichtigung der beanstandeten Kleider an, diese zurückzunehmen und zu ersetzen, wobei sich die Beklagte zu diesem Angebot nicht äusserte. Die Klägerin reichte am 10. Oktober 1995 Zahlungsklage ein: die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Begehren, es sei der Kaufvertrag vom Dezember 1993 zu wandeln und die Klägerin zu verpflichten, ihr einen Betrag von CHF 90 790.– nebst Zins zu bezahlen (spätere Erhöhung auf CHF 126 790.–). Während des Verfahrens brachte die Beklagte zusätzlich vor, von der Klägerin getäuscht worden zu sein. Das Kantonsgericht sowie das Obergericht Schaffhausen hiessen die Klage gut, die dagegen ergriffene Berufung weist das Bundesgericht ab.

b) Vorab bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung (vgl. schon BGE 106 II 349), dass der Getäuschte, sofern er seine Leistung noch nicht erbracht hat, auch nach Ablauf der Jahresfrist des Art. 31 OR dem Erfüllungsbegehren die Täuschung einredeweise entgegenhalten kann. Zwar war die Rüge der Beklagten, dass die Vorinstanz diesen Grundsatz verkannt hatte, an sich berechtigt. Das war jedoch dann bedeutungslos, wenn der Beklagte den Vertrag nicht infolge der Fiktionswirkung von Art. 31 OR, sondern ausdrücklich genehmigt hatte. Das prüft das Bundesgericht im Folgenden:

«Nach ständiger Rechtsprechung hat der Käufer die Wahl, ob er bei sachlich mangelhafter Erfüllung durch den Verkäufer gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne der Art. 23 ff. OR anfechten will (BGE 114 II 131 E. 1a S. 134 [Picasso-Entscheid]; ...). Insbesondere ist die Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung wahlweise neben der Sachgewährleistung zulässig (...). Dabei hat sich der Käufer aber bei seinem Entschluss für einen der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe behaften zu lassen (BGE 108 II 102 E. 2a S. 104). Entschieden er sich insbesondere für die Gewährleistung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt (BGE 88 II 410 E. 2 S. 412; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 139 zu Art. 28 OR).

Die Beklagte hat mit der Klageantwort vom 12. Dezember 1995 beantragt, es sei der Kaufvertrag zwischen den Parteien betref-

fend ca. 11 000 Stück Damenkonfektion vom Dezember 1993 gemäss Art. 205 Abs. 1 OR zu wandeln (...), eventualiter sei der Kaufpreis zu mindern. Die Beklagte, die anwaltschaftlich vertreten war und sich damit der Rechtsfolgen ihres Begehrens bewusst sein musste, hat sich mit diesen Anträgen für den Rechtsbehelf der Sachgewährleistung entschieden. Sie hat damit den Vertrag genehmigt und ist darauf zu behaften» (S. 85–86).

c) Der erste Teil der Begründung war für das Bundesgericht nur deshalb erforderlich, um klarstellen zu können, dass die Rüge der Beklagten an sich berechtigt, hier aber ohne Relevanz für den Ausgang des Verfahrens war. Dass der Getäuschte sich einredeweise auf die Täuschung berufen darf, wenn von ihm Erfüllung verlangt wird, ist ein allgemeines Prinzip, das nicht nur in Art. 60 Abs. 3 OR, sondern in verschiedenen anderen Regelungen seinen Niederschlag gefunden hat (vgl. z.B. Art. 210 Abs. 3 OR). Damit konnte das Bundesgericht aber die Frage offen lassen, ob in casu eine Täuschung überhaupt vorlag. Allerdings beziehen sich die im Verlauf der weiteren Begründung gegebenen Hinweise überwiegend auf Fälle der Täuschung.

d) Auch diese weitere Begründung gäbe keinen Anlass zu Bemerkungen. Sie ist in sich klar und schlüssig und befindet sich in Übereinstimmung mit früheren Urteilen des Bundesgerichts, insbesondere mit der vom Bundesgericht seit dem erwähnten Picasso-Entscheid vertretenen Ungültigkeitstheorie. Das Urteil ist jedoch von prominenten Autoren eingehend besprochen (GAUCH, recht 2001, 184 ff.; KRAMER, AJP 2001, 1454 ff.) und, wenn auch mit teilweise unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen und Argumenten, im Ergebnis übereinstimmend kritisiert worden. Beide Autoren sind der Auffassung, dass die Geltendmachung der Wandelung nicht als Genehmigung des Vertrages angesehen werden dürfe und dass dadurch die Rechte des Käufers in nicht akzeptabler Weise verkürzt würden. Dem wird man ohne weiteres zustimmen können, nicht aber der dafür gegebenen Begründung. Beide Autoren betonen nämlich ausdrücklich, dass sie zu diesem Resultat gelangen, ohne dass es darauf ankäme, ob man der Ungültigkeits- oder der Anfechtungstheorie folge. Ich glaube hingegen, dass sich die Auffassung des Bundesgerichts – wie schon angedeutet – zwingend aus der Anwendung der Ungültigkeitstheorie ergibt und dass das zu Recht kritisierte Resultat

nicht die Folge fehlerhafter Rechtsanwendung, sondern ein weiterer Beweis dafür ist, dass die Ungültigkeitstheorie zu sach- und interes-  
sewidrigen Ergebnissen führt. Dies soll in dem hier vorgegebenen  
Rahmen nur auf den konkreten Fall bezogen verdeutlicht werden.

Das Bundesgericht geht seit dem *Picasso-Entscheid* (dazu und zum Folgenden *WIEGAND*, recht 1989, 101 ff., und *GAUCH*, *SAG* 1989, 153 ff.) davon aus, dass willensmangelbehaftete Verträge zu-  
mindest für diejenige Partei, die sich im Irrtum befunden habe, un-  
verbindlich seien. Nach wohl einhelliger Auffassung bedeutet das,  
dass der Irrende die Unverbindlichkeit des Vertrages geltend machen  
kann, während dem Vertragsgegner die Berufung darauf verwehrt ist.  
Damit ist freilich über die materielle Rechtsstellung des Vertrags-  
gegners nichts gesagt (das Bundesgericht hatte bewusst offen gelas-  
sen, ob der Vertrag für eine oder beide Parteien unverbindlich sei  
[BGE 114 II 143], dazu unten). Für die hier zu entscheidende Frage  
kommt es aber ausschliesslich darauf an, ob er aus einem einseitig  
unverbindlichen Vertrag zur Leistung verpflichtet ist. Denn nur eine  
solche Leistungspflicht könnte auch Gewährleistungsrechte des  
Käufers zur Folge haben, die nichts anderes als Folgeansprüche aus  
der nicht ordnungsgemäss erfüllten Leistungspflicht sind. Zu einer  
derartigen Erfüllung kann der Verkäufer indessen nicht verpflichtet  
sein, weil das zur Pflichtbegründung entscheidende Moment, näm-  
lich der Konsens zwischen den Parteien, fehlt. Dass ein solcher Kon-  
sens bei synallagmatischen Verträgen zur wechselseitigen Pflicht-  
begründung erforderlich ist, kann als selbstverständlich gelten.  
Infolgedessen können Gewährleistungsrechte des Käufers erst und  
nur dann entstehen, wenn dieser unter Verzicht auf die Berufung von  
Willensmängeln den Konsens herbeiführt oder, anders ausgedrückt,  
den willensmangelbehafteten Vertrag genehmigt. Sollte man anders  
entscheiden, so würde das zu grotesken Ergebnissen führen. Hätte  
der Verkäufer eine Leistungs- und Lieferungspflicht, ohne dass der  
Käufer an seine Erklärung gebunden wäre, so müsste konsequenter-  
weise das Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer übergehen, eine  
Rechtsfolge, die nicht nur mit den sachenrechtlichen Übereig-  
nungsprinzipien unvereinbar wäre, sondern auch in keiner Weise der  
Sach- und Interessenlage entsprechen würde. Infolgedessen ist es nur  
konsequent, wenn das Bundesgericht auf dem Boden der Ungültig-  
keitstheorie im Anschluss an *SCHMIDLIN* formuliert: «Entscheidet er  
[der Käufer] sich insbesondere für die Gewährleistung, so genehmigt

er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt» (S. 86). Diese Wortwahl ist insofern unglücklich, als sie der These GAUCHS entgegenkommt, dass der irrtumsbehaftete Vertrag ja abgeschlossen sei und infolgedessen auch der für die Gewährleistung erforderliche Vertragsabschluss vorliege (GAUCH, recht 2001, 186–187; die aus der Marginalie zu Art. 23 OR «Mängel des Vertragsabschlusses» abgeleitete Begründung hätte zwar den mittelalterlichen Glossatoren zur Ehre gereicht, aber schon die französische Marginalie «Vices du consentement» beseitigt alle Zweifel). Die Gewährleistungsrechte als Folge von Leistungsansprüchen können jedoch nur dann entstehen, wenn der Vertrag nicht nur abgeschlossen, sondern auch wirksam geworden ist, da andernfalls Pflichten nicht begründet werden können. Infolgedessen ist auch die Annahme von KRAMER unzutreffend, dass der Käufer bei einseitiger Unverbindlichkeit «zuerst einmal ohne weiteres Erfüllung fordern (und auch Ansprüche aus mangelhafter Erfüllung geltend machen)» kann (AJP 2001, 1456).

Bei dieser Sachlage kommt es auf die von KRAMER und GAUCH angeführten vertrauensrechtlichen Erwägungen bei der Interpretation von Willenserklärungen nicht an. Entweder hat der Käufer die Absicht, Sachgewährleistungsrechte geltend zu machen, dann muss ihm unterstellt werden, dass er auch den Willen hatte, die dafür erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, oder es lässt sich nachweisen, dass ihm dieser Wille gefehlt hat, und dann liegt eine unwirksame Ausübung des Gestaltungsrechts vor. Beides kann je nach Fallkonstellation möglich sein. Nicht möglich ist dagegen, auf dem Boden der Ungültigkeitstheorie anzunehmen, dass jemand zunächst die Gewährleistungsrechte geltend macht und sie gewissermassen ausprobiert, um dann auf die Anfechtung zurückzugreifen.

Wie eingangs erwähnt, halte ich dieses Ergebnis – ebenso wie GAUCH und KRAMER – für eine unnötige und unzulässige Verkürzung der Rechte des Käufers, wenn man die Grundannahme der Alternativität beider Rechtsbehelfe für richtig erachtet. Dagegen anzukämpfen scheint umso weniger Sinn zu machen, als auch in Deutschland ein erheblicher Teil der juristischen Doktrin inzwischen der Auffassung von der Alternativität beider Rechtsbehelfe folgt (dazu rechtsvergleichend DANIEL WIEGAND, Vertragliche Beschränkung der Berufung auf Willensmängel, München 2000, 24 ff.). Dagegen lohnt es sich, gerade angesichts der vorliegenden Entscheidung, nochmals

über die Sachgerechtigkeit der Ungültigkeitstheorie nachzudenken. Es kann hier nicht darum gehen, die im und seit dem Picasso-Entscheid erörterten Gründe nochmals zu diskutieren (eine knappe, aber sehr instruktive Zusammenfassung findet sich bei GAUCH, recht 2001, 184 ff.), sondern nur darum, erneut darauf hinzuweisen, dass die Ungültigkeitstheorie den Interessen der Parteien nicht entspricht. Sie schafft Unklarheiten über die zwischen den Parteien bestehende Rechtslage – so hat das Bundesgericht im Picasso-Entscheid selbst offen gelassen, ob der Vertrag für eine oder beide Parteien unverbindlich sei (BGE 114 II 131, 143; zu den misslichen Konsequenzen für die Anwendung des Art. 82 OR BSK OR I-LEU, 3. Aufl. 2003, Art. 82 N 7). Sie führt zu Friktionen zwischen Schuld- und Sachenrecht (dazu WIEGAND, recht 1989, 101, 110) und nicht zuletzt – wie im vorliegenden Fall – zu einer Benachteiligung des Käufers, der an sich durch die Alternativität der Rechtsbehelfe geschützt werden sollte.

Dies alles vermeidet die Anfechtungstheorie. Sie lässt – wie GAUCH und KRAMER zu Recht betonen – die Geltendmachung der Sachgewährleistungsrechte ohne weiteres zu, ohne eine spätere Anfechtung auszuschliessen. Hier macht es auch Sinn, die Erklärung des Käufers nach vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten auszulegen, denn bei dieser dogmatischen Konzeption ist es durchaus denkbar, dass er das eine Recht ausüben will, ohne das andere aufzugeben.

Für die Praxis, die sich an der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu orientieren hat, bleibt anzufügen, dass nicht erst die Erhebung der Wandelungsklage, sondern auch die vorprozessuale Geltendmachung der Wandelung die vom Bundesgericht eingenommene Genehmigungswirkung haben kann. Denn es handelt sich um die Ausübung eines Gestaltungsrechts, dessen Wirkungen mit Zugang eintreten und unter Vorbehalt der im folgenden Entscheid vom Bundesgericht festgehaltenen Ausnahmen für den Erklärenden verbindlich sind.

b) *Irrtum oder Täuschung, BGE 128 III 70 ff.*

a) Am 28. Dezember 1988 verkaufte B. 49% der Aktienanteile der X. AG an C., zu einem Preis von CHF 350 000.–, wobei dieser Vertrag von keiner Seite erfüllt wurde. Am 29. Mai 1992 schlossen die Parteien einen Vergleich ab, in dem der Kaufvertrag vom 28. De-

zember 1988 als hinfällig erklärt wurde und C. darüber hinaus anerkannte, dass er am Aktienkapital der X. AG oder am Gesellschaftskapital der Tochtergesellschaften nicht beteiligt sei und ihm diesbezüglich keine Ansprüche zustehen. C. verpflichtete sich, alle Erklärungen abzugeben bzw. Handlungen vorzunehmen, die für die Erfüllung dieser Vereinbarung notwendig sein sollten. B. verpflichtete sich seinerseits, C. einen Betrag von CHF 1 450 000.– in Raten zu bezahlen. Am 30. August 1992 schlossen die Parteien eine weitere Vereinbarung, mit der sie jene vom 29. Mai 1992 teilweise modifizierten und zugleich festhielten, dass B. bisher Zahlungen im Gesamtbetrag von CHF 775 000.– erbracht habe und C. bestimmten Vertragspflichten noch nicht nachgekommen sei. Mit Schreiben vom 18. Dezember 1992 erklärte C. gegenüber B., er trete von den Vereinbarungen vom 29. Mai und 30. August 1992 wegen Täuschung und Grundlagenirrtums zurück; er machte geltend, er sei über den Preis getäuscht worden, zu welchem die Aktien der X. AG an einen Dritten verkauft worden seien. Der Anwalt von C. verlangte mit Brief vom 3. Januar 1994 die unverzügliche beidseitige volle Erfüllung der Vereinbarungen vom 29. Mai und 30. August 1992, worauf der Rechtsvertreter von D. mit Schreiben vom 10. Januar 1994 darauf hinwies, dass C. die Vereinbarungen wegen Täuschung und Grundlagenirrtums angefochten habe, weshalb sich die Frage stelle, ob es nicht widersprüchlich sei, wenn ein angefochtener Vertrag nun doch vollzogen werden solle. Der Anwalt von C. antwortete, dass das Verhalten nicht widersprüchlich sei, weil sein Klient den Vertrag trotz der Anfechtung nachträglich genehmigen könne, wenn die Gegenpartei die Wirksamkeit der Anfechtung bestreite. Im Übrigen erklärte er, an der Aufforderung zur Vertragserfüllung gemäss seinem Schreiben vom 3. Januar 1994 festzuhalten. Nachdem C. sämtliche Ansprüche aus den Vereinbarungen (vom 28. Dezember 1988 sowie 29. Mai und 30. August 1992) an A. abgetreten hatte, reichte dieser Klage gegen B. ein, mit dem Begehren, den Beklagten zur Zahlung von CHF 571 625.– nebst Zins zu verpflichten. Die erste Instanz verpflichtete den Beklagten, dem Kläger bei Erhalt der Erklärungen Zug um Zug CHF 423 875.– zu bezahlen. Auf Berufung hin wies das Kantonsgericht des Kantons Schwyz die Klage ab, das Bundesgericht heisst die dagegen ergriffene Berufung teilweise gut und weist zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

b) Ausgangspunkt der bundesgerichtlichen Erwägungen sind die Feststellungen der Vorinstanz, die Geltendmachung der Ungültigkeit müsse nicht gerichtlich erfolgen, es genüge die Berufung auf Irrtum oder Täuschung durch bloss empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Vertragspartner oder durch Verweigerung der von ihm geforderten Erfüllung. Soweit diese Aussage dahin zu verstehen sei, dass die bloss erklärte Willensmangel behauptenden Partei die Ungültigkeit des Vertrages bewirke, könne dem nicht zugestimmt werden: «Die Tatsache des Irrtums ist somit unerlässliche Voraussetzung der Wirksamkeit der Erklärung, den Vertrag deswegen nicht halten zu wollen» (S. 74). Lehre und Rechtsprechung setzten als selbstverständlich voraus, dass die Erklärung nur dann wirksam ist, wenn beim Vertragsschluss tatsächlich ein Willensmangel vorgelegen hat (im Anschluss an BGE 98 II 96). Die Begründung des angefochtenen Urteils versties insofern gegen Bundesrecht, als ihr die Auffassung zugrunde lag, dass die Erklärung von C. vom 18. Dezember 1992 für sich allein zur Unverbindlichkeit der Vereinbarungen vom 29. Mai und 30. August 1992 führte: «Eine solche Annahme ist ausgeschlossen, solange nicht festgestellt oder allenfalls von beiden Prozessparteien anerkannt ist, dass die von C. in seinem Schreiben vom 18. Dezember 1992 behaupteten Willensmängel tatsächlich vorlagen» (S. 75). Zu prüfen sei dagegen, ob der Beklagte den Kläger A. als Rechtsnachfolger des C. «unter den gegebenen Umständen auf der Erklärung des C. behaften darf» (S. 75).

c) Das Bundesgericht beginnt diese Prüfung mit allgemeinen Ausführungen zu juristischen Qualifikationen der Berufung auf einen Willensmangel. Es handelte sich um eine Erklärung, mit der «im Rahmen eines Gestaltungsgeschäftes ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht ausgeübt» wird (S. 75, im Anschluss an GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Rz. 129 und 151). Damit wird dem Berechtigten eine Befugnis verliehen, in die Rechtssphäre der Gegenpartei einzugreifen, ohne dass diese in irgendeiner Weise daran mitwirken muss. Infolgedessen «müssen Sicherungen im Interesse der Gegenpartei vorgesehen werden, damit der Eingriff in die Rechtssphäre für diesen überschaubar und auf das notwendige Mass begrenzt wird» (LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997, 311). Hieraus leitet das Bundesgericht den Grundsatz

ab, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist (so z.B. schon BGE 119 II 147). Dieser Grundsatz erfährt jedoch eine Reihe von Einschränkungen, «die sich teils unmittelbar aus dem Gesetz und teils aus dessen teleologischer Auslegung ergeben, wobei in diesem Zusammenhang wiederum massgebend ist, ob und wieweit ein Schutzbedürfnis der Gegenpartei besteht.» (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 157). Als Beispiele führt das Bundesgericht an, dass eine Anfechtungserklärung analog der Regel von Art. 9 OR zurückgenommen werden oder wegen Verstosses gegen Treu und Glauben ungültig sein kann. Möglich sei auch, dass die Erklärung ihrerseits wegen eines Willensmangels unwirksam ist. Darüber hinaus aber sei ein Zurückkommen auf die Anfechtungserklärung nach der in der Lehre vertretenen Auffassung auch dann zulässig, wenn der Erklärungsgegner die Existenz des Gestaltungsrechts oder dessen wirksame Ausübung bestreite. Dies deshalb, weil mit der Rückgängigmachung der Anfechtungserklärung nur der vom Anfechtungsgegner für richtig gehaltene Zustand hergestellt werde. Das Bundesgericht schliesst sich dieser «mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung» an, weil sie der in diesem Punkte «massgebenden teleologischen Interpretation des Gesetzes» entspreche. Wer die Existenz oder die wirksame Ausübung eines Gestaltungsrechts bestreite, bringe damit zum Ausdruck, dass er am Vertrag festhalten will, und solle sich deshalb nach dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht gleichzeitig darauf berufen können, dass die Anfechtungserklärung seine Erfüllungspflicht aufgehoben habe. Die Sache wurde deshalb zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen, zur Feststellung, ob «die Klägerseite aufgrund des Verhaltens des Beklagten annehmen durfte, dieser widersetze sich der Anfechtungserklärung und wolle am Vertrag festhalten»(S. 76).

d) Im ersten Teil des Urteils handelt es sich um eine simple Klarstellung, die deshalb erforderlich wurde, weil das Kantonsgericht die schwer begreifliche These aufgestellt hatte, dass allein die Abgabe einer Anfechtungserklärung mit der Behauptung, dass ein Willensmangel vorläge, die Ungültigkeit des Vertrages herbeiführe. Dass die Geltendmachung eines Rechtes das tatsächliche Vorliegen des dieses Recht begründenden Tatbestandes und nicht nur dessen schlichte Behauptung erfordert, sollte an sich keiner höchstrichterlichen Bestätigung bedürfen.

Im zweiten Teil beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Frage, ob eine unter vorliegenden Tatbestandsvoraussetzungen abgegebene Anfechtungserklärung rückgängig gemacht werden kann. Nach den grundsätzlichen Bemerkungen über die Rechtsnatur einer solchen Erklärung hält es an dem seit langem unbestrittenen Grundsatz fest, «dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist». Bei den dann erörterten Einschränkungen dieses Grundsatzes sind zwei Gruppen zu unterscheiden. Da es sich bei der Ausübung von Gestaltungsrechten um eine Willenserklärung handelt, kommen selbstverständlich die für alle Willenserklärungen anerkannten Regeln und Beschränkungen zur Anwendung. Dies trifft zu für den vom Bundesgericht erwähnten Art. 9 OR sowie die selbstverständliche Begrenzung durch einen Verstoß gegen Treu und Glauben. Dass eine Willenserklärung wegen eines ihr anhaftenden Willensmangels anfechtbar ist, ist ebenfalls eine Selbstverständlichkeit. Völlig anderer Art ist die weitere im Anschluss an die deutsche und schweizerische Lehre vom Bundesgericht nun anerkannte Begrenzung. Sie beruht nicht auf einer dogmatischen Ableitung, sondern auf einer Abwägung der Schutzinteressen beider Parteien, die das Bundesgericht als teleologische Interpretation des Gesetzes bezeichnet. Man muss sich dabei darüber im Klaren sein, dass nach der vom Bundesgericht zuvor selbst entwickelten dogmatischen Konzeption die Gestaltungswirkung der abgegebenen Gestaltungserklärung unmittelbar eingetreten war. In der Sache liegt also eine Wiederaufhebung der bereits eingetretenen Rechtsfolge vor. Dogmatisch lässt sich das nur schwer begründen, und es handelt sich wohl auch kaum um eine teleologische Interpretation des Gesetzes, das darüber nämlich nichts sagt. Der Kerngedanke dieser in der Sache richtigen Lösung liegt wohl in dem vom Bundesgericht hinzugefügten und oben bereits erwähnten Satz: «Wer sich so verhält, soll sich nach dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht gleichzeitig darauf berufen dürfen, durch die Anfechtungserklärung sei er seiner Erfüllungspflicht enthoben worden» (S. 76; zum Ganzen auch ALFRED KOELLER in AJP 2002. 840).

#### 4. **Widerruf der Vollmacht, BGE 127 III 515 ff.**

a) Gegen Ende der Achtzigerjahre des letzten Jahrhunderts traten B. und seine Exehelbfrau H. in Verbindung mit der Bank X., um für sich selbst und ihre verschiedenen Firmen Immobiliengeschäfte zu regeln. Zu Beginn des Jahres 1990 waren B. und H. nicht mehr in der Lage, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Die Bank leitete daraufhin Betreibungen ein; zugleich traten die Parteien in Verhandlungen über eine Lösung. Am 21. Oktober 1996 kam es zu einer Desinvestitions- und Liquidationsvereinbarung, in deren Rahmen B. und H. zugunsten der Bank Vollmachten unterschrieben, die es dieser erlaubten, jederzeit und nach ihrem Ermessen Immobilien zu veräussern, an denen sie Pfandrechte besass. Es wurde ausdrücklich vorgesehen, dass die Vereinbarung bei Widerruf der Vollmacht durch H. oder B. hinfällig werde.

Um die Verwertung eines Grundstückes in St. Tropez zu vermeiden, sandte B. am 18. September 1997 der Bank ein Schreiben, das folgendes Postscriptum enthielt: «Il va de soi que la présente vaut révocation de la procuration que je vous ai donnée.» Die Versteigerung wurde am 26. September 1997 wie vorgesehen abgeschlossen.

Anlässlich einer Besprechung vom 12. November 1997 bestätigte B., dass die widerrufenen Vollmacht diejenige war, die aufgrund der Konvention vom 21. Oktober 1996 erteilt worden war. Die Bank zog die Konsequenzen und erklärte mit Schreiben vom 17. November 1997, dass die Vereinbarung vom 21. Oktober 1996 dahingefallen sei. Daraufhin ersuchte B. mit Schreiben vom 18. November 1997 die Bank, seinen Brief vom 18. September 1997 als null und nichtig zu betrachten, was die Bank zurückwies.

Mit Klageschrift vom 6. Juli 1998 verlangen B. und H. von der Bank die Bezahlung von CHF 4 002 500.-; sämtliche Instanzen, auf Berufung hin das Bundesgericht, weisen die Klage ab.

b) Das Bundesgericht beginnt seine Erwägungen mit der rechtlichen Einordnung des Widerrufs der Vollmacht, den es als Ausübung eines auflösenden Gestaltungsrechts qualifiziert. Es stellt fest, dass das Kantonsgericht dies richtig beurteilt habe, die Qualifikation des Widerrufs aber nicht entscheidungserheblich sei (weshalb die diesbezüglichen Erwägungen oben nicht wiedergegeben worden sind).

Das Urteil beschäftigt sich dann mit der Frage, weshalb die im Vertrag ausdrücklich betonte Möglichkeit des Widerrufs in die Vereinbarung aufgenommen wurde, da ja der Widerruf einer Vollmacht ohnehin jederzeit möglich sei. Es gelangt zu dem Ergebnis, dass diese Klausel im Interesse der Bank eingefügt wurde, und qualifiziert sie als eine negative Potestativbedingung, deren Eintritt zur Auflösung der Vereinbarung führe. Daraus ergibt sich folgerichtig die Konsequenz, dass der Eintritt dieser Bedingung, der vom Kläger herbeigeführt wurde, keine Schadenersatzpflicht der Bank auslösen könne, da diese nur die Konsequenzen aus diesem Eintritt gezogen habe. Dass sich unter diesen Umständen keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche ergeben, bedurfte keiner weiteren Begründung.

#### 5. Vorleistungspflicht, Art. 82 OR, BGE 127 III 199 ff.

a) Der nachmalige Kläger Rolf Weber verkaufte den Betrieb «IPK Institut für Personalfragen und Kaderauslese, Rolf Weber» an Rolf Frick (Beklagter) zum Preis von CHF 155 000.– und verpflichtete sich, seinen Namen im Zusammenhang mit der Einzelfirma im Handelsregister löschen zu lassen. Von dem in Raten zu zahlenden Kaufpreis leistete der Beklagte die erste Zahlung von CHF 30 000.– vereinbarungsgemäss, erklärte dann aber seinen Rücktritt vom Vertrag, da der Kläger die vertragsgemäss dem Handelsregisteramt abzugebende Erklärung nicht unterzeichnet habe. Auf Klage von Rolf Weber hin entschied das Bezirksgericht, dass der Beklagte nicht zum Rücktritt berechtigt gewesen sei; das Obergericht des Kantons Zürich wies die Klage ab mit der Begründung, der Kläger sei vorleistungspflichtig und der Beklagte habe sinngemäss die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben. Das Bundesgericht heisst die Berufung des Klägers teilweise gut und verpflichtet den Beklagten zur Leistung der fälligen Raten Zug um Zug.

b) Ansatzpunkt bildet Art. 82 OR, der dem Schuldner eine aufschiebende Einrede gewährt, deren Erhebung bewirkt, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbieten der Gegenleistung zurückbehalten darf. Der Kläger kann auf vorbehaltlose Leistung klagen: es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben (in Bestätigung von BGE 123 III 19). Hat der Gläubiger die Leistung

weder erbracht noch angeboten, so gibt der Richter der Klage mit der Massgabe statt, dass der Schuldner nur Zug um Zug zu leisten hat; der Richter erlässt ein dahingehendes Urteil auf Einrede des Beklagten hin (unter Verweis auf BGE 111 II 466). Ist der Kläger jedoch vorleistungspflichtig, muss sich der Beklagte nicht auf Art. 82 OR berufen; es genügt, dass er die Fälligkeit des Anspruches bestreitet. Der Richter hat die Vorleistungspflicht von Amtes wegen zu prüfen. Dabei sind zwei Arten der Vorleistungspflicht zu unterscheiden.

Der Kläger kann in der Weise vorleistungspflichtig sein, «dass die Erbringung seiner Leistung eine Bedingung für die Fälligkeit der Gegenleistung bildet» (S. 200 f.). Typisch für diese Konstellation ist die geläufige Klausel: Zahlung einen Monat nach Erhalt der Ware. Die Fälligkeit tritt erst und nur dann ein, wenn die Ware geliefert wurde (sog. «beständige» Vorleistungspflicht).

Haben die Parteien sich auf unterschiedliche Fälligkeitstermine geeinigt, so tritt die Fälligkeit der jeweils eigenen Leistung unabhängig von derjenigen der Gegenleistung ein. Während die ältere Lehre bei dieser Konstellation gar nicht von einer Vorleistungspflicht sprach, hat die neuere Lehre den Begriff der «nicht beständigen» Vorleistungspflicht von der deutschen Doktrin übernommen. Man spricht davon, dass z.B. der spätere Anspruch auf den Kaufpreis den früher fälligen auf Lieferung des Kaufgegenstandes «einholt», so dass sich dann zwei fällige Ansprüche gegenüberstehen (S. 201; unter Verweis auf ZK-SCHRANER Art. 82 N 116, der sich seinerseits auf STAUDINGER-OTTO [jetzt Aufl. 2001 § 320 N 5] bezieht).

Sofern eine beständige Vorleistungspflicht vorliegt, ist die Klage des Klägers abzuweisen, «solange er seine eigene Leistung nicht erbracht hat und die Frist, welche Vor- und Gegenleistung trennt, nicht abgelaufen ist. Der Beklagte braucht keine Einrede gemäss Art. 82 OR zu erheben, da seine Leistung noch nicht fällig ist» (S. 202).

Bei der nicht beständigen Vorleistungspflicht sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden. Erhebt der Kläger die Klage vor Fälligkeit der Leistung des Beklagten, so ist diese abzuweisen. Ist dagegen die Fälligkeit der Leistung des Beklagten eingetreten, darf keine Klageabweisung mehr erfolgen, da die Pflicht zur Vorleistung durch Zeitablauf erloschen ist. In diesem Fall muss der Beklagte, sofern er seine Leistung zurückhalten will, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Der Kläger hat dann einen Anspruch auf Verpflichtung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der

Gegenleistung (BGE 111 II 463, 466). Eine Ausnahme kommt dann in Betracht, wenn dem Beklagten die Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug nicht zugemutet werden kann. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unbestritten geblieben ist (BK-WEBER, Art. 82 OR N 226).

In casu gelangt das Bundesgericht zu dem Schluss, dass die Parteien eine nicht beständige Vorleistungspflicht vereinbart hatten. Dies hat auch das Obergericht angenommen, und es hätte deshalb die Klage nicht als zurzeit unbegründet abweisen, sondern ihr «von Amtes wegen im Rahmen der fälligen Raten auf Leistung Zug um Zug» stattgeben müssen. Insoweit erwies sich die Berufung als begründet.

c) Das Urteil gibt die in der Literatur praktisch einhellig vertretene Auffassung wieder und bedarf insofern keines Kommentars. Gerade im Hinblick auf die teilweise lehrbuchartige Darstellung ist freilich anzumerken, dass sich bei der Beschreibung der prozessualen Behandlung der beständigen Vorleistungspflicht offenbar ein Missverständnis eingeschlichen hat. Es ist richtig, dass die Klage des vorleistungspflichtigen Klägers abzuweisen ist, «solange er seine eigene Leistung nicht erbracht hat». Die Fortsetzung des Satzes steht indessen mit den vorherigen Ausführungen des Bundesgerichts im Widerspruch, wenn als zweite Voraussetzung ausgeführt wird, dass «die Frist, welche Vor- und Gegenleistung trennt, nicht abgelaufen ist». Nach den Ausführungen des Bundesgerichts auf der vorhergehenden Seite kann diese Frist jedoch erst mit der Erbringung der Vorleistung zu laufen beginnen und deshalb nicht ablaufen, bevor diese erbracht wurde.

#### 6. **Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme, BGE 128 III 416 ff.**

a) Im Rahmen eines Werkvertrages verpflichtete sich die X. AG (Beklagte), das Dach einer Industriehalle zu beschichten, wobei die Beklagte eine zehnjährige Haltbarkeitsgarantie für die im Herbst 1986 abgeschlossenen Arbeiten abgab. Am 20. Juni 1996 rügten die Y. AG und die Z. AG (Klägerinnen) Mängel an der Dachbeschichtung. Sie forderten die Beklagte mit Schreiben vom 15. Dezember 1997 auf, den untauglichen Belag zu entfernen und darüber

hinaus das Dach fachgerecht neu zu beschichten, was die Beklagte ablehnte. Das Handelsgericht des Kantons St. Gallen entschied, das Dach durch einen Dritten neu beschichten zu lassen, und verpflichtete die Beklagte, für die Sanierungsarbeiten einen Kostenvorschuss von CHF 180 000.– zu leisten. Das Bundesgericht schützt diesen Entscheid, wobei in der Amtlichen Sammlung lediglich die Erwägung 4.2.2, welche die Frage der Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme enthält, abgedruckt ist.

b) Bisher hatte das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob die Kosten für die Nachbesserung durch einen Dritten von Unternehmern zu bevorschussen sind. In der Literatur waren die Meinungen geteilt. Das Bundesgericht entscheidet sich für die Pflicht des Unternehmers, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen. *Erstens* sei dem Unternehmer als der vertragsuntreuen Partei zuzumuten, die Kosten für die Nachbesserung vorzufinanzieren. *Zweitens* könne damit erreicht werden, dass der nicht nachbesserungswillige Unternehmer nicht besser gestellt wird als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfüllt. *Drittens* habe der Besteller ein grosses Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen muss. Allerdings ist die Vorschusspflicht an *bestimmte Modalitäten* zu binden: Der Vorschuss darf ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme verwendet werden; überdies ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der «Ersatznachbesserung» über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Überdies ist eine allfällige Nachforderung ausgeschlossen, und der Besteller wird für den gesamten Betrag rückerstattungspflichtig, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt.

c) Dem Gesetz lässt sich keine Lösung entnehmen. Die vom Bundesgericht angeführten Gründe sind bei Berücksichtigung der vorgeschriebenen Modalitäten einleuchtend, wenngleich diese Lösung auch erhebliche Folgeprobleme mit sich bringt. Der guten Ordnung halber sei angefügt, dass ich mich in der neuen Auflage des Basler Kommentars (Art. 98 N 7) der von WEBER (BK-WEBER, Art. 98 N 80) vertretenen Auffassung angeschlossen habe und deshalb nicht mehr zu den Gegnern dieser Lösung gezählt werden kann.

## II. Besonderer Teil

### 1. Kaufrecht

#### a) *Gefahrenübergang beim Sukzessivlieferungsvertrag,* *BGE 128 III 370 ff. (= Pra 2002, Nr. 190)*

a) Die Bodenleger A., C. und D. gründeten gemeinsam mit B. eine Unternehmung (X. AG) für Bodenbeläge, wobei B. das Unternehmen finanzierte, indem er das Aktienkapital liberierte, das in 100 Namensaktien à CHF 1000.– gestückerelt war. Die Aktiengesellschaft hatte vier Aktionäre, nämlich B. (97 Aktien), D. (1 Aktie), A. (1 Aktie) sowie C. (1 Aktie). B. verpflichtete sich, den anderen Aktionären der Gesellschaft seine Titel zum Nennwert in folgendem Verhältnis zu verkaufen: D. 29 Aktien, C. 29 Aktien sowie A. 29 Aktien. Ebenso wie C. und D. unterzeichnete A. eine auf den 1. August 1993 datierte Schuldanerkennung. Jeder von ihnen bestätigte, B. CHF 30 000.– zu schulden, zahlbar in monatlichen Raten von CHF 1000.– oder nach Vereinbarung, wobei eine Aktie pro Monat gegen Bezahlung von CHF 1000.– zu übertragen war. Eineinhalb Jahre später wurde über die X. AG das Konkursverfahren eröffnet, das am 21. Februar 1995 mangels Masse eingestellt wurde. Im Juli 1995 klagte B., der noch alle an A verkauften Aktien in Besitz hatte, gegen A. und verlangte die Zahlung von CHF 30 000.–, nebst Zins. Die Vorinstanz verpflichtet A., den Betrag zuzüglich Zinsen zu bezahlen; eine dagegen erhobene Berufung weist das Bundesgericht ab.

b) Das Bundesgericht qualifiziert die zwischen B. und A. (wie auch den beiden anderen Aktionären) getroffene Vereinbarung als Sukzessivlieferungsvertrag. Dieser kann den Regesten besser als der Begründung entnommen werden. Diese beschränkt sich im abgedruckten Teil (Erwägung 4) darauf, die Anwendbarkeit des Art. 185 OR auf den vorliegenden Fall zu bejahen und die Gründe dafür zu erläutern. Das geschieht in Form eines historisch-rechtsvergleichenden Essays, der von der Antike über die humanistische Jurisprudenz und die Pandektistik in die Entstehungsgeschichte des OR führt. Es macht wenig Sinn, dies nachzuerzählen, der Text sei vielmehr zur Lektüre empfohlen. Mancher Praktiker und nicht nur dieser wird dabei sein historisches Wissen auffrischen – und ausländische Juris-

ten werden uns ob der Qualität und Dimension dieser Argumentation beneiden.

Die Begeisterung, die der Schreibende als (auch) Rechtshistoriker empfindet, wird indes auch hier wieder durch den Umstand getrübt, dass ein erheblicher Teil der Begründung, wohl weil er profanere Materien umfasst, nicht amtlich publiziert wurde. Immerhin hätte man dann erfahren, warum das Gericht einen Sukzessivlieferungsvertrag angenommen (Erwägung 1) und konsequenterweise Kaufrecht angewandt hat, was zu der oben geschilderten Erwägung 4 und zur Bejahung der Anwendbarkeit von Art. 185 OR führte. Daran schliesst das Bundesgericht folgende Erwägung an (12. März 2002/4C.336/2000):

«Il résulte de ce qui précède que la règle générale de l'art. 185 al. 1 CO doit trouver application. Il n'est par conséquent pas nécessaire d'examiner dans quelle mesure les conditions de l'art. 119 CO seraient réalisées. A ce sujet, on observera simplement que, durant la phase de liquidation, les droits sociaux incorporés dans une action, si l'action elle-même n'a peu ou plus de valeur économique, continuent à exister, et peuvent être transférés; ce n'est qu'après la disparition de la personne morale qu'ils s'éteignent définitivement. A partir de ce moment-là, on accordera au demandeur que l'action n'a plus que la valeur, négligeable, de son support de papier (ou, au mieux, celle d'un objet de collection), si bien qu'on doit admettre qu'on est en présence d'un aliud (E 5).»

So hübsch das auch klingt, hätte man doch gerne etwas genauer gewusst, warum denn nun bei dieser Konstellation Art. 185 OR anwendbar ist, wenn man Art. 119 OR nicht prüfen muss.

b) *Grundstückkauf und Haftung des Notars, BGE 127 III 248 ff.*

a) Die X. AG verkaufte 4443 m<sup>2</sup> ihres Landes, zu einem Preis von total CHF 111 075.–, spätestens per 30. Juni 1994 zahlbar. Anlässlich der Verurkundung präsentierte der Notar den Parteien einen Plan, datiert vom Vortag durch den Geometer. Da die Linienführung in diesem Plan nicht den Wünschen des Käufers entsprach, verlangte dieser eine Änderung des Plans. Der Notar telefonierte im Beisein der Parteien mit dem Geometer, und fragte ihn an, ob die Änderung möglich sei, was dieser bejahte. Nachdem der Geometer nach der Verurkundung einen neuen Plan übermittelte, teilte der Notar mit

Schreiben vom 24. Mai 1994 den Parteien mit, dass die vom Käufer verlangten Änderungen, im Gegensatz zu den Zusicherungen des Geometers, einen Wechsel des Terrains erforderten. Die Verkäuferin antwortet am 30. Mai 1994, dass sie mit der vorgeschlagenen Änderung der Linienführung nicht einverstanden sei. Der abgemachte Preis wurde nicht bezahlt, worauf der Kaufpreis in Betreibung gesetzt wurde. Nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung klagte der Käufer auf Aberkennung der Verpflichtung. Während die erste Instanz die Aberkennungsklage abwies und definitive Rechtsöffnung erteilte, gibt das Bundesgericht der dagegen ergriffenen Berufung statt und stellt die fehlende Verpflichtung des Käufers fest.

b) Das Bundesgericht beginnt seine materiellrechtlichen Erwägungen mit der folgenden Feststellung, die es offenbar für geboten hält: «C'est le lieu de rappeler que le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en réforme, n'est pas lié par l'argumentation juridique des parties ou de la cour cantonale» (S. 253). Daran anschliessend hält es fest, dass der Richter von Amtes wegen das Zustandekommen des Vertrages zu prüfen habe. Dies gelte in jedem Fall dann, wenn eine Partei ausführt, dass sie sich nicht gebunden fühle, wie dies in casu der Fall sei. Das Kantonsgericht sei offenbar davon ausgegangen, dass der Käufer, da er eine öffentliche Urkunde unterzeichnet habe, die Unwirksamkeit des Vertrages nicht geltend machen könne. Es wird dann ausgeführt, dass auch bei öffentlich beurkundeten Verträgen für deren Zustandekommen und Auslegung die allgemeinen Regeln von Art. 2 und 18 OR zur Anwendung kommen. Dem stehe auch die Vermutung von Art. 9 ZGB nicht entgegen, weil diese umgestossen werden könne. Infolgedessen erörtert das Bundesgericht nun, ob der Vertrag wirksam geschlossen wurde. Dies sei nur dann der Fall, wenn über alle wesentlichen Punkte Einigung erzielt sei. Zu den wesentlichen Punkten eines Kaufvertrages gehöre die Bestimmung des Kaufgegenstandes, und bei dem Verkauf eines Grundstücks genüge dafür nicht die Angabe der Fläche; vielmehr seien Form und Lage der Parzelle genau zu fixieren, so dass auf der Basis des von den Parteien erzielten Konsenses der Gegenstand des Kaufes zumindest hinreichend bestimmbar sei. Fehlt ein derartiges wesentliches Element, so ist Art. 2 OR nicht anwendbar. Demnach haben die Parteien einen wesentlichen Vertragspunkt nicht geregelt, und der Vertrag gilt nicht als geschlossen, bis sie über diesen Punkt Einigung erzielt haben. Der

Vorbehalt eines solchen Punktes könne auch bei einem formbedürftigen Vertrag in formfreier Weise erfolgen (gestützt auf ZK-JAGGI, Art. 2 OR N 20 f.).

Anschliessend analysiert das Bundesgericht auf der Basis der tatsächlichen Feststellung des Kantonsgerichtes das Verhalten der Parteien während und nach der Beurkundung und gelangt zu dem Resultat, dass es zu einer derartigen Einigung nicht gekommen ist. Da die Einigung über einen wesentlichen Vertragspunkt fehlt, ist der Vertrag demnach nicht zustande gekommen, und der Käufer schuldet dem Verkäufer den Kaufpreis nicht.

c) Im Anschluss an die eingangs zitierte Feststellung streift das Bundesgericht kurz die Kontroverse, ob der Richter von Amts wegen die Wirksamkeit des Vertrages auch dann zu untersuchen habe, wenn keine Partei sich auf die Unwirksamkeit beruft (bejahend BK-KRAMER, Art. 2 OR N 6; ablehnend: BSK OR-I-BUCHER, 3. Aufl. 2003, Art. 1 N 25), ohne dies jedoch zu entscheiden, da die Unwirksamkeit des Vertrages geltend gemacht worden war. Die anschliessenden Erörterungen über die *essentialia negotii* des Kaufvertrages und insbesondere des Grundstückskaufs bewegen sich im Rahmen allgemein anerkannter Prinzipien und bedürfen keiner weiteren Erörterung. Unklar bleibt allein ein Punkt: Die Feststellung des Bundesgerichts, dass der Vorbehalt formfrei erfolgen könne, wird auf einen einzigen Satz von JAGGI an dem oben angegebenen Ort gestützt. Dabei ist zu beachten, dass diese Ausführungen sich auf Art. 2 OR beziehen, der nur von Vorbehalten zu Nebenpunkten handelt. Da nach richtiger und kaum mehr bestrittener Auffassung die Formvorschriften im Allgemeinen und das Beurkundungserfordernis im Besonderen sich von vornherein nur auf wesentliche Vertragspunkte beziehen (dazu WIEGAND/BRUNNER, recht 1993, 1 ff.), sind die Berufung auf Art. 2 OR und die Erläuterungen dazu im Ansatz unzutreffend. In der Sache wird man dem Bundesgericht insoweit zustimmen können, als die Parteien in der Tat mündlich vereinbaren können, den noch nicht vollkommen beurkundeten Vertrag später zu perfektionieren. Dann muss aber klar sein, dass es sich nicht um einen Vorbehalt im Sinne von Art. 2 OR handelt, der einem Konsens nicht entgegensteht, sondern um einen formbedürftigen Vertrag, der noch nicht vollständig beurkundet ist. Daraus ergibt sich mit Selbstverständlichkeit die Konsequenz, dass die Einigung über den noch offenen wesentlichen

Vertragspunkt in der vertragsgemässen Form, d.h. hier in öffentlicher Beurkundung, erfolgen muss.

## 2. Darlehensvertrag, BGE 128 III 428 ff.

a) X. kam 1981 im Zusammenhang mit der Krebserkrankung ihres Sohnes in Kontakt mit Erika Bertschinger Eike, die sich «Uriella» nennt und Vorsteherin der Vereinigung «Fiat Lux» ist, einer spirituellen Gemeinschaft. X. war seit 1986 Mitglied von Fiat Lux und seit der Trennung von ihrem ersten Ehemann im Jahre 1994 in der Gemeinschaft überaus aktiv. X. gab Uriella im Zeitraum zwischen Dezember 1994 bis August 1996 sieben zinslose Darlehen im Gesamtbetrag von CHF 625 000.–, wobei für die Darlehen Laufzeiten von 10 bis 22 Jahren vereinbart wurden. Die Rückzahlung wäre somit in den Jahren 2006 bis 2017 fällig geworden. Am 15. Mai 1997 erklärten X. und ihr zweiter Ehemann, ebenfalls Mitglied von «Fiat Lux», brieflich den Austritt aus der Vereinigung. Im September des gleichen Jahres gelangte X. an Uriella mit dem Ersuchen, die Darlehenskonditionen durch eine Rückzahlungsvereinbarung abzuändern. Ohne Antwort von Uriella verblieben, betrieb X. diese für den Betrag von CHF 625 000.–. Das Kantonsgericht von Appenzell-Ausser Rhoden verpflichtet die Beklagte auf Klage hin zur Zahlung von CHF 625 000.–; das angerufene Obergericht stimmt diesem Ergebnis mit der Begründung zu, dass die Klägerin die Darlehensverträge aus wichtigem Grund vorzeitig kündigen durfte. Das Bundesgericht weist die dagegen ergriffene Berufung ab.

b) Das Bundesgericht beginnt seine (in der Amtlichen Sammlung abgedruckten) Erwägungen mit der Diskussion über die vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund, die im schweizerischen Recht in einer Reihe von gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen vorgesehen ist. Lehre und Rechtsprechung halten diese Regeln für «Ausdruck eines allgemeinen Prinzips» (BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 200 und BGE 122 III 262, 265). Dieses Prinzip hat das Bundesgericht auf eine Reihe von Verträgen ausgedehnt, in denen es gesetzlich nicht vorgesehen ist. Für den vorliegenden Fall stellt sich deshalb die Frage, «ob auch der Darlehensvertrag zu den Dauerschuldverhältnissen gehört, die aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden kön-

nen» (S. 430). Dies wird in der Literatur überwiegend bejaht, von einigen Autoren jedoch mit unterschiedlichen Gründen abgelehnt. Das veranlasst das Bundesgericht zunächst, sich in grundsätzlicher Weise mit dem Begriff Dauerschuldverhältnis auseinander zu setzen. Diese «werden dadurch charakterisiert, dass der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistungen fortgesetzt werden sollen» (S. 430 mit umfangreichen Nachweisen aus der deutschen und schweizerischen Literatur). Massgebend für diese Beurteilung ist «die vertragstypische Hauptleistung, die beim Darlehensvertrag über Geld vom Darlehensgeber erbracht wird und in der Verschaffung sowie Überlassung einer Geldsumme an den Darlehensnehmer während eines gewissen Zeitraumes besteht» (gestützt auf OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Bestandesaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, Tübingen 1994, 105 ff., 148 ff.).

Auf dieser Basis hält das Bundesgericht zunächst fest, dass der Darlehensvertrag als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist, ohne dass es darauf ankäme, ob das Darlehen verzinslich oder unverzinslich ist. «Ob Zins geschuldet wird oder nicht, ist dagegen von massgebender Bedeutung in Bezug auf die wirtschaftliche Funktion des Darlehensvertrages, seine Erscheinungsform und den Entscheid darüber, was als wichtiger Grund für die vorzeitige Auflösung zu betrachten ist» (S. 430 f.). Bei den verzinslichen Darlehen geht das Bundesgericht von einem Interessengegensatz aus, während zinslose Darlehen in der Regel gemeinsamen Interessen entsprechen und bei längerer Vertragsdauer «von ihrer Funktion her einer Schenkung» nahe stehen und auch «unter vergleichbaren Umständen und aus vergleichbaren Motiven vereinbart» werden. Das Bundesgericht betont (gegen CHRIST, *Schweizerisches Privatrecht* Bd. VII/2, *Der Darlehensvertrag*, 258), dass bei allen Erscheinungsformen des Darlehens die persönlichen Umstände des Darlehensnehmers und seine Beziehungen zum Darlehensgeber eine wesentliche Rolle spielen, wobei das in besonderem Masse für das zinslose Darlehen gilt.

Vor diesem Hintergrund geht das Gericht nun auf BGE 100 II 345 ein, in dem festgehalten worden war, «dass die Veränderung der Verhältnisse des Borgers – Scheidung von der Tochter des Darlehensgebers und Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage – bei einem auf Lebenszeit des Borgers gewährten verzinslichen Darlehen» keinen Grund für die vorzeitige Kündigung des Vertragsverhältnisses

bilde (S. 431). Immerhin sei dort angedeutet worden, dass die Rechtslage sich bei einem zinslosen Darlehen anders darstellen könne. Schliesslich weist das Bundesgericht darauf hin, dass in jenem Entscheid das Problem als ein solches des Rechtsmissbrauchs angesehen wurde, um dann fortzufahren: «Nach heutigem Verständnis steht dagegen bei der vorzeitigen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund der Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB im Vordergrund. Die betreffende Partei soll sich von der Vertragsbindung befreien können, weil eine Fortführung des Vertragsverhältnisses eine unzumuthare Einschränkung ihrer Persönlichkeit bedeuten würde (OETKER, a.a.O., 268 f.). Darin kann im Übrigen auch die Abgrenzung zum Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus* gesehen werden (dazu BUCHER, Berner Kommentar, N 201 zu Art. 27 ZGB). Die *clausula* setzt Veränderungen der äusseren Umstände voraus, von denen alle Vertragsparteien gleichermaßen betroffen sind, und die zu einer gravierenden Äquivalenzstörung geführt haben ([es folgt Verweis auf den oben besprochenen BGE 127 III 300]). Im Gegensatz dazu hat die Kündigung aus wichtigem Grund keine Äquivalenzstörung zur Voraussetzung. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumuthar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten. Diese Abgrenzungsfrage braucht hier indessen mangels Erheblichkeit nicht weiter erörtert zu werden» [!] (S. 431 f.).

Nach diesen grundsätzlichen Erwägungen geht das Bundesgericht zur Diskussion der Frage über, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Dabei hält es vorab fest, dass dieser Entscheid ein Ermessensentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB sei. Somit sei es eine Billigkeitsentscheidung, die auf einer objektiven Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände des zu beurteilenden Falles zu treffen sei, weshalb das Bundesgericht nur in extremen Ausnahmefällen korrigierend in solche Entscheide eingreife. In casu sieht das Bundesgericht keinen Anlass, den Ermessensentscheid der Vorinstanz zu korrigieren. Die Gründe dafür werden in einer eingehenden Analyse der Stellung der Klägerin in der Gemeinschaft «Fiat Lux» und ihrer Beziehungen zu Uriella dargelegt, die zu folgendem Schluss führt: «Das Ausscheiden der Klägerin aus der Gemeinschaft «Fiat Lux» hat dazu geführt, dass ihr die Bindung an die Darlehensverträge wegen über-

mässiger Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte nicht mehr zuzumuten ist» (S. 433). Dafür sieht das Bundesgericht zwei Gründe: «Zum einen besteht angesichts der langen Laufzeiten der zinslosen Darlehen von zehn bis zweiundzwanzig Jahren ein Übermass in wirtschaftlicher Hinsicht, da die Klägerin im Zeitpunkt der Rückzahlung einen massiven Wertverlust ihres Geldes in Kauf nehmen müsste, wogegen die Beklagte während der Laufzeit der Darlehen über das Geld hätte gewinnbringend verfügen können. Zum andern liegt auch eine übermässige unzumutbare Einschränkung des persönlichkeitsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts der Klägerin vor, da sie mit dem ausgeliehenen Geld eine Gemeinschaft unterstützen muss, deren Interessen und Ziele sie nicht mehr teilt und auf die sie auch keinen Einfluss mehr ausüben kann» (S. 433 f.). Abschliessend hält das Bundesgericht fest, dass der Austritt der Klägerin aus der Gemeinschaft «Fiat Lux» ihr nicht als Verschulden angerechnet werden könne; vielmehr sei es das Recht einer jeden Person, sich von einer derartigen Gemeinschaft zu lösen, ohne dass ihr dies vorgeworfen werden könne.

c) Das Urteil hat grosse theoretische Bedeutung und erhebliche praktische Konsequenzen. Zunächst zu den theoretischen Aspekten:

Eingangs hält das Bundesgericht fest, dass das Darlehen überwiegend als Dauerschuldverhältnis angesehen wird, und schliesst sich dieser Qualifikation an. Dass das Darlehen als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist, war indessen schon lange nicht mehr ernsthaft bezweifelt worden. CHRIST, der als Gegner der Konzeption von Dauerschuldverhältnissen zitiert wird (SPR Bd. VII/2, 257 f.), geht ausdrücklich davon aus, dass das Darlehen ein Dauerschuldverhältnis ist, wendet sich aber gegen die Auflösung aus wichtigem Grund. Auch BUCHER beschränkt sich auf die Aussage, dass es sich «historisch betrachtet» nicht um ein Dauerschuldverhältnis handle (OR BT, 3. Aufl. 1988, 192).

Angesichts dieser Sachlage hätte es genügt, wenn das Bundesgericht das Darlehen mit der ganz überwiegenden Meinung als Dauerschuldverhältnis qualifiziert und von weitergehenden Aussagen abgesehen hätte. Es benutzt jedoch die Gelegenheit, einerseits eine Begriffsbestimmung der Dauerschuldverhältnisse vorzunehmen (vgl. das oben wiedergegebene Zitat) und andererseits fast «versteckt» Grundsätzliches zur Rechtsnatur und zum Inhalt des Darle-

hens zu sagen. Beim Darlehen sei die im Hinblick auf das Dauerschuldverhältnis vertragstypische Leistung die Verschaffung und die Überlassung einer Geldsumme an den Darlehensnehmer während eines gewissen Zeitraumes (dies gestützt auf die erwähnte Arbeit von Oetker). In der Sache geht das Bundesgericht also davon aus, dass den Darlehensgeber nicht nur die Verschaffungspflicht trifft, sondern auch die Verpflichtung, die verschaffte Summe dem Darlehensnehmer während der Darlehensdauer zu belassen (so genannte Belassungspflicht, dazu eingehend die Besprechung dieses Urteils von MAURENBRECHER, recht 2003, 180 ff.). Nach dem Ductus der Begründung scheint diese dogmatische Fixierung die Grundlage für den folgenden Schluss zu sein, dass das Darlehen als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist. Da diese Qualifizierung an die Belassungspflicht über einen bestimmten Zeitraum anknüpft, spielt die Verzinslichkeit dafür keine Rolle.

d) Es kann hier nicht darum gehen, diese im Urteil nur sehr knapp skizzierte Konzeption im Einzelnen zu diskutieren (vgl. dazu den Beitrag von MAURENBRECHER in recht). Dies ist vor allem deshalb nicht angezeigt, weil es sich dabei für das Bundesgericht nur um Vorüberlegungen zu dem eigentlich zu entscheidenden Punkt handelt, ob nämlich der Darlehensvertrag – so wie die Vorinstanz dies angenommen hatte – aus wichtigem Grund aufgelöst werden könne. Es stellt sich deshalb die Frage, ob zur Lösung dieses Problems die prinzipiellen Erörterungen über Dauerschuldverhältnisse und als deren Konsequenz die Rechtsnatur des Darlehens erforderlich waren. Einigkeit besteht darüber, dass bei länger andauernden Rechtsbeziehungen – ohne dass es darauf ankäme, ob sie auf unbestimmte Zeit oder auf einen bestimmten Endtermin abgeschlossen sind – die Frage der vorzeitigen Auflösung gelöst werden muss. Mit anderen Worten, die Problematik der Kündigung aus wichtigem Grund stellt sich beim Darlehensvertrag auch dann und für den, der ihn nicht in dem vom Bundesgericht beschriebenen dogmatischen Konzept als Dauerschuldverhältnis bezeichnet. Da zwischen Auszahlung und Rückzahlung des Darlehens ein Zeitablauf liegt, muss die Frage beantwortet werden, ob vor Zeitablauf eine ausserordentliche Auflösung möglich ist. Zu dieser Frage hat das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid nicht nur für das Darlehen, sondern darüber hinaus ausreichend grundsätzliche Erwägungen angestellt.

Diese grundsätzlichen Überlegungen betreffen die rechtlichen Grundlagen der vorzeitigen Auflösung eines auf Dauer angelegten Schuldverhältnisses, wobei das Bundesgericht eine Abgrenzung zwischen der Auflösung aus wichtigem Grund und der *clausula rebus sic stantibus* vornimmt. Letztere soll – wie sich aus dem oben wiedergegebenen Zitat ergibt – auf die Fälle der Äquivalenzstörung beschränkt bleiben, während die Kündigung aus wichtigem Grund dann eingreifen soll, wenn «das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen, die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten» (S. 432). Diese Abgrenzung ist in vieler Hinsicht diskutabel und höchst problematisch. Sie setzt z.B. voraus, dass der Anwendungsbereich und der Rechtsgrund der *clausula rebus sic stantibus* klar umrissen sind, wovon trotz der insgesamt überzeugenden Rechtsprechung des Bundesgerichts in diesen Punkten (vgl. dazu die oben besprochene Entscheidung BGE 127 III 300) keine Rede sein kann. Noch viel weniger klar ist, was unter anderen, die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten zu verstehen ist. Diese Abgrenzungen wären eine eigene Abhandlung wert. Darauf wird jedoch deshalb verzichtet, weil das Bundesgericht selbst feststellt, dass sie im vorliegenden Fall keine Rolle spielen. Bleibt anzumerken, dass es zu den Privilegien des Richters gehört, Fragen, die nicht entscheidungserheblich sind, offen zu lassen, aber auch zu den Tugenden, sie dann nicht aufzuwerfen.

Was das Bundesgericht im Folgenden ausführt, ist eine auf den Fall bezogene Abwägung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Dabei kommt es hier nicht auf die Einzelheiten an, sondern darauf, dass die abschliessende Bewertung durch das Bundesgericht in einem von zwei Punkten durchaus zutrifft. Es ist in der Tat nicht zumutbar, dass jemand mit seinem Geld eine Institution unterstützt, deren Vorstellungen, Ziele oder Interessen er nicht mehr teilt oder teilen kann und auf die er zudem keinen Einfluss auszuüben vermag. Die Bejahung eines wichtigen Grundes für die Auflösung eines auf Dauer angelegten Schuldverhältnisses ist insofern sachlich richtig und überzeugend begründet. Weitaus weniger überzeugend ist die zweite vom Bundesgericht angeführte Erwägung, in der es darauf abstellt, dass die Klägerin bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung einen massiven Wertverlust ihres Geldes hätte in Kauf nehmen müssen, während die Beklagte dieses inzwischen zu ihrem Vorteil hätte verwenden

können. Dieser Gesichtspunkt war der Klägerin bei Begründung des Darlehensvertrages bekannt, und er trifft auf jedes langfristige zinslose Darlehen zu. Eine derartige Argumentation unterläuft das Prinzip *pacta sunt servanda* ohne Notwendigkeit. Dies führt zu der Frage, welche Tragweite die in der Begründung sehr deutlich betonte Unterscheidung zwischen zinslosem und zinspflichtigem Darlehen hat. Richtig ist sicher, dass die Erwägungen des Bundesgerichts, die sich auf das persönlichkeitsrechtliche Selbstbestimmungsrecht beziehen, grösseres Gewicht beim zinslosen als beim verzinslichen Darlehen haben. Indessen treffen sie im Kern auch beim verzinslichen Darlehen zu. Man wird deshalb den Entscheid dahin verstehen müssen, dass die Intensität der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts beim verzinslichen Darlehen grösser sein muss als beim zinslosen. Das gibt Anlass zu einer abschliessenden Bemerkung: Die oben angesprochene und nicht ausdiskutierte Abgrenzung zwischen der *clausula rebus sic stantibus* und der Kündigung aus wichtigem Grund bildet nur einen Ausschnitt der Grundsatzfrage, unter welchen Voraussetzungen und Umständen das Prinzip *pacta sunt servanda* eingeschränkt werden darf und muss. In ganz allgemeiner Form kann man das dahingehend formulieren: Ebenso selbstverständlich wie die grundsätzliche Bindung der Parteien an den geschlossenen Vertrag ist deren Begrenzung. Die Bindung findet ihre Grenze immer dann und überall dort, wo sie vom bei Vertragsschluss vorhandenen Willen nicht oder nicht mehr gedeckt ist. Dieses hier sehr allgemein formulierte Prinzip hat in den Rechtsinstituten des Grundlagenirrtums, der *clausula rebus sic stantibus*, der Kündigung aus wichtigem Grund und verwandten Rechtsfiguren seinen Niederschlag gefunden. Wichtiger als die Versuche der dogmatisch-definitorischen Abgrenzung dieser Institute und der Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsgrundlage (Art. 2 oder Art. 27 ZGB oder auch ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen) ist es, dass in jedem einzelnen Entscheid die Wertungsgrundlagen offen gelegt werden, die dazu führen, dass die Gerichte die Nichteinhaltung des geschlossenen Vertrages befürworten. Insofern ist dieser Entscheid im Ergebnis und in einem Teil seiner Begründung überzeugend, während er in anderen Punkten falsche Signale gibt.

### 3. **Werkvertrag: Ingenieurleistung, BGE 127 III 519 ff.** (= Pra 2001, Nr. 195)

a) Im Juli 1995 schlossen sich die Zeichnerin C. sowie die beiden Architekten D. und E. (Beklagte) zusammen, um an einem Ideenwettbewerb teilzunehmen, der vom Kanton Waadt in zwei Phasen für die Ausführung einer Autobahnverbindung veranstaltet wurde. Unter den 120 eingereichten Projekten wurde dasjenige von C., D. und E. mit elf weiteren Projekten zur Teilnahme an der zweiten Phase des Wettbewerbs ausgewählt, wobei diese Phase die Mitarbeit eines Ingenieurbüros voraussetzte. Die drei Wettbewerbsteilnehmer nahmen Kontakt mit den Ingenieuren A. und B. (Kläger) auf. Deren Vermittlung hatten sie es zu verdanken, dass die Bauingenieurfirma F., G., X. SA die Verwendung ihres Namens gestattete. A. und B. fungierten als Berater. Die Wettbewerbsteilnehmer orientierten anlässlich der ersten Sitzung vom 16. Januar 1996 über den Stand ihrer Arbeiten und die Wettbewerbsbedingungen. Am 12. März 1996 wurde eine zweite Arbeitssitzung abgehalten, wobei nicht erwiesen ist, ob die Frage des Entgelts für die Leistung der Ingenieure aufgeworfen wurde. Am 16. März 1996 sandten A. und B. den Wettbewerbsteilnehmern die Pläne von drei Brückenvarianten zur Überquerung der Autobahn zu. Am 12. April 1996 äusserte sich C. gegenüber B. enttäuscht über die geleistete Arbeit. Mit Schreiben vom 16. April 1996 antworteten A. und B. in harschem Ton unter Bezeichnung einer Kontonummer, «pour le versement de la somme correspondant à la moitié de l'éventuel prix attribué à notre projet» (S. 521). Am 19. April 1996 stellten C., D. und E. klar, dass es nie darum gegangen sei, die Ingenieurleistungen zu vergüten. Am 30. Mai 1996 sprach die Wettbewerbsjury den ersten Preis in der Höhe von CHF 18 000.– zuzüglich einer fixen Entschädigung von CHF 8000.– dem von C., D. und E. eingereichten Projekt zu. Der Anwalt der beiden Ingenieure verlangte in der Folge die Bezahlung von CHF 16 672.60, was von allen Instanzen, zuletzt vom Bundesgericht, abgelehnt wird.

b) In den einleitenden Bemerkungen der Begründung äussert sich das Bundesgericht zunächst grundsätzlich zur Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB, um dann in Bezug auf die streitige Frage festzuhalten, dass es den Klägern obliege nachzuweisen, dass eine Vergütung vereinbart worden sei. In einem zweiten Schritt setzt sich

das Bundesgericht mit dem klägerischen Vorwurf auseinander, dass die Vorinstanz die Art. 363 und 374 OR fehlerhaft angewandt habe. Es hält zunächst fest, dass die Entgeltlichkeit ein vertragstypisches Merkmal des Werkvertrages sei und dass eine Qualifikation als Werkvertrag dann nicht in Betracht komme, wenn jemand sich verpflichte, unentgeltlich ein Werk abzuliefern. Ein solcher Vertrag werde von der neueren Lehre als Innominatkontrakt behandelt. Die Vorinstanz habe die oben dargelegten Beweisregeln keineswegs verletzt, wenn sie zu der Überzeugung gekommen sei, «que la prestation des ingénieurs devait être fournie gratuitement», und daraus den Schluss zog, dass ein Werkvertrag nicht vorlag. Infolgedessen konnte eine Verletzung des Art. 374 OR gar nicht in Betracht kommen. Blieb zu entscheiden, ob eine Vergütung trotz fehlender mündlicher oder schriftlicher Vereinbarung nicht aus dem Verhalten der Beteiligten oder aufgrund einer Verkehrsübung abgeleitet werden könne. Hinsichtlich einer solchen Verkehrsübung hält das Bundesgericht fest, dass es sich dabei um tatsächliche Feststellungen handle, so dass es an die eine solche Übung verneinende Entscheidung des kantonalen Gerichts gebunden sei. Daran schliessen sich Erwägungen über eine mögliche entgeltliche Beteiligung der Ingenieure im Rahmen einer solchen Ausschreibung an, die jedoch alle zu dem Resultat führen, dass dafür keine hinreichenden Anhaltspunkte bestehen.

#### 4. Auftrag

##### a) Haftung des Gutachters, BGE 127 III 328 ff.

a) In einem Erbteilungsprozess zwischen A. (Kläger) und B. erstellte die X. AG (Beklagte) eine Verkehrswertschätzung einer Liegenschaft. In der Folge stellten die mit der Erbteilung befassten Gerichtsinstanzen auf den im Gutachten festgesetzten Wert ab (CHF 573 000.-) und wiesen dem Kläger die Liegenschaft unter Anrechnung dieses Wertes zu Eigentum zu. Fünfeinhalb Jahre später verkaufte der Kläger die fragliche Liegenschaft für CHF 440 000.-. Zuvor wurde der Verkehrswert der Liegenschaft durch die Steuerverwaltung des Kantons Thurgau auf CHF 361 000.- bzw. von der Thurgauer Kantonalbank auf CHF 445 000.- beziffert. Ein weiteres Gutachten, welches ein halbes Jahr nach dem Verkauf erstellt wurde,

ergab einen Verkehrswert von CHF 456 000.–. Von diesem Gutachten ausgehend berechnete der Kläger einen Schaden von CHF 32 483.90, welchen er in der Folge gegenüber der X. AG vor sämtlichen Instanzen vergeblich gerichtlich geltend machte.

b) An der Spitze der Erwägungen stehen allgemeine Bemerkungen zur Abgrenzung von Werkvertrag und Auftrag sowie eine Wiederholung der bekannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach sowohl körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse Gegenstand des Werkvertrages sein können, weshalb der Umstand, dass es sich bei der Schätzung um eine geistige Leistung handelt, der Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts an sich nicht entgegenstehen würde. Da das Gutachten überdies in schriftlicher Form vorliegt, könne auch die Frage offen bleiben, ob «die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts voraussetzt, dass das unkörperliche Arbeitsergebnis eine gewisse Körperlichkeit erlangt» (S. 329). Nach diesem Vorspann diskutiert das Bundesgericht die Frage der rechtlichen Einordnung des Gutachtervertrages, die im Schrifttum umstritten ist. Während ein Teil der Lehre diesen als Werkvertrag qualifiziert, betrachten ihn andere – wenn auch mit unterschiedlicher Begründung – als Auftrag. Schliesslich wird die Auffassung vertreten, dass trotz werkvertraglicher Qualifikation dessen Regeln nicht Anwendung finden können, «wenn der Arbeitserfolg nicht objektiv festgestellt werden kann (WERRO, *Le mandat et ses effets*, 30/1 Rz. 87)». In seinen eigenen Erwägungen differenziert das Bundesgericht, weil Sachverständigengutachten ganz unterschiedlichen Fragestellungen und Zielsetzungen dienen. Bei technischen Gutachten, die regelmässig nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch beurteilt werden können, hält das Bundesgericht das Werkvertragsrecht für anwendbar und die daraus fließenden Gewährleistungspflichten für sachgerecht. Geht es dagegen um die subjektive Einschätzung des Sachverständigen, fehlen solche objektive Kriterien für die Beurteilung der Richtigkeit des Ergebnisses. Infolgedessen sind derartige Verträge dem Auftragsrecht zuzuordnen. Dies weniger im Hinblick auf die umstrittene Definition des Begriffes «Werk», als vor allem deshalb, weil die «werkvertraglichen Gewährleistungsregeln mit den strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 367 ff. OR) ... nicht als sachgerecht [erscheinen], wenn das Ergebnis eines Gutachtens nicht objektiv gemessen und bewertet werden kann» (S. 330). Davon ausgehend, gelangt das Bundes-

gericht zu dem Schluss, dass die Schätzung des Wertes einer Sache eine Ermessensfrage und infolgedessen einer objektiven Beurteilung in den Kategorien richtig oder falsch nicht zugänglich sei (mit Verweis auf Schätzung eines Kunstgegenstandes BGE 112 II 347; sowie die Erstellung eines Kostenvoranschlages durch Architekten BGE 122 III 61; 119 II 249). Infolgedessen kommt es für die Haftung allein darauf an, ob bei der Erstellung des Gutachtens ein Sorgfaltsverstoss vorlag. Das Bundesgericht wendet sodann die für die Beurteilung dieser Frage entwickelten Massstäbe an, indem es wiederholt, dass die Sorgfalt nach objektiven Kriterien zu beurteilen sei. Danach ist grundsätzlich diejenige Sorgfalt anzuwenden, «welche ein gewissenhafter Vertragspartner in der gleichen Lage bei der Erstellung einer Verkehrswertschätzung anzuwenden pflegt. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden (BGE 115 II 62 E. 3a S. 64 mit Hinweisen»: dazu eingehend WIEGAND, recht 1990, 130 ff.). Eine solche Sorgfaltspflichtverletzung konnte in casu nicht festgestellt werden.

c) Das Urteil wiederholt weitgehend bekannte Positionen, die keiner weiteren Erläuterungen bedürfen. In gewisser Hinsicht neu und überzeugend ist der Ansatz des Bundesgerichts, im Hinblick auf die Inhalte von Gutachten zu differenzieren und nicht auf formale äussere Erscheinungsformen wie die Körperlichkeit abzustellen. Dies ermöglicht es dem Gericht, hinsichtlich der Folgen fehlerhafter Einschätzung und Beurteilung auf diejenigen Haftungsregeln zurückzugreifen, die der Sache angemessen sind. Im vorliegenden Fall hätte das Werkvertragsrecht kaum ohne gedankliche «Verbiegungen» angewandt werden können, während die Überprüfung nach Auftragsrecht zu einem plausiblen Resultat führt. Hierbei entscheidend ist und bleibt freilich die Frage nach dem anzulegenden Sorgfaltsmassstab, die das Bundesgericht immer wieder vor neue Herausforderungen stellt, wie die beiden folgenden Entscheide zeigen werden.

b) *Haftung des Anwalts. BGE 127 III 357 ff.*

a) Der beklagte Anwalt verfasste für den Kläger sowie dessen Ehefrau am 16. September 1986 eine nachmals unterzeichnete und vom Gericht genehmigte Ehescheidungskonvention, welche unter

anderem einen je hälftig auf Art. 151 und 152a ZGB abgestützten indexierten Unterhaltsbeitrag von monatlich CHF 400.– während acht Jahren ab Rechtskraft des Scheidungsurteils vorsah. Am selben Tag unterzeichneten die Ehegatten eine ebenfalls vom Beklagten aufgesetzte Erklärung, wonach die Ehefrau unwiderruflich und endgültig auf das Inkasso der Unterhaltsbeiträge verzichtete. Diese Erklärung wurde dem Gericht nicht zur Genehmigung unterbreitet. Nachdem die inzwischen geschiedene Ehefrau zuvor nie etwas verlangt hatte, betrieb sie den Kläger im Jahr 1995 für die Rente der letzten acht Jahre (total CHF 29 127.37). Der Kläger erhob Rechtsvorschlag und liess sich wiederum vom Beklagten vertreten. In der Folge wurde die definitive Rechtsöffnung erteilt, welche der Appellationshof des Kantons Bern bestätigte mit der Begründung, die Zusatzvereinbarung mit Inkassoverzicht der Ehefrau des Klägers vom 16. September 1986 sei mangels gerichtlicher Genehmigung unbeachtlich und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten wegen langen Zuwartens nicht gegeben. Die Schadenersatzklage des Klienten gegen den eigenen Anwalt wies die erste sowie die zweite Instanz ab; das Bundesgericht heisst die Berufung des Klägers teilweise gut.

b) Die Entscheidung hat grosse Beachtung gefunden (vgl. die eingehende Besprechung von FELLMANN, recht 2001, 191 ff., und THOMAS KOLLER, Jusletter vom 30. Juli 2001). Sie hat erhebliche Bedeutung für die anwaltschaftliche Praxis, aber auch für die Bestimmung der Sorgfaltspflicht des Beauftragten generell. Anlass für das Urteil bildet eine scheidungs- und unterhaltsrechtliche Frage, die inzwischen durch Gesetzesänderung überholt ist. Für den vorliegenden Zusammenhang muss nur festgehalten werden, dass die vom beklagten Anwalt angewandte «Berner Praxis» gegen «von Lehre und Praxis einheitlich vertretenes, klares und damit nicht interpretationsbedürftiges Recht» versties. Das Bundesgericht hatte deshalb zu prüfen, ob der Beklagte seine auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht verletzt hatte. Anders als der Appellationshof des Kantons Bern gelangt es zu der Auffassung, dass «von einer pflichtwidrigen Unkenntnis des klaren Rechts seitens des Beklagten im Zeitpunkt der Errichtung von Scheidungskonvention und Verzichtserklärung auszugehen» ist (S. 362). Am Tatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung ändert auch der Umstand nichts, «dass zu jener Zeit selbst Richterinnen und Richter sowie zahlreiche Anwälte des Kantons Bern aufgrund einer

langjährigen Übung auf die Rechtsverbindlichkeit einer entsprechenden, vor Erlass des Scheidungsurteils erteilten Verzichtserklärung vertrauten» (S. 362). Dies vermag die Missachtung eindeutigen Bundesrechts nicht zu rechtfertigen. Da der Beklagte dem Kläger zugesichert hatte, dass er die Rente nicht bezahlen müssen, hatte das Bundesgericht nicht zu entscheiden, ob der Beklagte durch Aufklärung des Klägers über die rechtliche Ungültigkeit der Verzichtserklärung das Risiko auf diesen hätte übertragen können. Dessen ungeachtet stellt es fest, dass der Beklagte «jedenfalls mangels Aufklärung seine anwaltlichen Sorgfaltspflichten verletzt» hat. Schliesslich erörtert das Bundesgericht verschiedene spezifisch fallbezogene Einwände, die der Beklagte erfolglos vorgebracht hat, um abschliessend festzustellen, dass die Ehefrau durch ihr langes Zuwarten die Ansprüche auf die Rente nicht verwirkt hatte.

Diesen auf die konkrete Fallgestaltung bezogenen Erwägungen zur Verletzung der Sorgfaltspflicht hat das Bundesgericht allgemeine Ausführungen zur Sorgfaltspflicht des Anwalts vorausgeschickt. Einleitend hält es fest, dass der Anwalt, wie jeder Beauftragte, seinem Auftraggeber Sorgfalt und Treue schuldet und ersatzpflichtig wird, wenn er ihn durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags schädigt (unter Verweis auf BGE 119 II 249 Architektenhaftung, dazu WIEGAND, ZBJV 1995, 363, und BGE 119 II 456, wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes, dazu ZBJV 1995, 360). Nach dem Hinweis, dass der Anwalt nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen habe, sondern nur für das kunstgerechte Tätigwerden, fährt das Bundesgericht folgendermassen fort: «Dabei trägt der Anwalt nicht die Verantwortung für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung an sich verbunden sind. Er übt insofern eine risikogeneigte Tätigkeit aus, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Namentlich gilt zu berücksichtigen, dass er nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Nach wie vor haben die Parteien das Prozessrisiko zu tragen, das sie nicht über die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagern können» (S. 359). Dieser Massstab wird in einem nächsten Schritt weiter konkretisiert. Das Bundesgericht führt aus, dass die in Art. 398 Abs. 1 OR enthaltene Verweisung auf das Arbeitsvertragsrecht zwar nicht dazu führe, dass der Beauftragte hafte wie ein Arbeitnehmer, wohl aber nach den gleichen Regeln. Gemäss

Art. 321e Abs. 2 OR richte sich der Sorgfaltsmassstab daher nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen müssen. Eine Pflichtverletzung sei jedenfalls anhand des konkreten Falles zu prüfen. «Dabei liegt der Wertungsgrat zwischen vertretbarem und unvertretbarem Vorgehen im Spannungsfeld zwischen der gefahrgeneigten Tätigkeit des Anwalts und seiner obrigkeitlich bekräftigten Fachkunde» (S. 359 f.). Schliesslich weist das Bundesgericht darauf hin, dass es dem Anwalt als Ausfluss der Treuepflicht obliege, seinen Mandanten über Schwierigkeiten und Risiken umfassend aufzuklären, «damit dieser sich über das von ihm zu tragende Risiko bewusst» werde (unter Hinweis auf BK-FELLMANN, Art. 398 N 412).

c) Das Ergebnis des Entscheides und die ihm zugrunde liegende Annahme des Bundesgerichts, dass hier eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, sind selbstverständlich richtig. Sie bedürfen keiner weiteren Erörterung. Der Umstand, dass die «Berner Praxis» allgemein befolgt und anerkannt wurde, ist allenfalls von rechtssoziologischem Interesse.

Unklarheiten und ein gewisses Unbehagen ergeben sich aber aus den vom Bundesgericht vorangestellten Erwägungen zu den Sorgfaltspflichten des Anwalts, die angesichts der klaren Sachlage unter Umständen nicht notwendig gewesen wären. Zustimmung wird man dem Bundesgericht ohne weiteres darin, dass es nicht angeht, wenn die Parteien das Prozessrisiko auf den Anwalt überwälzen, sowie in der Annahme, dass der Anwalt nicht die Risiken der Durchsetzung einer Rechtsauffassung zu tragen habe. Daraus allerdings den Schluss zu ziehen, dass er eine «risikogeneigte Tätigkeit» ausübt, ist mehr als problematisch, zumal wenige Zeilen weiter in dem oben – vor allem wegen seiner sprachlichen Schönheit wiedergegebenen Zitat – von der «gefahrgeneigten Tätigkeit» des Anwalts die Rede ist. Die haftpflichtrechtliche Berücksichtigung soll vor allem darin liegen, dass der Anwalt nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen habe, welche aus der nachträglichen Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Das ist zweifellos richtig, aber keine Besonderheit der anwaltschaftlichen Situation. Vielmehr ist anerkannt, dass für die Frage des Sorgfaltsverstosses darauf abzustellen ist, wie sich die Situation im Moment der Entscheidung darstellt. Massgeblich ist also, ob der Handelnde, sei er

Anwalt, Verwaltungsrat oder Arzt, unter Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Mittel eine im damaligen Zeitpunkt vertretbare Entscheidung getroffen hat. Dies hat das Bundesgericht selbst sehr klar in einem nicht amtlich publizierten Entscheid vom 13. Juni 2000 (4.C.53/2000) gesehen, indem es denselben Satz verwendet, aber ausdrücklich hinzufügt, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht nach dem Sachverhalt beurteilt werden kann, welcher sich dem Gericht ex post darstellt, dies alles ohne jede Bezugnahme auf gefahrgeneigte Tätigkeit.

Während diese so genannte objektiv nachträgliche Prognose trotz aller Anwendungsschwierigkeiten eher unproblematisch ist, ist die Qualifikation anwaltschaftlicher Tätigkeit als risiko- oder gefahrgeneigte Arbeit ausserordentlich heikel. Sie hängt mit dem gleich anschliessend vom Bundesgericht erwähnten Art. 321e Abs. 2 OR und der dort verankerten Lehre vom Berufsrisiko zusammen. Die Figur der «schadensgeneigten Tätigkeit» ist von der deutschen Doktrin und Rechtsprechung im Arbeitsrecht entwickelt worden, um in bestimmten risikobehafteten Berufen einen so genannten innerbetrieblichen Schadensausgleich zu ermöglichen. Dieser sollte dazu dienen, bei Tätigkeiten mit erhöhtem Schadensrisiko die eintretenden Verluste zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sozial verträglich aufzuteilen. Während diese Konzeption in Deutschland inzwischen gänzlich aufgegeben wurde, wird sie in der Schweiz nach wie vor vertreten (BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, 3. Aufl. 2003, Art. 321e N 5). Ohne auf die Konzeption der schadensgeneigten Arbeit im Einzelnen einzutreten, muss festgehalten werden, dass sie sich für einen Risikoausgleich zwischen Auftraggeber und Beauftragten nicht eignet. Diese Risikoverteilung kann in sachlich und rechtlich angemessener Weise durch die richtige Erfüllung der dem Beauftragten obliegenden Aufklärungspflichten bewirkt werden. Das Bundesgericht hat das im Entscheid mehrfach angedeutet, dabei aber die Frage offen gelassen, ob durch eine solche Aufklärung das Risiko auf den Auftraggeber verlagert werden könne. Das ist zweifellos der Fall, sofern die Aufklärung in der Weise geschieht, wie es das Bundesgericht selbst formuliert hat, nämlich so, dass sich der Mandant oder auch der Patient des von ihm zu tragenden Risikos bewusst wird. Meine frühere Auffassung über die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der ärztlichen Tätigkeit halte ich insoweit nicht mehr aufrecht (WIEGAND, Der Arztvertrag, in: *Arzt und Recht*, Bern 1985, 112).

Von wesentlich grösserer Tragweite ist die generelle Bezugnahme auf Art. 321e Abs. 2 OR. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass dieser Artikel nach einer mindestens von einem Teil der Literatur vertretenen Auffassung nicht den Sorgfaltsmassstab, sondern das Verschulden betrifft. Er wird verstanden als ein gesetzliches Beispiel für den so genannten subjektiven Verschuldensmassstab (so etwa WIEGAND a.a.O. und zuletzt BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, Art. 321e N 3). Dagegen geht das Bundesgericht allem Anschein nach davon aus, dass es sich um die Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes handelt, d.h. dass dieser sich nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten richtet, die der Auftraggeber kannte oder hätte kennen müssen. Vertragsrechtlich bedeutet dies Folgendes: Die Sorgfaltspflicht des Beauftragten ist Teil des Konsenses, der zwischen den Parteien zustande kommt. Wendet man Art. 321e Abs. 2 OR auf diesen Vertragsschluss an, so bedeutet das, dass die Sorgfaltspflicht im konkreten Auftragsverhältnis durch die Fähigkeiten, Kenntnisse und Eigenschaften des Beauftragten bestimmt wird. Vertrauensrechtlich würde man die Erklärung der Parteien dahingehend auslegen, dass der Auftraggeber vom Beauftragten nur das verlangen darf, was er aufgrund seiner Kenntnis (oder seines Kennenmüssens) der Person erwarten durfte. Zu Ende gedacht würde das bedeuten, dass in all diesen Fällen eine vertraglich vereinbarte Abweichung von dem vom Bundesgericht ansonst postulierten objektiven Sorgfaltsmassstab vorliegt. Diesen Massstab hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung mit nahezu konstanten Formulierungen seit BGE 115 II 62 umschrieben und ihn in dem schon erwähnten nicht amtlich publizierten Entscheid (4.C.53/2000) wiederholt und sogar noch weiter verschärft. Dort wird festgehalten, dass die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht «nach Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Ausstattung, die *objektiv* vom Medizinalpersonal bzw. von der vertraglich verpflichteten Institution erwartet werden dürfen», zu bestimmen seien (Erwägung 1b, dazu eingehend WIEGAND, *Ärztliche Sorgfalts- und Aufklärungspflicht*, in: Festschrift Hausheer, Bern 2002, 754 f.). Mit dieser Formulierung stellt das Bundesgericht nicht nur auf objektive Massstäbe ab, was in dem Urteil nochmals ausdrücklich betont wird, sondern geht sogar darüber hinaus, indem es bei der Festlegung der vertraglich geschuldeten Sorgfalt des Beauftragten darauf abstellt, was der Auftraggeber *objektiv* erwarten durfte. Es kann hier nicht darum gehen, einzelne

Sätze des Bundesgerichts gegeneinander «auszuspielen». Es ist aber offenkundig, dass sich zwei unterschiedliche Konzepte gegenüberstehen. Meines Erachtens ist daran festzuhalten, dass Abweichungen von der berufsspezifischen und berufstypischen Sorgfalt, die man vom Beauftragten erwarten kann, nur dann in Betracht kommen, wenn der Auftraggeber in eindeutig erkennbarer Weise einer Veränderung des Massstabes im Hinblick auf die konkrete Person zugestimmt hat. Allein die Kenntnis oder gar das Kennenmüssen solcher Eigenschaften kann dafür nicht genügen (vgl. dazu auch die Ausführungen zum objektiven Sorgfaltmassstab in BGE 127 III 328, zuvor unter a) besprochen).

c) *Haftung des Architekten, BGE 127 III 543 ff.*  
(= *Pra* 2001, Nr. 194)

a) Mehrere Personen, die ein Wohnhaus erstellen und Eigentümer einer Familienwohnung werden wollten, gründeten zu diesem Zweck die Genossenschaft X., wobei die Genossenschaft je einen Vertrag mit einem Bauingenieur und dem Kläger, dem Architekten Z., abschloss. Der Vertrag mit Z. umfasste die Planung und Realisierung des Bauvorhabens, einschliesslich der Bauleitung, wobei im Vertrag die SIA-Norm 102 für anwendbar erklärt wurde. Zwölf einzelne Genossenschafter sowie die Genossenschaft selber erwarben in der Folge ein Grundstück, welches bebaut und in Stockwerkeigentum aufgeteilt wurde: die Genossenschaft gehörte nicht zum Kreis der Stockwerkeigentümer. In der Folge wurden am erstellten Gebäude verschiedene Werkmängel gerügt, worauf die Genossenschaft den Betrag von CHF 50 538.– zurückbehielt, den der Architekt einklagte. Widerklageweise verlangte die Genossenschaft CHF 300 000.– nebst Zinsen als Schadenersatz wegen nichtgehöriger Erfüllung. Die Zivilabteilung des Kantonsgerichts Waadt wies die Widerklage auf Schadenersatz mit der Begründung ab, die Widerklägerin habe ihren Schaden nicht bewiesen. Die Genossenschaft X. erhebt erfolglos Berufung beim Bundesgericht.

b) Das Bundesgericht behandelt in diesem Entscheid einmal mehr die vertragliche Qualifikation der Architektenarbeit: Wenn ein Architekt mit der Herstellung von Plänen oder Submissionsunterlagen oder mit Projektierungsarbeiten beauftragt wird, handelt es sich um einen Werkvertrag; wird er hingegen mit der Vergebung von Arbeiten und der Bauaufsicht beauftragt, liegt ein Auftrag vor. Nach

bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelangen bei einem Gesamtvertrag (wie dem hier zu beurteilenden) für die Auflösung des Vertrags die Bestimmungen über den Auftrag zur Anwendung, wobei dies auch hinsichtlich der Haftung des Architekten für einen fehlerhaften Voranschlag gilt (BGE 119 II 249). Damit scheint sich die Rechtsprechung der (vor allem von GAUCH) vertretenen Auffassung anzunähern, dass die Haftung des «Vollarchitekten» (architecte global) ausschliesslich dem Auftragsrecht zu unterstellen sei.

Noch nicht entschieden wurde bisher, ob die Bestimmungen des Werkvertrages über die Mängelhaftung bei einem Vollarchitekten zur Anwendung gelangen, wenn die ihm vorgeworfenen Fehler die Pläne betreffen.

Das Bundesgericht lässt diese Frage offen, da der Anspruch des Bauherrn auf eine Herabsetzung des Werklohnes ein Gestaltungsrecht sei, das nur der Bauherr ausüben könne (BGE 107 III 106). Im vorliegenden Fall berufe die von einem Anwalt vertretene Beklagte sich ausschliesslich auf Art. 97 OR und das Bundesgericht könne nicht an deren Stelle das Gestaltungsrecht ausüben.

Die Genossenschaft hatte demnach den von ihr erlittenen Schaden zu beweisen, was ihr nicht gelang, da die aufgetretenen Mängel nicht ihr Vermögen betrafen. Nicht zur Diskussion stand, ob die Stockwerkeigentümer allenfalls ihre Forderungen an die Genossenschaft hätten abtreten können oder ob deren Schaden eventuell durch Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte hätte einbezogen werden können.

c) Die eingangs gemachten Ausführungen des Bundesgerichts zur Qualifikation des Architektenvertrags geben den derzeitigen Stand der Rechtsprechung und Literatur wieder und bedürfen keiner weiteren Kommentierung. Nicht ganz klar ist dagegen der Standpunkt des Bundesgerichts in Bezug auf die offen gelassene Frage, ob die Bestimmungen des Werkvertrages über die Mängelhaftung (auch) beim Vollarchitekten zur Anwendung gelangen, wenn die ihm vorgeworfenen Fehler die Pläne betreffen. Das Bundesgericht lässt diese Frage dahingestellt, weil es davon ausgeht, dass die durch einen Anwalt vertretene Genossenschaft die für die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregeln erforderliche Gestaltungserklärung nicht abgegeben habe und das Bundesgericht dazu nicht befugt sei. Letzteres ist selbstverständlich. Die Frage ist indes-

sen, ob die Genossenschaft, wie es das Bundesgericht annimmt, nach Belieben «choisi de se placer sur un autre terrain juridique». Dagegen spricht, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf ein Vertragsverhältnis nicht im Belieben der Parteien liegt, sondern ausschliesslich in der Befugnis des entscheidenden Gerichts.

Es scheint so, als habe die Genossenschaft sich wahlweise auf Art. 398 (Auftragsrecht) und Art. 97 OR berufen. Wäre das Bundesgericht der Auffassung, dass die von ihm aufgeworfene Frage dahingehend zu beantworten sei, dass auch beim Vollarchitekten – sofern die ihm zur Last gelegten Fehler ausschliesslich die Pläne betreffen – Werkvertragsrecht anzuwenden ist, kommt somit eine Anwendung von Art. 398 OR nicht in Betracht, auch wenn die Partei sich darauf beruft. Ebenso wenig könnte Art. 97 OR angewendet werden, da nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Art. 97 OR neben den werkvertraglichen Gewährleistungsrechten keine Anwendung findet (BGE 117 II 550, 553 und grundlegend BGE 100 II 30, 31 ff.; dazu mit Nachweisen BSK-ZINDEL/PULVER, 3. Aufl. 2003, Art. 368 N 78). Deshalb hätte m.E. das Bundesgericht die aufgeworfene Frage entscheiden müssen, ehe es sich der Prüfung von Art. 398 oder Art. 97 OR zugewandt hat. Die dazu gemachten Ausführungen zum Nachweis des Schadens sind, soweit der Sachverhalt dies erkennen lässt, ohne weiteres zutreffend.

d) *Haftung des (Steuer-)Beauftragten, BGE 128 III 22 ff.*

a) Die Erben O. und G. waren in der Form einer einfachen Gesellschaft Eigentümerin verschiedener landwirtschaftlicher und bewaldeter Grundstücke sowie der Aktien der Z. SA, welche ihrerseits Eigentümer eines Gutes im Wallis ist. Um die Kontinuität der Bewirtschaftung sicherzustellen, wollten sie die juristische Struktur so gestalten, dass die zukünftigen Generationen daran gebunden waren und eine Zerstückelung des Grundbesitzes vermieden wurde. Sie konsultierten zu diesem Zweck die Ingenieurgesellschaft B. SA, welche die Gründung einer oder mehrerer Aktiengesellschaften vorschlug, wobei sie darauf hinwies, dass kantonale Handänderungssteuern basierend auf einem Satz von 3,3% auf dem Gesamtbetrag des Steuerwertes zu bezahlen seien.

Die Erben konsultierten daraufhin die Treuhandgesellschaft X., welche durch ihren Steuerexperten die Gründung einer einzigen

Immobilien-gesellschaft vorschlug und hinsichtlich der Kosten der Operation ausführte: «les conditions et coûts fiscaux à la constitution sont identiques à ceux indiqués dans le rapport <B.>, pour la création de quatre sociétés anonymes.» Gestützt auf diesen Ratschlag gründeten die Erben eine Gesellschaft (Y.), woraufhin sie Steuern und Emissionsabgaben zahlen mussten, die nach Schätzung eines Experten um CHF 1 150 616.05 höher waren als nach den Auskünften der X. Die Erben zedierten in der Folge ihre (Schadenersatz-)Forderung gegen X. an die Y., die den Betrag von CHF 1 151 616.10, zuzüglich Zins einklagte. Sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesgericht heissen diese Klage gut.

b) Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die Erben die Beklagte beauftragt haben, ihnen Auskünfte zu erteilen, die insbesondere die steuerlichen Konsequenzen der angestrebten neuen Struktur betrafen. Es hält dann fest, dass zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis zustande kam, in dem der Beauftragte zur sorgfältigen und getreuen Erfüllung und insbesondere auch zur Wahrnehmung der Interessen seines Vertragspartners verpflichtet sei. Im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung der Verpflichtungen komme Art. 97 OR zur Anwendung. Nach Erörterung der hier nicht interessierenden Einzelheiten über die steuerliche Beratung gelangt das Bundesgericht zu dem Schluss: «que la défenderesse a donné sans fondement sérieux un renseignement erroné et qu'elle n'a ainsi pas rempli avec soin la mission qui lui était confiée» (S. 25). Die Beklagte habe den Exkulpationsbeweis nicht führen können, und sofern sie nicht über Personal mit den erforderlichen Kenntnissen verfüge, hätte sie entweder das Mandat zurückweisen oder sich an eine qualifizierte Person wenden müssen. In einem nächsten Schritt prüft das Bundesgericht die natürliche und adäquate Kausalität. Hinsichtlich der natürlichen Kausalität hat das kantonale Gericht in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt, dass der fehlerhafte Rat der X. ursächlich war für das Verhalten der Erben, unter Würdigung der gesamten Umstände und insbesondere der Tatsache «que les informations fournies étaient gravement erronnées, on peut admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, qu'une sous-estimation massive du coût fiscal était de nature à déterminer les hoirs à créer une société anonyme» (S. 26). Infolgedessen bejaht das Bundesgericht auch die adäquate Kausalität. Dann wendet es sich

der Bestimmung des Schadensbegriffes zu, um schliesslich den erlittenen Schaden aus der Schlechterfüllung des Mandats zu ermitteln. Das Bundesgericht wiederholt die bekannten Formeln der Differenztheorie. Dies führt dazu, dass diejenigen Vermögensvorteile, die aus dem Gesamtvorgang den Erben zugeflossen sind, bei der Schadensbestimmung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich um einen Fall der Vorteilsanrechnung (*compensatio lucri cum damno*). Die dadurch entstandenen Vorteile errechnet das Bundesgericht unter analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR. Nach Diskussion der anzurechnenden Vorteile hält das Bundesgericht fest, dass im Falle der Vorteilsanrechnung die Beklagte diejenigen Tatsachen anzuführen und zu beweisen hat, die zur Festlegung des Schadens und der Schadensanteile erforderlich sind. Das Bundesgericht schliesst seine Erwägungen mit der Bemerkung, dass es an die juristische Argumentation des kantonalen Gerichts nicht gebunden sei und dass deshalb dessen Urteil jedenfalls im Ergebnis Bundesrecht nicht verletze.

c) Dass auf Steuerberatungstätigkeit Auftragsrecht anzuwenden ist, ist eine Selbstverständlichkeit, die keiner weiteren Erläuterung bedarf. Dass die beratende Treuhandgesellschaft die ihr obliegende Sorgfaltspflicht nach Ansicht des Bundesgerichts sogar in krasser Weise verletzt hat, erscheint, sofern man dem nicht nachprüfbar Gutachten des Experten glauben darf, bei einem Differenzbetrag von über einer Million Franken durchaus plausibel. Im Übrigen handelt es sich um eine simple Anwendung des Rechts der Schlechterfüllung, wobei zu unterstreichen ist, dass das Bundesgericht erneut hervorhebt, dass Beauftragte, die nicht über hinreichende Qualifikationen verfügen, den Auftrag zurückweisen oder qualifizierte Personen beiziehen müssen, andernfalls liegt ein Übernahmeverschulden vor (vgl. dazu auch BGE 124 III 155). Auch die Anwendung der Vorteilsanrechnung ergibt keinen Anlass zu Bemerkungen, ausser der einen, dass es richtig ist hervorzuheben, dass diese nicht nur im Haftpflichtrecht, sondern auch und gerade im Vertragsrecht eine erhebliche Rolle spielen kann; sie ist dort gewissermassen Teil der Begriffsbestimmung des positiven Interesses (vgl. dazu BSK OR I-WIFGAND, 3. Aufl. 2003, Art. 97 N 39).

## 5. **Kontokorrent und Gültigkeit der Rückbelastung, BGE 127 III 147 ff.**

a) Im Zusammenhang mit einer ständigen Geschäftsbeziehung mit D. (in Dubai) führte die B. SA eine Kontokorrentverbindung mit der Bank X. AG in Genf, einer Filiale der international tätigen X.-Gruppe. Die Zahlungen von D. wurden jeweils über verschiedene Zwischenstationen zur Filiale von X. in Genf geleitet. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwischen der X. AG und der B. SA vereinbart wurden, sahen in ihrem Art. 7 Folgendes vor: «Toute réclamation du client relative à l'exécution ou à l'inexécution d'un ordre ainsi qu'à l'encontre d'autres communications de la banque doit être présentée à réception de l'avis correspondant ou au plus tard dans le délai fixé par la banque (...). Les contestations concernant les relevés de compte et de dépôts doivent être présentées dans le délai d'un mois. Ce délai écoulé, les relevés sont considérés comme approuvés. L'approbation expresse ou tacite du relevé de compte emporte celle de tous les articles qui y figurent ainsi que des réserves éventuelles de la banque.»

Nachdem ein Betrag von USD 6 600 000.– zunächst gutgeschrieben wurde, sandte die Bank am 9. Juli 1991 der B. SA eine Belastungsanzeige über diesen Betrag, valutiert auf den 5. Juli 1991, versehen mit dem Hinweis: «extourne de notre écriture du 5 juillet 1991». Diese Zurückbelastung figurierte auf dem Monatsauszug per 31. Juli 1991, auf dem Quartalsauszug per 30. Juni 1991 und per 30. September 1991, ohne dass die B. SA protestiert oder Vorbehalte angemeldet hätte. Erstmals mit Schreiben vom 29. Juli 1997 verlangte die B. SA aufgrund eines Hinweises ihres (offenbar neuen) Anwalts die (Rück-)Gutschrift der Rückbelastung. Während die erste Instanz die Klage abwies, hiess die zweite Instanz diese teilweise gut. Die dagegen ergriffene Berufung heisst das Bundesgericht gut.

b) Das Bundesgericht beschäftigt sich im Urteil nicht mit den komplexen internationalen Abläufen der Zahlung, sondern beschränkt sich auf die Frage der Wirksamkeit der vorgenommenen Stornierung. Deshalb setzt es sich zunächst mit diesem Begriff auseinander. Dazu macht es allgemeine Ausführungen über den Kontokorrentvertrag, die auf die Standardliteratur und die bundesgerichtliche Praxis gestützt werden. Anschliessend hebt es hervor, dass die Parteien nicht nur einen solchen Kontokorrent-Vertrag geschlossen, sondern den oben zitierten

Art. 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart hatten. Nach Schilderung des Inhalts dieser Klausel schliesst es die Bemerkung an, dass die Rechtsprechung derartige Klauseln als zulässig anerkannt habe, weil die Bank ein legitimes Interesse daran habe, möglichst rasch zu wissen, welche Posten in der Saldierung bestritten würden (Hinweis auf SJ 1985, 246 ff.). Dann kommt das Bundesgericht zur eigentlich entscheidenden Erwägung, indem es nach der rechtlichen Bedeutung der Mitteilung vom 9. Juli fragt. Es qualifiziert sie als eine Offerte zu einer Vereinbarung, die es im Anschluss an eine von VON TUHR geprägte Terminologie als «*contrat de reconnaissance de dettes négative*» bezeichnet (vgl. VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. II, 179). Bei dieser Vereinbarung, die sowohl Elemente eines möglichen Schuldlasses wie auch eines Vergleiches enthalten könne, seien die Möglichkeiten einer Berufung auf Irrtümer beschränkt. Ob ein derartiger Irrtum vorgelegen haben könnte, prüft das Bundesgericht anschliessend relativ ausführlich. Es gelangt zu dem Schluss, dass die Klägerin sich weder in einem Grundlagener Irrtum befand, noch arglistig getäuscht wurde. Infolgedessen führt das Bundesgericht aus: «*Ayant accepté l'extourne par acte concluant, l'intimée se trouve liée par cet accord, de sorte que sa demande doit être rejetée*» (S. 153). Demnach war die Klage abzuweisen.

c) Zu den Rechtsfragen des Zahlungsverkehrs, den Befugnissen zur Stornierung und der Bedeutung einer Gutschriftsanzeige enthält das Urteil praktisch keine juristischen Erwägungen, weil das Bundesgericht sich mit gutem Grund auf die Frage beschränkt, ob ein sogenanntes negatives Schuldanerkenntnis zustande gekommen sei. Dies ist ein wenig überzeugender Begriff, der sich aber – ähnlich wie derjenige der auch strukturell vergleichbaren Saldoquittung (vgl. dazu den oben besprochenen Entscheid BGE 127 III 444) – in der Praxis eingebürgert hat. Die Ausführungen zum Abschluss dieser Vereinbarung scheinen – soweit man das aufgrund des mitgeteilten Sachverhaltes beurteilen kann – zutreffend zu sein. Dasselbe gilt für die Überlegungen, die das Bundesgericht zum Irrtum und zur arglistigen Täuschung anstellt. Die daran anschliessenden Erwägungen des Bundesgerichts, ob die Bank allenfalls durch bösgläubiges Verhalten die Klägerin davon abgehalten habe, ihre Rechte geltend zu machen, lassen sich schwierig einordnen. Einen solchen Einordnungsversuch ist in einer breit angelegten Analyse der gesamten vertragsrechtlichen Problema-

tik des Falles LOSER-KROGH unternommen (AJP 2001, 1224) worden. Darauf sei hier verwiesen, wenngleich man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, dass die Analyse von LOSER-KROGH weit über das hinausgeht, was das Bundesgericht sich an dogmatischen Gedanken bei diesen Ausführungen gemacht haben dürfte.

**6. Widerruf einer Anweisung, BGE 127 III 553 ff.  
(= Pra 2002, Nr. 43)**

a) Durch die Vermittlung der A. Ltd erklärte sich im Jahr 1995 die Genfer Filiale einer französischen Bank (nachstehend Bank/Beklagte) bereit, der italienischen Gesellschaft Y. SpA (Y.) ein Darlehen von 20 Millionen USD zu bestimmten Bedingungen zu gewähren. Im Verlaufe einer am 3. März 1995 in Genf abgehaltenen Sitzung erteilte die Y. der Filiale der Bank den unwiderruflichen Auftrag, innert 45 Tagen den Betrag von USD 440 000.– auf das Konto von A. zu überweisen. A. wurde eine Kopie dieses Auftrags ausgehändigt, aber weder A. noch Y. hatten zu diesem Zeitpunkt ein Konto bei der Bank (diese wurden erst später eröffnet).

Da die verlangten Garantien nicht geleistet worden waren, erhielt die Y. das Darlehen in der Höhe von 20 Millionen USD nicht. Im Schreiben vom 14. Juni 1995 widerrief sie formell alle früheren im Zusammenhang mit ihrem Konto bei der Genfer Filiale der Bank erteilten Aufträge und informierte die Bank gleichzeitig, dass sie Vorkehrungen getroffen habe, damit ihr Konto genügend Deckung aufweise. Mit Schreiben vom 27. Juni 1995 teilte die Bank der Y. mit, die am 3. März 1995 erteilten Aufträge seien nach schweizerischem Recht unwiderruflich, weshalb sie gesetzlich verpflichtet sei, die Überweisung von USD 440 000.– auf das Konto von A. vorzunehmen. Sie behauptete überdies, den Überweisungsauftrag bereits ausgeführt zu haben, was nicht den Tatsachen entsprach, da die Transaktion erst am 28. Juni 1995 vorgenommen wurde. Am 24. Dezember 1996 reichte die Y. gegen die Bank Klage auf Zahlung von CHF 535 700.– (Gegenwert von USD 440 000) ein. Sämtliche Instanzen, zuletzt das Bundesgericht, heissen die Klage im Grundsatz gut.

b) Im Rahmen der eingangs angestellten Überlegungen zur Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht qualifiziert das Bundesge-

richt zunächst den der Bank erteilten Überweisungsauftrag als Anweisung im Sinne von Art. 466 OR und bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung (BGE 121 III 109). Es wendet sich dann der Frage zu, ob durch die Erklärung vom 14. Juni die Anweisung widerrufen worden sei, oder allgemeiner ausgedrückt, unter welchen Voraussetzungen nach schweizerischem Recht der Widerruf einer erteilten Anweisung möglich ist. Zunächst beschäftigt sich das Gericht mit der vom Auftraggeber ausdrücklich postulierten Unwiderruflichkeit des erteilten Auftrags. Es hält fest, dass Art. 470 Abs. 2 OR, dessen in BGE 122 III 237 nur beiläufig konstatierte zwingende Natur erneut bestätigt wird, den Widerruf der Anweisung gegenüber dem Angewiesenen (nur) so lange ermöglicht, als dieser nicht gegenüber dem Anweisungsempfänger die Annahme erklärt hat. Daraus folgt einerseits, dass die vom Auftraggeber angeordnete Unwiderruflichkeit nicht möglich ist und die diesbezügliche Bestimmung der Auftragserteilung als nichtig angesehen werden muss. Zum andern stellt sich die Frage, ob unter den gegebenen Umständen, da eine ausdrückliche Annahme offenkundig nicht vorlag, die Bank gegenüber A. die Annahme der Anweisung durch konkludentes Verhalten bestätigt haben könnte. Das Bundesgericht holt weit aus und erläutert zunächst das Zustandekommen des Anweisungsvertrags zwischen dem Anweisenden und der angewiesenen Bank und dann die Folgen der vorbehaltlosen Annahme der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger, deren Konsequenzen unter Bezugnahme auf eine nunmehr ständige Rechtsprechung (BGE 124 III 253; 122 III 237; 121 III 109) folgendermassen beschrieben werden: «Elle devient directement débitrice à son égard et il s'agit alors d'une dette abstraite, qui oblige l'assigné sans que celui-ci ne puisse faire valoir des exceptions tirées du rapport de couverture ou de valeur» (S. 557). Diese Annahme erfordert eine Willenserklärung der annehmenden Bank gegenüber dem Anweisungsempfänger. Unter Abwägung aller Umstände, einschliesslich der Handelsbräuche, gelangt das Bundesgericht zu dem Resultat, dass eine stillschweigende Annahme nicht angenommen werden kann, auch nicht durch die Aushändigung der Kopie in der Besprechung vom 3. März, was insbesondere damit begründet wird, dass zu diesem Zeitpunkt beide Parteien noch kein Konto bei der Bank eröffnet hatten. Infolgedessen war der Überweisungsauftrag wirksam widerrufen worden und die Auszahlung zu Unrecht erfolgt. Demnach wurde die Bank zu Recht verpflichtet, den

ursprünglichen Kontostand wieder herzustellen. Das Bundesgericht verweist darauf, dass es sich nicht um ein Schadenersatzproblem handelt. Abschliessend stellt es fest, dass die Feststellungen des kantonalen Gerichts es nicht erlauben, auf die Frage einer allfälligen Verrechnung infolge eines Bereicherungsanspruchs einzugehen.

c) Das Urteil bestätigt eine Reihe von Grundsätzen des Überweisungs- und Anweisungsrechts, die das Bundesgericht in den letzten Jahren in seiner Rechtsprechung entwickelt hat. Es enthält keine neuen Ansätze, sondern allenfalls Verdeutlichungen, wie diejenige zur zwingenden Rechtsnatur von Art. 470 Abs. 2 OR, die im vorausgehenden Entscheid (BGE 121 III 109) nur beiläufig festgestellt worden waren. Richtig ist schliesslich der am Ende gegebene Hinweis, dass es sich nicht um ein Schadenersatzproblem handelt, sondern um eine Wiederherstellung des ursprünglichen Kontostandes, in den die Bank ohne rechtliche Grundlage eingegriffen hatte. Der Bankkunde hat keinen Schaden erlitten, sondern allenfalls die Bank, die – ohne dazu ermächtigt oder verpflichtet zu sein – an einen Dritten Zahlungen bewirkt hat. Der abschliessenden Bemerkung des Bundesgerichts zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen (im Anschluss an BGE 121 III 109) können keine wirklichen Schlüsse auf dessen Standpunkt entnommen werden (vgl. zu diesem Urteil die Anmerkung von BUIS, AJP 2002, 1107, und ausführlich zur gesamten Problematik THOMAS KOLLER/CHRISTA KISSLING, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Hrsg. WIEGAND, 2001, 69 ff.).

## **7. Bürgschaft: Bestimmbarkeit der Hauptschuld, BGE 128 III 434 ff.**

a) Der Beklagte A. hat insgesamt drei Solidarbürgschaftsverpflichtungen unterzeichnet, die sich infolge von Umstrukturierungen im Bankgewerbe des Kantons Solothurn nun in Händen der klagenden Bank befinden. In den (amtlich publizierten) Urteilsgründen spielen nur die beiden Bürgschaften mit einem Höchstbetrag von CHF 400 000.– (25. Oktober 1994) und CHF 300 000.– (29. März 1995) eine Rolle, die einen der Hauptschuldnerin Z. AG mit Vertrag vom 1. und 6. September 1995 gewährten Kredit von insgesamt

CHF 700 000.– (Kontokorrent CHF 400 000.– und fester Vorschuss CHF 300 000.–) sichern sollten. Am 29. September 1997 kündigte die Bank der Z. AG die Kredite von CHF 700 000.– und CHF 400 000.– und nahm die Bürgschaften in Anspruch. Nachdem die Z. AG in Konkurs gefallen war, erhob die Bank im Juli 1999 Klage aus den Bürgschaften.

b) Das Bundesgericht befasst sich zunächst mit den Anträgen des Beklagten, die die Vorinstanz verworfen hatte. Der Beklagte hatte gerügt, dass die Vorinstanz die Bestimmungen des Bürgschaftsrechts verletzt habe, weil die Bürgschaftsverpflichtungen vom Oktober 1994 und März 1995 nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als nichtig oder bezüglich bestehender Verpflichtungen als nicht hinreichend spezifiziert und deshalb als ungültig betrachtet werden müssten. «Eine Bürgschaftsverpflichtung verletze nach der Praxis des Bundesgerichtes (BGE 120 II 35 ff.) insoweit Art. 27 Abs. 2 ZGB und sei teilnichtig, als sie sich auf jede künftige Forderung ungeachtet ihres Rechtsgrundes beziehe» (S. 437). Das Bundesgericht diskutiert diesen Einwand eingehend. Zunächst hält es fest, dass dem zitierten Entscheid tatsächlich eine ganz ähnliche Bürgschaftsklausel zugrunde lag wie dem hier in Frage stehenden. Danach haftet der Beklagte für «alle Forderungen, welche die Bank an den Hauptschuldner ... zurzeit bereits besitzt oder in Zukunft erlangen wird, gleichgültig, auf welchen rechtlichen Grund oder geschäftlichen Verkehr sie beruhen mögen». Das Bundesgericht wiederholt anschliessend die in BGE 120 II 35 ff. beurteilte Klausel sowie die dort angestellten Erwägungen. Es hatte dabei unterschieden «zwischen dem gültigen Teil der Bürgschaftserklärung, in welchem die Haftung für bestehende Verpflichtungen der Hauptschuldnerin übernommen wird, und dem gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Bürgschaftsrechts verstossenden nichtigen Teil, in welchem sich der Bürge für zukünftige Schulden aus irgendwelchen Rechtsgründen verbürgt» (S. 437). Es erläutert dann die Überlegungen, die diesem Entscheid zugrunde lagen und insbesondere die Auffassung, dass das Bestimmtheitsprinzip aus dem Akzessorietätsgrundsatz abzuleiten sei.

Das Bundesgericht hält sodann fest, dass dieser Entscheid in der Lehre kritisiert worden ist. Es referiert die daran geübte Kritik von KRAMER (AJP 1994, 1045), der darauf hingewiesen hatte, dass künftige Forderungen ohne weiteres als verbürgt hätten miteinbezo-

gen werden können, sofern sie sich aus der bankmässigen Geschäftsverbindung zwischen Hauptschuldner und der Bank hätten ableiten lassen können. BUCHER (recht 1994, 180 ff.) hatte klargestellt, dass das Bestimmtheitsgebot im Gesetzestext keine ausdrückliche Grundlage habe und dass der Bürge im schweizerischen Recht durch das Höchstbetragsserfordernis ausreichend geschützt sei. Nach schweizerischem Recht gehe es vielmehr darum «klarzustellen, auf welche Forderung sich die Sicherheit bezieht, damit nicht der Gläubiger diese für nicht gesicherte Forderungen in Anspruch nehme» (S. 438). Schliesslich verweist das Bundesgericht auf die von mir vertretene Auffassung, dass «eine Bürgschaft, die zur Sicherung eines Kontokorrentkredites bestellt wird, ... sowohl mit dem Akzessorietäts- wie auch mit dem daraus abgeleiteten Spezialitätsprinzip vereinbar [sei], denn es handle sich um eine jederzeit bestimmbare Forderung» (S. 438; WIEGAND, ZBJV 1996, 334).

Das Bundesgericht hält dann fest: «Diese Kritik ist begründet und die Praxis ist entsprechend zu präzisieren.» Diese Präzisierung nimmt das Bundesgericht ausgehend von der durch die Gesetzesänderung im Jahre 1942 eingeführten summenmässigen Begrenzung der Bürgschaft im Folgenden vor. Es folgt der schon von BECK (Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942, Art. 492 N 107) vertretenen Auffassung, dass derartige Klauseln zulässig seien, und der von mir vertretenen Meinung, dass das Akzessorietätsprinzip durch die Einführung der Höchstbetragsgrenze seine Schutzfunktion insoweit verloren habe (in: Berner Bankrechtstag, Personalsicherheiten, Band 4 1997, 175 ff.). Einschränkungen der erfassten Forderung könnten sich nur dann ergeben, wenn der Bürge nach Treu und Glauben darauf habe vertrauen dürfen, dass der Haftungskreis beschränkt sei (so auch BUCHER, a.a.O., 185).

In Anwendung dieser Grundsätze überprüft das Bundesgericht nun die beiden diskutierten Bürgschaften und gelangt zu dem Ergebnis, dass in beiden Fällen die zugrunde liegende Rechtsbeziehung hinreichend bestimmt ist. Abschliessend prüft es, ob dieses Forderungs- und Rechtsverhältnis in der Bürgschaftsurkunde selbst hätte umschrieben werden müssen (wie das von SCYBOZ, SPR VII/2, 364, und WIEGAND, a.a.O., 202, gefordert wurde). Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass nach der in BGE 120 II 35 bestätigten Praxis der Rechtsgrund der Hauptschuld und die Identität des Gläubigers sich nicht aus der Bürgschaftserklärung selbst ergeben müssen.

Dieser Auffassung sei im Hinblick auf den vorliegenden Fall zuzustimmen, «da der Beklagte den Kreditvertrag als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Hauptschuldnerin selbst unterzeichnet hat und ihm als Bürge bewusst sein musste, dass sich die von ihm unterzeichneten und im Kreditvertrag erwähnten Bürgschaften auf den nun umschriebenen Geschäftsverkehr zwischen der Hauptschuldnerin und der Bank beziehen» (S. 440 f.). Im Übrigen aber sei nicht einzusehen, weshalb die Übertragungs- und Untergangsakzesorietät ihre Funktionen nicht auch dann erfüllen könnten, wenn die Rechtsbeziehung erst nach der Bürgschaftsunterzeichnung begründet werde. Ein derartiges Gültigkeitserfordernis sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.

c) Es handelt sich um ein in zweifacher Hinsicht erfreuliches Urteil: Zunächst ist hervorzuheben, dass die Art und Weise, wie das Bundesgericht sich mit der in der Literatur geäußerten Kritik auseinander setzt und ihr Rechnung trägt, allerhöchste Anerkennung verdient, zumal dann, wenn man sie mit dem Habitus anderer oberster Gerichte vergleicht. Da kann man leicht darüber hinwegsehen, dass es sich auch hier, ähnlich wie beim oben besprochenen Entscheid (BGE 127 III 444), natürlich nicht nur um eine Präzisierung, sondern um eine Änderung der Rechtsprechung handelt (so auch KRAMER, AJP 2003, 707, in der Besprechung dieses Entscheids).

In der Sache ist der Entscheid deshalb erfreulich, weil er einerseits der Kreditpraxis eine klare Grundlage für die zulässigen Formeln vermittelt und zugleich dogmatisch die durch BGE 120 II 35 entstandenen Unklarheiten beseitigt. Zweifel betreffen allein den zuletzt angesprochenen Punkt, nämlich die Frage, ob das zu sichernde Forderungs- oder Rechtsverhältnis in der Bürgschaftsurkunde selbst umschrieben werden müsse. Diese Frage bedarf – wie KRAMER zutreffend festgestellt hat (AJP 2003, 710) – vertiefter Diskussion, denn die Argumentation des Bundesgerichts ist in diesem Punkt in sich nicht konsistent. Der Umstand, dass der Beklagte die Kreditverträge vom 1. und 6. September selbst unterzeichnet hat, hat mit der Frage der Gültigkeit der Bürgschaftsurkunde nichts zu tun, denn es handelt sich um eine zufällige Konstellation im vorliegenden Fall, die nicht dazu verwendet werden darf, die allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen zu unterlaufen. Ob das Bundesgericht mit seiner weiteren Erwägung, dass «die Rechtsbeziehung zwischen Hauptschuldner und

Gläubiger erst nach der Bürgschaftsunterzeichnung begründet» werden kann, gänzlich auf eine Konkretisierung in der Bürgschaftsurkunde verzichten will, scheint zweifelhaft. KRAMER hat zu Recht darauf hingewiesen, dass diese – von ihm für möglich und sogar für begrüssenswert gehaltene – Interpretation bedeuten würde, dass eine globale Verbürgung für alle künftigen Forderungen aus einem wie auch immer begründeten Schuldverhältnis möglich wäre. Ich bezweifle, dass das Bundesgericht das zum Ausdruck bringen wollte.

### III. Mietrecht und Arbeitsrecht<sup>2</sup>

#### *Kündigung für Vizedirektor, BGE 128 III 129 ff.*

a) Der Jurist X. war seit 1976 bei der Y. Versicherung angestellt, wobei er am 1. Januar 1986 zum Vizedirektor ernannt wurde und somit der Geschäftsleitung angehörte. Am 7. Juli 1998 kündigte sein Vorgesetzter das Arbeitsverhältnis auf den 30. Juni 1999 unter gleichzeitiger Freistellung des Arbeitnehmers. Auf Verlangen von X. wurde die Kündigung in einem (von zwei Mitgliedern der Geschäftsleitung unterzeichneten) Schreiben vom 14. Juli erneut begründet. In der Folge kam es zu Auseinandersetzungen über die Wirksamkeit der Kündigung, wobei X. (Kläger) unter anderem vortrug, dass der Verwaltungsrat und nicht die Geschäftsleitung für die Kündigung zuständig und dass jedenfalls sein vormaliger Vorgesetzter nicht einzelzeichnungsberechtigt sei. Die Arbeitgeberin hielt darauf an der Rechtmässigkeit der Kündigung fest. Sämtliche Instanzen, zuletzt auf Berufung hin das Bundesgericht, weisen die Klage des Arbeitnehmers ab.

b) Nachdem der Kläger sich primär darauf berufen hatte, dass der Verwaltungsrat und nicht auch die Geschäftsleitung für seine Kündigung zuständig gewesen sei, weil diese zu den unverzichtbaren und unübertragbaren Zuständigkeiten des Verwaltungsrates gehöre, befasst sich das Bundesgericht zunächst ausführlich mit dem Rechtsverhältnis zwischen juristischen Personen und ihren Organen. Es gibt einen breiten Überblick über die in der Lehre vertretenen Auffassun-

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Bemerkungen in ZBJV 1993, 130/1994, 277, die unverändert gelten.

gen, die für die obersten geschäftsführenden Organe von einem mandatsähnlichen Vertrag ausgehen, allerdings, sofern die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird, auch das Vorliegen eines Arbeitsvertrages in Betracht ziehen. Das soll vor allem bei Direktoren und Vizedirektoren gelten, da diese trotz ihrer leitenden Stellung an die Anweisungen des Verwaltungsrates gebunden sind, so dass das für das Arbeitsrechtsverhältnis kennzeichnende Subordinationsverhältnis vorliegt. Anschliessend folgt ein Überblick über die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, die sich unterschiedlich geäussert hatte. Das Bundesgericht schliesst mit der Feststellung: «Richtigerweise ist deshalb die Beurteilung des Rechtsverhältnisses stets aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles vorzunehmen» (S. 132), was im Folgenden geschieht.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass «es sich bei der Rechtsbeziehung zwischen dem Organ und der Gesellschaft um ein schuld- bzw. vertragsrechtliches Doppelverhältnis» handelt, wobei die beiden Rechtsverhältnisse «mit Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zuhalten [sind], selbst wenn zwischen ihnen eine enge Wechselbeziehung besteht. Für alle drei Bereiche gelten je unterschiedliche Regelungen, die sich aber gegenseitig beeinflussen» (S. 132). Daraus wird der Schluss gezogen, dass die Abberufung eines Organs sich nach anderen Regeln richtet als die Kündigung des Arbeits- oder Auftragsverhältnisses. «Namentlich gelten für die Beendigung des Arbeitsvertrags auch bei einem Gesellschaftsorgan die Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts einschliesslich der Fristen und des Kündigungsschutzes» (S. 133). Da nach Auffassung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall zweifellos ein Arbeitsverhältnis bestand, ist das Vorgehen des Obergerichtes, das die Auflösung nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt hatte, nicht zu beanstanden. Nach einem Exkurs über die Abberufung von Organen kommt das Bundesgericht dann auf das Arbeitsverhältnis und dessen Kündigung zurück und gelangt zu dem Schluss, dass es nicht ersichtlich sei, «warum der Vorgesetzte des Klägers nicht für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses hätte zuständig sein sollen». Auch aus der Auslegung des Arbeitsvertrages könne sich entgegen der Behauptung des Klägers nichts anderes ableiten lassen.

Der zweite Einwand des Klägers betrifft die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung. Das Bundesgericht hält fest, dass es sich um ein Gestaltungsrecht handelt, das prinzipiell bedingungs-

feindlich und unwiderruflich ist (vgl. dazu den oben besprochenen Entscheid BGE 127 III 83 ff., wo sich weitere Nachweise zu dieser Auffassung finden). Daraus und aus dem Grundsatz der Klarheit der Kündigung folge, dass diese erst wirksam sein könne, wenn sie von der oder den zuständigen Personen ausgesprochen worden sei. Ein Schwebezustand sei nicht zumutbar. Das Bundesgericht hält sodann jedoch fest, dass ein Mangel bei Ausspruch der Kündigung geheilt werden könne, und kommt in Analogie zu Art. 38 OR zu der Auffassung, dass die nachträgliche Genehmigung durch die zweite zuständige Person dies bewirken würde. Im vorliegenden Fall sei also durch das zweite Schreiben vom 14. Juli, das zwei Unterschriften kollektiv zeichnungsberechtigter Personen trug, der Mangel geheilt worden.

c) Das Urteil befasst sich in ausführlicher Weise mit der «Zwiterstellung» von Organen, die hauptberuflich für juristische Personen tätig sind. Die eingehende Beschreibung dieses Zustandes vermag freilich die daraus entstehenden Probleme nicht wirklich zu lösen. Dies liegt nicht am Bundesgericht, sondern an der Konstellation als solcher. Das Gericht folgt – angesichts der Gegebenheiten des vorliegenden Falles wohl zu Recht – der zweispurigen Lösung und betrachtet die Kündigung unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten. Davon ausgehend ist die Lösung konsequent und konsistent. Nicht unproblematisch ist dagegen die Bemerkung hinsichtlich der Genehmigung der nur von einer Person ausgesprochenen Kündigung. Wenn das Prinzip zutrifft, dass die Kündigung dem Betroffenen Klarheit verschaffen muss, widerspricht die nachträgliche Genehmigung diesem Erfordernis. Das gilt insbesondere für Art. 38 OR, auf dessen analoge Anwendung das Bundesgericht sich hier beruft. Das ist schon deshalb gefährlich, weil die Genehmigung nach Art. 38 OR rückwirkende Heilung des bis anhin schwebenden Geschäfts auslöst, was vom Bundesgericht in casu gerade im Hinblick auf den Schutz des Betroffenen abgelehnt wird. Sachlich richtiger wäre es deshalb wohl, daran festzuhalten, dass eine von einer nicht allein zeichnungsberechtigten Person ausgesprochene Kündigung unwirksam ist und erst der zweite Brief, in dem diese von zwei zeichnungsberechtigten Personen wiederholt wird, die eigentlich wirksame Kündigung darstellt. Im vorliegenden Fall ändert das nichts am Ergebnis, in anders gelagerten Fällen könnten sich jedoch für den Betroffenen daraus gravierende Unterschiede ergeben.