

SCHRIFTLICHE FALLLÖSUNG IM PRIVATRECHT
– LÖSUNGSSKIZZE –

FALL 1: DIE GESTOHLENE PARFUMBEHÄLTER	3
A. ANSPRÜCHE GEGEN FIRMENOL	4
I. Mögliche Anspruchsgrundlagen	4
1. Vertrag und Delikt	4
2. Kondiktion.....	4
3. Geschäftsführung ohne Auftrag.....	5
4. Fazit: Prüfung gestützt auf Sachenrecht (Art. 938-940 ZGB)	5
II. Sachenrechtliche Ansprüche	6
1. Rückforderung der Sache (Art. 934 ZGB)	6
2. Herausgabe des Verkaufserlöses (Art. 934, 938, 940 ZGB).....	6
a) Surrogationsanspruch gestützt auf Art. 934 ZGB.....	6
b) Herausgabeanspruch gestützt auf Art. 938, 940 ZGB	7
c) Fazit.....	8
3. Ergebnis	8
III. Nicht anwendbar: Kondiktion	8
B. ANSPRÜCHE GEGEN SODAL	9
I. Mögliche Anspruchsgrundlagen	9
II. Die zwei leeren Lose: Vindikation und Besitzrechtsklage	10
1. Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB).....	10
a) Voraussetzungen im Überblick.....	10
b) Eigentumserwerb der Sodal?.....	11
aa) Eigentumskette	11
bb) Fazit: Vindikationsanspruch der Takuma.....	12
2. Klage aus Besitzrecht (Art. 934 Abs. 1 ZGB).....	12
3. Gegenanspruch der Sodal	12
a) Übertragung durch einen Kaufmann.....	13
b) Gutgläubigkeit der Sodal	13

4. Fazit: Herausgabe nur gegen Vergütung des Kaufpreises.....	13
III. Das gefüllte, bei Sodal verbleibende Los: Bereicherung ?	13
1 Verbindung (Art. 727 Abs. 2 ZGB).....	14
a) Verbindung	14
b) Hauptsache: Augentropfen.....	14
c) Fazit: Anwendbarkeit von Art. 727 ZGB	14
2. Keine Schadenersatzansprüche (Art. 727 Abs. 3 ZGB)	14
3. Keine Bereicherung (Art. 727 Abs. 3 ZGB)	15
4. Fazit: Keine Ansprüche seitens von Takuma	15
III. Das gefüllte, verkaufte Los: Bereicherung?.....	16
1. Erste Variante: Keine Bereicherung	16
2. Zweite Variante: Bereicherung.....	16
3. Fazit: Offene Lösung.....	16
V. Fazit.....	17
FALL 2: FREIZEICHNUNG.....	17
I. Ausgangslage.....	20
II. Zugesicherte Eigenschaften.....	20
III. Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften: Rechtsprechung.....	21
1. Sachkonstellationen und Ergebnisse	21
2. Folgerungen für die Kernfrage.....	23
a) Zusicherung schliesst nur die vollständige Freizeichnung aus.....	23
b) Zusicherungen müssen spezifisch(er) formuliert sein.....	23
c) Zusicherungstheorie bezweckt Vertrauensschutz.....	23
3. Fazit	24
IV. Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften: Doktrin	24
1. Zusicherung schliesst nur die vollständige Freizeichnung aus.....	24
2. Zusicherungstheorie bezweckt Vertrauensschutz.....	25
IV. Ergebnis.....	26

FALL 1: DIE GESTOHELENEN PARFUMBEHÄLTER

Sachverhalt:

Die Takuma AG mit Sitz in Basel produziert auf industrieller Basis Glasbehälter für medizinische Zwecke. In der Nacht vom 10. August 2015 brachen Unbekannte in das Firmenareal ein und entwendeten mehrere Lose mit Glasbehältern für Augentropfen. Der Marktwert des Diebesgutes belief sich auf rund CHF 20'000 – nicht genug für die Takuma AG, um die Sache publik zu machen und auf das ungenügende Sicherheitsdispositiv der Firma hinzuweisen. Sie meldet den Vorfall lediglich der Versicherung und bittet um Vertraulichkeit.

Die Firmenol AG mit Sitz in Zug ist im Import/Export von Medizinprodukten tätig. Sie erhielt am 4. Januar 2016 ein Angebot von der Firma Cassiopeia Sàrl mit Sitz in Bari, Italien, für 4 Lose von Glasbehältern für Augentropfen. Gemäss Firmenlogo und Website handelt die Cassiopeia mit Produkten im Medizinalbereich. Die Lose enthielten das übliche Volumen, nämlich 5'000 Einzelgefässe. Der Kaufpreis betrug CHF 18'000, was dem Marktpreis entsprach. Bei den Losen handelte es sich um die Glasbehälter, die der Takuma gestohlen worden waren. Die Cassiopeia Sàrl gehört zu den Tarnfirmen eines Mafianetzes, die gestohlene Medizinalware wieder in den Wirtschaftskreislauf einführt. Die Ware selbst war in Neuenburger Jura zwischengelagert worden. Die völlig echt aussehenden Importpapiere stammten aus einer Fälscherwerkstatt in der Nähe von Barcelona.

Firmenol verkaufte die vier Lose am 13. März 2014 dem Augentropfenhersteller Sodal AG mit einem Reingewinn von CHF 2'000 (nach Steuern).

Die Polizei kommt durch Hinweise aus Neuenburg den Dieben auf die Spur. Ein Mitglied der Diebesbande, Yvonne Leclerc, wird verhaftet. Sie ist geständig. So kann auch die Verkaufskette nachkonstruiert werden. Zu diesem Zeitpunkt sind zwei Lose bereits mit dem rezeptpflichtigen Top-Produkt der Sodal gefüllt, etikettiert und aufwendig verpackt, eines davon wurde bereits an die Apotheken ausgeliefert.

Da die Sache nun sowieso publik wurde, möchte die Takuma AG, die von ihrer Versicherung einen abschlägigen Bescheid erhalten hat, ihre Ansprüche gegen mögliche Ersatzpflichtige prüfen lassen.

Sie werden gebeten, zuhanden der Takuma ein Gutachten zu erstellen mit der Frage, ob gegen die Firmenol oder die Sodal Ansprüche bestehen und in welchem Umfang.

A. ANSPRÜCHE GEGEN FIRMENOL

I. Mögliche Anspruchsgrundlagen

1. Vertrag und Delikt

Da zwischen Firmenol und Takuma kein Vertrag besteht, fallen **vertragliche Ansprüche** ausser Betracht. Ausser Betracht fällt auch die **Vertrauenshaftung**, da es ersichtlich an einem Vertrauenstatbestand fehlt. Auch ein Anspruch aus **unerlaubter Handlung** fällt nicht in Betracht; gemäss Sachverhalt war die Fälschung der Importpapiere nicht erkennbar. Entsprechend fehlt es bereits am Verschulden von Firmenol. Zudem wäre auch fraglich, ob die Voraussetzung der Kausaladäquanz erfüllt wäre, ist es doch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht plausibel, dass ein gewöhnlicher Kauf einen Schaden in der Art des eingetretenen (nämlich: Vermögensverlust der bestohlenen Takuma) verursacht.

2. Kondiktion

Gemäss ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre verdrängt die Vindikation die Kondiktion. Solange also der Eigentümer berechtigt ist, die Sache zu vindizieren, hat er keinen Bereicherungsanspruch.¹

Im vorliegenden Fall hat die Firmenol die Glasbehälter bereits weiterveräussert. Eine Vindikation gegen die Firmenol ist also nicht mehr möglich. Hingegen ist zu prüfen, wie es sich in diesen Fällen mit den *übrigen sachenrechtlichen Ansprüchen* verhält. Diesbezüglich sind Rechtsprechung und Lehre bezüglich Art. 934 ZGB und insbesondere auch Art. 938 und 940 ZGB zu beachten. **In BGE 71 II 90 hat das Bundesgericht entschieden, der gutgläubige Zwischenbesitzer sei nach Art. 938 ZGB zu schützen und ein Bereicherungsanspruch bestehe nicht.**² Das Gericht hat diese Ent-

¹ BGE 84 II 369 E. 4 S. 377, bestätigt in BGE 135 III 747 E. 3.3.1 S. 480.

² BGE 70 II 91 E. 5 S. 96 f.: "Als Bereicherung gilt die Vermögensvermehrung. Diese kann bei einer Weiterveräusserung in Form des erzielten Preises fortbestehen, ja sie kann, wenn die Sache seinerzeit entgeltlich erworben wurde, gerade in einem dafür erzielten Mehrpreis bestehen. Sollte nun eine solche Bereicherung vorliegen, so hätte aber der Kläger keinen Anspruch darauf. Der gutgläubige Zwischenbesitzer ist nach Art. 938 ZGB in allem zu schützen, was ihm die Sachen an Vorteil boten, sei es zufolge Gebrauchs, Vermietung oder anderer Nutzung oder auch ganzen oder teilweisen Verbrauchs. Es ist danach gleichgültig, ob demzufolge beim Beklagten eine fortbestehende Bereicherung eingetreten ist. Aber auch ein Veräusserungsgewinn des Beklagten kann vom Kläger nicht beansprucht werden. [...]"

scheidung in anderen Urteilen bestätigt, zuletzt in BGer 5A_88/2011.³ Das Ergebnis ist umstritten, ein Teil der Lehre will Bereicherungsansprüche zulassen.⁴

Folgt man allerdings der Rechtsprechung, so bedeutet dies: Nicht nur die Vindikation, sondern auch die sachenrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln gehen den bereicherungsrechtlichen Regeln vor. Deshalb sind im vorliegenden Fall die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zu prüfen.

3. Geschäftsführung ohne Auftrag

Was die hier allenfalls zu prüfende **unechte Geschäftsführung ohne Auftrag** angeht, so setzt der Anspruch i.S.v. Art. 423 OR grundsätzlich die Bösgläubigkeit voraus.⁵ Diese ist – wie noch zu zeigen sein wird – zu verneinen. Zudem verdrängen gemäss Rechtsprechung und Lehre die Bestimmungen in Art. 938-940 ZGB als "sachenrechtliches Bereicherungsregime" nicht nur die Kondiktion, sondern auch die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag.⁶ Anders als im Falle des Verhältnisses zwischen dem sachenrechtlichen Regime in Art. 938-940 ZGB und dem obligationenrechtlichen Regime in Art. 62 ff. OR ist der Vorrang des Sachenrechts gegenüber der GoA nicht umstritten.

4. Fazit: Prüfung gestützt auf Sachenrecht (Art. 938-940 ZGB)

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Ansprüche von Takuma gegen Firmenol primär auf das sachenrechtliche Bereicherungsregime in Art. 938-940 ZGB zu stützen ist.

Hinweis: Da allerdings ein gewichtiger Teil der Doktrin sich bei der Frage nach der Herausgabe des Veräusserungsgewinns für die Anwendung der Kondiktion ausspricht, kann diese Anspruchsgrundlage alternativ geprüft werden, falls man sich *unter Hinweis auf den Meinungsstreit* zugunsten der Kondiktion entscheidet.

³ Siehe BGer 5A_88/2011 vom 23. September 2011 E. 7.1. Zuvor auch BGE 84 II 369 E. 4a S. 368 f.

⁴ Siehe die Nachweise bei STARK/LINDENMANN, Berner Kommentar, N 25 zu Art. 938 ZGB; ERNST, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 938. Aus der obligationenrechtlichen Perspektive: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Rn. 1503. Für den Vorrang des Sachenrechts etwa: HINDERLING, SPR V/1 (1977), S. 508; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rn. 323; SUTTER-SOMM, SPR V/1 N 1483; STEINAUER, Droits réels, Rn. 496.

⁵ Siehe die Nachweise bei WEBER, Basler Kommentar, N 8, N 11 zu Art. 423 OR; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 2038.

⁶ BGer 5A_88/2011 vom 23. September 2011 E. 7.1. Siehe auch für den Vorrang des Sachenrechts etwa: HINDERLING, SPR V/1 (1977), S. 508; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rn. 323; SUTTER-SOMM, SPR V/1 N 1483; STEINAUER, Droits réels, Rn. 496.

II. Sachenrechtliche Ansprüche

1. Rückforderung der Sache (Art. 934 ZGB)

Gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB kann der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, diese während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern. Vorbehalten bleibt Art. 722 ZGB, der die Herausgabe von gefundenen Sachen regelt. Die Bestimmung ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Da die Firmenol die Glasbehälter nicht mehr besitzt,⁷ kann Takuma sie nicht gestützt auf Art. 934 Abs. 1 ZGB herausverlangen.

Im Ergebnis steht Takuma gegenüber Firmenol kein Herausgabeanspruch zu.

2. Herausgabe des Verkaufserlöses (Art. 934, 938, 940 ZGB)

Selbst wenn ein Herausgabeanspruch mangels Besitz der Firmenol nicht besteht, stellt sich die weitergehende Frage, ob Takuma gegen Firmenol einen Anspruch auf die Herausgabe des Verkaufserlöses zusteht. Der Verkaufserlös besteht aus dem erhaltenen Kaufpreis plus Gewinn. Gemäss Sachverhalt hat Firmenol die Lose für CHF 18'000 gekauft und mit einem Netto-Gewinn von CHF 2'000 verkauft. Der Verkaufserlös beträgt also CHF 20'000.

In tatsächlicher Hinsicht wären allerdings, sollte man den Herausgabeanspruch bejahen, CHF 18'000 in Abzug zu bringen, denn Firmenol hat die Ware von Cassiopeia erworben. Cassiopeia handelt gemäss Sachverhalt mit Medizinalwaren. Wenn man Art. 934 Abs. 1 ZGB auf den Verkaufserlös zur Anwendung bringen wollte, so wäre auch Art. 934 Abs. 2 ZGB anwendbar, und Takuma könnte den Verkaufserlös von Firmenol nur gegen Vergütung des von Firmenol bezahlten Kaufpreises abfordern.

a) Surrogationsanspruch gestützt auf Art. 934 ZGB

Fraglich ist, ob gestützt auf Art. 934 Abs. 1 ZGB der Verkaufserlös herausverlangt werden kann. Das Bundesgericht hat in BGE 71 II 91 einen solchen Surrogationsanspruch verneint: Das ZGB kenne kein allgemeines Surrogationsprinzip zugunsten eines nach Art. 934 ZGB Verfolgungsberechtigten.⁸

⁷ Passivlegitimiert wäre Firmenol, wenn sie unmittelbaren Besitz (unbestritten) oder mittelbaren Besitz (teilweise umstritten) ausübt. Beides ist hier nicht der Fall. Zur Passivlegitimation siehe etwa WIEGAND, Basler Kommentar, N 46 ff. zu Art. 641 ZGB.

⁸ BGE 70 II 91 E. 4 S. 94.

Nach anderer Meinung, die das Bundesgericht zitiert, tritt der Verkaufserlös an die Stelle der Sache und ist gestützt auf Art. 934 ZGB herauszugeben.⁹ Das Bundesgericht ist dieser Meinung nicht gefolgt. Zudem wäre auch hier zu berücksichtigen, dass dem Herausgabeanspruch in Höhe des (gesamten) Verkaufserlöses der Gegenanspruch des gutgläubigen Besitzers gestützt auf Art. 934 Abs. 2 ZGB entgegensteht, so dass auch bei dieser Lösung bei Verrechnung der Ansprüche lediglich ein Anspruch in Höhe des Verkaufsgewinns (CHF 2'000) übrig bliebe.

Hinweis: Dass überhaupt ein Surrogationsanspruch besteht, ist nicht einsichtig. Insofern drängt sich dieser Prüfungspunkt nicht auf. Wer hingegen den einschlägigen BGE 71 II 90 sorgfältig gelesen hat, stösst auf diese Fragestellung, weshalb sie hier behandelt wird.

b) Herausgabeanspruch gestützt auf Art. 938, 940 ZGB

Fraglich ist weiter, ob gestützt auf die Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 938, 940 ZGB ein Herausgabeanspruch besteht.

Das ZGB unterscheidet bei der Verantwortlichkeit zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Besitzer:

- Gemäss Art. 938 Abs. 1 ZGB wird der gutgläubige Besitzer einer Sache dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig, wenn er sie seinem vermuteten Recht gemäss gebraucht und nutzt. Gemäss Art. 938 Abs. 2 ZGB ist er zudem nicht zum Ersatz verpflichtet, wenn die Sache untergeht oder Schaden erleidet.
- Gemäss Art. 940 Abs. 1 ZGB haftet der bösgläubige Besitzer dem Berechtigten für den Schaden, der durch die Vorenthaltung verursacht wurde, sowie für die bezogenen oder versäumten Früchte.

In einem ersten Schritt ist zu klären, ob der Verkaufserlös überhaupt unter den Nutzungsbegriff von Art. 938 ZGB fällt. Dies wird vom überweiegenden Teil der Lehre (mit guten Gründen) verneint.¹⁰ Hingegen hat das Bundesgericht die Frage in BGE 71 II 90 und in den Folgeentscheiden¹¹ bejaht, weshalb im Folgenden der Verkaufserlös als "Nutzen" behandelt wird.

Hinweis: Lösungen, welche die Frage unter Hinweis auf den Meinungsstreit bejahen, werden honoriert.

⁹ So offenbar EUGEN HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, Art. 980-982, 2. Ausgabe II, 393, abgedruckt in: FASEL, Materialien, S. 1063.

¹⁰ Vgl. z.B. LINDENMANN, Verantwortlichkeit, S. 131 f. Siehe auch ERNST, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 938; STARK/LINDENMANN, Berner Kommentar N 25 ff. zu Art. 938 ZGB. Aus der obligationenrechtlichen Literatur: SCHWENZER, OR, Rn. 59.05, KOLLER, OR AT, § 32 Rn. 14. Für die Subsumtion unter Art. 938 ZGB hingegen SUTTER-SOMM, SPR V/1, N 1483.

¹¹ Siehe BGer 5A_88/2011 vom 23. September 2011 E. 7.1. Zuvor auch BGE 84 II 369 E. 4a S. 368 f.

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen kommt es also darauf an, ob die Firmenol als gut- oder bösgläubige Besitzerin qualifiziert wird. Geht man von der Gutgläubigkeit aus, so muss die Firmenol den Verkaufserlös nicht herausgeben, denn sie hat die Ware dem vermuteten (Eigentums-)Recht entsprechend verwendet. Im Falle der Bösgläubigkeit müsste die Firmenol den Gewinn hingegen herausgeben.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB wird der gute Glaube vermutet. Zudem gibt es keine Hinweise im Sachverhalt, die auf eine Bösgläubigkeit der Firmenol hinweisen: Sie hat die Ware von einem effektiv existierenden Unternehmen mit Sitz in Italien zu Marktpreisen erworben. Da die Cassiopeia als Tarnfirma darauf spezialisiert war, gestohlene Ware wieder in den Wirtschaftskreislauf einzuspeisen, kann man davon ausgehen, dass ihr krimineller Hintergrund nicht leicht erkennbar war. Zudem sahen die Importpapiere gemäss Sachverhalt völlig echt aus. Also kann sich die Firmenol auf ihren guten Glauben bezüglich der Verfügungsberechtigung von Cassiopeia berufen.

c) Fazit

Im Ergebnis kann sich die Firmenol auf Art. 938 Abs. 1 ZGB berufen und sie muss den Verkaufserlös (der sich faktisch auf den Verkaufsgewinn beschränkt) nicht herausgeben.

3. Ergebnis

Das Ergebnis lautet gleich wie oben: Firmenol kann sich auf Art. 938 Abs. 1 ZGB berufen und muss den Verkaufserlös nicht herausgeben.

III. Nicht anwendbar: Kondiktion

Wie bereits oben erläutert, verdrängen gemäss (mehrfach bestätigter) bundesgerichtlicher Rechtsprechung die sachenrechtlichen Regeln auch im Hinblick auf den Veräusserungsgewinn den Kondiktionsanspruch. Demgegenüber bejaht ein Teil der Lehre in solchen Fällen einen solchen Anspruch.¹²

Hinweis: Die Kondiktion wird hier im Sinne eines Anhaltspunktes für die Studierenden kurz durchgeprüft. Man konnte sich für diesen Weg entscheiden, aber nur, wenn man sich mit der Lehre *gegen* BGE 71 II 90 entschied.

Ein erfolgreicher Kondiktionsanspruch seitens von Takuma gegen Firmenol setzt Folgendes voraus: (1) Die Bereicherung von Firmenol, (2) aus dem Vermögen der Takuma, (3) ungerechtfertigterweise.

¹² Namentlich: Ernst, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 938 ZGB; LINDENMANN/STARK, Berner Kommentar, N 25 ff. zu Art. 938 ZGB, m.w.N.

Firmenol wäre bereichert, wenn ihre Aktiven gewachsen sind oder ihre Passiven vermindert wurden oder sie von einer Ersparnisbereicherung profitierte. Firmenol hat mit dem Verkauf einen Erlös von CHF 20'000 erzielt (davon CHF 2'000 Gewinn). Bereichert ist sie nur im Umfang des Gewinns in Höhe von CHF 2'000, denn sie selbst hat für die Ware CHF 18'000 bezahlt. Aus demselben Grund wäre Firmenol auch nicht durch den blossen Besitz der Lose bereichert; denn auch hier gilt, dass sie dafür eine marktübliche Vergütung geleistet hat.¹³

Die Bereicherung stammt "aus dem Vermögen" der Takuma. Denn der Gewinn ergibt sich aus dem Verkauf von Glasbehältern, die die Takuma produziert hat und an denen sie jedenfalls zum Zeitpunkt des Diebstahls Eigentum hatte. Der Gewinn stammt also aus dem Vermögen der Takuma.

Für den Gewinn fehlt es an einem Rechtsgrund, er ist "ungerechtfertigt". Denn der Gewinn aus dem Verkauf einer Sache steht grundsätzlich deren Eigentümerin zu. Eigentümerin der Lose ist die Takuma. Möglich wäre es, dass eine Nicht-Eigentümerin gestützt auf eine vertragliche Abrede den Gewinn behalten dürfte (z.B. im Rahmen einer Festübernahme durch einen Vertriebsträger). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Entsprechend bleibt es bei der Grundregel, dass der Verkaufsgewinn der Eigentümerin (Takuma) zusteht und es für den Verbleib bei Firmenol an einem Rechtsgrund fehlt.

Im Ergebnis stünde also bei Anwendung der Bereicherungsregeln Takuma ein Anspruch gegen Firmenol im Umfang des Verkaufsgewinns (CHF 2'000) zu.

B. ANSPRÜCHE GEGEN SODAL

I. Mögliche Anspruchsgrundlagen

Diesbezüglich kann im Wesentlichen auf die Erwägungen unter A./I. zurückgegriffen werden: Da zwischen Sodal und Takuma kein Vertrag besteht, fallen **vertragliche Ansprüche** ausser Betracht. Ausser Betracht fällt auch die **Vertrauenshaftung**, da es ersichtlich an einem Vertrauenstatbestand fehlt. Auch ein Anspruch aus **unerlaubter Handlung** fällt nicht in Betracht; Firmenol führt ein kaufmännisches Gewerbe und es

¹³ A.A. ERNST, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 938 ZGB. Demnach hätte der (gutgläubige) Zwischenbesitzer den gesamten Verkaufserlös herauszugeben, ohne Abzug des eigenen Erwerbspreises. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil er – würde er die Sache noch besitzen – hierfür ein Löserecht (Art. 934 Abs. 2 ZGB) geltend machen könnte. Die Regel in Art. 934 Abs. 2 ZGB wurde mit Blick auf die Verkehrssicherheit aufgestellt; ihr Kerngedanke würde mit der Lösung, wie ERNST sie vorschlägt, ausgehöhlt. Für eine analoge Anwendung von Art. 934 Abs. 2 ZGB in den Fällen von Art. 727 Abs. 3 ZGB: KOLLER, OR AT, § 32 N 9.

besteht kein Anlass für Sodal, daran zu zweifeln, dass die Firma im Hehlereigeschäft tätig ist. Es fehlt hier am Verschulden, zudem ist die Kausalkette noch länger als im Fall von Firmenol; die adäquate Kausalität ist hier zu verneinen: Es entspricht weder der allgemeinen Lebenserfahrung noch dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass bei einem gewöhnlichen Kauf bei einem anderen Unternehmen (Takuma) ein Schaden eintritt. Schliesslich ist auch die **Geschäftsführung ohne Auftrag** nicht zu prüfen; es fehlt an der Bösgläubigkeit, die Voraussetzung für eine Gewinnabschöpfung wäre, zudem gehen die sachenrechtlichen Ansprüche der GoA vor.

Was die **ungerechtfertigte Bereicherung** angeht, so gilt wiederum, dass gemäss Bundesgericht die sachenrechtlichen Ansprüche die Kondiktion verdrängen. Solange also der Eigentümer berechtigt ist, die Sache zu vindizieren oder sie gestützt auf die Besitzrechtsklage herauszuverlangen, hat er keinen Bereicherungsanspruch.¹⁴ Wie es sich verhält, wenn die sachenrechtlichen Ansprüche versagen, wird vertieft zu prüfen sein.

Weiter wird man hinsichtlich der Lose im Sinne einer Vorüberlegung **zwischen den verschiedenen "Los-Schicksalen" unterscheiden müssen**: Es gibt die zwei leeren Lose, es gibt das gefüllte, aber noch bei Sodal gelagerte Los (drittes Los), und es gibt das Los, das bereits an die Apotheken ausgeliefert wurde (viertes Los).

II. Die zwei leeren Lose

Der Vindikationsanspruch der Takuma gegen die Sodal setzt voraus, dass die Glasbehälter sich noch im Besitz der Sodal befinden. Dies ist für zwei Lose unstrittig der Fall, weshalb für diese beiden Lose die Vindikationsklage näher zu prüfen ist.

1. Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB)

a) Voraussetzungen im Überblick

Damit Takuma die Vindikation erfolgreich geltend machen kann, sind folgende Voraussetzungen notwendig: Takuma ist Eigentümerin der Glasbehälter und sie hat dieses Eigentum nicht verloren. Verloren hat sie das Eigentum dann, wenn Sodal Eigentum rechtmässig erworben hat. Der Sachverhalt enthält keinen Hinweis darauf, dass Takuma als Produzentin an den Glasbehältern nicht gültig Eigentum erworben hätte, weshalb dies im vorliegenden Fall unterstellt wird. Fraglich ist, ob sie das Eigentum verloren hat, weil die Vorerwerber von Sodal – also namentlich die Cassiopeioa oder Firmenol – oder Sodal selbst gültig Eigentum erworben haben. Das ist für jede Person in der Kette separat zu prüfen. Voraussetzung für den Eigentumserwerb ist, dass:

- ein gültiger Rechtsgrund vorliegt;

¹⁴ BGE 84 II 369 E. 4 S. 377, bestätigt in BGE 135 III 747 E. 3.3.1 S. 480.

- der Besitz übertragen wurde;
- eine dingliche Einigung auf Eigentumsübertragung vorliegt;
- diejenige Person, welche die Glasbehälter übertragen hat, Eigentümerin der Sache war (derivativer Eigentumserwerb), wobei diese Regel unter dem Vorbehalt des Gutgläubensschutzes steht.¹⁵

Hat die Sodal kein Eigentum erworben und ist die Takuma noch Eigentümerin, so kann sie die Sache von "jedem, der sie ihr vorenthält", herausverlangen (Art. 641 ZGB).

b) Eigentumserwerb der Sodal?

Am Anfang steht die Frage, ob diejenige Person, welche die Glasbehälter übertragen hat, Eigentümerin derselben war. Ist dies nicht der Fall, so kommt es auf die anderen Voraussetzungen nicht an, und Takuma ist weiterhin Eigentümerin. Hierzu ist Folgendes festzuhalten:

aa) Eigentumskette

Die Diebe konnten nicht gültig Eigentum erwerben. Es fehlt schon am gültigen Rechtsgrund und an der dinglichen Einigung auf Eigentumsübertragung.

Die Cassiopeia hat nicht gültig Eigentum erworben. Denn sie hat die Ware von den Dieben erworben, und diese waren nicht Eigentümer. Auf den Gutgläubensschutz (Art. 933 ZGB) kommt es nicht an, denn die Ware war den Dieben nicht anvertraut. Ausserdem steht ausser Frage, dass die Cassiopeia nicht gutgläubig war.

Die Firmenol hat nicht gültig Eigentum erworben. Zwar lag ein Rechtsgrund vor, denn sie hat mit der Cassiopeia einen Kaufvertrag über die Ware abgeschlossen. Diesen könnte sie tatsächlich mittels Grundlagenirrtum anfechten (Art. 24 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Der Sachverhalt enthält diesbezüglich aber keine Hinweise. Zudem kommt es darauf nicht an, denn auch wenn der Kaufvertrag bestehen bleibt, die Ware übergeben wurde und eine dingliche Einigung auf Eigentumsübertragung bestand, fehlt es an der Verfügungsmacht der Cassiopeia. Sie war nicht Eigentümerin. Auf den guten Glauben der Firmenol kommt es nicht an, weil die Ware der Cassiopeia nicht anvertraut war.

Schliesslich hat auch die **Sodal nicht gültig Eigentum** erworben. Zwar hat auch sie einen Kaufvertrag mit der Firmenol abgeschlossen, es lag Besitzesübertragung und eine dingliche Einigung vor. Aber die Firmenol war nicht Eigentümerin, und es fehlte ihr diesbezüglich an der Verfügungsmacht. Der Gutgläubensschutz kommt nicht

¹⁵ Für die Voraussetzungen siehe SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, N 1088 ff. Für das letzte Erfordernis sodann N 1135.

zum Tragen, denn auch der Firmenol war die Ware von der Takuma nicht anvertraut.

bb) Fazit: Vindikationsanspruch der Takuma

Als Fazit ist festzuhalten: Die Sodal hat kein Eigentum an den Glasbehältern erworben. Folglich kann die Takuma die Glasbehälter mittels Vindikation herausfordern. Dies gilt allerdings nur für die zwei Lose, die noch im Besitz der Sodal sind.

2. Klage aus Besitzesrecht (Art. 934 Abs. 1 ZGB)

Für die Klage aus Besitzesrecht (Art. 934 Abs. 1 ZGB) kann auf die Ausführungen unter A/II/1 verwiesen werden. Die Voraussetzungen für deren Erhebung sind vorliegend erfüllt: Takuma war unstreitig Besitzerin der Lose, sie wurden ihr gestohlen und die Fünfjahresfrist ist noch nicht abgelaufen. Also kann sie die ungefüllten Lose von Sodal herausverlangen.

3. Lösungsrecht der Sodal (934 Abs. 2 ZGB)

Ein Herausgabeanspruch besteht im Rahmen von Art. 641 Abs. 2 bzw. Art. 934 Abs. 1 ZGB nur dann, wenn der Besitzer kein Recht zum Besitz hat. Ein solches Recht besteht z.B. bei einem Mietvertrag, einer Verpfändung oder einem Retentionsrecht.¹⁶ In diesem Zusammenhang ist Art. 934 Abs. 2 ZGB zu beachten.

Gemäss Art. 934 Abs. 2 ZGB kann die gestohlene Sache jedem späteren gutgläubigen Besitzer nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden, wenn die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen worden ist (sog. Lösungsrecht).¹⁷ Das Lösungsrechts gelangt auch bei der Vindikation zur Anwendung.¹⁸

Für den Anspruch auf Vergütung gemäss Art. 934 Abs. 2 ZGB hat der Besitzer nach einem Teil der Lehre und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Retentionsrecht.¹⁹ Er kann daher den Herausgabeanspruch des Eigentümers verweigern bis

¹⁶ Siehe dazu WIEGAND, Basler Kommentar, N 49 zu Art. 641 ZGB; ROBERTO/HRUBESCHMILLAUER, Sachenrecht, N 102; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, N 660.

¹⁷ BGE 103 II 186, E. 2 a), S. 188.

¹⁸ ERNST, Lösungsrecht, S. 843: Der aktuelle Besitzer geniesst den Schutz von Art. 934 Abs. 2 ZGB, weil er die Sache unter besonders vertrauenswürdigen Umständen erworben hat und so dem gesteigerten Interesse am Verkehrsschutz Rechnung getragen wird. Dieser Schutz muss somit unabhängig davon bestehen, ob dem jetzigen Besitzer der frühere Besitzer (bei der Besitzrechtsklage) oder der Eigentümer (bei der Vindikation) gegenüber steht.

¹⁹ BGE 70 II 91 E. 5 S. 93; STARK, Berner Kommentar, N 46 zu Art. 934 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rn. 311; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rn. 1442.

dieser die Vergütung geleistet hat. Nach anderen Lehrmeinungen besteht zwar ein Gegenanspruch auf Vergütung, aber kein Retentionsrecht.²⁰

Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 934 Abs. 2 ZGB sind nachfolgend zu prüfen.

a) Übertragung durch einen Kaufmann

Die Firmenol ist im Import/Export von Medizinalprodukten tätig. Sie gilt als "Kaufmann" im Sinne von Art. 934 Abs. 2 ZGB.²¹

b) Gutgläubigkeit der Sodal

Der gute Glaube wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Im Sachverhalt sind keine Hinweise enthalten, die am guten Glauben der Sodal zweifeln lassen. Also ist davon auszugehen, dass die Sodal gutgläubige Besitzerin der Glasbehälter geworden ist.

4. Fazit: Herausgabe nur gegen Vergütung des Kaufpreises

Als Fazit ist daher festzuhalten: Die Takuma kann gestützt auf Art. 641 Abs. 2 oder Art. 934 Abs. 1 ZGB von Sodal die Herausgabe der noch bei der Sodal verbleibenden Glasbehälter fordern.

Die Sodal hat aber gestützt auf Art. 934 Abs. 2 ZGB einen Anspruch auf Vergütung des Kaufpreises, den sie der Firmenol bezahlt hat. Die Sodal hat dafür ein Retentionsrecht (Art. 895 ZGB). Das Retentionsrecht der Sodal steht dem Herausgabeanspruch der Eigentümerin (Takuma) entgegen. Geht man davon aus, dass Art. 934 Abs. 2 ZGB kein Retentionsrecht gewährt, so bleibt es beim Gegenanspruch der Sodal auf Vergütung des Kaufpreises. Diesen kann sie verrechnungsweise geltend machen.

III. Das gefüllte, bei Sodal verbleibende Los

Ein weiteres Los ist noch bei Sodal, aber es wurde bereits mit Augentropfen abgefüllt. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob Sodal an den Glasbehältern Eigentum durch Verbindung i.S.v. Art. 727 ZGB erworben hat. Damit hätte Takuma das Eigentum verloren und sie könnte die Vindikation nicht mehr erfolgreich geltend machen.

²⁰ So z.B. ERNST, Basler Kommentar, N 27 zu Art. 934 ZGB.

²¹ ERNST, Basler Kommentar, N 21 zu Art. 934 ZGB; LINDENMANN/STARK, Berner Kommentar, N 39 zu Art. 934 ZGB.

1 Verbindung (Art. 727 Abs. 2 ZGB)

Wird eine bewegliche Sache mit einer anderen derart vermischt oder verbunden wird, dass sie als deren nebensächlicher Bestandteil erscheint, so gehört die Sache dem Eigentümer des Hauptbestandteils (Art. 727 Abs. 2 ZGB).

a) Verbindung

Eine Verbindung liegt vor, wenn die Trennung nicht ohne wesentliche physische, erheblich wertvermindernde Beschädigung der Einheitssache möglich ist, oder wenn die Trennung durch Vergleich des Wertes der neuen Sache mit dem Wert der getrennten Sachen unverhältnismässig erscheint, oder wenn die Trennung nicht ohne wirtschaftliche Beeinträchtigung der Einheitssache erfolgen kann.²²

Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob man Glasbehälter, die mit einer rezeptpflichtigen Flüssigkeit gefüllt waren, im hygienemässig hochsensiblen Medizinalsektor ohne weiteres wieder verwerten könnte, ohne einschlägige Regularien zu verletzen. Auch ist bei einem "Top-Medikament" davon auszugehen, dass der Wert der Gesamtsache den Wert der Einzelteile deutlich übersteigt. Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Trennung unverhältnismässige Kosten generieren würde. Möglicherweise dürften die Augentropfen kein zweites Mal verwendet werden.

Im Ergebnis ist also von einer Verbindung im Sinne von Art. 727 ZGB auszugehen.

b) Hauptsache: Augentropfen

Sodal hat die Glasbehälter mit Augentropfen gefüllt, etikettiert und verpackt. Im Wertvergleich erscheint der Glasbehälter als nebensächlicher Bestandteil des fertigen Produkts (Augentropfen). Entsprechend wird Sodal Eigentümerin des Hauptbestandteils.

c) Fazit: Anwendbarkeit von Art. 727 ZGB

Für die gefüllten Lose kommt also die Eigentumsklage nicht mehr in Betracht. Hingegen werden gestützt auf Art. Art. 727 Abs. 3 ZGB Ansprüche auf Schadenersatz und aus Bereicherung zu prüfen sein.

2. Keine Schadenersatzansprüche (Art. 727 Abs. 3 ZGB)

Schadenersatzansprüche stehen Takuma nicht zu, denn es fehlt am Verschulden und auch am adäquaten Kausalzusammenhang.

²² Siehe dazu ZOBL, Zürcher Kommentar, N 32 ff. zu Art. 727 ZGB; ERNST, Basler Kommentar, N 24 zu Art. 934 ZGB. Ähnlich auch SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rn. 1109 ff.

3. Keine Bereicherung (Art. 727 Abs. 3 ZGB)

Zu prüfen bleiben gemäss Art. 727 Abs. 3 ZGB Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.²³ Dieser Anspruch scheidet im Ergebnis aus zwei Gründen.

Erstens kann die Sodal einwenden, dass sie nicht bereichert ist. Sie hat die Glasbehälter durch Kauf erworben und der Firmenol dafür einen Kaufpreis entrichtet. Ihre Aktiven haben sich nicht vergrössert und ihre Passiven nicht verkleinert, und sie hat auch keine Ausgaben gespart. Also entfällt der Bereicherungsanspruch.

Alternativ kann die Sodal einwenden, dass ihr – selbst wenn man einen Bereicherungsanspruch annehmen würde²⁴ – in analoger Anwendung von Art. 934 Abs. 2 ZGB ein Lösungsrecht zusteht.²⁵ Denn vor der Verbindung hätte sie das Lösungsrecht geltend machen können, weshalb es sich nicht rechtfertigt, ihr diesen Weg abzuschneiden, nur weil sie (gutgläubig) Eigentümerin geworden ist. Sie könnte dann dem Bereicherungsanspruch verrechnungsweise den Kaufpreis entgegensetzen, womit nicht rechtlich, aber doch im Ergebnis, der Bereicherungsanspruch scheidet.

Anzufügen ist, dass sich bei Art. 727 Abs. 3 ZGB aus rechtsdogmatischer Sicht ein Wertungswiderspruch zeigt. Während die Sodal (wie noch zu zeigen sein wird) gestützt auf Art. 938 ZGB als gutgläubige Zwischenbesitzerin für einen Weiterveräußerungsgewinn nicht ersatzpflichtig wird, müsste sie als (gutgläubige) Eigentümerin für die Bereicherung aus der Verbindung der Sache einstehen. Im vorliegenden Fall entfällt der Bereicherungsanspruch nur deshalb, weil man eine Bereicherung der Sodal verneinen kann. Dieser Wertungswiderspruch ist in der Lehre wiederholt thematisiert worden.²⁶

4. Fazit: Keine Ansprüche seitens von Takuma

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Takuma mit Schadenersatz- und/oder Bereicherungsansprüchen gegenüber Sodal scheitern wird.

²³ Siehe dazu z.B. GUHL/KOLLER, OR, § 27 N 24 ff. Ähnlich auch BGE 99 II 131 E. 3 S. 138 (Art. 726 und 727 ZGB enthalten eine gesetzliche Grundlage für den Bereicherungsanspruch bei Verarbeitung, Verbindung und Vermischung); BGE 84 II 369 E. 4a S. 378 f. (Im Falle des originären Eigentumserwerbs mittels Verbindung kommen nicht die Art. 938-940 ZGB zur Anwendung, sondern die Kondiktion).

²⁴ So etwa KOLLER, OR AT, § 32 N 9.

²⁵ KOLLER, OR AT, § 32 N 9.

²⁶ Siehe die Nachweise bei STARK/LINDENMANN, Berner Kommentar, N 35 zu Vorb. zu Art. 938-940.

III. Das gefüllte, verkaufte Los

Ein Los hat Sodal bereits an verschiedene Apotheken verkauft. Dieses Los wurde allerdings vorgängig mit rezeptpflichtigen Augentropfen gefüllt und etikettiert. Die Rechtslage ist also zunächst gleich zu beurteilen wie im Fall des gefüllten, noch bei Sodal verbleibenden Loses: Sodal hat gestützt auf Art. 727 Abs. 2 ZGB Eigentum erworben. Damit stellt sich wiederum die Frage nach einem allfälligen Bereicherungsanspruch.

Wie bereits oben festgehalten, können einem Bereicherungsanspruch gestützt auf Art. 727 Abs. 3 ZGB zwei Argumente entgegengehalten werden: Erstens ist Sodal nicht bereichert, weil sie für die Glasbehälter einen Kaufpreis bezahlt hat. Geht man trotzdem von einer Bereicherung aus, so kann Sodal gegenüber dem Bereicherungsanspruch von Takuma gestützt auf die analoge Anwendung von Art. 934 Abs. 2 ZGB ihren Kaufpreis verrechnungsweise geltend machen.

1. Erste Variante: Keine Bereicherung

Geht man davon aus, es fehle bereits an der Bereicherung von Sodal, weil diese einen Kaufpreis bezahlt hat und somit nicht bereichert ist, so entfallen auch weitere Bereicherungsansprüche. Denn der Bereicherungsanspruch von Art. 727 Abs. 3 OR ist an den originären Eigentumserwerb gekoppelt. Bejaht man den Eigentumserwerb und verneint in diesem Zusammenhang die Bereicherung, so steht der Bereicherungsanspruch auch für weitere Veräusserungsgewinne (bzw. Anteilen daran) nicht mehr zur Verfügung.

2. Zweite Variante: Bereicherung

Bejaht man den Bereicherungsanspruch und geht lediglich von einem Gegenanspruch aus, so kann argumentiert werden, dieser erstrecke sich auf den Anteil am Veräusserungsgewinn, den die Glasbehälter im Zusammenhang mit dem Verkauf der Augentropfen ausmachen. Mit anderen Worten: Sodal hätte zwar gegenüber Takuma einen Gegenanspruch in der Höhe des Kaufpreises, weshalb sich der Bereicherungsanspruch der Takuma im Hinblick auf die Glasbehälter neutralisiert. Der Anteil am Gewinn, den die Glasbehälter nunmehr als Teil eines rezeptpflichtigen Top-Produkts ausmachen, wäre indessen als Bereicherung herauszugeben. Der Betrag ist in tatsächlicher Hinsicht vernachlässigbar, was aber an der materiellrechtlichen Fragestellung nichts ändert.

3. Fazit: Offene Lösung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass für den Fall der Bejahung eines Bereicherungsanspruchs (Variante 2) Takuma einen Anspruch auf einen Anteilsgewinn am Verkauf

des Augentropfen-Produktes hat, der dem Wertanteil der Glasbehälter am fertigen Produkt entspricht.

V. Fazit

Als Fazit ist für die vier Lose, die Sodal von Firmenol erworben hat und die der Takuma gehören, Folgendes festzuhalten:

- Takuma hat einen Vindikationsanspruch und einen Anspruch aus Besitzesrecht hinsichtlich der **zwei leeren Lose**, die sich noch bei der Sodal befinden. Die Herausgabe unterliegt allerdings in beiden Fällen der Voraussetzung in Art. 934 Abs. 2 ZGB: Takuma muss Sodal den Kaufpreis erstatten, den Sodal an die Firmenol bezahlt hat. Sodal hat für diesen Kaufpreis ein Retentionsrecht.
- Sodal hat am **abgefüllten Los** Eigentum erworben (Art. 727 ZGB). Takuma steht grundsätzlich ein Bereicherungsanspruch gegen Sodal zu (Art. 727 Abs. 3 ZGB). Dieser Anspruch scheitert aber im Ergebnis, weil selbst bei Annahme einer Bereicherung Sodal einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises hätte (Art. 934 Abs. 2 ZGB analog).
- Hinsichtlich des **verkauften Loses** ist die Lösung offen. Sodal hat daran unstreitig Eigentum erworben (Art. 727 Abs. 2 ZGB). Ein Anspruch auf anteiligen Veräusserungsgewinn würde aber dann bestehen, wenn man eine Bereicherung von Sodal nicht grundsätzlich ausschliesst, sondern wenn man den Bereicherungsanspruch lediglich im Ergebnis scheitern lässt (Art. 934 Abs. 2 ZGB analog).

FALL 2: FREIZEICHNUNG

Sachverhalt:

Die Arctolon AG mit Sitz in Niederwangen produziert unter anderem einen Nasenspray namens Omnis-X. Die Sumosin Ltd. ist ein Unternehmen mit Sitz in Frankfurt. Sie ist im Import von Medizinalprodukten tätig. Die Parteien haben eine Vertriebsvereinbarung ("VV") geschlossen, die vorsieht, dass Sumosin das Produkt Omnis-X in Deutschland vertreibt. Der Vertrag untersteht gemäss Rechtswahl schweizerischem Recht.

Die Vertriebsvereinbarung ("VV") enthält unter anderem folgende Klauseln:

7.5 Gewährleistung. Arctolon verpflichtet sich gegenüber Sumosin:

- i. Die an Sumosin gelieferten Einheiten von Omnis-X haben eine Verfallzeit, die mindestens noch 80% der Verfallzeit im Zeitpunkt der Produktion beträgt.

- ii. Die an Sumosin gelieferten Einheiten sind im Zeitpunkt des Versands in einwandfreiem Zustand.
- iii. Die an Sumosin gelieferten Einheiten von Omnis-X sind im Zeitpunkt der Lieferung usanzgemäss etikettiert und verpackt.
- iv. Die Produktion von Omnis-X erfolgt unter Einhaltung aller anwendbaren Gesetze und Regularien, einschliesslich der "Standards of Good Manufacturing Practices" in der Schweiz und der EU.

10.2 Rechtsansprüche der Parteien. Im Falle einer rechtzeitig erfolgten (Ziff. 8.7 VV) Mängelrüge stehen Sumosin folgende Wahlrechte zu: (i) Arctolon wird innerhalb angemessener Frist für die mangelhaften Produkte Ersatz liefern oder (ii) Arctolon wird Sumosin den Kaufpreis für die mangelhaften Produkte zurückerstatten. In beiden Fällen wird Arctolon Sumosin weitere Kosten zurückerstatten, einschliesslich der Verwendungen und der Schäden, die durch die Lieferung der fehlerhaften Ware unmittelbar entstanden sind, einschliesslich der Kosten für die Entsorgung der mangelhaften Produkte.

10.3 Ausschluss weiterer Ansprüche. Unter Vorbehalt der allgemeinen Haftung von Arctolon (Ziff. 24.6 VV) sind weitergehende Ansprüche aus Mängelhaftung ausgeschlossen.

24.6 Allgemeine Haftung. Mit Ausnahme der in dieser Vereinbarung ausdrücklich vereinbarten Haftungstatbestände schliessen die Parteien unter Vorbehalt der Haftung für Absicht und/oder schweres Verschulden ihre gegenseitige Haftung für jegliche Schäden (u.a. direkte oder indirekte Schäden, Schäden für entgangenen Gewinn, Strafschäden [punitive damages]) aus.

Die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien verläuft zunächst reibungslos. Im zweiten Jahr erhebt Sumosin im Anschluss an die Lieferung von 10 Losen fristgerecht eine Mängelrüge. Sie macht geltend, die luftdichte Verpackung von Omnis-X sei defekt, das Produkt habe deshalb eine verkürzte Verfallzeit. Zudem könne man unter den geltenden Regularien das Produkt so nicht verkaufen. Arctolon erklärt sich gestützt auf Ziff. 10.2 der Vertriebsvereinbarung bereit, Sumosin den Kaufpreis und die weiteren Kosten zurückzuerstatten.

Der von beiden Parteien bestellte Experte stellt fest, dass die nicht 100% luftdichte Verpackung durch einen Fehler in der Dichtungsmaschine verursacht wurde. Er kommt zum Schluss, dass Arctolon den Fehler bei sorgfältiger Prüfung der Maschine sofort hätte unterbinden können. Aus seiner Sicht trifft Arctolon den Vorwurf einer leichten Fahrlässigkeit. Das wird von beiden Parteien so akzeptiert und es gibt auch objektiv keinen Grund, die Einschätzung des Experten anzuzweifeln.

Hingegen macht Sumosin geltend, aufgrund der Verzögerung bei der Nachlieferung der Ware sei ihr als Vertriebsträgerin ein grosser Schaden entstanden. Die von ihr belieferten Apotheker hätten den Kunden andere Produkte empfohlen und der Marktvorteil von Sumosin sei unwiederbringlich zerstört. Sie fordert von Arctolon Scha-

denersatz in Höhe von CHF 4.5 Millionen. Mit Bezug auf die Haftungsklauseln im Vertriebsvertrag macht sie geltend:

1. Ziffer 7.5 des Vertriebsvertrages enthalten kaufrechtliche Zusicherungen. Für Zusicherungen kann man die Sachgewährleistung nicht ausschliessen. Also gelten die Haftungsbeschränkungen in Nr. 10.3 und 24.6 der Vereinbarung nicht. Arctolon haftet für jeden Schaden, einschliesslich des Schadens in Gestalt eines entgangenen Gewinns.

Sumosin verweist hierfür auf SCHÖNLE/HIGI, Zürcher Kommentar, N 82 ff. zu Art. 197 OR.²⁷

Sumosin erhebt fristgerecht Klage beim sachlich und örtlich zuständigen Gericht. Ihre Anwaltskanzlei vertritt in diesem Rechtsstreit Arctolon. *Ein Vorgänger von Ihnen hat bereits Material gesammelt, dieses aber noch nicht ausgewertet.* Sie finden eine Liste mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur sowie einige Scans.

Als Praktikant/Praktikantin werden Sie beauftragt, den Punkt über die Zusicherung rechtlich abzuklären und für diesen Teil der Klageantwort einen Entwurf zu erstellen, der die Argumentationslinie von Sumosin entkräftet. Gemäss Anweisung steht es Ihnen frei, zusätzliche Quellen zu finden. Hingegen sollen Sie sicherstellen, dass Sie jedenfalls die vorhandenen Hinweise gesichtet und ausgewertet haben.

Vorgefundene Rechtsprechung

- BGE 73 II 218;
- OGer TG, Urteil vom 6. Juli 1972, in: SJZ 69/1973, S. 380 (als Scan);
- BGE 109 II 24;
- OGer BS, Urteil vom 4. Juli 1988, in: BJM 1990, S. 257 ff.
- BezGer Meilen, Urteil vom 11. Dezember 1998, in: ZR 98/1999, S. 139 ff.;
- BGer 4C.119/2005 vom 25. August 2005;
- BGer 4A_237/2009 vom 26. Oktober 2009;
- BGer 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001.

Vorgefundene Literatur

- HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010 (als Scan).

²⁷ HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Zürich 2005.

- JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016 (als Scan).
- HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht V/2a, Kauf und Schenkung, zweite Lieferung, Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005, N 83 ff. zu Art. 197 OR (als Scan).
- MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995 (als Scan).
- HANS GIGER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, 2. Aufl., Bern 1980 (als Scan).
- MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996 (als Scan).
- ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertragsrecht, 2. Aufl. Zürich 1995 (als Scan).

I. Ausgangslage

Gemäss Sachverhalt macht Sumosin geltend, im Hinblick auf die in Ziff. 7.5 der Vertriebsvereinbarung (VV) enthaltenen Zusicherungen könne man die Sachgewährleistung nicht ausschliessen. Entsprechend seien die in Ziff. 10.3 und 10.6 VV enthaltenen Haftungsbeschränkungen ungültig. Als Folge davon hafte Arctolon für jeden Schaden, einschliesslich des entgangenen Gewinns.

Sumosin verweist auf dafür auf SCHÖNLE/HIGI, Zürcher Kommentar, N 82 ff. zu Art. 197 OR. Tatsächlich findet sich in N 83 des besagten Kommentars folgende Aussage:

*"Auf jeden Fall steht aber der mit der **Zusicherung** erklärte Verpflichtungswille [...], für das Vorhandensein der Eigenschaft [...] einzustehen, im **Widerspruch** zur Vereinbarung über die **Aufhebung oder Beschränkung** der Gewährspflicht."*

Gemäss Fragestellung ist zu untersuchen, ob die von Sumosin getroffene Rechtsanalyse der Überprüfung standhält.

II. Zugesicherte Eigenschaften

Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die *zugesicherten Eigenschaften* als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Zugesicherte Eigenschaften sind "bestimmt um-

schriebene, objektiv feststellbare Tatsachen", von denen der Verkäufer gegenüber dem Käufer behauptet, sie seien vorhanden.²⁸

In Ziff. 7.5 VV gewährleistet Arctolon Sumosin für den Versandzeitpunkt ein Produkt mit einer gewissen Verfallzeit, Etikettierung und Verpackung, sowie die Einhaltung der branchenüblichen Regularien. Diese Tatsachen sind bestimmt und objektiv feststellbar. Es handelt sich somit um Zusicherungen i.S.v. Art. 197 OR.

Fraglich ist, ob SCHÖNLE/HIGI die Rechtslage zutreffend zusammenfassen, wenn sie die Aussage treffen, wonach für eine Zusicherung die Sachgewährleistung weder ganz noch teilweise aufgehoben werden könne.

III. Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften: Rechtsprechung

1. Sachkonstellationen und Ergebnisse

Eine Analyse der Rechtsprechung ergibt folgende Sachkonstellationen und Ergebnisse:

BGE 73 II 218, insb. E. 3 S. 225:

Der Kaufvertrag für das Grundstück enthält eine **genaue, ziffernmässige Zusicherung für die Tragfähigkeit der Decken**. Eine gänzlich unspezifizierte Klausel, welche **generell die Haftung wegbedingt** ("Die Gewährleistung wird wegbedungen"), genügt nicht für die Wegbedingung dieser Zusicherung. Gemäss Bundesgericht hat der Verkäufer, der sich auf die spezifische Zusicherung nicht behaupten lassen will, dies "unmissverständlich" zum Ausdruck zu bringen. Denn er muss damit rechnen, dass der Käufer auf diese Zusicherung abstellt.

Obergericht Thurgau, Urteil vom 6. Juli 1972 (SJZ 69/1973, insb. S. 380):

Der Verkäufer eines Gebrauchtwagens gibt ein **bestimmtes Baujahr** an. Die Quittung lautet: "Porsche Mod. 911 S, Jahrgang 1967 mit 64'000 km, garantiert unfallfrei, **wie besichtigt**". Der Käufer verlangt eine Preisminderung, weil es sich um den Jahrgang 1965 handelte. Das Obergericht hält fest: Die erwähnten Angaben bilden eine Zusicherung von Eigenschaften. Diese Gewährleistung kann nicht gleichzeitig durch eine andere (allgemeine) Klausel "wie gefahren und besichtigt" entwertet werden.

BGE 109 II 24 E. 4 S 24:

Der Verkäufer eines Gebrauchtwagens nennt einen **bestimmten Kilometerstand**. Im Formularvertrag ist eine **allgemeine Freizeichnung** enthalten. Das Bundesge-

²⁸ Statt Vieler: BGE 88 II 410, E. 3c S. 416; SCHÖNLE/HIGI, Zürcher Kommentar, N 85 zu Art. 197 OR; KELLER/SIEHR, Kaufrecht, S. 73 f. In diesem Sinne auch BezGer Meilen, in ZR 98/1999, 140.

richt hält fest: Der Verkäufer hatte nach **Treu und Glauben damit zu rechnen, dass der Käufer auf den Kilometerstand vertraut**. Er kann sich daher nicht auf die allgemeine Freizeichnungsklausel berufen. Dazu hätte er unmissverständlich erklären müssen, dass er sich nicht behaften lassen wolle.

Obergericht Basel, Urteil vom 4. Juli 1988, E. 2 (BJM 1990, S. 257–261):

Der Verkäufer eines Gebrauchtwagens sichert eine bestimmte Kilometerzahl zu, die sich nachträglich als unrichtig erweist. Der Kaufvertrag enthält eine allgemeine Freizeichnungsklausel: "Wie gesehen und ab Platz, ohne Garantie". Das Gericht hält unter Hinweis auf BGE 109 II 24 fest, dass der Verkäufer im Hinblick auf die Zusicherung der festen Kilometerzahl die allgemeine Freizeichnungsklausel nicht erfolgreich anrufen kann.

Bezirksgericht Meilen, Urteil vom 11. Dezember 1998 (ZR 98/1999, S. 139–145, insbs. 139 f.):

Der Verkäufer eines Gebrauchtwagens sichert einen **bestimmten Kilometerstand** zu, der sich nachträglich als unrichtig erweist. Der Vertrag enthält eine **allgemeine Freizeichnungsklausel**: "Das Fahrzeug wird übergeben wie gesehen und gefahren. Ohne jegliche Garantie "Wie gesehen und ab Platz, ohne Garantie". Das Gericht hält fest, dass eine solche Zusicherung nur von der Freizeichnung mitumfasst ist, wenn dieser Sinn unmissverständlich zum Ausdruck kommt. Dies ist bei einer allgemeinen Freizeichnung nicht der Fall. Der **gänzliche Ausschluss** der Haftung ist mit einer **Zusicherung** schlechterdings unvereinbar und nach Art. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich zu erachten.

BGer 4C.119/2005 vom 25. August 2005, insb. E. 2.4

Der Vertrag über ein Occasion-Boot beschreibt dieses als "ORUPA Posillipo, Fischerman, **Baujahr 1982**, Motormarke Volvo Penta AQ 170/N2, 170 PS, Immatrikulationsnummer Ti 4544". Das Boot wird "**wie gesehen**", also mit einer umfassenden Freizeichnung, verkauft. Es stellt sich heraus, dass das Boot wesentliche älter war (1971 statt 1982). Das Bundesgericht hält fest, dass eine **allgemeine Freizeichnungsklausel** nicht genügend klar zum Ausdruck bringt, dass der Verkäufer für die **Angabe des Baujahres** haften wollte. Die Vorinstanz habe bundesrechtskonform angenommen, dass der Käufer die Angabe als Zusicherung habe verstehen und darauf habe vertrauen dürfen.

Hinzuweisen ist sodann auf den Bundesgerichtsentscheid BGer 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001.²⁹ Dem Entscheid lag ein Fall zugrunde, bei dem ein Bauunternehmen zugesichert hatte, dass es alle schweizerischen Bauregularien einhalten werde. Der Vertrag sah vor, dass das Bauunternehmen für die Dauer von zwei Jahren zu Nachbesserungen verpflichtet war. Weitergehende Gewährleistungsansprüche wur-

²⁹ Hinweis: Der Entscheid wurde nicht in die zur Verfügung gestellten Quellen aufgenommen. Er ist relativ komplex und auf französisch abgefasst. Einige Studierende haben ihn aber trotzdem gefunden und verwertet: Glückwunsch!

den hingegen ausgeschlossen. Das Bundesgericht *bestätigte in diesem Fall ausdrücklich die Gültigkeit der Haftungsbeschränkung*.

2. Folgerungen für die Kernfrage

Für die Kernfrage nach dem Verhältnis zwischen der kaufrechtlichen Zusicherung und der kaufrechtlichen Freizeichnung ergibt sich aus der Rechtsprechung folgende Rechtslage:

a) Zusicherung schliesst nur die vollständige Freizeichnung aus

In allen Fällen, in denen die Gerichte bei Vorliegen einer Zusicherung zugunsten des Käufers auf die Ungültigkeit der Freizeichnung entschieden haben, handelte es sich um *Haftungsausschlüsse*. Im vorliegenden Fall handelt es sich lediglich um eine *Haftungsbeschränkung*: Arctolon schliesst lediglich "weitergehende Ansprüche" aus (Ziff. 103. VV), und dies auch nur unter Vorbehalt der allgemeinen Haftung gemäss Ziff. 24.6 VV. Die allgemeine Haftung umfasst die Haftung für Absicht und/oder schweres Verschulden. Arctolon haftet somit – neben der Haftung für Absicht und/oder schweres Verschulden – im Sinne von Ziff. 10.2 VV. Die dort geregelte Haftung entspricht im Wesentlichen dem Haftungstatbestand von Art. 208 Abs. 1 und 2 OR. Das Bundesgericht hat in einem ähnlich gelagerten Fall die Gültigkeit der Haftungsbeschränkung ausdrücklich bestätigt.

b) Zusicherungen müssen spezifisch(er) formuliert sein

In allen Fällen, in denen die Gerichte bei Vorliegen einer Zusicherung zugunsten des Käufers auf die Ungültigkeit der Freizeichnung entschieden haben, handelte es sich um *spezifische Zusicherungen*: Um das Baujahr, die Tragfähigkeit einer Decke, die Kilometerzahl eines Gebrauchtwagens.

Demgegenüber sind die Zusicherungen im Vertriebsvertrag allgemein gehalten. Es geht hier weder um Kilometerzahlen noch um Fabrikationsjahre, sondern um übliche Produktbeschreibungen und Gewährleistungen.

Im Wesentlichen sichert Arctolon zu, dass sie mängelfreie Produkte liefern werden: Solche, die eine übliche Verfallzeit aufweisen, die sich in einwandfreiem Zustand befinden, usanzgemäss verpackt und einwandfrei produziert wurden. Das sind keine spezifischen Zusicherungen, sondern es sind an sich Selbstverständlichkeiten – auch wenn sie in einem Kaufvertrag nicht immer erfüllt sind, weshalb es objektiv sinnvoll ist, sie vertraglich zu regeln.

c) Zusicherungstheorie bezweckt Vertrauensschutz

In mehreren Entscheiden, und insbesondere im amtlich publizierten BGE 109 II 24, weisen die Gerichte darauf hin, dass eine Freizeichnung neben einer Zusicherung

dann zulässig ist, wenn der Verkäufer den Käufer *unmissverständlich* darauf hinweist.³⁰ Die Zusicherungstheorie bezweckt mit anderen Worten den Vertrauensschutz des Käufers.

Im vorliegenden Fall ist die Vertriebsvereinbarung klar und unmissverständlich abgefasst. Das Vertrauen der Sumosin wird durch die Zusicherung in Verbindung mit dem Haftungsregime in keiner Weise enttäuscht oder überrascht.

3. Fazit

Im Ergebnis kann Sumosin aus der Rechtsprechung nicht ableiten, dass die Zusicherungen in Ziff. 7.5 der Vertriebsvereinbarung eine Haftungsbeschränkung, wie sie in Ziff. 10.3 und 24.6 VV geregelt ist, ausschliessen würde.

IV. Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften: Doktrin

Die Analyse der Lehrmeinungen zur Frage, ob die kaufrechtliche Zusicherung eine kaufrechtliche Freizeichnung ausschliesst, ergibt folgendes Bild:

1. Zusicherung schliesst nur die vollständige Freizeichnung aus

Die überragende Mehrheit Doktrin teilt die Auffassung der Gerichte und lässt die Nicht-Beachtung der Freizeichnung nur zu, wenn die Freizeichnung die Haftung ausschliesst (und nicht nur beschränkt):

Ausdrücklich äussern sich in diesem Sinne die Autoren KELLER/SIEHR. Ein Verkäufer könne sehr wohl einerseits bestimmte Eigenschaften zusichern und andererseits durch eine unmissverständliche Vertragsklausel die Haftung auch für zugesicherte Eigenschaften *teilweise beschränken*. Dies sei etwa der Fall, wenn ein Verkäufer bestimmte Eigenschaften zusichere, hierfür aber nur mit der Wandelung oder Preisminderung eintreten wolle. Nur der *gänzliche Ausschluss* jeder Haftung sei mit einer Zusicherung schlechterdings unvereinbar.³¹ Auch LÖRTSCHER unterscheidet zwischen der *vollständigen Wegbedingung* der Haftung, die mit einer Zusicherung unvereinbar sei, und der *teilweisen Wegbedingung* der Haftung, die er für zulässig hält. Denn, so der Autor, die Zusicherung könne den Zweck haben, lediglich einzelne Gewährleistungspflichten des Verkäufers für den Fall des Fehlens der zugesicherten Eigenschaften zu begründen. Insbesondere sei die Wegbedingung einzelner Schadenersatzansprüche des Käufers nicht unvereinbar mit einer Zusicherung.³² Diese Auffassung wird auch von GIGER vertreten. Ein *vollständiger Ausschluss* der Gewähr-

³⁰ BGE 109 II 24 E. 4 S. 24; Bezirksgericht Meilen, Urteil vom 11. Dezember 1998, ZR 98/1999, S. 139 f.

³¹ KELLER/SIEHR, Kaufrecht, S. 110.

³² LÖRTSCHER, Haftungsbeschränkung, S. 253 f.

leistung für zugesicherte Eigenschaften sei rechtslogisch undenkbar. Möglich sei aber eine *Beschränkung* der Gewährleistung, z.B. dergestalt, dass die Wahlmöglichkeit bezüglich der Gewährleistungsrechtsbehelfe modifiziert werde.³³ Auch BUOL führt in ihrer Dissertation unter dem einschlägigen Titel "Haftungsbeschränkung und Zusicherung" aus, die *Wegbedingung* der Haftung stehe im Widerspruch zur Zusicherung, nicht aber die *Beschränkung* der Haftung.³⁴ Diese Auffassung wird schliesslich auch von KOLLER vertreten: Die völlige Wegbedingung der Mängelhaftung sei mit der Zusicherung nicht vereinbar. Hingegen sei denkbar, dass für den Fall, dass die Eigenschaft doch nicht vorliegen sollte, die Mängelhaftung beschränkt werde, z.B. auf den Minderungsanspruch.³⁵

Andere Autoren – etwa HONSELL und SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF weisen darauf hin, dass der *gänzliche Ausschluss der Haftung* mit einer vom Verkäufer abgegebenen Zusicherung unvereinbar sei. Keiner der genannten Autoren aber vertritt die Auffassung, dass eine *Haftungsbeschränkung* einer Zusicherung widerspreche und deshalb unbeachtlich sei.³⁶

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass selbst die von Sumosin genannten Autoren SCHÖNLE/HIGI in ihrem Kommentar an anderer Stelle eine *Haftungsbeschränkung* bei zugesicherten Eigenschaften zulassen. In N 87c des Kommentars führen sie aus, Zusicherungen könnten "zwar nicht die *Wegbedingung* der Gewährleistung bestimmen, denn die mit der Zusicherung von Eigenschaften verbundene Haftungserklärung wäre als Widerspruch in sich unvereinbar mit einer Haftungsfreizeichnung [...]. Möglich sind aber vertragliche *Abweichungen* von der gesetzlichen Mängelhaftung [...]."

Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass die Haftungsbeschränkung, die Artolon und Sumosin vereinbart haben, soweit ersichtlich von der gesamten Doktrin als zulässig erachtet wird.

2. Zusicherungstheorie bezweckt Vertrauensschutz

Den soeben zitierten doktrinellen Quellen ist weiter zu entnehmen, dass es bei der Zusicherungstheorie ganz wesentlich darum geht, den Käufer vor widersprüchlichem Verhalten zu schützen: Der Verkäufer soll nicht mit der einen Hand Zusicherungen austeilen, und sie mit der anderen Hand in Form von allgemeinen Freizeichnungen wieder zurücknehmen. Denn in einem solchen Fall enttäuscht der Verkäufer die schützenswerte Erwartung des Käufers im Hinblick auf die Zusicherung.

All dies gilt im vorliegenden Fall nicht: Sumosin konnte nicht nach Treu und Glauben erwarten, dass die Zusicherungen in Nr. 7.5 des Vertriebsvertrags die in Nr. 10.2,

³³ GIGER, Berner Kommentar, N 21 zu Art. 199 OR.

³⁴ BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung, Rn. 212.

³⁵ KOLLER, Nachbesserung, Rn. 197.

³⁶ HONSELL, OR BT, S. 92; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 380.

10.3 und 24.6 vorgesehenen Rechtsbehelfe verdrängen, zumal diese Rechtsbehelfe zwischen zwei Parteien auf Augenhöhe verhandelt wurden.

Die Rechtsbehelfe in Nr. 10.3. hätten gar keinen Anwendungsbereich mehr, wenn sie nicht für die Mängelhaftung gelten würden. Eine vernünftige Vertragspartei kann die Zusicherungen in Nr. 7.5 des Vertriebsvertrages nicht als unbeschränkte Garantie verstehen, welche das spezifische (Mängel-)Haftungsregime des Vertriebsvertrages ausschliesst.

V. Ergebnis

Die Analyse von Rechtsprechung und Lehre ergibt, dass Sumosin mit seiner Rechtsauffassung nicht durchdringen wird. Lehre und Rechtsprechung sind – mit Ausnahme der einen Kommentarstelle bei SCHÖNLE/HIGI, die zudem wenig später widerlegt wird – der Auffassung, dass eine Haftungsbeschränkung auch für zugesicherte Eigenschaften zulässig ist. Dies umso mehr, wenn es sich – wie im vorliegenden Fall – nicht um spezifische Zusicherungen (Kilometerzahl, Fabrikationsjahr), sondern um allgemeine Produktzusicherungen handelt, die zudem klar und unmissverständlich abgefasst und von zwei professionellen Parteien auf Augenhöhe verhandelt wurden.