



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Zivilistisches Seminar, Schanzeneckstrasse 1, Postfach 8573, CH-3001 Bern

**Rechtswissenschaftliche
Fakultät**

Departement für Privatrecht

Zivilistisches Seminar

Bachelorklausur im Privatrecht

vom 6.7.2006

- **Aufgabenstellung**
- **Dokumentation**
- **Lösungsskizze**
- **Bemerkungen**
- **Punktierungsschema**

Aufgabenstellung

Die in Luzern wohnhafte Frau X beabsichtigte, für ihre Tochter, die vor kurzem geheiratet und ein Kind bekommen hatte, ein Einfamilienhaus zu kaufen und ihr unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Zu diesem Zweck erwarb sie mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 15.1.2001 von Y, wohnhaft in Avenches (Kanton Waadt), ein Grundstück samt einem darauf noch im Bau befindlichen Wohnhaus in Murten (Kanton Freiburg) zum Preis von insgesamt Fr. 1'200'000.--, wobei sich Y verpflichtete, das Haus auf den 1.5.2001 bezugsbereit fertigzustellen. Auf den gleichen Zeitpunkt hin wurde der Übergang von Nutzen und Gefahr vereinbart. Im Vertrag wurde weiter festgehalten, dass alle bestehenden Garantie-Verpflichtungen der Handwerker aus dem Hausneubau vom Verkäufer auf die Käuferin übergehen. Sodann wurde in Ziff. 10 der öffentlichen Urkunde bestimmt, dass die Parteien allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag einem Schiedsgericht unterbreiten sollten; Einzelheiten zum Verfahren wurden indessen nicht geregelt.

Der Grundbucheintrag und die Bezahlung des gesamten Preises erfolgten am 31.1.2001. Entgegen den vertraglichen Abreden war das Wohnhaus aber am 1.5.2001 nicht bezugsbereit. Es fehlten noch diverse sanitäre Einrichtungen, mehrere Zimmer waren noch nicht gestrichen und im Garten fehlten noch verschiedene Anpflanzungen. Da Y trotz verschiedener Aufforderungen nichts weiter unternahm, verzichtete Frau X am 1.8.2001 auf die noch ausstehenden Arbeiten und vergab diese an Dritte. Daraus erwuchsen ihr Kosten von Fr. 150'000.--, welche ihr Y nach längerer, zunehmend frostiger werdender Korrespondenz schliesslich zum grössten Teil ersetzte.

Mit Schreiben vom 10.4.2006 teilte Frau X dem Y mit, an den Holzfassaden des Hauses seien im Frühling diverse Schäden aufgetreten (Risse, Verziehen der Bretter, Abblättern des Anstriches), wofür sie den Y verantwortlich mache. Y lehnte umgehend jegliche Haftung ab. Auf einen weiteren Brief von Frau X, in dem diese die umgehende Behebung der Schäden verlangte, reagierte Y mit dem Hinweis, ihn gehe die Sache nichts an, weshalb er nichts zu unternehmen gedenke. Entnervt von den Streitigkeiten mit Y verlangte Frau X mit Brief vom 2.5.2006, dass ihr Y einen Teil des bezahlten Preises, nämlich Fr. 50'000.--, zurückzahle.

Daraufhin zog Y einen Anwalt bei, der in einem ausführlichen Schreiben an Frau X zu ihrer Forderung wie folgt Stellung nahm:

- Die Forderung auf Rückzahlung eines Teils des Preises sei auf jeden Fall verjährt.
- Zudem würde Y die verlangten Fr. 50'000.— ohnehin nicht schulden, da sich Frau X an die Handwerker halten müsse. Denn alle dem Y gegen die Handwerker zustehenden Garantie-Verpflichtungen seien auf Frau X übergegangen. Y sei für allfällige Mängel grundsätzlich nicht haftbar.
- Selbst wenn Y grundsätzlich für allfällige Schäden an den Fassaden verantwortlich wäre (was bestritten werde), würde dieser nichts schulden, weil zum einen Frau X die Schäden zu spät mitgeteilt habe und weil zum andern die Holzfassaden ohnehin vertragskonform gewesen seien.

Anfangs Juli 2006 wandte sich Frau X an eine renommierte Anwältin in Luzern und ersuchte um Rat.

Aufgabe:

Sie sind im von Frau X beigezogenen Anwaltsbüro als Rechtspraktikantin/ Rechtspraktikant angestellt und werden von Ihrer Chefin mit Abklärungen in diesem Fall betraut. Der Anwältin ist viel an einer seriösen Beurteilung der Rechtslage gelegen, damit sie ihrer Klientin die Chancen in einem allfälligen Prozess darlegen und nötigenfalls rechtzeitig Schritte unternehmen kann, um die Rechte von Frau X zu wahren. Daher werden Sie gebeten, in einem internen Gutachten unter Berücksichtigung der Argumente des Anwalts von Y zu den folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

1. Muss der Streit einem Schiedsgericht unterbreitet werden oder kann der Prozess bei einem staatlichen Gericht anhängig gemacht werden?

5 Punkte

2. Bei welchem Gericht müsste ein Antrag um Ernennung der Schiedsrichter gestellt werden, falls sich die Parteien nicht auf die Ernennung von Schiedsrichtern einigen können, und wo befände sich der Sitz des Schiedsgerichts? Aus sprachlichen Gründen möchte Ihre Chefin wenn möglich das Gesuch um Ernennung der Schiedsrichter nicht im Kanton Waadt einreichen müssen und ersucht Sie deshalb, mögliche Alternativen sorgfältig zu prüfen. Ihr wäre viel an Luzern als Sitz gelegen, während sie einen Sitz im Kanton Freiburg zur Not auch akzeptieren könnte.

9 Punkte

3. Ist die Forderung von Frau X auf Zahlung von Fr. 50'000.— (falls sie grundsätzlich bestehen sollte) verjährt? Droht allenfalls demnächst ein Verjährungseintritt und was könnte dagegen unternommen werden?

7 Punkte

4. Trifft es zu, dass Frau X gegen Y aus den an den Fassaden aufgetretenen „Schäden“ schon deshalb grundsätzlich keine Ansprüche zustehen, weil die Garantieansprüche des Y gegen die Handwerker auf Frau X übergegangen sind? Y hat es bisher unterlassen, Frau X über seine vertraglichen Beziehungen zu den betroffenen Handwerkern zu dokumentieren.

9 Punkte

5. Für den Fall, dass sich Frau X grundsätzlich an Y wenden kann und entsprechende Ansprüche noch nicht verjährt sind: Was ist vom Argument des Anwalts von Y zu halten, sein Klient schulde nichts, weil ihm die „Schäden“ an der Fassade zu spät mitgeteilt worden seien? Wer trägt in diesem Zusammenhang wofür die Beweislast?

6 Punkte

6. Sind die an den Holzfassaden aufgetretenen „Schäden“ geeignet, den Anspruch von Frau X auf die geltend gemachten Fr. 50'000.— zu begründen (welche Kriterien sind für die Beurteilung diese Frage massgebend)? Nach welchem Grundsatz würde der Anspruch berechnet?

7 Punkte

Für relevante Vorüberlegungen, die zur Beantwortung der materiellrechtlichen Fragen (Fragen 3 bis 6) angestellt werden müssen, gibt es zusätzlich maximal

3 Punkte

Erlaubte Hilfsmittel: OR, GestG, beiliegende vierseitige Dokumentation (enthaltend Auszüge aus dem Konkordat vom 27.3.1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit [KSG], BGE 132 III 268 und BGE 118 II 142)

Hinweise:

- Die Kantone Waadt, Freiburg und Luzern sind dem KSG beigetreten.
- Beachten Sie bei der Bearbeitung die relative Gewichtung der einzelnen Fragen, die sich aus der Punktezahl ergibt (Zeiteinteilung).
- Die Antworten sind unter Angabe der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (soweit in der beiliegenden Dokumentation ausgewiesen) zu begründen. Wichtig ist dabei auch Ihre Argumentationsweise.
- Vermeiden Sie im Hinblick auf die knappe zur Verfügung stehende Zeit unnötige Weitschweifigkeiten.
- Halten Sie sich bei der Bearbeitung an die durch die Fragen vorgegebene Struktur und gehen Sie nur auf Gesichtspunkte ein, die für die Beantwortung notwendig sind (Bsp.: Es macht keinen Sinn, bei der Frage, ob der Anspruch verjährt ist, zu prüfen, ob er auch begründet ist. Die Frage der Verjährung beantwortet sich nach der Rechtsnatur des geltend gemachten – also vorerst bloss behaupteten – Anspruchs).

Dokumentation

1. Auszug aus dem Konkordat vom 27.3.1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG)

Art. 2

Sitz des Schiedsgerichts

¹ Der Sitz des Schiedsgerichts befindet sich an dem Ort, der durch Vereinbarung der Parteien oder durch die von ihnen beauftragte Stelle oder in Ermangelung einer solchen Wahl durch Beschluss der Schiedsrichter bezeichnet worden ist.

² Haben weder die Parteien noch die von ihnen beauftragte Stelle oder die Schiedsrichter diesen Ort bezeichnet, so hat das Schiedsgericht seinen Sitz am Ort des Gerichtes, das beim Fehlen einer Schiedsabrede zur Beurteilung der Sache zuständig wäre.

³ Sind mehrere Gerichte im Sinne des vorstehenden Absatzes zuständig, so hat das Schiedsgericht seinen Sitz am Ort der richterlichen Behörde, die als erste in Anwendung von Artikel 3 angerufen wird.

Art. 3

Zuständige richterliche Behörde am Sitz des Schiedsgerichtes

Das obere ordentliche Zivilgericht des Kantons, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichtes befindet, ist unter Vorbehalt von Artikel 45 Absatz 2 die zuständige richterliche Behörde, welche

a die Schiedsrichter ernennt, wenn diese nicht von den Parteien oder einer von ihnen beauftragten Stelle bezeichnet worden sind;

b-g ...

Art. 4

Schiedsvertrag und Schiedsklausel

¹ Die Schiedsabrede wird als Schiedsvertrag oder als Schiedsklausel abgeschlossen.

² Im Schiedsvertrag unterbreiten die Parteien eine bestehende Streitigkeit einem Schiedsgericht zur Beurteilung.

³ Die Schiedsklausel kann sich nur auf künftige Streitigkeiten beziehen, die sich aus einem bestimmten Rechtsverhältnis ergeben können.

Art. 5

Gegenstand des Schiedsverfahrens

Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist.

Art. 6

Form

¹ Die Schiedsabrede bedarf der Schriftform.

² ...

Art. 13

Anhängigkeit

¹ Das Schiedsverfahren ist anhängig:

...

c sofern die Schiedsklausel das Verfahren zur Bezeichnung der Schiedsrichter nicht regelt: von dem Zeitpunkt an, da eine Partei die in Artikel 3 vorgesehene richterlicher Behörde um die Ernennung der Schiedsrichter ersucht.

2. Auszug aus BGE 132 III 268

Erwägung 2.2 (S. 271)

2.2.2 Als Konsumentenverträge gelten nach Art. 22 Abs. 2 GestG Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten oder der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden.

BGE 132 III 268 S. 272

Der Verbraucher- oder Konsumentenvertrag lässt sich nicht in das übliche Schema der Vertragsarten eingliedern. Entscheidend ist vielmehr, dass der Vertrag zwischen einem gewerbsmässigen Anbieter und einem Verbraucher geschlossen wird, zu dessen privaten Bedarf die vertragliche Leistung bestimmt ist. Für die Umschreibung des Konsumentenvertrags ist daher der besondere Schutzzweck der im Interesse des Konsumenten erlassenen Bestimmung massgebend (**BGE 121 III 336 E. 5d** mit Hinweisen). Insofern ist im Gerichtsstandsgesetz aus Gründen des Sozialschutzes neu ein allgemeiner Klägerechtsstand eingeführt worden (Art. 22 Abs. 1 lit. a GestG; BRUNNER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Basel 2001, N. 3 zu Art. 22 GestG; WALTHER, a.a.O., N. 1, 7 ff. zu Art. 22 GestG; GROSS in: Müller/Wirth [Hrsg.], a.a.O., N. 25 f. zu Art. 22 GestG). Der Anwendungsbereich ist eng zu verstehen, denn der Sozialschutz beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs (BRUNNER, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 22 GestG; GROSS, a.a.O., N. 28 zu Art. 22 GestG; WALTHER, a.a.O., N. 12 f. zu Art. 22 GestG).

2.2.3 Die Anwendung des teilzwingenden Gerichtsstandes gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a GestG hängt nach dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 GestG davon ab, dass der Vertrag "Leistungen des üblichen Verbrauchs" zum Gegenstand hat. Nach dem gesetzgeberi-

schen Willen sollte damit der Konsumenten-Gerichtsstand eingeschränkt werden auf Verträge, deren Gegenstand den Rahmen des üblichen Konsums nicht sprengt und es sollten auch für private Abnehmer insbesondere Verträge ausgeschlossen werden, die Investitionen zum Gegenstand haben (DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001, N. 48 zu Art. 22 GestG; GROSS, a.a.O., N. 66 f., 109 ff. zu Art. 22 GestG; WALTHER, a.a.O., N. 19 zu Art. 22 GestG; BRUNNER, a.a.O., N. 15 f. zu Art. 22 GestG). Für die zuständigkeitbestimmende Voraussetzung der Üblichkeit des Konsums sind praktikable Richtlinien anzustreben, die sich etwa an der Art des Geschäfts orientieren (DONZALLAZ, a.a.O., N. 48, 53 zu Art. 22 GestG; KOLLER-TUMLER, a.a.O., S. 174; GROSS, a.a.O., N. 66 f., 134 f. zu Art. 22 GestG). Immerhin kann der übliche Bedarf - soll die gesetzgeberische Intention nicht durch eine ausdehnende Interpretation unterlaufen werden - nicht unbesehen des Wertes des Vertragsgegenstandes bestimmt werden (GROSS, a.a.O., N. 126 f. zu Art. 22 GestG; vgl. auch KOLLER-TUMLER, a.a.O.,

BGE 132 III 268 S. 273

S. 175). Für Verträge über Finanzdienstleistungen ist daher nicht allein nach der Art und dem Zweck des Geschäfts zu beurteilen, ob eine Leistung des üblichen Bedarfs vorliegt. Vielmehr ist auch das Geschäftsvolumen von Bedeutung (vgl. GROSS, a.a.O., N. 175 ff. zu Art. 22 GestG). Schliesslich kann von den Umständen des Einzelfalles nicht abgesehen werden für die Beurteilung, ob ein Geschäft den Rahmen des üblichen Bedarfs sprengt (vgl. wohl etwas zu weitgehend WALTHER, a.a.O., N. 34 f. zu Art. 22 GestG).

3. Auszug aus BGE 118 II 142

Erwägung 3 (S. 146)

3.- Eine Verletzung von Bundesrecht erblickt der Beklagte ausserdem darin, dass das Obergericht die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge bejaht hat. Das Obergericht führt dazu aus, der Kläger habe die im Winter 1985/86 aufgetretenen Schäden an den Holzfassaden erst nach seiner Rückkehr aus den Skiferien (17. Januar 1986) festgestellt, worauf er sie mit Schreiben vom 24. Februar 1986 gerügt habe; etwas anderes sei vom Beklagten nicht nachgewiesen worden.

BGE 118 II 142 S. 147

Nach Auffassung des Beklagten beruht diese Feststellung auf einer unzulässigen Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge. Er macht zudem geltend, die Rüge sei jedenfalls zu spät erfolgt, weil der Kläger gemäss **Art. 370 Abs. 3 OR** die Mängel sofort nach ihrer Entdeckung hätte anzeigen müssen.

a) Werden vom Besteller Sachgewährleistungsansprüche geltend gemacht, so obliegt es dem Unternehmer zu behaupten, das Werk sei infolge verspäteter Mängelrüge genehmigt worden (**BGE 107 II 54**). Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge liegt jedoch nach der allgemeinen Regel beim Besteller (**BGE 107 II 176**; GAUCH, a.a.O., S. 413 Rz. 1581). Entgegen der Auffassung von BUCHER (ZSR 1983 II 343) ist die Verspätung der Rüge nicht eine rechtshindernde, sondern ihre Rechtzeitigkeit eine rechtsbegründende Tatsache. Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge gehört zu den Anspruchsvoraussetzun-

gen, die vom Besteller zu beweisen sind (HONSELL, Schweiz. Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 201). Das Erfordernis sofortiger Mängelrüge gemäss **Art. 370 Abs. 3 OR** unterscheidet sich von anderen Verwirkungsfristen des Gesetzes nur dadurch, dass die Frist nicht absolut, das heisst zum Beispiel in einer bestimmten Anzahl von Tagen angegeben, sondern durch einen auslegungsbedürftigen Begriff umschrieben wird. Für die Einhaltung einer Verwirkungsfrist trägt jedoch stets der das Recht Ausübende die Beweislast (KUMMER, N 151 und 312 ff. zu **Art. 8 ZGB**).

Liegt die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge beim Besteller, so gehört dazu auch der Nachweis, wann er den gerügten Mangel entdeckt hat (**BGE 107 II 176**; a.M. GAUCH, a.a.O., S. 413 Rz. 1581). Die Entdeckung eines Mangels ist eine innere Tatsache, von der im allgemeinen nur der Besteller selbst Kenntnis hat. Er hat deshalb den Nachweis zu erbringen, in welchem Zeitpunkt dies der Fall war. Wendet demgegenüber der Unternehmer ein, der Besteller habe den gerügten Mangel schon früher entdeckt, so hat der Unternehmer seinerseits seine Behauptung zu beweisen (KUMMER, N 316 zu **Art. 8 ZGB**).

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist die Frage der Beweislastverteilung indes gegenstandslos, wenn die Vorinstanz - wie im vorliegenden Fall - aufgrund eines Beweisverfahrens zum Ergebnis gelangt ist, bestimmte Tatsachenbehauptungen seien bewiesen oder widerlegt (**BGE 114 II 291** mit Hinweisen). Die Frage, ob das Obergericht von einer anderen als der erörterten Beweislastverteilung ausgegangen ist, kann deshalb offenbleiben. Die obenstehenden Erwägungen zur Beweislastfrage behalten jedoch ihre Gültigkeit

BGE 118 II 142 S. 148

für den Fall, dass die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden muss.

b) Aufgrund des angefochtenen Urteils ist unklar, wann genau der Kläger die Mängel entdeckt hat. Die Feststellung des Obergerichts kann entweder bedeuten, der Kläger habe die Mängel am 17. Januar 1986 entdeckt. Sie kann aber auch so verstanden werden, dass die Entdeckung in einem unbestimmten Zeitpunkt im Zeitraum zwischen dem 17. Januar und dem 24. Februar 1986 erfolgt sei. Im ersten Fall wäre die Mängelrüge gemäss der Praxis des Bundesgerichts zu spät erhoben, denn in **BGE 107 II 176** f. E. 1b ist für den - jedenfalls bezüglich des allgemeinen zeitlichen Rahmens - vergleichbaren Fall eines Wassereintruchs in einem Gebäude die rund drei Wochen nach der Entdeckung des Mangels mitgeteilte Rüge als verspätet betrachtet worden. Bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt ist, muss zwar auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Art der Mängel abgestellt werden. Entscheide in anderen Fällen sind deshalb nur mit Zurückhaltung heranzuziehen. Allgemein kann aber gesagt werden, dass die Rügefrist kurz zu bemessen ist, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann (PEDRAZZINI, in SPR Bd. VII/1, S. 528). Dem Besteller ist auch eine Erklärungsfrist zuzubilligen, die jedoch ebenfalls kurz zu bemessen ist (GAUCH, a.a.O., S. 403 Rz. 1541 und S. 410 f. Rz. 1571). In Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte erscheint eine Mängelrüge, die erst fünf Wochen nach der Entdeckung der Schäden an den Holzfassaden erfolgt wäre, als verspätet.

Wäre die Feststellung des Obergerichts dagegen im zweiten Sinne zu verstehen, so genüge sie nicht, um die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge zu überprüfen. Auch die Akten enthalten keine Anhaltspunkte, die es dem Bundesgericht ermöglichen würden, die Tat-

bestandsfeststellung in diesem Punkt gemäss **Art. 64 Abs. 2 OG** zu ergänzen. Das angefochtene Urteil muss deshalb aufgehoben und die Streitsache zur allfälligen Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Das Obergericht wird im Fall einer Ergänzung des Sachverhalts zu beachten haben, dass ein Mangel erst mit dessen zweifelsfreier Feststellung entdeckt ist (**BGE 107 II 175 E. 1a**). Der Besteller muss vom Mangel solche Kenntnis erlangt haben, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann (TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, S. 334 Rz. 2572 und 2574). Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder

BGE 118 II 142 S. 149

Intensität wachsen, genügen dafür noch nicht die ersten Anzeichen. Es ist vielmehr erforderlich, dass der Besteller die Bedeutung und Tragweite dieser Mängel erfassen kann (GAUCH, a.a.O., S. 411 Rz. 1573; im gleichen Sinne GIGER, N 7 zu **Art. 200 OR**). Die strengen Rügevorschriften würden sonst dazu führen, dass der Besteller bereits jede Bagatellerscheinung anzeigen muss, um nicht für den Fall einer ungünstigen weiteren Entwicklung seiner Mängelrechte verlustig zu gehen. Bei nach und nach zum Vorschein kommenden Mängeln darf deshalb eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird.

Lösungsskizze*

1. Frage:

Zu prüfen ist, ob die Parteien eine *gültige Schiedsabrede* getroffen haben. Dass die in Ziff. 10 der öffentlichen Urkunde getroffene Vereinbarung vom Konsens der Parteien gedeckt ist, steht ausser Frage. Wirksam ist diese Schiedsabrede indessen nur, wenn bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

Art. 6 Abs. 1 KSG verlangt für eine Schiedsabrede die *Schriftform*. Diese ist hier eingehalten, da eine öffentliche Urkunde als qualifizierte Schriftform gilt.

Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann gemäss Art. 5 KSG jeder Anspruch sein, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern kein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung ausschliesslich zuständig ist. Frau X macht in ihrer Eigenschaft als Bestellerin Ansprüche aus werkvertraglicher Gewährleistung geltend. Über solche Ansprüche kann die Bestellerin *frei verfügen*. Anders als z.B. bei der Miete von Wohnräumen (Art. 274c OR) besteht zudem beim Werkvertrag *keine gesetzliche Bestimmung, welche für die Beurteilung von Ansprüchen zwingend ein staatliches Gericht vorschreibt*. Denkbar – wenn auch wenig wahrscheinlich – ist allerdings, dass es sich in casu um eine Konsumentenstreitigkeit i.S.v. Art. 21 Abs. 1 lit. a und Art. 22 GestG handelt (siehe dazu sogleich unter Frage 2). Es wäre dann vertretbar (und meines Erachtens sogar sinnvoll) anzunehmen, bei einem solchen Konsumentenvertrag könne in analoger Anwendung von Art. 21 Abs. 2 GestG nicht schon bei Vertragsschluss eine Schiedsklausel nach Art. 4 Abs. 3 KSG, sondern erst nach Entstehen der Streitigkeit ein Schiedsvertrag nach Art. 4 Abs. 2 KSG abgeschlossen werden. Nach h.L. würde ein Konsumentenvertrag die Schiedsfähigkeit jedoch nicht ausschliessen, da Art. 22 GestG nur die örtliche Zuständigkeit regle, nicht aber zwingend eine Beurteilung der Streitigkeit

* Die in dieser Lösungsskizze in den Fussnoten aufgeführten Bundesgerichtsentscheide und Literaturstellen sind in der den Studierenden an der Prüfung zur Verfügung gestellten Dokumentation nicht enthalten. Entsprechende Literatur- und Judikaturhinweise können daher in den Klausuren nicht erwartet werden.

durch ein staatliches Gericht verlange¹. Die *Schiedsfähigkeit* der Streitsache wäre dann in casu so oder anders gegeben.

Korrekturhinweis: Welche Auffassung hier vertreten wird, ist egal. Wesentlich ist bloss, dass die Studierenden die Frage diskutieren, ob eine zwingende gesetzliche Bestimmung der Schiedsfähigkeit der Streitsache im Weg steht. Im Hinblick darauf, dass die h.L. bei Konsumentenverträgen die Schiedsfähigkeit nicht verneint, kann auch nicht erwartet werden, dass sich die Studierenden mit der Problematik des Konsumentenvertrages an dieser Stelle schon auseinandersetzen.

Eine Schiedsklausel, wie sie hier in Frage steht, kann sich nur auf eine künftige Streitigkeit beziehen, die sich *aus einem bestimmten Rechtsverhältnis* ergeben können (Art. 4 Abs. 3 KSG). Dieses Erfordernis ist in casu ohne weiteres erfüllt, wird doch die Schiedsklausel für *allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag* abgeschlossen.

Es liegt somit eine gültige Schiedsabrede vor. Frau X sollte daher die Streitigkeit einem Schiedsgericht unterbreiten. Wenn sie vor einem staatlichen Gericht klagt, riskiert sie, dass Y diese Schiedsabrede *einredeweise* und wirksam als *Prozesshindernis* geltend macht. Die Klageeinleitung vor einem staatlichen Gericht wäre daher nur sinnvoll, wenn Y sich mit diesem Vorgehen vorgängig einverstanden erklärt. Damit wird Frau X nach der ganzen Vorgeschichte des Falles aber kaum rechnen können.

2. Frage:

Massgebend für die Beurteilung dieser Frage ist das KSG. Da in casu die Parteien nichts anderes vereinbart haben, hat gemäss Art. 2 Abs. 2 KSG das Schiedsgericht seinen Sitz am Ort des Gerichtes, *das beim Fehlen einer Schiedsabrede zuständig wäre*. Beim *oberen ordentlichen Zivilgericht* des entsprechenden Kantons ist auch der Antrag um Ernennung der Schiedsrichter anzubringen (Art. 3 lit. a KSG). Etwas anderes würde nur gelten, wenn sich die Parteien einvernehmlich auf einen Sitz des Schiedsgerichts und die Ernennung der Schiedsrichter einigen könnten.

¹ MARKUS WIRTH, Art. 9 N 24/25, in: Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, hrsg. von Thomas Müller/Markus Wirth, Zürich 2001; DOMINIK GASSER, Art. 1 N 42 ff., m.Nw., in: Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, hrsg. von Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bern 2005; OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 14 Rz. 34.

Welches staatliche Gericht örtlich zuständig wäre, wenn die Parteien keine Schiedsabrede getroffen hätten, bestimmt sich nach dem *Gerichtsstandsgesetz*. Örtlich zuständig für die Beurteilung des Streits könnten grundsätzlich die Kantone Waadt, Freiburg oder Luzern sein: Waadt als *Wohnsitzkanton* des Y (Art. 3 lit. a GestG), Freiburg als *Ort der gelegenen Sache* (Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG) und Luzern gestützt auf Art. 22 Abs. 1 lit. a GestG (Wohnsitz der *Konsumentin*).

Die Zuständigkeit des Kantons Waadt ist sicher gegeben. Ein allfälliger Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache würde den (alternativen) Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten nicht ausschliessen (Art. 19 Abs. 1 lit. c 2. Satzteil GestG). Und auch im Falle einer Konsumentenstreitigkeit könnte Frau X am Wohnsitz des Anbieters Y klagen (Art. 22 Abs. 1 lit. a GestG).

Am Ort der gelegenen Sache wäre nur dann ein Gerichtsstand gegeben, wenn es sich in casu i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG um eine *andere Klage handeln würde, die sich auf das Grundstück bezieht*. Ob dies zutrifft, ist fraglich. Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG würde an sich Klagen aus Werkverträgen, die sich auf Grundstücke beziehen, nicht ausschliessen; in der Literatur wird aber z.T. die Auffassung vertreten, der Gerichtsstand der gelegenen Sache stehe nur für Werklohnforderungen von Unternehmern, nicht aber für andere Klagen aus Werkverträgen zur Verfügung².

Korrekturhinweis: Vertiefte Kenntnisse zur Frage, ob es sich auch bei Klagen aus Mängelhaftung um Klagen handelt, die sich auf das Grundstück beziehen, können von den Studierenden nicht verlangt werden. Erwartet wird ein kurzer Hinweis auf diesen möglichen Gerichtsstand. Es sollte aber erkannt werden, dass Art. 19 GestG nicht bloss dingliche Klagen (lit. a), sondern auch gewisse obligatorische Klagen am Ort der gelegenen Sache ermöglicht (lit. c).

Heikel ist die Anwendung von Art. 22 GestG. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung gelten als Konsumentenverträge Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten oder der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen

² So VON WERDT, Art. 19 N 57 und N 63, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Fn. 1]; unklar GEORG NAEGELI [Fn. 1], Art. 19 N 31 ff., in: Müller/Wirth [Fn. 1].

Tätigkeit angeboten werden. Frau X erwirbt zwar das Grundstück und das zu bauende Haus für ihre Tochter und damit für den familiären Gebrauch. Sie ist daher durchaus *Konsumentin* i.S.V. Art. 22 Abs. 2 GestG. Ob aber Y die Verpflichtung zur Fertigstellung des Hauses im Rahmen seiner *beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit* angeboten hat, lässt sich dem Sachverhalt nicht sicher entnehmen, wäre also gegebenenfalls noch abzuklären; immerhin deutet die von ihm vertraglich übernommene Verpflichtung zur Fertigstellung des Hauses, die ihn praktisch zum Generalunternehmer werden lässt, auf eine solche gewerbliche Tätigkeit hin. Nicht erfüllt sein dürfte indessen beim in Frage stehenden Kauf-/Werkvertrag das Tatbestandsmerkmal des „*üblichen Verbrauchs*“. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. ist der Anwendungsbereich von Art. 22 GestG unter Berücksichtigung des besonderen Schutzzwecks dieser Bestimmung (Sozialschutz) eng zu verstehen (BGE 132 III 268 E. 2.2.2 S. 272, m.Nw.). Der „übliche Bedarf“ kann daher nicht unbesehen des Wertes des Vertragsgegenstandes bestimmt werden, und Verträge, welche Investitionen zum Gegenstand haben, sollten auch für private Abnehmer ausgeschlossen werden (BGE 132 III 268 E. 2.2.3 S. 272). Der Bau eines Einfamilienhauses wird unter diesen Umständen kaum als *Verbrauchergeschäft* qualifiziert werden können, sondern hat eher den Charakter einer *Investition*. Zudem gehört der Bau eines Hauses auch nicht zu den „üblichen“ Geschäften einer Konsumentin. Während Werkverträge über kleinere Reparaturen in Wohnungen oder Häusern durchaus als Konsumentenverträge aufgefasst werden können, kann dies für einen Werkvertrag über die Erstellung eines ganzen Hauses, auf den sich in casu die behaupteten Ansprüche von Frau X stützen, unter Berücksichtigung der erwähnten restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts kaum angenommen werden³. Damit dürfte am Wohnsitz von Frau X in Luzern wohl kein Gerichtsstand begründet sein. Jedenfalls bestünde für Frau X ein grosses Risiko, dass sich das obere Zivilgericht des Kantons Luzern auf eine entsprechende Einrede des Y hin (mit der aufgrund der ganzen Vorgeschichte gerechnet werden müsste) für örtlich unzuständig erklären würde.

Korrekturhinweis: Welcher Gerichtsstand schlussendlich angenommen wird, ist egal. Wichtig ist eine differenzierte Argumentation, wobei insbesondere eine Auseinandersetzung mit Art. 19 lit. c und Art. 22 GestG stattzufinden hat.

Materiellrechtliche Vorüberlegungen:

³ Vgl. zum Ganzen auch BALZ GROSS, Art. 22 N 185 ff., in: Müller/Wirth [Fn. 1].

Zwischen den beiden Parteien ist offenkundig ein Vertrag zustande gekommen. Ein Konsensstreit steht ausser Frage und die für einen Grundstückkauf erforderliche Form der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR) ist eingehalten. Es handelt sich hierbei um einen *gemischten Kauf-/Werkvertrag* über ein Grundstück mit noch im Bau befindlichem Wohnhaus. Hinsichtlich der Fertigstellung des Hauses hat Y die Funktion eines *Generalunternehmers* übernommen. Probleme in Bezug auf den Kauf des Grundstückes wären nach den *kaufrechtlichen Normen* (Art. 216 ff. OR) zu beurteilen. Vom Streit betroffen ist hier indessen *ausschliesslich der werkvertragliche Teil des Vertrages*. In Frage stehen *Gewährleistungsprobleme* (Fragen 3 bis 6), die sich, da sie ausschliesslich das Haus und damit den werkvertraglichen Teil betreffen, nach den Art. 367 ff. OR beurteilen.

3. Frage:

In Frage stehen wie erwähnt Gewährleistungsansprüche aus Werkvertrag. Die Werkleistung bezieht sich auf ein unbewegliches Bauwerk, weshalb die Ansprüche der Bestellerin binnen 5 Jahren seit der *Abnahme* verjähren (Art. 371 Abs. 2 OR). Die Abnahme setzt die *Werkvollendung* voraus. In casu war die Fertigstellung des Hauses auf den 1.5.2001 vorgesehen. Zu diesem Zeitpunkt und bis in den Herbst 2001 hinein war das Haus indessen noch nicht vollendet, da noch Werkleistungen im Umfang von Fr. 150'000.— (bei einem Gesamtpreis für das Grundstück und das zu erstellende Haus von Fr. 1'200'000.—), mithin Werkleistungen in ganz erheblichem Umfang, ausstehend waren⁴. Bis Ende Juli 2001 war Y immer noch zur Fertigstellung des Hauses verpflichtet, ohne dass er dieser Pflicht nachkam. Im heutigen Zeitpunkt (6.7.2006) ist somit die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR noch nicht abgelaufen.

Nicht einschlägig für den Beginn des Fristenlaufes nach Art. 371 Abs. 2 OR ist der vertraglich ausgehandelte Übergabezeitpunkt des Hauses (1.5.2001). Die Abgabe erfolgt erst bei *tatsächlicher* (und nicht bereits bei vereinbarter) Vollendung des Werkes, weshalb auch erst ab diesem Datum die Verjährung zu laufen beginnt. Ebenfalls nicht relevant ist,

⁴ Vgl. zu einem ähnlich gelagerten Fall BGE 118 II 142 E. 4 S. 149.

dass auf denselben Tag vertraglich der *Übergang von Nutzen und Gefahr* vereinbart wurde. In der vertraglichen Fixierung des Übergangs von Nutzen und Gefahr kann, was den werkvertraglichen Teil des Vertrages betrifft, nach Treu und Glauben keine vertragliche Übereinkunft für den Beginn des Fristenlaufs für die Verjährung erblickt werden. Eine vom Gesetz abweichende Regelung über den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist, die für die Bestellerin einschneidende Auswirkungen hat, müsste im Vertrag klar vereinbart werden⁵.

Korrekturhinweis: Nicht massgebend ist im vorliegenden Fall auch der Grundbucheintrag. Art. 219 Abs. 1 OR findet nur auf Kaufverträge Anwendung. In casu haben die Parteien nur über das Grundstück, nicht auch über das Haus einen Kaufvertrag geschlossen. Da sich der Y zur Fertigstellung des Hauses verpflichtet hat, liegt insoweit ein Werkvertrag vor. Anders begründen liesse sich dies nur, wenn vom Kauf einer künftigen Sache ausgegangen würde. Das wäre indessen nicht sachgerecht, weil hier weniger die Eigentumsverschaffung am Haus, als die erfolgsbezogene Werkleistung im Vordergrund steht. Wäre Art. 219 Abs. 3 OR anwendbar, so wären die Ansprüche verjährt.

Allerdings droht am 1.8.2006 die Verjährung einzutreten. Zwar hat Y das Haus überhaupt nicht mehr fertig gestellt, aber man wird vorsichtshalber davon ausgehen müssen, dass mit dem Verzicht von Frau X auf die Fertigstellung des Hauses durch Y die Verjährungsfrist für Ansprüche aus Mängeln des teilweise erstellten Werkes zu laufen beginnt. Jedenfalls hat das Bundesgericht in diesem Sinne in einem Fall entschieden, in dem der Besteller gestützt auf Art. 377 OR vom Vertrag zurücktrat⁶. Diese Rechtsprechung könnte eventuell auch beim nachträglichen Verzicht des Bestellers auf gewisse Leistungen im Schuldnerverzug des Unternehmers zum Tragen kommen. Daher empfiehlt es sich, rasch eine *verjährungsunterbrechende Massnahme* einzuleiten. Dies kann in Form einer *Betreibung* des Y in genügendem Umfang oder in der *Einleitung des Schiedsverfahrens* bestehen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Verjährungsunterbrechend ist im zweiten Fall das Gesuch um Bezeichnung der Schiedsrichter beim örtlich zuständigen oberen ordentlichen Zivilgericht i.S.v. Art. 3 lit. a KSG, da mit diesem Gesuch das Verfahren *anhängig* gemacht wird (Art. 13 Abs. 1 lit. c KSG). Das eine oder das andere (Betreibung oder Einleitung des Schiedsverfahrens) sollte vorsichtshalber vor Anfang August 2006 geschehen.

⁵ BGE 118 II 142 E. 4 S. 149.

⁶ BGE 130 III 362 E. 4.2 S. 365 f.

Korrekturhinweis: Von den Studierenden kann Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 377 OR nicht verlangt werden. Erwartet wird, dass das Problem des möglichen Verjährungseintritts am 1.8.2006 erkannt wird und dass kurz dargelegt wird, was gegen den möglichen Verjährungseintritt vorgekehrt werden kann.

Das Gesuch um Ernennung der Schiedsrichter hat nur verjährungsunterbrechende Wirkung, wenn es auch ein individualisiertes und bestimmtes oder bestimmbares Rechtsbegehren enthält⁷. Zudem muss es bei einem örtlich zuständigen Gericht eingereicht werden. Würde das Gesuch bei einem örtlich nicht zuständigen Gericht eingereicht, so käme Art. 139 OR zum Zug. Das Wissen um diese (praktisch wichtigen) Einzelheiten kann von den Studierenden allerdings nicht erwartet werden.

4. Frage:

Gemäss Art. 367 ff. OR hat der Unternehmer an sich für Mängel des abgelieferten Werkes einzustehen. Die Sachmängelgewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts sind indessen (wie diejenigen des Kaufrechts) *dispositiver Natur*, grundsätzlich können daher die Parteien diese Haftung modifizieren oder gar gänzlich wegbedingen.

Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass die Parteien in casu die Mängelhaftung des Y *ausdrücklich wegbedungen* hätten. Eine Gewährleistungswegbedingung könnte aber darin erblickt werden, dass Y im zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag die ihm gegen die Handwerker zustehenden Garantieansprüche abgetreten hat. Ob dieser *Abtretungsklausel* eine derartige Tragweite zukommt, ist durch *Auslegung* zu ermitteln. Dabei muss das *Vertrauensprinzip* herangezogen werden, da ein effektiv übereinstimmender Wille der Parteien über die genaue Bedeutung der Abtretungsklausel nicht bekannt ist, d.h. es ist zu prüfen, wie die Parteien diese Klausel nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände verstehen durften und mussten.

Gewährleistungsmodifikations- und Gewährleistungswegbedingungsklauseln sind *im Zweifel eng und zu Ungunsten des Unternehmers auszulegen*. Im Regelfall ist nicht anzunehmen, dass bei einem Werkvertrag über die Erstellung eines Hauses der Besteller leichthin auf sämtliche Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer ver-

⁷ ZK-BERTI, Art. 135 OR N 143.

zichten wird. Dies spricht klar dagegen, in der in Frage stehenden Abtretungsklausel einen vollständigen Verzicht von Frau X auf sämtliche Gewährleistungsansprüche zu erblicken. Hinzu kommt, dass bei der Abtretung zur Erfüllung einer eigenen Verpflichtung *im Zweifel anzunehmen ist, die Zession erfolge nur erfüllungshalber und nicht an Erfüllungs Statt* (Art. 172 OR). Das würde bedeuten, dass sich Frau X als Zessionarin zwar zunächst an die Handwerker hätte halten und diesen gegenüber Gewährleistungsansprüche hätte geltend machen müssen, sich dann aber immer noch an Y wenden könnte, wenn die Handwerker ihren Garantieverpflichtungen nicht nachkommen sollten. Ein anderes Auslegungsergebnis wäre denkbar, wenn Frau X bei Vertragsschluss klar erkennen konnte, dass Y für allfällige Mängel des Hauses nicht einstehen möchte und ihr aus diesem Grund seine Garantieansprüche gegen die Handwerker abtritt. Dafür fehlen im Sachverhalt jedoch jegliche Anhaltspunkte. Zudem würde ein solches Auslegungsergebnis mit der von Y übernommenen Verpflichtung zur Fertigstellung des Hauses in einem gewissen Widerspruch stehen. Die Abtretung erfüllungshalber dagegen macht Sinn, da Frau X so die Möglichkeit hat, die Behebung allfälliger Mängel zunächst direkt von den betroffenen Handwerkern zu verlangen.

Immerhin wird man aus der Abtretungsklausel in sinngemässer Anwendung von Art. 172 OR ableiten können, *dass Frau X an sich verpflichtet gewesen wäre, sich zuerst an die Handwerker zu halten*. Sie hätte dann gegenüber Y nur noch insoweit Mängelrechte geltend machen können, als die Mängel von den Handwerkern nicht bzw. nicht sachgerecht behoben worden wären. Das hätte aber vorausgesetzt, dass Y sie mit der Liste der betroffenen Handwerker sowie mit den entsprechenden Verträgen dokumentiert hätte (Art. 170 Abs. 2 OR), was er indessen nicht getan hat. Frau X war daher gar nicht in der Lage, die abgetretenen Ansprüche gegen die Handwerker geltend zu machen. Aufgrund des ganzen Verhaltens von Y – insbesondere nachdem er nach Eingang der Mängelrüge jegliche Haftung kategorisch bestritten und seiner Vertragspartnerin keine Unterlagen über die Handwerker angeboten hatte – konnte von Frau X nicht erwartet werden, dass sie von Y zunächst die Dokumentation verlangte, um zuerst (vielleicht erfolglos) gegen die Handwerker vorzugehen⁸.

⁸ Vgl. zu diesem ganzen Problemkreis einlässlich BGE 118 II 142 E. 1 S. 144 ff.

In casu hätte Frau X gegen die Handwerker allerdings *nur Nachbesserung* und allenfalls Schadenersatz geltend machen können, *nicht jedoch Minderung*, denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Abtretung des Minderungsrechts als Gestaltungsrecht ausgeschlossen⁹. Käme man zur Auffassung, dass sie trotz des Verhaltens von Y verpflichtet gewesen wäre, zuerst gegen die Handwerker vorzugehen, so könnte sie gegen Y den Minderungsanspruch vorerst noch nicht geltend machen.

Korrekturhinweis: Hier wird eine Diskussion über die angeschnittenen Problemkreise erwartet. Die gegenteilige Meinung ist ebenfalls vertretbar, müsste aber gut begründet werden.

5. Frage:

In casu macht Frau X Ansprüche aus (behaupteten) *verdeckten Mängeln* geltend. Gemäss Art. 370 Abs. 3 OR muss der Besteller Mängel, die nicht bei der Ablieferung erkennbar sind, sondern erst später zu Tage treten, *sofort nach Entdeckung* anzeigen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt. Was unter „sofort“ im Sinne dieser Bestimmung zu bestehen ist, ist *auslegungsbedürftig*. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Mängelrüge rechtzeitig erfolgt ist, muss auf die konkreten *Umstände des Einzelfalles* abgestellt werden. Allgemein ist indessen die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (die durchaus in Zweifel gezogen werden kann!) wäre bei einem Wassereinbruch eine Rüge rund drei Wochen nach Entdeckung des Mangels und bei Schäden an Holzfassaden auf jeden Fall eine Rüge fünf Wochen nach Entdeckung verspätet (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge eine *rechtsbegründende Tatsache*, weshalb die Bestellerin die *Beweislast* dafür trägt. Dazu gehört auch der Nachweis, wann sie den gerügten Mangel festgestellt hat; die Entdeckung eines Mangels ist eine innere Tatsache, von der im Allgemeinen nur der Besteller selbst Kenntnis hat. Wendet demgegenüber der Unternehmer ein, der Besteller habe den

⁹ BGE 114 II 239 E. 5c aa S. 247.

gerügten Mangel schon früher entdeckt, so hat er seinerseits diese Behauptung zu beweisen (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147).

Korrekturhinweis: Der Nachweis, wann der Besteller den Mangel entdeckt hat, ist schwer zu erbringen. Daher wird in der Lehre mit guten Gründen auch etwa die These vertreten, die Verspätung der Mängelrüge sei eine rechtshindernde Tatsache, weshalb grundsätzlich der Unternehmer die Beweislast für die Verspätung trage¹⁰. Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser wichtigen Problematik kann von den Studierenden selbstredend nicht erwartet werden.

Dem Sachverhalt lässt sich nicht genau entnehmen, wann Frau X die behaupteten Schäden an der Fassade entdeckt hat. In ihrem Schreiben vom 10.4.2006, in dem sie die Mängel erstmals geltend macht, führt sie bloss aus, die Schäden an der Fassade seien im „Frühling“ aufgetreten. Das kann kurz vor dem Schreiben der Fall gewesen sein (womit die Mängelrüge rechtzeitig erfolgt wäre), eventuell aber auch ein paar Wochen früher. Im letzteren Fall wäre fraglich, ob Frau X *die Mängelrüge rechtzeitig nach Entdeckung* erhoben hat. Sollte Frau X die Mängel deutlich mehr als etwa zwei Wochen vor dem Schreiben von 10.4.2006 entdeckt haben, so riskiert sie nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Genehmigungsfiktion von Art. 370 Abs. 3 OR zum Tragen kommt. Entscheidend wird im Schiedsverfahren somit sein, ob zum einen Frau X der Nachweis gelingt, dass sie die Mängel erst um den 25.3.2006 herum oder später erkannt hat, und ob zum andern Y mit dem Beweis für eine allfällige Behauptung scheitert, die Bestellerin habe die „Schäden“ an den Fassaden schon früher entdeckt.

Frau X steht allenfalls folgender Ausweg offen: Ein Mangel gilt erst dann als entdeckt, wenn er zweifelsfrei festgestellt wurde und wenn der Besteller die Möglichkeit hat, *genügend substantiiert Rüge zu erheben*. Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, genügen dafür erste Anzeichen nicht (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148). Beim Auftreten erster Risse und erster Farbabblätterungen konnte daher von Frau X noch keine Mängelrüge erwartet werden, da zunächst unsicher sein mochte, ob es sich um geringfügige Erscheinungen oder effektiv um grössere Schäden handelt. Erst nach einer gewissen Zeit mochte eventuell Klarheit darüber bestanden haben, dass es sich um eine ernsthafte-

¹⁰ EUGEN BUCHER, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983 II 251 ff., spez. S. 343 f.; im Ergebnis ähnlich, aber deutlich differenzierender PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, Rz. 2190 ff.

re Sache handelt. Die Frist zur Erhebung der Mängelrüge würde dann erst von diesem späteren Zeitpunkt an zu laufen beginnen.

Korrekturhinweis: Hier wird eine Diskussion der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge erwartet. Das Resultat ist für die Korrektur nicht wichtig, da der Sachverhalt in dieser Hinsicht sehr offen ist.

6. Frage:

In casu macht Frau X einen *Minderungsanspruch* geltend. Gemäss Art. 368 Abs. 2 OR steht dem Besteller ein Minderungsanspruch zu, wenn das Werk an Mängeln leidet oder vom Vertrag abweicht (wobei diese Mängel bzw. Abweichungen nicht erheblich sein müssen). Mit andern Worten liegt ein Mangel i.S.v. Art. 368 OR dann vor, wenn *das Werk vom vertraglich geschuldeten Zustand abweicht*.

Der vertraglich geschuldete Soll-Zustand kann sich aus einer *ausdrücklichen Zusicherung* des Unternehmers ergeben. Im vorliegenden Fall sind indessen keine Zusicherungen von Y betreffend die Qualität der Fassaden bekannt. Fehlt es an einer Zusicherung bzw. an einer näheren Umschreibung der geschuldeten Werkqualität im Vertrag, so ist darauf abzustellen, was ein Besteller in dieser konkreten Situation *üblicherweise* an Werkqualität erwarten darf. Dann fehlt dem Werk eine *vorausgesetzte Eigenschaft*. Dies ist unter anderem der Fall, wenn das Werk nicht *allgemein gebrauchstauglich* ist. Der Werkmangel muss weiter bereits im *Zeitpunkt der Ablieferung* bestanden haben. Die *Beweislast* für alle Umstände, aus denen auf eine Vertragswidrigkeit in diesem Zeitpunkt geschlossen werden kann, liegt beim Besteller.

In casu hat Y im Werkvertrag keine Zusicherungen über die Qualität (und insbesondere über die Haltbarkeit) der Holzfassaden gemacht. Es ist daher – gegebenenfalls unter Beizug von Experten – zu prüfen, ob bei einer fachgerecht erstellten Holzfassade nach Ablauf von rund fünf Jahren üblicherweise nicht mit den aufgetretenen Schäden (Risse, Verziehen der Bretter, Abblättern des Anstrichs) gerechnet werden muss. Es könnte ohne weiteres sein, dass solche Schäden bei Holzfassaden nach rund fünf Jahren sehr häufig auftreten, also zum Üblichen bzw. zu Erwartenden gehören, da Holz bekanntlich „arbeitet“

und Farbe – vor allem an Fassaden unter dem Einfluss der Witterung – über kurz oder lang auf jeden Fall abblättert. Diesfalls wäre das von Y geschuldete Werk im Zeitpunkt der Ablieferung nicht mangelhaft gewesen; bei den aufgetretenen „Schäden“ würde es sich dann um gewöhnliche Abnützungserscheinungen handeln, für die Y nicht einzustehen hätte. Von einem Mangel i.S.v. Art. 368 OR kann nur die Rede sein, wenn erwartet werden darf, dass die Holzfassade von Anfang an so gefertigt wird, dass nicht schon nach Ablauf von rund fünf Jahren Risse auftreten, die Bretter sich verziehen und der Anstrich abblättert.

Der von Frau X geltend gemachte Minderungsanspruch wird nach der so genannten *relativen Berechnungsweise* ermittelt. Der Herabsetzungsbetrag entspricht der *proportionalen Kürzung* der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes. Im Sinne einer *tatsächlichen* Vermutung kann davon ausgegangen werden, dass die Kosten der Mängelbeseitigung durch Dritte dem Minderwert entsprechen¹¹.

Korrekturhinweis: Ein Hinweis auf die relative Berechnungsweise als solche genügt. Ausführungen zur tatsächlichen Vermutung können nicht erwartet werden.

¹¹ BGE 116 II 305 E. 4a S. 313 f.

Bemerkungen

I. Vorbemerkung

Die Bachelorklausur im Privatrecht vom 6.7.2006 wies einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Gemäss Notenstatistik bewegen sich die Ergebnisse (statistisch gesehen) im üblichen Rahmen. Erfreulich ist, dass rund 25 % der Studierenden eine gute oder sehr gute Leistung erbracht haben. Die rund 45 % der Studierenden mit den Noten 4 und 4,5 haben den Ausweis über einige vorhandene Kenntnisse im Prozessrecht und im materiellen Privatrecht erbracht, müssen sich aber bewusst sein, dass ihr juristisches Wissen lückenhaft und ihre Rechtsanwendungstechnik über weite Strecken noch stark verbesserungsbedürftig ist. Die Studierenden mit ungenügenden Noten (d.h. rund 30 %) wären (noch) nicht geeignet, in der Praxis einen entsprechenden Fall selbständig – ohne weit reichende Hilfe und enge Überwachung – zu bearbeiten.

Bei der Aufgabenstellung war die Angabe der pro Frage erzielbaren maximalen Punktezahl ein wichtiger Hinweis für die relative Gewichtung der Probleme und damit für die Zeiteinteilung (vgl. dazu auch die entsprechende Bemerkung auf dem Aufgabenblatt). Die Verteilung der Punkte innerhalb der einzelnen Aufgaben im Rahmen der Prüfungskorrektur erfolgte nach einem relativ fein ausgearbeiteten Korrekturraster (vgl. dazu den Anhang). Dabei muss man sich indessen bewusst sein, dass die Punkteverteilung im Einzelfall nicht ein mathematisch präziser Vorgang ist, sondern stets – wie es bei Prüfungen nicht anders sein kann – nach pflichtgemäsem Ermessen vorgenommen werden muss. Der Korrekturraster ist daher bloss als Hilfsmittel zur sachgerechten Bewertung der Prüfungsleistungen und nicht als Schema zu betrachten, an das der Korrektor starr gebunden wäre. Im Gegenzug wurde bei der Korrektur auch nicht erwartet, dass die Klausuren eine ähnliche Begründungsdichte aufweisen wie die Lösungsskizze. All dies schlägt sich denn auch in der Punkte-/Notenskala nieder: Für das Erreichen einer genügenden Note war nicht ganz die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktzahl erforderlich.

Im Folgenden sollen die häufigsten Fehler, die sich in den 121 korrigierten Klausuren fanden, aufgelistet und besprochen werden.

II. Häufigste Fehler

1. Allgemeines

a) Der häufigste Fehler bestand darin, dass die *massgebenden Gesetzesbestimmungen überhaupt nicht oder nicht richtig* wiedergegeben wurden. So haben z.B. viele Studierende bei der Prüfung der Gültigkeit der Schiedsklausel den Hinweis vergessen, dass Art. 6 KSG die Schriftform verlangt, und etliche haben z.B. im Zusammenhang mit Art. 3 lit. a KSG bloss vom ordentlichen statt vom oberen ordentlichen Zivilgericht gesprochen. Fehlende oder ungenaue Angaben der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen sind Mängel, die in einer juristischen Arbeit nicht vorkommen dürfen.

b) Auch mit den *Bundesgerichtsentscheiden*, die in der Dokumentation auszugsweise wiedergegeben waren, haben viele Studierende nicht gearbeitet, obwohl in der Aufgabenstellung ausdrücklich verlangt wurde, die Antworten seien unter Angabe der in der Dokumentation ausgewiesenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (und natürlich auch unter Angabe der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen) zu begründen.

c) Mangelhaft war sodann in sehr vielen Arbeiten die *Subsumtionstechnik*. Viele Studierende haben – bildlich gesprochen – einfach drauflos geschrieben, statt den gängigen (formalen) Ablauf juristischer Argumentation zu beachten. Üblicherweise wird eine rechtliche Überlegung wie folgt aufgebaut: Zuerst wird der massgebende Gesetzestext wiedergegeben (z.B.: „Gemäss Art. 370 Abs. 3 OR muss die Anzeige sofort nach Entdeckung erfolgen, wenn die Mängel ...“), dem sich – gegebenenfalls unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Literatur – eine Diskussion über die Tragweite eines für die Falllösung kritischen Tatbestandselements anschliesst (in casu etwa über die Bedeutung des Kriteriums „sofort“ in Art. 370 Abs. 3 OR). Schliesslich ist der konkrete Sachverhalt unter die massgebende Gesetzesbestimmung zu subsumieren (indem z.B. diskutiert wird, ob bzw. warum im vorliegenden Fall das Kriterium der Sofortigkeit der Mängelrüge erfüllt ist oder nicht). Bei einfachen Fragen kann der Subsumtionsvorgang auch verkürzt werden (z.B.: „Das Erfordernis der Schriftform gemäss Art. 6 KSG wird von der in Ziff. 10 der öffentlichen Urkunde vom 15.1.2001 enthaltenen Schiedsabrede offen-

kundig erfüllt.“). Es versteht sich allerdings von selbst, dass der skizzierte Ablauf der Subsumtion nur äusserlich formal ist; heute ist allgemein anerkannt, dass der Subsumtionsvorgang materiell nicht „mechanistisch“, sondern wertend zu erfolgen hat.

d) Der Sinn der *Reihenfolge* der von mir gestellten Fragen wurde nicht von allen begriffen. Zum Teil wurde bereits bei der Frage nach der Verjährung geprüft, ob überhaupt ein Sachmangel vorliege, und zwar mit der Begründung, die Verjährungsfrage könne nur beantwortet werden, wenn überhaupt ein Anspruch gegeben sei. Es macht in der Praxis indessen durchaus Sinn, die Verjährungsfrage beim materiellen Recht (also im Anschluss an die prozessualen Fragen) als erstes zu prüfen, sofern der Beklagte – wie in casu – die Verjährungseinrede erhebt. Denn wenn diese Einrede berechtigt sein sollte, kann ein Prozess sofort einfach und ohne teures Beweisverfahren (z.B. mit Expertisen zur Frage, was ein Besteller von einer Holzfassade üblicherweise erwarten darf) beendet werden. In der Aufgabenstellung wurde daher ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die Frage der Verjährung nach der Rechtsnatur des geltend gemachten – vorerst also bloss behaupteten – Anspruchs richtet.

2. Beim prozessualen Teil der Aufgabenstellung

a) Bei Frage 1 wurde oft nicht gesehen, dass eine gültige Schiedsklausel vor staatlichen Gerichten ein *Prozesshindernis* darstellt, welches vom Beklagten *einredeweise* geltend gemacht werden kann, dass mithin gegen den Willen des Beklagten ein Prozess vor staatlichen Gerichten ausgeschlossen ist. Viele Studierende waren der Ansicht, dass die Klägerin Frau X eine Wahlmöglichkeit habe. Zum Teil wurde auch behauptet, eine Klage vor einem staatlichen Gericht wäre bloss eine Vertragsverletzung, die zu einer Schadenersatzpflicht von Frau X führe.

b) Etliche Studierende waren der Meinung, das Schiedsgericht habe nur eine *gütliche Lösung* herbeizuführen, *und wenn das nicht gelänge, müsse vor einem staatlichen Gericht geklagt werden*. Sicher würde ein Schiedsgericht versuchen, die Parteien zu einem Vergleich zu bewegen. Gelingt dies indessen nicht, so muss das Schiedsgericht entschei-

den, und ein entsprechender Entscheid wird grundsätzlich rechtskräftig und vollstreckbar. Das obere ordentliche Zivilgericht im Sitzkanton des Schiedsgerichts kann Schiedssprüche nur im beschränkten Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde überprüfen (Art. 36 ff. i.V.m. Art. 3 lit. f KSG); Ausführungen zu diesem Rechtsmittel waren indessen gemäss Aufgabenstellung nicht gefragt.

c) Mehrfach wurde die These vertreten, bei der Schiedsgerichtsbarkeit handle es sich um *freiwillige Gerichtsbarkeit*, weshalb Frau X gemäss Art. 11 GestG die Klage an ihrem Wohnsitz in Luzern einreichen könne. Schiedsgerichtsverfahren gehören indessen zur streitigen Gerichtsbarkeit. Die freiwillige Gerichtsbarkeit umfasst der Rechtsverwirklichung im Privatrecht dienende Verfahren, in denen nur eine Person Antrag stellt, wie z.B. die Verschollenerklärung, die Kraftloserklärung von Wertpapieren etc. (vgl. dazu etwa OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. Bern 2006, Kap. 1 Rz. 48).

d) Oft wurde nicht erkannt, dass Art. 5 KSG zwei verschiedene Tatbestandselemente enthält, nämlich das Erfordernis der *freien Verfügbarkeit über den Anspruch* einerseits und das Erfordernis, dass *die staatliche Gerichtsbarkeit nicht durch eine zwingende Gesetzesbestimmung ausschliesslich als zuständig erklärt wird*, andererseits. Viele Studierende haben diese beiden Tatbestandselemente vermischt. Vermögensrechtliche Ansprüche sind frei verfügbar und daher grundsätzlich schiedsfähig, anders als z.B. Personenstandsfragen. Bei gewissen frei verfügbaren Ansprüchen sieht aber das Gesetz ausnahmsweise vor, dass zu deren Beurteilung zwingend staatliche Gerichte zuständig sind, so etwa bei Ansprüchen aus der Miete von Wohnräumen (Art. 274c OR; siehe dazu auch VOGEL/SPÜHLER, a.a.O., Kap. 14 Rz. 31 ff.).

e) Sehr viele Studierende haben die Auffassung vertreten, dass ein zwingender Gerichtsstand nach GestG gleichzeitig auch ein Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit beinhaltet. In dieser Allgemeinheit dürfte diese Ansicht nicht zutreffend sein, regelt das GestG doch nur die *örtliche Zuständigkeit* (Art. 1 Abs. 1 GestG), während die Zulässigkeit einer Schiedsabrede eine Frage der *sachlichen Zuständigkeit* betrifft. In der Literatur wird gar weit überwiegend die Auffassung vertreten, dass nicht einmal bei Konsumentenverträgen die Art. 21 und 22 GestG die Zulässigkeit einer Schiedsabrede ausschliessen würden. Diese

Meinung ist indessen höchst problematisch und dürfte m.E. einer genaueren Prüfung nicht standhalten (vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen in der Lösungsskizze). Es wurde daher nicht als Fehler gewertet, wenn Studierende die Art. 21 f. GestG als Normen qualifizierten, welche staatliche Gerichte zwingend als zuständig erklären.

f) Etliche Studierende habe die Schiedsabrede als *Gerichtsstandsvereinbarung* i.S.v. Art. 9 GestG bezeichnet. Dies ist unzutreffend. Art. 9 GestG beschlägt ausschliesslich vertragliche Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit.

g) Vielfach wurde behauptet, Art. 19 GestG finde nur auf dingliche Klagen Anwendung. Dies trifft indessen nur für Art. 19 lit. a GestG zu, während Art. 19 lit. c GestG obligatorische Klagen (wie z.B. die Klage auf Übertragung von Grundeigentum) im Auge hat. Zu diskutieren war daher, ob im Kanton Freiburg als dem Kanton der gelegenen Sache eine mögliche örtliche Zuständigkeit gegeben ist, weil Klagen wegen mangelhaft erstellter Bauwerke *andere Klagen, die sich auf ein Grundstück beziehen*, i.S. dieser Bestimmung sind. In der Lehre werden z.T. Werklohnklagen der Unternehmer unter Art. 19 lit. c GestG subsumiert, nicht aber Mängelklagen der Besteller (vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen in der Lösungsskizze). Welche Auffassung vertreten wurde, war für die Bewertung egal.

h) Die Zuständigkeit der Kantone Freiburg oder Luzern mit dem *Deliktsgerichtsstand* gemäss Art. 25 GestG zu begründen, wie das oft getan wurde, macht keinen Sinn. Bei einem in Anwendung von Art. 25 GestG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 lit. a KSG konstituierten Schiedsgericht könnte Frau X keine vertraglichen Ansprüche – die ja in casu offensichtlich im Vordergrund stehen – geltend machen. Zudem dürfte in casu auch kein Delikt vorliegen, da das von Frau X behauptete vertragswidrig schlechte Erstellen eines Hauses kaum widerrechtlich ist (jedenfalls ist diese Frage äusserst heikel). Eine Anwältin, welche die Ansprüche von Frau X ausschliesslich auf Deliktsrecht stützen würde, würde sicher grobfahrlässig handeln.

i) Mehrfach wurde behauptet, es bestehe die Gefahr eines *forum runnings*. Das war aus verschiedenen Gründen nicht sinnvoll. Zum einen wäre es in örtlicher Hinsicht für Frau X nur günstig, wenn Y Klage einreichen würde, denn dann wäre der Sitz des Schiedsge-

richts entweder im Kanton Luzern (über Art. 3 lit. a GestG) oder im Kanton Freiburg (über Art. 19 lit. c GestG, sofern man annimmt, diese Bestimmung finde hier Anwendung), sicher aber nicht im Kanton Waadt. Zum andern hat Y keinen Anlass zur Klage, und er wäre dazu wohl auch nicht legitimiert; denn in Frage käme nur eine negative Feststellungsklage, und deren Voraussetzungen dürften in casu nicht erfüllt sein. Schliesslich bietet der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt dafür, dass Y demnächst den Antrag um Ernennung von Schiedsrichtern einreichen wird (warum sollte er auch?).

k) Vereinzelt wurde aus dem Wohnsitzgerichtsstand von Art. 3 lit. a GestG fälschlicherweise abgeleitet, Frau X könnte an ihrem Wohnsitz in Luzern klagen. Diese Bestimmung regelt indessen klar nur die Zuständigkeit am *Wohnsitz der beklagten Partei*.

3. Beim materiellen Teil der Aufgabenstellung

a) Sehr viele Studierende haben nicht erkannt, dass in casu ein gemischter Kauf-/Werkvertrag vorliegt, sich aber nur Fragen aus dem Werkvertragsrecht stellen. Ein Vorgehen nach kaufrechtlichen Regeln macht wenig Sinn, wenn sich jemand zur Fertigstellung eines Hauses verpflichtet. Immerhin wurde bei der Bewertung positiv mitberücksichtigt, wenn jemand von einem reinen Kaufvertrag ausging und anschliessend konsequent die kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsregeln anwandte. Ungünstig fiel es demgegenüber ins Gewicht, wenn kauf- und werkvertragsrechtliche Regeln kunterbunt gemischt wurden.

b) Gewisse Studierende, welche Kaufrecht anwandten, übersahen die Fünfjahresfrist von Art. 219 Abs. 3 OR und versuchten, Frage 3 mit der *Einjahresfrist* von Art. 210 Abs. 1 OR zu lösen. Das war natürlich ein ganz krasser Fehler. Ebenso krass war die Aussage, die sich in vereinzelt Klausuren fand, der Eigentumserwerb i.S.v. Art. 219 Abs. 3 OR beziehe sich auf den Vertragsschluss und nicht auf den Grundbucheintrag.

c) Vereinzelt wurde behauptet, der Anspruch von Frau X verjähre nach Art. 128 Ziff. 3 OR. Diese Bestimmung hat indessen Lohnforderungen aus Handwerksarbeit, nicht aber An-

sprüche des Bestellers aus Sachmängelgewährleistung beim Werkvertrag im Auge. Die Verjährung solcher Ansprüche richtet sich nach Art. 371 Abs. 2 OR.

d) Sehr viele Studierende haben nicht bzw. nicht klar zwischen der *Verjährung* der Sachmängelgewährleistungsansprüche nach Art. 371 Abs. 2 OR und der *Rügebefristung* nach Art. 370 Abs. 3 OR unterschieden. Genauso wie beim Kaufvertrag (Art. 210 Abs. 1 und 2 OR) haben auch beim Werkvertrag die Fristen eine Doppelfunktion. Zum einen müssen verdeckte Mängel nicht nur sofort nach Entdeckung (Art. 201 Abs. 3 und Art. 370 Abs. 3 OR), sondern auch binnen der Einjahresfrist (Art. 210 Abs. 1 und 2 sowie Art. 371 Abs. 1 OR) bzw. Fünfjahresfrist (Art. 219 Abs. 3 und Art. 371 Abs. 2 OR) gerügt werden. Wird erst nach Ablauf der massgebenden Frist gerügt, so ist die Rügefrist verpasst. Art. 210 Abs. 2 OR bringt dies für den Kaufvertrag sehr schön zum Ausdruck (dasselbe gilt auch für Art. 39 Abs. 2 CISG, der nur die Rügebefristung, nicht jedoch die Verjährung entsprechender Ansprüche regelt). Zum andern regeln diese Fristen auch die Frage, wann Ansprüche aus Sachmängeln verjähren. Nur Letzteres war unter Frage 3 zu prüfen.

e) Etliche Studierende waren der Ansicht, mit einer rechtzeitigen Mängelrüge könne die Verjährungsfrist „gewahrt“ werden. Dies ist krass falsch. Frau X (bzw. ihre Anwältin) kann den Eintritt der Verjährung nur mit einer Massnahme i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR verhindern. Theoretisch käme natürlich auch eine Schuldanerkennung oder eine Verjährungsverzichtserklärung seitens des Y in Frage; aufgrund der ganzen Vorgeschichte ist aber kaum anzunehmen, dass Y sich derart kooperativ verhalten wird.

f) Verschiedentlich wurde ausgeführt, am 2.5.2006 „drohe“ der Verjährungseintritt, weshalb rasch etwas unternommen werden müsse. Wenn das Datum des 1.5.2001 für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist wirklich relevant gewesen wäre, so wäre am Tag der Prüfung (also am 6.7.2006) die Verjährung längst eingetreten, d.h. der Praktikant bzw. die Praktikantin der Anwältin von Frau X hätte (bei Frage 3) nur noch feststellen können, dass der Anspruch wegen Verjährung nicht mehr durchgesetzt werden kann.

g) Die Frage 4 wurde von sehr vielen Studierenden nicht bzw. nicht richtig verstanden. Oft wurde über Seiten hinweg geprüft, ob eine gültige Zession vorliegt. Dabei wurde meist nicht erkannt, dass wohl der Nachbesserungsanspruch, nach bundesgerichtlicher Recht-

sprechung (die durchaus in Zweifel gezogen werden kann) nicht aber das Minderungsrecht als Gestaltungsrecht zedibel ist. Dagegen wurde des Langen und Breiten in Zweifel gezogen, ob hier, da die Abtretung künftiger Forderungen zur Debatte stehe, dem *Bestimmtheiterfordernis* genüge getan sei. Das ist indessen kein Problem. Garantieansprüche eines Generalunternehmers gegen die Subunternehmer sind zessionsrechtlich genügend bestimmt. Bisweilen wurde zudem fälschlicherweise behauptet, die Zession sei ungültig, weil es Y unterlassen habe, Frau X über seine Beziehungen zu den Handwerkern zu dokumentieren. Bei Frage 4 war indessen zu prüfen, ob die Abtretung von Garantieansprüchen des Y gegenüber den Handwerkern *gleichzeitig als Freizeichnung des Y gegenüber Frau X für allfällige Mängel des Bauwerkes interpretiert werden kann*.

h) Sehr viel Mühe bereitet hat etlichen Studierenden die Beziehung zwischen Y und den Handwerkern. Oft wurde einlässlich diskutiert, ob es sich um *Hilfspersonen* des Y i.S.v. Art. 101 OR oder um *Subunternehmer* handle. Diese Fragestellung ist nicht nur irrelevant (weil sie für die Beantwortung von Frage 4 nichts bringt), sondern auch falsch: Subunternehmer sind selbstverständlich Hilfspersonen des Generalunternehmers im Verhältnis zum Besteller; ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson ist bei Art. 101 OR nicht erforderlich. Teilweise wurde auch angenommen, zwischen Frau X und Y bestehe ein *Auftrag* und die Handwerker seien Substituten des Y. Das macht keinen Sinn. Da Y Frau X vertraglich die Fertigstellung des angefangenen Hauses verspricht, schuldet er einen Erfolg und nicht bloss ein sorgfältiges Tätigwerden. Der Vertrag zwischen Frau X und Y lässt sich daher, soweit das Haus betroffen ist, nicht als Auftrag, sondern nur als Werkvertrag qualifizieren. Unter diesen Umständen sind die von Y beigezogenen Handwerker auch keine Substituten, sondern seine Hilfspersonen.

i) Beim Problem der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge in Frage 5 haben etliche Studierende gemeint, wenn Frau X in ihrem Schreiben vom 10.4.2006 von „Frühling“ spreche, so sei damit der 21.3.2006 gemeint. Eine derart wortklaubende Auslegung macht keinen Sinn. In aller Regel werden sowohl Laien als auch Anwälte einen derartigen Begriff nicht strikt im astronomisch-kalendarischen Sinn verwenden.

k) Ebenfalls viel Mühe bereitet hat sodann die Frage 6. Zum einen haben zahlreiche Studierende ohne weiteres angenommen, dass eine Holzfassade, bei der nach rund vierein-

halb bis fünf Jahren Risse auftreten, sich Bretter verziehen und Farbe abblättern, *mangelhaft* sei. Das ist indessen keineswegs sicher und hätte begründet werden müssen, zumal der Anwalt von Y ausdrücklich behauptet, die Fassaden seien vertragskonform gewesen. Zum andern haben etliche Studierende den im Sachverhalt verwendeten Ausdruck „Schäden“ (der immerhin in Frage 6 in Anführungszeichen gesetzt wurde!) im juristisch-technischen statt im umgangssprachlichen Sinn verstanden. Hier galt es zu erkennen, dass die von Frau X behaupteten „Schäden“ *unter dem Gesichtspunkt der Mängelhaftung nach Art. 367 ff. OR zu prüfen waren*, d.h. es musste untersucht werden, ob die Fassaden nicht vertragskonform erstellt waren und nicht, ob Frau X eine Vermögensverminderung erlitten hat. Dementsprechend waren auch alle Ausführungen zur Berechnung des von Frau X geltend gemachten Minderungsanspruchs, die mit dem Schadenbegriff begründet wurden, unzutreffend. Zwar kann die Bestellerin im Rahmen der Mängelhaftung vom Unternehmer auch Schadenersatz verlangen, aber im Sachverhalt fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass Frau X über den geltend gemachten Minderwert des Hauses hinaus einen Schaden erlitten hätte.

l) Nicht zu prüfen war (weil sich in der Aufgabenstellung keine entsprechende Frage findet), ob es sinnvoll ist, dass Frau X Minderung statt Nachbesserung verlangt. Hätte Frau X Nachbesserung verlangt und Y diese verweigert, so hätte sie nach den Verzugsregeln vorgehen, auf die Nachbesserung verzichten, diese durch Dritte vornehmen lassen und die Kosten als Schadenersatz von Y verlangen können. Ebenso möglich wäre eine Ersatzvornahme nach Art. 98 OR auf Kosten des Y (vgl. dazu etwa BGE 126 III 230 und 128 III 416). Verlangt X Minderung und lässt sie die Mängel durch Dritte beseitigen, so riskiert sie, auf einem Teil der Kosten sitzen zu bleiben. Zwar kann bei der Berechnung des Minderwerts im Sinne einer *natürlichen Vermutung auf die Höhe der Kosten der Nachbesserung durch Dritte zurückgegriffen werden*. Dann besteht kostenmässig im Ergebnis zwischen der Minderung und der Nachbesserung durch Dritte kein Unterschied. Im Einzelfall – insbesondere wenn der Werklohn von den Parteien eher niedrig festgesetzt wurde – kann es nun allerdings sein, dass der nach der relativen Methode berechnete Minderwert des Werkes tiefer ist als die Reparaturkosten. Dann steht dem Besteller nur ein Anspruch auf den so berechneten Minderwert und nicht auf die höheren Nachbesserungskosten zu. Der Besteller hat diese Differenz zu tragen und kann sie *auch nicht qua Schadenersatz auf den Unternehmer abwälzen* (BGE 116 II 305 E. 4 S. 313 ff.). In der Praxis ist es daher

heikel, wenn der Besteller Minderung wählt. Diese interessante Problematik hätte auch noch in die Aufgabenstellung einbezogen werden können, wurde aber weggelassen, um den Fall nicht zu überladen. Zu prüfen wäre dann im Übrigen auch noch gewesen, ob die Anwältin von Frau X noch zwischen Nachbesserung und Minderung hätte wählen können oder ob Frau X – wohl eine Laiin in Rechtsfragen! – in ihrem Schreiben vom 2.5.2006 so klar ihr Minderungsrecht ausgeübt hat, dass wegen der Unwiderruflichkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten auf diese Wahl nicht zurückgekommen werden kann (analog zu BGE 127 III 83). Man sieht: Der Fall würde noch weitere interessante Aspekte enthalten, die hätten untersucht werden können ...

Bern, 28.7.2006/Th. Koller

Punktierungsschema

MATRIKELNUMMER: _____	max. Punkte		TK
I. Prozessualer Teil	(14)		
A. Formelles (Frage 1)	(5)		
- Schriftform (Art. 6 Abs. 1 KSG)	1		
Schiedsfähigkeit der Streitsache:			
- geltend gemachte Ansprüche unterliegen der freien Verfügung von X	1		
- keine zwingende gesetzliche Bestimmung	1		
- Erfordernis eines bestimmten Rechtsverhältnisses (Art. 4 Abs. 3 KSG)	1		
- gültige Schiedsabrede als Prozesshindernis	1		
B. Örtlicher Schiedsgerichtsstand (Frage 2)	(9)		
Dispositivität der örtlichen Zuständigkeit (Art. 2 Abs. 2 KSG):			
- Schiedsgericht am Ort des ordentlich zuständigen Gerichts	1		
- Ernennung der Schiedsrichter (Art. 3 lit. a KSG)	1		
- mögliche örtliche Zuständigkeiten (Art. 3, Art. 19 Abs. 1 lit. c und Art. 22 GestG)	1		
Argumentation pro/contra der eruierten möglichen Schiedsgerichtsstände:			
- Art. 3 GestG (allgemeiner Gerichtsstand als Auffanggerichtsstand)	1		
- Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG (Gewährleistungssprüche inhärent?)	1		
- Art. 22 GestG (Konsument/Anbieter/Üblichkeit/Verbrauch)	4		
II. Materieller Teil	(32)		

A. Materiellrechtliche Vorüberlegungen	(3)		
- Zustandekommen eines gemischten Kauf-/Werkvertrags (Konsens; Qualifikation)	2		
- In casu keine kaufrechtlichen Probleme, sondern Gewährleistung nach Werkvertragsrecht	1		
B. Verjährung (Frage 3)	(7)		
Gewährleistungsansprüche aus Werkvertrag:			
- unbewegliches Bauwerk, fünfjährige Frist (Art. 371 Abs. 2 OR), läuft ab Werkvollendung	1		
- In casu keine Werkvollendung am 1.5.2001; auch nicht bis 6.7.2001	2		
- Übergang von Nutzen und Gefahr irrelevant; ebenso der vertraglich vereinbarte Übergabezeitpunkt	1		
- Verjährung tritt ev. am 1.8.2006 ein; verjährungsunterbrechende Massnahmen nach Art. 135 Ziff. 2 OR (Betreibung; Einleitung des Schiedsverfahrens)	3		
C. Haftung für Mängel (Frage 4)	(9)		
- Dispositivität von Art. 368 OR	1		
- Vertragsauslegung (Vertrauensprinzip; enge Auslegung; Abtretung erfüllungshalber, nicht an Erfüllung Statt; aber Frau X müsste an sich zuerst gegen die Handwerker vorgehen; hätte also erst danach gegen Y vorgehen können)	5		
- Abtretung eines Gestaltungsrechts (Minderung) ausgeschlossen; nur Nachbesserungsanspruch abtretbar	1		
- Zumutbarkeit des Vorgehens gegen die Handwerker (fehlende Dokumentation; kategorische Weigerung von Y, etwas zu unternehmen; Vorgeschichte)	2		

D. Verspätete Geltendmachung der Mängel (Frage 5)	(6)		
Rechtzeitigkeit der Rüge: - Diskussion über die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge im Allgemeinen (Art. 370 Abs. 3 OR) - Beweislastverteilung bzgl. Rechtzeitigkeit der Rüge - Anwendung auf den konkreten Fall	2 2 2		
E. Mangelhaftigkeit (Frage 6)	(7)		
- Allgemeines zum Mangel (Art. 368 OR): Zugesicherte Eigenschaft/Vorausgesetzte Eigenschaft/Beweislast - Massgebender Zeitpunkt: Ablieferung - Diskussion über die mögliche Mangelhaftigkeit in casu - relative Berechnungsmethode	3 1 2 1		
III. Allgemeines			
Aufbau/Gliederung, Sprache etc.			
Total Punkte:	46		
Notenvorschlag:			
Note:			