

**FACHPRÜFUNG PRIVATRECHT II UND III**  
**(Art. 17 Abs. 1 lit. a RSL RW)**

Es sind alle Fragen zu bearbeiten. Stichworte gelten nicht als Antworten. Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen *anhand des Gesetzes* zu prüfen und zu begründen. Für die Punktevergabe zählen neben der Nennung der gesetzlichen Voraussetzungen und der **Subsumtion** auch die Strukturierung des Textes und die Qualität der Argumentation.

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung).

### **Frage 1**

Manfred und Fabienne haben im November 2008 geheiratet. Manfred ist Schreinermeister und führt als Einzelunternehmer seinen eigenen Betrieb mit zwei angestellten Schreibern und einem Lehrling. Fabienne hat eine 60%-Stelle als Webdesignerin in einer renommierten Werbeagentur. Daneben hilft sie Manfred mit den administrativen Arbeiten und der Buchhaltung seiner Schreinerei.

Manfred und Fabienne wohnen in einem Stadtreihenhaus, das Fabienne von ihrer Grossmutter geerbt hat. Weitere 150'000 sFr. aus der Erbschaft und eigenen Ersparnissen hat sie auf einem Sparkonto angelegt und in Obligationen investiert.

Kurz nach der Hochzeit haben Manfred und Fabienne bei ihrer Hausbank, der Seeländer Sparkasse AG, zwei gemeinsame Konten eröffnet, ein Ehesparkonto und ein Haushaltskonto. Diese Konten sind gemäss gültig vereinbarten AGB der Bank Gemeinschaftskonten (comptes-joints). Dies bedeutet, dass jeder Mitinhaber einzeln über das Konto verfügen kann und umgekehrt der Bank einzeln haftet.

Über ihre persönlichen Konten haben sie sich anlässlich der Kontoeröffnung bei der Bank gegenseitige Vollmachten eingeräumt.

Fabienne überweist monatlich 6'000 sFr. aus dem Schreinereibetrieb als Lohn für Manfred auf ihre gemeinsamen Konten, wobei 4'000 sFr. auf das Haushaltskonto gehen und 2'000 sFr. auf das Ehesparkonto.

Ende 2010 schreibt der Schreinereibetrieb von Manfred rote Zahlen. Manfred muss einem Angestellten kündigen und weist Fabienne an, für ihn (Manfred) bis auf Weiteres keine Lohnüberweisungen mehr vorzunehmen. Fabienne bezahlt fortan alle Haushaltskosten aus ihrem Lohn und von den ererbten und ersparten Geldern auf

ihrem eigenen Sparkonto. Die aus dem Betrieb von Manfred angesparten 30'000 sFr. belässt sie auf dem gemeinsamen Ehesparkonto.

Auch das Jahr 2011 läuft im Betrieb nicht besser. Das Geschäftskontokorrent ist bis zur maximal möglichen Kreditlimite ins Minus gerutscht. Im Herbst 2011 erhält Fabienne einen Brief, in welchem die Seeländer Sparkasse AG sie auf einen Negativsaldo in der Höhe von 5'000 sFr. auf dem gemeinsamen Haushaltskonto hinweist und sie auffordert, diesen Betrag innert 20 Tagen zu begleichen. Als Fabienne daraufhin die Auszüge der gemeinsamen Konten kontrolliert, muss sie feststellen, dass Manfred offenbar einen grösseren Betrag ohne ihr Wissen abgehoben hat: Das Ehesparkonto weist kein Guthaben mehr auf und das Haushaltskonto steht tatsächlich 5'000 sFr. im Minus. Fabienne ist sehr verärgert und stellt sich auf den Standpunkt, dass sie maximal die Hälfte des Fehlbetrages an die Bank zu bezahlen hat, da das Konto auf beide lautet.

1.1. Hat Fabienne recht?

[3 Punkte]

1.2. Falls Fabienne die geforderten 5'000 sFr. bezahlt, kann sie für einen Teil oder gar für die Gesamtsumme auf Manfred Regress nehmen (lassen Sie güterrechtliche Aspekte bitte ausser Acht)?

[3 Punkte]

1.3. Fabienne hat ein rechtskräftiges Zivilurteil in der Hand, in welchem die Seeländer Sparkasse AG zur Zahlung von 4'000 sFr. an sie verurteilt wurde, weil die Bank eine Transaktion im Zusammenhang mit ihrem Wertschriftendepot nicht vereinbarungsgemäss abgewickelt hatte. Sie akzeptiert den Forderungsanspruch der Bank in der Höhe von 1'000 sFr. und bestreitet ihn in der Höhe von 4'000 sFr.

Wird Fabienne mit dieser Einrede Erfolg haben?

[8 Punkte]

1.4. Neuer Sachverhalt: Nicht Fabienne, sondern Manfred verfügt über ein rechtskräftiges Zivilurteil, in welchem die Seeländer Sparkasse AG zur Zahlung von 6'000 sFr. an ihn verurteilt wurde. Fabienne bestreitet den Forderungsanspruch der Bank deshalb vollumfänglich.

Wird Fabienne mit dieser Einrede Erfolg haben?

[1.5 Punkte]

Pro memoria: **Begründen Sie Ihre Antworten anhand des Gesetzes.** Antworten, die ohne Bezugnahme auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen erfolgen, werden nicht honoriert, selbst wenn sie im Ergebnis zutreffen sollten.

## Frage 2

Vor Weihnachten 2011 konnte die Angelegenheit mit den ehelichen Konten bei der Seeländer Sparkasse AG bereinigt werden; das Haushaltskonto wurde ausgeglichen und die ersparten 30'000 sFr. befinden sich wieder auf dem Ehesparkonto.

Die geschäftlichen Probleme des Schreinereibetriebs und die Episode mit den Bankkonten haben die Beziehung von Manfred und Fabienne sehr belastet. Anlässlich der Weihnachtsfeier kommt es zum Eklat zwischen den Ehegatten - Manfred schreit, Fabienne solle besser im Gästezimmer übernachten und die Tür schließen. So geht es auch die nächsten Tage. Manfred kehrt zudem wiederholt mitten in der Nacht alkoholisiert in die Wohnung zurück, dreht den Fernseher auf volle Lautstärke auf, rüttelt an der Türe des abgeschlossenen Gästezimmers und ruft, er werde schon für Ordnung sorgen.

Tagsüber und im Nüchternzustand kommt das Gespräch wiederholt auf die 30'000 sFr. auf dem Ehesparkonto. Manfred ist der Meinung, das Geld sei wieder in den Schreinereibetrieb zurückzuzahlen, da er dringend einen neuen Lieferwagen brauche. Fabienne teilt diese Ansicht nicht und befürchtet, dass sich Manfred an den gemeinsamen Konten „bedient“.

2.1. Kann Fabienne gerichtlich beantragen, dass Manfred die Wohnung nicht mehr ohne ihre Zustimmung betritt? Wenn ja, gestützt auf welche Gesetzesbestimmung(en)?

**[6 Punkte]**

2.2. Fabienne und Manfred leben nunmehr in getrennten Haushalten. Fabienne will verhindern, dass Manfred die Ehekonten „leerräumt“, nachdem sie zwar getrennt leben, er aber noch Zugriff darauf hat.

Sieht das Gesetz eine Massnahme vor, um dies zu verhindern?

Beachten Sie: Ob Fabienne im *konkreten* Fall eine Massnahme erreichen könnte, müssen Sie nicht beantworten.

**[2 Punkte]**

2.3. Obwohl beide nun in getrennten Haushalten leben, befürchtet Fabienne, dass sie als Ehefrau für die Schulden aus Manfreds Geschäft mithaftet. Sind Fabiennes Sorgen berechtigt, wenn man davon ausgeht, dass die beiden über ihren Güterstand keine Vereinbarung getroffen haben?

**[4 Punkte]**

2.4. Da sich Fabienne nach der Trennung ihres ehelichen Haushaltes sicher ist, dass sie und Manfred nicht wieder zusammenkommen werden, möchte sie ab sofort die Gütertrennung. Gibt es von Gesetzes wegen die Möglichkeit, ab dem Zeitpunkt der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes die Gütertrennung anzuordnen (Kurzantwort)?

**[1.5 Punkte]**

2.5. Könnte Fabienne zu diesem Zeitpunkt erfolgreich beantragen, dass die (gesamte) güterrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen wird?

**[3 Punkte]**

2.6. Nach einer mündlichen Verhandlung vor dem zuständigen Gerichtspräsidium ergeht ein Urteil zu Fabiennes Gunsten. Mit welchen Rechtsmitteln kann sich Manfred gegen den Entscheid zur Wehr setzen? Zeigen Sie den ganzen Instanzenzug in der Schweiz inkl. Angabe der einzuhaltenden Fristen auf.

Beachten Sie: Eine Prüfung der einzelnen Rechtsmittelvoraussetzungen ist für das Erreichen der Maximalpunktzahl nicht erforderlich.

**[6.5 Punkte]**

2.7. Fabienne hat insgesamt 20'000 sFr. aus ihrem ererbten Geld für die gemeinsame Lebenshaltung aufgewendet.

Sie will nun die Hälfte davon von Manfred zurück haben. Gibt es dafür eine gesetzliche Grundlage?

Kurzanwort. Beschränken Sie Ihre Lösung auf die Nennung der einschlägigen Gesetzesbestimmung.

**[2 Punkte]**

### **Frage 3**

Fabienne hat die Vollmacht von Manfred über ihre persönlichen Konten gegenüber der Seeländer Sparkasse AG widerrufen, da sie befürchtete, Manfred könnte sich an ihrem persönlichen Vermögen bedienen.

Tatsächlich erscheint Manfred einige Wochen danach auf der Bank und will 10'000 sFr. von Fabiennes persönlichem Sparkonto abheben. Herr Müller, der Manfred bedient, ist seit zwanzig Jahren für die Seeländer Sparkasse AG tätig und kennt auch Manfred und Fabienne schon lange. Er weiss aber nichts von deren Trennung. In der Annahme, dass die Vollmacht von Manfred über Fabiennes Konten wie bisher besteht, zahlt er ihm ohne weitere Abklärungen die gewünschten 10'000 sFr. aus.

Als Fabienne davon erfährt, will sie, dass die Bank das Geld ihrem Konto sofort wieder gutschreibt.

3.1. Was für einen Anspruch hat Fabienne gegen die Seeländer Sparkasse AG? Kreuzen Sie den oder die zutreffenden Punkte an (x aus 6). Nehmen Sie für Ihre Antwort den nachfolgenden Auszug aus BGE 111 II 263 ff. zur Hilfe.

- Anspruch aus unerlaubter Handlung
- Anspruch aus culpa in contrahendo
- Anspruch aus Vertrag
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 41 OR
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR
- Anspruch auf Erfüllung

Hinweis: Die Punkte werden nur für die exakt richtige Antwort vergeben.

**[4 Punkte]**

**Auszug aus BGE 111 II 263 ff.**

Sachverhalt (vereinfacht): **A**, der allein ein Einfamilienhaus bewohnte, nahm im Februar 1983 seinen Bekannten **B** bei sich auf. Das Büro von **A** befand sich im ersten Stock seines Hauses. Dort lag in einem unverschlossenen Schubladenstock regelmässig seine Bankkundenkarte für das Sparkonto bei der Bank **Z**. Das persönliche Briefpapier, der persönliche Stempel und die Schreibmaschine waren dort ebenfalls frei zugänglich.

Am 7. Juli 1983, um 08.30 Uhr hob **B** am Hauptsitz der Bank **Z**. vom Konto des **A** einen Betrag von 90'000 sFr. ab. Er wies dabei nebst seiner Identitätskarte und der Kundenkarte des Kontoinhabers **A** eine Vollmacht vor, die mit Schreibmaschine auf dem persönlichen Schreibpapier von **A** angefertigt war und über dem persönlichen Stempel von **A** dessen gefälschte Unterschrift trug. Da **A** den abgehobenen Betrag nie erhalten hatte, klagte er gegen die Bank **Z**. auf Zahlung von 90'000 sFr. nebst Zins ab 7. Juli 1983. [...].

Aus den Erwägungen: [...] a) Das Konto, das der Kläger bei der Beklagten unterhielt, war nach allem, was aufgrund der Akten feststeht, ein Sparkonto. Die Rechtsnatur des Spareinlagevertrages ist umstritten (vgl. CHRIST, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, S. 274; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. Aufl., 1977, S. 539; BGE 100 II 155 ff.). Darauf ist freilich nicht näher einzugehen. So oder anders ist nämlich die Beklagte aufgrund der vertraglichen Vereinbarung, die zur Errichtung des Sparkontos geführt hat, gehalten, dem Kläger auf sein Verlangen hin das auf dem Konto bestehende Guthaben gemäss den Kontobedingungen auszuzahlen. Sie erfüllt damit eine vertragliche Verpflichtung, und der Kläger verlangt daher vorliegend Erfüllung eines Vertrages und keineswegs Schadenersatz aus unerlaubter Handlung oder wegen Nichterfüllung des Vertrages.

3.2. Wie Sie dem vorangehenden Auszug aus BGE 111 II 263 ff. entnehmen können, ist die Rechtsnatur des Spareinlagevertrages umstritten. Nach der heute herrschenden Lehre werden auf den Spareinlagevertrag die Vorschriften über den Darlehensvertrag angewendet. Von dieser Grundlage ist vorliegend auszugehen.

Auf welche Gesetzesbestimmung(en) wird Fabienne folglich ihren Anspruch gegen die Seeländer Sparkasse AG stützen?

**[1.5 Punkte]**

3.3. Die Bank erhebt folgende Einwendungen:

3.3.1. „Wir haben die geforderten 10'000 sFr. bereits an Manfred bezahlt.“  
Wird sie damit Erfolg haben?

**[3 Punkte]**

3.3.2. „Uns trifft kein Verschulden an der Auszahlung der 10'000 sFr. an Manfred.“ Ist das für die Beurteilung des Anspruchs von Fabienne auf Guthschrift der 10'000 sFr. überhaupt relevant?

**[3 Punkte]**

3.4. Weiter verweist die Bank auf ihre AGB. Diese besagen in Art. 4, dass der Kunde bzw. die Kundin den Schaden für Auszahlungen an Unberechtigte zu tragen hat. Etwas anderes gilt nur, wenn die Bank nicht die geschäftsübliche Sorgfalt walten lässt. Das Bundesgericht beurteilt diese sogenannten "Schadensüberwälzungsklauseln" in analoger Anwendung von Art. 100 und 101 OR.

Nach welcher Gesetzesbestimmung haftet die Seeländer Sparkasse AG, wenn:

3.4.1. Herr Müller in der Bank als CEO (Chief Executive Officer, Generaldirektor) waltet?

- Art. 100 OR analog
- Art. 101 OR analog

**[1.5 Punkte]**

3.4.2. Herr Müller ein einfacher Angestellter der Bank ist?

- Art. 100 OR analog
- Art. 101 OR analog

**[1.5 Punkte]**

## Frage 4

Der schlechte Geschäftsgang der Schreinerei von Manfred nahm seinen Anfang mit einem Auftrag zur Erstellung der Kücheneinrichtungen für eine Mehrfamilienhausüberbauung mit 18 Einheiten von der Generalunternehmung Baufix AG. Der Geschäftsführer der Baufix AG machte ihm kurzfristig ein Vertragsangebot mit grosszügiger Vergütung, auf das Manfred gerne einging. Nachdem er das Material eingekauft und zusammen mit seinen Angestellten mehrere Wochen die Schränke und Küchenelemente vorgefertigt hatte, begann er mit dem Einbau in den vorbereiteten Wohneinheiten.

- 4.1. **Sachverhaltsvariante I:** Wenige Tage nach Beginn der Arbeiten kam die Bauleitung zu Manfred und teilte ihm mit, dass er die Arbeiten einstellen könne; die Baufix AG habe einen günstigeren Vertrag mit einer ausländischen Unternehmung abschliessen können und trete deshalb per sofort vom Vertrag mit Manfred zurück.

Darf die Baufix AG vom Vertrag mit Manfred zurücktreten, und falls ja, unter welchen Voraussetzungen?

[4 Punkte]

- 4.2. **Sachverhaltsvariante II:** Nachdem Manfred mit dem Einbau des vorbereiteten Materials begonnen hatte, sprach sich auf der Baustelle herum, dass die Baufix AG kurz vor dem Konkurs stehe. Manfred stellte die Arbeiten sofort ein und weigerte sich während mehrerer Wochen, vor Erhalt einer Vorauszahlung weiter zu arbeiten. Nachdem Manfred trotz mehrfacher Aufforderung seitens der Bauleitung nicht mehr auf der Baustelle erschien und auf seiner Forderung nach einer Vorauszahlung beharrte, setzte ihm die Baufix AG ein Ultimatum von drei Tagen. Nach ungenutztem Ablauf des Ultimatums entzog sie ihm sofort die Fortführung des Auftrages und erklärte schriftlich den Rücktritt vom Vertrag.

Durfte die Baufix AG Manfred den Auftrag entziehen?

[12.5 Punkte]

- 4.3. **Sachverhaltsvariante III:** Manfred hat gestützt auf ein Gerücht, die Baufix AG stehe kurz vor dem Konkurs, die Arbeiten auf der Baustelle eingestellt. Die Baufix AG beharrt auf der Fortführung der Arbeit. Manfred hat genug von den Anrufen der Bauleitung und den Scherereien und nimmt die Arbeiten wieder auf. Er ist jedoch nicht sehr motiviert und hält seine Angestellten zur Eile an, damit sie auf der Baustelle der Baufix AG fertig werden. Bei der Abnahme der Arbeiten stellt der Geschäftsleiter der Baufix AG fest, dass die Küchenschrank-

türen teilweise nicht richtig schliessen und sich einzelne Schubladen nicht sauber herausziehen lassen und mit Gewalt wieder zurückgeschoben werden müssen.

4.3.1. Kann die Baufix AG von Manfred verlangen, dass er diese Fehler behebt?

**[4 Punkte]**

4.3.2. Wenn Manfred sich weigert, irgendwelche Ausbesserungsarbeiten vorzunehmen: Kann die Baufix AG die fehlerhaften Kücheneinbauten auf Kosten von Manfred durch einen anderen Unternehmer anpassen lassen (Ersatzvornahme), und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

**[8.5 Punkte]**



## LÖSUNG

### I. Frage 1: Verrechnung

#### 1.1 Hat Fabienne recht? (Lösung)

Beim Haushaltskonto handelt es sich gemäss Sachverhalt um ein Gemeinschaftskonto (compte-joint), also um ein Konto, bei dem gemäss gültiger vertraglicher (AGB-) Abrede jeder Mitinhaber berechtigt ist, einzeln über die Gesamtsumme des jeweiligen Kontos zu verfügen, und jeder Mitinhaber der Bank gegenüber einzeln haftet. Rechtlich handelt es sich um eine Solidargläubigerschaft (Art. 150 OR) bzw. um eine Solidarschuldnerschaft im Sinne von Art. 143 Abs. 1 OR. Gemäss Art. 144 Abs. 1 OR kann der Gläubiger nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern.

Fabienne haftet demnach für den Gesamtumfang des Minussaldos von 5'000 sFr. Sie hat nicht recht, wenn sie geltend macht, sie schulde lediglich die Hälfte des Minussaldos.

#### 1.2 Anspruch auf Vergütung gegenüber Manfred (Lösung)

Zu prüfen ist der Rückforderungsanspruch gestützt auf Art. 148 OR. Gemäss Art. 148 Abs. 1 OR hat jeder Solidarschuldner von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen, sofern sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Solidarschuldnern nichts anderes ergibt.

Vorliegend enthält der Sachverhalt *keine Hinweise* auf eine andere Aufteilung. Daher haben Fabienne und Manfred im Innenverhältnis je denselben Anteil an der Zahlung zu übernehmen, also je 2'500 sFr.

Korrekturhinweis: Wer von einer *stillschweigenden* Abrede ausgeht, dass die Mittel nur der „Verwendung für gemeinsame Zwecke“ dienen sollen, erhält ebenfalls die volle Punktzahl.

Gemäss Art. 148 Abs. 2 OR hat der Solidarschuldner, der mehr als seinen Teil bezahlt, für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner. Vorliegend hat Fabienne einen Mehrbetrag von 2'500 sFR geleistet. In diesem Umfang besteht eine Forderung gegenüber Manfred.

#### 1.3. Verrechnungseinrede I (Lösung)

Fabienne erhebt die Einrede der Verrechnung. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für die erfolgreiche Geltendmachung erfüllt sind:

Gemäss Art. 145 Abs. 2 OR kann ein Solidarschuldner dem Gläubiger nur solche Einreden entgegensetzen, die entweder aus seinem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger oder aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund oder Inhalt der solidarischen Verbindlichkeit hervorgehen. Die Verrechnungseinrede ist eine persönliche Einrede ge-

genüber dem Gläubiger. Sie erfüllt daher die Voraussetzungen von Art. 145 Abs. 2 OR.

Zu prüfen sind in einem weiteren Schritt die Voraussetzungen für die Verrechnung:

Die Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR setzt voraus, dass zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen schulden, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind. Weiter müssen die Forderungen fällig sein, wobei es gemäss herrschender Lehre genügt, dass die Verrechnungsforderung fällig ist. Nicht ausdrücklich im Gesetz genannt ist eine weitere Voraussetzung der Verrechnung, die Klagbarkeit der Verrechnungsforderung. Zudem darf die Verrechnung weder durch Gesetz (Art. 125 OR) noch durch Vertrag (Art. 126 OR) ausgeschlossen sein.

Im vorliegenden Fall schuldet Fabienne der Seeländer Sparkasse AG 5'000 sFr. als Solidarschuldnerin aus dem Kontovertrag. Die Seeländer Sparkasse AG schuldet Fabienne 4'000 sFr. aufgrund des rechtskräftigen Urteils. Es bestehen mit anderen Worten zwei Forderungen: Fabienne hat eine Forderung gegen die Seeländer Sparkasse AG und die Seeländer Sparkasse AG hat eine Forderung gegen Fabienne. Auch das Erfordernis der Gegenseitigkeit ist erfüllt: Die Forderung von Fabienne richtet sich gegen die Seeländer Sparkasse AG und die Forderung der Seeländer Sparkasse AG richtet sich gegen Fabienne. Gleiches gilt für das Erfordernis der Gleichartigkeit: Beide Parteien schulden einander Geldsummen. Auch das Erfordernis der Fälligkeit der Verrechnungsforderung ist erfüllt: Die Forderung von Fabienne aus dem Zivilurteil wurde mit dessen Rechtskraft fällig. Erfüllt ist auch das Erfordernis der Klagbarkeit der Verrechnungsforderung: Die Forderung wurde bereits eingeklagt und es besteht ein rechtskräftiges Zivilurteil. Schliesslich enthält der Sachverhalt keinen Hinweis darauf, dass die Parteien die Verrechnung ausgeschlossen hätten. Auch besteht kein gesetzlicher Verrechnungsausschluss.

Aus dem Gesagten folgt, dass Fabienne die Verrechnung ihrer eigenen Forderung in der Höhe von 4'000 sFr. mit der Forderung der Seeländer Sparkasse AG gültig erklären und damit in der Höhe von 4'000 sFr. erfolgreich die Verrechnungseinrede geltend machen kann.

#### **1.4. Verrechnungseinrede II (Lösung)**

Zu prüfen ist, ob Fabienne der Seeländer Sparkasse AG die Einrede der Verrechnung mit der Forderung von Manfred erfolgreich entgegenhalten kann.

Gemäss Art. 145 Abs. 1 OR kann ein Solidarschuldner dem Gläubiger solche Einreden entgegensetzen, die entweder aus seinem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger oder aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund oder Inhalt der solidarischen Verbindlichkeit hervorgehen. Als Umkehrschluss ergibt sich, dass ein Solidarschuldner dem Gläubiger persönliche Einreden, die einem Mitschuldner zustehen, nicht entgegensetzen kann.

Vorliegend ist der Gegenstand der Einrede ein Verrechnungsanspruch. Die Verrechnung ist eine persönliche Einrede des Solidarschuldners im Sinne von Art. 145 Abs. 1 OR. Sie steht gemäss Sachverhalt Manfred zu. Folglich kann nur Manfred, nicht aber Fabienne diese Einrede geltend machen.

Dieselbe Lösung ergibt sich aus Art. 120 OR. Die Verrechnung gemäss Art. 120 Abs. 1 OR setzt, wie oben dargelegt, die Gegenseitigkeit der Forderungen voraus. Im vorliegenden Fall hat Manfred, und nicht Fabienne, eine Forderung gegen die Bank. Es fehlt daher am Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen.

Im Ergebnis kann Fabienne die Verrechnungseinrede nicht erfolgreich erheben.

## II. Frage 2: Eheschutzmassnahmen

Hinweis: Für weiterführende Hinweise siehe HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2010; HEINZ HAUSHEER/RUTH RUESSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar. Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999; IVO SCHWANDER, Kommentierung Art. 169-172, 175-177, 180 ZGB, in: H. Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl. Basel 2010; VERENA BRÄM/Franz HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht. Teilband II 1c, die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Zürich 1998.

### 2.1. Benützung der Wohnung (Lösung)

Wenn Fabienne will, dass Manfred die Wohnung/das Reihenhaus nicht ohne ihre Zustimmung betritt, so könnte sie gestützt auf Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB im Rahmen einer Eheschutzmassnahme die Zuweisung der ehelichen Wohnung verlangen. Eine Eheschutzmassnahme im Sinne von Art. 176 ZGB setzt die begründete Aufhebung des gemeinsamen Haushalts voraus. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts durch einen Ehegatten ist gemäss Art. 175 ZGB dann berechtigt, wenn und solange seine Persönlichkeit, seine wirtschaftliche Sicherheit oder das Wohl der Familie durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet sind.

Vorliegend ist Manfred mehrfach mitten in der Nacht alkoholisiert in die Wohnung gekommen, hat den Fernseher aufgedreht, Fabienne geweckt und sie bedroht. Damit hat er Fabiennes psychische und physische Gesundheit gefährdet, weshalb die Voraussetzungen für die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gemäss Art. 175 ZGB erfüllt sind. Anzumerken bleibt, dass im Lichte des neuen Scheidungsrechts die Lehre und die kantonale Rechtsprechung an die ernsthafte Gefährdung der Persönlichkeit gemäss Art. 175 ZGB keine hohen Anforderungen stellen, so dass für die Bewilligung des Getrenntlebens nur noch der feste Trennungswille des Ehepartners geprüft wird.

Im Ergebnis kann Fabienne gestützt auf Art. 175 i.V.m. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB die Zuweisung der Wohnung/des Reihenhauses beim Eheschutzrichter beantragen. Verbunden damit ist ihre ausschliessliche Berechtigung, das Reihenhaus zu bewohnen. Manfred darf dieses nur noch mit ihrer Zustimmung betreten.

Gemäss Art. 172 Abs. 3 ZGB besteht im Rahmen des Eheschutzverfahrens zudem die Möglichkeit der (sinngemässen) Anwendung der Bestimmungen über den Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen. Möglich wäre daher auch die Anwendung von Art. 172 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 28b ZGB.

Die Anwendung von Art. 28b ZGB erfordert gemäss dessen Einleitungssatz in Abs. 1 als Tatbestandsvoraussetzung die Verletzung der Persönlichkeit des oder der Betroffenen in Form von Gewalt, Drohung oder Nachstellung.

Vorliegend kann eine Bedrohung von Fabienne durch Manfred bejaht werden; zwar stellt er ihr nicht explizit eine Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte in Aussicht, er wurde jedoch wiederholt ausfällig, rüttelte an der verschlossenen Türe des Zimmers, in dem sich Fabienne aufhielt, und drohte damit, Fabienne solle „besser im Gästezimmer übernachten und die Tür schliessen“ und er werde „für Ordnung sorgen“. Damit ist die Tatbestandsvoraussetzung der Drohung gemäss Art. 28b Abs. 1 ZGB gegeben und der Richter kann auf Antrag die vorgesehenen Massnahmen treffen, insbesondere Manfred für eine bestimmte Zeit aus der Wohnung ausweisen (Art. 28b Abs. 2 ZGB; die Voraussetzung des Zusammenlebens ist fraglos gegeben) und ggf. ein Annäherungsverbot aussprechen (Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1. und 2 ZGB).

Art. 28b ZGB dient dem vorübergehenden Schutz der Persönlichkeit, während Art. 175 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB die Zuweisung der ehelichen Wohnung zur Benützung für die Dauer der Trennung regelt, abhängig davon, wem die Wohnung mehr Nutzen bringt bzw. wem der Auszug leichter fällt. Folglich kann Fabienne beide Eheschutzmassnahmen gerichtlich beantragen, wobei diejenige nach Art. 28b i.V.m. Art. 172 Abs. 3 ZGB eher ihrem sofortigen Schutz dient, indem Manfred für eine bestimmte Zeit ausgewiesen wird, während sie über die „klassische“ Eheschutzmassnahme nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB eine längerfristige Zuweisung der Wohnung zur Benützung erwirken kann, sodass Manfred tatsächlich ausziehen und sich eine neue Wohnung suchen muss.

## **2.2. Kontosperrern (Lösung)**

Zu prüfen ist die Anwendbarkeit von Art. 178 Abs. 1 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von dessen Zustimmung abhängig machen. Ein Kontoguthaben fällt unter den Begriff der "bestimmten Vermögenswerte" im Sinne von Art. 178 Abs. 1 ZGB. Also stellt für Fabienne ein Begehren gestützt auf Art. 178 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZGB eine geeignete Massnahme dar. Sie kann damit erreichen, dass Manfred nicht ohne ihre Zustimmung Gelder von den gemeinsamen Konten abhebt und diese "leerräumt".

Die Verfügungsbeschränkung in Art. 178 Abs. 1 ZGB erfolgt allerdings nur, wenn es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage oder die Erfüllung einer Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert. Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben sind, war gemäss Fragestellung nicht zu prüfen.

## **2.3. Haftung des Ehegatten (Lösung)**

Gefragt ist, ob Fabienne sich berechtigterweise Sorgen machen muss, dass sie nach der Trennung für Manfreds Schulden aus seiner Geschäftstätigkeit haftet.

Gemäss Sachverhalt haben Manfred und Fabienne über ihren Güterstand keine Vereinbarung getroffen. Also gilt zwischen ihnen der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 181 ZGB). Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass Manfred als Einzelunternehmer tätig ist. Bei Schulden, die aus der Geschäftstätigkeit von Manfred stammen, handelt es sich um seine (eigenen) Schulden. Art. 202 ZGB besagt, dass jeder Ehegatte mit seinem gesamten Vermögen für seine Schulden haftet. Die Haftung des anderen Ehegatten ist damit ausgeschlossen.

Folglich sind Fabiennes Sorgen unberechtigt.

#### **2.4. Gütertrennung (Lösung)**

Zu prüfen war, ob das Gesetz eine Möglichkeit vorsieht, ab dem Zeitpunkt der "Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes" die Gütertrennung anzuordnen.

Anmerkung: Bereits in den vorangehenden Fragen ging es um die Anordnung einer Eheschutzmassnahme, was hier noch einmal durch die Wiederholung des Wortlauts von Art. 176 Abs. 1 ("Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes") bestätigt wird.

Gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 kann das Gericht die Gütertrennung im Rahmen einer Eheschutzmassnahme anordnen, falls die Umstände dies rechtfertigen. Demnach besteht diese Möglichkeit von Gesetzes wegen.

#### **2.5. Güterrechtliche Auseinandersetzung (Lösung)**

Weiter war zu prüfen, ob Fabienne im Zeitpunkt der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 176 Abs. 1 ZGB) erfolgreich beantragen kann, dass die gesamte güterrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen wird.

Gemäss Art. 172 Abs. 3 ZGB kann das Gericht nur die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen anordnen (numerus clausus der möglichen Eheschutzmassnahmen). Dazu gehört auch die Anordnung der Gütertrennung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; vgl. oben, Aufgabe 2.4). Die Eheleute können dieser Anordnung folgen, indem sie einvernehmlich die güterrechtliche Auseinandersetzung vornehmen (u.a. Trennung des Vermögens, Berechnung des Vorschlags, gegenseitige Ausgleichsansprüche). Hingegen kann im Rahmen des summarischen Eheschutzverfahrens das Gericht nicht selbst die güterrechtliche Auseinandersetzung vornehmen. Dafür sind die Gerichte in einem ordentlichen Verfahren zuständig. Fabienne kann deshalb nicht erfolgreich beantragen, dass das Eheschutzgericht die gesamte güterrechtliche Auseinandersetzung vornimmt.

Dasselbe würde im Übrigen gelten, wenn man annehmen würde, Fabienne stelle das Gesuch auf Anordnung der Gütertrennung gestützt auf Art. 185 ZGB. Auch in diesem (summarischen) Verfahren findet keine güterrechtliche Auseinandersetzung statt. Falls die Ehegatten den Güterstand in Nachachtung der gerichtlichen Anordnung nicht einvernehmlich liquidieren (können), müssen sie das ordentliche Verfahren beschreiten.

Korrekturhinweis: Richtig ist, dass die Wirkung der Gütertrennung auf den Zeitpunkt eintritt, in dem das Eheschutzbegehren eingereicht wurde (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Davon zu unterscheiden ist indessen die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit für die Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

## **2.6. Rechtsmittel (Lösung)**

Der Entscheid betreffend die Zuweisung der ehelichen Wohnung ist ein Eheschutzentscheid, der gemäss Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 248 ff. ZPO im Summarverfahren ergangen ist.

Entscheide im Summarverfahren können gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO innert 10 Tagen bei der Rechtsmittelinstanz mit Berufung angefochten werden.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 133 III 393 E. 4 S. 395 f.) handelt es sich bei einem Eheschutzentscheid um einen Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG, der das Verfahren prozessual abschliesst. Letztinstanzliche kantonale Eheschutzentscheide wie der vorliegende können mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht angefochten werden (Art. 72 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist innert 30 Tagen einzureichen (Art. 100 Abs. 1 BGG).

## **2.7. Allg. Ehewirkungen (Lösung)**

Gefragt ist hier nur nach der gesetzlichen Grundlage für einen allfälligen Rückzahlungsanspruch von Fabienne.

Anwendbar ist Art. 165 Abs. 2 ZGB, der einen Anspruch auf Entschädigung vorsieht, wenn ein Ehegatte bedeutend mehr an den Unterhalt der Familie beigetragen hat, als er eigentlich verpflichtet gewesen wäre. Dieser eherechtliche Entschädigungsanspruch besteht für erheblich zuviel geleistete Beiträge an den ehelichen Unterhalt, wobei die konkreten Verhältnisse in der betreffenden Familie massgebend sind. Ob eine entschädigungspflichtige Mehrleistung vorliegt, ist anhand der Vereinbarung der Ehegatten über ihren jeweiligen Beitrag an den Familienunterhalt zu beurteilen.

Korrekturhinweis: Für das Erreichen der vollen Punktzahl genügt die Nennung der Gesetzesbestimmung und deren Inhalt.

# **III. Frage 3: Zahlung an einen Unberechtigten**

## **3.1 Erfüllungsanspruch gegenüber der Bank I (Lösung)**

Vorliegend geht es um die Rechtsnatur des Anspruches von Fabienne gegenüber der Bank betreffend die Manfred unrechtmässig ausgezahlten 10'000 sFr.

Dem Auszug aus BGE 111 II 263 ff. ist zu entnehmen, dass die Bank aufgrund des mit Fabienne abgeschlossenen Vertrages verpflichtet ist, ihr auf Verlangen das auf dem Konto bestehende Guthaben auszuzahlen. Dabei handelt es sich gemäss bun-

desgerichtlicher Rechtsprechung um die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung und nicht etwa um einen Schadenersatz. Zahlt die Bank folglich an einen unberechtigten Dritten, besteht der *Erfüllungsanspruch* des Bankkunden (Fabienne) fort.

Dieser Erfüllungsanspruch beruht auf dem Vertrag von Fabienne mit der Bank. Ein Bankvertrag vereinigt meist Elemente verschiedener Vertragstypen des OR oder ist als eigenständige Art ein Innominatkontrakt. Sei es nun aus Darlehensrecht gemäss Art. 312 ff. OR, aus Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR oder aus Innominatvertrag – in jedem Fall besteht eine vertragliche Vereinbarung zwischen Fabienne und der Bank, die den Anspruch des Kunden (Fabienne) auf *Erfüllung* in Form der Auszahlung des Kontoguthabens beinhaltet.

Folglich sind folgende Antworten korrekt:

- Anspruch aus unerlaubter Handlung
- Anspruch aus culpa in contrahendo
- Anspruch aus Vertrag
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 41 OR
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR
- Anspruch auf Erfüllung

### **3.2. Erfüllungsanspruch gegenüber der Bank II (Lösung)**

Fabienne hat mit der Bank einen Kontovertrag abgeschlossen. Anfechtungs- oder Ungültigkeitsgründe des Vertrages sind aus dem Sachverhalt keine ersichtlich.

Wie der Fragestellung und dem Auszug aus BGE 111 II 263 ff. im Sachverhalt zu entnehmen ist, ist die Rechtsnatur des Spareinlagevertrages umstritten, wobei die heute herrschende Lehre auf den Spareinlagevertrag die Vorschriften über den Darlehensvertrag anwendet. Gemäss Sachverhalt ist für die Lösung von dieser Grundlage auszugehen.

Folglich wird Fabienne ihren Anspruch gegen die Seeländer Sparkasse AG auf Art. 312 OR über den Darlehensvertrag stützen, wonach der Borger zur Rückerstattung von Sachen der gleichen Art und Güte verpflichtet ist.

### **3.3. Einwendungen seitens der Bank**

#### **3.3.1. Einwendung „Wir haben die geforderten 10'000 sFr. bereits an Manfred bezahlt.“**

Die Bank wird mit ihrer Einwendung, wonach sie die 10'000 sFr. bereits an Manfred geleistet habe, keinen Erfolg haben.

Auf den Spareinlagevertrag kommen die Bestimmungen des Darlehensvertrages zur Anwendung (siehe oben). Gemäss Art. 312 OR verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Geldsumme, der Borger dagegen zur Rückerstat-

tung von Sachen gleicher Art und Qualität bzw. im Falle eines Gelddarlehens der gleichen Geldsumme.

Vorliegend ist Fabienne Darlehensgeberin, die Seeländer Sparkasse AG ist Borgerin. Die Seeländer Sparkasse AG schuldet demnach Fabienne die Rückgabe des Darlehens. Ihre Verpflichtung zur Rückgabe erlischt bei rechtsgültiger Erfüllung. Die rechtsgültige Erfüllung setzt unter anderem voraus, dass gegenüber der richtigen Person erfüllt wird. Bezüglich der Person des Leistungsempfängers gilt der Grundsatz, dass der Schuldner dem Gläubiger zu leisten hat. Erbringt er die vertragliche Leistung einem Dritten, hat er den Vertrag grundsätzlich nicht erfüllt.

Um den Darlehensvertrag gemäss Art. 312 OR zu erfüllen, muss die Bank die 10'000 sFr. demnach Fabienne bezahlen. Durch die Leistung von 10'000 sFr. an Manfred hat sie ihre Rückerstattungspflicht aus dem Darlehensvertrag mit Fabienne nicht rechtsgenügend erfüllt und der Anspruch von Fabienne besteht nach wie vor.

Daraus folgt, dass die Bank mit ihrer Einwendung, sie habe bereits erfüllt, nicht durchdringen wird.

### **3.3.2. Einwendung „Uns trifft kein Verschulden an der Auszahlung der 10'000 sFr. an Manfred.“**

Zu prüfen ist, ob die Einwendung des fehlenden Verschuldens für die Frage, ob Fabienne einen rechtsgültigen Anspruch auf Gutschrift der 10'000 sFr. erheben kann, relevant ist.

Dies ist nicht der Fall. Wie bereits festgehalten wurde, handelt es sich bei Fabiennes Anspruch um einen Anspruch auf Vertragserfüllung. Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob die Bank ein Verschulden an der richtigen Erfüllung trifft.

Zwar sieht Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR als Voraussetzung für einen vertraglichen Schadenersatz ein Verschulden des Schuldners vor. Auch die ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR setzt ein Verschulden voraus. Diese Anspruchsgrundlagen sind im vorliegenden Fall aber nicht anwendbar. Es liegt auch keine Leistungsunmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 OR vor, denn es gilt im Privatrecht der Grundsatz „Geld hat man [zu haben]“.

Folglich kann sich die Bank mit der Argumentation, dass sie an der Auszahlung kein Verschulden treffe, ihrer Erfüllungspflicht nicht entziehen.

Korrekturhinweis: Der Anspruch stützt sich *nicht* auf Art. 312 OR i.V.m. Art. 97 OR (keine Schadenersatzklage).

### **3.4. Einwendung aus den AGB**

Sofern Herr Müller bei der Seeländer Sparkasse AG eine Organstellung innehat, verpflichtet er durch seine Handlungen direkt die Bank als juristische Person (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Wenn Herr Müller in der Bank als CEO (Chief Executive Officer, Generaldirektor) amtiert, so ist er nach ein Organ i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZGB und die Haftung der Seeländer Sparkasse AG beurteilt sich nach Art. 100 OR (Art. 718 Abs. 2 OR).



Ist er hingegen ein einfacher Angestellter, kommt Art. 101 OR betreffend die Haftung für Hilfspersonen zur Anwendung.

Folglich ist nachfolgende Auswahl korrekt:

3.4.1. Wenn Herr Müller in der Bank als CEO (Chief Executive Officer, Generaldirektor) waltet:

- Art. 100 OR analog
- Art. 101 OR analog

3.4.2. Wenn Herr Müller ein einfacher Angestellter der Bank ist:

- Art. 100 OR analog
- Art. 101 OR analog

#### **IV. Frage 4: Werkvertrag**

Hinweis: Für weiterführende Hinweise siehe insbesondere: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011; GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Kommentierung Art. 363-379 OR, in: H. Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.

##### **4.1. Rücktritt vom Werkvertrag I (Lösung)**

Der Vertrag zwischen Manfred und der Baufix AG ist als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 OR zu qualifizieren, da Manfred den Einbau der Kücheneinrichtungen in einer neuen Mehrfamilienhausüberbauung schuldet, und die Baufix AG ihm im Gegenzug eine Vergütung zu leisten hat.

Es stellt sich die Frage, ob die Baufix AG aufgrund des neuen günstigen Vertrages mit der ausländischen Unternehmung in der Sachverhaltsvariante I per sofort vom Vertrag mit Manfred zurücktreten kann. Zu prüfen ist die Anwendbarkeit von Art. 377 OR.

Gemäss Art. 377 OR kann der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeiten und gegen volle Schadloshaltung des Bestellers jederzeit zurücktreten.

Vorliegend hat Manfred mit den Arbeiten begonnen, er hat sie aber noch nicht beendet. Also ist das Werk noch unvollendet, weshalb die Baufix AG vom Vertrag zurücktreten kann. Allerdings ist sie verpflichtet, Manfred die bereits geleistete Arbeit zu vergüten und ihn in vollem Umfang schadlos zu halten. Zu den bereits geleisteten Arbeiten gehören etwa die Planungsarbeiten, die Material und Arbeitskosten für die Vorfertigung der Schränke und Küchenelemente sowie die Arbeiten für den bereits erfolgten Einbau. Die Schadloshaltung geht auf den Ersatz des positiven Interesses, namentlich also den veranschlagten Gewinn.

## 4.2. Rücktritt vom Werkvertrag II (Lösung)

Die Rechtsfrage lautet, ob die Baufix AG in der Sachverhaltsvariante II von dem Werkvertrag mit Manfred zurücktreten durfte.

### 4.2.1. Besondere Bestimmungen des Werkvertragsrechts

Der Auftragsentzug ist rechtlich gesprochen ein Rücktritt vom Vertrag. Zu prüfen ist, ob die Baufix zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt war. Das Werkvertragsrecht enthält eine besondere Rücktrittsbestimmung in Art. 366 Abs. 1 OR. Gemäss dieser Bestimmung kann der Besteller ohne Abwarten des Liefertermins vom Vertrag zurücktreten, wenn der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt *oder* die Ausführung des Werkes in vertragswidriger Weise verzögert *oder* er sich ohne Schuld des Bestellers damit so sehr im Rückstand befindet, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist.

Die erste Voraussetzung findet im Sachverhalt keine Stütze. Bezüglich der dritten Variante (Rückstand) lässt der Sachverhalt keine abschliessende Beurteilung zu – nach allgemeinen Erfahrungswerten dürfte es sich jedoch bei der Erstellung von Immobilien eher so verhalten, dass eine rechtzeitige Vollendung durch eine mehrwöchige Verzögerung nicht ausgeschlossen ist, zumal die Einbauten bereits vorgefertigt sind und es sich nur um Innenausbauarbeiten handelt. Zudem wurde gemäss Sachverhalt auch kein Liefertermin vereinbart. Im Vordergrund steht damit die Prüfung, ob der Unternehmer im vorliegenden Fall das Werk in vertragswidriger Weise verzögert.

Korrekturhinweis: Wer die dritte Variante (Rückstand) geprüft und gut argumentiert hat, erhält ebenfalls die volle Punktzahl.

Im vorliegenden Fall fordert Manfred eine Vorauszahlung seiner Arbeiten. Gemäss der gesetzlichen Regelung in Art. 372 OR hat der Besteller die Vergütung erst bei der Ablieferung des Werkes zu zahlen. Eine anderslautende Abrede ist im Sachverhalt nicht enthalten. Also ist davon auszugehen, dass Manfred grundsätzlich keinen Anspruch auf Vorauszahlung seiner Arbeiten hat. Falls man in seiner Forderung ein Angebot auf Vertragsänderung hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten sehen will, so wurde dieser Antrag von der Baufix offensichtlich nicht angenommen. Folglich verhält sich Manfred vertragswidrig, wenn er seine Arbeiten deshalb nicht weiterführt, weil keine Vorauszahlung erfolgt.

Zu prüfen ist aber, ob Manfred allenfalls gestützt auf Art. 83 OR die Weiterarbeit einstellen durfte und die Pflichtwidrigkeit im vorliegenden Fall nicht eintritt. Gemäss Art. 83 Abs. 1 OR kann eine Vertragspartei ihre Leistung bis zur Sicherstellung der Gegenleistung zurückhalten, falls die andere Partei zahlungsunfähig geworden ist. Das Gesetz umschreibt die Zahlungsunfähigkeit als "wie namentlich, wenn er in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist".

Im vorliegenden Fall wurde über die Baufix noch kein Konkurs eröffnet und eine fruchtlose Pfändung kommt mit Blick auf die Organisationsform der Baufix als AG nicht in Betracht. Die explizit in Art. 83 OR erwähnten Voraussetzungen für die Rückbehaltung der Leistung sind also nicht erfüllt.

Allerdings spricht das Gesetz nur von "namentlich", es zählt also die Rückbehaltungsrechte nicht abschliessend auf. Dennoch wird man im vorliegenden Fall den Rückgriff auf Art. 83 OR nicht schützen können. Blosser Gerüchte über die mögliche Zahlungsunfähigkeit reichen nicht aus, um den Schutz von Art. 83 OR zu aktivieren.

Im Ergebnis kann sich also Manfred für die Rückbehaltung seiner Leistung nicht auf Art. 83 OR stützen. Seine Unterbrechung der Arbeit ist eine vertragswidrige Verzögerung des Werkes, weshalb die Baufix gestützt auf den Wortlaut von Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktreten könnte.

#### **4.2.2. Allgemeine Verzugsregeln**

Art. 366 Abs. 1 OR wird gemäss Lehre und Rechtsprechung punktuell ergänzt durch die allgemeinen Verzugsregeln in Art. 102 ff. OR, insbesondere die Voraussetzungen einer Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) und der Ansetzung einer Nachfrist (Art. 107 Abs. 1 OR).<sup>1</sup>

Die Voraussetzungen für den Rücktritt sind im wesentlichen in Art. 107 OR geregelt, wobei dieser auf den voraussehbaren Verzug ausgedehnt wird:

##### **4.2.2.1. Zweiseitiger Vertrag**

Der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 OR verlangt das Vorliegen eines zweiseitigen Vertrags.

Vorliegend haben Manfred und die Baufix AG einen Werkvertrag abgeschlossen. Der Werkvertrag ist ein vollkommen zweiseitiger Vertrag. Also ist diese Voraussetzung erfüllt.

Korrekturhinweis: Dieser Punkt wird hier der Vollständigkeit halber erwähnt. Das Unterlassen der Prüfung führt nicht zu einem Abzug. Dies auch deshalb, weil in der Lehre dafür plädiert wird, die besonderen Verzugsregeln des Art. 107 OR auch bei unvollkommen zweiseitigen oder gar bei einseitigen Verträgen (analog) zur Anwendung kommen müsse.

##### **4.2.2.2. Gültiges Zustandekommen des Vertrages**

Das gültige Zustandekommen des Vertrages kann vorliegend unterstellt werden: Der Sachverhalt enthält keine Hinweise, die auf einen fehlenden Konsens oder auf eine fehlende Gültigkeitsvoraussetzung hinweisen würden.

---

<sup>1</sup> Siehe etwa BGE 46 II 248, E. 2 S. 251, 98 II 213, E. 2 S. 115, 115 II 50, E. 2.a S. 55. Vgl. weiter ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 366, GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 2011, N 675 auf S. 269.

#### 4.2.2.3. Verzug seitens von Manfred

Art. 107 Abs. 1 setzt sodann voraus, dass sich der Schuldner in Verzug befindet. Gemäss Art. 102 OR setzt der Verzug die Fälligkeit der Forderung und die Mahnung des Gläubigers voraus (Abs. 1), wobei die Mahnung verzichtbar ist, wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Abs. 2). Nach der Bestimmung in Art. 75 OR wird eine Forderung sofort fällig, falls die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses in abweichender Weise bestimmt ist.

Vorliegend handelt es sich um einen Werkvertrag. Die werkvertragstypische Hauptpflicht liegt in der (rechtzeitigen) Herstellung und Ablieferung des Werkes. Dies ergibt sich auch aus der Marginalie zu Art. 366 OR: es geht um die „rechtzeitige Vornahme [...] der Arbeit“ vor Eintritt des Ablieferungs- bzw. Fälligkeitstermins. Manfred ist zum Einbau der Küchenelemente und Schränke verpflichtet und er hat diese Arbeit auch begonnen. Danach hat er die Arbeit jedoch entgegen seiner Pflicht zur rechtzeitigen Vornahme bzw. zur fortdauernden Herstellung während mehrerer Wochen unterbrochen, um eine vertraglich nicht vereinbarte Vorauszahlung zu fordern. Der Verzug liegt hier in der vertragswidrigen Verzögerung der Ausführung des Werkes. Die Baufix AG hat Manfred sodann mehrmals aufgefordert, seine Arbeiten fortzusetzen. Darin liegt eine rechtsgenügende Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR.

Also befindet sich Manfred im Verzug.

Korrekturhinweis: Für das Erreichen der vollen Punktzahl genügt die begründete Feststellung, dass sich Manfred im Verzug befindet bzw. dass rechtsgenügend gemahnt wurde. Ausführungen zur Herstellungspflicht oder zum Fälligkeitszeitpunkt waren nicht gefordert.

#### 4.2.2.4. Angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung

Nach der Bestimmung in Art. 107 Abs. 1 OR ist der Gläubiger berechtigt (und verpflichtet), dem säumigen Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung zu setzen.

Die Baufix AG hat Manfred nach wiederholten Aufforderungen eine ultimative Frist von 3 Tagen gesetzt. Diese Frist ist angesichts der Umstände angemessen. Manfred hat sie ungenutzt verstreichen lassen.

Korrekturhinweis: Da Manfred sich weigert, vor Erhalt einer Vorauszahlung weiter zu arbeiten, kann argumentiert werden, das Ansetzen einer Nachfrist sei von Anfang an unnütz, weshalb in sinngemässer Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR auch darauf verzichtet werden könne; da die Baufix jedoch eine solche Nachfrist angesetzt hat, erübrigen sich entsprechende Ausführungen.

#### 4.2.2.5. Unverzügliche Erklärung des Leistungsverzichts

Die Bestimmung in Art. 107 Abs. 2 OR räumt dem Gläubiger das Recht ein, nach Ablauf der angemessenen Nachfrist auf die nachträgliche Leistung zu verzichten, falls er dies unverzüglich erklärt.

Vorliegend hat die Baufix AG Manfred nach Ablauf der Frist den Auftrag entzogen. Damit hat sie ihm mitgeteilt, dass sie auf seine Leistung verzichtet.

#### **4.2.2.6. (Unverzügliche) Erklärung des Rücktritts**

Gemäss Art. 107 Abs. 2 OR muss der Gläubiger im Anschluss an den Leistungsverzicht erklären, ob er Ersatz aus der Nichterfüllung des entstandenen Schadens verlangt, oder ob er vom Vertrag zurücktritt.

Vorliegend hat die Baufix gegenüber Manfred sofort erklärt, sie entziehe ihm den Auftrag und trete vom Vertrag zurück. Sie hat damit ihr Wahlrecht unverzüglich, ausdrücklich und unmissverständlich kundgetan.

#### **4.2.3. Fazit**

Die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 OR sind im vorliegenden Fall erfüllt, weshalb die Baufix Manfred den Auftrag entziehen, bzw. vom Vertrag zurücktreten kann.

#### **4.3.1 Nachbesserungsrecht (Lösung)**

Die Rechtsfrage lautet, ob die Baufix AG von Manfred eine Nachbesserung der Einbauten verlangen kann. Das Werkvertragsrecht sieht in Art. 368 Abs. 2 OR die Behebung von Mängeln durch den Unternehmer vor. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

Die Prüfungsobliegenheit des Bestellers (Art. 367 OR) und die Einhaltung der der Verwirkungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 2 OR waren laut Sachverhalt klar erfüllt. Die Baufix AG hat das Werk auch nicht i.S.v. Art. 370 OR genehmigt. Im Vordergrund steht die Prüfung, ob ein Mangel i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR vorliegt und ob die Voraussetzung der verhältnismässigen Kosten für den Unternehmer erfüllt ist.

Gemäss Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller für den Fall, dass die Mängel oder Abweichungen vom Vertrag minder erheblich sind, vom Unternehmer die unentgeltliche Verbesserung des Werkes verlangen, sofern dies dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

Das Gesetz definiert den Werkmangel nicht. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein solcher vor, wenn die Beschaffenheit des Werkes nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entspricht oder das Werk nach der allgemeinen Verkehrsauffassung fehlerhaft ist. Gemäss Art. 368 Abs. 1 OR liegt ein erheblicher Mangel vor, wenn es für den Besteller unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Andere Mängel wären demzufolge "minder erhebliche Mängel" im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR.

Vorliegend sind die von Manfred gefertigten und eingebauten Elemente mangelhaft. Dem Sachverhalt sind keine vertraglichen Kriterien für die Beschaffenheit der Kücheneinrichtung zu entnehmen. Es ist jedoch offensichtlich, dass sich Küchenschränke ohne Probleme schliessen lassen müssen und Schubladen leichtläufig sein sollten, weshalb die fehlerhaften Einbauten von Manfred diese Anforderungen nicht erfüllen. Gleichzeitig handelt es sich um einen minder erheblichen Man-

gel im Sinne des Gesetzes, da die Elemente nicht unbrauchbar sind oder die Annahme nicht zugemutet werden könnte.

Korrekturhinweis: Die Baufix AG will laut Sachverhalt das (eingeschränkte) Bestellerrecht der Nachbesserung gemäss Art. 368 Abs. 2 OR ausüben. Die Unterscheidung zwischen einem schweren und einem minder erheblichen Mangel steht deshalb nicht im Vordergrund. Käme man zum Schluss, es handle sich um einen schweren Mangel, so wäre die Lösung aufgrund Art. 368 Abs. 3 OR (Baute auf Grund und Boden des Bestellers) wiederum die Gleiche. Wer deshalb die Qualifikation des Mangels als minder erheblich oder schwer *mit dieser Begründung* offengelassen hat, erhält dieselbe Punktzahl. Wer den Mangel mit guter Begründung als schwer qualifiziert und den Fall über Abs. 3 löst, erhält ebenfalls die volle Punktzahl.

Sodann kann unterstellt werden, dass die Mängelbehebung Manfred nicht übermässige Kosten verursacht. Die Mängel beruhen auf dem unsorgfältigen Einbau auf der Baustelle. Sie können behoben werden, indem die klemmenden Türen nochmals eingepasst und die Schubladenschienen angepasst werden. Solche Arbeiten entsprechen den routinemässigen Reparatur- und Anpassungsarbeiten, mit denen jeder Unternehmer rechnet. Insgesamt ist also die Voraussetzung der fehlenden übermässigen Kosten zulasten des Unternehmers erfüllt.

Korrekturhinweis: Diese Lösung entspricht auch der in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Meinung, dass für die Beurteilung der Übermässigkeit der Unternehmerkosten diese Kosten mit dem Nutzen des Bestellers an der Nachbesserung zu vergleichen sind. Vorliegend würden sich die Reparaturkosten von Manfred verglichen zum Nutzen der Baufix an funktionstüchtigen Küchen in einem Rahmen halten, den man als vernünftig bezeichnen müsste bzw. sind diese nicht unverhältnismässig.

Im Ergebnis kann die Baufix von Manfred also die Behebung der Fehler verlangen.

#### **4.3.2 Ersatzvornahme (Lösung)**

Die Rechtsfrage lautet, ob die Baufix AG auf Kosten von Manfred eine Nachbesserung der fehlerhaften Kücheneinbauten durch einen Dritten vornehmen lassen kann, wenn er sich weigert, die Ausbesserungsarbeiten vorzunehmen. Der Sachverhalt fragt explizit nach der Zulässigkeit einer Ersatzvornahme und *nicht* nach Schaden- bzw. Kostenersatz einer Ersatzvornahme.

In Frage steht hier zunächst die Feststellung des Ausführungsstandes des Werkes bzw. der Ablieferung. Gemäss Sachverhalt waren die Arbeiten abgeschlossen und die Abnahme des Werkes erfolgt, d.h. der Baufix AG stehen nur noch die Mängelrechte gemäss Art. 368 OR zu. Art. 368 Abs. 2 OR sieht jedoch keine Ersatzvornahme Dritter vor. Gemäss Art. 366 Abs. 2 OR hingegen ist *während* der Ausführung des Werkes eine Ersatzmassnahme unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Nach der Praxis des Bundesgerichts (BGE 107 II 50 E. 3 S. 55 f.) ist die analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR zu prüfen. Danach kann der Besteller einen Dritten mit der Verbesserung oder Fortführung des Werkes beauftragen, wenn sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers als bestimmt voraussehen lässt und

im der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe angesetzt hat und ihm im Unterlassungsfall die Ersatzvornahme angedroht hat.

Für die Analogie spricht, dass es kein Unterschied sein kann, ob sich der Mangel während der Erstellung des Werkes abzeichnet, oder erst bei dessen Fertigstellung. Andererseits kann argumentiert werden, dass die Ersatzvornahme nach Erstellung des Werkes nicht nötig ist, weil der Besteller im Falle des Verschuldens des Unternehmers ohnehin einen Schadenersatzanspruch hat. Dieser schliesst die Kosten für den Beizug einer Drittperson ein.

Sollte man von einer Analogie ausgehen, so sind die nachfolgenden Voraussetzungen zu beachten, die in Art. 366 Abs. 2 OR vorgesehen werden: Erstens braucht es ein Verschulden des Unternehmers. Dabei ist es nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ausreichend, wenn der Besteller kein Selbstverschulden an dem Mangel trägt. So oder anders kann man hier ein Verschulden seitens Manfreds ohne Weiteres bejahen, denn die Tatsache, dass die Küchenschranktüren nicht richtig schliessen und dass Schubladen nicht richtig zurückgleiten, ist gemäss Sachverhalt eine Folge der unsorgfältigen Montage. Weiter setzt die Ersatzvornahme voraus, dass die Baufix AG Manfred eine angemessene Frist zur Abhilfe setzt und ihm androht, dass sie im Unterlassungsfalle zur Ersatzvornahme schreiten wird.

Im Ergebnis kann also die Baufix AG gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR analog zur Ersatzvornahme schreiten. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Baufix AG Manfred zunächst eine angemessene Frist setzen und ihm die Ersatzvornahme androhen müsste. Da Manfred sich weigert und das Ansetzen einer Nachfrist deshalb von Anfang an unnütz ist, kann die Baufix in sinngemässer Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR auch darauf verzichten.

Korrekturhinweis: Wer an Stelle der analogen Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR einen anderen, vertretbaren und gut begründeten Lösungsweg gewählt hat, erhält ebenfalls Punkte.