



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

^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

**Rechtswissenschaftliche
Fakultät**

Departement für Privatrecht
Zivilistisches Seminar

Fachprüfung im Privatrecht I vom 22. August 2011

(Art. 12 Abs. 1 lit. a RSL RW)

Aufgabensteller und Korrektor: Prof. Dr. Thomas Koller

Prof. Dr. Thomas Koller
Ordinarius für Privatrecht und
Sozialversicherungsrecht, unter
Berücksichtigung des Steuerrechts

Tel: +41 (0)31 631 89 71
Fax: +41 (0)31 631 89 75
thomas.koller@ziv.unibe.ch
www.ziv.unibe.ch

Prof. Dr. Thomas Koller
 Prof. Dr. Susan Emmenegger
 Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

„Nichts als Probleme mit Triethylenglycol, Kakaobohnen und einem vierstrahligen Flugzeug!“

Fachprüfung im Privatrecht I vom 22. August 2011

gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a RSL RW

Alle nachfolgenden Fälle sind (nach schweizerischem Obligationenrecht) zu bearbeiten. Die Ausführungen sind (mit ganzen Sätzen, nicht bloss mit Stichworten) zu begründen und soweit möglich mit den massgebenden Gesetzesartikeln zu belegen. Achten Sie auf eine saubere Subsumtionstechnik. Dort, wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden vernünftigen Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen trotzdem zu prüfen.


Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung!). Die Zeit ist knapp: Beschränken Sie sich auf das Wesentliche!


Fall 1

Hans Hastig (H) ist Inhaber einer Unternehmung, die verschiedene Produkte herstellt und zu diesem Zweck immer wieder bei unterschiedlichen Lieferanten Chemikalien aller Art bezieht. Eines Tages bittet er – wie immer in Eile – seine Sekretärin, bei der Chemikalienhandlung Glykolin AG (G) zehn Kanister Triethylenglycol (im Folgenden: TEG)¹ zu bestellen. Die Sekretärin, erst seit zwei Wochen bei H tätig, versteht ihn nicht richtig, wagt aber nicht, den davonhastenden Chef mit einer Frage zu behelligen und schaut auf der Webseite der G, welche Produkte diese anbietet. Daraufhin schreibt sie einen Brief mit einer Bestellung von zehn Kanistern Diethylenglycol (im Folgenden: DEG)², den H (kurz vor dem Sprung auf den Golfplatz) unterschreibt, ohne ihn genau durchzulesen. Ein paar Tage später wird das DEG geliefert. H ist erstaunt, als er die Kanister mit den Gefahrensymbolen „Gesundheitsschädlich“ bzw. „Achtung“³ sieht, denn seines Wissens ist bei TEG keine

¹ Summenformel von Triethylenglycol: $C_6H_{14}O_4$

² Summenformel von Diethylenglycol: $C_4H_{10}O_3$

³ Xn  R22: Gesundheitsschädlich beim Verschlucken

bzw.  H302: Gesundheitsschädlich beim Verschlucken

Gefahrenbezeichnung vorgeschrieben. Vorerst hat er aber keine Zeit, sich um die Lieferung zu kümmern. Erst als er zehn Tage später die Kanister genauer anschaut, stellt er fest, was geschehen ist. Umgehend verlangt er von der G die Rücknahme der Kanister; er benötige TEG, nicht DEG. Diese lehnt jedoch ab; man habe geliefert, was bestellt worden sei und zudem sei die Reklamation ohnehin verspätet. H schulde daher den Kaufpreis. Eventualiter macht die G geltend, H würde zumindest sämtliche Transportkosten zu übernehmen haben und Ersatz für entgangenen Gewinn schulden, falls er zur Rückgabe der Chemikalien berechtigt sein sollte. H bestreitet, G etwas zu schulden.

1. *Wie beurteilen Sie die Rechtslage?*

9 Punkte

2. *Würde sich etwas ändern, wenn H nicht beweisen könnte, dass er eigentlich TEG bestellen wollte (z.B. weil er den Beweis nur führen könnte, indem er Geschäftsgeheimnisse offenbart, was er aber nicht möchte)?*

1 Punkt

Fall 2

Die Crash Air (C) ist Eigentümerin eines vierstrahligen Geschäftsreiseflugzeuges vom Typ Lockheed L-1329-25 Jetstar II. Sie hat das Flugzeug der Business Airline Support (B) zur Wartung und Instandstellung anvertraut. Die Parteien haben (unter anderem) vereinbart, dass die C die Maschine nach der Revision wieder abholen werde. Nach Beendigung der Arbeiten forderte B die C mehrfach erfolglos auf, das Flugzeug zurückzunehmen. B benötigt den Platz im Hangar dringend und möchte daher das Flugzeug rasch loswerden. Sie kennt jemanden, der am Kauf des Flugzeuges interessiert wäre.

Was kann die B tun?

(Hinweis: Die Wartung des Flugzeuges erfolgt gestützt auf einen Werkvertrag. Die Frage kann aber nach den Regeln des Allgemeinen Teils des OR beantwortet werden. Beachten Sie dabei, dass eine der Verpflichtungen des Werkunternehmers darin besteht, dem Besteller die zur Bearbeitung anvertraute Sache zurückzugeben.)

5 ½ Punkte

Fall 3

Ihre Klientin, die Fine Swiss Chocolate AG (F), ist Herstellerin von speziellen Schokoladenprodukten. Sie hat mit der Cacao Beans Ltd. (CB) einen Vertrag über den Kauf von 10 Tonnen Kakaobohnen (zu liefern am 30. März 2011 durch CB an das Domizil der F; zahlbar nach Lieferung) geschlossen. Als der Lastwagen mit dem Kakao am 30. März 2011 nicht erscheint, ist die F einerseits zwar ein wenig beunruhigt wegen des bereits sehr tiefen Lagerbestandes (was bei ihr vor jeder geplanten Lieferung üblich ist, da sie ihr Lager seit je aus wirtschaftlichen Gründen sehr „eng“ bewirtschaftet; ihren Lieferanten gegenüber hat sie allerdings diese enge Lagerbewirtschaftung bewusst nie offenbart). Andererseits ist die F allerdings auch nicht unglücklich, denn am Vortag ist der Kakaopreis wegen der politischen Entwicklung in der Elfenbeinküste deutlich zurückgegangen. Am 31. März 2011 schliesst die F mit einem andern Lieferanten einen entsprechenden Vertrag mit einer sehr kurzen Lieferfrist. Gleichzeitig teilt sie der CB per E-Mail mit, sie benötige die bestellten Kakaobohnen nicht mehr und löse daher den Vertrag auf, verzichte aber grosszügig auf Schadenersatz wegen der Nichteinhaltung des Liefertermins. Die CB remonstriert umgehend und macht geltend, F könne nicht einfach auf den Kakao verzichten; am andern Morgen (es sei kein Erstaprielscherz!) werde die Lieferung bei F eintreffen. Obwohl F sofort per E-Mail auf ihrem Standpunkt beharrt, trifft am Vormittag des 1. April 2011 bei F ein Lastwagen mit dem Kakao ein. F möchte an sich die Annahme der Lieferung verweigern, da sie demnächst die Ersatzware erwartet, ist aber plötzlich unsicher geworden. Deshalb ruft die F Sie (in Ihrer Eigenschaft als Rechtsanwältin/Rechtsanwalt) an – während der Lastwagen vor der Lagerhalle wartet – und fragt, ob sie die Entgegennahme der Kakaobohnen ablehnen dürfe.

1. *Wie beantworten Sie die Frage, wenn angenommen wird,*

- a) *dass der Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung (gleich wie der Kauf zur Weiterveräußerung) zum „kaufmännischen Verkehr“ im Sinne der hier interessierenden Norm gehört (so etwa die Auffassung von HERBERT SCHÖNLE im Zürcher Kommentar und von SILVIO VENTURI im Commentaire Romand)?*

- b) *dass der Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung (anders als der Kauf zur Weiterveräußerung) nicht zum „kaufmännischen Verkehr“ im Sinne der hier interessierenden Norm gehört (so etwa die Auffassung von ALFRED KOLLER im Basler Kommentar)?*

9 ½ Punkte

2. Welche der oben in Frage 1 erwähnten Auffassungen ist Ihrer Meinung nach überzeugender (bitte mögliche Argumente für beide Auffassungen aufzeigen und gegeneinander abwägen)?

3 Punkte

Die F verweigert die Annahme der Ware. Auf der Rückfahrt wird der Chauffeur ohne sein Verschulden in einen Unfall verwickelt, bei dem die gesamte Ladung zerstört wird. Die CB verlangt von F die Zahlung des Kaufpreises.

3. Angenommen, F hätte die Ware entgegennehmen müssen: Verlangt die CB die Zahlung des Kaufpreises zu Recht?

(Hinweis: Allfällige Haftpflichtansprüche gegen Dritte oder Versicherungsansprüche sind nicht zu berücksichtigen.)

2 Punkte

Viel Erfolg!

Lösungsskizze

Fall 1

1. Zu prüfen ist, ob zwischen H und G ein Vertrag zustande gekommen ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages eine übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Parteien erforderlich. Ein *effektiv übereinstimmender Wille* (natürlicher Konsens) *liegt nicht vor*, denn H möchte Triethylenglycol kaufen, die G aber Diethylenglycol liefern. Allerdings kann in casu problemlos von einem *normativen Konsens* (und damit von einem Vertrag) über die Bestellung von Diethylenglycol ausgegangen werden. Denn H hat in seinem Bestellbrief ausdrücklich (wenn auch versehentlich) diese Chemikalie aufgeführt und G durfte darauf vertrauen, dass H diesen Stoff geliefert haben wollte. Für die G bestand kein Anlass, an der Richtigkeit dieser Bestellung zu zweifeln, zumal H für seine Unternehmung immer wieder Chemikalien aller Art bezieht. Gemäss Vertrauensprinzip durfte somit die G annehmen, H bestelle bei ihr Diethylenglycol.

In einem zweiten Schritt ist nun aber zu prüfen, ob sich H auf einen Willensmangel berufen kann. In Frage kommt ein *Erklärungsirrtum* gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR. Gemäss dieser Bestimmung ist ein Irrtum dann ein wesentlicher, wenn der Wille des Irrenden auf eine *andere Sache* gerichtet war, als er erklärt hat (*error in obiecto*). Ein solcher Irrtum liegt vor, wenn sich der Erklärende über die Identität einer Sache irrt (*Identitätsirrtum*). Ist der Vertragsgegenstand wie hier nur der Gattung nach bestimmt, bereitet die Abgrenzung zum Eigenschaftsirrtum, der sich nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR beurteilt, gewisse Schwierigkeiten⁴. Im vorliegenden Fall handelt es sich indessen eindeutig um einen Erklärungsirrtum. Bei den beiden zur Diskussion stehenden Chemikalien handelt es sich um unterschiedliche Sachen; die chemische Zusammensetzung ist anders und die eine Chemikalie (Diethylenglycol) ist ein kennzeichnungspflichtiger gesundheitsschädlicher Stoff, die andere (Triethylenglycol) dagegen ist nicht kennzeichnungspflichtig. H hat sich somit bei seiner Bestellung nicht über eine Eigenschaft der bestellten Sache geirrt, sondern er hat etwas wesentlich anderes bestellt, als er wollte.

⁴ Siehe dazu etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Bern 2009, Rz. 37.13.

H kann binnen Jahresfrist ab Entdecken des Irrtums geltend machen, dass er den Vertrag nicht halten will (Art. 31 OR). Seine Erklärung gegenüber G, er benötige Triethylenglycol, nicht Diethylenglycol, und er verlange die Rücknahme der gelieferten Kanister, stellt eine solche *Irrtumsanfechtung* dar. Der Einwand der G, die Reklamation erfolge (zehn Tage nach der Lieferung) verspätet, ist unbehelflich.

Gemäss Art. 25 Abs. 1 OR wäre die Berufung auf Irrtum unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstossen würde. Davon kann in casu jedoch nicht die Rede sein. Den Kaufpreis muss H somit nicht bezahlen.

Allerdings hat H den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, weil er den von der noch unerfahrenen Sekretärin verfassten Bestellbrief unterschrieben hat, ohne ihn genau zu lesen. Er schuldet daher der G *Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens* (Art. 26 Abs. 1 OR), d.h. den Ersatz des *negativen Interesses*. Damit hat er auf jeden Fall die Kosten für die Lieferung und die Rücksendung zu tragen. Unter dem Titel des negativen Interesses könnte G dagegen Ersatz für entgangenen Gewinn nur fordern, wenn sie nachweist, dass sie die Ware anderweitig hätte verkaufen können. Das dürfte ihr zwar leicht fallen, da sie als Handelsunternehmen fortlaufend ihre Chemikalien verkauft. Aus dem gleichen Grund wird sie aber auch die von H zurückzugebenden zehn Kanister Diethylenglycol problemlos anderweitig veräussern können. Es ist daher zweifelhaft, ob hier ein entgangener Gewinn zum Vertrauensschaden gehört.

Korrekturbemerkung: Die Studierenden müssen wissen, dass entgangener Gewinn nur zum negativen Interesse gehört, wenn der Gläubiger nachweist, dass ihm ein anderweitiges Geschäft entgangen ist, weil er auf die Existenz des (nun vom Gegner angefochtenen) Vertrages vertraut hat. Ob sie hier einen Schaden bejahen oder verneinen, ist für die Bewertung nicht relevant.

Zu den Transportkosten: Gemäss Art. 189 Abs. 1 OR hat ohne anderweitige Verabredung der Käufer die Transportkosten zu tragen. In der Regel schießt aber der Verkäufer diese Kosten vor und überwälzt sie anschliessend auf den Käufer. Bei einer Irrtumsanfechtung entfällt die (vertragliche) Grundlage für diese Überwälzung. Insoweit erleidet die G einen Schaden, der unter das negative Interesse fällt. Dogmatisch nicht leicht fassbar wären wohl bei ganz genauer Betrachtung die Kosten für die Rücksendung. Im Ergebnis kann es aber nur so sein, dass diese vom Irrenden getragen werden. Differenzierte Ausführungen dazu können hier nicht erwartet werden.

Anders verhält es sich, wenn Art. 26 Abs. 2 OR angewandt wird. Nach dieser Bestimmung kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen, wenn es der Billigkeit ent-

spricht. Dieser „weitere Schaden“ kann bis zum *Erfüllungsinteresse* gehen⁵. Unter diesem Titel wäre der entgangene Gewinn grundsätzlich auch in einem Fall wie dem vorliegenden ersatzfähig. Fraglich ist aber, wann die „Billigkeit“ einen solchen weitergehenden Anspruch verlangt. Die Lage der Verkäuferin wird in casu durch die Irrtumsanfechtung nicht wesentlich beeinträchtigt; dies spricht eher gegen eine Anwendung von Art. 26 Abs. 2 OR. Für die Anwendung dieser Norm spricht höchstens das Verschulden des H, der – wäre er nicht so stark auf das Golfspielen fixiert gewesen – den Fehler im Bestellbrief leicht hätte entdecken können. Ausreichen dürfte dieser Umstand allerdings kaum.

Korrekturbemerkung: Die gegenteilige Auffassung ist ebenfalls vertretbar. Für die Bewertung wesentlich ist, dass das Problem der Billigkeit erkannt und diskutiert wird.

2. Falls H nicht beweisen kann, dass er effektiv Triethylenglycol bestellen wollte, hat seine Irrtumsanfechtung keinen Erfolg. Wer sich auf einen Erklärungsirrtum beruft, trägt die *Beweislast* für das wirklich Gewollte. Die blossе Behauptung eines Erklärungsirrtums genügt nicht.

Fall 2

Zwischen B und C ist ein Vertrag über die Wartung und Instandstellung des Flugzeuges zustande gekommen. Gestützt auf diesen (Werk)Vertrag hat die B unter anderem die Pflicht, das Flugzeug nach Beendigung der Arbeiten zurückzugeben. Im Gegenzug ist die C mit der *Obliegenheit* belastet, das gehörig angebotene Flugzeug zurückzunehmen.

Gemäss Art. 91 OR kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung ungerechtfertigt verweigert. B bietet das Flugzeug *gehörig* an. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarung (die gemäss Art. 74 OR zulässig ist) ist die Rückgabeobligation von B am Wartungsort zu erfüllen; *es liegt somit eine Holschuld vor*. Bei einer Holschuld genügt es, wenn der Schuldner dem Gläubiger ein wörtliches Angebot zur Rückgabe unterbreitet (*Verbaloblation*)⁶. Ein Recht, die Rücknahme des Flugzeugs abzulehnen, steht C nicht zu, da keine objektiven Annahmeverweigerungsgründe vorliegen.

⁵ INGEBORG SCHWENZER, Art. 26 N 8, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Aufl. Basel 2007.

⁶ BGE 109 II 26 E. 4a S. 32.

Indem C das Flugzeug nicht im Hangar abholt oder abholen lässt, gerät sie somit in *Gläubigerverzug*.

In Frage steht hier eine *Sachleistung der Schuldnerin B* gemäss Art. 92 f. OR. Um eine solche Sachleistung handelt es sich nicht nur dann, wenn die Schuldnerin – wie z.B. bei einem Kaufvertrag – zur Sachübergabe mit Eigentumsverschaffung verpflichtet ist, sondern auch wenn sie eine zum Gebrauch (wie z.B. bei der Miete) oder zur Bearbeitung (wie hier) anvertraute Sache zurückgeben muss⁷.

Ist eine Sachleistung geschuldet, so ist die Schuldnerin im Gläubigerverzug zur *Hinterlegung* der Sache auf Gefahr und Kosten der Gläubigerin befugt (Art. 92 Abs. 1 OR). Den Ort der Hinterlegung hat der Richter zu bestimmen (Art. 92 Abs. 2 OR). Auf diese richterliche Bestimmung kann in casu nicht verzichtet werden, da ein Flugzeug nicht als Ware qualifiziert werden kann, die in einem Lagerhaus hinterlegt werden dürfte (Art. 92 Abs. 2 zweiter Satzteil OR)

Bei einem grossen vierstrahligen Flugzeug würde eine Hinterlegung nun allerdings erhebliche Aufbewahrungskosten verursachen. Daher muss die Schuldnerin berechtigt sein, nach Art. 93 OR vorzugehen. *Sie kann nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters das Flugzeug öffentlich verkaufen lassen und anschliessend den Erlös hinterlegen* (Art. 93 Abs. 1 OR)⁸.

Auf die vorgängige Androhung des Verkaufs kann nicht verzichtet werden und ein nicht öffentlicher Verkauf ist ausgeschlossen, weil hier die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 2 OR nicht erfüllt sind. Das Flugzeug hat im Verhältnis zu den Verkaufskosten nicht einen geringen Wert und von einem Börsen- oder Marktpreis wird man bei einem gebrauchten Flugzeug nicht ausgehen können. Der Richter darf daher einen privaten Verkauf an den Interessenten, den die B kennt, nicht bewilligen. Erst recht käme ein direkter Verkauf an diesen Dritten ohne richterliche Bewilligung nicht in Frage.

⁷ BGE 136 III 178 E. 7.1 S. 185.

⁸ Vgl. zum Ganzen auch BGE 136 III 178, dem diese Aufgabe nachgebildet ist.

Fall 3

1. Zwischen F und CB ist ein *Kaufvertrag* zustande gekommen. Die Parteien haben mit dem 30. März 2011 einen eindeutigen Liefertermin und damit einen *Verfalltag* gemäss Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart. Da die Verkäuferin nicht fristgerecht liefert, ist sie mit Ablauf dieses Termins *ohne Mahnung in Verzug* geraten. Die andern Verzugsvoraussetzungen sind offenkundig erfüllt: die Fälligkeit der Forderung wurde mit dem Verfalltag vertraglich bestimmt (Art. 75 OR), die Lieferung ist noch möglich und verzugs hindernde Einreden sind nicht ersichtlich.

Mit der Mitteilung an die CB, sie benötige die Lieferung der Kakaobohnen nicht mehr und löse daher den Vertrag auf, ist die F vom Vertrag im Sinne von Art. 109 Abs. 1 OR *zurückgetreten*, ohne indessen der CB vorgängig eine Nachfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR anzusetzen. Wirksam ist dieser Rücktritt nur, wenn entweder die Voraussetzungen von Art. 190 oder von Art. 108 OR erfüllt sind.

a) Geht man davon aus, dass der Bezug von Rohstoffen zur Verarbeitung zum kaufmännischen Verkehr gehört⁹, so findet Art. 190 OR Anwendung. Nach Art. 190 Abs. 1 OR wird vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche, wenn *im kaufmännischen Verkehr* ein *bestimmter Lieferungs termin* verabredet wird und der Verkäufer in Verzug kommt. Eine Nachfristansetzung ist dazu nicht erforderlich, im Gegenteil: Beharrt der Käufer auf Lieferung, so muss er dies dem Verkäufer unverzüglich anzeigen (Art. 190 Abs. 2 OR). Grundsätzlich bleibt der Vertrag zwar bestehen, aber der Käufer hat Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Nach herrschender Lehre steht dem Käufer jedoch auch das Recht zu, stattdessen (ohne Nachfristansetzung) den Rücktritt vom Vertrag zu erklären¹⁰.

Korrekturbemerkung: Art. 190 OR erwähnt die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag nicht. Daraus könnten die Studierenden ableiten, dass diese Bestimmung den Rücktritt nicht zulässt, der Gläubiger also auf die allgemeinen Ver-

⁹ So z.B. HERBERT SCHÖNLE, Art. 190 N 19, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V 2a Erste Lieferung (Art. 184-191 OR), Zürich 1993; SILVIO VENTURI, Art. 190 N 2, in: Commentaire Romand, Code des obligations I, hrsg. von Luc Thévenoz/Franz Werro, Genève/Bâle/Munich 2003 .

¹⁰ ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 190 N 14; ALFRED KOLLER, Art. 190 N 17, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Aufl. Basel 2007.

zugsregeln verwiesen ist, wenn er vom Vertrag zurücktreten will. Eine solche Argumentationsweise wäre zu akzeptieren, da von den Studierenden nicht erwartet werden kann, dass sie die erwähnte Lehrmeinung kennen. Zudem spielt dies für die Beantwortung der Frage auch keine zentrale Rolle: Gefragt ist unter Ziff. 1 nur, ob die F die Entgegennahme der Ware verweigern darf. Und das darf sie auch, wenn der Vertrag bestehen bleibt, sofern nur gemäss Art. 190 Abs. 1 OR ihr Lieferanspruch untergeht.

Die Tatbestandsvoraussetzungen „kaufmännischer Verkehr“, „Vereinbarung eines Lieferungstermin“ und „Verzug des Verkäufers“ sind in casu erfüllt. Dies genügt für sich indessen noch nicht. Art. 190 OR geht von der *Vermutung* aus, die Vereinbarung eines Lieferungstermins beinhalte auch *ein relatives Fixgeschäft*. Diese Vermutung kann vom Verkäufer im Einzelfall widerlegt werden (Beweis des Gegenteils). Er trägt für die Umstände, welche die Vermutung widerlegen sollen, die *Beweislast*. Als solche Umstände kämen etwa beiden Parteien bekannte Handelsusancen in Betracht, allenfalls auch frühere Lieferungen, bei denen der Käufer dem Verkäufer im Verzugsfall ein Nachlieferungsrecht eingeräumt hat. Im vorliegenden Fall lassen sich dem (knappen) Sachverhalt jedoch keine solchen Umstände entnehmen. Der CB dürfte es daher kaum gelingen, die Vermutung eines relativen Fixgeschäftes zu widerlegen.

Korrekturbemerkung: Selbstverständlich wäre hier auch das Gegenteil vertretbar, etwa unter Hinweis darauf, dass es sich bei Art. 190 OR um eine problematische (weil weder den Interessen des Verkäufers noch des Käufers gerecht werdende) Norm handle und dass sich daher wie bei Art. 108 Ziff. 3 OR aus den Umständen klar ergeben müsse, dass für den Käufer die exakte Einhaltung der Lieferzeit zentral sei.¹¹ Wesentlich ist, dass das Problem der Fixgeschäftvermutung erkannt und diskutiert wird.

Die Frage, binnen welcher Frist der Käufer das Wahlrecht zwischen Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf die Primärleistung (wie in Art. 190 OR vorgesehen) und Rücktritt ausüben muss¹², kann hier offen bleiben. F hat den Rücktritt am Tag nach Verzugsseintritt und damit auf jeden Fall unverzüglich ausgeübt. Damit hat F den Vertrag wirksam aufgelöst.

b) Geht man davon aus, dass der Bezug von Rohstoffen zur Verarbeitung nicht zum kaufmännischen Verkehr gehört¹³, so findet Art. 190 OR keine Anwendung. Massgebend sind diesfalls die allgemeinen Verzugsregeln, konkret die Art. 107 ff. OR. Nach diesen

¹¹ So etwa die Auffassung von HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. Bern 2010, S. 61 f.

¹² Vgl. dazu etwa ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 190 N 15; BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 10), Art. 190 N 19.

¹³ So z.B. BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 10), Art. 190 N 10.

Regeln kann der Gläubiger die ihm zustehenden Wahlrechte ohne Nachfristansetzung nur ausüben, wenn einer der Tatbestände von Art. 108 OR erfüllt ist. Im vorliegenden Fall ist Art. 108 Ziff. 3 OR näher zu prüfen. Nach dieser Bestimmung ist die Ansetzung einer Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung nicht erforderlich, wenn sich aus dem Vertrage die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (*relatives Fixgeschäft*). Nicht jedes Verfalltagsgeschäft – wie es hier offenkundig vorliegt – ist gleichzeitig auch ein relatives Fixgeschäft. Ein solches liegt nur vor, *wenn die (genaue) Einhaltung des Erfüllungstermins nach dem Willen der Parteien zu den wesentlichen Vertragspunkten gehört*¹⁴. Ob dies zutrifft, ist auf dem Auslegungsweg zu ermitteln. Da ein relatives Fixgeschäft nicht leichthin anzunehmen ist, trägt der Gläubiger (hier also die F) die *Beweislast* für die Umstände, die auf eine Fixgeschäftabrede schliessen lassen.

Im vorliegenden Fall dürfte F dieser Beweis kaum gelingen. Dass es ihr auf die genaue Einhaltung des Liefertermins wegen ihrer „engen“ Lagerbewirtschaftung ganz zentral ankam, konnte die CB nicht erkennen, da F ihren Lieferanten gegenüber diese „Vorratspolitik“ (bewusst) nicht offenbarte. Andere Umstände, aus denen die CB auf eine Fixgeschäftabrede schliessen mussten, sind nicht ersichtlich. F durfte daher nicht auf die Nachfristansetzung verzichten. Daher war ihre Rücktrittserklärung vom 31. März 2011 unwirksam. Der Vertrag besteht somit weiterhin, weshalb F die Annahme nicht verweigern darf.

*Korrekturbemerkung: Mit der ungerechtfertigten Weigerung, die Kakaobohnen entgegenzunehmen, gerät F in Gläubigerverzug. Gleichzeitig wird damit der Schuldnerverzug der CB beendet*¹⁵. Das müssen die Studierenden hier aber nicht erwähnen.

2. Art. 190 OR bezweckt, im Interesse beider Parteien rasch Klarheit darüber zu schaffen, ob der Verkäufer noch liefern darf und der Käufer die Ware (wenn auch verspätet) noch annehmen muss. Beide Parteien sollen im Verkäuferversug rasch die Dispositionsfreiheit zurückgewinnen: Der Verkäufer soll rasch wissen, ob er die Ware anderweitig veräussern darf, und im Gegenzug soll der Käufer rasch wissen, ob er einen Ersatzkauf tätigen kann. Bei *Umsatzgeschäften* (Kauf zwecks Weiterverkauf) im gewerblichen Bereich ist das Interesse des Käufers, rasch einen Ersatzkauf tätigen zu können, in aller Regel gegeben, weil

¹⁴ WOLFGANG WIEGAND, Art. 108 N 5; in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Aufl. Basel 2007.

¹⁵ Vgl. zum Mechanismus „Gläubigerverzug schliesst Schuldnerverzug aus“ SCHWENZER (Fn. 4), Rz. 70.03.

er sonst riskiert, gegenüber seinen eigenen Abnehmern in Verzug zu geraten. *Ein ähnliches Interesse besteht aber vielfach auch beim Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung:* Kann sich der Käufer die benötigten Rohstoffe nicht umgehend anderweitig beschaffen, so riskiert er Produktionsverzögerungen, die zu Lieferverzögerungen gegenüber seinen Abnehmern führen können¹⁶. Die Anwendung von Art. 190 OR auf den Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung wäre von da her sachgerecht.

Der gegenteilige Standpunkt liesse sich etwa wie folgt begründen: Es ist grundsätzlich das Risiko des Käufers, wenn er eine „enge“ Lagerbewirtschaftungspolitik betreibt. Mit einer etwas grosszügigeren Lagerhaltung liessen sich auch im Falle verspäteter Rohmateriallieferungen Produktionsverzögerungen vermeiden. Will der Käufer das Risiko seiner Lagerhaltungspolitik auf den Lieferanten abwälzen, so soll er mit dem Verkäufer ausdrücklich ein Fixgeschäft vereinbaren, damit dieser weiss, worauf er sich einlässt. Dies spräche eher dafür, die Vermutung eines relativen Fixgeschäfts, von der Art. 190 OR ausgeht, beim Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung nicht gelten zu lassen.

Persönlich bin ich der Meinung, dass Art. 190 OR grundsätzlich auch auf den Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung angewandt werden sollte. Ob der Käufer den Rohstoff weiterveräussert oder verarbeitet, kann aus der Sicht des Verkäufers keine Rolle spielen, muss er doch bei der Lieferung von Handelsware immer damit rechnen, dass dem Käufer die fristgerechte Lieferung wichtig ist, wenn ein genauer Liefertermin vereinbart wird.

Korrekturbemerkung: Welcher Standpunkt eingenommen wird, ist für die Bewertung unerheblich. Massgebend ist die Argumentation.

3. Da die Ware ohne Verschulden des Chauffeurs der CB (also ohne Verschulden ihrer Hilfsperson) untergegangen ist, hängt die Beantwortung der Frage, ob die F den Kaufpreis bezahlen muss, davon ob, sie die *Kaufpreisgefahr* trägt.

Die Parteien haben verabredet, dass CB die Ware ans Domizil der F zu liefern hat. Somit liegt nicht eine Versendungsschuld, sondern eine *Bringschuld* vor. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung geht bei einer Bringschuld die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn der Verkäufer den Kaufgegenstand am Erfüllungsort – *bei Gattungsschulden* wie hier *ausgesondert* – bereithält und anbietet¹⁷. Die Vereinbarung einer Bringschuld

¹⁶ Ähnlich CR CO I-VENTURI (Fn. 9), Art. 190 N 2.

¹⁷ Dazu etwa BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 10), Art. 185 N 26; ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 109.

kann als „besondere Verhältnisse“ im Sinne von Art. 185 OR interpretiert werden. Im vorliegenden Fall ging somit die Preisgefahr auf die F über, als der Chauffeur der CB bei F erschien und die Ladung Kakaobohnen anbot. Als die Ware bei der Rückfahrt zerstört wurde, trug mithin F die Preisgefahr. Sie muss daher den Kaufpreis bezahlen.

In der Lehre wird zudem auch die These vertreten, der Gläubiger trage die Gefahr (spätestens) mit Eintritt des *Gläubigerverzuges*¹⁸. F gerät gemäss Art. 91 OR in Annahmeverzug, wenn sie (wie in der Aufgabenstellung angenommen) die Entgegennahme der (ausgesonderten) Ware nicht verweigern durfte. Auch mit diesem Argument lässt sich hier ein Übergang der Preisgefahr begründen.

Korrekturbemerkung: Für die Korrektur wesentlich ist, dass eine Argumentation mit Art. 185 Abs. 2 OR allein nicht genügt. Die Studierenden müssen erkennen, dass diese Norm, welche für die Versendungsschuld gilt, in casu nicht tel quel anwendbar ist.

¹⁸ Vgl. dazu statt aller etwa SCHWENZER (Fn. 4), Rz. 70.04.

Bemerkungen

I. Allgemeines

Die Anfängerklausur vom 22. August 2011 hatte mehrere Problemkreise zum Gegenstand, die in den ersten beiden Semestern des Jusstudiums an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern in den Vorlesungen und Übungen einlässlich behandelt wurden. Mit den verschiedenen Aufgaben wurde bezweckt, den Stoff des Einführungsstudiums im Privatrecht I angemessen abzudecken. Bei den einzelnen Aufgaben ging es (aus didaktischen Gründen) darum, *gezielt bestimmte Problemkreise* abzuprüfen.

Die Prüfung wies insgesamt einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Dass die Quote der ungenügenden Arbeiten bei 35,5 % lag, ist nicht erstaunlich. Viele Studierende sind bei einem ersten Versuch im Juni 2011 durchgefallen und haben nun die Wiederholungsprüfung absolviert; bei einer solchen Wiederholungsprüfung ist eine derartige Quote an ungenügenden Klausuren nicht überraschend. Im Gegenzug zeigen die vielen genügenden und guten, zum Teil sogar sehr guten Arbeiten, dass die Aufgaben zu bewältigen waren. Wer in den Vorlesungen und Übungen regelmässig (nicht nur physisch, sondern auch geistig) anwesend war und wer sich jeweils angemessen vorbereitet hat, konnte ohne weiteres eine gute Note erzielen. Dass sogar ein sehr gutes Resultat effektiv erzielbar war, hat mit aller Eindringlichkeit ein fremdsprachiger Nebenfachstudent (also ein „Nichtjurist“) bewiesen, der die Note 5 ½ erhalten hat.

Bei der Aufgabenstellung war die Angabe der pro Frage maximal erzielbaren Punkte 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. 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 pflichtgemäßem 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. Bei der Punktevergabe wurde auf Verschiedenes geachtet (Konsistenz der Gedankenführung; Begründungsdichte; Erwähnung der massgebenden gesetzlichen Normen; juristische Ausdrucksweise;

Subsumtion etc.). Blosser Hinweise oder knappe Ausführungen konnten bei den einzelnen Problemen daher nicht zum Punktemaximum führen¹⁹. Selbstverständlich wurde aber bei der Korrektur nicht erwartet, dass die Klausuren die gleiche Begründungsdichte aufweisen wie die Lösungsskizze. Ebenso wurde für eine sehr gute Note nicht erwartet, dass sich die Studierenden zu allen Aspekten im Detail äussern. All dies schlägt sich denn auch in der Punkte-/Notenskala nieder: Für das Erreichen einer genügenden Note war nicht einmal die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktzahl erforderlich.

Im Folgenden sollen die häufigsten Fehler aufgelistet und besprochen werden, die sich in den 93 korrigierten Klausuren (88 von Hauptfachstudierenden und fünf von Minor-Studierenden) fanden.

II. Häufigste Fehler

1. Allgemeines

a) Viele Klausuren enthielten wirre und zum Teil widersprüchliche Ausführungen. Es war nicht immer leicht, sich als Korrektor im Dschungel solcher Äusserungen einigermaßen zurechtzufinden. Teilweise wurde auch sehr lückenhaft und un schlüssig argumentiert.

b) Oft fanden sich sehr lange Ausführungen zu Aspekten, die unproblematisch waren, so z.B. bei Fall 2 und Fall 3 zur Frage, ob ein gültiger Vertrag existiert, obwohl bei beiden Fällen die Vertragsentstehung problemlos bejaht werden konnte. Kurze Hinweise darauf, dass jeweils ein Vertrag vorliegt, waren methodisch sinnvoll, aber lange Erörterungen zu unproblematischen Aspekten bedeuteten eine Zeitverschwendung. Im Gegenzug haben etliche Studierende bei Fall 1 die Konsensfrage überhaupt nicht oder nur ganz kurz thematisiert und direkt die Irrtumsproblematik abgehandelt. Das ist methodisch nicht sauber. Bevor ein Erklärungsirrtum geprüft wird, muss geklärt werden, ob normativer Konsens gegeben ist. Das bedarf gewisser (wenn auch nicht gerade episch breiter) Ausführungen. Es gehört zur Ausbildung an unserer Fakultät, die Studierenden im Erkennen der relevanten Fragen zu schulen. Insbesondere bei der Problematik der Vertragsentstehung hat sich

¹⁹ Diese Aspekte werden von Studierenden oft übersehen, die zum Teil – vor allem wenn die Note ungenügend ist – in Gesprächen mit mir mehr Punkte mit der Begründung „herbeidiskutieren“ möchten: „Aber ich habe das hier doch geschrieben ...“

in allen drei Fällen deutlich gezeigt, wer in der Lage war, die massgebenden Aspekte zu erkennen und zu bearbeiten und wer nicht.

2. Bei Fall 1

a) Bei Fall 1 haben viele Studierende behauptet, die Sekretärin von H habe als dessen Stellvertreterin gehandelt. Gemäss Sachverhalt hat jedoch H den (von der Sekretärin geschriebenen) Brief unterzeichnet. Die Willenserklärung stammt daher von H selber. Eine Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR kommt somit nicht in Betracht.

b) Viele Studierende haben die Sekretärin als Botin im Sinne von Art. 27 OR qualifiziert. Das lässt sich im Grunde auch nicht vertreten, denn wer einen Brief verfasst, den der Erklärende unterschreibt, kann *nicht als übermittelnde Zwischenperson*²⁰ aufgefasst werden. Schädlich war diese Qualifikation indessen nicht, denn Art. 27 OR verweist für durch Boten begangene Übermittlungsfehler auf die Irrtumsregeln.

c) Widersprüchlich ist es indessen, wenn die Sekretärin sowohl als Stellvertreterin von H als auch als dessen Botin bezeichnet wurde. Stellvertreter sind nicht Boten, sondern geben (in fremdem Namen) eine eigene Willenserklärung ab²¹. Dieser Fehler ist erstaunlich vielen Studierenden unterlaufen.

d) Etliche Studierende haben den Irrtum von H unzutreffend als error in negotio statt als error in objecto qualifiziert und daher Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR angewandt. Ein error in negotio liegt vor, wenn der gewollte Vertrag als ein wesentlich anderer zu qualifizieren ist als der geschlossene (z.B. Kauf statt Miete; entgeltlicher statt unentgeltlicher Vertrag)²². In casu handelt es sich jedoch um einen Identitätsirrtum, der unter Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR fällt. Wer mit error in negotio argumentierte, erhielt nicht die volle Punktezahl.

e) Ein paar wenige Studierende haben den Irrtum des H als Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR qualifiziert. Das lässt sich nicht vertreten und gab daher keine Punkte.

²⁰ Vgl. zum Boten als Zwischenperson etwa BSK OR I-SCHWENZER (Fn. 5), Art. 27 N 2.

²¹ BSK OR I-SCHWENZER (Fn. 5), Art. 27 N 2.

²² Dazu etwa SCHWENZER (Fn. 4), Rz. 37.11.

f) In einigen Fällen haben Studierende bei Fall 1 Sachmängelgewährleistung geprüft. Das war nicht vertretbar. Gemäss Vertrauensprinzip durfte G davon ausgehen, dass H Diethylenglycol bestellt hat, und das hat sie geliefert. Dass das gelieferte Diethylenglycol selber mangelhaft gewesen wäre, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Die Lieferung der G war mit andern Worten in jeder Hinsicht vertragskonform. H bleibt nur die Berufung auf einen Erklärungsirrtum (mit all seinen Folgen, wie z.B. die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz gemäss Art. 26 OR).

g) Die meisten Studierenden haben Art. 26 OR erwähnt. Die Ausführungen zu dieser Bestimmung waren im Einzelnen aber höchst unterschiedlich. Insbesondere haben sehr viele nur die Fahrlässigkeit von H einlässlich geprüft (und in der Regel – zu Recht – bejaht), nicht aber die Schadenersatzfolgen differenziert behandelt (negatives/positives Interesse; entgangener Gewinn nur ausnahmsweise als Bestandteil des negativen Interesses etc.).

3. Bei Fall 2

a) Einige Studierende sind bei Fall 2 von einem Schuldnerverzug der C statt von einem Gläubigerverzug ausgegangen. Das lässt sich nicht vertreten und ist zudem nicht zielführend. Die B möchte verständlicherweise das Flugzeug aus ihrem Hangar entfernt haben, weil sie den Platz benötigt. Über den Schuldnerverzug lässt sich dies aber nicht erreichen.

b) Zum Teil wurde geltend gemacht, das Recht zum Selbsthilfeverkauf nach Art. 93 OR sei ausgeschlossen, weil B nicht Eigentümerin des Flugzeuges sei bzw. weil B gestützt auf Werkvertrag die Rückgabe des Flugzeuges schulde. Das ist nicht zutreffend. In BGE 136 III 178, dem die Aufgabe nachgebildet ist, hat das Bundesgericht (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz) klar festgehalten, dass dem Besteller beim Werkvertrag, der die ihm zur Bearbeitung anvertraute Sache wegen Gläubigerverzugs nicht zurückgeben kann, die Behelfe nach Art. 92-94 OR (also auch der Selbsthilfeverkauf) zur Verfügung stehen. Diese Auffassung ist auch sachgerecht. Es wäre nicht einzusehen, weshalb dem Besteller auch bei Sachen, welche hohe Aufbewahrungskosten verursachen würden, nur die Hinterlegung nach Art. 92 OR, nicht aber der Selbsthilfeverkauf nach Art. 93 OR offen stehen sollte. Zwar muss der Gläubiger die Hinterlegungskosten tragen (Art. 92 Abs. 1 OR), aber der Schuldner muss sie vorschliessen und anschliessend versuchen, die Auslagen vom

Gläubiger zurückerstattet zu erhalten. Bei hohen Kosten ist dies für den Schuldner – auch wenn es um die Rückgabe einer zur Bearbeitung anvertrauten Sache geht – unzumutbar.

4. Bei Fall 3

a) Dass bei diesem Fall Art. 190 OR zur Diskussion steht, haben praktisch alle Studierenden erkannt. Viele haben indessen den Zusammenhang zwischen dieser Bestimmung und den allgemeinen Verzugsregeln nicht bzw. nicht korrekt gesehen. Art. 190 OR regelt für den Fall des kaufmännischen Verkehrs nur die *Verzugsfolgen* abweichend von den allgemeinen Bestimmungen. Die *Verzugsvoraussetzungen* regelt diese Norm nicht; ob Schuldnerverzug eingetreten ist oder nicht, beurteilt sich daher nach Art. 102 OR.

b) Sehr viele Studierende haben nicht dargelegt, dass Art. 190 OR die *Vermutung eines relativen Fixgeschäftes* beinhaltet, die im Einzelfall widerlegt werden kann.

c) Etliche (wenn auch deutlich weniger) Studierende haben den begrifflichen Unterschied zwischen einem Verfalltag und einem Fixgeschäft nicht gesehen. Dementsprechend haben diese Studierenden die Abrede der Parteien („zu liefern am 30. März 2011“) als Fixgeschäftabrede bezeichnet und damit den Verzugseintritt bejaht. Das ist methodisch nicht sauber. Für den *Verzugseintritt* ist (unter anderem) eine Verfalltagsvereinbarung erforderlich (Art. 102 Abs. 2 OR); sonst liegt ein Mahngeschäft vor (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Fixgeschäftabrede dagegen betrifft die *Verzugsfolgen* (Art. 108 Ziff. 3 OR).

d) Mit Frage 2 zu Fall 3 wollte ich testen, ob und inwieweit die Studierenden zur juristischen Argumentation fähig sind. Einige haben bemerkenswert gute Ansätze zur Diskussion gebracht und haben insbesondere betont, dass auch beim Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung (wie beim Kauf von Ware zum Weiterverkauf) der Zeitfaktor für den Käufer eine grosse Rolle spielen kann, riskiert doch der Verarbeiter ebenso wie der Händler, dass er gegenüber seinen Abnehmern in Verzug gerät, wenn nicht seinerseits fristgerecht beliefert wird. Sehr viele Studierende haben allerdings zu Frage 2 kaum Substantielles zu sagen gewusst.

e) Bei Frage 3 zu Fall 3 hat ein Grossteil der Studierenden zwar erkannt, dass sich die Frage der Preisgefahr stellt, und die meisten haben auch den Übergang der Gefahr be-

jaht. Die Begründungen waren aber in der Regel nicht präzise bzw. nicht vollständig. So haben etliche Studierende mit Art. 185 Abs. 1 OR argumentiert und damit übersehen, dass die Parteien einen Gattungskauf, nicht einen Spezieskauf, geschlossen haben. Andere haben nicht realisiert, dass die Parteien hier eine Bringschuld vereinbart haben, mithin kein Versendungskauf gemäss Art. 185 Abs. 2 zweite Variante OR vorliegt. Auch den Gläubigerverzug der F als mögliche Begründung für den Gefahrübergang haben viele nicht erwähnt. Bei der Punktevergabe wurden derartige Lücken und Inkonsistenzen berücksichtigt.

III. Zu guter Letzt

Wie stets fanden sich in verschiedenen Klausuren Kuriositäten, verunglückte Redewendungen und Schreibfehler, die zum Teil der Hitze des Gefechtes zuzuschreiben sein dürften. Die Note beeinflusst haben all diese Absonderlichkeiten selbstverständlich nicht. Hier zwei Musterchen:

a) Ein Student schrieb zu Fall 2: „Die B kann nun also den Richter anrufen (nicht im Sinne von telefonisch anrufen selbstverständlich).“ Recht hat er! Anliegen gemäss Art. 92 Abs. 2 und Art. 93 OR sind im summarischen Verfahren geltend zu machen (Art. 250 lit. a Ziff. 3 ZPO). Das Gesuch im Summarprozess ist schriftlich oder elektronisch einzureichen; in einfachen oder dringenden Fällen kann es mündlich bei Gericht zu Protokoll gegeben werden (Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 130 ZPO). Eine telefonische Gesuchseingabe ist in der ZPO nicht vorgesehen. Das musste natürlich der Student nicht wissen, weil die ZPO nicht Prüfungsstoff im Einführungsstudium ist. Und dennoch hat er mit dem Sprachspiel einen (prozessualen) Volltreffer gelandet ...

b) Weiter war in der gleichen Klausur zu Frage 2 bei Fall 3 zu lesen: „Als dritte Seite haben wir noch die Sicht des Studenten, welcher gerade eine Prüfung schreibt. Dieser zieht sicher die kaufmännische Seite vor, da es bei deren Ausführungen weitaus weniger zu schreiben gibt.“ Aus prüfungsökonomischer Sicht ein nachvollziehbarer Standpunkt! In- des, man stelle sich die Auswirkungen z.B. im Strafrecht vor: Jeder Prüfling würde jeden Beschuldigten freisprechen, weil man dann nichts zur Strafzumessung schreiben muss. Die Gefängnisse würden sich radikal leeren ...

MATRIKELNUMMER: _____	max. Punkte		TK
Fall 1 (Triethylenglycol)	(10)		
Frage 1) – Rechtslage	(9)		
- Vertragsentstehung (normativer Konsens, Vertrauensprinzip)	2		
- Erklärungsirrtum (error in obiecto nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR, Wesentlichkeit)	2		
- Anfechtung (Erklärung, Fristwahrung nach Art. 31 OR)	1		
- Geltendmachung nicht gegen Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR)	1		
- Schadenersatz nach Art. 26 OR (Abs. 1, negatives Interesse: Transportkosten; entgangener Gewinn nur ausnahmsweise Vertrauensschaden; Abs. 2: allenfalls Ersatz bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses aufgrund Billigkeit)	3		
Frage 2) – Beweislast	(1)		
- Beweislast für Erklärungsirrtum bei H	1		
Fall 2 (Lockheed)	(5½)		
- Vertragsentstehung (Konsens)	½		
- Eintritt des Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR (gehöriges Angebot, Verbaloblation bei Holschuld ausreichend, keine objektiven Annahmeverweigerungsgründe)	2		
- Rechtsfolgen nach Art. 92 und 93 OR (Sachleistung, Hinterlegung ungeeignet, Verkauf nur mit richterlicher Bewilligung, kein Freihandverkauf wegen fehlendem Markt- oder Börsenpreis)	3		

Fall 3 (Kakaobohnen)		(14½)	
Frage 1) – Rechtslage		(9½)	
- Vertragsentstehung (Konsens)		½	
- Schuldnerverzug nach Art. 102 OR (Lieferung noch möglich, Fälligkeit, Verfalltagsgeschäft, keine verzugshindernden oder -ausschliessenden Gründe)		2	
a) kaufmännischer Verkehr			
- Art. 190 OR (kaufmännischer Verkehr, bestimmter Liefertermin, Vermutung Verzicht auf Leistung mit Anspruch auf Erfüllungsinteresse, nach h.L. auch Rücktritt möglich)		2	
- Vermutung eines relativen Fixgeschäftes (Erkennung der Vermutung, Widerlegbarkeit)		2	
b) gewöhnlicher Verkehr			
- allgemeine Verzugsregeln nach Art. 107 ff. OR (Zulässigkeit Rücktritt, Entbehrlichkeit Nachfristansetzung, fehlendes relatives Fixgeschäft, Rücktritt so nicht möglich)		3	
Frage 2) – Diskussion		(3)	
- Argumente pro und contra, Stringenz der Argumentation, eigene Würdigung		3	
Frage 3) – Gefahrtragung		(2)	
- Gefahrtragung nach Art. 185 OR (Bringschuld und/oder Gläubigerverzug, Gattungsschuld, Gefahr übergegangen, Untergang der ausgesonderten Sache, von CB nicht zu vertreten)		2	

Bemerkungen:	Total Punkte:	30	
	Notenvorschlag:		
	Note:		

Punkte-/Notenskala

Punkte		Note
22,5 -	30	6
20 -	22	5,5
17,5 -	19,5	5
15 -	17	4,5
12,5 -	14,5	4
10 -	12	3,5
7,5 -	9,5	3
5 -	7	2,5
2,5 -	4,5	2
0,5 -	2	1,5
0		1