



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

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

**Rechtswissenschaftliche
Fakultät**

Departement für Privatrecht
Zivilistisches Seminar

Fachprüfung im Privatrecht I vom 6. Juni 2009

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

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. Stephanie Hrubesch Millauer

Fachprüfung im Privatrecht I

vom 6. Juni 2009

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

Beide nachfolgenden Fälle sind zu bearbeiten. Die Ausführungen sind 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!

Ausgangslage: Sie sind heute (Samstag, 6. Juni 2009) im Rahmen eines Sommerpraktikums in einer grossen Anwaltskanzlei zum Wochenendpikettendienst eingeteilt und bearbeiten die beiden folgenden Fälle. In einem Memorandum zu Handen Ihrer Chefin haben Sie zu den gestellten Fragen Stellung zu nehmen.

Fall 1

Frau X, eine Hobbymusikerin, besichtigte im Frühling 1999 beim Musikhaus Y eine Geige mit der Bezeichnung „Franz. Meistervioline, ‚JEAN BAPTISTE VUILLAUME‘ à Paris 1844, Rue Croix des Petits Champs, No. 1643, mit Etikette und Prägestempel markiert“, die zum Preis von Fr. 170'000.— angeboten wurde. Nach einigem Zögern erwarb sie das Instrument am 1. Juni 1999 gegen Rechnung. Den Kaufpreis bezahlte sie am 8. Juni 1999. Nicht ohne Stolz zeigte sie die Violine befreundeten Musikern mit der Bemerkung, sie habe sich mit dem Kauf einer von Meister Vuillaume hergestellten Geige einen Traum erfüllen können.

Als Frau X im Frühling 2009 ihre Versicherungspolice erneuern wollte, kamen erstmals Zweifel am Wert der Geige auf. In der Folge wurde ein ausgewiesener Experte mit der Begutachtung der Violine beauftragt. Dieser kam in seinem am 26. Mai 2009 abgelieferten Gutachten zum Schluss, dass die Violine nicht von Vuillaume, sondern von einem seiner Gesellen stamme. Vuillaume habe auch keinen wesentlichen Beitrag zur Herstellung der Geige geleistet. Noch am selben Tag gelangte Frau X an das Musikhaus Y, teilte diesen

Befund mit und verlangte eine Stellungnahme. Y antwortete eine Woche später ausweichend; man werde die Sache intern besprechen und sich dann wieder melden. Auf telefonische Nachfrage von Frau X hin erklärte der Experte, der Handelswert einer Geige, die praktisch ausschliesslich von einem Schüler von Vuillaume hergestellt worden sei, belaufe sich auf rund Fr. 70'000.— bis Fr. 80'000.—. Seiner Ansicht nach könne man das fragliche Instrument nicht als „Meistervioline ‚Jean Baptiste Vuillaume‘ “ bezeichnen.

Im Anschluss an ein Kammerkonzert am gestrigen Abend erzählte Frau X Ihrer Chefin diese Geschichte, worauf Ihre Chefin erklärte, sich um die Sache zu kümmern. Frau X möchte den Kaufpreis (gegen Rückgabe des Instruments) zurück. Die Chefin bittet Sie um Abklärung der folgenden Fragen. Dabei sei von der Annahme auszugehen, dass sämtliche Feststellungen des Experten korrekt seien. Ebenso sei anzunehmen, Y habe seinerzeit nicht gewusst, dass die Violine nicht von Vuillaume selber stammt. Bestimmungen über Kulturgüter brauchen gemäss Ihrer Chefin nicht beachtet zu werden, weil das Kulturgütertransfersgesetz erst nach Abschluss des Kaufvertrages in Kraft getreten und somit auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei.

1. Wäre es sinnvoll, gegen das Musikhaus Y mit einem kaufrechtlichen Behelf vorzugehen, um den Kaufpreis zurückzuerhalten?

3 Punkte

2. Besteht eine andere zivilrechtliche Möglichkeit, gegen das Musikhaus vorzugehen, um den Kaufpreis zurückzuerhalten, und wie beurteilen Sie gegebenenfalls die Erfolgsaussichten? Gestützt auf welche Anspruchsgrundlage könnte diesfalls gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Geld zurückverlangt werden?

10 Punkte

3. Drängen sich vorsichtshalber Sofortmassnahmen auf?

3 Punkte

Der Chefin ist bewusst, dass sich in diesem Fall weitere Fragen stellen könnten, z.B. ob und in welchem Umfang Frau X dem Musikhaus Y eine Entschädigung für die Nutzung der Violine schuldet, falls Y das Instrument zurücknehmen und den Kaufpreis rückerstatten muss, ob der Kaufpreis zu verzinsen ist, etc. Solche Fragen seien aber momentan nicht abzuklären.

Fall 2

Die langjährige wichtige Klientin P AG mit Sitz in Bern betreibt eine grössere Kette von Delikatessenzläden in der Schweiz. Am 16. März 2009 sandte sie der Q SA in Genf, einer bedeutenden Importeurin für Spirituosen, einen Brief mit der Anfrage, ob diese ihr 100 Flaschen M-Whiskey 2005 liefern könne, und zwar „spätestens am 28. Mai 2009“. Beim M-Whiskey handelt es sich um einen sehr exklusiven irischen Whiskey. Die Q SA antwortete mit Schreiben vom 23. März 2009, sie könne P höchstens 80 Flaschen zum Preis von Fr. 200.— pro Flasche zuteilen (Lieferung per Lieferwagen franko Domizil; Rechnung zahlbar binnen 30 Tagen). Mit A-Post-Brief vom 24. März 2009 nahm P Bezug auf dieses Schreiben und führte aus: „Wir freuen uns, hiermit den zwischen Ihnen und uns geschlossenen Vertrag bestätigen zu können.“ Dieser Brief ging indessen infolge eines Fehlers der Post bei Q erst am 1. April 2009 ein und fand dort, weil die zuständige Sachbearbeiterin gerade krank war, keine weitere Beachtung.

Am 2. Juni 2009 (Dienstag nach Pfingsten) erkundigte sich P telefonisch bei Q, wie es mit der Lieferung stehe. Es sei doch vereinbart worden, dass der Whiskey spätestens am Donnerstag, 28. Mai 2009, hätte bei P eintreffen müssen. Q ging der Sache nach, fand den Brief der P vom 24. März 2009 in einer Ablage und erklärte darauf, sie sei nicht zur Lieferung verpflichtet gewesen, da kein Vertrag geschlossen worden sei. P vertrat demgegenüber entschieden den Standpunkt, es liege ein wirksamer Vertrag vor und Q hätte spätestens am 28. Mai 2009 liefern müssen. Ihr liege aber viel an der Ware, weshalb sie Q gerne noch eine Woche Nachfrist einräume. Q ihrerseits bestritt weiterhin die Existenz eines Vertrages. Zudem könne sie nicht liefern, weil sie das in ihrem Lager vorhandene Kontingent dieses raren Whiskeys bereits anderen Bezüglern versprochen habe. Sodann habe P ohnehin auch zu spät reagiert, weshalb so oder anders keine Lieferpflicht mehr bestehen würde. Nachdem P weiter auf Lieferung binnen einer Woche beharrt hatte, wurde das Telefongespräch ohne Ergebnis beendet. Im anschliessenden E-Mail-Wechsel vom gleichen Tag bekräftigten beide Parteien nochmals ihren jeweiligen Standpunkt.

Bis zum heutigen Tag ist der Whiskey nicht geliefert worden. P wäre an der Lieferung weiterhin interessiert, da es unsicher ist, ob sie sich den raren Whiskey anderweitig beschaffen könnte. Daher hat sich P gestern an Ihre Anwaltskanzlei gewandt. Ihre Chefin überlegt sich, der Q SA mit einer einstweiligen Verfügung gerichtlich verbieten zu lassen, den gesamten Lagerbestand an andere Abnehmer auszuliefern. Um sich ein erstes Bild von den Erfolgsaussichten eines solchen Begehrens zu verschaffen, beauftragt sie Sie mit der Abklärung folgender Fragen:

1. Kam zwischen P und Q ein Vertrag zustande?

4 Punkte

2. Wenn angenommen wird, ein Vertrag sei zustande gekommen: Hat P noch Anspruch auf Lieferung? Ihre Chefin hat da gewisse Bedenken, weil P vielleicht etwas spät reagiert hat, als die Lieferung nicht pünktlich erfolgte.

9 Punkte

Viel Erfolg und denken Sie an die knappe Zeit! Um 11.00 Uhr muss das Memorandum zur Zufriedenheit der Chefin vorliegen. Denn es könnte sein, dass anschliessend Ihre Wochenendmitarbeit bei einem dringenden grossen Wirtschaftsfall erwartet wird ...

Lösungsskizze

Fall 1

Frage 1

Zwischen den Parteien ist ein *Kaufvertrag* über die von Frau X besichtigte Geige zustande gekommen. Hinsichtlich des *Kaufgegenstandes* (d.h. der von Frau X besichtigten Geige) und des *Kaufpreises* liegt *natürlicher Konsens* vor. Ob das auch hinsichtlich der Frage der Fall ist, ob die Violine von Vuillaume selber hergestellt sein soll oder ob es genügt, wenn ein Geselle diese im Atelier von Vuillaume angefertigt hat, kann offen bleiben. Denn gemäss Aussage des Experten (die nach der Aufgabenstellung als zutreffend anzusehen ist) kann das Instrument nicht als „Meistergeige Jean Baptiste Vuillaume“ gelten. Da die Violine aber so bezeichnet war, durfte Frau X darauf vertrauen, dass das Instrument vom Meister selber stammt, und das Musikhaus muss sich dies entgegen halten lassen. Damit bestand über diese *zugesicherte Sacheigenschaft zumindest normativer Konsens*.

Ein kaufrechtliches Vorgehen gegen das Musikhaus ist nicht erfolgversprechend. In Frage stehen Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung. Um den Kaufpreis zurückzuerhalten, müsste Frau X den Kaufvertrag wandeln. Gemäss Art. 210 Abs. 1 OR *verwirken und verjähren Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Kaufsache*, selbst wenn der Käufer die Mängel erst später entdeckt. Da Frau X die Geige am 1. Juni 1999 erhalten hat, ist dieses Jahr längst abgelaufen. Y würde sich in einem allfälligen Prozess mit grösster Wahrscheinlichkeit auf diese Bestimmung berufen und die Verjährungseinrede (Art. 142 OR) erheben, so dass ein allfälliger Anspruch von Frau X auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Art. 208 Abs. 2 OR nicht mehr durchsetzbar wäre.

Zwischenbemerkung: Mit dem Geltendmachen von kaufrechtlichen Ansprüchen würde sich Frau X gleichzeitig auch die Berufung auf einen Willensmangel (vgl. dazu sogleich unter Frage 2) verbauen, da die Käuferin nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen allenfalls willensmangelbehafteten Vertrag genehmigt (Art. 31 OR), wenn sie vertragliche Ansprüche erhebt, und zwar selbst dann, wenn sie die Wandelung des Kaufvertrages beansprucht¹. Würde sich also die Chefin für ein kaufrechtliches Vorgehen entscheiden, so riskiert sie, dass ihre Klientin gleichsam zwischen Stuhl und Bank fällt. Die Wahl eines kaufrechtlichen Behelfs wäre somit ein klarer anwaltlicher Kunstfehler.

¹ BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f.; 129 III 18 E. 2.3 S. 23.

Frage 2

Zu prüfen ist, ob sich Frau X im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem *Grundlagenirrtum* gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR befunden hat. Eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR fällt dagegen gemäss Hinweis in der Aufgabenstellung ausser Betracht.

Zwischenbemerkung: Ein Erklärungsirrtum liegt in casu bei Frau X nicht vor. Frau X hat, da es sich hier um einen Spezieskauf handelt, den von ihr gewollten und vereinbarten Vertragsgegenstand erhalten. Von einem *Identitätsirrtum* (*error in corpore*; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR) kann nicht die Rede sein, wenn sich eine Vertragspartei über eine Sacheigenschaft irrt. Auch ein *error in quantitate* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR) ist nicht gegeben. Ein solcher setzt eine (erhebliche) Differenz zwischen *gewollter* und *vereinbarter* Leistung voraus. Eine solche Differenz liegt nicht vor, da nicht die vereinbarte, sondern die erbrachte Leistung wesentlich weniger wert ist, als von Frau X gewollt. Ein *Sacheigenschaftsirrtum* ist entweder ein *unbeachtlicher Motivirrtum* (Art. 24 Abs. 2 OR) oder ein *Grundlagenirrtum* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)².

Gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist der Irrtum ein wesentlicher, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Ein Grundlagenirrtum setzt demgemäss voraus, dass die folgenden vier Tatbestandselemente erfüllt sind: (1.) Der Irrtum muss sich auf einen bestimmten Sachverhalt beziehen. Der Irrtum muss (2.) subjektiv und (3.) objektiv wesentlich sein. (4.) Zudem muss – was in der Lehre allerdings umstritten ist – für den Irrtumsgegner erkennbar gewesen sein, welche grundlegende Bedeutung der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt für den Irrrenden hat.

a) Das erste Tatbestandselement ist offenkundig erfüllt. Zur Diskussion steht ein konkreter Sachverhalt, nämlich wer die fragliche Geige gebaut hat.

b) Subjektiv wesentlich ist dieser Sachverhalt, wenn ihn die irrende Vertragspartei, hier also Frau X, beim Vertragsschluss *als notwendige Grundlage des Vertrages* betrachtet hat. Davon ist dann auszugehen, wenn die Irrende bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Vertrag nicht oder nicht zu denselben Bedingungen geschlossen hätte. Dieses Tatbestandselement ist ebenfalls erfüllt. Es liegt auf der Hand, dass Frau X die fragliche Geige entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu einem Preis von Fr. 170'000.— gekauft hätte, wenn Sie darüber informiert gewesen wäre, dass diese nicht von Vuillaume,

² BGE 126 III 59 E. 3 S. 66 („Gallé-Lampen-Fall 2“); INGEBORG SCHWENZER, Art. 24 N 12 f., in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Aufl. Basel 2007 (im Folgenden: BSK OR I-SCHWENZER); DIESELBE, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bern 2006, Rz. 37.12 (im Folgenden: SCHWENZER, OR AT); PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. Zürich 2008, Band I, N 823.

sondern nur von einem seiner „Schüler“ stammt. Dass dem so ist, lässt sich schon aus dem höchst unterschiedlichen Handelswert entsprechender Violinen schliessen: Warum sollte Frau X bereit gewesen sein, für eine Geige einen Preis von Fr. 170'000.— zu bezahlen, wenn deren Handelswert bloss bei Fr. 70'000.— bis Fr. 80'000.— liegt? Diese Preisdifferenz ist viel zu gross, um plausiblerweise mit unterschiedlichen Markteinschätzungen erklärbar zu sein. Zudem zeigen die Äusserungen von Frau X gegenüber befreundeten Musikern, dass sie beim Kauf effektiv davon ausging, das Instrument stamme vom Meister selber.

c) Objektive Wesentlichkeit bedeutet, dass die Irrende *nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr den fraglichen Umstand als notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte*. Auch das kann hier bejaht werden. Gemäss Aussage des Experten kann die in Frage stehende Geige nicht als „Meistervioline Jean Baptiste Vuillaume“ gelten, obwohl sie vom Musikhaus Y seinerzeit so bezeichnet wurde. Dem Instrument fehlt somit eine Sacheigenschaft, die es gemäss Vertrag eigentlich hätte haben sollen. Dass diese (fehlende) Sacheigenschaft nicht bloss von untergeordneter Bedeutung ist, sondern die Grundlage des Vertrages bildet, zeigt der erhebliche Unterschied zwischen dem von den Parteien vereinbarten Kaufpreis (Fr. 170'000.—) und dem Handelswert von Geigen, die praktisch ausschliesslich von Gesellen von Vuillaume hergestellt worden sind (Fr. 70'000.— bis Fr. 80'000.—). Frau X durfte daher nicht nur subjektiv, sondern auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus davon ausgehen, eine von Meister Vuillaume selber gefertigte Violine gekauft zu haben.

Zwischenbemerkung: Wesentlich heikler wäre die Situation, wenn der Experte sich nicht dazu geäussert hätte, was man unter einer „Franz. Meistergeige Jean Baptiste Vuillaume“ zu verstehen hat. Denkbar wäre an sich, dass in Fachkreisen unter einer solchen Violine nicht nur ein Instrument verstanden wird, das von Vuillaume eigenhändig oder zumindest weit überwiegend selber gebaut wurde, sondern auch Geigen, welche Gesellen in seinem Atelier angefertigt haben. Fraglich wäre dann aber, ob sich Frau X ein solches Verständnis entgegen halten lassen müsste. Man würde allerdings kaum davon ausgehen können, dass sie als Hobbymusikerin bei Vertragsschluss von einem derartig „weiten“ Begriff der „Meistergeige“ hätte ausgehen müssen. Wer über keine besonderen Branchenkenntnis verfügt, wird wohl nach Treu und Glauben darauf vertrauen dürfen, dass eine ihr von einem Musikhaus für einen hohen Preis als Meistergeige aus einem bestimmten Atelier verkaufte Violine zumindest weit überwiegend vom berühmten Atelierinhaber selber stammt.

d) Für die Tatbestandsvoraussetzung der Erkennbarkeit gilt hier weitgehend dasselbe wie hinsichtlich der objektiven Wesentlichkeit: Das Musikhaus musste aus den skizzierten Überlegungen davon ausgehen, dass es für die Käuferin wesentlich war, eine vom Meister (zumindest grösstenteils) selber erbaute Geige zu erwerben. Ein allfälliger Einwand von Y, sie habe nicht erkennen können, dass die Herstellung durch den Meister selber für die Käuferin wesentlich war, wäre daher unbehelflich.

Korrekturbemerkung: In der Lehre ist wie erwähnt umstritten, ob das Kriterium der Erkennbarkeit beim Grundlagenirrtum überhaupt erforderlich ist³. Die Studierenden mussten sich entweder mit diesem Tatbestandsmerkmal auseinandersetzen oder zumindest darauf hinweisen, dass es in der Lehre umstritten ist.

Frau X kann somit gegenüber Y erklären, dass sie den Kaufvertrag wegen Grundlagenirrtums gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR nicht halten wolle. Zu diesem Zweck muss sie eine entsprechende Erklärung nach Art. 31 Abs.1 OR an das Musikhaus Y richten, und zwar binnen Jahresfrist nach Entdecken des Irrtums (Art. 31 Abs. 2 OR). In casu beginnt diese Frist mit dem am 26. Mai 2009 abgelieferten Gutachten des Experten zu laufen, da erst ab diesem Zeitpunkt mit hinreichender Sicherheit feststeht, dass die gekaufte Geige nicht von Vuillaume selber stammt. Am heutigen Tag (6. Juni 2009) ist sie noch lange nicht abgelaufen.

Zwischenbemerkung: Es kann nicht davon ausgegangen werden, Frau X habe die Anfechtungserklärung bereits abgegeben. Gemäss Sachverhalt hat sie unmittelbar nach Eingang der Expertise das Musikhaus über den Befund orientiert und eine Stellungnahme verlangt. Damit hat sie noch nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie den Vertrag nicht halten oder ihre Leistung zurückfordern wolle. Eine Anfechtungserklärung ist somit noch erforderlich.

Bei erfolgreicher Berufung auf Grundlagenirrtum ist der Vertrag gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Anwendung der so genannten *Ungültigkeitstheorie* von Anfang an ungültig, d.h. er entfaltet keine Rechtswirkungen. Die Rückabwicklung erfolgt nach den Regeln der Vindikation (für die Sachleistung) und Kondiktion (für die Geldleistung). Gemäss Rechtsprechung beruht der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in einem Fall wie dem vorliegenden auf der *Zahlung einer Nichtschuld* (condictio indebiti) im Sinne von Art. 62 OR⁴.

Zwischenbemerkung: Frau X hat zwar seinerzeit mit der Übergabe der Geige das Eigentum nicht erworben, weil ein gültiges Verpflichtungsgeschäft gefehlt hat (was den Parteien damals aber nicht bewusst war). Gemäss Art. 728 Abs. 1 ZGB erlangte sie indessen nach Ablauf von fünf Jahren durch Ersitzung das Eigentum. Mithin könnte das Musikhaus an sich die Geige nicht mehr vindizieren. Verlangt aber Frau X den Kaufpreis zurück, so darf sie die Rückgabe der Geige (Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises) selbstredend nicht verweigern. Ausführungen dazu waren in der Klausur aufgrund der bewusst eng umschriebenen Fragestellung aber nicht erforderlich. Zudem hat sich Frau X ohnehin zur Rückgabe der Violine bereit erklärt.

³ Vgl. dazu etwa SCHWENZER, OR AT (Fn. 2), Rz. 37.27 (befürwortend), und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 2), N 781 (ablehnend), beide je m.Hw.

⁴ BGE 114 II 131 („Picasso-Fall“).

Frage 3

Gemäss Art. 67 OR verjährt der Bereicherungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit Entstehung des Anspruchs. Die einjährige relative Frist ist in casu vorerst ohne Bedeutung, da Frau X erst seit dem 26. Mai 2009 vom Irrtum Kenntnis hat. Problematisch ist dagegen die absolute zehnjährige Frist. Bei der *condictio indebiti* beginnt diese Frist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit der Leistung zu laufen⁵. Im vorliegenden Fall hat Frau X den Kaufpreis am 8. Juni 1999 bezahlt. Die absolute Verjährungsfrist läuft somit übermorgen (d.h. am Montag, 8. Juni 2009) ab (Art. 132 i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Es muss daher sofort eine *verjährungsunterbrechende Massnahme* nach Art. 135 OR in die Wege geleitet werden. Am einfachsten ist das Anheben einer Betreibung. Erfolgt keine fristgerechte Verjährungsunterbrechung, so kann das Musikhaus mit Erfolg die Verjährungseinrede erheben (Art. 142 OR).

Korrekturbemerkung: Es genügt, dass die Studierenden auf die Notwendigkeit der Verjährungsunterbrechung hinwiesen und mindestens eine Massnahme (also z.B. auch Klage oder Ladung zum Sühneversuch) erwähnten. Details konnten im Anfängerstudium nicht erwartet werden.

Im Falle einer Betreibung würde die rechtzeitige Postaufgabe eines korrekten Betreibungsbegehrens genügen (BGE 49 II 42). Es konnte indessen ebenfalls nicht erwartet werden, dass die Studierenden dies wissen.

Wissen mussten sie aber, dass eine blosser privatrechtliche Erklärung gegenüber dem Musikhaus Y, z.B. bestehend in der Irrtumsanfechtung und der Rückforderung des Kaufpreises, als Unterbrechungshandlung nicht genügt.

Zusatzbemerkung: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verliert ein Käufer das Recht, sich auf Wandelung zu berufen, wenn er nach Entdecken des Mangels die Sache weiterhin ohne stichhaltigen Grund gebraucht („sans que cet usage soit justifié par un motif valable“); ihm bleiben dann nur noch die übrigen Mängelrechte (so z.B. das Recht auf Minderung)⁶. Dementsprechend besteht auch im Willensmangelrecht das Risiko, dass der Gebrauch der Sache nach Entdecken des Willensmangels als konkludente Genehmigung i.S.v. Art. 31 OR interpretiert werden könnte⁷. Allerdings darf im Willensmangelrecht nicht leichthin auf Genehmigung geschlossen werden⁸. Die blosser Weiterbenutzung soll, wie in der Lehre geltend gemacht wird, namentlich dann nicht als Genehmigung betrachtet werden, wenn der Käufer auf die Nutzung der Sache angewiesen ist und sich mangels Rückgabe des Kaufpreises durch den Verkäufer kein Ersatzobjekt beschaffen kann⁹. Im vorliegenden Fall wäre Frau X vorsichtshalber zu raten, die Violine vorerst nicht mehr zu gebrauchen, bis Klarheit darüber herrscht, ob das Musikhaus Y bereit ist, den Kaufpreis (gegen Rückgabe der Geige) rasch zurückzuerstatten. Sollte es sich beharrlich weigern, müsste Frau X wohl berechtigt sein, die Geige weiter zu benutzen, ohne dass dies zu ihren Lasten als Genehmigung ausgelegt würde. Zu ihren Gunsten müsste dann mitberücksichtigt

⁵ Dazu einlässlich BGE 114 II 131.

⁶ BGE 105 II 90 E. 1 S. 91 f.

⁷ Vgl. dazu etwa BSK OR I-SCHWENZER [Fn. 2], Art. 31 N 17.

⁸ BGE 109 II 319 E. 4c S. 327; 108 II 102 E. 2a S. 105.

⁹ BSK OR I-SCHWENZER [Fn. 2], Art. 31 N 17, unter Hinweis auf BGE 109 II 319 E. 4c S. 327.

werden, dass Violinistinnen dem Vernehmen nach auf qualitativ hochstehende Instrumente angewiesen sind (ein Kriterium, das in casu auch die vom Gesellen angefertigte Geige offenkundig erfüllt) und daher nicht ohne weiteres auf ein billiges Ersatzstück ausweichen können.

Ausführungen zur Problematik der konkludenten Genehmigung durch den Weitergebrauch der Geige wurden in der Klausur nicht erwartet.

Fall 2

Frage 1

Ob das Schreiben der P AG vom 16. März 2009 als Offerte qualifiziert werden kann oder nicht (z.B. weil es keine Preisangabe enthält), kann dahingestellt bleiben. Denn der Antwortbrief der Q SA vom 23. März 2009 stellt auf jeden Fall kein Akzept dar, weil Q eine deutlich kleinere Menge zu liefern bereit ist, als P wünscht. Dieses Schreiben bildet eine (*Gegen*)*Offerte unter Abwesenden ohne Annahmefrist*, da Q die objektiv wesentlichen Punkte des zu schliessenden Kaufvertrages und ihren Verpflichtungswillen klar zum Ausdruck bringt. Diese Offerte wurde von P mit Brief vom 24. März 2009 angenommen. Die Annahmeerklärung wurde (am gleichen Tag, als P die Offerte der Q zuging) offenkundig *fristgerecht* und – indem sich P der A-Post bediente – auch *ordnungsgemäss* im Sinne von Art. 5 Abs. 1 OR abgesandt. Offen bleiben kann, ob das Eintreffen des Briefes bei Q am 1. April 2009 noch binnen der Gültigkeitsdauer der Offerte erfolgte (was wohl eher zu verneinen wäre). Wenn Q zu diesem Zeitpunkt nicht mehr hätte gebunden sein wollen, hätte sie dies P ohne Verzug anzeigen müssen (Art. 5 Abs. 3 OR); denn für Q war erkennbar, dass P das Akzept rechtzeitig abgesandt hatte. Dass sie eine solche Remonstration aufgrund einer Erkrankung der zuständigen Sachbearbeiterin unterliess, ändert nichts. Der Vertrag ist somit gültig über 80 Flaschen M-Whiskey zum Preis von Fr. 200.— pro Flasche zustande gekommen.

Auch die Abrede „Lieferung spätestens am 28. Mai 2009“ ist Vertragsinhalt geworden. Hätte Q diesen im Schreiben der P vom 16. März 2009 festgehaltenen Liefertermin nicht hinnehmen wollen, so hätte sie dies in ihrer (*Gegen*)*Offerte* ausdrücklich festhalten müssen.

Korrekturbemerkung: Anzunehmen, der Liefertermin sei nicht Vertragsbestandteil geworden, macht kaum Sinn. Dann wäre nämlich keine Zeit für die Erfüllung vereinbart worden, womit jede Partei die Erfüllung sofort hätte fordern können (Art. 75 OR). Das wollten aber beide Parteien nicht.

Frage 2

In Frage steht ein *Verkäuferverzug im Sinne von Art. 190 Abs. 1 OR*. Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Liefertermin vereinbart und kommt der Verkäufer in Verzug, so wird vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche. Zieht der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er es dem Verkäufer nach Ablauf des Termins unverzüglich anzuzeigen (Art. 190 Abs. 2 OR).

Das Kriterium des *kaufmännischen Verkehrs* ist vorliegend erfüllt. Beide Vertragsparteien sind *Kaufleute* und für beide war klar, dass die Käuferin den Whiskey für den (gewerbsmässigen) *Weiterverkauf* an ihre Kunden benötigt. Ebenso ist das Tatbestandsmerkmal des *Liefertermins* verwirklicht, haben die Parteien doch mit der Vereinbarung „spätestens am 28. Mai 2009“ einen *Verfalltag* vereinbart. Im kaufmännischen Verkehr zieht die Vereinbarung eines Liefertermins gleichzeitig die *Vermutung eines (relativen) Fixgeschäftes* mit sich¹⁰. Grundsätzlich könnte diese Vermutung von derjenigen Partei, die ein Interesse an der Nichtanwendbarkeit von Art. 190 OR hat (hier also von der Käuferin, die Art. 190 OR im Nachhinein lieber als nicht anwendbar betrachten möchte), widerlegt werden. In casu dürfte dies indessen schwierig sein, ist doch die Verwendung des Begriffs „spätestens“ durch die Käuferin selber als starkes Indiz dafür zu werten, dass diese seinerzeit ausdrücklich ein Fixgeschäft gewollt hat, auch wenn sie dies heute vielleicht nicht mehr so sehen will.

Zu prüfen bleibt damit, ob die Nichtlieferung den Verkäuferverzug zur Folge hat. Die entsprechenden Voraussetzungen sind offensichtlich erfüllt. Bei einem *Verfalltagsgeschäft* gerät die Schuldnerin mit Ablauf des vereinbarten Termins ohne weiteres in Verzug; eine Mahnung ist dazu nicht erforderlich (Art. 102 Abs. 2 OR). Mit dem Verfalltag tritt gleichzeitig auch die *Fälligkeit* der Lieferforderung ein. Da es sich um eine Gattungsschuld handelt, wäre eine *Lieferung weiterhin möglich* gewesen; der Umstand, dass Q nicht liefern will, weil sie die an Lager gehaltenen Flaschen bereits anderen Kunden versprochen hat, ist irrelevant. *Verzugausschliessende oder verzugsbeseitigende Gründe* liegen nicht vor. Q ist folglich mit Ablauf des 28. Mai 2009 in Schuldnerverzug geraten.

Beim „gewöhnlichen“ Schuldnerverzug würde der blosser Verzugseintritt den Lieferanspruch der Käuferin P noch nicht tangieren. Sind aber, wie in casu, die Voraussetzungen von Art. 190 OR erfüllt, so geht dieser Anspruch unter, wenn die Käuferin nicht unverzüglich nach

¹⁰ BGE 116 II 436 E. 1a S. 438 („Pistazien-Fall“): „... en matière de vente commerciale, le terme de livraison est présumé être un ‚Fixgeschäft‘.“

Ablauf des Termins auf Lieferung beharrt. Zu prüfen ist daher, ob P mit ihrer Nachfrage am Dienstag, 2. Juni 2009, *unverzüglich* im Sinne von Art. 190 Abs. 2 OR gehandelt hat.

„Unverzüglich“ ist ein relativ offener Begriff, dessen Tragweite aufgrund einer Würdigung der gesamten Umstände des konkreten Falles zu ermitteln ist. Da Q bis am Abend des 28. Mai 2009 hätte liefern können, ohne in Verzug zu geraten, wäre jedenfalls eine Erklärung der P am folgenden Tag, dem Freitag vor Pfingsten, sicher als unverzüglich zu betrachten gewesen. Fraglich ist dagegen, ob P einen weiteren Werktag zuwarten durfte (der Pfingstmontag [1. Juni 2009] fällt als Feiertag selbstverständlich ausser Betracht). Ebenso ist fraglich, ob man von P nicht eine Reaktion mindestens am Samstag, 30. Mai 2009, hätte erwarten können. Für ein Delikatessengeschäft ist der Samstag ein Arbeitstag; ob das aber auch für die Lieferantin Q zutrifft, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Sollte dies der Fall sein, so dürfte die Reaktion der P erst am nächsten Arbeitstag, d.h. am Dienstag nach Pfingsten, wohl nicht mehr als unverzüglich gemäss Art. 190 Abs. 2 OR gelten. Im Gegenzug könnte allerdings P zugute gehalten werden, dass der Markt für Whiskeys nicht besonders volatil ist und Preisspekulationen zulasten der Q (durch Zuwarten mit der Erklärung über das Festhalten am Lieferanspruch) praktisch ausgeschlossen sind. Ebenso wird, wie z.B. HONSELL generell für eine zurückhaltende Anwendung von Art. 190 OR eintritt, weil die Parteien oft von den strengen Folgen der Vorschrift überrascht würden¹¹, auf jeden Fall dazu tendieren, nicht leichthin eine Fristüberschreitung bereits nach zwei oder drei Arbeitstagen anzunehmen.

Korrekturbemerkung: Ob die Studierenden die Unverzüglichkeit bejahten oder verneinten, war für die Bewertung irrelevant. Wesentlich war, dass das Problem der Unverzüglichkeit erkannt und diskutiert wurde.

Nimmt man an, P habe nicht unverzüglich i.S.v. Art. 190 Abs. 2 OR reagiert, so wäre ihr Lieferanspruch gemäss Art. 190 Abs. 1 OR untergegangen und ihr stünde gegen Q nur noch ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu. Andernfalls könnte sie weiterhin Lieferung verlangen und – wenn Q sich weiterhin weigert zu erfüllen – nach Art. 107 ff. OR vorgehen¹².

Schlussbemerkung: Wenn die Chefin namens der Klientin P der Q mit einstweiliger Verfügung gerichtlich verbieten lassen will, den gesamten Lagerbestand des besagten M-Whiskeys an anderen Abnehmer auszuliefern, bildet das Fortbestehen des Lieferanspruchs die *materiellrechtliche Grundlage* (d.h. den

¹¹ HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. Bern 2006, S. 58 f.; ähnlich CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 2008, N 187 f.

¹² BGE 116 II 436 E. 1a S. 438 (wo das Bundesgericht allerdings missverständlich ausführt: „Le ‚Fixgeschäft‘ est alors transformé en un ‚Mahngeschäft‘.“); dazu auch THOMAS KOLLER, Bemerkungen zu BGE 116 II 436 ff., S. 380, in: Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, hrsg. von Thomas Koller/Ivo Schwander, St. Gallen 2004.

Verfügungsanspruch) für ein solches Verbot. Zusätzlich verlangt das Prozessrecht für den Erlass einer einstweiligen Verfügung aber auch einen *Verfügungsgrund*, so z.B. dass dem Berechtigten ohne einstweilige Verfügung ein erheblicher und nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil entsteht¹³. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund sind in der Regel nur (aber immerhin) *glaubhaft* zu machen. Ob in casu ein Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden könnte, ist zweifelhaft. Denn der P gegenüber Q zustehende Schadenersatzanspruch sollte im Grunde genügen, um die Nachteile aus der Nichtlieferung auszugleichen. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil könnte wohl (wenn überhaupt) nur dann angenommen werden, wenn P glaubhaft darlegen könnte, dass sie den M-Whiskey nirgends sonst beschaffen kann und mit einem erheblichen, aber in Geld kaum messbaren *Reputationsschaden* rechnen muss, wenn sie den exquisiten M-Whiskey nicht im Angebot hat.

Dies alles musste aber in den Klausuren selbstverständlich nicht geprüft werden, da das Prozessrecht nicht zum Examensstoff im Anfängerstudium gehört.

¹³ Vgl. dazu als Beispiel Art. 261 Abs. 1 lit. a (Verfügungsanspruch) und lit. b (Verfügungsgrund) der Schweizerischen ZPO vom 12. Dezember 2008 (BBI 2008 S. 21 ff., spez. S. 82; in Kraft voraussichtlich ab 1. Januar 2011) sowie – vorliegend interessant, da Q ihren Sitz in Genf hat – Art. 324 Abs. 2 lit. c Loi de procédure civile des Kantons Genf vom 10. April 1987 (Recueil systématique genevois E 3 05: „ ... toute autre mesure justifiée par les circonstances et l’urgence destinée notamment à ... protéger le requérant d’un dommage difficile à réparer“).

Bemerkungen

I. Allgemeines

Die Anfängerklausur im Privatrecht vom 6. Juni 2009 hatte zwei Aufgaben zum Gegenstand, mit denen Sommerpraktikantinnen und Sommerpraktikanten in ihrem „Schnupperkurs“ in einer Anwaltskanzlei betraut werden könnten. Die Abklärungen sind relativ einfach und für Jus-Studierende am Ende des Anfängerstudiums an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern ohne weiteres zu bewältigen. Das abzuliefernde Memorandum gibt der Chefin einen guten Eindruck über die juristischen Fähigkeiten der betreffenden Person.

Zwischenbemerkung zur „Herkunft“ der beiden Fälle in der Aufgabenstellung:

Fall 1 habe ich einem Fall nachgebildet, den das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich zu beurteilen hatten¹⁴. Gegenüber dem Ausgangsfall wurden verschiedene Veränderungen und Vereinfachungen vorgenommen. So mussten die Jahrzahlen verschoben werden, um die bereicherungsrechtliche Verjährungsproblematik auf den Prüfungstermin (Samstag, 6. Juni 2009) abzustimmen. Ausgeklammert wurde im Prüfungsfall die Frage, welche Nutzungsentschädigung die Irrrende dem Irrtumsgegner zu bezahlen hat. Im Ausgangsfall war dies einer der Hauptstreitpunkte. Für eine Anfängerklausur wäre diese Problematik indessen zu anforderungsreich gewesen. Sodann war im Ausgangsverfahren anfänglich streitig, was unter einer „Meistergeige“ von Vuillaume zu verstehen sei, und erst als gutachterlich ausgeschlossen war, dass die Violine aus dem Atelier von Vuillaume stammt, konnte das Obergericht diesen Streitpunkt als erledigt abhaken. Im Prüfungsfall dagegen war die (von mir so veränderte) Sachlage einfacher: Der Experte vertrat die Auffassung, es handle sich nicht um eine Meistergeige von Vuillaume, und von der Korrektheit dieser Aussage war gemäss Aufgabenstellung auszugehen.

Fall 2 habe ich frei erfunden. Ich gebe aber zu, dass ich beim M-Whiskey einen ganz bestimmten Whiskey vor Augen hatte, der als „highly exclusive“ beworben wird. In Wikipedia ist gar zu lesen: „M ... is considered by many to be the finest of Irish blended whiskeys as well as among the finest Irish whiskeys in general.“ Er sei denn auch „both expensive and collectible“. Eine grössere Delikatessenkette in der Schweiz hat ihn bisweilen im Angebot und er ist in der Tat von hervorragendem Geschmack. Alle in der Aufgabestellung geschilderten Vorfälle aber sind ausschliesslich meiner Phantasie entsprungen.

Sowohl die Problematik des *Sacheigenschaftsirrtums* mit all ihren Verästelungen (Sacheigenschaftsirrtum in Konkurrenz zur Sachmängelgewährleistung; Sacheigenschaftsirrtum als – möglicher – Grundlagenirrtum und nicht als Erklärungsirrtum, Rechtsfolgen der Irrtumsanfechtung etc.) als auch die Frage der *Vertragsentstehung durch Austausch von Offerte und Akzept* sowie der Problembereich des *Verkäuferverzugs im kaufmännischen Verkehr* wurden in den beiden ersten Semestern des Jus-Studiums an unserer Fakultät in der Vorlesung Privatrecht I und in den dazugehörigen Übungen

¹⁴ Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2008 (Geschäfts-Nr. LB070081).

einlässlich behandelt. Daher wies die Aufgabenstellung höchstens einen mittleren, eher gar einen niedrigen Schwierigkeitsgrad auf. Eigentlich hätte somit eine nicht allzu hohe Zahl von ungenügenden Arbeiten erwartet werden dürfen, was aber leider nicht zutraf. 88 der 288 Klausuren der ordentlichen Jus-Studierenden (30,56 %) waren ungenügend, wobei auffallend viele Arbeiten nicht bloss mit knapp ungenügend (Note 3,5), sondern mit sehr deutlich ungenügend (Note 3 und tiefer; 66 Arbeiten bzw. 22,92 %) bewertet werden mussten. Diesen schlechten Klausuren stehen erfreulicherweise aber 102 (35,42 %) gute und sehr gute Arbeiten (Note 5 und höher) gegenüber, darunter 33 Arbeiten (11,46 %) mit der Höchstnote 6. Insgesamt belief sich der Notendurchschnitt mit 4,22 im Rahmen der letzten Jahre. Bemerkenswert ist im Weiteren, dass sich unter den 18 Klausuren von Nebenfachstudierenden bei gleicher Bewertung fünf mit der Höchstnote 6 befanden und ein Notendurchschnitt von 4,97 erzielt wurde¹⁵.

Überraschend sind die Ergebnisse der Jus-Studierenden im Grunde nicht. 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 erreichen. Nach unserer Schätzung haben in den letzten Monaten aber rund ein Drittel der Studierenden in den Vorlesungen und Übungen durch Abwesenheit gegläntzt. Zahlenmässig deckt sich dies in etwa mit den 30 % ungenügenden Klausuren. Ob die (meisten) ungenügenden Arbeiten von Absentisten geschrieben wurden, ist damit aber selbstverständlich nicht bewiesen.

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

¹⁵ Im Nebenfachstudium ist ein Übungsbesuch nicht vorgesehen. Ausserdem sind an Nebenfachstudierende geringere Anforderungen zu stellen, da nicht geprüft werden muss, ob sie sich für ein Bachelorstudium der Rechtswissenschaften eignen. Trotz des sehr guten Abschneidens der Nebenfachstudierende wurde ihnen, wie dies auch in vergangenen Jahren ähnlich gehandhabt wurde und wovon abzuweichen nur wegen des sehr guten Jahrgangs kein Grund bestand, nachträglich zwei Bonuspunkte erteilt. In der Folge resultierte ein Notendurchschnitt von 5,19 und keine einzige ungenügende Arbeit.

Lösungsskizze. 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, die sich in den 306 korrigierten Klausuren fanden, aufgelistet und besprochen werden.

II. Häufigste Fehler

1. Allgemeines

a) Mehrere Studierende haben in ihren Klausuren den Sachverhalt zusammengefasst wiedergegeben. Das war überflüssig und reine Zeitverschwendung, insbesondere im Hinblick auf die kurze Prüfungsdauer von bloss zwei Stunden.

b) Seit ein paar Jahren wirke ich als Experte bei der Matura im Fach „Wirtschaft und Recht“ mit. Aufgefallen ist mir nun (erstmal), dass sich Fehler, die in schriftlichen Maturaprüfungen immer wieder vorkommen, in gewissen Klausuren wiederfinden, so etwa wenn bei Fall 1 behauptet wird, das Musikhaus sei im Umfang der Differenz zwischen dem von Frau X bezahlten Kaufpreis und dem (wesentlich niedrigeren) Wert der Geige i.S.v. Art. 62 ff. OR ungerechtfertigt bereichert und daher zur Rückerstattung dieser Bereicherung verpflichtet (vgl. dazu auch unten Ziff. 2 lit. g). Es ist bedauerlich, dass nach zwei Semestern Jus-Studium derartige Missverständnisse nicht beseitigt worden sind.

c) Viele Studierende haben die Aufgabenstellung nicht richtig gelesen und daher nicht realisiert, dass beide Fälle gemäss ausdrücklichem Hinweis im Sachverhalt am Datum des Prüfungstages, also am Samstag, 6. Juni 2009, in der Anwaltskanzlei bearbeitet werden. Daher haben z.B. etliche Studierende bei Fall 1 ausgeführt, der Kondiktionsanspruch von Frau X verjähre zehn Jahre nach Vertragsabschluss (was sachlich ohnehin falsch ist), weshalb vor dem 1. Juni 2009 eine verjährungsunterbrechende Massnahme zu ergreifen sei. Wie soll das möglich sein, wenn die Chefin erst am Freitagabend (5. Juni 2009) vom Fall Kenntnis erhält und am andern Tag – also ausserordentlich rasch – vom Sommerpraktikanten bzw. von der Sommerpraktikantin einer ersten Prüfung unterziehen lässt?

2. Bei Fall 1

a) Bei Frage 1 wurden die Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung (Vorliegen eines Mangels gemäss Art 197 OR; Einhalten der Prüfungs- und Rügeobliegenheit nach Art. 201 OR; etc.) oft sehr ausführlich geprüft. Dies war im Hinblick darauf, dass allfällige Sachmängelgewährleistungsansprüche gemäss Art. 210 Abs. 1 OR offensichtlich längst verjährt sind, überflüssig. Auch die geringe Anzahl Punkte, welche für Frage 1 gemäss Aufgabenstellung vorgesehen war, bildete ein klares Indiz dafür, dass hier keine langen Ausführungen erwartet wurden.

b) Erstaunlich viele Studierende haben die Verjährungsfrage nicht erkannt, obwohl im Unterricht immer wieder auf Art. 210 Abs. 1 OR hingewiesen wurde. Andere wiederum haben zwar die Verjährungsfrage angesprochen, unter Hinweis auf Art. 210 Abs. 1^{bis} OR aber eine dreissigjährige Verjährungsfrist angenommen, obwohl in der Aufgabenstellung ausdrücklich stand, dass das Kulturgütertransfersgesetz schon aus intertemporalrechtlichen Gründen nicht anwendbar sei¹⁶.

c) Viele Studierende haben relativ viel Zeit aufgewendet, um als Alternative zur Sachmängelgewährleistung Ansprüche von Frau X aus Art. 97 OR (*Schlechterfüllung*) zu prüfen. Auch dies war überflüssig. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung stehen Art. 197 ff. und Art. 97 OR in einer „beschränkten“ Konkurrenz. Der Käufer kann Ansprüche aus Schlechterfüllung bei der Lieferung einer mangelhaften Sache nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 201 (Prüfungs- und Rügeobliegenheit) und Art. 210 OR (Verjährung) geltend machen¹⁷. Da im vorliegenden Fall die Sachmängelgewährleistungsansprüche evident verjährt sind, wären es auch allfällige konkurrierende Ansprüche aus Art. 97 OR.

d) Ebenso sinnlos waren sodann Ausführungen über einen allfälligen Anspruch von Frau X aus *Delikt* (Art. 41 ff. OR) und aus *culpa in contrahendo*. Ein Anspruch aus Delikt scheidet offenkundig schon daran, dass das Kriterium der *Widerrechtlichkeit* nach der vom Bundesgericht vertretenen objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nicht erfüllt ist. *Culpa in contrahendo* kann beim Fehlen von Sacheigenschaften nicht zum Zug kommen, weil dieses

¹⁶ Vgl. dazu auch Art. 33 des Kulturgütertransfersgesetzes vom 20. Juni 2003, in Kraft seit 1. Juni 2005 (SR 444.1).

Ob die fragliche Geige überhaupt ein Kulturgut im Sinne dieses Gesetzes wäre (was nach meinem Dafürhalten nicht der Fall ist), musste daher nicht geklärt werden.

¹⁷ BGE 133 III 335 („Fensterglas-Fall“), m.Hw.; dazu ausführlich THOMAS KOLLER, Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung, AJP 2007 S. 1183 ff.

Institut durch die Regeln der Sachmängelgewährleistung – bildlich gesprochen – „verdrängt“ wird. Art. 208 Abs. 3 OR bringt dies schön zum Ausdruck: Das Verschulden im Sinne dieser Bestimmung kann jedenfalls beim Spezialeskauf nur als „Kontrahierungsverschulden“ verstanden werden, d.h. der Verschuldensvorwurf bezieht sich auf den Umstand, dass der Verkäufer den Vertrag abgeschlossen hat, obwohl er vom Sachmangel Kenntnis hatte oder hätte haben müssen, und dass er den Käufer nicht über den Mangel orientiert hat¹⁸. Das ist aber nichts anderes als ein vorwerfbares Verhalten im Vorfeld des Vertragsschlusses.

e) Etliche Studierende haben die Geige als *aliud* bezeichnet. Das ist zum einen unzutreffend, da Frau X die im Laden besichtigte Geige erhalten hat, der aber eine Eigenschaft fehlt, welche sie eigentlich haben sollte. Es handelt sich somit nicht um eine Falschlieferung, sondern um eine Schlechtlieferung¹⁹. Zum andern ist die Verwendung des Begriffspaares *aliud/peius* für den vorliegenden Fall auch unnötig, da es sich um einen Spezialeskauf handelt. Bei diesem stellt sich nur die Frage, ob die gelieferte Sache den Kaufgegenstand darstellt. Ob sie aber einer bestimmten Gattung nicht zugehört (*aliud*) oder aber einer solchen zwar zugehört, jedoch mangelhaft ist (*peius*), lohnt sich nur beim Gattungskauf zu fragen²⁰. Auch von *anfänglicher objektiver Unmöglichkeit* gemäss Art. 20 OR, wie dies in ein paar Arbeiten vertreten wurde und welche die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hätte, kann keine Rede sein. Der Kaufgegenstand, die im Streit stehende Violine, hat zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses existiert und wurde geliefert; das blosse Fehlen einer vorausgesetzten oder zugesicherten Eigenschaft bei einer vorhandenen Kaufsache begründet keine anfängliche objektive Unmöglichkeit²¹. Erst recht liegt unter diesen Umständen keine *nachträgliche verschuldete* (Art. 97 OR) oder *unverschuldete* (Art. 119 Abs. 1 OR) *Unmöglichkeit* vor, wie bisweilen behauptet wurde.

f) Erfreulich wenige Studierende haben bei Frage 2 einen Erklärungsirrtum – konkret einen *error in obiecto* nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR oder einen *error in quantitate* nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR – angenommen. Wer überhaupt einen Willensmangel geprüft hat – und das haben erstaunlich Viele nicht getan –, hat in aller Regel zutreffend die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR untersucht. Dies allerdings geschah oft nicht in befriedigender Weise. Vor allem das – in der Lehre umstrittene – Kriterium der Erkennbarkeit bot vielfach Schwierigkeiten. Bei diesem Tatbestandsmerkmal geht es nicht darum, dass der Irrtumsgegner den Irrtum seines Kontrahenten erkennen muss. Wenn

¹⁸ EUGEN BUCHER, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. Zürich 1988, S. 103 f.

¹⁹ Vgl. dazu einlässlich BGE 82 II 411 E. 3b und E. 3c S. 416 ff. („van-Gogh-Fall“).

²⁰ HONSELL (Fn. 11), S. 77 f. und 121 ff.

²¹ Vgl. dazu BGE 82 II 411 E. 4 S. 419 („van-Gogh-Fall“).

überhaupt muss für den Irrtumsgegner bei Vertragsschluss erkennbar gewesen sein, welche grundlegende Bedeutung der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt für den Irrenden hatte.

g) Verschiedentlich wurde in Klausuren die Willensmangelproblematik nicht geprüft, aber ausgeführt, das Musikhaus sei im Umfang der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem niedrigeren Wert der Violine ungerechtfertigt bereichert und Frau X habe daher gestützt auf Art. 62 ff. OR Anspruch auf diese Differenz. Dies zeugt von einem grundlegenden Missverständnis. *Werden gestützt auf einen Vertrag Leistungen ausgetauscht, die – nach welchen Kriterien gemessen auch immer – nicht äquivalent sind, so kann die benachteiligte Partei nicht einfach einen Ausgleich über das Bereicherungsrecht verlangen.* Denn die Leistungen wurden nicht rechtsgrundlos, sondern gestützt auf einen Vertrag erbracht. Das Bereicherungsrecht kommt erst zum Zug, wenn – z.B. aufgrund einer Irrtumsanfechtung oder einer Vertragsanfechtung wegen Übervorteilung (Art. 21 OR)²² – feststeht, dass der Vertrag nicht besteht. Das Bereicherungsrecht dient nicht dazu, objektiv nicht gerechtfertigte Wertdifferenzen durch einen Vermögensausgleich zu berichtigen, sondern ohne Rechtsgrund erfolgte Vermögensverschiebungen zu korrigieren²³. Es lassen sich dadurch nicht etwa – wie BUCHER treffend ausführt – „... die Folgen ungünstiger Verträge, fehlgeschlagener Spekulationen oder einseitig treffende Schläge des Schicksals ausgleichen“²⁴.

h) Etliche Studierende haben den Mechanismus der Verjährungsunterbrechung nach Art. 135 Ziff. 2 OR nicht richtig verstanden und behauptet, Frau X habe mit der Mitteilung an das Musikhaus, die Geige stamme nicht von Vuillaume, eine verjährungsunterbrechende „Einrede“ erhoben. Wie sich aus dem Gesetzestext klar ergibt, hätte nur eine *Einrede vor Gericht* verjährungsunterbrechende Wirkung. An einer solchen gebricht es hier aber, da noch gar kein Prozess hängig ist. Frau X kann daher den Lauf der absoluten (zehnjährigen) Verjährungsfrist nach Art. 67 OR nur durch *Betreibung, Ladung zum Sühneversuch* oder *Klage* wirksam unterbrechen. Theoretisch wäre zwar auch eine *Schuldanerkenntnis* durch das Musikhaus (Art. 135 Ziff. 1 OR) oder ein (zeitlich befristeter) *Verzicht des Musikhauses auf Erhebung der Verjährungseinrede* denkbar, aber dazu wird das Musikhaus am Montag, 8. Juni 2009, wohl kaum bereit sein (und nachher ist die Verjährung eingetreten).

²² Die in casu aber schon deshalb nicht zum Tragen kommen kann, weil die Einjahresfrist von Art. 21 Abs. 2 OR längst abgelaufen ist, so dass es keinen Sinn machen würde zu prüfen, ob überhaupt die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

²³ In ähnlichem Sinne BGE 117 II 404 E. 3d S. 410 sowie GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 2), N 1476.

²⁴ EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 653 f.

i) Vereinzelt fanden sich in den Klausuren auch sehr gute Denkansätze zu Frage 2. So führte ein angehender Gymnasiallehrer (also nicht ein Jus-Student im Hauptfach, sondern ein „Nebenfächler“) aus: „Grundlegend stellt sich die Frage, ob Frau X wirklich davon ausgehen durfte, dass es sich um eine Meistervioline handelt, denn im 19. Jahrhundert war es wohl durchaus üblich, dass die Gesellen den Grossteil des Violinbaus erbrachten und der Meister wohl nur Kleinigkeiten beitrug.“ Das ist eine hervorragende Überlegung, weil man auf diese Weise einen Grundlagenirrtum von Frau X verneinen könnte, da sie ja eine Meistergeige von Vuillaume erhalten habe. Im konkreten Fall dürfte das Musikhaus mit einem solchen Einwand allerdings an zwei Gegenargumenten scheitern: Zum einen vertritt der Experte die Auffassung, dass es sich bei der fraglichen Geige nicht um eine Meistergeige handle (was gemäss Aufgabenstellung als zutreffend zu unterstellen ist, in einem echten Prozess aber selbstverständlich vom Musikhaus zu hinterfragen wäre). Zum andern ist der Wertunterschied zwischen einer von Vuillaume selber gebauten Violine und einer Geige, die weit überwiegend von einem Gesellen stammt, sehr beträchtlich. Und dies spricht doch relativ klar für einen Grundlagenirrtum von Frau X²⁵. Erfreulich ist aber, dass ein angehender Mittelschullehrer juristisch derart differenziert argumentiert. Das lässt für künftige Generationen von Jus-Studierenden hoffen ...

3. Bei Fall 2

a) Viele Studierende haben die *Problematik des kaufmännischen Verzugs* nach Art. 190 OR nicht gesehen und nur die allgemeinen Verzugsregeln gemäss Art. 102 ff. OR angewandt. Im Hinblick darauf, dass Art. 190 nicht nur in der Vorlesung einlässlich behandelt wurde, sondern diese Bestimmung in den Übungen im zweiten Semester gar im Zentrum des Interesses eines ganzen Falles („Weizenlieferung“) stand, ist dies im Grunde erstaunlich.

b) Etliche Studierende haben nachträgliche *subjektive* oder *objektive Unmöglichkeit* angenommen und Verzug mit der Begründung verneint, Q könne nicht mehr liefern, weil sie ihren Lagerbestand an M-Whiskey bereits anderweitig verkauft habe. Das ist schon deshalb falsch, weil Q gemäss Sachverhalt den Whiskey noch gar nicht an die andern Käufer ausgeliefert hat und daher an sich P mit der Ware bedienen könnte (dann aber gegenüber andern Käufern möglicherweise in Verzug geraten würde). Zudem könnte von nachträglicher objektiver (natürlich von Q verschuldeter) Unmöglichkeit nach einer Auslieferung des gesamten Lagerbestands an andere Abnehmer nur die Rede sein, wenn die Parteien eine

²⁵ Wobei festzuhalten ist, dass der blosse Irrtum über den Wert einer Sache einen nicht relevanten Motivirrtum darstellt. Ein Grundlagenirrtum kommt nur in Betracht, wenn die Wertdisparität auf dem Fehlen einer Eigenschaft des Vertragsgegenstandes beruht (SCHWENZER, OR AT [Fn. 2], Rz. 37.37; vgl. dazu auch BGE 110 II 293 E. 4b S. 303).

Vorratsschuld und nicht eine (unbegrenzte) Gattungsschuld vereinbart haben sollten, was durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung zu ermitteln wäre (und was zwar nicht sicher ist, wofür aber in casu gute Gründe bestünden). Unmöglichkeit bei der Annahme einer unbegrenzten Gattungsschuld wäre nach der Auslieferung des gesamten Lagerbestandes schliesslich auch diskutierbar, wenn M-Whiskey 2005 aufgrund seiner Exklusivität praktisch nirgends mehr erhältlich wäre. All dies bleibt aber überflüssige Spekulation, weil Q den Whiskey ja noch an Lager hat und somit nur Verzug zu prüfen war.

III. Zu guter Letzt

Wie stets fanden sich in verschiedenen Klausuren Schnitzer, verunglückte Redewendungen und Absurditäten, die zum Teil der Hitze des Gefechtes zuzuschreiben sein dürften, zum Teil aber auch von wenig Verständnis für die beiden Fälle und für juristische Zusammenhänge zeugen. Die Note beeinflusst haben all diese Absonderlichkeiten selbstverständlich nicht.

Hier ein paar ausgewählte Musterchen:

a) Leichtes Stirnrunzeln bei den vorkorrigierenden Assistenten und mir hat die Wendung von der „vertraglichen Geschäftsherrenhaftung nach OR 41“ in einer Arbeit verursacht. Wie kann man nur nach zwei Semestern Studium einen derart unsinnigen juristischen „salade m el e“ anrichten?

b) Geradezu harmlos und zu einem leichten Schmunzeln anregend waren im Vergleich dazu Wendungen wie die Verjährung trete „genau um etwa 10 Jahre nach Vertragsschluss“ ein (was sachlich unzutreffend ist) oder „Die Barallelen zum Picasso-Fall sind hier interessant ...“ (was zwar nicht orthographisch, aber immerhin in der Sache stimmt).

c) Künftige Gender-Studien scheinen vorprogrammiert zu sein, wenn man am Schluss von Fall 2 liest: „P und Q sind gemäss Sachverhalt Frauen. Deshalb gelten allfällige männliche Pronomen meiner Ausf uhungen für sie und es ist bei ihnen die weibliche Form gemeint.“ Die P AG und die Q SA werden es hoffentlich zu danken wissen ...

d) Den Sachverhalt nicht genau gelesen haben dürften all jene Studierende, die in ihrer Klausur von „Whisky“ statt von „Whiskey“ sprachen. Vielleicht wollten sie aber auch nur den Prüfer korrigieren, weil sie glaubten, ihm sei bei der Aufgabenstellung ein (Schreib)Fehler

unterlaufen. Ihnen sei versichert: Der Unterschied zwischen schottischem Whisky und irischem Whiskey besteht nicht nur in diesem einen Buchstaben²⁶.

e) Schön war schliesslich der Ausdruck „Defibrilationszeit“ (statt „Deliberationsfrist“ im Zusammenhang mit Fall 2 Frage 1) in einer Arbeit. Beim Korrektor hat dies – selbstverständlich – keinen Herzstillstand, sondern Heiterkeit verursacht. Für diese Aufheiterung bin ich der Urheberin (oder dem Urheber?) auch heute noch dankbar.

²⁶ Näheres dazu finden Interessierte z.B. bei Wikipedia unter dem Stichwort „Whisky“ (<http://de.wikipedia.org/wiki/Whisky>).

| Matrikelnummer: _____ | max. Punkte | | TK |
|--|-------------|--|----|
| Fall 1 | (16) | | |
| Frage 1 | (3) | | |
| - Kaufvertrag entstanden | 1 | | |
| - Art. 210 Abs. 1 OR nennen und anwenden | 2 | | |
| Frage 2 | (10) | | |
| - Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR | 1 | | |
| - bestimmter Sachverhalt | 1 | | |
| - subjektive Wesentlichkeit | 2 | | |
| - objektive Wesentlichkeit | 2 | | |
| - Erkennbarkeit | 1 | | |
| - Anfechtung nach Art. 31 OR | 1 | | |
| - Ungültigkeitstheorie / condictio in debiti | 2 | | |
| Frage 3 | (3) | | |
| - Art. 67 OR | 1 | | |
| - Beginn des Fristenlaufs und Ende der Verjährungsfrist / verjährungsunterbrechende Handlung | 2 | | |

| Fall 2 | | (13) | |
|--|--|-------------|--|
| Frage 1 | | (4) | |
| - Schreiben der Q als Offerte | | 1 | |
| - Art. 5 Abs. 1 OR nennen und anwenden | | 2 | |
| - Art. 5 Abs. 3 OR | | 1 | |
| Frage 2 | | (9) | |
| - Art. 190 OR | | 1 | |
| - kaufmännischer Verkehr / Verfalltagsgeschäft / Vermutung eines Fixgeschäfts | | 3 | |
| - Verzugsvoraussetzungen (Fälligkeit / Verfalltag / Leistung noch möglich / keine Einrede) | | 2 | |
| - Prüfung der Unverzüglichkeit | | 3 | |
| Total Punkte: | | 29 | |
| Notenvorschlag: | | | |
| Note: | | | |

Punkte-/Notenskala

| Punkte | | Note |
|---------------|--------|-------------|
| 22,5 | - 29 | 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 |