



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

---

<sup>b</sup>  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

**Rechtswissenschaftliche  
Fakultät**

Departement für Privatrecht  
Zivilistisches Seminar

# Fachprüfung im Privatrecht I

**vom 23.9.2005**

- **Aufgabenstellung**
- **Lösungsskizze**
- **Bemerkungen**
- **Punktierungsschema**
- **Punkte/Noten-Skala**

## Fachprüfung / Wiederholungsprüfung im Privatrecht vom 23.09.2005

(gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a resp. Art. 11 Abs. 4 RSP RW)

*Hinweis:* Es sind beide Fälle zu lösen. Alle Antworten sind zu begründen. Massgebend für die Bewertung ist eine saubere juristische Argumentation (ohne überflüssige Ausführungen und Abschweifungen) unter Angabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Beachten Sie unbedingt die bei den einzelnen Aufgaben in Klammern angegebenen Punkte als Mass der relativen Gewichtung der einzelnen Fragen, unter Berücksichtigung des Gesamttotals von 32 Punkten für beide Fälle (Zeiteinteilung!).

---

### Fall 1 – «Neuwagen»

Anfangs Oktober 2004 schloss X mit der Y Garagen AG in Bern (im Folgenden: Y) einen Vertrag über einen (typenmässig näher bezeichneten) Neuwagen der Marke T zum Preis von Fr. 35'000.--, lieferbar binnen ca. zwei Wochen. Anschliessend bestellte die Y beim schweizerischen Generalimporteur ein entsprechendes Fahrzeug. Bei der Überführung vom Zentrallager des Generalimporteurs zur Y wurde der Transporter, auf dem der für X bestimmte Wagen verladen war, in einen Verkehrsunfall verwickelt, am welchem den Chauffeur des Transporters kein Verschulden traf. Dabei erlitt der Wagen verschiedene erhebliche Schäden an der Karrosserie.

In der Folge reparierte die Y den Wagen und liess ihn anschliessend von X gegen Barzahlung abholen, ohne ihn über den Vorfall zu orientieren. Mitte August 2005 machte ein Freund des X diesen darauf aufmerksam, dass an der Karrosserie seines neuen Autos wohl jemand eine (allerdings fachgerechte) Reparatur vorgenommen habe. X war ob dieser Bemerkung beunruhigt, unternahm aber vorerst nichts, da er mit seiner Frau für drei Wochen in die Ferien verreiste. Unmittelbar nach seiner Rückkehr setzte er sich mit Y in Verbindung und erfuhr, was vorgefallen war. Erbost erklärte er, er wolle den Wagen zurückgeben, sein Geld zurückerhalten und für den Ärger entschädigt werden. Die Y lehnte diese Ansprüche ausdrücklich ab mit der Begründung, X habe bekommen, was ihm zustehe.

Drei Tage später schrieb X der Y einen Brief, in dem er seinen Standpunkt bekräftigte und die Y aufforderte, den Wagen umgehend gegen Rückzahlung des Kaufpreises samt Zins zu 8 % p.a. abzuholen. Zudem verlangte X von der Y eine pauschale Umtriebsentschädigung von Fr. 700.—. Die Y wies alle Forderungen von X zurück. Eventualiter machte sie geltend, X habe wenn schon nur einen Anspruch auf einen Preisnachlass und ausserdem sei „eine Rückgabe des Wagens dann auch nicht gratis zu haben“.

X konsultiert Sie als Anwältin/Anwalt. Er möchte von Ihnen eine Beurteilung der Rechtslage im Hinblick auf die von ihm geltend gemachten Ansprüche.

(Hinweis: Willensmängel sind im Fall 1 nicht zu prüfen!)

**(16 Punkte)**

### **Fall 2 – «Anker»**

Am 22.8.1994 schliessen A und B einen Kaufvertrag über ein Gemälde, das B (der von Malerei nichts versteht) vor etlichen Jahren von einem Onkel geschenkt erhalten hat und das von Albert Anker stammt. Vereinbarungsgemäss bezahlt A am 15.9.1994 den Kaufpreis von Fr. 150'000.— gegen Übergabe des Bildes. Im Januar 2003 macht ein Freund den A darauf aufmerksam, dass das Bild möglicherweise nicht von Anker stammen könnte. Daraufhin lässt A bei einem anerkannten Experten ein Gutachten anfertigen, das im November 2003 abgeliefert wird und bestätigt, dass es sich um eine (allerdings raffinierte) Fälschung handelt. A – ein von seinem Beruf stark beanspruchter Geschäftsmann – unternimmt vorerst nichts. Erst im April 2004 teilt er dem B das Ergebnis des Gutachtens mit und verlangt Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Bildes. B lehnt dieses Ansinnen ab. Nach monatelangem fruchtlosem Briefwechsel mit B reicht schliesslich A am 20.10.2004 gegen B eine entsprechende Klage ein.

- a) Wie beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Klage, wenn B zum einen geltend macht, A hätte ihm das Ergebnis der Expertise schon früher und nicht erst im April 2004 mitteilen müssen, und B sich zum andern auch grundsätzlich gegen den von A geltend gemachten Anspruch wehrt?

**9 Punkte**

- b) Wie beurteilen Sie unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im „Picasso-Fall“ die Erfolgsaussichten der Klage, wenn B gegen den von A erhobenen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises *zusätzlich die Verjährungseinrede* erhebt?

**3 Punkte**

- c) Mit welchen beiden in der Lehre vertretenen (dogmatisch ganz verschiedenen) Argumentationen könnte man in Bezug auf die Verjährung zu einem andern Ergebnis kommen?

**4 Punkte**

*Erlaubte Hilfsmittel: OR, ZGB*

## Lösungsskizze

### Fall 1 - «Neuwagen»

Zwischen X und Y ist offenkundig ein *Kaufvertrag* zustande gekommen, sind sich doch beide Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte einig (natürlicher Konsens). Zudem wird die Existenz des Vertrages auch von keiner Partei bestritten; im Gegenteil nimmt jede Partei einen Standpunkt ein, der die Existenz eines Vertrages voraussetzt. Da die Parteien nicht einen konkretes Einzelstück als Vertragsgegenstand bezeichnet, sondern den geschuldeten Wagen bloss allgemein umschrieben haben, handelt es sich um einen *Gattungskauf*.

X macht *Sachmängelgewährleistungsrechte* geltend. Ein Sachmangel liegt vor, wenn der geschuldete Kaufgegenstand im Zeitpunkt des *Gefahrenübergangs* vom vertragsmässig geschuldeten Soll-Zustand abweicht. Gemäss Art. 185 Abs. 2 Variante 1 OR geht beim Gattungskauf die Gefahr über, sobald die *Sache ausgeschieden* ist. An sich ist diese Aussonderung im vorliegenden Fall bereits beim Generalimporteur beim Verlad des Wagens auf den Transporter geschehen, so dass eigentlich die Preisgefahr im Zeitpunkt des Unfalls bereits auf den X übergegangen gewesen wäre. Da den Verkäufer und auch den Chauffeur des Transporters gemäss Sachverhalt am Unfall kein Verschulden trifft, ist die Verschlechterung des Kaufgegenstandes auf *Zufall* zurückzuführen und würde damit in den Risikobereich des Käufers X fallen, weshalb die Verkäuferin insoweit keine Gewähr zu leisten hätte. Rechtsprechung (BGE 84 II 158 ff. = FS [2004] 12-2) und herrschende Lehre gehen indessen – abweichend vom Wortlaut von Art. 185 Abs. 2 Variante 1 OR – davon aus, dass die Gefahr trotz bereits vollzogener Aussonderung solange nicht auf den Käufer übergeht, bis der Verkäufer den Kaufgegenstand am Erfüllungsort für den Käufer bereit hält. Da die Parteien in casu vertraglich keinen *Erfüllungsort* vereinbart haben, befindet sich dieser am Sitz der Y (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR), d.h. bei der Garage (wo ja X auch das Auto abholte). Demgemäss ist die Verschlechterung noch vor dem Übergang der Gefahr eingetreten und fällt somit in den Risikobereich der Y. Im Folgenden ist daher

zu prüfen, ob die übrigen Voraussetzungen des Sachmängelgewährleistungsrechts erfüllt sind.

Ein Sachmangel i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR liegt vor, wenn dem Kaufgegenstand eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn die Sache einen körperlichen oder rechtlichen Mangel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Anders ausgedrückt heisst dies, dass die effektive Beschaffenheit des Kaufgegenstandes von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit abweicht. Im vorliegenden Fall haben die Parteien bei Vertragsschluss nicht ausdrücklich vereinbart, dass der Wagen nicht beschädigt und anschliessend fachgerecht repariert sein darf. Indessen darf der Käufer eines Neuwagens nach Treu und Glauben erwarten, vom Verkäufer ein Auto geliefert zu erhalten, das nicht bereits erhebliche Schäden an der Karrosserie erlitten hat. Denn erfahrungsgemäss führen solche Schäden jedenfalls dann, wenn es sich nicht um Bagatellen handelt, auch dann zu einem merkantilen Minderwert, wenn sie anschliessend fachgerecht behoben werden.

Korrekturbemerkung: Der gegenteilige Standpunkt ist weniger gut vertretbar. Wichtig für die Bepunktung ist aber, dass das Tatbestandsmerkmal der Mangelhaftigkeit diskutiert wird.

X als Käufer konnte wegen der fachmännischen Reparatur die Beschädigung bei ordnungsgemässer Prüfung der Kaufsache nicht entdecken (es sei denn, er wäre selbst Fachmann gewesen, was sich indessen dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt). Es handelt sich vorliegend somit nicht um einen offenen, sondern um einen *verdeckten Mangel*, den X gemäss Art. 201 Abs. 3 OR im Anschluss an dessen Entdeckung noch rügen konnte. Das Kriterium der *Sofortigkeit der Rüge* ist erfüllt. Der blosser Verdacht, der entstand, als ein Freund den X auf den Mangel aufmerksam machte, verpflichtete den X noch nicht zur Mängelrüge. Denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ein Mangel erst als entdeckt, wenn der Käufer sichere Kenntnis davon hat, also bei zweifelsfreier Feststellung (BGE 107 II 175). Diese Kenntnis erlangte X erst mit dem Zugeständnis der Y, worauf X sofort erklärte den Wagen zurückgeben und den Kaufpreis zurückerhalten zu wollen. Im Übrigen hat hier die Y den Mangel offenkundig auch *arglistig verschwiegen*; denn nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte man von ihr zumindest erwarten können, dass sie X bei der Übergabe des Wagens auf den Vorfall aufmerksam gemacht

hätte und ihm nicht einfach einen ursprünglich schwer beschädigten, dann aber reparierten Wagen als Neuwagen „unterjubelt“. Nach Art. 203 OR würde daher X seine Sachmängelgewährleistungsrechte selbst dann nicht verloren haben, wenn die Rüge verspätet gewesen sein sollte.

Korrekturbemerkung: Wer ausführt, die Frage ob ein offener oder ein verdeckter Mangel vorliege und ob die Mängelrüge rechtzeitig erhoben worden sei, könne offen bleiben, da ohnehin ein Fall von absichtlicher Täuschung i.S.v. Art. 203 OR vorliegt, argumentiert sehr gut und erhält die volle Punktezahl (sofern kurz begründet wird, worin die arglistige Täuschung liegt).

Evident ist sodann, dass die Mängelrüge noch binnen *Jahresfrist ab Ablieferung* des Wagens erhoben wurde und dass die Sachmängelgewährleistungsrechte des X auf keinen Fall verjährt sind. *Vorsichtshalber* empfiehlt es sich, rasch eine verjährungsunterbrechende Massnahme in die Wege zu leiten, da die Einjahresfrist von Art. 201 Abs. 1 OR demnächst abläuft. Geht man allerdings von einer absichtlichen Täuschung durch die Y aus (was in casu der Fall ist), so gilt die Rügebefristung von Art. 210 Abs. 1 OR ohnehin nicht und auch die Verjährung tritt noch lange nicht ein (Art. 210 Abs. 3 OR).

Indem X von Y die Rücknahme des Wagens gegen Rückzahlung des Kaufpreises verlangt, übt er das ihm zustehende *Wandelungsrecht* nach Art. 205 Abs. 1 OR aus. Grundsätzlich ist die Y daher verpflichtet, ihm den Kaufpreis samt Zinsen zu erstatten (Art. 208 Abs. 2 OR), während X der Y den Wagen herauszugeben hat und ihr für den Gebrauch des Autos während rund zehn Monaten eine *Nutzungsentuschädigung* schuldet (Art. 208 Abs. 1 OR). Da die Parteien vertraglich keine Zinsabrede getroffen haben und keine anderweitige Übung bekannt ist, schuldet die Y aber nicht wie von X verlangt 8 % Zins p.a., sondern *nur 5 % Zins* p.a. (Art. 73 Abs. 1 OR). Allerdings riskiert X, dass der Richter in einem allfälligen Prozess die Wandelung als nach den Umständen nicht gerechtfertigt beurteilt und ihm daher nur den Ersatz des *Minderwertes* zuspricht (Art. 205 Abs. 2 OR).

Grundsätzlich stünde dem X gegen Y auch ein *Schadenersatzanspruch* zu, und zwar bei der Wandelung gestützt auf Art. 208 OR und im Falle einer Minderung nach Art. 97 OR. Allerdings setzt ein solcher Anspruch voraus, dass der Käufer den Schaden *nachweist* (vgl. Art. 42 Abs. 1 OR, der nicht nur im Deliktsrecht, sondern auch im Vertragsrecht An-

wendung findet). Die von X verlangte pauschale (nicht näher spezifizierte) Umtriebsentschädigung genügt diesem Erfordernis nicht.

Korrekturbemerkung: Offen bleiben kann, ob es sich beim von X geltend gemachten Schaden um einen unmittelbaren gemäss Art. 208 Abs. 2 OR oder einen mittelbaren handelt, weil es schon am Schadennachweis fehlt. Der Unterscheidung käme in casu allerdings keine praktische Bedeutung zu (wenn ein Schaden nachgewiesen wäre), da die Y, die ja den Mangel arglistig verschwiegen hat, also ein Verschulden an der Wandelung trifft und ihr der Exkulpationsbeweis mithin auf jeden Fall misslingen würde.

## Fall 2 - «Anker»

Zwischen A und B ist offenkundig ein *Kaufvertrag* zustande gekommen. Beide Parteien sind sich über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis einig (natürlicher Konsens).

Allfällige Sachmängelgewährleistungsrechte des Käufers scheiden in casu aus, weil A den (verdeckten) Mangel *nicht sofort nach Entdeckung gerügt hat* (Art. 201 Abs. 3 OR). Denn mit Zugang der Expertise im November 2003 hatte A gesicherte Kenntnis vom Sachmangel, und er hätte mit der Beanstandung nicht rund ein halbes Jahr warten dürfen.

Zu prüfen bleibt, ob ein Willensmangel vorliegt, wobei von vornherein nur ein *Grundlagenirrtum* gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR in Frage kommt. Das Verlangen des A um Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Bildes kann als *Anfechtungserklärung* i.S.v. Art. 31 OR interpretiert werden. Hier ist – anders als im Zusammenhang mit der Mängelrüge nach Art. 201 Abs. 3 OR – der Einwand des B unberechtigt, A hätte ihn schon früher vom Ergebnis der Expertise in Kenntnis setzen müssen. Es genügt, dass die Anfechtungserklärung binnen Jahresfrist seit Entdecken des Willensmangels abgegeben wird, was in casu geschehen ist.

Korrekturbemerkung: Ein Erklärungsirrtum scheidet aus, weil beide Parteien übereinstimmend dasselbe gewollt haben. Eine arglistige Täuschung ist ausgeschlossen, weil B von der Fälschung nichts gewusst hat



(er ist gemäss Sachverhalt kein Kunstkenner und hat das Bild von einem Onkel geschenkt erhalten).

a) Ein Grundlagenirrtum setzt 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 Irrenden hat. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob diese Tatbestandselemente erfüllt sind.

1. In casu hat A geglaubt, ein Bild des berühmten Malers Albert Anker zu kaufen (ebenso wie B geglaubt hat, ein Anker-Bild zu verkaufen). Im Nachhinein stellte sich indessen heraus, dass das Bild eine Fälschung ist, dass sich A mithin über die Echtheit des Bildes geirrt hat. Dieser Irrtum bezieht sich offenkundig auf einen ganz konkreten Sachverhalt, nämlich auf eine – für ein Kunstwerk zentrale – Eigenschaft des Kaufgegenstandes.

2. Subjektive Wesentlichkeit ist dann gegeben, wenn der Irrende den Vertrag überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu den Bedingungen geschlossen hätte, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte. Auch dieses Tatbestandselement ist offenkundig erfüllt. A hätte den Vertrag entweder überhaupt nicht geschlossen oder zumindest nicht einen Preis von Fr. 150'000.— geboten, wenn er gewusst hätte, dass das Bild nicht von Albert Anker stammt.

3. Objektive Wesentlichkeit bedeutet, dass der Irrende nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr den fraglichen Umstand als notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte. Wer für einen Kunst- oder Sammlergegenstand einen hohen Preis bezahlt, darf in aller Regel davon ausgehen, dass der Gegenstand echt ist (gewährleistungsrechtlich kann ein hoher Kaufpreis gar als konkludente Zusicherung der Echtheit interpretiert werden [BGE 102 II 100]). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Echtheit des Gegenstandes – wie das hier der Fall ist – dessen Wert ganz massgebend beeinflusst. Die Echtheit bildet allerdings dann nicht die Vertragsgrundlage, wenn der Verkäufer vor Kaufvertragsschluss ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass er nicht sicher sei, ob der Kunstgegenstand echt sei und dass er daher eine diesbezügliche Gewährleistung ausdrücklich und klar ausschliessen müssen (vgl. dazu BGE 126 III 59 = FS [2004] 12-8). Denn im Falle einer

gültigen gewährleistungsrechtlichen Freizeichnung kann die Echtheit des Kaufgegenstandes nicht Grundlage des Vertrages sein. In casu hat sich indessen B gemäss Sachverhalt im Vertrag nicht freigezeichnet, da er selbst ebenfalls von der Echtheit des Bildes ausging. Unter diesen Umständen muss hier die Echtheit des Bildes als Vertragsgrundlage betrachtet werden. Damit ist das Kriterium der objektiven Wesentlichkeit erfüllt.

4. Das Kriterium der Erkennbarkeit ist im vorliegenden Fall unproblematisch. B musste beim Vertragsschluss klar gewesen sein, dass die Echtheit des Bildes für den A, der immerhin Fr. 150'000.— zu zahlen bereit war, von grundlegender Bedeutung für den Abschluss des Vertrages war.

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Grundlagenirrtums sind somit erfüllt. A konnte daher den Vertrag anfechten, was er wie erwähnt fristgerecht getan hat. Gegen Treu und Glauben verstösst die Anfechtung offenkundig nicht, weshalb sie ohne weiteres statthaft ist (Art. 25 Abs. 1 OR). Damit hat A grundsätzlich Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Bildes. Die Erfolgsaussichten der Klage sind somit hoch.

b) Anders verhält es sich unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn B gegen den Kaufpreisrückforderungsanspruch die Verjährungseinrede erhebt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts im „Picasso-Fall“ (BGE 114 II 131), das der *Ungültigkeitstheorie* folgt, wird ein irrtumsbehafteter Vertrag mit der Anfechtung *ex tunc aufgehoben*. Die schon erbrachten Leistungen sind nach den Regeln der Vindikation (bei Sachleistungen) bzw. *Kondiktion* (bei Geldleistungen) rückzuerstatten. Das Bundesgericht betrachtet dabei den Fall der Irrtumsanfechtung als Tatbestand der *condictio indebiti* (d.h. als Bezahlung einer Nichtschuld), mit der Folge, dass die absolute zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 67 OR nicht erst mit Entdeckung des Irrtums oder gar erst mit der Irrtumsanfechtung zu laufen beginnt, sondern schon mit der Leistung, die als von Anfang an rechtsgrundlos erbracht qualifiziert wird (BGE 114 II 131 = FS [2004] 2-4 [„Picasso-Fall I“]). Im vorliegenden Fall hat A den Kaufpreis am 15.9.1994 bezahlt. Die erste verjährungsunterbrechende Massnahme erfolgte mit der Klageeinreichung am 20.10.2004, d.h. mehr als zehn Jahre nach der Leistung. Damit war nach der Rechtspre-

chung des Bundesgerichts der Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung verjährt. Dementsprechend ist die Klage des A abzuweisen.

c) Zum gegenteiligen Ergebnis käme man mit den beiden folgenden in der neueren Lehre vertretenen Argumentationen:

1. In der Lehre wird mit z.T. unterschiedlicher Begründung geltend gemacht, der Rückforderungsanspruch des Irrrenden sei nicht ein Fall der *condictio indebiti*, sondern der *condictio ob causam finitam* (Zuwendung aus nachträglich weggefallenem Grund). Bei der *condictio ob causam finitam* beginnt die absolute zehnjährige Verjährungsfrist nicht mit Erbringen der Leistung, sondern mit dem Wegfall des Rechtsgrundes, beim Irrtum also mit der Irrtumsanfechtung, zu laufen. Da in casu zwischen der Anfechtung, mit der der Kaufvertrag beseitigt wird (April 2004), und der Klageerhebung (Oktober 2004) bei weitem keine zehn Jahre verstrichen sind, wäre der Anspruch des A noch lange nicht verjährt. Die relative einjährige Frist ist ohnehin nicht abgelaufen.

Korrekturbemerkung: In der Lehre werden im Einzelnen unterschiedliche Begründungen für die Auffassung vertreten, die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren könne erst mit der Anfechtung des Vertrages wegen eines Willensmangels zu laufen beginnen (vgl. z.B. auch BSK OR I-HUWILER, Art. 67 N 5). Es kann selbstverständlich von den Studierenden nicht erwartet werden, dass sie alle diese komplizierten (und auch nicht immer kohärenten) Überlegungen kennen. Im Unterricht wurde vermittelt, dass der vom Bundesgericht im „Picasso-Fall“ zur Verjährung vertretene Standpunkt problematisch sei und dass ein beträchtlicher Teil der Lehre die vorstehend skizzierte Gegenposition vertritt. Hier geht es somit nur darum zu prüfen, ob die Studierenden diese Problematik in den Grundzügen kennen.

Eine Begründungslinie führt über die vom Bundesgericht abgelehnte Anfechtungstheorie. Das Bundesgericht meint zwar, auch bei der Anfechtungstheorie falle der irrumsbehaftete Vertrag rückwirkend dahin, weshalb auch bei der Anwendung dieser Theorie ein Fall der *condictio indebiti* vorliege (ebenso SCHWENZER, Rz. 56.10). In der Lehre wird indessen z.T. die (schlüssigere) These vertreten, nach der Anfechtungstheorie sei die erbrachte Leistung eine Zuwendung aus nachträglich weggefallenem Grund (vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1483, und SCHWENZER, Rz. 39.27, je m.Nw.). Komplizierter ist die Begründung, die Huwiler im Basler Kommentar gibt (BSK OR I-HUWILER Art. 67 N5).

2. Schon seit einigen Jahren und im Anschluss an den „Klärschlamm-Fall (BGE 129 III 320 = FS [2004] 2-7) in noch vermehrtem Masse wird von einem Teil der Lehre vorgeschlagen, die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen nach einer erfolgreichen Irrtumsanfechtung nach den gleichen Regeln durchzuführen wie beim Rücktritt des Gläubigers im Schuldnerverzug, d.h. über ein *vertragliches Rückabwicklungsverhältnis*. Bei einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis kommt i.d.R. die Zehnjahresfrist von Art .127 OR zum Tragen, die mit dem Rücktritt des Berechtigten vom Vertrag zu laufen beginnt (BK-WEBER, Art. 109 OR N 106; GAUCH/SCHLUEP/REY, N 3119). Nach dieser Theorie wäre in casu der Rückforderungsanspruch des A ebenfalls noch längst nicht verjährt.

## Bemerkungen

### 1. Allgemeines

Von den 90 abgegebenen Klausuren sind 41 (45,6 %) genügend. Darunter befinden sich 11 Arbeiten (12,2 %) mit guten und sehr guten Leistungen. Vier Studierende (4,4 %) haben erfreulicherweise gar die Maximalnote erreicht.

Die Anzahl der ungenügenden Arbeiten liegt im Rahmen dessen, womit bei einer Wiederholungsprüfung gerechnet werden muss. Wie bereits bei den Prüfungen im Juni 2005 wurden wiederum sehr viele Klausuren abgegeben, die ein bedenkliches Mass an Nichtwissen bzw. Nichtkönnen offenbaren. Viele dieser Arbeiten sind völlig wirr, in sich widersprüchlich, oberflächlich bzw. lückenhaft und oft ohne jegliche Ansätze einer auch nur einigermaßen brauchbaren juristischen Argumentation.

### 2. Zur Aufgabenstellung

Die beiden Fälle bewegen sich wiederum in zwei thematisch verschiedenen Bereichen des Prüfungsstoffs (Fall 1 im Sachmängelgewährleistungsrecht, Fall 2 im Irrtumsrecht). Dadurch erhielten die Studierenden, die nicht in allen Teilbereichen des Obligationenrecht sattelfest sind, wie schon im Sommer eine Chance, Mängel im einen Bereich durch ansprechende Leistungen im andern Bereich auszugleichen und so doch noch ein genügendes oder gar gutes Resultat zu erzielen.

Bezweckt wurde mit der Aufgabenstellung nochmals die Überprüfung folgender Lernziele des ersten Studienjahrs:

- Erkennen der relevanten Probleme einfacher obligationenrechtlicher Fälle
- Erwerb des notwendigen Basiswissens zur Lösung einfacher obligationenrechtlicher Fälle
- Sachgerechte Anwendung des erworbenen Wissens
- Sinnvolle juristische Argumentation

Die Korrektur der 90 Klausuren hat gezeigt, dass mit den gestellten Aufgaben gut geprüft werden konnte, inwieweit diese Lernziele erreicht worden sind. Wer eine gute oder sehr gute Note erzielte, verfügt nach meiner Einschätzung über ein sehr solides Fundament für das weitere Studium der Rechtswissenschaft. Studierende mit den Noten 4 und 4½ haben nicht alle Lernziele erfüllt und werden im Verlauf des Studiums noch etliche Lücken zu füllen haben.

### **3. Häufigste Fehler**

#### **A. Generell**

a) Bisweilen wurde nicht juristisch argumentiert, sondern eher im „Leserbriefstil“ bzw. „Stammtischstil“.

b) Vielfach wurden die massgebenden Normen nicht erwähnt, obwohl gemäss Aufgabenstellung die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen anzugeben waren. So haben z.B. mehrere Studierende in Fall 1 die Mangelhaftigkeit des Neuwagens diskutiert, ohne auf Art. 197 OR hinzuweisen, oder in Fall 2 ausgeführt, A könne den Vertrag anfechten, ohne auf Art. 31 OR Bezug zu nehmen.

#### **B. Beim Fall Neuwagen“**

a) In der Aufgabenstellung wurde ausdrücklich festgehalten, dass Willensmängel nicht zu prüfen sind. Trotzdem haben mehrere Studierende die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR einlässlich geprüft, was zu einem unnötigen Zeitverlust geführt hat.

b) Eine Täuschung i.S.v. Art. 28 OR läge im Übrigen nicht vor. Denn bei Vertragsschluss wollte die Garagistin den Käufer ja keineswegs täuschen; sie wollte zu Beginn dem Kunden sicher ein einwandfreies Auto verkaufen. Eine Täuschungshandlung fand erst später statt, nämlich als die Garagistin den reparierten Wagen dem Käufer übergab, ohne ihn auf den Unfall aufmerksam zu machen. Diese Täuschung spielt im Zusammenhang mit Art. 203 und Art. 210 Abs. 3 OR eine Rolle. Diese Differenzierung zwischen Täuschung bei

Vertragsschluss und Täuschung erst bei der Vertragserfüllung ist allerdings für AnfängerInnen nicht leicht zu erkennen (obwohl das in etlichen guten Arbeiten korrekt erkannt wurde!). Mit dem Hinweis in der Aufgabenstellung, Willensmängel seien nicht zu prüfen, sollte den Studierenden geholfen werden.

c) In Fall 1 lautete die Aufgabe, eine Beurteilung der Rechtslage für den Klienten vorzunehmen. Kommt man im Verlauf einer solcher Beurteilung bei einem „eindeutigen“ Kriterium zur Auffassung, dass ein Anspruch scheitern wird, so kann man sich die Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen ersparen. Erhebt z.B. der Gegner die Verjährungseinrede und ist diese offensichtlich begründet, so wäre es sinnlos, noch weitere Anspruchsvoraussetzungen zu analysieren. Anders verhält es sich bei „nicht eindeutigen“ Kriterien wie z.B. bei der Frage, ob die Rügefrist verpasst ist, wenn A drei Wochen in die Ferien verreist, bevor er bei B reklamiert. Ob das bei einem Konsumentenkauf wirklich zu lange wäre, ist nicht so sicher (jedenfalls fehlt dazu eine klare höchstrichterliche Rechtsprechung). Daher darf man als Anwalt/Anwältin die Beurteilung der Rechtslage nicht einfach mit dem Argument abbrechen, Sachmängelgewährleistung müsse nicht weiter geprüft werden, da ohnehin die Rügefrist verpasst sei. Dasselbe gilt für diejenigen, welche die Mangelhaftigkeit des Wagens verneint haben. Ob ein Gericht die Mangelhaftigkeit bejahen oder verneinen würde, ist nicht sicher (nach meinem Dafürhalten ist der Wagen mangelhaft). Daher darf ein Anwalt bzw. eine Anwältin bei der Beratung des Klienten nicht einfach mit der Begründung, es fehle an einem Sachmangel, die Beratung beenden und die weiteren Fragen (Rückzahlung des Kaufpreises samt Zins, Nutzungsentschädigung, Schadenersatz etc.) unbeantwortet lassen.

d) Vielfach wurde der Kauf als Spezieszkauf statt als Gattungskauf qualifiziert. Der Kaufgegenstand wurde in casu nur gattungsmässig umschrieben. Ein Spezieszkauf würde vorliegen, wenn die Garagistin den Wagen vorrätig gehabt hätte und sich die Parteien auf diesen konkreten Wagen geeinigt hätten. Bei der Prüfung der Gefahrtragungsfrage (vgl. dazu sogleich unter lit. e) ist daher Art. 185 Abs. 2 OR massgebend, nicht Abs. 1. Im Ergebnis ändert sich allerdings nichts, wenn man mit dem Bundesgericht und der wohl h.L. annimmt, die Gefahr gehe so oder anders erst auf den Käufer über, wenn der Kaufgegenstand dem Käufer am Erfüllungsort gehörig angeboten werde (aber so differenziert hat niemand argumentiert).

e) Der relevante Zeitpunkt für die Frage, ob eine Sache mangelhaft ist oder nicht, ist der Gefahrenübergang. Das wurde von den meisten nicht gesehen. Zum Teil wurde auch angenommen, die Gefahr sei mit der Aussonderung des Wagens beim Generalimporteur bereits auf den Käufer übergegangen, dann aber trotzdem ohne weiteres die Haftung von Y für Sachmängel bejaht.

f) Viele Studierende haben sich nicht genügend mit der Mangelhaftigkeit des Wagens auseinandergesetzt. Es ist zu begründen, weshalb ein fachgerecht reparierter Wagen mangelhaft ist, obwohl er technisch offenbar einwandfrei funktioniert (vgl. dazu auch oben lit. c).

g) Bei der Prüfung der Frage, ob X die Rügefrist eingehalten habe, haben sich nur sehr wenig Studierende Gedanken darüber gemacht, von welchem Zeitpunkt an die Rügefrist gemäss Art. 201 Abs. 3 OR zu laufen beginnt. Erforderlich ist, dass der Mangel genügend klar erkannt wird, so dass eine Rüge zumutbar ist; ein blosser Verdacht auf das Vorhandensein eines Mangels genügt nicht. Daher ist zumindest zweifelhaft, ob der Hinweis des Freundes von X, der Wagen sei wohl repariert worden, bereits die Rügefrist auslösen würde. Im Übrigen käme dann ohnehin noch Art. 203 OR zum Zug, so dass ein allfälliges Überschreiten der Rügefrist für X folgenlos wäre.

h) Viele Studierende hatten insgesamt Mühe mit der Einordnung des Leistungsstörungstatbestandes. So haben z.B. etliche Studierende Verzug statt Sachmängelgewährleistung geprüft. In casu liegt indessen offenkundig kein Verzug vor. Von einem aliud – wie in mehreren Klausuren angesprochen – kann keine Rede sein.

i) Nicht sinnvoll war es auch, eine Deliktshaftung zu prüfen. In Bezug auf die Beschädigung des Fahrzeuges fehlt es schon – soweit X betroffen ist - an der Widerrechtlichkeit: Wer einem andern im Rahmen eines Kaufvertrages eine beschädigte Sache übergibt, verletzt nicht dessen Eigentum. Hinzu kommt, dass die Garagistin hinsichtlich der Beschädigung kein Verschulden trifft, so dass auch insoweit Art. 41 OR ausser Betracht fällt. Dasselbe gilt für Art. 55 OR, da dem Chauffeur des Transporters keine Pflichtwidrigkeit zur Last fällt. Die Geschäftsherrenhaftung setzt zwar kein Verschulden der Hilfsperson



voraus; die Geschäftsherrin haftet aber, sieht man von der Frage seiner Urteilsfähigkeit ab, aus Art. 55 OR – wie das Bundesgericht zu Recht festgehalten hat – nur, wenn ihm (hypothetisch) eine Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden könne, falls er sich so wie die Hilfsperson verhalten hätte. Eine deliktische Haftung der Garagistin könnte höchstens damit begründet werden, dass sie bei der Übergabe des Wagens den X täuschte, weil er ihm die Reparatur arglistig verschwieg. Dem X hilft das aber nicht viel, da er ja zur Hauptsache nicht Schadenersatz will, sondern die Rückzahlung des Kaufpreises samt Zins gegen Rückgabe des Wagens, und dies erhält er über das Deliktsrecht nicht.

j) Beim von X verlangten Schadenersatz wurde in aller Regel übersehen, dass ein Schaden vom Geschädigten zu beweisen ist. Eine „pauschale“ Umtriebsentschädigung (so ausdrücklich der Sachverhalt) genügt diesem Erfordernis nicht. Denkbar ist aber eine richterliche Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR (was einige zu Recht geschrieben haben).

### **C. Beim Fall „Anker“**

a) Mehrere Studierende haben in diesem Fall Willensmängel nicht geprüft, obwohl im Unterricht der Verkauf eines gefälschten Kunstwerks mehrfach als Paradebeispiel für einen Grundlagenirrtum behandelt wurde (was selbstverständlich noch nicht heisst, dass in jedem solchen Fall alle Tatbestandsvoraussetzungen eines Grundlagenirrtums erfüllt sind).

b) Vereinzelt wurde von einem error in obiecto statt von einem Grundlagenirrtum gesprochen. In casu irrt sich indessen A (genauso übrigens wie B) nicht über die Identität des Kaufobjekts, sondern über eine Eigenschaft der Kaufsache.

c) Verschiedentlich war von anfänglicher (objektiver oder subjektiver) Unmöglichkeit oder von aliud die Rede. In casu liegt ein Spezieskauf vor; Kaufgegenstand ist nicht ein allgemein umschriebenes Bild, sondern ein konkretes Gemälde. A hat von B dieses (und nicht ein anderes) Gemälde, somit den richtigen Kaufgegenstand (und nicht ein aliud) erhalten. Die Erfüllung des Kaufvertrages (Übergabe des Kaufgegenstandes zu Eigentum) war möglich und hat auch stattgefunden. Dagegen fehlt der Kaufsache eine Eigenschaft (die

Echtheit), die sie gemäss Vertrag haben sollte. Zu prüfen ist daher Sachmängelgewährleistung bzw. Eigenschaftsirrtum.

d) Die Sachmängelgewährleistung kann in casu allerdings mit wenigen Sätzen erledigt werden. A rügt die Unechtheit erst rund ein halbes Jahr nach Vorliegen der Expertise. Das ist gemäss Art. 201 Abs. 3 OR eindeutig zu spät. Die Sachmängelgewährleistungsrechte von A sind daher klar verwirkt. Die Verjährung nach Art. 210 Abs. 1 OR dagegen ist unter Aufgabe 2a nicht zu prüfen, da sich B erst in Aufgabe 2b auf die Verjährung beruft.

e) Viele Studierende haben in Fall 2 die Systematik der Aufgabenstellung nicht gesehen. In Aufgabe 2a beruft sich B nicht auf die Verjährung (wie sich der Aufgabenstellung 2b mit aller Deutlichkeit entnehmen lässt). Unter 2a war also nur zu prüfen, ob A fristgerecht nach Art. 201 Abs. 3 OR gerügt hat (was eindeutig nicht der Fall ist) bzw. ob er die Anfechtungsfrist von Art. 31 OR gewahrt hat.

f) Oft wurde nicht gesehen, dass die Verwirkungsfrist von Art. 31 OR erst zu laufen beginnt, wenn der Irrtum mit genügender Sicherheit feststeht. Der Hinweis des Freundes von A, das Bild stamme möglicherweise nicht von Anker, begründet erst einen Verdacht über die allfällige Unechtheit, noch keine genügende Gewissheit, besonders weil es sich in casu um eine raffinierte Fälschung handelt.

g) Unter Aufgabe 2b wurde mehrfach die Verjährung nach Art. 210 Abs. 1 OR behandelt. Zwar sind die Sachmängelgewährleistungsrechte des A nicht bloss nach Art. 201 Abs. 3 wegen Verspätung der Rüge verwirkt, sondern seine Ansprüche sind selbstverständlich auch nach Art. 210 Abs. 1 OR verjährt. Gemäss Aufgabenstellung war aber die Verjährungsfrage unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Picaso-Fall zu prüfen; Gegenstand dieses Urteils – auf das im Unterricht immer wieder hingewiesen wurde – war die Verjährung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung im Gefolge einer Willensmängelanfechtung. Deshalb konnten an sich korrekte Ausführungen zu Art. 210 OR nicht bepunktet werden.

h) Sehr oft wurde das Zusammenspiel zwischen Art. 31 und Art. 67 OR nicht begriffen bzw. die beiden Bestimmungen wurden vermischt. Art. 31 OR regelt die Frage, wie lange

eine Irrtumsanfechtung möglich ist, während Art. 67 OR bestimmt, wann Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung verjähren. In Aufgabe 2b steht daher nicht Art. 31 OR, sondern Art. 67 OR zur Diskussion. Da die relative Einjahresfrist offensichtlich gewahrt ist, bietet nur die absolute Zehnjahresfrist Probleme. Nach (umstrittener) bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Picasso-Fall handelt es sich beim Rückforderungsanspruch nach erfolgter Irrtumsanfechtung um einen Fall der *condictio indebiti*, weshalb die absolute Verjährungsfrist mit Zahlung des (nicht geschuldeten) Kaufpreises – und nicht wie vielfach geschrieben wurde mit Vertragsschluss – zu laufen beginnt.

i) Vielfach wurde unter Aufgabe 2b behauptet, der Rückforderungsanspruch sei wegen Art. 127 OR verjährt. Das ist unzutreffend. Unter 2b war die bundesgerichtliche Rechtsprechung darzulegen, und die stützt sich auf Art. 67 OR. Art. 127 OR käme zum Tragen, wenn man von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis ausginge, wie das in der Lehre z.T. postuliert wird. Dann würde allerdings die Verjährungsfrist für den Rückforderungsanspruch mit Auflösung des Vertrages und nicht mit Zahlung des Kaufpreises zu laufen beginnen. Das war eine der beiden Varianten, die unter Aufgabe 2c hätte diskutiert werden können.

#### **4. Punktierung/Benotung**

Die Klausuren wurden bei der Korrektur bepunktet, und die Gesamtsumme der Punkte ergab nach einer vorgegebenen Skala die massgebende Note (vgl. dazu das folgend Punktierungsschema sowie die Punkte/Noten-Skala). Die Punktierung darf indessen nicht als mathematisch präziser Vorgang aufgefasst werden. Bei der Punktevergabe besteht – wie sich bei juristischen Klausuren von selbst versteht – bei jeder Aufgabe praktisch durchwegs ein erheblicher Ermessensspielraum. Die Punktierung bildet somit nur einen Anhaltspunkt für eine sachgerechte Beurteilung der Gesamtleistung.

Bei Fall 1 war die Frage der Relevanz der Gefahrtragung und bei Fall 2 die Aufgabe c deutlich anspruchsvoller als die restlichen Teile der Aufgabenstellung. Das wurde bei der Ausgestaltung der Punkte/Noten-Skala berücksichtigt. Auch wer diese beiden Teilbereiche nicht sachgerecht bearbeitet hat, konnte noch eine gute oder sogar sehr gute Note erzielen. Mit mittelmässigen Leistungen in den übrigen Teilbereichen war dementspre-

chend noch eine genügende oder gar etwas bessere Note (4 bzw. 4½) möglich. Ungenügende Noten resultierten erst bei klaren Schwächen in mehreren Teilbereichen der Aufgabenstellung.

MATRIKELNUMMER: _____	max. Punkte		TK
<b>Fall 1 (Neuwagen)</b>	<b>(16)</b>		
<b>1. Einleitung</b>	<b>(2)</b>		
- Gültiger Vertrag zustande gekommen (natürlicher Konsens; Vertrag unbestritten)	1		
- Gattungsschuld (lediglich allgemeine Umschreibung des Wagens)	1		
<b>2. Gefahrübergang</b>	<b>(4)</b>		
- Relevanz des Zeitpunkts	1		
- In casu liegt Zufall vor	1		
- Grundsätzlich Aussonderung nach Art. 185 Abs. 2 OR	1		
- Gefahrübergang trotzdem erst bei Bereithalten der Sache am Erfüllungsort in Bern (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR)	1		
<b>3. Sachmängelgewährleistung</b>	<b>(10)</b>		
- Mangelbegriff	2		
- Rechtzeitigkeit der Rüge	2		
- Wandelung (Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Sache, Nutzungsentschädigung, Zins zu 5 %, nicht 8 % (Art. 73 Abs. 1 OR)	3		
- Schadenersatz	1		
- Minderung statt Wandelung (Art. 205 Abs. 2 OR)	1		
- Noch keine Verjährung	1		
<b>Fall 2 (Anker)</b>	<b>(16)</b>		
<b>1. Einleitung</b>	<b>(2)</b>		
- Vertragsentstehung (natürlicher Konsens)	1		
- Sachmängelgewährleistung verwirkt	1		
<b>2. Grundlagenirrtum (Frage a)</b>	<b>(7)</b>		
- 4 Tatbestandsvoraussetzungen (bestimmter Sachverhalt, subjektiv und objektiv wesentlich, für Irrtumsgegner erkennbar) [pro Tatbestandselement 1 Punkt, 1 zusätzlicher Punkt für vertiefte Ausführungen zur objektiven Wesentlichkeit]	5		

- Anfechtung (Art. 31 OR)	1		
- Anfechtung ist kein Verstoss gegen Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR)	1		
<b>3. Verjährung nach Bundesgericht (Frage b)</b>	<b>(3)</b>		
- Ungültigkeitstheorie; Vindikation/Kondiktion; condictio indebiti; Verjährungsfrist läuft ab Leistung	3		
<b>4. Verjährung gemäss abweichender Lehre (Frage c)</b>	<b>(4)</b>		
- nachträglich weggefallener Grund	2		
- Rückabwicklungsverhältnis	2		

Total Punkte:	<b>32</b>		
Notenvorschlag:			
Note:			

## Punkte/Noten-Skala

NOTE	PUNKTE
<b>6</b>	24 – 32
<b>5½</b>	21½ – 23½
<b>5</b>	19 – 21
<b>4½</b>	16½ – 18½
<b>4</b>	14 – 16
<b>3½</b>	11½ – 13½
<b>3</b>	9 – 11
<b>2½</b>	6½ – 8½
<b>2</b>	4 – 6
<b>1½</b>	1½ – 3½
<b>1</b>	0 – 1