

Fall 1

1. Begehren gegen PfB:

- 1 Beat Bucher will, dass der Verein PfB die Blogeinträge löscht. Ausserdem will er Schadloshaltung, mithin Schadenersatz und Genugtuung. Ausgangslage all dieser Ansprüche ist eine mutmasslich widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Vorfrageweise ist jedoch auf das Argument des Präsidenten des Vereins, dass die PfB gar nicht beklagt werden könne, einzugehen.
- 2 **Passivlegitimation** des Vereins: Ein Verein mit politischem Ziel gilt als **juristische Person**, sobald aus seinen Statuten der Wille ersichtlich ist, als Körperschaft existieren zu wollen (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Ein Eintrag ins Handelsregister ist zwar möglich, aber für das Bestehen als juristische Person nicht nötig, da die PfB einen politischen und nicht einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt (Art. 61 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 52 Abs. 2 ZGB). Der Verein als juristische Person ist rechtsfähig, d.h. er hat alle Rechte und Pflichten, die nicht zwingend die natürlichen Eigenschaft eines Menschen verlangen (Art. 53 ZGB). Er ist somit partei- und prozessfähig (ZPO 66 f.). Entsprechend kann der Verein an sich beklagt werden.

Bestehen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung:

- 3 Im vorliegenden Fall wird sich Bucher bei der Geltendmachung seiner Ansprüche darauf berufen, dass seine Persönlichkeit widerrechtlich verletzt worden sei. Der Verein hat die mutmasslich persönlichkeitsverletzenden Inhalte nicht selbst verfasst, aber er hat den Blog, auf welchem diese Einträge veröffentlicht wurden, gehostet. Art. 28 Abs. 1 ZGB verlangt, dass die beklagte Person an der Persönlichkeitsverletzung mitgewirkt hat. Das Hosten des fraglichen Textes gilt als **Mitwirkung** (BGer 5A_792/2011). Alle von Ambühl getätigten Aussagen auf seinem Blog sind demnach dem Verein PfB i.S. einer Mitwirkung gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB zuzurechnen.
- 4 **Persönlichkeitsverletzung:** Art. 28 Abs. 1 ZGB verlangt, dass die Persönlichkeit der betroffenen Partei verletzt wurde. Die Persönlichkeit umfasst verschiedene Aspekte, unter anderem auch die Ehre. Diese wird verletzt, wenn das sittliche, berufliche oder gesellschaftliche **Ansehen** reduziert wird. Vorliegend wird Bucher vorgeworfen, er habe sein Amt für kriminelle Machenschaften missbraucht und er sei ein „verschlagenes, machtgeiles und perfides Schwein“ mit „eklatanten Charakterschwächen“. Solche Aussagen sind geeignet, das Ansehen von Bucher zu mindern. Der Verein als Host hat an dieser Verletzung mitgewirkt, sie sind ihm entsprechend zuzurechnen.
- 5 **Widerrechtlichkeit:** Art. 28 Abs. 1 ZGB verpönt widerrechtliche Persönlichkeitsverletzungen. Die Persönlichkeit ist ein absolut geschütztes Rechtsgut. Eingriffe sind widerrechtlich, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Im konkreten Fall ist denkbar, dass ein überwiegendes Interesse an der Berichterstattung über die Machenschaften von Bucher vorliegt (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Es ist daher eine **Interessens-**

abwägung vorzunehmen: Informationsinteresse der Allgemeinheit (Blog-Betreiber Armin Ambühl als Verfasser und Informant, der Verein als Verbreiter dieser Informationen) gegen das Interesse Buchers am Schutz seiner Ehre:

- 6 Bucher war früher ein Berner Regierungsrat. Grundsätzlich hat die Bevölkerung, insbesondere die lokal ansässigen Personen, ein Interesse zu erfahren, wie die von ihnen gewählten und für ihre Bezirke zuständigen Politiker ihr Amt ausüben. Bucher ist jedoch als Regierungsrat nicht mehr aktiv, entsprechend sinkt das Interesse der Allgemeinheit an seiner Person. Straftaten, welche seine vergangene Tätigkeit als Regierungsrat betreffen, sind aber grundsätzlich nach wie vor von **Interesse für die Allgemeinheit**. Bucher gilt diesbezüglich als in der Öffentlichkeit stehende Person. Grundsätzlich besteht also ein Interesse der Allgemeinheit daran, dass über die Tätigkeit von Bucher während seiner Amtszeit berichtet wird. Es ist demnach weiter zu prüfen, ob die konkreten Aussagen, welche von Ambühl gemacht wurden, durch ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit gerechtfertigt werden.
- 7 **Werturteile** sind Meinungsäußerungen. Diese Äusserungen über in der Öffentlichkeit stehende Personen sind grundsätzlich gerechtfertigt, es sei denn, sie sind unnötig herabsetzend. Ambühl wirft Bucher „eklatante Charakterschwächen“ vor und bezeichnet ihn weiter als „verschlagenes, machtgeiles und perfides Schwein“. Diese Äusserungen sind unnötig herabsetzend und damit rechtswidrig (bereits die Zulässigkeit der Bezeichnung einer Person als „Wilderer“ wurde vom Bundesgericht ausführlich thematisiert; i.c. als gerechtfertigt erachtet, siehe BGE 127 III 481, S. 486 ff., E. 2).
- 8 **Tatsachenbehauptungen** über in der Öffentlichkeit stehende Personen in Bezug auf ihre für die Allgemeinheit relevante Tätigkeit sind grundsätzlich gerechtfertigt, sofern sie der Wahrheit entsprechen. Vorliegend ist unklar, ob Bucher die genannten Straftaten tatsächlich begangen hat. Bei Strafuntersuchungen gilt der Grundsatz der **Unschuldsvermutung** und auch die Medien haben bei einer Berichterstattung über eine Strafuntersuchung dafür besorgt zu sein, dass der Leser erkennt, dass noch nicht erwiesen ist, ob der mutmassliche Täter das Delikt tatsächlich begangen hat. Vorliegend ist allerdings keine Strafuntersuchung im Gange, sondern Ambühl will die Bevölkerung aufrütteln und eine Strafuntersuchung gegen Bucher erwirken. Es scheint nachvollziehbar, dass Ambühl entsprechend einseitig berichtet. Dies entbindet ihn aber nicht davon, seinen Text so zu verfassen, dass für den Leser klar ist, dass es sich hierbei um Vorwürfe handelt, welche unbestätigt sind. Weiter ist zu beachten, dass nicht Bucher die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung, sondern der Verein bzw. Ambühl die Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung **beweisen** muss. Wenn demnach der Verein nicht beweisen kann, dass die Tatsachen wahr sind, haben sie als unwahr und damit als nicht gerechtfertigt zu gelten.

Löschen der Blogeinträge:

- 9 Bucher verlangt vom Verein eine **Beseitigung der bestehenden Verletzung** (Art. 28a Abs. 2 ZGB): Vorausgesetzt ist, dass die Verletzung im Urteilszeitpunkt noch besteht, dass die Verletzung beseitigt werden kann und dass ein konkret bestimmbares Beseitigungsverhalten festgelegt werden kann. Vorliegend sind

die Einträge nach wie vor abrufbar, sie können ohne Weiteres gelöscht werden und dies kann im Urteilsdispositiv so angeordnet werden. Da die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB **kein Verschulden** verlangt, ist das Argument des Vereins, dass die Blogs nicht überwacht werden können, in Bezug auf die Beseitigung der Blogbeiträge irrelevant.

Schadenersatz:

- 10 Bucher kann grundsätzlich **Schadenersatz** geltend machen. Der Anspruch stützt sich auf Art. 41 OR, da Art. 28a Abs. 3 ZGB keine eigenständige Anspruchsgrundlage ist, sondern lediglich verweist. Die Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR beruht auf den folgenden Voraussetzungen:
- 11 **Schaden:** Vorliegend wurde Bucher als Verwaltungsratsmitglied der Finanzbank AG nicht wiedergewählt und ihm entgeht ein Verwaltungsrats Honorar von CHF 15'000 pro Jahr. Das unfreiwillige Ausbleiben der Vermehrung der Aktiven stellt ein Schaden im juristischen Sinne dar.
- 12 **Widerrechtlichkeit:** Bucher wurde widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt (s. Rz. 3 ff.).
- 13 **Verschulden:** Der Verein hat die Blogbeiträge nicht selbst erstellt, sondern er hat lediglich durch das Hosten der Beiträge an der Persönlichkeitsverletzung mitgewirkt. Dem Verein ist demnach ein Verschulden vorzuwerfen, sofern er diese Mitwirkung hätte verhindern können und müssen. Die Persönlichkeitsverletzung hätte zwar durch eine Kontrolle der gehosteten Blogs verhindert werden können, allerdings ist fraglich, ob eine solche Kontrolle für den Verein zumutbar wäre. Es ist davon auszugehen, dass ein Hostprovider durch die Zurverfügungstellung von Speicherplatz auf seinem Server für Blogger nicht per se einen gefährlichen Zustand schafft und deshalb **keine generelle Pflicht** hat, die Blogger zu kontrollieren. Führt aber das Geschäftsmodell eines Hostprovider dazu, dass die Gefahr von Persönlichkeitsverletzungen massgeblich erhöht wird, so kann ausnahmsweise vom Host verlangt werden, dass er gewisse Kontrollmechanismen verwendet (vgl. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrats vom 11. Dezember 2015, S. 62 ff.). Im konkreten Fall wäre es übertrieben, vom Verein eine allgemeine Kontrolle aller gehosteten Blogbeiträge zu verlangen. Allerdings hat Bucher den Verein über die persönlichkeitsverletzenden Blogbeiträge in Kenntnis gesetzt, worauf der Verein sich entschieden hat, die Beiträge stehen zu lassen. Dass der Verein trotz Kenntnis der Beiträge untätig blieb, kann ihm vorgeworfen werden. Obwohl für den Verein möglicherweise nicht zweifelsfrei feststellbar war, ob die fraglichen Beiträge persönlichkeitsverletzend sind, musste er doch erkennen, dass die Gefahr eines widerrechtlichen persönlichkeitsverletzenden Inhalts auf der Hand liegt. Vor diesem Hintergrund ist es mindestens fahrlässig, untätig zu bleiben.
- 14 **Kausalität:** Um Schadenersatz zu erhalten, muss Bucher im Zivilprozess nachweisen, dass die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, d.h. die Blogbeiträge, dazu geführt haben, dass er als Verwaltungsrat der Finanzbank AG nicht wiedergewählt wurde und deshalb finanzielle Einbussen von CHF 15'000 pro Jahr hat. Hier stellt sich das Problem, dass die Finanzbank AG das Ausbleiben der Wiederwahl nicht be-

gründet hat, was den Kausalitätsnachweis erschwert. Weiter zeigt sich, dass das vorwerfbare Verhalten (vgl. Rz. 13) des Vereins erst nach der finanziellen Schädigung verwirklicht wurde. Bucher hat sich erst nach der nicht erfolgten Wiederwahl als Verwaltungsrat der Finanzbank AG beim Verein gemeldet. Selbst wenn der Verein zu diesem Zeitpunkt sofort tätig geworden wäre und den Blogeintrag von Ambühl gelöscht hätte, wäre Bucher das Verwaltungsrats honorar entgangen. Das dem Verein vorwerfbare Verhalten ist mithin nicht kausal für Schaden (entgangenen Gewinn).

Genugtuung:

- 15 Für allfällige Genugtuungsansprüche aus persönlichkeitsverletzenden Handlungen verweist Art. 28a Abs. 3 ZGB auf Art. 49 OR. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:
- 16 **Immaterielle Unbill:** Eine immaterielle Unbill ist ein unfreiwilliger, nicht vermögenswerter Nachteil in Form von körperlichen oder seelischen Schmerzen oder ähnlichem. Eine Ehrverletzung, und der damit einhergehende Verlust von Ansehen, ist an sich geeignet, seelische Schmerzen herbeizuführen. Das kann insbesondere bei grossangelegten, verleumdenden Medienkampagnen der Fall sein. Vorliegend ist fraglich, ob die in den Blogeinträge enthaltene Persönlichkeitsverletzung genügend schwerwiegend ist, um solche immaterielle Beeinträchtigungen zu bewirken. Die Tatsache, dass Bucher verschiedene Hass-Mails erhalten hat, zeigt jedenfalls, dass der Blog eine gewisse Reichweite besitzt. Da die immaterielle Unbill eine innere Tatsache ist, dürfen an den Beweis keine zu strengen Anforderungen gestellt werden.
- 17 **Widerrechtlichkeit:** Bucher wurde widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt (s. Rz. 3 ff.).
- 18 **Kausalität:** Um Genugtuung zu erhalten, muss Bucher darlegen können, dass die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, d.h. die Blogeinträge, dazu geführt haben, dass er eine immaterielle Unbill erlitten hat. Sofern Bucher darlegen kann, dass er eine immaterielle Unbill erlitten hat, was ihm mit Hilfe der Hass-Mails gelingen könnte, wird auch die Kausalität zu den persönlichkeitsverletzenden Blogeinträgen als gegeben zu erachten sein.
- 19 **Verschulden:** Art. 49 OR greift nur, wenn gegen die belangte Partei für materielle Schäden ein Haftpflichttatbestand angerufen werden kann – vorliegend Art. 41 Abs. 1 OR. Dieser Haftungstatbestand erfordert Verschulden, also muss auch für den Genugtuungsanspruch ein anspruchsbegründendes Verschulden gegeben sein. Dem Verein kann das unterlassene Löschen der Blogeinträge nach erfolgtem Hinweis durch Bucher mindestens im Sinne einer Fahrlässigkeit vorgeworfen werden (Rz. 13).

2. Begehren gegen Armin Ambühl

Unterlassen zukünftiger *Blogeinträge*:

- 20 Bucher kann von Ambühl (gerichtlich) verlangen, dass dieser die Publikation zukünftiger Blogeinträge betreffend Bucher unterlässt (Art. 28a Abs. 1 ZGB). Voraussetzung ist, dass eine ernsthafte und naheliegende **Gefahr** von zukünftigen Verletzungen besteht. Dies ist zu bejahen, da Ambühl persönlichkeitsver-

letzende Beiträge auf seinem Blog veröffentlicht hat (vgl. oben) und bereits weitere solche Einträge angekündigt hat. Fraglich ist indes, ob das Verbot jeglicher Beiträge bezüglich der Person von Bucher verhältnismässig ist. Das diesbezüglich geltende Bestimmtheitsgebot verlangt, dass das angerufene Gericht im Urteilsdispositiv das zukünftige, verbotene Verhalten genau umschreibt. Daher wird sich Bucher wohl damit zufriedengeben müssen, dass Ambühl verboten wird, öffentlich Bucher ein kriminelles Verhalten während seiner Tätigkeit als Regierungsrat vorzuwerfen.

3. Zivilprozess

- 21 Zur schnellen Verwirklichung seines Anspruchs auf Beseitigung der Persönlichkeitsverletzung kann Bucher versuchen, **vorsorgliche Massnahmen** anordnen zu lassen. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass glaubhaft gemacht wird, dass ein zustehender Anspruch verletzt ist und ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 ZPO). Bucher muss demnach darlegen, dass die Blogbeiträge seine Persönlichkeit widerrechtlich verletzen (vorsorgliche Beseitigung der Beiträge, siehe Art. 262 lit. b ZPO) und dass weitere solche Einträge drohen (vorsorgliches Verbot künftiger Blogbeiträge, siehe Art. 262 lit. a ZPO). Weiter muss Bucher glaubhaft machen, dass ihm nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile drohen. Buchers Persönlichkeit wurde bereits widerrechtlich verletzt und er hat dadurch sogar materielle und immaterielle Nachteile erlitten. Bleiben die erstellten Beiträge weiterhin abrufbar und kommen gar neue hinzu, so droht eine Verschärfung dieser Nachteile. Da es vorliegend nicht nur um den Ersatz von finanziellen Nachteilen geht, sondern auch um die Ehre von Bucher, und eine Wiederherstellung der Ehre schwierig ist, sind die drohenden Nachteile nicht leicht wieder gutzumachen.
- 22 Vorsorgliche Massnahmen gegen Medien können nur unter strengeren Voraussetzungen angeordnet werden (Art. 266 ZPO). Es ist daher anzunehmen, dass Ambühl geltend machen wird, er sei ein Medienschaffender und seine Blogbeiträge seien daher von Art. 266 ZPO erfasst. Seinem Wortlaut nach umfasst Art. 266 ZPO nur *periodisch* erscheinende Medien. Im konkreten Fall betreibt Ambühl seinen Blog erst seit einigen Monaten. Ein Blog, welcher immer wieder neue – wie hier: angekündigte – Beiträge zu bestimmten Themen veröffentlicht, könnte bei extensiver Auslegung von Art. 266 ZPO als periodisches Medium verstanden werden. In dieser Situation muss der drohende Nachteil besonders schwerwiegend sein, es darf offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen und die Massnahme muss verhältnismässig sein (Art. 266 ZPO). Die Wiederherstellung der Ehre kann als besonders schwierig betrachtet werden, mithin kann vertreten werden, dass durch weitere Veröffentlichungen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, der besonders schwerwiegend ist. Bezüglich des Erfordernisses, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, kann argumentiert werden, dass die Werturteile unnötig herabsetzend sind und dass, wenn noch keine Strafverurteilung erfolgt ist, die Unschuldsvermutung nie missachtet werden darf, mithin keine Rechtfertigung vorliegen kann.

Fall 2

1. Cortez gegen Fortini, Eigentumsrückforderung:

- 23 Carlo Cortez kann das Audiosystem zurückfordern, sofern er Eigentümer (geblieben) ist (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Ursprünglich war Cortez Eigentümer der Anlage, es ist daher zu prüfen, ob das Eigentum auf Franca Fortini übergegangen ist.
- 24 In Frage kommt zuerst der derivative Eigentumserwerb durch **Kaufvertrag** (Art. 184 Abs. 1 OR) und Übertragung der Sache (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Vorliegend hat Fortini nicht mit Cortez direkt Kontakt gehabt, sondern mit David Denzler. Der Vertrag kann demnach Cortez nur binden, wenn Denzler als sein Stellvertreter gehandelt hat. Denzler handelte mit Vertretungswillen und trat in fremdem Namen auf, es ist jedoch zweifelhaft, ob er überhaupt **Vertretungsmacht** besass. Dabei ist vorauszuschicken, dass Denzler gemäss Sachverhalt keine Prokura innehat(te).
- 25 Denzler war ursprünglich ein von Cortez bevollmächtigter Verkäufer (Hilfsperson) und hatte zu dieser Zeit Vertretungsbefugnis (Stellvertreter nach Art. 32 Abs. 1 OR oder Handlungsbevollmächtigter nach Art. 462 Abs. 1 OR). Diese Vollmacht wurde jedoch **widerrufen**, was zulässig ist (Art. 34 Abs. 1 OR). Der Widerruf einer ausdrücklich oder tatsächlich kundgegebenen Vollmacht gilt allerdings gegenüber gutgläubigen Dritten nur, wenn er ihnen mitgeteilt wurde (Art. 34 Abs. 3 OR), mithin wenn ihr guter Glaube zerstört wurde. Es ist nun zu prüfen, ob Fortini die Vollmacht kundgegeben wurde, und falls dem so sein sollte, ob sie erfolgreich geltend machen kann, sie habe sich gutgläubig darauf verlassen dürfen, dass Denzler nach wie vor ein bevollmächtigter Verkäufer sei. Es kann argumentiert werden, dass durch die Verkaufstätigkeit von Denzler dessen Bevollmächtigung stillschweigend den Kunden von Cortez kundgegeben wurde. Der Sachverhalt enthält allerdings keine Hinweise darauf, dass Fortini bereits früher mit Cortez, bzw. mit seinem Stellvertreter Denzler, Geschäfte gemacht hat. Es spricht mithin nichts dafür, dass Cortez Fortini die Vertretungsbefugnisse von Denzler jemals ausdrücklich kundgegeben hat. Selbst wenn Fortini bereits mit Cortez und Denzler Geschäftsbeziehungen gehabt haben sollte, hätte Fortini bei gebotener Sorgfalt erkennen müssen, dass Denzler keine Vertretungsbefugnisse mehr besitzt. Fortini wurde der Widerruf zwar nicht persönlich mitgeteilt, allerdings wurde ihr auch die Erteilung der Vollmacht zuvor nicht persönlich von Cortez bekannt gegeben, sondern höchstens stillschweigend. Es muss daher genügen, dass Denzler ins Backoffice versetzt und der Widerruf der Vollmacht auf der Homepage des Unternehmens publiziert wurde. Fortini gilt daher nicht als gutgläubig, die gesetzliche Vermutung ist widerlegt (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Denzler trat entsprechend nicht gültig als Vertreter von Cortez auf.
- 26 Da Cortez den Vertrag **nicht genehmigt**, wird er demnach nicht gebunden (Art. 38 Abs. 1 OR). Es besteht kein Kaufvertrag, das Eigentum am Audiosystem ging daher nicht von Cortez auf Fortini über. Denn nach dem Kausalitätsprinzip hängt die Wirksamkeit einer sachenrechtlichen Verfügung (Verfügungsgeschäft) davon ab, ob ihr ein gültiges Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt. Es liegt entsprechend **kein Eigentumserwerb** von Fortini durch Kaufvertrag vor. Da Fortini gar keinen Kaufvertrag abgeschlossen hat (kei-

ne Stellvertretung, keine Genehmigung - siehe oben), ist auch ein Eigentumserwerb gestützt auf Art. 933 i.V.m. Art. 714 Abs. 2 ZGB nicht denkbar. Eine Ersitzung des Audiosystems durch Fortini ist aufgrund der noch nicht abgelaufenen Fünfjahresfrist ausgeschlossen (Art. 728 Abs. 1 ZGB). Cortez ist nach wie vor Eigentümer des Audiosystems. Er kann es demnach von Fortini mittels **Vindikation** herausverlangen (Art. 641 Abs. 2 ZGB).

27 Alternativ zur Vindikation könnte Cortez auch Besitzerschutz geltend machen. Cortez hat Denzler verboten, sich dieser Anlagen zum Verkauf zu bemächtigen: Denzler durfte nur noch im Backoffice arbeiten und sich um das Rechnungswesen kümmern. Dass Denzler Zugang zu den Geräten von Cortez hatte, bewirkt noch nicht, dass diese Sachen als dem Denzler anvertraut gelten. Cortez war Besitzer (und Eigentümer) des Audiosystems, welches ihm aufgrund der Bemächtigung durch Denzler **abhandengekommen** ist. Er kann das Audiosystem innert 5 Jahren von Fortini zurückfordern, unabhängig davon ob diese gutgläubig ist oder nicht (Art. 934 Abs. 1 OR).

28 Für Klagen, welche den **Besitz an beweglichen Sachen** zum Gegenstand haben, sind die Gerichte am Wohnsitz der beklagten Person oder am Ort der gelegenen Sache zuständig (Art. 30 Abs. 1 ZPO). Fortini ist in Zug wohnhaft und die Anlage wurde bei ihr installiert. Entsprechend ist das Gericht in Zug örtlich zuständig.

2. Cortez gegen Herzog: Eigentumsrückforderung

29 Erich Ernst hat sich unrechtmässig des Fernsehers von Cortez bemächtigt und diesen an Gustav Gmür verkauft, welcher ihn wiederum an Hans Herzog weiterverkaufte. Ernst war nie Eigentümer des Fernsehers und wer nicht Eigentümer einer Sache ist, kann grundsätzlich auch das Eigentum dieser Sache nicht auf eine andere Person übertragen. Entsprechend konnte Ernst das Eigentum am TV **nicht durch Kaufvertrag** auf Gmür übertragen. Ein Eigentumserwerb von Gmür durch Ersitzung (Art. 728 Abs. 1 ZGB) oder durch Erwerb vom Nichtberechtigten (Art. 934 Abs. 1 ZGB - TV ist abhandengekommen, siehe unten) ist aufgrund der nicht abgelaufenen Fünfjahresfrist nicht denkbar. Gmür ist demnach nicht Eigentümer des Fernsehers und er konnte entsprechend auch auf Herzog kein Eigentum durch Vertrag übertragen.

30 Es ist jedoch denkbar, dass Herzog gestützt auf Art. 933 ZGB Eigentum am TV erwerben konnte. Herzog ist in seinem Eigentumserwerb zu schützen, wenn er gutgläubig davon ausgeht und ausgehen durfte, dass er durch den Erwerb des Fernsehers Eigentümer wurde, sofern dieser TV vom eigentlichen Eigentümer (Cortez) einer anderen Person (Ernst) anvertraut wurde, und diese den Fernseher, wenn auch unberechtigterweise, veräussert hat (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB). Ernst ist ein Angestellter von Cortez ohne selbständigen Zugang zu den Ladenlokalitäten. Er ist mithin nicht Besitzer der Waren, sondern lediglich Besitzdiener. Der fragliche TV wurde demnach Ernst nicht anvertraut, sondern Ernst hat ihn von Cortez gestohlen. Dieser, dem Cortez **abhandengekommene** TV kann von Cortez innert 5 Jahren von jeder Person herausverlangt werden, unabhängig davon, ob diese Person die Sache gutgläubig erworben hat (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Wer eine abhandengekommene Sache gutgläubig auf einer öffentli-

chen Versteigerung bzw. einem öffentlichen Markt erworben hat, oder sie von einem Kaufmann, der mit Waren gleicher Art handelt erwarb, muss sie an den rechtmässigen Eigentümer allerdings nur dann herausgeben, wenn ihm der Kaufpreis (vorliegend CHF 7'500.00) ersetzt wird (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Herzog hat den TV online auf einer Versteigerungs- bzw. Marktplattform erworben. Diese Plattformen übernehmen ähnliche Funktionen wie eine **öffentliche Versteigerung oder ein Markt**, weswegen sie als gleichwertig zu behandeln sind. Ausserdem handelt Gmür regelmässig mit Waren dieser Art. Herzog hat demnach Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises, sofern er **gutgläubig** war. Es stellt sich daher die Frage, ob Herzog bei gebührender Aufmerksamkeit hätte merken müssen, dass ihm Diebesgut angeboten wurde. Herzog kaufte den TV bei Gmür, einem Onlineverkäufer, der regelmässig gleichartige Waren verkauft. Der Kaufpreis lag leicht unter dem Originalpreis und der TV weist leichte Gebrauchsspuren auf. Entsprechend durfte Herzog gutgläubig annehmen (beachte auch Vermutung nach Art. 3 Abs. 1 ZGB), dass er rechtmässig einen TV erworben hat. Cortez ist nach wie vor Eigentümer des Fernsehers und er kann ihn von Herzog herausverlangen, muss jedoch den Kaufpreis ersetzen (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Alternativ könnte die Herausgabe auch auf den Vindikationsanspruch gestützt werden (Art. 641 Abs. 2 ZGB).

- 31 Für Klagen welche den **Besitz an beweglichen Sachen** zum Gegenstand haben, sind die Gerichte am Wohnsitz der beklagten Person oder am Ort der gelegenen Sache zuständig (Art. 30 Abs. 1 ZPO). Herzog hat sich den Fernseher in sein Haus in Glarus liefern lassen. Entsprechend ist das dortige Gericht örtlich zuständig.

Fall 3

1. Rechnung für Mehrleistung

- 32 Die Immo AG hat die Kraftbau AG beauftragt zwei weitere Stockwerke zu errichten. Dies stellt einen Werkvertrag dar (Art. 363 OR). Wenn die durch die Immo AG durchgeführten Sanierungsarbeiten als Nachbesserung eines mangelhaften Werkes zu werten sind, hat die Kraftbau AG keinen Anspruch auf Vergütung (Art. 368 Abs. 2 OR). Umgekehrt muss die Immo AG die Rechnung bezahlen, sofern keine Gewährleistungsansprüche bestehen.
- 33 Die **Gewährleistungsansprüche** beim Werkvertrag haben folgende Voraussetzungen: **Mangelhaftigkeit:** Die von der Kraftbau AG erstellte Decke stürzte ein. Dies stellt zweifelsfrei einen Mangel dar, die Decke eines mängelfreien Werks wäre nicht eingestürzt. Da der Einsturz aufgrund der Missachtung der Regeln der Baukunst durch die Kraftbau AG erfolgte, bestand die Mangelursache bereits bei Ablieferung des Werks. **Prüfung des Werks:** Das Werk wurde nach der Ablieferung (2. November 2015) geprüft. Die fraglichen Mängel wurden nicht erkannt, dies ist jedoch vorliegend nicht schädlich (siehe sogleich). **Sofortige Mängelrüge:** Die entscheidenden Mängel wurden nach der Prüfung nicht gerügt. Gemäss Gutachten waren die Mängel jedoch bei der Prüfung nicht erkennbar, mithin handelt es sich um versteckte Mängel. Unterbleibt die Rüge von versteckten Mängeln, hat dies keine Genehmigung des Werks zur Folge (Art. 370 Abs. 1 OR). Nach Entdeckung der Mängel muss allerdings sofort gerügt werden, was vorliegend gemacht

wurde (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Voraussetzungen der Gewährleistungsansprüche sind gegeben. Die Immo AG hat daher grundsätzlich Anspruch auf **unentgeltliche Nachbesserung** des Werks durch die Kraftbau AG (Art. 368 Abs. 2 OR). Die Kosten sind nicht übermässig, insb. da das Werk ohne Reparatur völlig unbrauchbar ist und eine vollständige Neuerrichtung wohl massiv teurer wäre.

- 34 Die **Untätigkeit der Ingenieurin** Lena Lustenberger lässt die Schuldpflicht der Kraftbau AG nicht automatisch dahinfallen. Die Pflicht zur Nachbesserung wird dadurch, dass eine dritte Partei ebenfalls für den Mangel verantwortlich ist, grundsätzlich nicht berührt. Dass die Ingenieurin möglicherweise auch aus Vertrag haftet, ändert an der Gewährleistungspflicht des Unternehmers nichts. Allenfalls haften beide solidarisch (Art. 51 Abs. 1 OR). Eine schuldhafte Mitherbeiführung des Mangels durch die Ingenieurin könnte der Immo AG als Selbstverschulden angerechnet werden, was wiederum eine Reduktion der Haftung der Kraftbau AG zur Folge haben kann. Vorliegend liegt jedoch gerade keine Mitherbeiführung des Mangels durch die Ingenieurin vor. Sie hat lediglich die ordentliche Überwachung der Kraftbau AG unterlassen, diese schuldet jedoch ein mangelfreies Werk und hat keinen Anspruch auf Überwachung. Hätte die Immo AG keine Ingenieurin mit der Überwachung der Bautätigkeiten beauftragt, hätte die Kraftbau AG genauso elementare Regeln der Baukunst missachtet und so einen mangelhaftes Werk herbeigeführt. Es kann daher der Immo AG nicht vorgeworfen werden, dass sie die Kraftbau AG nicht ordentlich überwacht hat (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Auflage, N 2743).

2. Entgangener Mietzins:

- 35 **Anspruch gegen die Kraftbau AG:** Wird ein Werk mangelhaft errichtet (was vorliegend der Fall ist, siehe Rz. 33) und dadurch schuldhaft ein Schaden verursacht, ist dieser vom Unternehmer zu ersetzen (Art. 368 Abs. 2 OR). Der entgangene Mietzins stellt ein **Mangelfolgeschaden** dar (unfreiwillig ausgebliebene Erhöhung der Aktiven). Der Mangel, die eingestürzte Decke, führten zu den Nachbesserungsarbeiten und diese wiederum dazu, dass die Stockwerke nicht rechtzeitig vermietet werden konnten, was den von der M AG erlittenen Schaden bewirkte. Die natürliche und adäquate **Kausalität** ist gegeben. Gemäss unabhängigem Gutachten wurden elementare Regeln der Baukunst missachtet, mithin wurde der Mangel mindestens **fahrlässig** herbeigeführt. Die Kraftbau AG schuldet demnach der Immo AG Schadenersatz für die entgangenen Mieteinnahmen (CHF 36'240.00).
- 36 **Anspruch gegen Ingenieurin Lustenberger:** Die Ingenieurin wurde mit der Bauleitung beauftragt. Der Bauleitungsvertrag ist ein Auftrag (Art. 394 OR). Die Ingenieurin schuldet daher nicht einen Erfolg, sondern ein **Tätigwerden** im Hinblick auf einen angestrebten Erfolg. Dieses Tätigwerden muss sorgfältig sein (Art. 398 Abs. 1 OR). Die Ingenieurin hätte laut Gutachten die Fehler der Immo AG erkennen und intervenieren müssen. Da die Ingenieurin dies nicht getan hat, handelte sie **unsorgfältig**. Lustenberger macht zu ihrer Verteidigung geltend, dass sie nicht rund um die Uhr auf der Baustelle sein kann, was zutreffend ist. Es darf aber erwartet werden, dass er heikle Bauschritte überwacht, zumal bei ihrer Mandatierung die **Überwachung der Arbeiten** explizit vereinbart wurde. Durch die unsorgfältige Überwachung der Arbeiten

hat die Ingenieurin ihren Auftrag nicht ordentlich erfüllt, mithin ist ihr eine Vertragsverletzung vorzuwerfen. Hätte Lustenberger den Vertrag ordentlich erfüllt, wäre die Immo AG nicht geschädigt worden. Die Vertragsverletzung ist demnach **kausal** für die Entstehung der **Schädigung** der Immo AG. Entsprechend haftet die Ingenieurin Lustenberger für den auf ihre Vertragsverletzung zurückzuführenden Schaden (Art. 398 Abs. 1 OR).

- 37 Die Kraftbau AG und Lustenberger haften der Immo AG für das gleiche Leistungsinteresse. Sie haften entsprechend solidarisch (Art. 51 Abs. 1 OR).

Örtliche Zuständigkeit in Bern:

- 38 Vorliegend wird sowohl von der Immo AG wie auch von der Ingenieurin Lustenberger Schadenersatz aufgrund nicht ordentlicher Vertragserfüllung gefordert. Für **Klagen aus Vertrag** ist einerseits das Gericht am Wohnsitz oder am **Sitz der beklagten Partei** zuständig, andererseits das Gericht am Ort an dem die **charakteristische Leistung** zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Als Ort der charakteristischen Leistung muss bei einem Werkvertrag der Ort des Bauwerkes gelten. Das Gleiche gilt wohl auch beim Ingenieursvertrag, bei dem die Bauleitung und die Überwachung der Arbeiten der Bauarbeiter ein wesentlicher Bestandteil ist. Das Gebäude steht in Aarau und der Sitz der Kraftbau AG ist in Bern. Mithin ist das Gericht in Bern für eine Klage aus Vertrag gegen die Kraftbau AG zuständig. Die Klage gegen die Ingenieurin stützt sich ebenfalls auf Vertrag, allerdings ist die Ingenieurin in St. Gallen wohnhaft. Sie kann deshalb grundsätzlich nur in St. Gallen (Wohnsitz) oder Aarau (Ort der charakteristischen Leistung) eingeklagt werden.

- 39 Art. 71 Abs. 1 ZPO definiert die **einfache Streitgenossenschaft**: „Sollen Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, so können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden“. Als Paradebeispiel der passiven Streitgenossenschaft wird die „Klage einer geschädigten Person gegen mehrere Schädiger“ (BBl 2007 7221, 7281) genannt. Solche Klagen des Geschädigten gegen eine Mehrzahl von Personen liegen sicherlich dann vor, wenn die Schädiger den Schaden gemeinsam verschuldet haben und aus dem gleichen Rechtsgrund für das Gleiche solidarisch haften (Art. 50 OR). Einfache Streitgenossenschaft ist aber auch dort gegeben, wo mehrere Schädiger dem Geschädigten aus verschiedenen Rechtsgründen solidarisch haften (Art. 51 OR) und zusammen beklagt werden. In diesen Fall ergibt sich der in Art. 71 Abs. 1 ZPO geforderte sachliche Zusammenhang (das „Konnexitätsfordernis“) zwischen den Klagen gegen solidarisch Haftende daraus, dass die klageweise geltend gemachten Forderungen des Klägers in der Regel aus „gleichartigen Tatsachen“ im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZPO resultieren und – vor allem – dass sie auf dasselbe wirtschaftliche Interesse des Gläubigers zielen bzw. ein und dasselbe Leistungsinteresse des Gläubigers decken und damit im Verhältnis einer Anspruchskonkurrenz zueinander stehen.

- 40 Die Kraftbau AG und Lustenberger haften der Immo AG solidarisch für den Ersatz der entgangenen Mieteinnahmen. Beide Parteien schulden das gleiche Leistungsinteresse und die Ansprüche der Immo AG beruhen auf gleichartigen Tatsachen. Da auch die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (Streitwert über

CHF 30'000, ordentliches Verfahren, Art. 219 ff. i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO), ermöglicht dies der Immo AG die Einklagung beider Parteien als einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 Abs. 1 und 2 ZPO). Für eine Klage gegen mehrere Streitgenossen ist das Gericht, das für die Klage gegen eine dieser Parteien zuständig ist, für alle beklagten Parteien zuständig, sofern die Zuständigkeit nicht bloss auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruht (Art. 15 Abs. 1 ZPO). Da das Gericht in Bern für eine Klage gegen die Kraftbau AG örtlich zuständig ist, da die Kraftbau AG ihren Sitz in Bern hat (Rz. 38, Art. 31 ZPO), kann die Ingenieurin Lustenberger als Streitgenossin auch in Bern eingeklagt werden (Art. 15 Abs. 1 ZPO).

Variante:

1. Mehrleistung

- 41 Grundsätzlich muss die Kraftbau AG die beschädigten Stockwerke unentgeltlich nachbessern, da sie ein mangelhaftes Werk erstellt hat (Rz. 33). Allerdings sind die Mängel auf unzweckmässige Weisungen der Ingenieurin zurückzuführen. Die Ingenieurin tritt auf der Baustelle als Hilfsperson der Immo AG (Bauherrin) auf. Die Weisungen von Lustenberger sind daher der Immo AG zuzurechnen (Verhaltenszurechnung; vgl. Art. 101 Abs. 1 OR). Der Anspruch auf Gewährleistung, mithin auf unentgeltliche Nachbesserung, entfällt bei **unzweckmässigen Weisungen**, sofern der Unternehmer (Kraftbau AG) ausdrücklich abgemahnt hat (Art. 369 OR). Vorliegend hat sich der Baustellenchef der Kraftbau AG gegen die Anweisung der Ingenieurin zur Wehr gesetzt und auf die konkrete Gefahr hingewiesen. Dies muss als **Abmahnung** genügen, zumal die Ingenieurin sachkundig ist und sie als Hilfsperson der Immo AG auftritt. Die Abmahnung muss nicht zwingend an die Immo AG direkt erfolgen, sondern kann auch an die zuständige Vertreterin der Bestellerin, im vorliegenden Fall die Ingenieurin Lustenberger, erfolgen (vgl. BGE 95 II 43, S. 50, E. 3c). Die Immo AG hat entsprechend keinen Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung und muss der Kraftbau AG die Mehrkosten ersetzen.
- 42 Die Ingenieurin Lustenberger hat unsachgemässe Weisungen erteilt und so ein mangelhaftes Werk verschuldet. Sie hat entsprechend ihren Auftrag zur Bauleitung **nicht ordentlich erfüllt** (vgl. Rz. 36). Die Immo AG kann deshalb die von der Ingenieurin durch ihr unsorgfältiges Tätigwerden verursachten Kosten von ihr herausverlangen (Art. 398 Abs. 1 OR).

2. Honorarrechnung

- 43 Die Ingenieurin hat ihren Vertrag nicht ordentlich erfüllt, da sie unsorgfältig tätig wurde (vgl. Rz. 36). Wenn ein Auftrag nicht ordentlich erledigt wurde, unabhängig davon ob dadurch ein Schaden entstand, kann die **Vergütung gekürzt** werden. Der allfällig verbleibende Honoraranspruch von Lustenberger kann mit dem Schadenersatzanspruch der Immo AG gegen Lustenberger verrechnet werden, da die Forderungen gleichartig (Geld) sind und beide Forderungen fällig sind (Art. 75 i.V.m. Art. 120 Abs. 1 OR).

Fall 4

Örtliche Zuständigkeit

- 44 Für **Klagen aus Vertrag** ist das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei oder am Ort der charakteristischen Leistung zuständig (Art. 31 ZPO). Die beklagte Nina Netzer hat ihren Wohnsitz in Zürich und die Ware wurde dort übergeben. Entsprechend muss in Zürich geklagt werden. Ein **Konsumentenvertrag liegt nicht vor**, da Netzer das Auto nicht im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit angeboten hat (Art. 32 Abs. 2 ZPO).

Verjährung:

- 45 Nina Netzer und Ottmar Oesch haben einen Fahrniskaufvertrag geschlossen (Art. 184 ff. OR). Bei Versagen der Lenkung des Autos stellt sich die Frage, ob der Käufer Gewährleistungsansprüche geltend machen kann (Art. 197 ff. OR). Diese Ansprüche verjähren **zwei Jahre nach Ablieferung** des Kaufgegenstands (Art. 210 Abs. 1 OR). Das Auto wurde am 5. März 2014 Oesch übergeben. Am 5. Februar 2016 reichte Oesch ein Schlichtungsgesuch ein. Das Einreichen des **Schlichtungsgesuchs** hat die Verjährung der Gewährleistungsansprüche rechtzeitig unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Die erfolgte **Unterbrechung der Verjährung** bewirkt, dass die Verjährungsfrist von neuem beginnt (Art. 137 Abs. 1 OR). Aktuell droht demnach (noch) keine Verjährung. Sollte der Anspruch von Oesch bereits verjährt sein, so könnte er theoretisch trotzdem Klage einreichen. Die Verjährung wird nicht von Amtes wegen beachtet (Art. 142 OR), könnte aber von Netzer vorgebracht werden.
- 46 **Frist zur Klageeinreichung:** Die von der Schlichtungsbehörde erteilte **Klagebewilligung** berechtigt während **dreier Monate** seit ihrer Eröffnung zur Einreichung der Klage (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Oesch hat demnach grundsätzlich ab dem 11. März 2016 drei Monate Zeit zur Klageerhebung. Am 27. März 2016 war jedoch Ostern. Eine Woche vor und nach Ostern stehen die Fristen still (Art. 145 Abs. 1 lit a ZPO). Dies gilt nicht für das Schlichtungsverfahren, vorliegend geht es jedoch nicht um eine Frist im Schlichtungsverfahren, sondern um eine Frist zur Klageeinreichung. Für diese gilt der **Fristenstillstand** (Urteil des Bundesgerichts 5A_306/2012, E. 3). Aufgrund des Fristenstillstands wurde die Frist zur Klageeinreichung mit Klage am 15. Juni 2016 gewahrt. Wäre die Frist verpasst worden, so hätte das Gericht nicht auf die Klage eintreten können und die Rechtshängigkeit des Verfahrens wäre erloschen. Dies hätte jedoch nicht zur Folge gehabt, dass Oesch sein materielles Recht verliert. Oesch hätte ein erneutes Schlichtungsverfahren durchführen und anschliessend, bei Erteilung der Klagebewilligung, klagen können.

Fortsetzung:

- 47 Das ordentliche Rechtsmittel ist die **Berufung**. Da der **Streitwert** weniger als CHF 10'000 beträgt, ist keine Berufung möglich (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

- 48 Nicht berufungsfähige Entscheide können allerdings mit einer Beschwerde angefochten werden (Art. 319 lit. a ZPO). Mit der **Beschwerde** kann neben der unrichtigen Rechtsanwendung die **offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts** gerügt werden (Art. 320 ZPO). Wenn Netzer vergessen hat, einen Beweis vorzubringen, stellt das von Seiten des Gerichts keine offensichtliche unrichtige Feststellung des Sachverhalts dar. Eine unrichtige Rechtsanwendung ist auch nicht ersichtlich. Ganz abgesehen davon sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Demnach ist die Beschwerde nicht erfolgsversprechend.
- 49 Neben der Berufung und der Beschwerde bleibt noch die Revision. Die **Revision** erlaubt das Vorbringen von **unechten Nova** (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO). Als unechtes Novum gilt eine Tatsache oder ein Beweismittel, das während dem vorangegangenen Prozess bereits bestanden hat, jedoch nicht vorgebracht werden konnte. Hätte das Beweismittel bei ordentlicher Prozessführung rechtzeitig vorgebracht werden können, so liegt ein unzulässiges unechtes Novum vor. Da Netzer vergessen hat, dass ein Beweismittel existiert, es ihr aber ohne weiteres zugänglich gewesen wäre, kann die E-Mail mit dem Gewährleistungsausschluss nicht erfolgreich vorgebracht werden. Mithin ist auch eine Revision nicht zielführend.
- 50 Es gibt **kein erfolgsversprechendes Rechtsmittel**.