

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

**FACHPRÜFUNG PRIVATRECHT
(Art. 12 Abs. 1 lit. a RSL RW)**

Es sind alle Fragen zu bearbeiten. **Stichworte gelten nicht als Antworten.** Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen *anhand des Gesetzes* zu prüfen und zu begründen. Wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind – soweit nicht anders vermerkt – die weiteren Anspruchsvoraussetzungen dennoch zu prüfen. Wo auf Gesetzesbestimmungen Bezug zu nehmen ist, sind diese zu nennen. **Ohne Nennung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen gibt es keine Punkte.** Für die Punktevergabe zählt neben dem Inhalt jeweils die Qualität der Strukturierung, Argumentation und Subsumtion. **Begründen Sie Ihre Antworten.** Wo nicht anders vermerkt, wird eine zwar richtige, aber nicht begründete Antwort nicht honoriert.

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

Frage 1

In BGE 40 II 133 E. 4 S. 140 (14. März 1914) findet sich im Zusammenhang mit dem alten Obligationenrecht (von 1881) folgende Aussage:

"[D]ie Beklagte, deren Verhalten als ein schuldhaftes im Sinne des Art. 124 alt OR erscheint, [hat der Klägerin] das **Erfüllungs- oder sog. positive Vertragsinteresse** zu ersetzen. Unter dem Titel des Erfüllungsinteresses macht nun die Klägerin ausser dem entgangenen Gewinn noch verschiedene Schadensposten geltend [...]: *Aufwendungen, die zum Zwecke der Ausführung der Bestellungen gemacht worden waren und nunmehr nutzlos geworden sind.* [...]. Da die Beklagte grundsätzlich für sämtliche Folgen der Vertragsauflösung haftbar ist, hat sie der Klägerin **auch für diese nutzlos gewordenen Aufwendungen Ersatz zu leisten [...]**".

A. Umschreiben Sie das "positive Interesse" im Zusammenhang mit vertraglichen Leistungsstörungen.

[1 Punkt]

B. Würden Sie der kursiv gedruckten Aussage des Bundesgerichts gestützt auf das geltende Obligationenrecht zustimmen?

[3 Punkte]

Frage 2

- A. Ein gutgläubiger Dritter hat gestützt auf eine nicht ordnungsgemäss zurückgeforderte Vollmachtsurkunde einen Vertrag abgeschlossen. Angenommen, es liege ein Fall von Art. 36 OR vor.

Sind der Vollmachtgeber oder seine Rechtsnachfolger Vertragspartei geworden? Begründen Sie *kurz*.

[2 Punkte]

- B. Lesen Sie Art. 39 OR. Absatz 3 der genannten Bestimmung lautet: "In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten."

Welche Situation beschreibt Art. 39 Abs. 3 OR? Anders gefragt: Wann kommt es zu einem Bereicherungsanspruch?

- Der Dritte (auch: der "andere") hat dem *falsus procurator* im Hinblick auf den nicht genehmigten Vertrag eine Zahlung geleistet.
- Der Vertretene fordert vom *falsus procurator* eine Zahlung, die der *falsus procurator* vom Dritten entgegengenommen hat.
- Der *falsus procurator* fordert vom Dritten eine Zahlung für seine unnützen Aufwendungen.
- Der Dritte hat gegenüber dem *falsus procurator* im Hinblick auf den nicht genehmigten Vertrag eine Sachleistung erbracht.

Hinweis: Es werden nur Punkte für eine vollständig richtige Antwort vergeben. Ob eine oder mehrere Antworten in Frage kommen, müssen Sie selbst entscheiden. Beschränken Sie sich auf das Ankreuzen der Antworten. Eine zusätzliche Begründung wird nicht verlangt.

[3 Punkte]

Frage 3

- A. Lesen Sie Art. 9 OR. Was bedeutet der Satz in Absatz 1 von Art. 9: "Der Antrag ist nicht als geschehen zu betrachten" für das Schicksal des Vertrages?

[2 Punkte]

- B. Lesen Sie Art. 9 OR. Ist die genannte Bestimmungen auf unmittelbare oder auf mittelbare Antrags- bzw. Annahmeerklärungen zugeschnitten?

[3 Punkte]

- C. Treffen Sie folgende Annahme: Die Gambos GmbH unterbreitet der Scampi AG ein Kaufangebot. Die Scampi AG nimmt das Angebot zunächst an, widerruft es aber rechtzeitig (und gültig). Vor dem gültigen Widerruf hat die Scampi AG eine Anzahlung veranlasst. Die Scampi AG kann die Zahlung unstreitig zurückfordern. Fraglich ist nur, ob es sich um einen Anspruch aus vertraglicher Rückabwicklung oder um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt. In Anbetracht der Tatsache, dass die Rückerstattung wegen einer widerrufenen Annahmeerklärung erfolgt: Welches ist die einschlägige Rechtsgrundlage und warum?

[4 Punkte]

Frage 4

Am 11. Mai 2017 erschien folgender Bericht in der NZZ:

Mehlwürmer lassen auf sich warten

Schlechte Nachrichten für alle Gourmets hierzulande, die sich auf Mehlwürmer, Grillen und Wanderheuschrecken auf ihren Tellern gefreut haben. "Der Verkaufsstart der Insektenprodukte verzögert sich", sagt Andrea Bergmann, Mediensprecherin von Coop, auf Nachfrage. Gross angekündigt wurde vergangenen Monat, dass Konsumenten dank dem neuen Lebensmittelrecht ab dem 1. Mai diese drei Insektenarten als ganze Tiere, zerkleinert oder gemahlen käuflich zum Verzehr erwerben können. [...] Coop möchte die angekündigten Fertigprodukte vom Startup-Unternehmen Essento beziehen. Dieses wiederum sollte die dafür benötigten Insekten beim Insektenhersteller Entomos bestellen. Und hier ist scheinbar der Wurm drin: Sowohl die heimische Herstellung als auch der Import aus der EU erweisen sich als schwierig. "Ja, vielleicht waren wir etwas zu enthusiastisch", sagt Entomos-Geschäftsführer Fanger auf Anfrage. "Es wird wohl Juni, bis wir liefern können."

Hinweis: Der NZZ Bericht ist authentisch. Die weiteren Fragen und Sachverhaltskonstellationen sind frei erfunden.

- A. Tom Schaller (Tom) betreibt am Aareufer hinter Muri eine Grillbude. Er hat aufgrund der Ankündigungen von Coop für den Abend des 1. Mai eine Insektenburger-Party angesagt und zu diesem Zweck auch vorgängig *all you can eat*-Tickets verkauft. Aufgrund der guten Verkaufszahlen stellt er für den Party-Abend einen Mitarbeiter ein. Die Coop-Kampagne und das Versprechen, ab dem 1. Mai könne man die Fleisch- bzw. Insektenplätzchen für den famosen Insektenburger im 12er-Pack kaufen, wird selbst am 1. Mai aufrechterhalten. Erst im Laden findet Tom heraus, dass die Produkte nicht geliefert wurden. Am Abend kommen die insektenhungrigen Gäste bei Tom an.

Die Gäste wollen ihr Geld zurück. Tom verspricht, er werde seine Rückzahlungspflicht abklären lassen und nimmt vorsorglich die Email-Adressen aller Gäste auf. Zum Trost spendet er allen ein Freigetränk. Am nächsten Tag ruft er eine befreundete Anwältin auf. Sie machen bei dieser Anwältin Ihr Praktikum und der Fall landet bei Ihnen auf dem Schreibtisch.

Die Anwältin weist Sie an, den Fall unter der Annahme zu lösen, dass es sich bei solchen Veranstaltungen um *relative Fixgeschäfte* (Art. 108 Ziff. 3 OR) handelt.

Hinweis: Die Qualifikation des (Bewirtungs-)Vertrages zwischen Tom und seinen Gästen kann offen bleiben, die diesbezüglichen Fragen sind gestützt auf die Bestimmungen des OR AT zu lösen.

[10 Punkte]

- B. Gleicher Sachverhalt wie A. Sie fragen sich, ob Ihre Anwältin recht hat, wenn sie von einem relativen Fixgeschäft ausgeht. Sie selbst würden eher von einem absoluten Fixgeschäft ausgehen. Welche Anspruchsgrundlagen (Rechtsnormen) wären diesfalls zu prüfen?

Hinweis: Beachten Sie die Punktzahl. Halten Sie sich *kurz* (2-3 Sätze).

[2 Punkte]

- C. Gleicher Sachverhalt wie A. Angenommen, Tom müsse den Mitarbeitenden, den er extra für den Insektengrillabend angestellt hat, bezahlen: Kann Tom die Lohnzahlung als Schaden gegenüber Coop geltend machen? Kreuzen Sie an, welche Rechtsgrundlage näher zu prüfen wäre. Begründen Sie *kurz*, warum die nicht angekreuzten Rechtsgrundlagen nicht in Betracht kommen. Beschränken Sie sich dabei auf die Nennung des wesentlichen Tatbestandselementes, das jeweils fehlt.

- Vertrag.
- Delikt.
- cic/Vertrauenshaftung.
- Vindikation.

[4 Punkte]

- D. Entomos, also die Insektenlieferantin, hatte insbesondere von den Mehlwürmern bereits eine namhafte Anzahl herangezüchtet, denn man rechnete bei Coop für diese Insektenart mit einer besonders hohen Nachfrage. Um den Zuchtvorgang zu beschleunigen, hatte Entomos am 10. April 2017 von einer anderen Lieferantin, der Aziras GmbH, zwei zusätzliche Mehlwürmer-Zuchtgenerationen bestellt. Sie wurden am 14. April 2017 von der – von Entomos mandatierten Panalpina AG (Frachtführerin) – abgeholt und trafen gleichentags bei Entomos ein. Die Strategie sollte nicht aufgehen. Die Mehlwürmer von Aziras waren von Mehlmilben befallen. Mehlmilben treten völlig zufällig auf und haben eine Inkubationszeit zwischen 10 und 14 Tagen; entsprechend war der Krankheitsbefall weder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (10. April 2017) noch im Zeitpunkt der Lieferung (14. April 2017) für die Parteien erkennbar. Bricht die Krankheit aus, so ist es bereits zu spät: Mehlmilben verbreiten sich auf dem Luftweg unausweichlich und rasend schnell auf alle potentiellen Krankheitsträger. Als der Milbenbefall am 16. April 2017 bei Entomos ausbrach, mussten deshalb alle Tiere entsorgt werden und Entomos musste mit der Zucht der Mehlwürmer neu beginnen. Insgesamt hat Entomos 500 Kg. Mehlwürmer aus dem Eigenbestand verloren, was einem Wert von rund CHF 60'000.-- entspricht.

Entomos will den Betrag von CHF 60'000.-- gegenüber Aziras geltend machen. Welche Rechtsgrundlage kommt hierfür in Frage? Besprechen Sie einzig die von Ihnen gewählte Rechtsnorm und begründen Sie, warum sie diese als einschlägig erachten.

[7 Punkte]

- E. Siehe Sachverhalt D. Treffen Sie folgende Annahme: Die Mehlwürmer sollten vertragsgemäss am 14. April 2017 von der – von Entomos mandatierten Panalpina AG (Frachtführerin) – abgeholt werden. Am 13. April 2017 stellten die Lebensmittelchemiker von Aziras bei einer routinemässigen Qualitätssicherungskontrolle im Labor einen Milbenbefall bei den Mehlwürmern fest. Aziras besorgt unverzüglich die (unausweichliche)

fachgerechte Entsorgung des gesamten Mehlwurm-Bestandes. Hingegen unterlässt es Aziras, den Befall und die Entsorgung an Entomos zu melden. Am 14. April 2017 fährt das von Entomos mandatierte Transportunternehmen (Panalpina AG) vergeblich bei Aziras vor: Es gibt nichts zu transportieren.

Entomos stellt sich auf den rechtlich zutreffenden Standpunkt, dass Aziras für die unnötigen Transportkosten, die Entomos entstanden sind, aufkommen muss.

Frage: Welches ist die einschlägige Rechtsgrundlage für die Geltendmachung des Schadenersatzes? Handelt es sich um Schadenersatz gestützt auf *culpa in contrahendo*, um Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR oder um Schadenersatz gestützt auf Art. 103 OR? Treffen Sie Ihre Entscheidung unter der Annahme, dass es sich bei den Mehlwürmern um eine Gattungsschuld handelt.

Hinweis: Es wird keine lange, aber dafür eine einschlägige Begründung verlangt.

[5 Punkte]

- F. Siehe Sachverhalt D und E. Treffen Sie folgende zusätzliche Annahme: Aziras meldete die Entsorgung der Mehlwürmer unverzüglich an Entomos. Aziras stellt sich auf den Standpunkt, dass ihr Entomos den Kaufpreis für die Mehlwürmer erstatten muss. Sie habe im Anschluss an den Vertrag vom 10. April 2017 die zwei Zuchtgenerationen für Entomos am 11. April 2017 ausgeschieden, was sie ohne weiteres nachweisen könne. Sie verweist für den Anspruch auf die Kaufpreisforderung auf Art. 185 OR. Wird Aziras mit der Berufung auf Art. 185 OR Erfolg haben?

Hinweis: Beschränken Sie Ihre Analyse auf die Beurteilung, ob Aziras gestützt auf Art. 185 OR einen Anspruch auf den Kaufpreis hat. Pro memoria: Dass Aziras am Milbenbefall kein Verschulden trifft, wird gemäss Sachverhalt unterstellt (siehe Sachverhalt D.).

[8 Punkte]

- G. Angenommen, dass Entomos und Essento eine Vereinbarung unterzeichnet haben, wonach Entomos der Essento "innerhalb der ersten zwei Aprilwochen, allerspätestens aber am 15. April 2017", 300 Kg. Mehlwürmer zur Verarbeitung liefern sollte. Bis und mit dem 15. April 2017 unterbleibt die Lieferung. Mit welcher Rechtsfolge?

Hinweis: Nennen Sie die einschlägige(n) Gesetzesbestimmung(en) und subsumieren Sie.

[4 Punkte]

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

Es sind alle Fragen zu bearbeiten. **Stichworte gelten nicht als Antworten.** Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen *anhand des Gesetzes* zu prüfen und zu begründen. Wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind – soweit nicht anders vermerkt – die weiteren Anspruchsvoraussetzungen dennoch zu prüfen. Wo auf Gesetzesbestimmungen Bezug zu nehmen ist, sind diese zu nennen. **Ohne Nennung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen gibt es keine Punkte.** Für die Punktevergabe zählt neben dem Inhalt jeweils die Qualität der Strukturierung, Argumentation und Subsumtion. **Begründen Sie Ihre Antworten.** Wo nicht anders vermerkt, wird eine zwar richtige, aber nicht begründete Antwort nicht honoriert.

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

Lösung Frage 1A (Positives Interesse)

Das sogenannte positive Interesse (auch: Erfüllungsinteresse) richtet sich auf die Herbeiführung des Vermögensstandes, in dem sich die Geschädigte befände, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre.

Lösung Frage 1B (Positives Interesse/Nutzlose Aufwendungen)

Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung kann man die nutzlosen Aufwendungen nicht unter dem Titel des positiven Interesses geltend machen. Denn der Schadenersatz i.S. des positiven Interesses soll – wie bereits erörtert – die Geschädigte so stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Die (nunmehr nutzlosen) Aufwendungen wären aber für den Fall, dass der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, auf jeden Fall getätigt worden. Soll also die (geschädigte) Gläubigerin so gestellt werden, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, so sind diese Aufwendungen nicht ersatzfähig.

Lösung Frage 2A (Art. 36 OR)

Der Vollmachtgeber bzw. seine Rechtsnachfolger sind nicht Vertragspartei geworden. Das ergibt sich aus der Rechtsfolge, die eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem gutgläubigen Dritten statuiert. Eine Schadenersatzforderung kommt nur deshalb in Betracht, weil der gutgläubige Dritte entgegen seiner

(schützenswerten) Erwartung keinen Vertrag mit dem Vollmachtgeber bzw. seinen Rechtsnachfolgern abgeschlossen hat.

Frage 2B (Art. 39 Abs. 3 OR)

Der erste Fall beschreibt eine mögliche Situation im Rahmen von Art. 39 Abs. 3 OR. Ein Bereicherungsanspruch kommt in Frage, wenn der Dritte – also der enttäuschte Vertragspartner – eine Vertragsleistung erbringt. Fehlt es an der Vertretungsmacht des Stellvertreters, so hat der Dritte weder einen Vertrag mit dem Vertretenen, noch einen Vertrag mit dem ermächtigungslosen Stellvertreter (*falsus procurator*). Die Leistung wurde also im Hinblick auf einen Vertrag erbracht, der nicht gültig zustande gekommen ist. Sie erfolgte ohne Rechtsgrund und kann daher auf der Grundlage der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

Nicht zutreffend sind die anderen Konstellationen:

- Der Vertretene hat keinen Anspruch auf Zahlungen, die der *falsus procurator* vom Dritten entgegengenommen hat; diese Zahlungen stehen dem Dritten zu.
- Der *falsus procurator* hat gegenüber dem Dritten keinen Anspruch auf Zahlungen für seine unnützen Aufwendungen. Ein solcher Anspruch wäre – bei gegebenen Voraussetzungen – allenfalls gegenüber dem Vertretenen denkbar.
- Sachleistungen wären aufgrund des Kausalitätsprinzips gestützt auf die Vindikation zurückzufordern.

Lösung Frage 3A (Art. 9 Abs. 1 OR)

Der Satz "Der Antrag ist als nicht geschehen zu betrachten" bedeutet: Der Antrag entfaltet keine Rechtswirkung. Damit entfällt die Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages (Art. 1 OR, übereinstimmende Willenserklärungen). Der Vertrag ist nicht zustande gekommen.

Hinweis: Es fehlt bei dieser Sachlage bereits am Konsens als erste Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages. Die Frage der Gültigkeit stellt sich noch gar nicht, weshalb es falsch ist, wenn man schreibt, der Vertrag sei nichtig oder ungültig.

Lösung Frage 3B (Ausgangspunkt von Art. 9 OR)

Art. 9 OR ist auf mittelbare Antrags- bzw. Annahmeerklärungen zugeschnitten. Denn er unterscheidet zwischen dem Eintreffen der Willenserklärung und deren Kenntnisnahme. Im Falle einer unmittelbaren Antrags- oder Annahmeerklärung fällt das "Eintreffen" (der Zugang) mit der Kenntnisnahme zusammen. Es ist daher nicht möglich, die Annahmeerklärung mit einer späteren Widerrufserklärung zu "überholen".

Lösung Frage 3C (Rückabwicklung)

Die einschlägige Rechtsgrundlage ist die ungerechtfertigte Bereicherung. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis¹ kommt die vertragliche Rückabwicklung nur für Fälle in Betracht, in denen der Vertrag gültig zustande gekommen ist (Art. 109 OR, Art. 208 OR, allenfalls Art. 119 OR). Ist der Vertrag nicht gültig zustande gekommen, erfolgt die Rückabwicklung über die Vindikation/Kondiktion. Im Fall des Widerrufs kommt der Vertrag nicht zustande, weil entweder der Antrag oder die Annahme wirkungslos ist. Entsprechend erfolgt die Rückabwicklung der Geldzahlung über die Kondiktion.² Die Scampi AG hat mithin gegen die Gambos GmbH einen Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung.

Hinweis: Wer sich zugunsten der vertraglichen Rückabwicklung ausgesprochen hat, muss dies sehr gut begründen. Denn bislang operiert das Bundesgericht in Fällen, in denen der Vertrag nicht gültig zustande kommt (Inhaltsmängel, Formmängel, Willensmängel) mit der Kondiktion. Es ist daher konsequent, bei einem Widerruf auf die Rechtsgrundlage der Kondiktion zu verweisen.

Lösung Frage 4A (Rückerstattung der Party-Tickets)

1. Anspruchsgrundlagen

Hinweis: Diese Ausführungen dienen lediglich der Vollständigkeit der Lösungsskizze. Sie wurden – entsprechend dem Hinweis bei der Fragestellung – von den Studierenden in dieser Ausführlichkeit nicht erwartet. Hingegen wurde erwartet, dass die Studierenden die einschlägige Anspruchsgrundlage (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 Abs. 1 OR) identifizieren. Dies umso mehr, als das Geschäft als relatives Fixgeschäft (Art. 108 Ziff. 3 OR) zu behandeln war.

¹ BGE 137 III 243

² So auch ausdrücklich in BGE 137 III 243.

Die Bestimmung bildet Teil des *Verzugsrechts*, womit auch ausgeschlossen wurde, dass man die Regeln der Leistungsunmöglichkeit (Art. 97 OR, Art. 119 OR) anwenden konnte.

Als Rechtsgrundlage für die Rückerstattung des Ticketkaufpreises steht der Vertrag im Vordergrund. Die Kunden haben mit Tom einen Bewirtungsvertrag geschlossen; wie in der Fragestellung erwähnt, kann diese Qualifikation aber offen bleiben, denn es kommen die allgemeinen Regeln über die Leistungsstörungen zur Anwendung. Im Sachverhalt sind keine Konsens- oder Gültigkeitsmängel ersichtlich, weshalb das Vorliegen eines gültigen Vertrages unterstellt wird.

Tom hat für den 1. Mai eine Leistung (Insektenburger, all you can eat) versprochen. Diese Leistung kann er am 1. Mai nicht erbringen. Fraglich ist, welche Rechtsbehelfe den Kunden offenstehen und ob einer der Rechtsbehelfe die Rückerstattung des Kaufpreises beinhaltet. Im Vordergrund steht dabei das Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 Abs. 1 OR. Denn gemäss Art. 109 Abs. 1 OR kann, wer vom Vertrag zurücktritt, die versprochene Gegenleistung verweigern *und das Geleistete zurückfordern*. Die Voraussetzungen für den Rücktritt sind im Wesentlichen in Art. 107 OR und ergänzend in Art. 108 OR geregelt.

Die Bestimmung in Art. 107 Abs. 1 OR lautet wie folgt: Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzug befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen. Weiter sieht Art. 107 Abs. 2 OR Folgendes vor: Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, stattdessen aber auch, wenn er es *unverzüglich erklärt*, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen *oder vom Vertrage zurücktreten*. Ein Ablauf der Frist erübrigt sich allerdings dann, wenn auf die Ansetzung einer solchen Frist gestützt auf Art. 108 OR verzichtet werden konnte.

Für den Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 107 i.V.m. Art. 109 OR sind also folgende Voraussetzungen notwendig: Ein gültiger, zweiseitiger Vertrag, ein Verzug seitens von Tom, eine angemessene Nachfrist seitens der Kunden (sofern nicht verzichtbar gestützt auf Art. 108 OR), der unverzügliche Leistungsverzicht und der Entscheid zugunsten des Rücktritts.

2. Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen

Hinweis: Entsprechend der Fragestellung wurde von den Studierenden die Beschreibung der einzelnen Tatbestandselemente in dieser Ausführlichkeit nicht erwartet. Sie dienen hier lediglich der Vollständigkeit der Lösungsskizze.

a) Zweiseitiger Vertrag

Der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 OR verlangt das Vorliegen eines zweiseitigen Vertrages. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Tom hat mit seinen Gästen einen Bewirtungsvertrag abgeschlossen. Bei diesem Vertrag stehen die Geldleistung des Gastes und die Bewirtungsleistung von Tom in einem Austauschverhältnis.

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

b) Gültiges Zustandekommen des Vertrages

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

c) Verzug seitens von Tom

Gemäss Art. 102 OR setzt der Verzug die Fälligkeit der Forderung und die Mahnung des Gläubigers voraus (Abs. 1), wobei die Mahnung verzichtbar ist, wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Abs. 2).

Nach der Bestimmung in Art. 75 OR wird eine Forderung sofort fällig, falls die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses in abweichender Weise bestimmt ist. Vorliegend wurde der Erfüllungszeitpunkt vertraglich auf den 1. Mai festgelegt. Also wurde die Leistung am 1. Mai fällig. Bei diesem Datum handelt es sich um einen *Verfalltag* im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR: Der Zeitpunkt, zu dem Tom die Leistung erbringen muss, ist kalendermässig bestimmt. Anders gesagt: Tom weiss im Moment des Vertragsabschlusses, an welchem Tag – nämlich am 1. Mai – er zu leisten hat. Da er am 1. Mai die Leistung nicht angeboten hat, befand er sich im Verzug.

d) Angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung

Nach der Bestimmung in Art. 107 Abs. 1 OR ist der Gläubiger berechtigt, dem säumigen Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung zu setzen. Die Ansetzung einer Frist ist allerdings nicht erforderlich, wenn eine der in Art. 108 OR genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Danach ist eine Fristsetzung verzichtbar, wenn (1) aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde; (2) wenn infolge Verzuges des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist; (3) wenn sich aus dem Verträge die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll.

Im vorliegenden Fall ist die Ansetzung einer Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR gestützt auf Art. 108 Ziff. 3 OR verzichtbar. Bei einem Vertrag für eine Grillparty an einem festgelegten Datum gehen vernünftige Parteien davon aus, dass die Leistung genau an diesem Tag erbracht wird und eine spätere Leistung keine Erfüllungsleistung mehr darstellt. Entsprechend kann vorliegend die Absicht der Parteien unterstellt werden, dass die Leistung genau zu einer bestimmten Zeit erfolgen sollte (Art. 108 Ziff. 3 OR, relatives Fixgeschäft). Folglich erübrigt sich für die Gäste die Ansetzung einer Nachfrist.

Hinweis: Beim 1. Mai handelt es sich sowohl um einen Verfalltag i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR als auch (gemäss Aufgabestellung) um ein relatives Fixgeschäft i.S.v. Art. 108 Ziff. 3 OR. Die beiden Rechtsinstitute sind aber zu unterscheiden. Beim Verfalltag erübrigt sich die Mahnung, beim relativen Fixgeschäft die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung. Es ist daher nicht zutreffend, wenn man schreibt: "Es handelt sich um ein relatives Fixgeschäft, also braucht es keine Mahnung".

e) Unverzügliche Erklärung des Leistungsverzichts

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

Die Gäste fordern von Tom ihr Geld zurück. Damit erklären Sie unverzüglich, klar und unmissverständlich, dass sie die Leistung nicht mehr wollen (Leistungsverzicht i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR), und sie erklären gleichzeitig, dass sie das Vertragsverhältnis auflösen wollen (Rücktritt). Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist es zulässig, mit dem Leistungsverzicht auch das weitere Wahlrecht i.S.v. Art. 107 Abs. 2 auszuüben.

Hinweis: Teilweise wird vertreten, bei Anwendung von Art. 108 OR sei in gewissen Fällen eine Verzichtserklärung entbehrlich.³ Wer dieser Meinung folgt und die Entbehrlichkeit der Ver-

³ Nachweise etwa bei BSK OR-WIEGAND, N 8 zu Art. 108 OR.

zichtserklärung behauptet, erhält die volle Punktzahl. Hingegen werden keine Punkte vergeben, wenn dieses Tatbestandselement nicht abgehandelt wird.

f) (Unverzügliche) Erklärung des Rücktritts

Wie bereits erwähnt, konnten die Gäste gleichzeitig mit dem Leistungsverzicht ihr Wahlrecht i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR ausüben und den Vertragsrücktritt erklären. Der Rücktritt vom Vertrag gibt Anspruch auf die Rückforderung bereits erbrachter Leistungen (Art. 109 Abs. 1 OR).

g) Fazit

Tom befindet sich am 1. Mai im Verzug. Die Gäste haben ihre Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR rechtskonform ausgeübt und können daher vom Vertrag zurücktreten. Gestützt auf Art. 109 Abs. 1 OR ist die Rechtsfolge des Rücktritts, dass sie einen Anspruch auf Rückerstattung ihrer eigenen Vertragsleistung haben. Mithin haben sie einen Anspruch auf Rückerstattung des Ticketpreises.

Lösung Frage 4B

Beim absoluten Fixgeschäft ist die Einhaltung des Leistungszeitpunkts derart essentiell, dass mit dem Verstreichen des Termins Unmöglichkeit eintritt. Es kommen also Art. 97 OR (bei Verschulden) und Art. 119 OR (bei fehlendem Verschulden) zur Anwendung.

Hinweis: Diese Kontrollfrage diente als weiterer Hinweis, dass bei Frage 4A der Verzug zu prüfen war.

Lösung Frage 4C (Ansprüche gegen Coop)

1. Mögliche Rechtsgrundlage(n)

Die Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

- Vertrag.
- Delikt.
- cic/Vertrauenshaftung.**
- Vindikation.

Zur Begründung:

- Tom hat mit Coop keinen Vertrag über die Bereitstellung von Insektenburgern geschlossen. Ein vertraglicher Anspruch kommt deshalb nicht in Frage.
- Auch ein deliktischer Anspruch entfällt, denn Tom erleidet einen reinen Vermögensschaden. Das Vermögen an sich ist kein geschütztes Rechtsgut i.S.v. Art. 41 OR. Ein reiner Vermögensschaden kann gestützt auf Art. 41 OR nur geltend gemacht werden, wenn eine Schutznorm, die den Schutz vor Schäden von der Art des eingetretenen zum Zweck hat, verletzt ist. Eine solche Schutznorm ist hier nicht ersichtlich.
- Coop ist auch nicht ungerechtfertigt bereichert, es fehlt bereits an der Bereicherung.
- Eine sachenrechtliche Klage kommt in diesem Kontext ebenfalls nicht in Betracht, weil Tom keinen sachenrechtlichen Anspruch an den Insektenburgern geltend machen kann. Ferner ist die Vindikation für einen Schadenersatzanspruch auch nicht zielführend.
- Der Vollständigkeit halber sei auch erwähnt, dass eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht in Betracht kommt, weil Coop nicht die Geschäfte von Tom führt.

Hinweis: Die weiteren Ausführungen erfolgen der Vollständigkeit halber. Prüfungsfrage war lediglich, welche Anspruchsgrundlagen *nicht* in Betracht kommen.

Hingegen wäre zu prüfen, ob Tom eine Haftung aus enttäuschem Vertrauen (Vertrauenshaftung) geltend machen kann. Die Vertrauenshaftung greift, wenn weder eine Haftung aus Vertrag noch eine Haftung aus Delikt in Frage kommt, es sich aber nach Treu und Glauben rechtfertigt, dass ein Schadenersatz zugesprochen wird. Die Geltendhaftung aus Vertrauen setzt ein Mehrfaches voraus: Erstens ist eine rechtliche Sonderverbindung zwischen dem Schädiger und der Geschädigten gefordert, zweitens bedarf es eines schutzwürdigen Vertrauens seitens der Geschädigten, das drittens treuwidrig verletzt wurde, viertens muss ein Schaden vorliegen, der fünftens eine kausal-adäquate Folge der Verletzungshandlung bildet. Sechstens schliesslich hat der Schädiger nachzuweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Schlagwortartig lassen sich die Haftungsvoraussetzungen im Vertrauenskontext also wie folgt umreissen: Sonderverbindung, schutzwürdiges Vertrauen, treuwidrige Enttäuschung, Schaden, adäquate Kausalität und Verschulden.

Vorliegend könnte man argumentieren, dass Coop mit seiner gross angelegten Marketing-Aktion, mit denen das Publikum adressiert wird, eine Sonderverbindung im Sinne der Vertrauenshaftung schafft, und dass angesichts dieser Marketing-Massnahme bei Tom ein schutzwürdiges Vertrauen geschaffen wurde, weil man Ankündigungen von einem anerkannten Detailhändler wie Coop, zumal sie auf ein fixes Datum (1. Mai) gerichtet sind, gemeinhin vertrauen

darf. Der Schaden ist hier eindeutig gegeben und auch die natürliche und adäquate Kausalität sind nicht problematisch. Hingegen würde sich die Frage stellen, ob Coop das Vertrauen von Tom wirklich treuwidrig verletzt hat. Das wäre nur der Fall, wenn Coop Anhaltspunkte hatte, dass es mit der Lieferung nicht klappt, und trotzdem die Kampagne nicht gestoppt hätte. Dafür gibt es im vorliegenden Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Damit erübrigt sich auch die Frage, ob Coop sich für den Schaden von Tom exkulpieren kann.

Lösung 4D (Mangelfolgeschaden)

Als Rechtsgrundlage kommt einzig Art. 208 Abs. 2 OR in Frage. Denn gemäss Sachverhalt tritt der Milbenbefall völlig zufällig auf und ist über längere Zeit nicht erkennbar. Dem Sachverhalt ist weiter zu entnehmen, dass der Sachmangel für Aziras als Verkäuferin weder im Verkaufszeitpunkt noch bei der Lieferung erkennbar war. Also trifft Aziras am Sachmangel i.S.v. Art. 197 OR kein Verschulden. Im Obligationenrecht gilt bei Schadenersatzansprüchen der Grundsatz der Verschuldenshaftung (vgl. etwa Art. 41 OR und Art. 97 OR). Art. 208 Abs. 2 OR stellt diesbezüglich eine Ausnahme dar: Bei der Wandelungsklage muss die Verkäuferin für den sogenannten unmittelbaren Schaden auch ohne Verschulden Ersatz leisten (Art. 208 Abs. 2 OR), während sie für den sogenannten mittelbaren ("weiteren") Schaden nur dann keinen Ersatz leisten muss, wenn sie nachweist, dass sie kein Verschulden trifft.

Mithin muss sich Entomos sich auf Art. 208 Abs. 2 OR stützen können, wenn sie mit ihrer Schadenersatzklage erfolgreich sein wird. Greift die Verschuldenshaftung gemäss Art. 208 Abs. 3 OR, wird der Aziros der Entlastungsbeweis gelingen.

Gemäss Bundesgericht liegt die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Schaden i.S.v. Art. 208 OR in der Länge der Kausalkette. Ein unmittelbarer Schaden liegt vor, wenn er innerhalb der Kausalkette eine direkte Folge des schädigenden Ereignisses darstellt. Im sogenannten *Papageienfall*, an den sich der hier vorgetragene Sachverhalt anlehnt, hat das Bundesgericht entschieden, dass auch Mangelfolgeschäden – also Schäden, die durch die mangelhafte Ware hervorgerufen werden – unter Art. 208 Abs. 2 OR fallen.⁴ Entsprechend hat es den Schaden, der durch die tödliche Ansteckung des Vogelbestands eines Käufers durch einen oder mehrere virusbefallene Papageien entstand, als Mangelfolgeschaden qualifiziert, der unter die verschuldensunabhängige Haftung von Art. 208 Abs. 2 OR fällt.⁵ Folglich kann Entomos sich für

⁴ BGE 133 III 257 E. 2.5.1. S. 266 ff.

⁵ BGE 133 III 257 E. 2.5.4. und E. 2.6 S. 271.

den Schadenersatzanspruch wegen Verlust des Eigenbestandes an Mehlwürmern auf Art. 208 Abs. 2 OR stützen. Dass für die gelieferten (mangelhaften) Mehlwürmer der Kaufpreis zurückzuerstatten ist und Entomos zudem für allfällige Entsorgungskosten haftet, ist im Hinblick auf Art. 208 Abs. 2 OR unstrittig.

Lösung 4E (Verspätungsschaden)

Unter der Annahme, dass es sich bei der Leistungspflicht der Aziras um eine *Gattungsschuld* handelt, kommt Art. 103 Abs. 1 OR zur Anwendung. Im Falle einer Gattungsschuld kommt es nicht darauf an, dass der gesamte Eigenbestand der Aziras untergegangen ist; *sie bleibt weiterhin zur Lieferung von Mehlwürmern verpflichtet* und muss diese aus anderen Quellen besorgen. Stehen die Mehlwürmer am besagten Termin nicht zur Verfügung und entsteht Entomos daraus ein Schaden, so handelt es sich um einen Verspätungsschaden im Sinne von Art. 103 Abs. 1 OR.

Hinweis: Es handelt sich hier nicht um eine Zufallshaftung i.S.v. Art. 103 OR, denn Gattungssachen können nicht untergehen.

Lösung 4F (Gefahrentragung)

Zu prüfen ist, ob Aziras gestützt auf Art. 185 OR trotz Nicht-Lieferung eine Kaufpreisforderung gegen Entomos zusteht. Gemäss Sachverhalt wird unterstellt, dass Aziras am Untergang der Mehlwürmer kein Verschulden trifft, weil ein Milbenbefall völlig zufällig auftritt und sich nicht verhindern lässt.

Gemäss Art. 185 Abs. 1 OR gehen, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschluss des Vertrages auf den Erwerber über. Gemäss Art. 185 Abs. 2 OR ist bei Vorliegen einer Gattungsschuld zudem erforderlich, dass die Ware ausgeschieden worden ist.

Der Sachverhalt enthält keine Hinweise auf besondere Verabredungen der Parteien bezüglich der Gefahrentragung. Es liegen auch keine besonderen Verhältnisse vor; insbesondere wurde keine Bringschuld verabredet, denn gemäss Sachverhalt wurde die Frachtführerin, Panalpina AG, von Entomos beauftragt, die Ware bei Aziras abzuholen. Da es sich um eine Gattungsschuld handelt, ging die Gefahr mit der Ausscheidung am 11. April 2017 auf Entomos über. In Anbetracht dieser Ausführungen würde Entomos den Kaufpreis schulden und Aziras hätte recht.

Allerdings gilt es zu beachten: Der Gefahrenübergang am 11. April 2017 bedeutet, dass das Risiko eines *nach* der Ausscheidung eintretenden zufälligen Untergangs der Mehlwürmer von der Käuferin (Entomos) zu tragen ist. Gemäss Sachverhalt haben Mehlwürmer aber eine Inkubationszeit von 10 bis 14 Tagen. Das bedeutet, dass die Ursache für den Untergang der Mehlwürmer bereits ab Anfang April bestand, und somit *vor* der Ausscheidung am 11. April 2017. Für die Zeit *vor* der Ausscheidung trägt Aziras das Risiko eines zufälligen Untergangs der Sache. Sie kann sich nicht mit Erfolg auf Art. 185 OR berufen.

Lösung 4G (Verzug im kaufmännischen Verkehr)

Die Rechtsfolge ist in Art. 190 geregelt. Danach wird, wenn im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungsstermin verabredet ist und der Verkäufer in Verzug gerät, vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beansprucht (Abs. 1). Zieht der Käufer es vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er es dem Verkäufer nach Ablauf des Termins unverzüglich anzuzeigen (Abs. 2).

Ein kaufmännischer Verkehr i.S.v. Art. 190 liegt vor, wenn ein Kauf zum Zweck des Weiterverkaufs getätigt wird. Dies ist hier der Fall, denn Essento erwirbt die Ware zum Weiterverkauf an Coop. Zudem ist die Vereinbarung eines bestimmten Liefertermins erforderlich. Dieser entspricht einem Verfalltag i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR: Der Schuldner muss wissen, zu welcher Zeit er erfüllen muss. Auch diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt: Entoros hatte sich verpflichtet, "allerspätestens bis zum 15. April" zu liefern; sie wusste mit Bestimmtheit, bis wann sie ihre Lieferpflicht erfüllen musste.

Wenn also Entomos am 15. April nicht geliefert hat, so löst dies die Vermutung aus, dass Essento auf die (verspätete) Lieferung der Mehlwürmer verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beansprucht.

Will die Essento auf der Lieferung beharren, so hat sie dies der Entomos nach dem 15. April unverzüglich mitzuteilen.