

--

Punkte	
--------	--

**BACHELORPRÜFUNG IM PRIVATRECHT II UND III GEMÄSS ART. 17 ABS. 1
LIT. A RSL RW, FS 2018**

ThemenstellerInnen: Proffs. **Susan Emmenegger**/Thomas Koller/Mirjam Eggen/Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer/Alexander Markus

Datum der Leistungskontrolle: 18. Juni 2018

Matrikel-Nr.: _____

Muttersprache: _____

Die Leistungskontrolle umfasst 22 vorbedruckte Seiten (inkl. Deckblatt)¹ sowie _____ auf Dekanatpapier. Die Seiten sind zu nummerieren. Hilfsmittel: Gemäss Hinweisen KSL.

Bearbeiten Sie die untenstehenden Fälle. Die Antworten sind (mit ganzen Sätzen, nicht bloss mit Stichworten) zu begründen und mit den massgeblichen Gesetzesartikeln zu belegen. Achten Sie auf eine angemessene Subsumtionstechnik. Wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen dennoch zu prüfen. Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben. Eine hohe Punktzahl kann auch dem Schwierigkeitsgrad der Frage geschuldet sein und ist nicht immer gleichbedeutend mit dem Umfang des erwarteten Lösungsvorschlags. Unverzichtbar ist aber jeweils eine konsequente Subsumtion.

Hinweis zu den Multiple Choice Fragen: Es ist immer nur eine Antwort zutreffend. Falsche Antworten geben keine Minuspunkte. Werden mehrere Antworten angekreuzt, gilt die Frage als falsch beantwortet und es gibt keine Punkte. Markieren Sie die Antworten auf dem vorbedruckten Prüfungsbogen. Bei den Multiple Choice Fragen ist keine Begründung erforderlich.

¹ Seitenzahl ohne eingefügte Lösungshinweise

I. Software-Lösung

1. Sachverhaltsvariante 1

Im Februar 2013 schrieb die Stadt Uster die Gesamterneuerung ihres Internetauftritts im Rahmen eines Submissionsverfahrens öffentlich aus. Die ContentService AG (CS) mit Sitz in Dübendorf (ZH) reichte zusammen mit ihrer Offerte ein umfangreiches Dossier ein, das auch die Spezialwünsche hinsichtlich der Gestaltung der Webseite umfassend berücksichtigte. Die Offerte der CS beruhte auf der Softwarelösung PALIS.

Die CS erhielt den Zuschlag und am 10. August 2013 unterschrieben die Parteien den (privatrechtlichen) Vertrag. In der Folge kam es schon bald zu Differenzen und Terminrückständen. Mit Schreiben vom 20. März 2014 setzte die Stadt Uster der CS eine Nachfrist bis zum 1. Juli 2014 zur mängelfreien Erfüllung an. Am 20. August 2014 schickte die CS der Stadt Uster eine E-Mail, in welcher sie diese anfragte, ob sie für die Fertigstellung personelle Ressourcen für September und Oktober 2014 reservieren solle. Die Stadt Uster teilte der CS AG mit, sie werde den Entscheid über das weitere Vorgehen in der Woche des 22. Septembers 2014 fällen. Zwischenzeitlich zog sie ohne Wissen der CS AG eine externe Expertin, die MX Solutions AG (MXS), bei. Die MXS zeigte in ihrem Evaluationsbericht vom 8. September 2014 unzweideutig auf, dass die CS sich mit dem Projekt personell und fachlich übernommen hatte. Ohne organisatorische Massnahmen, namentlich die Neueinstellung eines zusätzlichen Software-Entwicklers/einer zusätzlichen Software-Entwicklerin (Vollzeit), werde das Projekt die operative Phase nicht erreichen.

Aufgrund des Berichts der MXS vom 8. September 2014 erklärte die Stadt Uster mit Schreiben vom 22. September 2014 unter Berufung auf Täuschung, Terminverzug und Kostenüberschreitung den sofortigen Rücktritt vom Vertrag vom 10. August 2013. Nach erfolglosen Verhandlungsrunden über Zahlungen, welche die Stadt Uster von der CS forderte, beantragte die Stadt Uster mit Klage vom 17. April 2015 beim Handelsgericht Zürich, die CS sei kostenfällig zu verpflichten, ihr CHF 513'000.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 23. September 2014 zu bezahlen. Sie forderte damit die von ihr an die CS geleisteten Zahlungen (CHF 220'000.--) zurück und machte überdies Schadenersatzansprüche geltend.

- A. Welche Bestimmung verpflichtet das Handelsgericht, von Amtes wegen seine sachliche Zuständigkeit zu überprüfen? [2 Punkte]

Lösung: Das Gericht prüft seine sachliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 60 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO.

- B. Kann die Stadt Uster die CS AG vor dem Handelsgericht einklagen? [4 Punkte]²

- Ja; die CS AG hat sich vorliegend auf den Gerichtsstand eingelassen.
- Nein; die Stadt Uster ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, ein Verfahren vor dem Handelsgericht ist deshalb nicht zulässig.
- Ja; der Stadt Uster steht vorliegend in Durchbrechung des Grundsatzes der double instance das Klägerwahlrecht zu.**
- Ja; es genügt für die Zuständigkeit des Handelsgerichts, wenn eine der beiden Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist, was im vorliegenden Fall zutrifft.

Lösung: Die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich sind in Art. 6 ZPO geregelt. Namentlich müssen die Voraussetzungen in Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO erfüllt sein, was vorliegend der Fall ist. Bezüglich der Voraussetzung in Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO gilt der hier anwendbare Vorbehalt gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO. Im Ergebnis gilt: **A ist nicht richtig**, denn es geht nicht um den Gerichtsstand, sondern um die sachliche Zuständigkeit des Gerichts. Die sachliche Zuständigkeit ist Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Einlassung vor dem sachlich unzuständigen Gericht ist nicht möglich; die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ist grundsätzlich der Parteidisposition entzogen.³ **B ist nicht richtig**. Als Klägerin steht der Stadt Uster gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO das Klägerwahlrecht zu; dass sie nicht im Handelsregister eingetragen ist, hindert sie nicht daran, die Klage vor dem Handelsgericht anzuheben. **C ist richtig** (Art. 6 Abs. 3 ZPO). **D ist nicht richtig**. Es genügt nicht, dass eine der beiden Parteien im HReg oder einem vergleichbaren ausl. Register eingetragen ist. Es muss sich gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO um die beklagte Partei handeln.

- C. Die Stadt Uster wirft der CS AG absichtliche Täuschung vor. Die CS AG habe ihr tatsachenwidrig vorgegaukelt, dass es sich bei der Software-Lösung PALIS um eine Standard-Software handle. Tatsächlich sei eine

² Pro memoria: Es ist immer nur eine Antwort zutreffend. Falsche Antworten werden nicht mit Minuspunkten sanktioniert. Werden mehrere Antworten angekreuzt, gilt die Frage als falsch beantwortet und gibt keine Punkte. Markieren Sie die Antworten direkt hier auf dem vorbedruckten Prüfungsbogen.

³ BGE 140 III 355 E. 2.4 S. 365 f., m.w.H. Siehe auch BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 48.

massive, massgeschneiderte Weiterentwicklung der Software notwendig gewesen. Der CS AG sei von Anfang an klar gewesen, dass sie die versprochene Leistung nicht ohne zusätzlich zu entschädigende Leistungen würde erbringen können. Wer muss bei der absichtlichen Täuschung was beweisen? **[6 Punkte]**⁴

- Die Stadt Uster muss die Täuschungshandlung, deren Kausalität für den Vertragsabschluss und die Tatsache nachweisen, dass der erregte Irrtum kein wesentlicher war.
- Die Stadt Uster muss die Täuschungshandlung und den kausalen Einfluss der Täuschungshandlung auf den Vertragsabschluss nachweisen. Die CS AG muss nachweisen, dass der erregte Irrtum kein wesentlicher war.
- Die Stadt Uster muss die Täuschungshandlung und den Kausalzusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vertragsabschluss nachweisen. Die CS AG muss nachweisen, dass die Stadt Uster bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt die Täuschung hätte erkennen können.
- Keine der Antworten ist zutreffend.**

Lösung: Gemäss Art. 28 Abs. 1 OR kommt es nicht darauf an, ob der "erregte Irrtum" ein wesentlicher ist. Daher spielt dieses Element in der Anwendung von Art. 28 OR keine Rolle. Entsprechend obliegt dafür keiner Partei die Beweislast. **A und B sind daher falsch.** Auch die Antwort **C ist falsch.** Es kommt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bei der arglistigen Täuschung nicht darauf an, dass die getäuschte Partei die Täuschung hätte erkennen können. Also ist keine der Antworten zutreffend.

D. Die Stadt Uster fordert gemäss Sachverhalt CHF 531'000.-- plus Zins von 5% ab dem 23. September 2014. Angenommen, es handle sich um einen Verzugszins. Welche Norm ist einschlägig? **[2 Punkte]**

Lösung: Art. 104 Abs. 1 OR ist einschlägig.

E. Die Stadt Uster fordert von der CS die Rückzahlung der bereits geleisteten Zahlungen in Höhe von CHF 220'000.--. Sie macht dafür drei Gründe geltend: (1) Täuschung, (2) Terminverzug, (3) Kostenüberschreitung.

⁴ Pro memoria: Es ist immer nur eine Antwort zutreffend. Falsche Antworten geben keine Minuspunkte. Werden mehrere Antworten angekreuzt, gilt die Frage als falsch beantwortet und gibt keine Punkte. Markieren Sie die Antworten direkt hier auf dem vorbedruckten Prüfungsbogen.

Welches ist die (jeweilige) Rechtsgrundlage für die Rückzahlung in den unten genannten Fällen? **[4 Punkte]**

- (1) Rückzahlungsforderung wegen Täuschung;
- (2) Rückzahlungsforderung wegen Terminverzugs?

Lösung: Wenn die Rückzahlung gestützt auf die Täuschung (Art. 28 OR) erfolgt, so ist die ungerechtfertigte Bereicherung (**Art. 62 ff. OR**) die einschlägige Rechtsgrundlage. Denn bei einer absichtlichen Täuschung ist der Vertrag ex tunc nichtig, die Zahlung erfolgte ohne Rechtsgrund. Erfolgt die Rückzahlung wegen Terminverzugs, so macht die Stadt Uster von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch (Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR). Die Rückzahlung erfolgt dann auf **vertraglicher Grundlage** gestützt auf **Art. 109 Abs. 1 OR** (Rückabwicklung).

F. Qualifizieren Sie den Vertrag über die Neugestaltung des Internetauftritts der Stadt Uster. **[8 Punkte]**

Lösung: Es handelt sich um einen Werkvertrag. Ein Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR liegt vor, wenn ein Werk gegen Leistung einer Vergütung geschuldet wird. Die Herstellung eines Werkes besteht in der Bewirkung und Ablieferung eines Arbeitserfolges, in der Erstellung eines individuell bestimmten Arbeitsergebnisses.⁵ Die individuelle Gestaltung einer Website ist als Werkvertrag zu qualifizieren.⁶ Dies gilt nicht nur für die technische Realisierung der Website, sondern auch für die Konzepterarbeitung: Zwar ist diese überwiegend gedanklicher Natur, ihr Resultat findet sich aber "verkörpert in einem Dokument, das die gedanklichen Vorgänge widerspiegelt".⁷ Auftragsrechtlicher Charakter kommt hingegen Dienstleistungen ohne direkter Erfolgsbezogenheit, wie z.B. Schulungen des Personals des Kundenunternehmens oder (gewöhnlicher) Beratung, zu.⁸ Sofern sich der Vertrag nicht in der Ablieferung einer Website erschöpft, sondern auch noch Wartungsarbeiten umfasst, mithin ein Dauervertrag vorliegt, besteht ein Innominatkontrakt.⁹ In Abgrenzung zum Kauf einer künftigen Sache ist festzuhalten, dass das Kaufvertragsrecht auf serienmässig hergestellte Produkte zugeschnitten ist. Ein Internetauftritt wird aber in der Regel individuell nach Wunsch des Kunden gestaltet, weshalb eine Anwendung des Kaufrechts als Lösungsvariante entfällt.¹⁰

⁵ BGE 124 III 456 E. 4b/aa S. 459. Siehe zum Ganzen auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 1659.

⁶ HGer ZH HG140134 vom 11.12.2014, E. 5.1; GILLIÉRON, Les contrats de création de sites Internet, in: Dallèves/Bagnoud, Internet 2005, S. 79 ff., S. 84 ff.; STRAUB, Verantwortung für Informationstechnologie, S. 50 m.w.H.

⁷ WEBER, E-Commerce, S. 385.

⁸ WEBER, E-Commerce, S. 386.

⁹ GILLIÉRON, Contrats (Fn 6), S. 86.

¹⁰ WEBER, E-Commerce, S. 385.

Gemäss Sachverhalt wird eine individualisierte Neugestaltung des Internetauftritts und somit ein Arbeitsergebnis versprochen.¹¹ Der Sachverhalt enthält keine Hinweisse auf weitere Leistungen, wie z.B. Consulting oder Maintenance; ein entsprechendes Leistungsprogramm ist daher nicht anzunehmen. Die von der CS zu erbringende Leistung erschöpft sich in der Konzepterarbeitung und der technischen Realisation der Website und stellt somit ein Werk dar. Es liegt daher ein Werkvertrag vor.

- G. Die Stadt Uster erklärte am 22. September 2014 den sofortigen Rücktritt vom Vertrag. Angenommen, dass sich die CS AG ab dem 20. März 2014 tatsächlich in Verzug befand: Welches (Haupt-)Argument wird die CS AG gegen die verzugsbedingte Rücktrittserklärung der Stadt Uster vorbringen? **[8 Punkte]**

Hinweis: Die anderen Gründe, die von der Stadt Uster für den Rücktritt geltend gemacht wurden, sind hier nicht zu beachten.

Lösung: Die Rücktrittserklärung erfolgte verspätet. Gemäss Art. 107 Abs. 2 OR muss der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR *unverzüglich* erklären, dass er auf die Leistung verzichtet. Ob mit dem Leistungsverzicht gleichzeitig das zweite Wahlrecht (Festhalten am Vertrag und Nichterfüllungsschaden oder Rücktritt vom Vertrag und Vertrauensschaden) auszuüben ist, ist umstritten.¹² Im vorliegenden Fall spielt der (Lehr-)Streit keine Rolle, weil die Stadt Uster mit und erst im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ihren Leistungsverzicht erklärt hat.

Mit dem Unverzüglichkeitsgebot soll einerseits verhindert werden, dass der Gläubiger auf Kosten des Schuldners spekuliert, andererseits sollen klare Verhältnisse für den Schuldner geschaffen werden, damit dieser weiss, ob er noch Vorbereitungsmaßnahmen für die Erfüllung zu treffen hat.

Gemäss Sachverhalt lief die letzte Nachfrist der Stadt Uster an die CS AG am 1. Juli 2014 ab. Die Rücktrittserklärung erfolgte am 22. September 2014, also über 2.5 Monate später. Im Hinblick auf den Zweck des Unverzüglichkeitserfordernisses ist dies zu spät – zumal die CS AG am 20. August 2014 bei der Stadt Uster nachgefragt hatte, ob sie für die Monate September/Oktober 2014 noch Ressourcen für die Erfüllung einplanen solle.

- H. Welches Gegenargument wird die Stadt Uster ins Feld führen?
[12 Punkte]

Hinweis: Diese Frage ist nicht ganz einfach zu beantworten, daher auch die relativ hohe Punktzahl (man muss nicht viele Seiten schreiben, aber gut überlegen).

¹¹ Zur Qualifikation als Werkvertrag auch die deutsche Rechtsprechung, siehe BGHZ 102, 135, 140; BGH, Urteile vom 15.05.1990, Az X ZR 128/88, in NJW 1990, 3008.

¹² Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR II, Rn. 2764.

Lösung: Die CS AG hat sich gemäss Sachverhalt mit E-Mail vom 20. August 2014 (also nach Ablauf der Nachfrist) bei der Stadt Uster erkundigt, ob sie für die Fertigstellung des Projekts personelle Ressourcen für September und Oktober 2014 reservieren solle. Das konnte und durfte die Stadt Uster als Antrag auf Erstreckung der Nachfrist verstehen. Die Stadt Uster hat ihrerseits der CS mitgeteilt, dass sie über das weitere Vorgehen in der Woche vom 22. September 2014 entscheiden werde. Sie hat damit erklärt, dass sie über den Antrag zur Erstreckung der Nachfrist und über das Schicksal des Vertrages (Weiterführung oder Rücktritt) erst in der Woche vom 22. September entscheiden werde. Die unverzügliche Ausübung der Wahlrechte nach Ablauf der Nachfrist dient dem Schuldnerschutz; die Gläubigerin soll nicht auf seine Kosten spekulieren können (hier nicht einschlägig) und der Schuldner soll davor geschützt werden, unnötige weitere Ressourcen in die Erfüllung zu investieren. Im vorliegenden Fall hat die CS gegen diese Fristansetzung auf die Woche vom 22. September 2014 nicht remonstriert. Damit hat sie kundgetan, dass dieser Zeitplan mit ihrer Ressourcenplanung vereinbar ist. Entsprechend ist davon auszugehen, dass sich die Parteien auf eine Ausübung der Wahlrechte in der Woche vom 22. September 2014 geeinigt haben. Entsprechend kann sich die CS AG nicht auf die fehlende Unverzüglichkeit der Rücktrittserklärung berufen.

2. Sachverhaltsvariante 2

Die von der Stadt Uster beigezogene externe Expertin MX Solutions AG (MXS) hält in ihrem Evaluationsbericht vom 8. September 2014 fest, dass ohne Zuziehung eines weiteren Software-Entwicklers das Projekt nicht operativ (will heissen: nicht funktionsfähig) werden könne. In einer Sitzung mit der Stadt Uster sieht sich die CS am 13. September 2014 gezwungen, den Ergebnissen des Evaluationsberichts zuzustimmen. Sie verspricht die Einstellung einer entsprechenden Fachperson. Am 15. September 2014 setzt die Stadt Uster der CS per E-Mail eine Frist bis zum 1. November 2014, um die fachlichen Ressourcen aufzustocken. Falls dies nicht geschehe, werde sie auf Kosten der CS AG eine andere Firma mit der Fertigstellung des Projekts betrauen. Die CS AG lässt der Stadt Uster über ihre Anwälte mitteilen, Selbsthilfe sei verboten, für die Beiziehung eines Dritt-Unternehmens brauche es eine richterliche Ermächtigung (Art. 98 Abs. 1 OR).

I. Hat die CS AG recht? [12 Punkte]

Hinweis: beschränken Sie sich bei Ihrer Lösung auf materiellrechtliche Argumente.

Lösung: Gemäss Art. 98 Abs. 1 OR kann der Gläubiger, dessen Schuldner zu einem Tun verpflichtet ist, sich *ermächtigen* lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen. Für die Ersatzvornahme gemäss Art. 98 OR bedarf es also einer richterlichen Ermächtigung.

Hingegen ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Ersatzvornahme gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR zum Zug kommt. Nach dieser Bestimmung kann die Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung vorgenommen werden.

Die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR setzt zunächst voraus, dass der Vertrag über die Gesamterneuerung eines Internetauftritts als Werkvertrag qualifiziert wird. Das ist zu bejahen, denn es wird in diesem Fall klar ein Erfolg geschuldet (funktionierende Website).¹³

Die Ersatzvornahme i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR setzt im Einzelnen voraus, dass sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen lässt. Dies ist vorliegend der Fall: Die CS AG sah sich gezwungen, den Ergebnissen im Evaluationsbericht der MXS AG zuzustimmen. Darin stand, dass die CS nicht über die personellen und fachlichen Ressourcen verfügt, um das Projekt abzuschliessen. Somit liess sich die mangelhafte Erstellung des Werkes durch die CS (Unternehmerin) als bestimmt voraussehen.

Weiter setzt die Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 voraus, dass der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen muss. Die Stadt Uster hat der CS am 14. September 2014 eine Frist bis zum 1. November 2014 gesetzt. Das sind rund anderthalb Monate. Diese Frist ist angemessen, zumal die CS die Anstellung einer Fachperson versprochen hat. Im Übrigen kann die Angemessenheit der Frist offenbleiben. Denn wie bei Art. 107 Abs. 1 OR gilt, dass die Frist als genehmigt gilt, wenn der Schuldner dagegen nicht remonstriert hat.

Schliesslich muss die Ersatzvornahme zusammen mit der Fristansetzung angedroht werden. Auch diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt.

Als Ergebnis kann festgehalten werden: Die CS hat nicht recht, wenn sie geltend macht, dass die Stadt Uster für die Ersatzvornahme einer richterlichen Ermächtigung bedarf. Anwendbar ist im vorliegenden Fall nicht Art. 98 Abs. 1 OR, sondern Art. 366 Abs. 2 OR.

3. Sachverhaltsvariante 3

Die von der Stadt Uster beigezogene externe Expertin (MX Solutions AG) hat in ihrem Evaluationsbericht vom 8. September 2014 festgehalten, dass zur vertragskonformen Fertigstellung des Projekts mindestens ein zusätzlicher Software-Entwickler/eine zusätzliche Software-Entwicklerin (Vollzeit) eingestellt werden müsse. Die CS AG hat am 13. September 2014 der Stadt Uster anlässlich einer Sitzung die Anstellung einer solchen Fachperson zugesichert. Die CS AG stellt auf den 1. November 2014 Frau Francine Chaudet als neue IT-Mitarbeiterin an. Frau Chaudet hat eine Ausbildung als System-Technikerin abgeschlossen. Diese Ausbildung befähigt zur Installation und Konfiguration von PC-Hardware und Software und zur Netzwerk-Administration, nicht aber zur Software-Programmierung. Angesichts der geringen Marge beim Projekt "Stadt Uster" entscheidet die Personal-Verantwortliche nach Rücksprache mit der Geschäftsleiterin der CS, Frau Chaudet dennoch anzustellen und ihre Arbeiten vom Teamchef kontrollieren

¹³ Siehe vorne bei II.1.E; ebenso die deutsche Rechtsprechung, siehe BGH, Urteil vom 04.03.2010 – III ZR 79/09 (Programmierung einer Webseite ist Werkvertrag).

zu lassen. Frau Chaudet unterlaufen bei der für sie ungewohnten Software-Programmierung Fehler. Die Fehler werden glücklicherweise vor Abschluss des Projekts vom Teamchef entdeckt. Allerdings müssen nun für die rechtzeitige Beendigung des Projekts mehrere Verwaltungsangestellte der Stadt Uster an den Wochenenden vor Ort sein, um Testläufe zu absolvieren, Rückmeldungen zu geben und Detailentscheide zu treffen.

Die Stadt Uster verlangt von der CS AG Schadenersatz in Höhe von CHF 20'000.-- für die Überstundenkompensation der Verwaltungsangestellten. Der Schadensposten ist unbestritten, ebenso die Tatsache, dass die Programmierfehler von Frau Chaudet zu diesem Schaden geführt haben. Die CS AG verweist auf den individuell ausgehandelten Vertrag. Dort steht in Ziff. 8.4.2. folgender Satz: "Die CS AG haftet nicht für ihre Hilfspersonen".

J. Gehen Sie von folgendem Ergebnis aus: Diese Freizeichnungsklausel ist gültig. Warum? [2 Punkte]

Lösung: Die Annahme der Gültigkeit der Klausel beruht auf Art. 101 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung kann die Haftung für Hilfspersonen vertraglich nicht nur beschränkt, sondern gänzlich aufgehoben werden.

K. Hat die Stadt Uster trotz der gültigen Freizeichnung einen Schadenersatzanspruch gegen die CS AG und falls ja, gestützt worauf? [12 Punkte]

Hinweis: Gehen Sie bei der Lösung von der Gültigkeit der Freizeichnungsklausel aus.

Lösung: Da die Freizeichnung gemäss Sachverhalt gültig vereinbart wurde, kommt eine Haftung gestützt auf Art. 101 OR (i.V.m. Art. 97) nicht in Betracht. Hingegen ist zu prüfen, ob die CS AG gestützt auf Art. 97 OR für *eigenes Fehlverhalten* haftet. Das ist zu bejahen.

Die Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR setzt eine Vertragsverletzung, einen Schaden, einen Kausalzusammenhang sowie ein Verschulden voraus. Das Verschulden wird vermutet, die Schuldnerin kann sich exkulpieren.

Die CS AG hat sich am 13. September verpflichtet, einen zusätzlichen Software-Entwickler/eine zusätzliche Software-Entwicklerin einzustellen. Diese vertraglich übernommene Pflicht hat sie durch die Anstellung einer Systemtechnikerin schlecht bzw. gar nicht erfüllt. Dadurch ist natürlich und adäquat-kausal ein Schaden entstanden. Die Anstellung einer offensichtlich unqualifizierten Mitarbeiterin ist eine *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt, zudem entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass unqualifizierte Mitarbeitende einen Schaden in der Art des eingetretenen verursachen. Die Exkulpation wird der CS AG nicht gelingen, da die unzureichend qualifizierte Frau Chaudet mit der expliziten Genehmigung der Geschäftsleiterin (Organ,

Art. 55 ZGB) eingestellt wurde. Die Vertragsverletzung erfolgte also mit Absicht. Die CS AG schuldet der Stadt Uster den Schaden gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR.

Eventualbegründung: Selbst wenn man nicht auf die Zusatzvereinbarung vom 13. September 2014 mit der expliziten Zusage der Einstellung "einer entsprechenden Fachkraft" abstellen würde (weil man es möglicherweise übersehen hat), müsste die CS im vorliegenden Fall für den Schaden einstehen. Denn sie ist auch ohne diese explizite Zusage verpflichtet, ihre Hilfspersonen sorgfältig auszusuchen, sie zu instruieren und sie im Einzelfall zu überwachen.¹⁴ Darüber hinaus trifft sie die Pflicht, sich angemessen zu organisieren.¹⁵

Wenn die CS eine für Programmierungsarbeiten offensichtlich unqualifizierte Person anstellt, so verletzt sie ihre Pflicht zur sorgfältigen Auswahl der Hilfsperson (*cura in eligendo*). In dieser Sorgfaltspflichtverletzung liegt ein Verschulden, denn die CS hat die Hilfsperson mit Wissen und Willen um deren fehlende Qualifikation eingestellt (Vorsatz, obj. Verschulden), zudem steht ausser Frage, dass sich die CS nicht auf die fehlende Verschuldensfähigkeit ihrer Organe berufen kann (subj. Verschulden).

5. Sachverhaltsvariante 5

Die CS erledigt ihr Projekt ohne Differenzen und Verzögerungen – alles läuft tiptop. Allerdings unterlässt ein fachlich ausgewiesener Mitarbeitender der CS es in grobfahrlässiger Weise, bei der Programmierung die notwendigen Sicherheits-Features zu installieren. Der Fehler bleibt zunächst unbemerkt. Am 5. August 2014 sind die Arbeiten abgeschlossen, die Stadt Uster feiert den neuen Web-Auftritt am 1. September 2014. Am 25. November 2015 folgt das böse Erwachen: Hackern gelingt es, die vom CS-Mitarbeitenden offengelassenen Sicherheitslücken auszunutzen und die Webseite lahmzulegen. Das von der Stadt Uster beigezogene Unternehmen Data Security GmbH braucht zwei Wochen, um das System wieder zum Laufen zu bringen. Die Stadt Uster verlangt von der CS den Ersatz der von der Data Security GmbH in Rechnung gestellten CHF 12'000.--. Die CS verweist auf den (individuell ausgehandelten) Vertrag zwischen ihr und der Stadt Uster. Dort heisst es in Ziffer. 14.1: "Verjährung: Gegenseitige Ansprüche aus diesem Vertrag verjähren innerhalb eines Jahres nach Abschluss der Arbeiten." Der Verwaltungsjurist der Stadt Uster ist der Meinung, die Klausel verstosse gegen Art. 129 OR. Sie sind Praktikant/Praktikantin bei der Anwaltskanzlei, welche die CS in allen Rechtsfragen berät. Sie lesen Art. 129 OR und überlegen:

L. Ist die Einrede der CS wirklich chancenlos? **[10 Punkte]**

¹⁴ Z.B. THÉVENOZ, Commentaire Romand, Art. 101 CO, N 38; WEBER, Berner Kommentar, Art. 101 OR, N 110 u. 167.

¹⁵ Dass die drei *curae* von Art. 55 OR auch im vertraglichen Kontext gelten, ist unbestritten. Dasselbe gilt für die vierte *cura*, nämlich die Verpflichtung zur angemessenen Organisation. Siehe dazu etwa THÉVENOZ, Commentaire Romand, Art. 101 CO, N 38; GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, in: recht 2006, S. 77 ff., S. 82.

Lösung: Gemäss Art. 129 OR können "[D]ie in diesem Titel aufgestellten Verjährungsfristen [...] durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden." Zu überlegen ist, ob die zwischen der CS und der Stadt Uster vereinbarte Verjährungsfrist zu den Verjährungsfristen gehört, die "in diesem Titel" aufgestellt sind. Der Begriff "dieser Titel" bezieht sich nach wörtlicher Auslegung auf den Dritten Titel des Obligationenrechts, also Art. 114 bis 142 OR. Innerhalb dieses Titels sind die Verjährungsfristen in Art. 127 bis 142 OR geregelt. Dort werden neben der allgemeinen zehnjährigen Verjährungsfrist (Art. 127 OR) auch die kürzeren fünfjährigen Verjährungsfristen (Art. 128 OR) festgelegt. Der hier anwendbare Werkvertrag ist demgegenüber im Elften Titel des Obligationenrechts geregelt und er enthält in Art. 371 OR ein eigenes Verjährungsregime, das grundsätzlich von einer zweijährigen Verjährungsfrist nach Werkabnahme ausgeht. Es stellt sich daher die Frage, ob sich der zwingende Charakter von Art. 129 OR (siehe die Marginalie: "Unabänderlichkeit der Fristen") auch auf die Verjährungsfristen erstreckt, die in anderen Titeln geregelt sind.

Diese Frage wurde vom Bundesgericht verneint. Nach ständiger Rechtsprechung ergibt sich durch Umkehrschluss aus Art. 129 OR, dass die ausserhalb des Dritten Titels des Obligationenrechts aufgestellten Verjährungsnormen der Parteidisposition offenstehen.¹⁶ Die Verkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr ist daher grundsätzlich zulässig.¹⁷

Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 371 Abs. 3 i.V.m. Art. 210 Abs. 6 OR, wonach die Unternehmerin die Verjährung nicht geltend machen kann, wenn ihr eine absichtliche Täuschung des Bestellers nachgewiesen wird. Diese Ausnahme ist aber bei dieser Sachverhaltsvariante nicht einschlägig, da hier keine absichtliche Täuschung zur Diskussion steht. Auch sind hier die Bestimmungen über den Konsumentenvertrag (Art. 210 Abs. 4 OR) nicht anwendbar, die Stadt Uster ist keine Konsumentin. Pro memoria: Die Voraussetzungen in Art. 210 Abs. 4 OR müssen kumulativ erfüllt sein.

II. Dementis

Leila Trelany ist Professorin am Departement für transzendente Astrologie der Universität Bern. Sie wohnt gleich neben der Sternwarte im Länggassquartier. Prof. Trelany ist als strenge Prüfungsstellerin bekannt. Ihr Unterricht gilt unter den Studierenden als langweilig. Im Herbstsemester 2017 liegt im Kopierraum des Departements der Entwurf der Zeitschrift "Starrtrekk", des traditionellen Newsletters der Studentenverbindung "Galaxy Warriors". Starttrekk wird jeweils zum Semesterbeginn anlässlich der ersten Hauptvorlesung an die Studierenden verteilt. Die Auflage beträgt 500 Stück. Offenbar ist einer der zahlreichen Hilfsassistenten des Departements Mitglied der besagten Studentenverbindung und erledigt auf Fakultätskosten die Kopierarbeiten für die Studentenverbindung. Der Entwurf der Zeitschrift enthält einen Gastbeitrag von *Anonymus*. Der Beitrag ist mit dem Titel "Dementi"

¹⁶ Grundsatzentscheid in BGE 63 II 180.

¹⁷ Siehe zum Ganzen SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT Rn. 1797 ff.

überschrieben und enthält Kurzaussagen zu den verschiedenen Dozierenden der Fakultät. Zu Prof. Trelany gibt es zwei "Dementis":

1. "Falsch ist, dass Prof. Trelany zum Semesterende pensioniert wird. Wahr ist, dass sie 50 Jahre alt ist, aber aussieht, als gehe sie in Pension."
2. "Falsch ist, dass die verheiratete Prof. Trelany mit dem Dekan verlobt ist. Wahr ist, dass der Dekan und Prof. Trelany in einem sehr (!) engen Verhältnis zueinander stehen."

Leila Trelany ist empört. Tatsache ist: Sie ist 50 Jahre alt. Sie ist verheiratet. Sie unterhält zum Dekan ein rein dienstliches Verhältnis. Sie hat ihn niemals alleine getroffen, schon gar nicht ausserhalb von fakultären Anlässen.

Prof. Trelany entdeckt den Entwurf am Mittwoch, den 15. Februar 2017. Am 20. Februar 2017 beginnt das Semester. Frau Trelany interveniert noch am gleichen Tag beim Vorstand der Studentenverbindung. Der Präsident der Galaxy Warriors pocht in seiner Antwortmail vom Donnerstag, 16. Februar 2017 (20:30 Uhr) namens und im Auftrag des Vorstands auf die Meinungsäusserungsfreiheit und zeigt sich insgesamt in der Sache beratungsresistent. Er schreibt, Prof. Trelany solle sich an Anonymus wenden, die Studentenverbindung sei nur Herausgeberin der Zeitschrift und insofern für das Anliegen von Frau Trelany nicht zuständig. Zudem sei es jetzt sowieso zu spät, das Layout sei gemacht, die Zeitschrift gehe am 18. Februar in den Druck bzw. zum Kopieren und sie werde am Montag, den 20. Februar verteilt.

- A. Was muss Prof. Trelany tun, wenn sie die Publikation verhindern will?
[4 Punkte]

Hinweis: Erklären Sie lediglich (kurz) das anzustrebende Vorgehen.

Lösung: Prof. Trelany muss versuchen, die Publikation mittels superprovisorischer Massnahme verbieten zu lassen (Art. 265 ZPO i.V.m. Art. 262 lit. a ZPO). Eine vorsorgliche Massnahme reicht zeitlich nicht mehr, denn es müsste die Studentenverbindung angehört werden.

- B. Ist es richtig, dass Leila Trelany gegen den ihr unbekanntem Anonymus vorgehen muss und dass die Studentenverbindung als Herausgeberin der Zeitschrift "aus dem Schneider" ist? **[4 Punkte]**

Lösung: Die Studentenverbindung ist nicht "aus dem Schneider". Gemäss Art. 28 ZGB kann jeder, der in seiner Persönlichkeit verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der *an der Verletzung mitwirkt*, das Gericht anrufen. In der Herausgabe einer Zeitschrift mit persönlichkeitsverletzendem Inhalt liegt eine Mitwirkung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB.

C. Welches Gericht ist örtlich für das Anliegen von Leila Trelany zuständig? [4 Punkte]

Lösung: Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 20 i.V.m. Art. 13 ZPO. Zuständig für Klagen aus Persönlichkeitsverletzung ist gemäss Art. 20 ZPO das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien. Gemäss Art. 13 ZPO ist bei vorsorglichen Massnahmen das Gericht am Ort der Hauptsache oder das Gericht am Ort der Vollstreckung zuständig.

Gemäss Sachverhalt wohnt Prof. Trelany im Länggassquartier. Die Gerichte in Bern sind daher örtlich zuständig.

Wo der Verein seinen Sitz hat, wird im Sachverhalt nicht erwähnt. Daran scheitert aber die Klage nicht, denn Prof. Trelany hat in Bern auf jeden Fall ein örtlich zuständiges Gericht. Eine weitere örtliche Zuständigkeit besteht am Sitz des Vereins "Galaxy Warriors".

D. Welches Gericht ist sachlich für das Anliegen von Leila Trelany zuständig und welches ist der Spruchkörper? [4 Punkte]

Lösung: Die sachliche Zuständigkeit ist grundsätzlich Sache der Kantone (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Bern ergibt sie sich aus dem Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern (GSOG) und aus dem Einführungs-gesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ). Gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. b GSOG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 EG ZSJ ist das Regionalgericht Bern Mittelland zuständig. Zuständiger Spruchkörper ist der Einzelrichter gemäss Art. 8 Abs. 1 Satz 2 EG ZSJ.

E. Zweifellos spielt im Verfahren rund um Prof. Trelany die Persönlichkeitsverletzung eine massgebliche Rolle. Beurteilen Sie die beiden Dementis im Hinblick auf die Frage, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 28 ZGB erfüllt sind. [20 Punkte]

Lösung: Die Prüfung hat in zwei Schritten zu erfolgen: Zunächst ist die Verletzung eines Persönlichkeitsguts festzustellen. Grundsätzlich ist jede Persönlichkeitsverletzung rechtswidrig. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist.¹⁸

1. Verletzung von Persönlichkeitsgütern

Zu den geschützten Persönlichkeitsgütern im Sinne von Art. 28 ZGB zählt einerseits die Ehre, andererseits die informationelle Privatheit (Privatsphäre, Geheimsphäre). Diese sogenannte "soziale Persönlichkeit" steht hier im Vordergrund.

¹⁸ Siehe zum Ganzen HOFER/HRUBESCH-MILLAUER, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Auflage, Bern 2012, Rz. 20.06 ff.

Fraglich ist, ob die "Dementis" Leila Trelany in ihrer Persönlichkeit verletzen. Nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit erreicht die Stufe der Persönlichkeitsverletzung. Hierfür bedarf es vielmehr *einer gewissen Intensität*. Das ist bei den zwei Dementis zu bejahen:

- Das erste Dementi enthält zwei zutreffende Tatsachenbehauptungen über das Alter von Leila Trelany. Die Altersangabe mag für gewisse Personen unangenehm sein. Darin liegt aber nicht die genügende Intensität für eine Persönlichkeitsverletzung. Hingegen ist in der Aussage, sie sehe pensionsreif aus, ein Werturteil über das Aussehen von Leila Trelany enthalten. Zu behaupten, eine Frau von 50 Jahren sehe aus wie 64, zielt darauf ab, eine spöttische Diskussion über deren Aussehen zu lancieren, sie insgesamt lächerlich zu machen und damit auch ihre fachliche Autorität zu untergraben. Damit ist der rechtlich geschützte Ehranspruch verletzt. *Hinweis*: Hier kann man auch anders argumentieren, wichtig ist hier die Argumentation im juristischen Sprachstil.
- Das zweite Dementi enthält zwei zutreffende Tatsachenbehauptungen über Leila Trelany, nämlich: Sie ist verheiratet und sie ist nicht mit dem Dekan verlobt. Unwahr ist dagegen die Tatsachenbehauptung, dass Leila Trelany und der Dekan ein sehr enges Verhältnis zueinander haben. Die unwahre Tatsachenbehauptung berührt die Privatsphäre von Prof. Trelany, denn sie betrifft Lebensumstände, die grundsätzlich nur im beschränkten Personenkreis geteilt werden. Da die Äusserung zudem suggeriert, die Beziehung sei sexueller Natur ("sehr", versehen mit einem Ausrufezeichen), könnte man sogar vertreten, dass sie die Geheimsphäre von Leila Trelany (und des Dekans) verletzt, handelt es sich doch um Lebensvorgänge, die grundsätzlich der Kenntnis anderer Personen entzogen bleiben soll. Die wahrheitsgemässe Information, dass Leila Trelany verheiratet ist, erweckt zudem den Eindruck, dass Leila Trelany ihrem Ehemann untreu ist. Das berührt zweifellos ihre Ehre. Mithin ist im zweiten Dementi eine Persönlichkeitsverletzung zu sehen.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die beiden Dementis die Persönlichkeit von Leila Trelany verletzen.

2. Fehlende Rechtfertigung

Eine Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Rechtfertigungsgründe sind die Einwilligung des Verletzten, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder das Gesetz. Im Vordergrund steht vorliegend das überwiegende öffentliche Interesse an der Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 BV) und der Pressefreiheit (Art. 17 Abs. 1 BV; Informationsauftrag der Presse). Diese Interessen sind gegen das Integritätsinteresse von Leila Trelany abzuwägen.

Die Meinungsäusserung, eine 50-jährige Frau sehe aus wie 64, enthält ein negatives Werturteil. Die Persönlichkeitsverletzung ist aber nicht besonders gravierend. Demgegenüber besitzen die Meinungsäusserungsfreiheit und die Pressefreiheit in einem demokratischen Rechtsstaat schlechthin konstitutive Bedeutung für die bürgerlichen Freiheiten. Studierende bzw. Vereine von Studierenden müssen den Schutz vor Inhaltskontrollen der von ihnen herausgegebenen Zeitschriften geniessen. Hinzu kommt, dass Professorinnen und Professoren be-

zogen auf die Universität Personen des öffentlichen Lebens sind, in deren Gemeinbereich stärker eingegriffen werden darf als bei gänzlich unbeteiligten Dritten. Ohnehin gilt für Satire, Karikatur und Humor nach der Rechtsprechung ein anderer Massstab, "da diese Mitteilungsförmungen definitionsgemäss verfremden und übertreiben".¹⁹ Sie verletzen die Persönlichkeit nur dann widerrechtlich, "wenn sie die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Mass überschreiten".²⁰ Dies trifft etwa zu, wenn eine bekannte Person mit Vornamen und Bild in Verbindung zu käuflichen sexuellen Angeboten gebracht wird.²¹ Diese Grenzen sind vorliegend längst nicht erreicht.

Insgesamt führt die Interessenabwägung im Zusammenhang mit den Äusserungen zum Alter/Aussehen von Prof. Trelany zum Ergebnis, dass ein Rechtfertigungsgrund für die Persönlichkeitsverletzung vorliegt.

Die unwahre Tatsachenbehauptung, dass der Dekan und Prof. Trelany ein sehr, sehr enges Verhältnis zueinander pflegen und die damit verbundene Suggestion, sie hätten eine ausser-eheliche Beziehung, ist ein gravierender Eingriff in die Privatsphäre der Betroffenen. Da diese Tatsachenbehauptung unwahr ist, kann sich die Studentenverbindung als Herausgeberin von Startreck von vornherein nicht auf die Meinungsäusserungsfreiheit und die Pressefreiheit berufen. Da Satire, Karikatur und Humor notwendigerweise ein Werturteil enthalten müssen, sind die diesbezüglichen Privilegierungen hier nicht anwendbar.²² Es gibt kein Informationsinteresse an unwahren Tatsachen,²³ die Verbreitung von falschen Tatsachen ist grundsätzlich widerrechtlich.²⁴

3. Fazit

Ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Im Hinblick auf Dementi Nr. 1 ist aufgrund der Interessenabwägung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB eine Persönlichkeitsverletzung zu verneinen. Im Hinblick auf Dementi Nr. 2 ist hingegen eine Persönlichkeitsverletzung zu bejahen; da die Tatsachenbehauptung falsch ist und sie die Persönlichkeit in erheblichem Masse tangiert, liegt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor.

F. Welches Beweismass gilt im von Leila Trelany kurzfristig angestrebten Verfahren? [3 Punkte]

Lösung: Für vorsorgliche Massnahmen gilt das Beweismass der *Glaubhaftmachung* (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Leila Trelany muss mithin das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Persön-

¹⁹ BGer 5C.26/2003 ("Julen"), E. 2.3.

²⁰ BGer 5C.26/2003 ("Julen"), E. 2.3.

²¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 12.99, mit Hinweis auf BGer 5C.211/1994.

²² Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 12.99.

²³ Siehe auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 12.137, Rz. 12.103.

²⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 12.137, Rz. 12.109.

lichkeitsverletzung lediglich soweit nachweisen, dass für deren Vorhandensein gewisse Tatsachen sprechen.²⁵

- G. Nehmen Sie an, das zuständige Gericht komme zum Schluss, beide Dementis seien persönlichkeitsverletzend. Welche weiteren Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um die Publikation zu verhindern, und wie sind die Erfolgchancen von Leila Trelany diesbezüglich einzuschätzen? **[18 Punkte]**

Damit Leila Trelany die Publikation verhindern kann, müssen die übrigen Voraussetzungen für eine superprovisorische Massnahme erfüllt sein. Dazu müssen einerseits die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme gegeben sein (Art. 261 ZPO). Diese unterliegen, wenn es sich um vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien handelt, besonders strengen Voraussetzungen (Art. 266 ZPO). Darüberhinaus muss eine besondere Dringlichkeit bestehen (Art. 265 Abs. 1 ZPO).

Die Zeitschrift "Startrek" ist das Traditionsblatt der Studentenvereinigung "Galaxy Warriors". Es erscheint zweimal jährlich. Entsprechend ist es als periodisch erscheinendes Medium zu qualifizieren. Es gelten daher die Voraussetzungen von Art. 266 ZPO: Das Gericht darf die vorsorgliche Massnahme nur anordnen, wenn die drohende Rechtsverletzung der gesuchstellenden Partei einen besonders schweren Nachteil verursachen kann, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint.

Hinsichtlich des Dementis Nr. 1 wird man den besonders schweren Nachteil verneinen; selbst wenn man in der Wertung, eine Person sehe 14 Jahre älter aus, als sie ist, eine Persönlichkeitsverletzung sieht (so die vorgegebene Annahme), so ist der daraus für Leila Trelany entstehende Nachteil nicht gravierend. Wenn die Wertung aus der Luft gegriffen ist, wird sie nicht nachhaltig wirken. Wenn sie nicht aus der Luft gegriffen ist, wird die Publikation nicht als Katalysator wirken. Hinsichtlich des Dementis Nr. 2 ist der gravierende Nachteil hingegen zu bejahen. Die Behauptung einer ausserehelichen bzw. ehebrecherischen Beziehung von zwei Fakultätsangehörigen ist auch in der heutigen Zeit noch schwer rufschädigend. Sodann gilt hinsichtlich des Fehlens eines offensichtlichen Rechtfertigungsgrundes, dass man im Fall von Dementi Nr. 1 ein solcher Rechtfertigungsgrund nicht offensichtlich fehlt, während er im Fall von Dementi Nr. 2 offensichtlich fehlt. Denn wie bereits festgehalten, gibt es für unwahre Tatsachenbehauptungen keinen Rechtfertigungsgrund.

Schliesslich stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit. Das Ergebnis zu Dementi Nr. 1 wird hier lauten, dass – nachdem bereits der besonders schwere Nachteil und das offensichtliche Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes verneint wurden – die Verhältnismässigkeit eines vorsorglichen Publikationsverbots zu verneinen ist. Anders ist der Fall von Dementi Nr. 2 zu beurteilen. Auf der einen Seite steht eine wahrscheinlich gravierende Persönlichkeitsverletzung, auf der anderen Seite steht die Publikation einer Studentenzeitschrift, die

²⁵ Siehe etwa BGE 131 III 473 E. 2.3. S. 476.

auch nach Klärung der Rechtslage verteilt werden kann. Der konkrete Eingriff wiegt also auf der Seite der Herausgeber nicht besonders schwer.

Schliesslich ist für Dementi Nr. 2 noch zu prüfen, ob die Voraussetzung der besonderen Dringlichkeit für den Erlass einer superprovisorischen Massnahme zu bejahen ist (Art. 265 ZPO). Vorliegend erhält Leila Trelany die Antwort der Studentenverbindung am 16. Februar 2017 (20:30). Die Zeitschrift soll am 20. Februar 2017 am Vormittag verteilt werden. In diesem Zeitrahmen ist die Anhörung der Gegenpartei oder die Ansetzung einer mündlichen Verhandlung nicht mehr möglich. Also ist die Dringlichkeit zu bejahen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bezüglich des Dementis Nr. 1 die Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme nicht gegeben sind. Anders verhält es sich im Fall des Dementis Nr. 2. Hier sind die Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt.

III. Verschiedene Rechtsfragen

*Pro Memoria: Bei den Multiple-Choice-Fragen ist nur eine Antwort zutreffend. **Falsche Antworten geben keine Minuspunkte.** Werden mehrere Antworten angekreuzt, gilt die Frage als falsch beantwortet und es gibt keine Punkte. Markieren Sie die Antworten direkt hier auf dem vorbedruckten Prüfungsbogen. Bei den Multiple Choice Fragen ist keine Begründung erforderlich.*

- A. Der volljährige, urteilsfähige und alleinstehende Philipp hat einen schweren Unfall nur mit viel Glück überlebt, ist dabei aber schwer verletzt worden und befindet sich seither vollständig unansprechbar und für eine unabsehbare Zeitdauer in einem Komazustand.

Philipp hat für einen solchen Fall keine besonderen rechtlichen Vorkehrungen getroffen. Wer besorgt alle für Philipp nötigen Angelegenheiten während der Dauer seines Komazustandes? **[2 Punkte]**

- Der nach Art. 35 Abs. 1 OR Bevollmächtigte.
- Ein Vorsorgebevollmächtigter, der als gesetzlicher Vertreter vom zuständigen Zivilgericht ernannt wird.
- Ein Verwaltungs- und Vertretungsbeistand, der von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ernannt wird.
- Ein umfassender Beistand, der von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ernannt wird.**

- B. Nach zwei Jahren erwacht Philipp aus seinem Komazustand. Ein weiteres Jahr später fragt er sich, ob und gegebenenfalls wie

er Vorsorge treffen könnte für den Fall, dass er erneut in einen Koma-zustand fallen oder sonstwie urteilsunfähig werden würde. Er möchte, dass in diesem Fall sein Treuhänder Timo das Vermögen verwalten und seine Freundin Franziska über seine medizinische Behandlung ent-scheiden würden. Der Einfachheit wegen will er, wenn das wirksam möglich ist, alles in einem einzigen Dokument regeln. **[4 Punkte]**

- Er kann Timo und Franziska in einem formgerecht verfassten Vor-sorgeauftrag als Vorsorgebeauftragte einsetzen.
- Er kann einen eigenhändigen Vorsorgeauftrag errichten, darin eine Patientenverfügung integrieren und Timo als Vorsorgebeauftrag-ten und Franziska als Ansprechperson für die medizinische Be-handlung bezeichnen.**
- Er muss einen eigenhändigen Vorsorgeauftrag errichten und darin Timo als Vorsorgebeauftragten einsetzen und zudem auch eine Pati-entenverfügung verfassen und darin Franziska als Ansprechperson für die medizinische Behandlung bezeichnen.
- Er muss einen Vorsorgeauftrag in öffentlicher Urkunde errichten las-sen mit der Einsetzung von Timo als Vorsorgebeauftragten und da-neben eigenhändig eine Patientenverfügung verfassen mit der Be-zeichnung von Franziska als Ansprechperson für die medizinische Behandlung.

- C. Die Ehegatten Daniel und Nicole Müller-Friedensreich haben 1995 ge-heiratet. Im Jahr 2000 konnte Daniel sein Elternhaus als Erbvorbezug zu Eigentum übernehmen. Gleichzeitig mit dieser Übernahme wurden mit vorehelichen Ersparnissen von Nicole in der Höhe von CHF 50'000.00 und gemeinsamen, während der Ehe gemachten Ersparnissen von CHF 100'000.00 Badezimmer und Küche saniert sowie der Estrich aus-gebaut und Leitungen ersetzt. Der Wert der Liegenschaft nach Ab-schluss aller Arbeiten wurde im Jahr 2000 auf CHF 450'000.00 geschätzt.

Nach verschiedenen, in diesem Zusammenhang nicht relevanten Vor-gängen, haben sich die Ehegatten darauf verständigt, sich noch dieses Jahr scheiden zu lassen. Der Wert der Liegenschaft ist aufgrund ausser-ordentlicher Umstände auf CHF 380'000.00 gesunken.

Welche Netto-Forderung ergibt sich aus der güterrechtlichen Ausei-nersetzung, für den Fall, dass Daniel die Liegenschaft behalten möchte und keine weiteren Vermögenswerte vorhanden sind? **[10 Punkte]**

- Eine Gesamtforderung von CHF 100'000.00 von Nicole gegen Daniel.
- Eine Gesamtforderung von CHF 95'000.00 von Nicole gegen Da-niel.**

- Eine Gesamtforderung von gerundet CHF 92'222.25 von Nicole gegen Daniel.
- Eine Gesamtforderung von gerundet CHF 84'444.45 von Nicole gegen Daniel.

Lösungshinweise: Zuordnung der Liegenschaft: Sachenrecht: Erwerb durch Daniel, für Nicole Ersatzansprüche nach Art. 206 ZGB. Zwischen Gütermassen D: an EG D, wegen quantitativem Übergewicht. EG D: 300'000; ER D: 50'000; ER N: 50'000, EG N: 50'000. Total: 450'000. Beteiligungsverhältnis: $6+1+1+1+1 = 9$. Aktueller Verkehrswert: 380'000. Minderwert von 70'000, verteilen: ED D: 240'000; ER D: 40'000; ER N: 50'000 (Art. 206 ZGB, nennwertgeschützt); EG N: 50'000 (Art. 206 ZGB, nennwertgeschützt). Forderung: N: 100'000-25'000 (hälftiger Vorschlag N) + 20'000 (hälftiger Vorschlag D) = 95'000.

D. Lesen Sie die nachfolgenden Aussagen zu Art. 115 ZGB. Art. 115 ZGB ist: **[6 Punkte]**

- vom Gesetzgeber bewusst offen formuliert. Das Gericht muss den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Die Lücke intra legem ist nach dem vorgegebenem Verfahren zu schliessen. Frühere ähnliche Entscheidungen spielen bei der Entscheidungsfindung eine gewisse Rolle (Bildung gewisser Fallgruppen). Das Gericht hat aber vor allem alle subjektiv relevanten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (subjektive Betrachtung). Art. 1 Abs. 3 ZGB findet keine Anwendung, da Art. 4 ZGB anwendbar ist.
- vom Gesetzgeber aus Versehen offen formuliert. Dies kann durch Auslegung festgestellt werden. Das Gericht muss den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Die Lücke ist gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schliessen. Frühere ähnliche Entscheidungen sind zu beachten (Art. 1 Abs. 3 ZGB).
- vom Gesetzgeber bewusst offen formuliert. Das Gericht kann so nach Gutdünken gerecht entscheiden. Frühere ähnliche Entscheidungen spielen bei der Entscheidungsfindung keine Rolle. Art. 1 Abs. 3 ZGB findet – da Art. 4 ZGB anwendbar ist – keine Anwendung
- ist vom Gesetzgeber bewusst offen formuliert. Das Gericht muss den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Die Lücke intra legem ist nach dem vorgegebenen Verfahren zu schliessen. Frühere ähnliche Entscheidungen spielen bei der Entscheidungsfindung eine Rolle. Das Gericht hat alle objektiv relevanten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (objektive Betrachtung). Art. 1 Abs. 3 ZGB findet Anwendung.**

Lösungshinweise: art. 115 ZGB ist ein typischer Anwendungsfall für eine Generalklausel. Art. 1 Abs. 3 ZGB findet auf die gesamte richterliche Tätigkeit Anwendung, also auch im Falle der Anwendung von offenen Rechtsbegriffen. Die Antworten A und C sind unzutreffend.

fend, weil das richterliche Ermessen (Art. 4 ZGB) eine Beachtung der Präjudizien (Art. 1 Abs. 3 ZGB) keineswegs ausschliesst; im Gegenteil: auch hier gelten vorgängige Entscheide als Hilfsmittel. Antwort **B** ist unzutreffend, weil Art. 115 ZGB nicht aus Versehen offen formuliert ist. Zudem ist eine Lückenschliessung *modo legislatoris* (Art. 1 Abs. 2 ZGB) unzulässig, weil die Gerichte eben gerade nicht eine allgemeine Regel setzen sollen, sondern die Unzumutbarkeit im konkreten Einzelfall beurteilen müssen.

- E. Fabian schliesst anfangs Mai 2017 mit der Zweirad GmbH einen Kaufvertrag über ein Mountainbike (Fully) ab. Nebst einer monatlichen Ratenzahlung für 17 Monate, beginnend ab Juni 2017, wird schriftlich ein Eigentumsvorbehalt vereinbart. Die Übergabe des Bikes an Fabian erfolgt Ende Mai 2017. Die Anmeldung des Eigentumsvorbehalts durch die Vertragsparteien sowie dessen Eintragung im zuständigen Register erfolgen dagegen erst im August 2017.

Seinem Freundes- und Kollegenkreis präsentiert Fabian das Fully als «ihm gehörend». Nach einer Fehlspekulation im Februar 2018 gelangt Fabian zunehmend in finanzielle Schieflage – u.a. gerät er mit den Ratenzahlungen für das Mountainbike in Rückstand. Sein Umfeld soll von seiner finanziellen Situation aber nichts wissen. Vielmehr will er auch weiterhin den «Schein nach aussen wahren» und benötigt daher dringend Geld. Da Fabian im letzten Herbst einen schweren Autounfall hatte und seither über chronische Rückenschmerzen klagt, wundert sich seine Arbeitskollegin Karin nicht, als er ihr das Bike im April 2018 zum Marktpreis zum Kauf anbietet. Begeistert vom Angebot schliesst Karin mit Fabian den Kaufvertrag – es folgt die Barbezahlung durch Karin und die Übergabe des Bikes durch Fabian. Dennoch spitzt sich die finanzielle Situation von Fabian weiter zu, so dass infolge weiteren Ausbleibens der Ratenzahlung die Zweirad GmbH das Mountainbike kurz darauf zurückverlangt. Es stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts im vorliegenden Fall. Welche Aussage trifft zu? **[6 Punkte]**

Hinweis: Gehen sie bei den Antwortmöglichkeiten von der Annahme aus, dass das KKG nicht zur Anwendung gelangt.

- Der Eigentumsvorbehalt ist nicht wirksam. Die Eintragung ins Eigentumsvorbehaltsregister hätte spätestens bei Übergabe des Fullys an Fabian erfolgen müssen. Daher verblieb das Eigentum nicht bei der Zweirad GmbH, sondern ging mit Besitzübertragung auf Fabian über (Art. 714 Abs. 1 ZGB), woran auch der nachträgliche Eintrag im Register nichts zu ändern vermag. Als Eigentümer ist Fabian Verfügungsberechtigt, weshalb Karin mit Erhalt des Mountainbikes derivativ dessen Eigentümerin wurde (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Die Zweirad GmbH kann daher das Fahrrad nicht von Karin herausverlangen.

- Der Eigentumsvorbehalt ist wirksam. Durch die Eintragung des Eigentumsvorbehalts im zuständigen Register fällt das Eigentum gem. h.L. und Rspr. an die Zweirad GmbH zurück, welche bis zur Zahlung sämtlicher Raten Eigentümerin des Fahrrads bleibt. Daran ändert auch der Verkauf des Bikes an Karin nichts. Letztere hat das Bike vielmehr in Anwendung von Art. 936 Abs. 1 ZGB herauszugeben, da sie das Eigentumsvorbehaltsregister hätte konsultieren und feststellen müssen, dass am Mountainbike ein Eigentumsvorbehalt angebracht wurde. Entsprechend kann sie nicht als gutgläubig gelten.
- Der Eigentumsvorbehalt ist wirksam. Durch die Eintragung des Eigentumsvorbehalts im zuständigen Register fällt das Eigentum gem. h.L. und Rspr. an die Zweirad GmbH zurück. Infolge Veräußerung des Bikes durch den Nichteigentümer Fabian an die gutgläubige Karin, wird diese jedoch in Anwendung von Art. 933 ZGB i.V.m. Art. 714 Abs. 2 ZGB Eigentümerin. Die Zweirad GmbH verliert daher ihr Eigentum am Bike und kann es von Karin nicht mittels Besitzesrechtsklage (oder Vindikation) herausverlangen.**
- Der Eigentumsvorbehalt ist wirksam. Durch die Eintragung des Eigentumsvorbehalts im zuständigen Register fällt das Eigentum gem. h.L. und Rspr. an die Zweirad GmbH zurück, welche bis zur Zahlung sämtlicher Raten Eigentümerin des Fullys bleibt. Trotz Veräußerung des Fullys von Fabian an Karin kann die Zweirad GmbH das Fahrrad von Karin erfolgreich vindizieren (Art. 641 Abs. 2 ZGB).

Lösungshinweise: Richtig und einschlägig ist Antwort C. Siehe z.B. ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, Sachenrecht, Rn. 211.

- F. Die X AG hat bei der Y AG, einer gewerbsmässig tätigen Immobilienunternehmung, Geschäftsräume in der Stadt Bern gemietet. Im Anschluss an einen Schadenfall verlangt die Y AG von der Mieterin X AG Fr. 20'000.— Schadenersatz. Da die X AG die Forderung bestreitet, will die Vermieterin Y AG gegen die X AG Klage einreichen. Beide Parteien haben ihren Sitz in der Stadt Bern.

Welches Gericht ist für die Klage zuständig? **[8 Punkte]**

Hinweis: Lassen Sie bei der Beantwortung der Frage das Schlichtungsverfahren ausser Acht. Gefragt ist bloss nach dem erstinstanzlichen Gericht.

- In mietrechtlichen Fällen ist ab einem Streitwert von Fr. 15'000.— die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Als Aktiengesellschaften sind beide Parteien im Handelsregister eingetragen. Betroffen ist die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien. Somit sind die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt. Zuständig ist daher das Handelsgericht des Kantons Bern.

- Für mietrechtliche Angelegenheiten ist das Handelsgericht generell nicht zuständig. Bern hat ein Mietgericht, das sämtliche Mietstreitigkeiten aus dem ganzen Kanton beurteilt. Die Klage ist dort einzureichen.
- Bei einem Streitwert von Fr. 20'000. — kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung. Keine Anwendung findet das vereinfachte Verfahren aber vor dem Handelsgericht (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Gemäss Bundesgericht hat die Verfahrensart Vorrang vor den Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit. In casu ist daher das Handelsgericht nicht zuständig. Das Verfahren ist somit erstinstanzlich vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland zu führen.**
- Die Y AG hat die Wahl. Sie kann die Klage entweder beim Handelsgericht oder beim Regionalgericht Bern-Mittelland einreichen.

Lösungshinweise: C ist die einzig zutreffende Antwort. Gilt für eine Streitigkeit nach Art. 243 Abs. 1 oder 2 ZPO das vereinfachte Verfahren, ist das Handelsgericht nicht zuständig (BGE 143 III 137 E. 2).

- G. Die in München ansässige A AG kauft bei der B AG in Bern ein Analysengerät für ihr Labor. Der Vertrag enthält keine Rechtswahlklausel. Kurz nach Inbetriebnahme stellt die A AG fest, dass der Apparat nicht richtig funktioniert. Sie teilt dies der B AG umgehend mit. In der Folge stellt sich heraus, dass die Fehlfunktion auf einem Fehler in der Herstellung des Geräts bei der Produzentin C AG beruht, in deren Auftrag die B AG die Apparate vertreibt.

Die A AG hebt den Vertrag auf und macht gegen die B AG unter anderem auch Schadenersatzansprüche (für Mehraufwand für Reagenzien, vermehrten Arbeitsaufwand des Personals, entgangenen Gewinn etc.) geltend. Die B AG akzeptiert die Vertragsaufhebung, weist aber die Schadenersatzansprüche mit der Begründung zurück, für den Herstellerfehler nicht verantwortlich zu sein.

Ist dieser Einwand berechtigt? [4 Punkte]

- Nein, die Verkäuferin hat in einer solchen Situation nach herrschender Lehre für einen Herstellerfehler schadenersatzrechtlich einzustehen.**
- Das hängt davon ab, ob es sich bei den einzelnen Schadenposten um unmittelbaren oder um weiteren Schaden handelt. Soweit ein weiterer Schaden vorliegt, kann sich die A AG exkulpieren (Art. 208 Abs. 3 OR).
- Die B AG kann ausschliesslich gegen die C AG aus Deliktsrecht vorgehen.

- Die Frage kann erst beantwortet werden, wenn man über Informationen darüber verfügt, ob der B AG ein Test des Analysegeräts vor der Veräusserung an die A AG möglich und zumutbar gewesen wäre oder nicht.

Lösungshinweise: A. ist die einzig zutreffende Antwort. Die Herstellerin liegt nicht ausserhalb des Einflussbereichs der Verkäuferin i.S.v. Art. 79 Abs. 1 CISG.

- H. Ferdy ist stolzer Eigentümer eines teuren Rennvelos. Da er für ein paar Monate verreisen muss, macht er sich Sorgen darüber, wo er sein Rad sicher einstellen soll. Sein Freund Hugo anbietet sich, das Rennvelo während dieser Zeit in seiner Garage zu verwahren. Als Gegenleistung sei er mit Fr. 400.— einverstanden. Ferdy stimmt erfreut zu und übergibt Hugo das Velo. Weitere Abreden treffen sie nicht.

Rund zwei Wochen später behündigt Hugo das Rad, um damit bei schönem Wetter einen Sonntagsausflug zu machen. Unterwegs überkommt ihn ein allzu menschliches Bedürfnis, weshalb er eine Pause einlegt. Er stellt das Velo gut verschlossen an einem Waldrand ab und zieht sich in den Wald zurück. Plötzlich hört er ein lautes Krachen. Er eilt zum Waldrand zurück und muss feststellen, dass ein umgestürzter Baum das Fahrrad schwer beschädigt hat.

Haftet Hugo Ferdy für den Schaden? **[6 Punkte]**

- Ja, es sei denn, er könne beweisen, dass ihn an der Beschädigung des Rennvelos kein Verschulden trifft. Die Chancen für eine Exkulpation sind gut; es war ihm aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar, das menschliche Bedürfnis zu ignorieren.
- Nein, denn der Schaden ist durch höhere Gewalt eingetreten.
- Nur, wenn ihm Ferdy ein Verschulden nachweisen kann.
- Ja; ob höhere Gewalt oder Verschulden vorliegt, ist irrelevant.**

Lösungshinweise: Es handelt sich hier um einen (entgeltlichen) Hinterlegungsvertrag (Art. 472 ff.) Der Aufbewahrer darf die hinterlegte Sache nicht gebrauchen (Art. 474 Abs. 1 OR), ansonsten er für den Zufall haftet (Art. 474 Abs. 2 OR).

- I. Die X AG mit Sitz in Bern bietet der in Hamburg ansässigen Y AG per E-Mail einen Posten in Asien hergestellter Garne zu einem bestimmten Preis an, zahlbar zehn Tage nach Vertragsschluss. Die Ware befindet sich, so die X AG, in einem Sammelladungscontainer auf dem Frachter „Harakiri“, der auf der Reise von Japan nach Europa zurzeit im Indischen Ozean unterwegs sei. Die Reederei habe einen Seefrachtbrief aus-

gestellt. Eine Klausel über das anwendbare Recht enthält die Offerte nicht. Die Y AG nimmt das Angebot umgehend per E-Mail an.

Was beide Parteien zu diesem Zeitpunkt noch nicht wissen: Die „Hara-kiri“ ist zwei Tage zuvor in einen Sturm geraten und hat dabei mehrere Container verloren, darunter auch den Container, in dem sich die besagten Garne befanden. Sämtliche über Bord gespülten Container sind in den Weiten des Indischen Ozeans verschwunden.

Zehn Tage nach Vertragsschluss orientiert die X AG die Y AG über den Verlust und fordert sie zur Zahlung des Kaufpreises auf. Im Gegenzug sei man bereit, der Y AG die Ansprüche gegen die Transportversicherung abzutreten. Die Y AG hat keine Lust zur Zahlung.

Muss die Y AG den Kaufpreis bezahlen? [6 Punkte]

- Nein, denn der Vertrag ist nichtig. Da die verkaufte Ware im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr existierte, hatte der Vertrag einen anfänglich objektiv unmöglichen Inhalt (Art. 20 OR).
- Auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages kommt es nicht an. Wer die versprochene Ware nicht erhält, muss auf keinen Fall bezahlen.
- Derartige Probleme sind ausschliesslich in den Incoterms geregelt. Solange man nicht weiss, welche Incoterm-Klausel auf den Vertrag anwendbar ist, lässt sich die Frage nicht beantworten.
- Die Y AG muss den Kaufpreis bezahlen, falls die Umstände den Schluss nahelegen, dass die Gefahr bereits bei der Übergabe der Garne an die Reederei auf die Käuferin übergegangen ist.**

Lösungshinweise: D ist die einzige zutreffende Antwort. Die anfängliche objektive Unmöglichkeit ist im CISG kein Gültigkeitsmangel, sondern fällt unter Art. 79 CISG,²⁶ weshalb Antwort A nicht zutrifft. Gemäss Art. 68 Satz 2 CISG geht die Gefahr bereits mit der Übergabe der Ware an den Beförderer auf den Käufer über, wenn die Umstände diesen Schluss nahelegen. Die Antwort B ist falsch, weil die Vertragserfüllung immer einen gültigen Vertrag voraussetzt. Die Antwort C ist unzutreffend, weil diese Probleme nicht *ausschliesslich* in den Incoterms geregelt sind, zumal kein Zwang zum Einbezug der Incoterms in den Vertrag besteht.

- J. Die 25-jährige Mona ist Mieterin einer 3-1/2-Zimmerwohnung in einem Mehrfamilienhaus in der Stadt Bern. Gemäss Vertrag ist das Mietverhältnis jeweils auf Ende April und Ende Oktober mit einer Frist von sechs Monaten kündbar. Eines Tages lernt Mona die ungefähr gleichaltrige Lisa kennen. Lisa zieht in die Wohnung von Mona ein. Nach rund

²⁶ MURMANN/STUCKI, SHK-CISG, Art. 4 N. 9.

einem halben Jahr begründen die beiden Frauen eine eingetragene Partnerschaft. Vermieter da Vinci, ein Mann von über 80 Jahren, hat Freude an dem jungen Glück, gratuliert den beiden und schenkt ihnen zur Feier eine Flasche Champagner.

Ein Jahr später muss da Vinci ins Altersheim. Daher verkauft er sein Mehrfamilienhaus an Torquemada. Nach Eintrag des Kaufvertrages im Grundbuch kündigt dieser mit eingeschriebenem Brief (samt Formular) vom 28. April den Mietvertrag von Mona per Ende Oktober. Da die Postbotin am 29. April niemanden antrifft, legt sie für Mona eine Abholungseinladung in den Briefkasten. Gemäss dieser Einladung kann Mona die Sendung vom 30. April bis 6. Mai bei der Poststelle abholen, was sie am 3. Mai tut.

Mona und Lisa sind über die Kündigung alles andere als erfreut. Denn die Wohnung ist sehr schön, zentral gelegen und erst noch günstig. Daher suchen sie das Gespräch mit Torquemada. Als dieser erfährt, dass die Wohnung von zwei jungen Frauen benutzt wird, die in eingetragener Partnerschaft leben, wird er geradezu ausfällig. Von der eingetragenen Partnerschaft habe er keine Kenntnis gehabt. Als strenggläubiger Mensch könne er so etwas in keiner Weise akzeptieren. Daher nehme er die Kündigung keinesfalls zurück. Die Wohnung sei auf Ende Oktober zu räumen.

Ist die Kündigung per Ende Oktober grundsätzlich wirksam? **[6 Punkte]**

Hinweis: Die Möglichkeiten der Anfechtbarkeit der Kündigung wegen allfälliger Treuwidrigkeit und der Erstreckung des Mietverhältnisses sind bei der Beantwortung ausser Acht zu lassen.

- Nein, denn die Kündigung ging zu spät zu. Sie gilt daher erst auf den nächstmöglichen Termin, d.h. auf Ende April des folgenden Jahres.
- Nein, Torquemada ist gar nicht Partei des Mietverhältnisses und kann daher auch nicht kündigen.
- Nein, denn Torquemada hätte auch Lisa (separat) ein Kündigungsschreiben (samt Formular) zustellen müssen.**
- Ja. Um die eingetragene Partnerschaft braucht sich Torquemada nicht zu kümmern, da er zum Zeitpunkt der Kündigung von ihr keine Kenntnis hatte.

Lösungshinweise: Einschlägig ist Art. 266n OR, wonach die Kündigung durch den Vermieter dem Mieter und seinem Ehegatten, seiner eingetragenen Partnerin oder seinem eingetragenen Partner zuzustellen sind. Daher ist Antwort C zutreffend. Antwort A ist unzutreffend, weil die Zustellung nicht zu spät zuzuging. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die absolute Zugangstheorie; die Kündigung gilt am ersten Tag der Abholfrist als zugegan-

gen. Antwort **B** ist unzutreffend, weil Torquemada in das Vertragsverhältnis eintritt (Art. 261 OR). Antwort **D** ist unzutreffend, weil gemäss Sachverhalt der vorgängige Vermieter um die Partnerschaft wusste und sich der nachfolgende Vermieter dieses Wissen anrechnen lassen muss.

K. Die Emptor AG mit Sitz in Berlin (Käuferin) hat gegen die Venditor AG mit Sitz in Bern (Verkäuferin) vor dem Handelsgericht des Kantons Bern eine Klage auf Schadenersatz im Betrag von Fr. 100'000.– eingereicht. Sie macht geltend, die Venditor AG habe ihr im Rahmen eines dem UN-Kaufrecht unterliegenden Kaufvertrages vertragswidrige Ware geliefert, woraus ihr ein Schaden entstanden sei.

Das Handelsgericht heisst die Klage gut. In seinem Urteil kommt es im Rahmen einer umfassenden Würdigung aller Beweise zum Schluss, dass die Ware im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vertragswidrig gewesen sei.

Die Venditor AG ist mit dem Urteil nicht zufrieden und beauftragt ihr Anwaltsbüro, die Morator AG, eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht einzureichen. In der Beschwerdeschrift macht die Morator AG, handelnd durch Rechtsanwältin Lagoena, unter anderem geltend, das Handelsgericht habe die Beweislast falsch verteilt. Beweisbelastet sei die Klägerin Emptor AG.

Was ist vom Argument von Rechtsanwältin Lagoena zu halten?

[6 Punkte]

- Rechtsanwältin Lagoena hat Recht. Im Zivilprozess ist stets die Klägerin beweisbelastet.
- Das Argument ist unzutreffend. Die Beweislastverteilung steht im Ermessen des Gerichts.
- Das Argument ist nicht rechtserheblich. Wenn ein Gericht unter umfassender Würdigung der Beweise zu einem Beweisergebnis kommt, stellt sich die Frage der Beweislastverteilung nicht mehr.**
- Mit Beschwerde in Zivilsachen kann eine falsche Verteilung der Beweislast generell nicht gerügt werden.

Lösungshinweise: Die Beweislast regelt die Frage, wer die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Da das Gericht vorliegend zu einem Beweisergebnis gekommen ist und eben gerade keine Beweislosigkeit vorliegt, ist das Argument nicht rechtserheblich.

- L. Im Rahmen einer feuchtfröhlichen Party unter Studierenden wird kräftig über Juristinnen und Juristen gespottet. Naturwissenschaftler und Mathematikerinnen meinen übereinstimmend, Recht sei keine Wissenschaft, das Jus-Studium sei eine reine Berufsausbildung und den Jus-Studierenden könne man jeden Bären aufbinden. Abgeklärt, wie Sie sind, und im Wissen um Ihre späteren ausgezeichneten Verdienstmöglichkeiten trinken Sie ruhig Ihr Bier und lassen den Spott gelassen über sich ergehen.

Zu vorgerückter Stunde stellt Ihnen eine Ingenieur-Studentin eine Frage. Sie sei letzthin mit ihrem schon ziemlich alten Grubenhund spazieren gegangen. Dabei habe jemand den Hund verletzt, was hohe Tierarztkosten verursacht habe. Der Täter wolle nicht die ganzen Tierarztkosten ersetzen, da sie den Wert des Tieres übersteigen würden. Ob der Täter Recht habe?

Was antworten Sie? **[4 Punkte]**

- Da der Grubenhund im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten wird, muss der Täter die Heilungskosten auch dann angemessen ersetzen, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen.
- Das Halten von Grubenhunden ist tierschutzrechtlich verboten. Im Deliktsrecht ist der Verlust einer widerrechtlichen Vermögensposition nicht ersatzfähig.
- Tiere sind keine Sachen. Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie fehlt es daher an der Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR, wenn ein Tier verletzt wird. Entsprechend ist kein Schadenersatz geschuldet.
- Das hängt davon ab, was ein Grubenhund ist. Bevor das abgeklärt ist, kann die Frage nicht beantwortet werden. Sollte es sich um ein Nutztier handeln, kämen die allgemeinen Schadenersatzregeln zum Tragen, im Falle eines Haustieres dagegen Art. 42 Abs. 3 OR. Sollte es sich überhaupt nicht um ein Tier handeln, wäre die Frage ein typischer Partyscherz. Der Versuch, Sie als Juristin oder Juristen aufs Glatteis zu führen, wäre dann gründlich misslungen.**

Lösungshinweise: Logisches Denken führt zum richtigen Ergebnis. Es ist wichtig, dass Juristinnen und Juristen nur Rechtsfragen beantworten, wenn sie den Sachverhalt vollumfänglich verstanden haben.