

**FACHPRÜFUNG PRIVATRECHT**  
**(Art. 12 RSL RW)**

Es sind alle Fragen zu bearbeiten. Bilden Sie *ganze Sätze*. Stichworte gelten nicht als Antworten. Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen *anhand des Gesetzes und unter Angabe der Gesetzesartikel* zu prüfen und zu begründen. Für die Punktevergabe zählt neben dem Inhalt jeweils die Qualität der Strukturierung, Argumentation und Subsumtion.

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung).

**Frage 1**

Unternehmerin Kuratli hat beschlossen, ihre 20 Mitarbeitenden mit dem neuen iPhone von Apple auszustatten. Sie bittet den Apple-Händler MacBest um eine schriftliche Offerte. Diese trifft am Donnerstag, den 17. Juli, bei ihr ein: MacBest bietet ihr die 20 Geräte zum Preis von CHF 350.-- pro Stück an. Noch am selben Tag gibt Kuratli per A-Post eine Bestellung für 20 iPhones auf. Allerdings will sie bessere Konditionen. In ihrer Bestellung verlangt sie deshalb einen Abschlag von CHF 30.-- pro Gerät. MacBest erhält die Offerte am 18. Juli. Er lässt sich Zeit, zumal die Bestellungen sowieso wie wild laufen. Mit Datum vom 21. August schreibt MacBest zurück, die Bestellung sei so verbucht, die Lieferung erfolge im September. In der Zwischenzeit war allerdings Kuratli im Laden des Handlers MacHai. Dieser ist bereit, ihr die 20 iPhones zu CHF 300.-- pro Stück zu verkaufen.

- A. Ist der Vertrag bereits mit dem Zugang der Bestellung von Kuratli bei MacBest zustande gekommen?
- B. Ist der Vertrag bereits mit dem Zugang von MacBests Antwortschreiben vom 21. August zustande gekommen?

**[3 Punkte]**

**Frage 2**

Hinz hat einen Lieferwagen, den er seit längerer Zeit nicht mehr benötigt. Er leiht ihn seinem Genfer Freund Schuppiger für gelegentliche geschäftliche Transportfahrten. Bei einer dieser Fahrten geht Schuppiger salopp in die Kurve und verliert die Kontrolle über den Wagen. Der Wagen wird direkt von der Unfallstelle abgeholt und verschrottet. Die Tage vergehen, und Schuppiger verschiebt es immer wieder, Hinz vom Unglück zu unterrichten. Rund zwei Wochen nach dem Unfall trifft Hinz auf Grunder. Grunder spricht ihn auf den Lieferwagen an und macht ihm ein Kaufangebot. Die beiden werden rasch handelseinig. Hinz verkauft Grunder den Wagen für CHF 10'000.--, wobei Grunder sogleich CHF 1'000.-- aus dem Bankautomaten löst und sie Hinz als Anzahlung übergibt. Hinz weist Grunder darauf hin, dass er bislang

den Wagen seinem Freund Schuppiger ausgeliehen habe, der in Genf ein kleines Geschäft führe. Ihm müsse zumindest eine kurze Gnadenfrist eingeräumt werden, damit er sich auf die neue Situation einstellen könne. Für den Vollzug des Kaufvertrages wird Folgendes vereinbart:

- Die Übergabe erfolgt frühestens in zehn Tagen, also ab dem 30. Juli, und spätestens bis zum 10. August.
- Hinz wird Schuppiger zwei Tag vor der Übergabe benachrichtigen, damit Schuppiger am Wagen noch kleinere Wartungsarbeiten (Waschen, Reifen kontrollieren, etc.) vornehmen kann.

Hinz teilt Schuppiger noch gleichentags mit, dass er den Wagen verkauft habe. Nun muss Schuppiger beichten. Hinz will Grunder sofort eine SMS schreiben, doch dann erhält er einen Anruf mit einer interessanten Geschäftsofferte. Im ganzen Trubel vergisst er, Grunder zu benachrichtigen. Am 8. August ruft Grunder bei Schuppiger an. Er erfährt von Schuppiger, dass der Wagen nicht mehr existiert. Hinz hatte die Benachrichtigung über die ganze Zeit versäumt.

A. Grunder ist ob der Nachricht nicht begeistert. Er verlangt von Hinz Ersatz für die Miete des Garagenplatzes, die er am 7. August und im Hinblick auf den Erhalt des Wagens vorgenommen hat. Der Mietvertrag sieht eine halbjährliche Laufzeit vor, zu einem Mietzins von CHF 480.--. Grunder musste die Miete vorweg bezahlen. Hat Grunder gegen Hinz:

1. Einen Anspruch aus Vertrag?
2. Einen Anspruch aus Delikt?
3. Sonstige (mögliche) Ansprüche?

Hinweis: Das (Punkte-)Schwergewicht liegt auf der dritten Frage.

**[17 Punkte]**

B. Grunder möchte auch die Anzahlung in Höhe von CHF 1'000 zurückerhalten. Hat er einen solchen Anspruch und gestützt worauf?

**[6 Punkte]**

C. Änderung des Sachverhalts: Der Wagen musste nicht verschrottet werden, sondern er war die ganze Zeit bei Schuppiger in Gebrauch. Am 3. August schickt Grunder eine SMS an Schuppiger: Bitte Wagen bei mir vorbeibringen. Merci. Daraufhin ruft Hinz bei Grunder an: Er müsse den Wagen schon selbst bei Schuppiger abholen. Grunder entgegnet, er habe weder Zeit, noch Lust, nach Genf zu fahren. Er gehe davon aus, dass der Wagen bei ihm zuhause abzuliefern sei. Hat Grunder recht?

**[3 Punkte]**

- D. Es vergeht eine Woche, dann eine zweite, dritte und vierte. Grunder beharrt auf die Ablieferung des Kleintransportes bei ihm zuhause. Hinz geht fest davon aus, dass Grunder den Wagen abholen muss. Angenommen, Hinz habe recht: Was kann Hinz tun, um sich von seiner Schuldpflicht zu befreien?

[5 Punkte]

### Frage 3

Rod Bolletero führt eine Tennisakademie in Gstaad. Unter seiner Ägide trainiert auch Carla Musorski, 19-jähriges Tenniswunder aus Bern. Gemäss Vertrag mit Carla ist Bolletero in den nächsten drei Jahren zuständig für die Planung und Umsetzung von Carlas Karriere. Ziff. 4 des Vertrages enthält die notwendige Vollmacht. Insbesondere sieht diese Ziffer vor, dass Bolletero die Verträge mit den Sponsoren abschliesst und die Turnieranmeldungen vornimmt. Bolletero hält sich gerade in den USA auf, um für seine verschiedenen Schützlinge in deren Namen die Sponsorenverträge für die nächste Saison zu auszuhandeln. Gerade kommt er von einer erfolgreichen letzten Verhandlungsrunde mit Vertragsunterzeichnung für Nike-Tenniskleider zurück, als ihm am Hotelempfang ein Fax von Carla überreicht wird: Carla will keine Kleider von einem US-Ausstatter (also auch Nike) mehr tragen, weshalb sie Bolletero entsprechende Vertragsabschlüsse untersagt. Das Faxschreiben ging im 10 Uhr Lokalzeit im Hotel ein. Bolletero hatte das Hotel um 9:30 verlassen, um die Nike-Vertreter zu treffen.

- A. Kann Carla die von ihr erteilte Vollmacht ohne Vorwarnung widerrufen?

[2 Punkte]

- B. Ziffer 5 des Vertrages lautet wie folgt: Bei Widerruf oder Beschränkung der Vollmacht ist eine Konventionalstrafe von CHF 100'000 Franken geschuldet. Muss Carla die Konventionalstrafe bezahlen?

[6 Punkte]

- C. Angenommen, dass Carla zur Beschränkung der Vollmacht berechtigt war: Kann sie sich unter Hinweis auf ihr Faxschreiben auf den Standpunkt stellen, sie sei an den Vertrag mit Nike nicht gebunden?

[4 Punkte]

- D. Bevor Bolletero am nächsten Tag zu einer weiteren Verhandlungsrunde aufbricht, erhält er nochmals ein Faxschreiben von Carla. Sie wolle weiterhin

mit ihrem Wilson-Schläger spielen. Sie untersage daher Bolletero, mit anderen Herstellern einen Sponsoringvertrag abzuschliessen. Bolletero denkt sich: «Die ist wohl im Moment ein bisschen durchgedreht, die Carla. Aber das wird sich schon geben.» Und er schliesst im Namen von Carla einen Sponsoringvertrag mit Head ab.

1. Muss Carla ihren Schläger wechseln?

**[2 Punkte]**

2. Angenommen, Carla werde durch den Schläger-Vertrag mit Head nicht verpflichtet und Carla weigere sich auch weiterhin, mit einem Head-Schläger zu spielen. Head macht geltend, die Werbeträgerin Carla hätte dem Unternehmen CHF 1 Mio. an Zusatzgewinn eingebracht. Head will das Geld von Bolletero zurückholen. Besteht ein solcher Anspruch?

Hinweis: Dass Head einen Schaden in dieser Höhe nachweisen kann (Art. 8 ZGB), wird hier unterstellt.

**[6 Punkte]**

**FACHPRÜFUNG PRIVATRECHT  
(Art. 12 RSL RW), Lösungsskizze**

**FRAGE 1: IPHONES**

**1A. Bestellung vom 17. Juli**

Die Frage lautete, ob der Vertrag mit dem Zugang der Bestellung von Kuratli bei MacBest zustande gekommen sei. Dies ist zu verneinen. Das Angebot von MacBest lautete auf CHF 350.-- Franken pro Gerät. Kuratli ist lediglich bereit, CHF 320.-- pro Gerät zu bezahlen.

Als zeitlich zweite Vertragserklärung muss die Annahme mit dem Antrag übereinstimmen, damit die von Art. 1 Abs. 1 OR verlangte Übereinstimmung der Willenserklärungen (der Konsens) besteht. Weicht die «Annahme» inhaltlich vom Angebot ab, ist sie keine Annahme im Rechtssinne.

Da vorliegend die «Annahme» von Kuratli inhaltlich nicht dem Antrag entspricht, stellt sie keine Annahme im Rechtssinne dar. Folglich ist MacBest an seinen Antrag nicht mehr gebunden. Der Vertrag ist also mit dem Zugang von Kuratlis Schreiben (noch) nicht zustande gekommen.

**1B. Antwortschreiben vom 21. August**

Die Frage lautete, ob der Vertrag mit dem Zugang von MacBests Antwortschreiben vom 21. August bereits (also ohne weiteres) zustande gekommen sei. Dies ist zu verneinen. Zwar stellt die – inhaltlich vom Angebot abweichende – «Annahme» von Kuratli mit Datum vom 17. Juli einen neuen Antrag dar, den MacBest annehmen kann. Für die Annahme gilt aber Art. 5 OR. Die Bestimmung lautet wie folgt: Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt, so bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsgemässen und rechtzeitigen Absendung erwarten kann.

Vorliegend handelt es sich um einen Antrag unter Abwesenden, da die Parteien schriftlich (per A-Post) verkehrt haben. Kuratli hat ihre Bestellung mit keiner Frist versehen. Sie bleibt bis zu dem Zeitpunkt gebunden, zu dem sie die Antwort bei ihrer rechtzeitigen Absendung erwarten kann. Kuratli hat ihren Antrag am 17. Juli per A-Post abgeschickt. Er ist MacBest am 18. Juli zugegangen. MacBest steht eine Deliberationszeit zu, die sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemisst. Im vorliegenden Fall nimmt MacBest für ein Standardgeschäft, das er täglich mehrmals abwickelt, eine Deliberationszeit von über einem Monat in Anspruch. Dies ist auf jeden Fall zu lang. Also erfolgt die Annahme von MacBest verspätet, weshalb der Vertrag mit dem Zugang des Antwortschreibens (noch) nicht zustande gekom-

men ist. Folglich ist Kuratli frei, sich für die Offerte von MacHai zu entscheiden, falls sie dies wünscht.

## FRAGE 2: DER UNFALLWAGEN

### 2A. Ansprüche für Mietkosten

#### 1. Anspruch aus Vertrag

Zu prüfen ist zunächst, ob Grunder den Ersatz der Mietkosten gestützt auf Vertrag zurückfordern kann. Dies setzt voraus, dass der Kaufvertrag gültig zustande gekommen ist.

Gemäss Sachverhalt waren die Parteien handelseinig. Also ist der Konsens im Sinne von Art. 1 OR zu unterstellen, der Vertrag ist zustande gekommen. Fraglich ist, ob er gültig zustande gekommen ist. Im Vordergrund steht die Ungültigkeit im Sinne von Art. 20 OR. Danach ist ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt nichtig. Die Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 OR ist eine ursprüngliche und objektive: Die Leistung war bereits bei Vertragsschluss nicht möglich und sie war zu diesem Zeitpunkt von niemandem erbringbar.

Vorliegend war der Lieferwagen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits verschrottet. Die Leistung war also bereits zu diesem Zeitpunkt von niemandem mehr erbringbar. Also liegt eine ursprüngliche objektive Leistungsunmöglichkeit vor. Der Vertrag ist daher gestützt auf Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Die Nichtigkeit wirkt *ex tunc*: Der Vertrag ist nicht gültig zustande gekommen.

#### 2. Anspruch aus Delikt?

Zu prüfen ist sodann ein Anspruch gestützt auf Delikt im Sinne von Art. 41 OR. Dieser setzt folgende Tatbestandselemente voraus: Der Schaden, die Widerrechtlichkeit, den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Handlung und dem Schaden sowie das Verschulden.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, in einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Der Schaden ist mit anderen Worten die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schadensstiftenden Ereignis und dem hypothetischen Stand, wie er sich ohne dieses präsentieren würde.

Vorliegend hat Grunder einen Schaden erlitten, denn seine Aktiven haben sich im Umfang der Mietkosten vermindert.

Fraglich ist, ob die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit erfüllt ist. Grunder wurde in seinem Vermögen geschädigt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Zusammenhang mit Art. 41 OR von einem objektiven Widerrechtlichkeitsbegriff auszugehen. Danach setzt die deliktische Widerrechtlichkeit die Verletzung absoluter Rechtsgüter (Leib, Leben, Eigentum, Persönlichkeit) voraus. Schäden rein finanzieller Natur (reine Vermögensschäden) fallen demgegenüber nur bei Bestehen einer entsprechenden Schutznorm in den Anwendungsbereich von Art. 41 OR. Solche Schutznormen sind etwa die strafrechtlichen Vermögensdelikte.

Vorliegend ist eine solche Schutznorm nicht vorhanden. Daher steht Art. 41 OR als Rechtsgrundlage für den Schadenersatzanspruch nicht zur Verfügung. Damit kommt es auf die übrigen Voraussetzungen nicht mehr an.

### 3. Andere Anspruchsgrundlagen?

Zu prüfen ist schliesslich die Anspruchsgrundlage der *culpa in contrahendo*. Die culpa in contrahendo ist eine Haftungsfigur, die im OR nicht allgemein geregelt ist. Sie ist aber von Lehre und Rechtsprechung als eigenes Institut anerkannt. Sie kommt dann zum Einsatz, wenn ein Schadenersatzanspruch sich vom Ergebnis her rechtfertigt, er sich aber weder auf Vertrag noch auf Delikt noch auf eine sonstige Gesetzesvorschrift abstützen lässt. Die Voraussetzungen lassen sich stichwortartig wie folgt zusammenfassen: Vertragsverhandlungen (Sonderverbindung), Pflichtverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden.

Vorliegend standen Hinz und Grunder in Vertragsverhandlungen. Diese Verhandlungen sind sogar zu einem Abschluss gekommen, jedoch scheitert das gültige Zustandekommen des Vertrages an der ursprünglichen Unmöglichkeit (Art. 20 OR).

Aus dieser Sonderverbindung entsteht für die Parteien die Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln. Dazu gehören auch gewisse Aufklärungs- und Informationspflichten. Hinz hatte die Pflicht, Grunder über den Untergang des Kaufobjekts zu informieren. Diese Pflicht hat er verletzt.

Grunder ist ein Schaden entstanden. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, in einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Der Schaden ist mit anderen Worten die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schadensstiftenden Ereignis und dem hypothetischen Stand, wie er sich ohne dieses präsentieren würde. Vorliegend erleidet Grunder einen Schaden. Seine Aktiven werden im Umfang der Mietkosten vermindert.

Für die Bejahung der Schadenersatzpflicht muss sodann nicht nur die natürliche, sondern auch die adäquate Kausalität vorliegen. Die natürliche Kausalität ist dann gegeben, wenn das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg entfielen würde. Die adäquate Kausalität liegt hingegen dann vor, wenn das fragliche Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen. Vorliegend ist die Pflichtverletzung durch Hinz

*conditio sine qua non* für den Schaden, den Grunder erleidet. Hätte er Grunder rechtzeitig informiert, so hätte Grunder den Mietvertrag nicht abgeschlossen. Das Verhalten von Hinz war zudem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen solchen Schaden – nämlich die unnützen Mietkosten – zu bewirken.

Eine Haftung gestützt auf *culpa in contrahendo* erfordert schliesslich ein Verschulden. Das Verschulden hat eine subjektive und eine objektive Komponente. Subjektiv schuldhaft ist das Verhalten einer urteilsfähigen Person, welche fähig ist, die schädigenden Auswirkungen ihres Verhaltens zu erkennen. Objektiv schuldhaft ist ein Verhalten, das vom unter den Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten abweicht. Bei den Verschuldensformen unterscheidet man zwischen Absicht und Fahrlässigkeit. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte, die auf ein Fehlen der Urteilsfähigkeit von Hinz schliessen lassen. Also ist diese zu bejahen. Zudem hat Hinz gemäss Sachverhalt unsorgfältig gehandelt, weshalb sein Verhalten auch objektiv schuldhaft ist. Insgesamt ist also das Verschulden von Hinz zu bejahen.

Insgesamt sind also die Voraussetzungen für eine Haftung gestützt auf *culpa in contrahendo* erfüllt, weshalb Grunder ein Anspruch gegen Hinz auf Erstattung der CHF 480.-- geltend machen kann.

## **2B. Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung**

Zu prüfen ist ein Anspruch gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR. Gemäss Art. 62 Abs. 1 hat, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung tritt diese Verbindlichkeit insbesondere dann ein, wenn jemand ohne gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.

Vorliegend hat Hinz von Grunder eine Anzahlung in Höhe von CHF 1'000.-- erhalten. Hinz ist also bereichert. Diese Bereicherung stammt aus dem Vermögen von Grunder. Die Zuwendung erfolgte im Hinblick auf einen Vertrag, der nicht gültig zustande gekommen ist (Art. 20 OR). Also fehlte es am Rechtsgrund für die Zuwendung. Gründe, die zum Untergang des Bereicherungsanspruchs führen würden (Art. 63, 64, 66 OR), sind nicht ersichtlich, und auch die Verjährung (Art. 67 OR) ist noch nicht eingetreten.

Insgesamt steht also Grunder gegen Hinz ein Anspruch auf Erstattung von CHF 1'000.-- gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung zu.

## **2C. Erfüllungsort**

Fraglich ist, ob Hinz seine Leistungspflicht aus Kaufvertrag rechtsgenügsam erfüllt, wenn der Wagen bei Schuppiger zur Abholung bereit hält.

Anwendbar ist Art. 74 OR. Danach wird der Ort der Erfüllung durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt (Abs. 1). Wo nichts anderes bestimmt ist, gilt gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 der Grundsatz, dass eine (bestimmte) Sachschuld da zu übergeben ist, wo sie sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses befand.

Vorliegend schuldet Hinz die Lieferung seines alten Lieferwagens aus Kaufvertrag. Hierbei handelt es sich um eine Speziesschuld („bestimmte Sache“) im Sinne von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Der Lieferwagen ist daher an dem Ort zu übergeben, an dem er sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand. Gemäss Sachverhalt befand sich der Lieferwagen bei Schuppiger in Genf. Also ist er am genannten Ort zu übergeben. Grunder kann auch nicht einwenden, er habe gemäss Treu und Glauben nicht damit rechnen müssen, dass der Wagen in Genf übergeben werde. Denn er wusste im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dass Schuppiger den Wagen benützte und ihn bis zur Übergabe weiter benutzen würde.

Also hat Hinz recht: Grunder muss den Wagen bei Schuppiger abholen.

## **2D. Gläubigerverzug**

Unter der Annahme, dass der Erfüllungsort der Wohnsitz von Schuppiger ist (was gemäss obenstehenden Erläuterungen auch zutrifft), so verhält sich die Rechtslage wie folgt:

Grunder ist im Kaufvertrag mit Hinz bezüglich der Kaufsache Gläubiger. Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen für den Gläubigerverzug erfüllt sind und daher Hinz die entsprechenden Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.

Gemäss Art. 91 OR kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbe-reitungs-handlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, un-gerechtfertigterweise verweigert.

Vorliegend hat Hinz mit der Zurverfügungstellung des Wagens am Wohnsitz von Schuppiger die Leistung gehörig angeboten. Grunder kommt daher mit der Verweigerung der Abholung des Wagens in Annahmeverzug.

Befindet sich der Gläubiger in Verzug, so ist der Schuldner gemäss Art. 92 Abs. 1 berechtigt, die geschuldete Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers zu hinterlegen und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Den Ort der Hinterlegung hat gemäss Art. 92 Abs. 2 der Richter zu bestimmen, jedoch können Waren auch ohne richterliche Bestimmung in einem Lagerhaus hinterlegt werden.

Vorliegend ist Hinz also berechtigt, den Wagen auf Gefahr und auf Kosten von Grunder zu hinterlegen. Den Ort der Hinterlegung des Wagens wird durch den zuständigen Richter bestimmt. Gemäss Art. 92 Abs. 2 Satz 2 können Waren auch ohne richterliche Bestimmung in einem Lagerhaus hinterlegt werden. Fraglich ist, ob es sich bei einem gebrauchten Kleinlaster um eine Ware im Sinne von Art. 92 Abs. 2 Satz 2 handelt. Das ist zu verneinen: «Waren» im Sinne der genannten

Gesetzesbestimmung sind Gegenstände des «Handelsverkehrs». Dies trifft für den gebrauchten Kleinlaster nicht zu. Also muss Hinz für die Hinterlegung den Richter anrufen.

Korrekturhinweis: Die Frage, ob es sich beim Kleinlaster um eine Ware im Sinne von Art. 92 Abs. 2 Satz 2 handelt, ist eine Auslegungsfrage. Die volle Punktzahl erhält auch, wer dies bejaht. Zentral ist, dass man die Auslegungsfrage als solche erkennt.

### **FRAGE 3: DAS TENNISWUNDER AUS BERN**

#### **Frage 3A**

Zu prüfen ist, ob Carla die Vollmacht ohne Vorwarnung widerrufen kann. Massgeblich ist Art. 34 Abs. 1 OR. Danach kann eine durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung vom Vollmachtgeber jederzeit beschränkt oder widerrufen werden, unbeschadet der Rechte, die sich aus einem unter den Beteiligten bestehenden anderen Rechtsverhältnis, wie Einzelarbeitsvertrag, Gesellschaftsvertrag oder Auftrag ergeben können. Gestützt auf diese Norm ist Carla berechtigt, die Vollmacht ohne Vorwarnung zu beschränken.

#### **Frage 3B**

Zu prüfen ist, ob Carla die Konventionalstrafe von CHF 100'000.-- gemäss Ziff. 5 des Vertrages schuldet, weil sie die Vollmacht Bolleteros beschränkt hat. Zu beachten ist Art. 34 Abs. 2 OR. Danach ist ein vom Vollmachtgeber zum Voraus erklärter Verzicht auf den Widerruf oder die Beschränkung der Vollmacht ungültig.

Vorliegend hat Carla in Ziffer 5 des Vertrages nicht unmittelbar auf den Widerruf oder die Beschränkung der Vollmacht verzichtet. Es fragt sich aber, ob der Sinn und Zweck der Verbotsnorm nicht auch die Vereinbarung einer (hohen) Konventionalstrafe erfasst. Dies ist zu bejahen. Art. 34 Abs. 2 will dem Vollmachtgeber das uneingeschränkte Recht einräumen, eine Vollmacht jederzeit zu widerrufen oder sie zu beschränken. Mit einer hohen Konventionalstrafe kann man das Recht auf jederzeitigen Widerruf oder Beschränkung der Vollmacht stark erschweren oder sogar verunmöglichen. Dies würde aber dem Sinn und Zweck von Art. 34 Abs. 2 zuwiderlaufen. Die Vereinbarung in Ziff. 5 des Vertrages fällt demnach unter die Bestimmung in Art. 34 Abs. 2 und ist widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR.

Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag mit unmöglichem, sittenwidrigen oder widerrechtlichen Vertrag nichtig. Im vorliegenden Fall hätte dies zur Folge, dass der Vertrag zwischen Bolletero und Carla nicht gültig zustande gekommen ist. Wo kein gültiger Vertrag besteht, ist auch die darin vereinbarte Konventionalstrafe nicht geschuldet.

Im vorliegenden Fall stellt sich allerdings zusätzlich die Frage, ob nicht eine Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR anzunehmen ist. Der Wortlaut der Bestimmung lautet wie folgt: «Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.» Vorliegend betrifft der Mangel – jedenfalls im Hinblick auf den Sachverhalt – lediglich einen einzelnen Teil des Vertrages, nämlich den Widerruf oder die Beschränkung der Vollmacht. Fraglich ist, ob die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten, falls sie um die Nichtigkeit der Vertragsklausel gewusst hätten. Massgeblich ist der wirkliche Wille der Parteien, und – wo dieser sich nicht feststellen lässt – das Vertrauensprinzip. Die Frage kann hier nicht abschliessend geklärt werden. Jedenfalls nach Vertrauensprinzip ist aber wohl davon auszugehen, dass die Parteien den Vertrag auch ohne diese Konventionalstrafe geschlossen hätten. Am Ergebnis ändert dies nichts, da auf jeden Fall Carla die Konventionalstrafe nicht bezahlen muss.

Hinweis: Die volle Punktzahl erreicht auch, wer die Anwendung von Art. 34 Abs. 2 gestützt auf den Wortlaut verneint. Entscheidend ist, dass die Massgeblichkeit der Bestimmung für die Lösung der Frage erkannt wurde. Dann allerdings wäre zusätzlich die Herabsetzung der Konventionalstrafe zu diskutieren.

### **Frage 3C**

Zu prüfen ist, ob die von Carla verfügte Beschränkung der Vollmacht für den konkret in Frage stehenden Vertrag Auswirkungen hat. Massgeblich ist Art. 37 Abs. 1 OR. Die Bestimmung besagt Folgendes: «Solange das Erlöschen der Vollmacht dem Bevollmächtigten nicht bekannt geworden ist, berechtigt und verpflichtet er den Vollmachtgeber oder dessen Rechtsnachfolger, wie wenn die Vollmacht noch bestehen würde.»

Der Wortlaut der Bestimmung spricht lediglich vom «Erlöschen» der Vollmacht. Er greift damit die Formulierung von Art. 35 OR auf. Im vorliegenden Fall ist die Vollmacht von Carla nicht im Sinne von Art. 35 OR erloschen, sondern Carla hat die Vollmacht im Sinne von Art. 34 Abs. 1 OR beschränkt. Fraglich ist, ob Art. 37 Abs. 1 auch auf diese Fälle anwendbar ist. Dies wird von der herrschenden Lehre zu recht bejaht, denn der Bevollmächtigte muss auch in diesem Fall den Vertrauensschutz in die Vertretungswirkung seiner Handlung geniessen.

Im vorliegenden Fall hat Bolletero erst nach der Vertragsunterzeichnung effektiv Kenntnis von der Vollmachtsbeschränkung erhalten. Carla durfte auch nicht berechtigterweise erwarten, dass Bolletero vom Faxschreiben rechtzeitig Kenntnis erhält. Wer geschäftlich unterwegs ist, hat das Hotel um 10 Uhr Vormittags in aller Regel bereits verlassen.

Wenn aber die Beschränkung der Vollmacht Bolletero nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein musste, so gilt die Rechtsfolge von Art. 37 Abs. 1 OR: Carla wird durch den Vertrag berechtigt und verpflichtet.

## Frage 3D

### 1. Schlägerwechsel

Massgeblich ist Art. 38 OR. Die Bestimmung lautet wie folgt: «Hat jemand, ohne dazu ermächtigt zu sein, als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen, so wird der Vertretene nur Gläubiger oder Schuldner, wenn er den Vertrag genehmigt.»

Vorliegend hat Carla die Vollmacht von Bolletero beschränkt, und dieser hat von dieser Beschränkung Kenntnis erhalten. Bolletero war demnach nicht dazu ermächtigt, einen neuen Schläger-Vertrag abzuschliessen. Also wird Carla nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn sie den Vertrag genehmigt.

### 2. Ansprüche von Head gegen Bolletero

Massgeblich ist Art. 39 OR. Danach kann im Falle der ausdrücklichen oder stillschweigenden Ablehnung der Genehmigung derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen (Art. 39 Abs. 1). Gemäss Art. 39 Abs. 2 kann der Richter zudem auf Ersatz des weiteren Schadens erkennen, wenn der Stellvertreter schuldhaft gehandelt hat. Gemäss Abs. 3 derselben Bestimmung bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorenthalten.

Vorliegend hat Carla die Genehmigung ausdrücklich abgelehnt. Also hat Head grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch gegen Bolletero – vorausgesetzt, dass Head einen Schaden erleidet.

Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, in einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Der Schaden ist mit anderen Worten die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schadensstiftenden Ereignis und dem hypothetischen Stand, wie er sich ohne dieses präsentieren würde. Vorliegend hat Head einen Schaden erlitten, denn dem Unternehmen entgeht ein Gewinn in Höhe von CHF 1 Mio.

Zu prüfen ist, ob Head seinen Anspruch auf Art. 39 Abs. 1 OR stützen kann. Dies ist zu verneinen. Der Ersatzanspruch gemäss Art. 39 Abs. 1 OR richtet sich nur auf den Schaden, der «aus dem Dahinfallen des Vertrages» entsteht. Gemeint ist das sogenannte «negative Interesse»: Head muss so gestellt werden, wie wenn das Unternehmen den Vertrag mit Bolletero nie abgeschlossen hätten. Im vorliegenden Fall macht allerdings Head einen entgangenen Gewinn geltend. Ein solcher Schaden wird *im konkreten Fall* unter dem Titel des negativen Interesses nicht entstehen. Also ist die Ersatzforderung von Head durch Art. 39 Abs. 1 nicht abgedeckt.

Hingegen bestimmt Art. 39 Abs. 2, dass im Falle des Verschuldens des Stellvertreters der Richter auf den Ersatz des weiteren Schadens erkennen kann. Dieser Schaden umfasst nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch das «positive Interesse», bei dem der Geschädigte so zu stellen ist, wie wenn der Vertrag richtig er-

füllt worden wäre. Folglich hat Head einen Schadenersatzanspruch, wenn Bolletero ein Verschulden trifft.

Subjektiv schuldhaft ist das Verhalten einer urteilsfähigen Person, welche fähig ist, die schädigenden Auswirkungen ihres Verhaltens zu erkennen. Objektiv schuldhaft ist ein Verhalten, das vom unter den Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten abweicht. Bei den Verschuldensformen unterscheidet man zwischen Absicht und Fahrlässigkeit. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte, die auf ein Fehlen der Urteilsfähigkeit von Bolletero schliessen lassen. Also ist diese zu bejahen. Zudem hat Bolletero gemäss Sachverhalt die Vollmachtsbeschränkung von Carla absichtlich missachtet, weshalb sein Verhalten auch objektiv schuldhaft ist. Insgesamt ist also das Verschulden von Bolletero zu bejahen.

Insgesamt sind also die Tatbestandselemente von Art. 39 Abs. 2 OR erfüllt, weshalb Head gestützt auf die genannte Norm einen Anspruch gegen Bolletero geltend machen kann.

Ein Anspruch gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 39 Abs. 3 OR) kommt vorliegend nicht in Betracht, da der Sachverhalt keine Hinweise enthält, wonach Bolletero bereichert worden sei.