

## Prüfung Privatrecht II und III

*Die Prüfung Privatrecht II und III findet als Präsenzprüfung mit Online-Eingabe statt. Das vorliegende Dokument dient lediglich der Information und als Grundlage für Ihre Skizzen, Markierungen und Notizen. Texte, die nicht online eingegeben werden, werden nicht bewertet. Das vorliegende Dokument enthält die Prüfungsinformation und die Freitextfragen. Die Multiple-Choice-Fragen sind ausschließlich online verfügbar. [Hinweis: Online-Fragen am Ende dieses Dokuments angefügt].*

**Veranstaltung:** Privatrecht I

**Professorin ThemenstellerInnen:** Emmenegger

**Prüfungsdatum:** 6. Januar 2021

**Matrikelnummer:** *[wird online ausgefüllt]*

**Muttersprache:** *[wird online ausgefüllt]*

**Studiengang:** *[wird online ausgefüllt]*

### **Ablauf**

Bitte beachten Sie, dass Sie mit einem Klick auf den Schalter "Alles speichern..." *alle* Änderungen des Antwortformulars sichern. Mit dem Schalter "Prüfung beenden..." (unten rechts) wird ebenfalls alles gespeichert und zusätzlich die Prüfung beendet. Falls die Zeit nach der Beendigung noch nicht abgelaufen ist, können Sie die Arbeit weiter bearbeiten (Review-Schalter).

### **Inhalt**

Diese Leistungskontrolle umfasst **12 Freitextfragen** (insgesamt 126 Punkte) und **20 Multiple-Choice** Fragen (insgesamt 75 Punkte). Mit Blick auf die Punkteverteilung wird empfohlen, mit den Freitextfragen zu beginnen. Die Freitextfragen

erhalten Sie zusätzlich als Ausdruck. **Bitte vermerken Sie Ihre Antworten nur online:** Markierungen auf dem Ausdruck zählen nicht als Antwort. An die Zeilenzahl der Antwortfelder sind Sie nicht gebunden: Ihre Antwort kann weniger oder mehr Zeilen umfassen.

### **Bearbeitung**

Es sind *alle* Fragen zu bearbeiten. Stichworte gelten nicht als Antworten. Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen *anhand des Gesetzes* zu prüfen und zu begründen. Wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind – soweit nicht anders vermerkt – die weiteren Anspruchsvoraussetzungen dennoch zu prüfen. Wo für die Lösung der Fragen auf Gesetzesbestimmungen Bezug zu nehmen ist, sind diese zu nennen. **Ohne Nennung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen erhalten Sie nicht die volle Punktzahl.** Für die Punktevergabe zählt neben dem Inhalt jeweils die Qualität der Strukturierung, Argumentation und Subsumtion.

Bei den Multiple-Choice-Fragen gibt es nur genau eine richtige Antwort. Es kann entsprechend nur eine Antwort gleichzeitig angekreuzt werden. Falsche Antworten führen nicht zum Abzug von Punkten (keine "Minuspunkte").

### **Gewichtung**

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung). Bei den Freitextfragen kann eine hohe Punktzahl 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.

**Viel Erfolg!**

**Bewertung** [von Themenstellerin auszufüllen]

**Punkte:** \_\_\_\_\_

**Note:** \_\_\_\_\_

**Unterschrift:** \_\_\_\_\_

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

*(Textfragen)*

**Sachverhalt I: Gül und Kerim**

Gül und Kerim sind seit dem 1. Januar 2000 verheiratet. Es besteht zwischen ihnen weder ein Ehevertrag noch wurden irgendwann im Laufe der Ehe gerichtliche Anordnungen oder Konkurse ausgesprochen, auch leben sie nicht getrennt. Die Ehegatten leben in bescheidenen Verhältnissen, obwohl beide berufstätig sind. Am Monatsende bleibt nach Abzug sämtlicher Kosten und Rechnungen nur ein geringfügiger Überschuss und das gemeinsame Vermögen (Bargeld und gemeinsames Konto) beläuft sich auf CHF 5'000.00. Dieses Vermögen haben sich die Ehegatten aus dem Erwerbseinkommen angespart. Gül ist der Ansicht, dass die eheliche Wohnung sehr spärlich eingerichtet ist, insbesondere fehlt es an einem richtigen Esstisch – die Eheleute behelfen sich mit zwei aneinandergestellten aufklappbaren Campingtischen. Stefan Lange, vom Beruf her Schreiner, ist ein alter Schulkollege von Gül und weiss um die ärmlichen Verhältnisse, in welchen die Eheleute leben. Im Atelier von Stefan lagert ein Tisch aus Apfelbaumholz, den er infolge der Corona-Krise und ausbleibender Kundschaft seit Monaten nicht verkaufen konnte. Während eines Besuches im Atelier hatte Kerim zuvor gegenüber Stefan den Preis als «absolut überrissen» bezeichnet. Während der Abwesenheit von Kerim verabredet sich Stefan mit Gül und bietet ihr bei dieser Gelegenheit den genannten Tisch zu einem marktgerechten Preis von CHF 3'660.00 an. Gül ist vollkommen begeistert und entschliesst sich zum Kauf des Tisches. Stefan Lange will dies schriftlich festgehalten wissen und verfasst kurzerhand einen Kaufvertrag, in dem Gül die «Ehegatten Gül und Kerim» verpflichtet, den Kaufpreis innert sieben Tagen zu begleichen. Noch gleichentags liefert Stefan den Tisch, welcher nun als Esstisch im Wohnzimmer der Eheleute steht. Kerim erfährt am nächsten Tag vom Kaufvertrag und ist damit überhaupt nicht einverstanden. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass die beiden Campingtische absolut ausreichend gewesen seien. Gül will den Tisch aber behalten. Derweil wendet sich Stefan Lange nach einer Woche mit einem Schreiben an die Ehegatten und fordert sie auf, den Kaufpreis zu bezahlen, ansonsten er eine Betreibung einleiten würde.

**1. Welcher Güterstand gilt zwischen den Ehegatten Gül und Kerim und warum? [3 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass zwischen den Ehegatten kein Ehevertrag besteht, sie nicht getrennt sind, keine gerichtlichen Anordnungen bestehen und kein Konkurs eingetreten ist. Also können Gül und Kerim gemäss Art. 181 ZGB nur dem **ordentlichen** Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung im Sinne von Art. 196 ff. ZGB unterstellt sein.

**2. Kerim will sich nicht am Kaufpreis für den Esstisch beteiligen. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass nicht die Ehegemeinschaft, sondern ausschliesslich Gül für den Kaufpreis einzustehen habe. Hat Kerim recht? Beurteilen Sie lediglich das Aussenverhältnis. [12 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Kerim hat recht, wenn Gül nicht befugt war, den Kaufvertrag in Vertretung der ehelichen Gemeinschaft abzuschliessen. Die Rechtslage richtet sich nach **Art. 166 ZGB** (Vertretung der ehelichen Gemeinschaft).<sup>1</sup>

Art. 166 Abs. 1 ZGB regelt die ordentliche Vertretungsbefugnis. Demnach vertritt jeder Ehegatte während des Zusammenlebens die eheliche Gemeinschaft für die «laufenden Bedürfnisse der Familie». Zu den «laufenden Bedürfnissen der Familie» zählen Nahrung, Kleider, Energie, Haushaltsgeräte, Werkverträge für kleine Reparaturen und dergleichen. Damit sind mehr oder weniger regelmässig wiederkehrende Rechtsgeschäfte für den üblichen und alltäglichen Unterhalt der Familie gemeint. Was im Einzelfall dazu gehört, richtet sich nach den konkreten Umständen, insb. der wirtschaftlichen Situation und Grösse der Familie. Bei der Beschaffung eines teuren Esstisches aus Apfelbaumholz handelt es sich weder um ein alltägliches Rechtsgeschäft, noch kann es aufgrund der konkreten finanziellen Verhältnisse der Familie als üblich und alltäglich angesehen werden.

Eine solche Beschaffung fällt unter die «übrigen Bedürfnisse der Familie» nach **Art. 166 Abs. 2 ZGB**. Gemäss dieser Bestimmung kann ein Ehegatte die eheliche Gemeinschaft für die übrigen Bedürfnisse nur vertreten, wenn er dazu von einem Gericht ermächtigt worden ist oder aber wenn das Interesse der Gemeinschaft keinen Aufschub duldet. Art. 166 Abs. 2 ZGB ist vorliegend nicht einschlägig: Gül wurde weder durch ein Gericht zur Vornahme dieses Rechtsgeschäfts ermächtigt. Auch wurde der Kauf eines teuren nicht Esstisches durch

---

<sup>1</sup> Zum Ganzen: Zeiter/Schlump, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016, Art. 166 N 1 ff.; Breitschmid/Jungo, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Art. 166 N 1 ff.

allfällige dringende Interessen der Ehegemeinschaft legitimiert, zumal der Preis für den Tisch marktgerecht ist (also kein potentiell gewinnbringendes Schnäppchen), bereits funktionale Esstische vorhanden sind und die finanziellen Verhältnisse der Ehegatten eine solche Beschaffung vernünftigerweise nicht zulassen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es Gül an der Vertretungsbefugnis für die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft fehlt.

Gemäss **Art. 166 Abs. 3 ZGB** verpflichtet sich jeder Ehegatte durch seine Handlungen persönlich. Soweit die Handlungen aus Sicht des Dritten nicht erkennbar über die Vertretungsbefugnis hinausgehen, verpflichtet er solidarisch auch den anderen Ehegatten. Nachdem der Abschluss des Kaufvertrages seitens von Gül von der Vertretungsbefugnis im Sinne von Art. 166 Abs. 1 und 2 ZGB nicht gedeckt ist, kann eine solidarische Haftung von Kerim nur bestehen, wenn für den Dritten nicht erkennbar war, dass Gül ihre Vertretungsbefugnis überschritten hat, weil der Kauf nicht einem Rechtsgeschäft des täglichen Bedarfs dient. Die Erkennbarkeit bedeutet, dass der Dritte die Überschreitung kannte oder hätte erkennen müssen; der Dritte muss also gutgläubig sein und er muss sich auf den guten Glauben auch berufen dürfen (Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB). Die Erkennbarkeit beurteilt sich anhand äusserer Kriterien, namentlich dem von den Ehegatten nach aussen gezeigten Lebensstil.<sup>2</sup>

Vorliegend kann sich Stefan Lange nicht auf seine Gutgläubigkeit berufen. Denn gemäss Sachverhalt wusste Stefan Lange um die schlechten finanziellen Verhältnisse der Eheleute. Er durfte bei einem Preis von CHF 3'660.00 für einen Esstisch nicht davon ausgehen, dass dieser Kauf sich im Rahmen der ordentlichen Vertretung bewegt. Das Fehlen des guten Glaubens wird des Weiteren durch das Verhalten von Stefan beim Vertragsabschluss belegt, in dem er kurzerhand einen schriftlichen Vertrag mit den Namen beider Ehegatten anfertigt, was unüblich ist. Geht man sodann davon aus, dass man sich auch bei fehlender Vertretungsbefugnis im Sinne von Art. 166 Abs. 2 ZGB auf den guten Glauben berufen darf,<sup>3</sup> so fehlt es auch in dieser Hinsicht am guten Glauben. Denn Stefan war anwesend, als Kerim den Preis als «absolut überrissen» bezeichnet hatte. Er konnte nicht davon ausgehen, dass Kerim Gül zum Kauf des Tisches ermächtigt hatte.

Im Ergebnis hat Gül – für Stefan erkennbar – ohne Vertretungsbefugnis gehandelt. Gül hat folglich nicht die Ehegemeinschaft, sondern nur sich selbst zur

---

<sup>2</sup> Statt vieler: BSK ZGB-ISENRING/KESSLER, N 27 zu Art. 166 ZGB.

<sup>3</sup> Bejahend: BSK ZGB-ISENRING/KESSLER, N 24, 17 zu Art. 166 ZGB; ablehnend mit Blick auf die Vollmachterteilung HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rn. 08.79.

Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet. Also hat Kerim recht, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, dass nur Gül für den Kauf des Esstischs einzustehen hat.

Hinweis: Nachdem es sich inhaltlich um eine einfache Frage handelte, war diese insbesondere auch strukturiert und vollständig zu lösen.

## **Sachverhalt II: Ballonfahrt (erster Teil)**

Die Flugtop AG (FT) bietet unter anderem Heissluftballonfahrten an. Die verschiedenen Reiserouten sind samt Preisangaben und Gültigkeitsdauer auf der Webseite der FT aufgelistet. Livia Romanello gibt auf der Webseite der FT eine Bestellung für zwei Ballonfahrten «Classic» zu je CHF 350.00 ein. Für den Bezahlvorgang verwendet sie ihre Kreditkarte. Sie erhält sogleich eine Bestätigung ihrer Bestellung. Am gleichen Abend erhält sie per Mail ein PDF mit zwei Fahrkarten. Die Vorderseite der Fahrkarten entspricht den Angaben auf der Webseite: Ballonfahrt «Classic» zu CHF 350.00, drei Jahre gültig. Livia druckt die Karten aus, packt sie in einen Briefumschlag und legt sie in die Schublade. Nach dreieinhalb Jahren stösst sie zufällig wieder auf den Briefumschlag und die Fahrkarten, die sie eigentlich noch im gleichen Jahr hätte einlösen wollen, nämlich als Geburtstags Einladung für ihre Tochter. Für die kommende Woche ist sonniges Herbstwetter angesagt. Livia Romanello ruft bei der Flugtop AG an und will einen Slot reservieren. Nachdem der Angestellte ihre Ticketnummer eingegeben hat, erscheint auf seinem Bildschirm der Hinweis, die Fahrkarten seien abgelaufen. Er bedauert, dass er die Reservation nicht vornehmen kann.

- 3. Livia Romanello fragt Sie um Rat. Welches Argument spricht dafür, dass Livia Romanello weiterhin Anspruch auf die Einlösung der Fahrkarten hat? Beschränken Sie sich auf die Argumentation, die für die Position von Livia Romanello spricht. Hinweis: Es gibt hier keine AGB-Problematik (Unklarheitenregel, Ungewöhnlichkeitsregel) zu prüfen. [18 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Grundlage für den Anspruch auf Leistung der Ballonfahrt seitens von FT ist der Vertrag zwischen LR und FT. Dem Sachverhalt sind keine Hinweise auf einen Konsensmangel zu entnehmen. Im Zusammenhang mit allfälligen Gültigkeitsmängel gibt es keine Hinweise auf eine fehlende Handlungsfähigkeit, auf einen vertraglich vereinbarten und nicht eingehaltenen Formzwang, auf einen Willensmangel oder auf einen unmöglichen oder sittenwidrigen Inhalt. Zu prüfen ist allerdings, ob der Vertrag allenfalls einen **widerrechtlichen Inhalt** hat. Widerrechtlich ist ein Vertrag im Sinne von Art. 20 OR unter anderem dann, wenn er gegen zwingendes Privatrecht verstösst. Vorliegend

hat die FT AG ihr Leistungsversprechen auf drei Jahre befristet. Es ist fraglich, ob eine solche Befristung gültig vereinbart werden kann.

Für die Position von LR und somit gegen die Gültigkeit der Befristung spricht **Art. 129 OR**. Gemäss dieser Norm können "[d]ie in diesem Titel aufgestellten Verjährungsfristen durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden." Von der Bestimmung erfasst ist namentlich die allgemeine, zehnjährige Verjährungsfrist in **Art. 127 OR**. Der Transportvertrag untersteht den Regeln über den einfachen Auftrag. Auf diesen kommen die allgemeinen Verjährungsfristen zur Anwendung.

Die Verjährung bedeutet die Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf. Sie dient der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden. Umgekehrt gilt aber auch: Solange eine Forderung nicht verjährt ist, kann die Gläubigerin diese geltend machen. Die Befristung des Leistungsversprechens der FT auf drei Jahre bewirkt, dass eine an sich nicht verjährte Forderung nicht mehr geltend gemacht werden kann. Das führt im Ergebnis zu einer Verkürzung der zwingenden zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 129 OR. Also verstösst der Vertrag zwischen der FT und LR gegen zwingendes Privatrecht. Er ist **widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR**.

Gemäss **Art. 20 Abs. 1 OR** ist ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat, nichtig. Im vorliegenden Fall würde dies zum Ergebnis führen, dass der Vertrag insgesamt nichtig ist und rückabgewickelt werden müsste. Im Ergebnis bestünde also kein Anspruch auf Einlösung der Fahrkarten.

Allerdings sieht **Art. 20 Abs. 2 OR** vor, dass für den Fall, dass die Nichtigkeit nur einzelne Teile des Vertrages betrifft, nur diese nichtig sind, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Vorliegend ist von einer Teilnichtigkeit auszugehen. Es ist nicht anzunehmen, dass FT und LR den Vertrag überhaupt nicht geschlossen hätten, wenn er keine Befristung auf drei Jahre vorgesehen hätte. Für LR bedeutet dies eine Verbesserung ihrer Stellung, also hätte sie den Vertrag mit Sicherheit dennoch abgeschlossen. Was die FT angeht, so ist davon auszugehen, dass sie als vernünftige und redliche Partei auch Tickets ohne Befristung verkaufen würde – alles andere wäre unvernünftig, da sie dann überhaupt keine Tickets mehr verkaufen könnte.

Mithin ist davon auszugehen, dass eine **Teilnichtigkeit** vorliegt: Es wurde ein Vertrag über eine Ballonfahrt abgeschlossen, welcher der regulären Verjährungsfrist unterliegt. Im Ergebnis hat also LR weiterhin Anspruch auf die Einlösung der Fahrtickets.

Hinweis: Der Fall orientiert sich an einen Entscheid des Richteramts Thal-Gäu (Zivilabteilung), das in einem parallelen Fall eine unzulässige Verkürzung der Verjährungsfrist angenommen hat. Das Gericht bezieht sich auf BGE 132 III 285, wo entschieden wurde, dass die Bedingung, Forderungen innert zwei Jahren gerichtlich geltend zu machen, gegen Art. 129 OR verstösst. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid apodiktisch festgehalten: "Nach herrschender Meinung verbietet Art. 129 OR eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist."<sup>4</sup> Ob die Befristung eines Leistungsversprechens generell vom Modifikationsverbot in Art. 129 OR erfasst ist, ist allerdings in der Lehre nicht unbestritten.<sup>5</sup> Hier war allerdings die Fragestellung so, dass *für* die Unzulässigkeit der Befristung zu argumentieren war. Die Schwierigkeit bestand darin, dieses Argument zu sehen und zu formulieren.

Hinweis: Dem Sachverhalt kann man nicht entnehmen, dass die dreijährige Frist nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Die Webseite enthält eine Einladung zur Offertenstellung mit einer Beschränkung der Gültigkeitsdauer. LR gibt auf genau dieser Webseite gestützt auf diese Willensäußerung eine Antragserklärung ab. Somit ist auch die Gültigkeitsdauer in der Antragsstellung enthalten. Die Annahmeerklärung spiegelt sodann die Webseite und enthält wiederum die Angabe der Gültigkeitsdauer. Es steht also ausser Frage, dass der Konsens sich auf die Gültigkeitsdauer erstreckt hat. Dies wird zusätzlich durch den Hinweis bekräftigt, dass im vorliegenden Fall keine AGB-Problematik vorliegt.

### **Sachverhalt III: Ballonfahrt (zweiter Teil)**

Nehmen Sie an, Livia Romanello habe bei der Flugtop AG eine Ballonfahrt für zwei Personen gebucht und dieser Vertrag sei gültig zustande gekommen. Kurz nach dem Erwerb der Fahrkarten fährt Livia Romanello zusammen mit ihrer 15-jährigen Tochter Federica zum Hangar der Flugtop AG, um den gebuchten Flug anzutreten. Sie sind etwas zu früh da und bekommen mit, dass das Telefon unablässig klingelt, weil angesichts des tollen Wetters viele Leute eine Ballonfahrt unternehmen wollen – leider sind aber bei der Flugtop alle Slots bereits vergeben. Livia und ihre Tochter sind schon eine Viertelstunde vor dem Start beim Ballonkorb. Kaum angekommen, bekommt es die Tochter mit der Angst

---

<sup>4</sup> BGE 132 III 285 E. 2 S. 289 f.

<sup>5</sup> Gegen die Geltung von Art. 129 OR z.B. BSK OR-*Däppen*, Art. 129 N 5, m.w.N. Für die Geltung von Art. 129 OR z.B. *Rusch/Maissen*, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter vom 12.12.2011, N 12; *Gottini*, Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Zürich 1019, S. 126–171. Das Bundesgericht hat sodann in einem Entscheid aus dem Jahre 2020 offengelassen, ob eine Bestimmung, eine Forderung durch Vereinbarung einer Resolutivbedingung abhängig zu machen, siehe BGer 4A\_392/2019 vom 16. Januar 2020 E. 3.



zu tun. Diese wird immer grösser, bis die Tochter partout nicht mehr mitfliegen will. Livia Romanello will unbedingt fliegen, aber nicht ohne ihre Tochter. Die Flugleiterin versucht, der Tochter gut zuzureden. Als dies nichts nützt, gibt die Flugleiterin – nach Rücksprache mit dem Flugbüro der Flugtop AG – Livia Romanello über die vorgesehene Abflugzeit hinaus noch weitere zehn Minuten, um den Flug anzutreten. Danach werde sie die Übung abrechnen und den Flug als «nicht angetreten» markieren. In diesem Fall würden auch die Fahrkarten verfallen. Livia Romanello beteuert, dass sie wirklich fliegen wolle; man müsse nur warten, ihre Tochter werde es sich sicher noch anders überlegen. Nachdem die zehn Minuten um sind, erklärt die Flugleiterin den Flug für verfallen.

4. **Wie qualifizieren Sie die Tatsache, dass Livia Romanello den Ballonflug nicht antritt? Nennen Sie das einschlägige Rechtsinstitut und die einschlägige(n) Gesetzesbestimmung(en) – also wie folgt: «Vorliegend handelt es sich um [...] im Sinne von Art. [...] OR». Sie müssen nicht subsu- mieren. [3 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Vorliegend handelt es sich um einen Annahmeverzug (auch: Gläubigerverzug) im Sinne von Art. 91 ff. OR.

Weiterführende Hinweise (gehörte explizit nicht zur geforderten Prüfungsantwort): LR hat am Tag des gebuchten Fluges den Flug nicht angetreten. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für einen Annahmeverzug (auch: Gläubigerverzug) gemäss Art. 91 OR vorliegt. Nach dieser Bestimmung kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert. Die FT hat gemäss Sachverhalt die Leistung *gehörig angeboten*: Es war alles bereit für den Flug. LR hat die Annahme der Leistung *ungerechtfertigterweise verweigert*. Ungerechtfertigt ist die Annahmeverweigerung, wenn dafür keine objektiven Gründe bestehen. Ein Verschulden ist nicht vorausgesetzt. Persönliche Gründe seitens des Gläubigers (Krankheit, persönliche Umstände, persönliche Interessen) reichen zur Rechtfertigung der Annahmeverweigerung nicht aus.<sup>6</sup> Also ist vorliegend von einem Annahmeverzug seitens von LR auszugehen.

Beachten Sie: Die Zug-um-Zug-Regel (Art. 82 OR) ist hier nicht einschlägig. Sie würde bedeuten, dass die FT die Ballonfahrt nicht real offerieren muss, solange LR den Preis für die Ballonfahrt nicht angeboten hat. Das entspricht nicht dem Sachverhalt. LR hat den Preis bereits im Rahmen der Buchung beglichen, die FT

---

<sup>6</sup> Siehe BSK OR-LEIMGRUBER, Art. 91 N 13 f., u.a. unter Hinweis auf BGE 88 II 111, 115 f. Siehe auch Handkomm OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 91 N 6.

bietet die Leistung an. Es geht lediglich darum, dass LR die real angebotene Leistung nicht annimmt.

Beachten Sie sodann: Es handelt sich vorliegend nicht um einen Rücktritt von LR im Sinne von Art. 404 Abs. 1 OR. Denn gemäss Sachverhalt beteuert LR, dass sie "wirklich fliegen wolle; man müsse nur warten, ihre Tochter werde es sich sicher noch anders überlegen." Ein Rücktritt würde voraussetzen, dass LR erklärt, sie wolle die Leistung der FT nicht mehr in Anspruch nehmen. Daher ist eine Antwort, welche den Nicht-Antritt von LR als Rücktritt qualifiziert, nicht zutreffend.

5. **Kann Livia Romanello darauf bestehen, dass sie nach wie vor eine Ballonfahrt für zwei Personen zugute hat? Strukturieren Sie Ihre Antwort, indem Sie wie folgt vorgehen: «Livia Romanello hat gemäss Sachverhalt unstreitig einen Anspruch auf eine Ballonfahrt erworben. Zu prüfen ist, ob dieser Anspruch nach wie vor besteht oder ob dieser Anspruch zwischenzeitlich untergegangen ist.» Führen Sie die Argumentation im Stil der Anspruchsprüfung weiter und entscheiden sie, ob der Anspruch nach wie vor besteht oder ob er zwischenzeitlich untergegangen ist. Stützen Sie sich auf die Normen des OR AT. [18 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Der Anspruch wäre untergegangen, wenn die FT gültig den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat. Dies ist hier der Fall.

Wie oben festgehalten (Frage 4), befindet sich LR im Annahmeverzug i.S.v. Art. 91 ff. OR. Handelt es sich bei der schuldnerischen Verpflichtung um eine andere Verpflichtung als eine Sachleistung, so kann der Schuldner beim Verzug des Gläubigers nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Vertrag zurücktreten (**Art. 95 OR**).<sup>7</sup> Die Verzugsregeln kommen in diesem Fall analog zur Anwendung.

Der Rücktritt vom Vertrag setzt gemäss **Art. 107 Abs. 1 OR** (analog) voraus, dass sich der Schuldner bei einem zweiseitigen Vertrag in Verzug befindet und der Gläubiger ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt hat. Vorliegend steht der Verzug bereits fest, weshalb diese Voraussetzungen (namentlich: Art. 102 OR) nicht mehr geprüft werden müssen. Auch die Frage des zweiseitigen Vertrages wäre nicht mehr zu prüfen; allerdings liegt hier angesichts des entgeltlichen Auftrags ein solcher ohnehin vor. Sodann hat

---

<sup>7</sup> In der Lehre ist umstritten, ob der Schuldner effektiv nur vom Vertrag zurücktreten kann, oder ob er auch die anderen Rechtsbehelfe in Art. 107 OR ergreifen kann. Diese Kontroverse ist hier ohne Belang, da die FT ihre Leistung nicht mehr erbringen will. Dieser Rechtsbehelf ist vom Wortlaut von Art. 95 OR ohne Weiteres abgedeckt.

die FT mittels ihrer Hilfsperson (Flugleiterin) eine angemessene Frist angesetzt, indem sie LR eine Frist von zehn Minuten für die Annahme der Leistung kommuniziert hat. Die Angemessenheit beurteilt sich vorrangig nach dem Interesse der Gläubigerin an der baldigen Erfüllung und sodann an der Schwierigkeit der Leistungserbringung seitens des Schuldners (siehe dazu auch die Hinweise unten). Vorliegend war LR vor Ort. Sie konnte der Leistungsaufforderung objektiv gesehen unmittelbar nachkommen. Zu beachten ist auch, dass sich der Gläubigerverzug bereits eine Viertelstunde vor der Fälligkeit der Leistung abgezeichnet hat, so dass die Situation für LR nicht überraschend kam. Hinzu kommt, dass LR gegen die Frist nicht remonstriert hat. Zwar hat sie beteuert, sie wolle gerne fliegen. Aber sie hat nicht geltend gemacht, die Frist sei zu kurz und sie brauche mehr Zeit für den Flugantritt. Selbst wenn also die Frist zu kurz gewesen wäre, muss sich LR entgegenhalten lassen, sie sei mit der Frist einverstanden gewesen.

Erfüllt der Schuldner bis zum Ablauf der Frist nicht, so kann die Gläubigerin, wenn sie es unmittelbar erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und vom Vertrag zurücktreten (**Art. 107 Abs. 2 OR analog**). Vorliegend hat LR den Flug bis zum Ablauf der angemessenen, zehnminütigen Frist nicht angetreten. Die FT hat ihren Rücktritt bereits mit der Fristansetzung angekündigt. Dass die Fristansetzung mit der Ausübung des Wahlrechts verbunden wird, ist zulässig. Zudem hat die FT nach Ablauf der Frist ihre Wahlerklärung noch einmal bestätigt (das Gestaltungsrecht hat sie allerdings bereits mit der ersten Erklärung ausgeübt). Also hat die FT gültig den Rücktritt vom Vertrag erklärt.

Gemäss **Art. 109 OR Abs. 1 OR** (analog) kann derjenige, der vom Vertrag zurücktritt, die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern. Vorliegend tritt FT vom Vertrag zurück. Das bedeutet, dass FT ihre Leistung verweigern darf. Folglich hat LR keinen Anspruch darauf, dass die FT ihr die Leistung noch einmal anbietet.

Hinweis: Es handelt sich vorliegend *nicht um ein (relatives) Fixgeschäft* im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR. Zwar wurde für den Flug eine genaue Zeit vereinbart. Insofern handelt es sich um ein Verfalltagsgeschäft i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR. Das bedeutet, dass sich die FT nach diesem Zeitpunkt im Verzug befinden würde. Diese Frage ist aber vorliegend nicht relevant, denn die FT ist leistungsbereit. Es geht hier vielmehr um die Annahme der Leistung seitens von LR. Der Verzug wird nicht nach Art. 102 OR beurteilt, sondern nach Art. 91 OR. Die Voraussetzungen von Art. 91 OR sind vorliegend erfüllt, so dass sich LR im Annahmeverzug befindet. Das führt zur Anwendung von Art. 95 OR, der auf den Rücktritt i.S.v. Art. 107 ff. OR verweist. Art. 102 OR ist also gar nicht zu prüfen. Innerhalb von Art. 107 ff. OR könnte man sich überlegen, ob nun Art. 108 Ziff. 3 OR analog zur Anwendung kommt. Das ist aber nicht der Fall. Denn die Bedeu-

tung eines relativen Fixgeschäfts liegt darin, dass der Gläubiger (hier mit umgekehrten Vorzeichen: die FT) nach dem vereinbarten Zeitpunkt die Leistung bzw. die Annahme der Leistung seitens der Schuldnerin (hier mit umgekehrten Vorzeichen: der LR) nicht mehr annehmen muss. Konkret würde dies bedeuten, dass *jede Verzögerung* (auch eine Verzögerung von einer Minute) dazu führt, dass die FT die Annahme der Leistung seitens von LR nicht mehr akzeptieren muss. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Parteien mit der Vereinbarung einer genauen Flugzeit eine solche Rechtslage schaffen wollten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die FT die Leistung auch hätte anbieten müssen, wenn es zu einer Verzögerung von einigen Minuten gekommen wäre. Hingegen hat die FT die Möglichkeit, nach einer angemessenen Frist den Rücktritt zu erklären. *Wenn* man von einem (relativen) Fixgeschäft ausgegangen *wäre*, so hätte man jedenfalls in einem weiteren Schritt argumentieren müssen, dass es darauf nicht ankommt, weil ohnehin eine Nachfrist angesetzt wurde. Sollte diese Nachfrist nicht angemessen gewesen sein, so hätte LR remonstrieren müssen. Das hat sie nicht getan, weshalb die Nachfrist als angemessen gilt.

Was sodann die *Die Angemessenheit der Nachfrist* angeht, so ist bei deren Bemessung im Auge zu behalten, dass sich der Schuldner *in Verzug* befindet, während die Gläubigerin erfüllungsbereit ist. Die Nachfrist ist eine *Gnadenfrist*, welche es dem an sich erfüllungsbereiten Schuldner noch erlaubt, mit Erfüllungswirkung zu leisten. Auch wenn bei der Beurteilung der Angemessenheit die Interessen beider Parteien im Auge zu behalten sind, ist doch vorrangig auf die Interessen der erfüllungsbereiten Gläubigerin abzustellen.<sup>8</sup> Nach der bundesgerichtlichen Formel hängt die Angemessenheit der Nachfrist "von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von der Art der Leistung und dem Interesse der Gläubigerin an der baldigen Erfüllung ab. Je grösser dieses Interesse und je leichter die Leistung zu erbringen ist, desto kürzer darf die Frist bemessen sein."<sup>9</sup> Angesichts dieser Kriterien ist die Frist von 10 Minuten angemessen. Denn die FT ist erfüllungsbereit. Sie hat ein allgemeines Interesse an der baldigen Klärung der Situation und sie hat ein spezifisches Interesse daran, zu wissen, ob der startbereite Ballon neu gesichert werden muss. Vor allem aber ist LR bereits vor Ort. Sie kann objektiv gesehen die Leistung jederzeit erbringen.

Wenn argumentiert wird, die Nachfrist von 10 Minuten sei angemessen, weil *gemäss Sachverhalt viele andere potentielle Kundinnen an einer Buchung interessiert waren*, so ist dies zwar abstrakt gesehen nicht falsch. Denn für die Angemessenheit der Frist ist durchaus auf die Interessen der Gläubigerin an einer baldigen Erfüllung abzustellen. Wären also andere Personen vor Ort gewesen, die den vorgesehenen Zeit-Slot hätten füllen können, so hätte man die Angemessenheit

---

<sup>8</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, Art. 107 N 67, m.w.N.

<sup>9</sup> BGE 105 II 28 E. 3a S. 33. So auch BGer Urteil 4A\_201/2016 vom 1. März 2017 E. 5.2.

auch auf diese Weise beurteilen können. Allerdings wurden gemäss Sachverhalt die Buchungen telefonisch nachgefragt. Die interessierten Personen waren also nicht vor Ort. Damit bleibt es bei einer allgemeinen Beurteilung der Angemessenheit; es muss unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit gegenüber dem Schuldner die Zeit ausreichen, dass der Schuldner der Leistungsaufforderung nachkommen kann. Dies ist hier unstrittig der Fall, denn es genügt, dass die sich vor Ort befindende LR in den Ballonkorb einsteigt.

**6. Gehen Sie davon aus, dass die Flugtop NICHT verpflichtet ist, Livia Romanello eine weitere Ballonfahrt anzubieten. Kann Livia Romanello den Ticketpreis zurückfordern und gestützt worauf? [6 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Ja, LR kann den Ticketpreis zurückfordern. Anspruchsgrundlage ist Art. 109 Abs. 1 OR. Gemäss dem Wortlaut von Art. 109 Abs. 1 OR kann zwar nur derjenige, der von Vertrag zurücktritt, das Geleistete zurückfordern. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist der Wortlaut zu eng: Es kommt zu einer Rückabwicklung der gegenseitigen Ansprüche, die sich nach vertraglichen Grundsätzen beurteilt.<sup>10</sup> Mithin kann also LR gestützt auf Art. 109 Abs. 1 OR den Ticketpreis zurückfordern.

Hinweis: Hier war unter anderem eine genaue Gesetzeslektüre gefragt. Wer den Gesetzestext genau liest, stellt fest, dass der Wortlaut der Bestimmung zu eng ist.

Beachten Sie sodann: Wer im Rahmen von Art. 109 Abs. 1 OR die Rückabwicklung nach Kondiktionsrecht prüft, hat eine dreissigjährige bundesgerichtliche Rechtsprechung verpasst. Seit BGE 114 II 152 folgt das Bundesgericht der Umwandlungstheorie. Diese besagt, dass das Schuldverhältnis durch den Rücktritt des Gläubigers in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt wird.<sup>11</sup>

**7. Gehen Sie davon aus, dass Livia Romanello einen Anspruch auf Rückerstattung des Ticketpreises hat. Wird sie im Ergebnis die CHF 700.00 effektiv erhalten? Pro Memoria: Falls Sie sich auf Gesetznormen stützen, subsumieren Sie den Sachverhalt unter diese Normen. Wichtig: Hier wird besonders auf Ihre Fähigkeit zur Subsumtion des Sachverhalts unter die einschlägigen Normen und auf eine strukturierte Lösung geachtet [24 Punkte]**

---

<sup>10</sup> Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 2805 f.

<sup>11</sup> BSK-OR I-WIEGAND, Art. 109 N. 4 f.

**Lösungshinweise:** Livia Romanello wird mit ihrem Anspruch keinen Erfolg haben. Denn die Gläubigerin hat gestützt auf **Art. 109 Abs. 2 OR** Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch sind mithin folgende Elemente: Die Vertragsverletzung, der Schaden, die Kausalität und das Verschulden.

Die **Vertragsverletzung** ist bereits erstellt, sie liegt in der Obliegenheitsverletzung des Annahmeverzugs, der hier gestützt auf Art. 95 OR als Verzug und somit als Vertragsverletzung behandelt wird.

Ein **Schaden** liegt vor bei einer unfreiwilligen Vermögensverminderung. Dieser kann in einer Verkleinerung der Aktiven, einer Vergrößerung der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn bestehen. Massgeblich ist die Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand und dem Stand des Vermögens, den die Gläubigerin ohne das schädigende Ereignis (den Gläubigerverzug) gehabt hätte. Ersatzfähig ist unter dem Titel von Art. 109 Abs. 2 OR das **negative Interesse**: Die Gläubigerin ist so zu stellen, wie wenn sie die Vertragsbeziehung nicht eingegangen wäre. Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut von Art. 109 Abs. 2 OR: Geschuldet ist der Schaden, der "aus dem Dahinfallen des Vertrages" entsteht.

Vorliegend hat FT einen Schaden erlitten: Sie hat im Hinblick auf ihre Vertragserfüllung einen Ballon für den Flug vorbereitet. Zudem hat sie auch ihre Personalplanung entsprechend organisiert, was mit Kosten verbunden ist. Sodann gab es gemäss Sachverhalt für den besagten Samstag Nachmittag eine Flut von Anfragen für Ballonfahrten. Die FT hätte für die von LR gebuchte Zeit anderen Parteien eine Ballonfahrt verkaufen können, und dies wird sie auch nachweisen können. Andererseits hat die FT gewisse Einsparungen gemacht, so etwa mit Blick auf den nicht verbrauchten Treibstoff (Gas). Diese Einsparungen werden allerdings kaum ins Gewicht fallen. Im Ergebnis kann die FT mit wenigen Einschränkungen den gesamten Ticketpreis als Schaden geltend machen.

Zwischen der Vertragsverletzung (hier: Dem Annahmeverzug) und dem Schaden muss ein **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang** bestehen. Das ist hier zu bejahen. Der oben beschriebene Schaden kann ohne den Annahmeverzug seitens von LR nicht weggedacht werden; dieser bildet mithin eine *conditio sine qua non* für den Schaden der LT. Gleichzeitig ist der Annahmeverzug in casu nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden in der Art des eingetretenen zu bewirken: Es ist plausibel, dass infolge eines Annahmeverzugs ein Rücktritt erfolgt und dieser mit unnötigen Aufwendungen und möglicherweise einem Verlust eines anderen Vertragsabschlusses führt. Also sind sowohl die natürliche als auch die

adäquate Kausalität zwischen dem Annahmeverzug (der in diesem Fall analog einer Vertragsverletzung behandelt wird) und dem Schaden gegeben.

Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch ist weiter, dass den Schuldner am (Annahme-)verzug keinerlei **Verschulden** trifft, wobei die Beweislast beim Schuldner liegt. Das ist hier der Fall: LR wird nicht geltend machen können, es treffe sie an der Verzögerung "keinerlei Verschulden". Verschulden bedeutet vorwerfbares Verhalten. Es enthält eine subjektive und eine objektive Komponente. Die subjektive Komponente betrifft die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB). Im vorliegenden Fall enthält der Sachverhalt keine Hinweise darauf, dass LR nicht urteilsfähig sei. In objektiver Hinsicht liegt besteht Vorsatz: LR verletzt den Vertrag wissentlich und willentlich: Sie weiss, dass sie den Vertrag verletzt. Das Wissen um die vertragsverletzende Handlung impliziert die willentliche Vertragsverletzung. Nur im Ausnahmefall, nämlich bei einer Bedrohung, fehlt es im Fall der wissentlichen Vertragsverletzung an der willentlichen Vertragsverletzung. Zudem genügt für den Vorsatz der Eventualvorsatz. Nimmt man den Erfolg (die Vertragsverletzung) bewusst in Kauf oder findet man sich damit ab, so liegt Eventualvorsatz vor. Vorliegend *wusste* LR um die Vertragsverletzung, was die *willentliche* Vertragsverletzung impliziert, zumal es an einem Bedrohungsszenario fehlt (dass die Tochter Flugängste hat, ist keine Bedrohung von LR). Zudem genügt – wie erwähnt – der Eventualvorsatz. Vorliegend hat sich LR jedenfalls mit der Vertragsverletzung abgefunden.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass die FT gegen LR erfolgreich einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann.

Nachdem die FT einen Schadenersatzanspruch gegen LR hat, kann sie gegenüber dem Rückgabeanspruch von LR die Verrechnungseinrede erheben.

Die Voraussetzungen für die **Verrechnung i.S.v. Art. 120 OR** sind vorliegend erfüllt. Demnach kann, wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, schulden, jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen. Vorliegend handelt es sich um Geldschulden (Gleichartigkeit), die FT und LR einander schulden (Gegenseitigkeit). Sodann sind beide Forderungen fällig, da beim Rücktritt die Fälligkeit nach ganz überwiegender Lehre mit der Rücktrittserklärung eintritt.<sup>12</sup> Dass LR die Schadenersatzforderung von LT bestreiten würde, würde nichts ändern (Art. 120 Abs. 2 OR). Eine Verjährung steht ausser Betracht (Art. 120 Abs. 3 OR). Also ist die Verrechenbarkeit gegeben, zumal keine Gründe ersichtlich sind, die eine Verrechnung ausschliessen würden (z.B. Art. 125 OR).

---

<sup>12</sup> Gemäss anderen Lehrmeinungen setzt die Rücktrittserklärung die ursprüngliche Forderung fort, so dass für die Fälligkeit auf den ursprünglichen Leistungsanspruch abzustellen ist.

**Im Ergebnis** kann LR den Ticketpreis nicht zurückfordern.

Weiterführender Hinweis: Die *Kausalität* ist eine allgemeine Voraussetzung für jeden Schadenersatz, auch wenn sie in Art. 109 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich erwähnt wird. Die Kausalität ist die (natürliche und adäquate) Verbindung zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden. Die Vertragsverletzung ist der *Verzug des Schuldners* (hier ausnahmsweise: Der Annahmeverzug der Gläubigerin, LR). Ausgangspunkt für die Kausalität ist also *nicht* der *Rücktritt* vom Vertrag. Rücktritt und Schadenersatz sind zwei unabhängige Rechtsbehelfe, die sich nach getrennten (wenn auch teilweise überschneidenden) Voraussetzungen beurteilen. Schadenersatz erfordert die Vertragsverletzung, den Schaden, die natürliche und adäquate Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden, und sodann das Verschulden. Die Kausalität ist auch *nicht* im Passus "*aus dem Dahinfallen des Vertrages*" enthalten. Das ist kein Hinweis auf die Kausalität, sondern ein Hinweis darauf, dass der Schaden nach dem negativen Interesse bemessen wird.

#### **Sachverhalt IV: Mietverhältnisse (erster Teil)**

BGE 145 III 143 (Urteil 4A\_563/2017 vom 19. Februar 2019) liegt stark vereinfacht dargestellt folgender Fall zugrunde: D war Mieterin einer 4-Zimmer-Wohnung in Zürich. Vermieter A kündigte das Mietverhältnis auf den 30. Juni 2013 unter Berufung auf Eigenbedarf. Gegen diese Kündigung wehrte sich D bei den zuständigen Zürcher Instanzen mit der Begründung, der Eigenbedarf sei bloss vorgeschoben; der Vermieter beabsichtige eine Weitervermietung zu einem höheren Mietzins. Damit drang sie jedoch im Kündigungsschutzprozess nicht durch. Per Ende Februar 2015 räumte sie daher die Wohnung.

Im August 2015 machte die (vormalige) Mieterin erneut eine Klage gegen A anhängig. Sie verlangte vom (vormaligen) Vermieter Schadenersatz mit der Begründung, er habe die Wohnung nicht selbst bezogen, sondern teurer weitervermietet. Das Mietgericht Zürich hiess die Klage teilweise gut und verurteilte A zur Zahlung von Schadenersatz im Betrag von CHF 11'109.00 zuzüglich Zins. Das Obergericht des Kantons Zürich wies eine Berufung des Vermieters ab, worauf der Vermieter an das Bundesgericht gelangte.

Wie war es möglich, dass das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt des Streitwerts auf die Beschwerde in Zivilsachen eintreten konnte? Es stehen folgende Antworten zur Auswahl:

(1) Der Streitwert für eine Beschwerde in Zivilsachen beläuft sich auf mindestens CHF 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Da dieser Streitwert in casu überschritten wurde, konnte das Bundesgericht auf die Beschwerde eintreten.



(2) Auf eine Beschwerde in Zivilsachen kann ausnahmsweise auch dann eingetreten werden, wenn der massgebende Streitwert nicht erreicht wird. Voraussetzung dafür ist, dass das Bundesgericht eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bejaht.

(3) In mietrechtlichen Fällen gilt für Beschwerden in Zivilsachen eine niedrigere Streitwertgrenze als für gewöhnliche Streitigkeiten. Daher konnte das Bundesgericht unter diesem Gesichtspunkt auf die Beschwerde eintreten.

(4) Das Bundesgericht hat falsch entschieden. Bei einem solchen Streitwert steht ausschliesslich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen.

**8. Von den obenstehenden Antworten trifft nur eine Antwort zu. Welche? Begründen Sie, warum Sie die von Ihnen gewählte Antwort als richtig erachten. Sie müssen nicht begründen, warum die anderen Antworten aus Ihrer Sicht falsch sind. Pro Memoria: Punkte erhält nur, wer die Antwort begründet, z.B. unter Hinweis auf einschlägige Gesetzesbestimmungen. [3 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Richtig ist Antwort 2. Erreicht der Streitwert den massgebenden Betrag nach Art. 74 Abs. 1 BGG nicht, so ist eine Beschwerde in Zivilsachen dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Diese Antwort war somit richtig.

Weitere Hinweise (der Vollständigkeit halber), die in der Antwort nicht erwartet werden: Nicht korrekt ist folglich die Antwort, wonach in solchen Fällen ausschliesslich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offensteht. Nicht richtig ist sodann die Antwort, die auf Art. 308 ZPO verweist. Art. 308 ZPO betrifft die Berufung, d.h. ein innerkantonales Rechtsmittel. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ist nicht in der ZPO, sondern im BGG geregelt. Schliesslich ist nicht richtig, dass die Streitwertgrenze hier erreicht ist. Gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG gilt für die Beschwerde in Zivilsachen an sich eine Streitwertgrenze von CHF 30'000.00. In mietrechtlichen Fällen genügt es allerdings, wenn der Streitwert mindestens CHF 15'000.00 beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Da dieser Streitwert im vorliegenden Fall jedoch auch nicht erreicht wird, ist diese Antwort ebenfalls unzutreffend.

## **Sachverhalt V: Mietverhältnisse (zweiter Teil)**

Fortsetzung des obenstehenden Sachverhalts. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in Zivilsachen des Vermieters gut und hob das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich auf. Zur Begründung führte es aus, die Rechtskraft des Urteils im Kündigungsschutzverfahren verbiete eine Neuurteilung der

Kündigung und stehe daher der Schadenersatzklage entgegen. Die Rechtskraft des seinerzeitigen Entscheids könne nur mittels formeller Revision beseitigt werden. In Ziff. 1 des Dispositivs seines Urteils schrieb das Bundesgericht unter anderem: «Die Klage von D wird abgewiesen.»

Vorliegend sei unterstellt, dass die Auffassung des Bundesgerichts sei richtig, dass das Urteil im damaligen Kündigungsschutzverfahren Sperrwirkung im nunmehrigen Schadenersatzprozess habe (was diskutabel ist). Die erwähnte Passage in Ziff. 1 des Dispositivs im bundesgerichtlichen Entscheid ist allerdings nicht korrekt. Dem Bundesgericht ist trotz des bei ihm (vermutungsweise) in hohem Masse gebündelten juristischen Sachverstands in diesem konkreten Fall ein peinlicher Lapsus unterlaufen, der denn auch in der Literatur kritisiert wurde. Wie hätte das Dispositiv lauten müssen? Es stehen folgende Antworten zur Auswahl:

(1) Das Dispositiv hätte lauten müssen: «Das Verfahren ist zu sistieren und der Klägerin ist eine Frist von 30 Tagen einzuräumen, um gegen das Urteil im Kündigungsschutzverfahren eine Revision einzuleiten.»

(2) Das Dispositiv hätte lauten müssen: «Auf die Beschwerde in Zivilsachen wird nicht eingetreten.»

(3) Das Dispositiv hätte lauten müssen: «Auf die Klage wird nicht eingetreten.»

**9. Von den obenstehenden Antworten trifft nur eine Antwort zu. Welche? Begründen Sie, warum Sie die von Ihnen gewählte Antwort als richtig erachten. Sie müssen nicht begründen, warum die anderen Antworten aus Ihrer Sicht falsch sind. Pro Memoria: Punkte erhält nur, wer die Antwort begründet. [12 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Richtig ist Antwort 3. Das Dispositiv hätte lauten müssen: "Auf die Klage wird nicht eingetreten." Wenn eine Sache bereits rechtskräftig entschieden ist, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO). Fehlt eine Prozessvoraussetzung, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

Interessant, aber im Gesetz nicht vorgesehen ist ein Dispositiv, wonach das Bundesgericht das Verfahren sistieren müsste. Diese Antwort ist auch deshalb nicht korrekt, weil die Mieterin in diesem Fall gegen das Urteil im Kündigungsschutzprozess kein Revisionsgesuch mehr einreichen könnte, da sie die Frist von 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes (Art. 329 Abs. 1 ZPO) verpasst hat.

Nicht korrekt ist das Dispositiv, wonach auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht eingetreten wird. Vermieter A hat vor den kantonalen Instanzen verloren, wurde er doch zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt. Nach bundesgerichtlicher Auffassung obsiegt er. Daher muss das Bundesgericht auf seine Beschwerde eintreten, diese gutheissen und das vorinstanzliche Urteil aufheben.

## **Sachverhalt VI: KreArt GmbH**

Die in Burgdorf wohnhafte Carole Camenzind ist Geschäftsführerin und Gesellschafterin der KreArt GmbH mit Sitz in Sempach (LU). Für die KreArt GmbH erwarb sie im Januar 2020 beim Autohaus Witschi AG in Burgdorf ein neues Geschäftsfahrzeug. Als sie dieses abholte und durch das Emmental Richtung Sempach fuhr, kam sie aufgrund eines technischen Fehlers unverhofft von der Strasse ab und kollidierte mit dem Tesla von Karl Grossen, welcher unweit der Strasse geparkt war. Es entstand dabei ein Sachschaden von CHF 35'000.00. Weil Carole Camenzind den Eigentümer des Teslas nicht ausfindig machen konnte, hinterliess sie ihre Visitenkarte. Karl Grossen, alleinstehender pensionierter Gymnasiallehrer, der zu dieser Zeit eine Freundin besuchte, konnte seinen Augen nicht trauen. In der Folge klagte Karl Grossen beim Handelsgericht Bern gegen die KreArt GmbH auf Schadenersatz in Höhe von CHF 35'000.00. Als der KreArt GmbH die Klage zugestellt wurde und sie Kenntnis der Person des Klägers erlangten, staunten sie nicht schlecht: Für diesen Karl Grossen mit Wohnsitz in Derendingen (SO) plante und führte die KreArt GmbH im Jahr 2019 die gesamte Inneneinrichtung für seine 3-Zimmer-Eigentumswohnung in Biel (BE) aus. Die dafür in Rechnung gestellten CHF 32'000.00 wurde bis heute aber noch nicht beglichen. Deshalb erhob die KreArt GmbH in ihrer Klageantwort sogleich Widerklage und verlangte, dass Karl Gross widerklageweise zur Bezahlung von CHF 32'000.00 verpflichtet werde. Wie wird das Handelsgericht Bern diese Widerklage beurteilen? Es stehen folgende Antworten zur Auswahl:

(1) Das Handelsgericht Bern wird auf die Widerklage der KreArt GmbH gegen Karl Grossen nicht eintreten, weil das Handelsgericht für die Widerklage örtlich nicht zuständig ist.

(2) Das Handelsgericht Bern wird auf die Widerklage der KreArt GmbH gegen Karl Grossen nicht eintreten, weil Karl Grossen nicht im Handelsregister eingetragen ist und aufgrund fehlender Konnexität des Haupt- und Widerklageanspruchs das Handelsgericht Bern für die Beurteilung der Widerklage sachlich nicht zuständig ist.

(3) Das Handelsgericht Bern wird bereits auf die Hauptklage von Karl Grossen nicht eintreten, weil vorliegend nicht die KreArt GmbH, sondern Carole

Camenzind passivlegitimiert ist. Damit wird auch die Eintretensfrage bezüglich der Widerklage obsolet.

(4) Das Handelsgericht Bern wird auf die Widerklage der KreArt GmbH nicht eintreten, weil der Streitwert nicht erreicht ist.

**10. Von den obenstehenden Antworten trifft nur eine Antwort zu. Welche? Begründen Sie, warum Sie die von Ihnen gewählte Antwort als richtig erachten. Sie müssen nicht begründen, warum die anderen Antworten aus Ihrer Sicht falsch sind. Pro Memoria: Punkte erhält nur, wer die Antwort begründet. Pro Memoria: Punkte erhält nur, wer die Antwort begründet [12 Punkte]**

**Lösungshinweise:** Zutreffend ist einzig die Antwort, wonach das HGer BE auf die Widerklage der KreArt GmbH nicht eintreten wird, weil Karl Grossen nicht im Handelsregister eingetragen ist und aufgrund fehlender Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage. Erhebt – wie vorliegend – eine nicht im Handelsregister eingetragene Partei in Ausübung ihres Wahlrechts Klage beim Handelsgericht (Art. 6 Abs. 3 ZPO), so kann die beklagte Partei eine Widerklage vor dem Handelsgericht anhängig machen, sofern der Widerklageanspruch mit dem Hauptklageanspruch konnex ist (BGE 143 III 495, E. 2.2.2.3). Grund dafür ist, dass die nicht eingetragene Klägerin bei Ausübung ihres Wahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO mit der Erhebung einer (konnexen) Widerklage in der Klageantwort rechnen musste.

Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage liegt immer dann vor, wenn die beiden Klagen auf dem gleichen Rechtsverhältnis beruhen, aus dem gleichen Lebenssachverhalt hervorgehen bzw. dasselbe Objekt zum Gegenstand haben oder sonst in enger rechtlicher Beziehung zueinander stehen. Die blosse Verrechenbarkeit genügt für das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs nicht aus. In casu mangelt es folglich an der Konnexität, da die beiden Klagen weder sachlich noch rechtlich zusammenhängen.

Nicht richtig ist, dass das HGer seine örtliche Zuständigkeit verneinen würde. Zwar lässt sich aufgrund des Fehlens der Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage die örtliche Zuständigkeit nicht über Art. 14 Abs. 1 ZPO begründen. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Bern ergibt sich aber vorliegend aus Art. 31 ZPO (Erfüllungsort der Inneneinrichtung in Biel als charakteristischen Leistung). Insofern wäre eben die örtliche Zuständigkeit durchaus gegeben. Unrichtig ist weiter, dass das HGer im Hinblick auf die fehlende Passivlegitimation nicht auf die Klage eintreten wird. Die Frage der Passivlegitimation ist eine materiell-rechtliche Frage und führt allenfalls zu einer Klageabweisung, nicht aber zu einem Nichteintretensentscheid. Unrichtig ist schliesslich, dass

das HGer auf die Widerklage der KreArt GmbH aufgrund einer nicht erreichten Streitwertgrenze nicht eintreten wird, da die Klage den Streitwert von CHF 30'000.00 übersteigt.

## **Sachverhalt VII: Max und Maria**

Max und Maria heirateten am 19. August 2011. Im Jahr 2012 erwarb Max einen nicht ganz funktionstüchtigen Oldtimer zum Preis von CHF 10'000.00 zu Alleineigentum. Die Finanzierung erfolgte seitens des Max mit CHF 8'000.00, welche er aus der Teilung der Erbschaft seines im selben Jahr verstorbenen Vaters erhielt. Die restlichen CHF 2'000.00 finanzierte Maria aus vorehelichen Ersparnissen. Weil Maria seit jeher ein grosses Interesse an Oldtimern zeigt sowie über die nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, restaurierte sie den Oldtimer während den Jahren 2016–2020 in ihrer Freizeit, was über eine gewöhnliche Verwaltung hinausging. Ausschliesslich infolge dieser Arbeiten von Maria hatte der Oldtimer im Dezember 2020 einen Wert von CHF 20'000.00. Maria erhielt für ihre Restaurationsarbeiten weder eine Gegenleistung noch liegt eine unentgeltliche Zuwendung vor. Nach verschiedenen, in diesem Zusammenhang nicht relevanten Vorgängen, haben sich die Ehegatten darauf verständigt, sich anfangs 2021 scheiden zu lassen.

Der Wert des Oldtimers beträgt im massgebenden Zeitpunkt immer noch CHF 20'000.00. Zwischen den Ehegatten ist einzig die güterrechtliche Auseinandersetzung betreffend den Oldtimer strittig. Über alle weiteren Scheidungsnebenfolgen konnten sie sich einigen.

### **11. Zu welcher Vermögensmasse von Max gehört der Oldtimer? Gestützt auf welche Bestimmung? [3 Punkte]**

**Lösungshinweis:** Im Vermögen von Max gehört er zu dessen Eigengut (Art. 198 Ziff. 4 ZGB).

### **12. Wer hat zugunsten welcher Gütermasse(n) welche Forderung(en) gegen wen und welche Gütermasse(n)? Es stehen die nachfolgenden Antworten 1 bis 4 zur Auswahl. Die von Ihnen gewählte Antwort muss NICHT begründet werden. Nennen Sie im untenstehenden Feld lediglich die Antwortvariante, die Sie für richtig halten. Nennen Sie zudem die Gesetzesbestimmung, die aus Ihrer Sicht für die Beantwortung den Kernpunkt bildet. [12 Punkte]**

(1) Eine Gesamtforderung von CHF 12'000.00 des Eigenguts von Maria gegenüber dem Eigengut von Max.

(2) Eine Forderung von CHF 2'000.00 des Eigenguts von Maria und von CHF 10'000.00 der Errungenschaft von Maria gegenüber dem Eigengut von Max.

(3) Eine Gesamtforderung von CHF 12'000.00 der Errungenschaft von Maria gegenüber dem Eigengut von Max.

(4) Eine Forderung von CHF 2'000.00 des Eigenguts und von CHF 2'000.00 der Errungenschaft von Maria gegenüber der Errungenschaft von Max.

**Lösungshinweise:** Richtig ist, dass eine Forderung von CHF 2'000.00 des Eigenguts von Maria und von CHF 10'000.00 der Errungenschaft von Maria gegenüber dem Eigengut von Max besteht. Also ist Antwort 2 richtig. Zentral ist hier die Anwendung von Art. 206 ZGB über den Mehrwertanteil des Ehegatten.

Weiterführende Hinweise: Vorab ist festzuhalten, dass hier explizit *keine* Begründung verlangt wurde (was allerdings keinen Freischein für offensichtliche falsche Begründungen bedeutet). Inhaltlich gilt Folgendes:

Den Oldtimer erwarb Max zu Alleineigentum (sachenrechtlich). Im Vermögen von Max gehört er zu dessen Eigengut (Art. 198 Ziff. 4 ZGB), siehe dazu Antwort 11. Fraglich ist, ob für Maria Ersatzansprüche bestehen. Maria hat die CHF 2'000.00 aus vorehelichen Ersparnissen, mithin aus ihrem Eigengut (Art. 198 Ziff. 2 ZGB), erbracht. Für diesen Betrag hat das Eigengut von Maria einen Ersatzanspruch gegen das Eigengut von Max (Art. 206 ZGB). Fraglich ist, wie der Mehrwert zu bestimmen ist. Es handelt sich bei diesem **nicht um einen konjunkturellen Mehrwert**, welcher zu einer Mehrwertbeteiligung führen würde. Vielmehr handelt es sich bei den CHF 10'000.00 um eine (Arbeits-)Leistung von Maria, welche als solche ihrer Errungenschaft zuzurechnen ist (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) und eine Ersatzforderung gegenüber dem Eigengut von Max begründet. Die (automatisierte) Anwendung von Art. 206 ZGB führte hier mithin nicht zum richtigen Ergebnis.

**FACHPRÜFUNG PRIVATRECHT II: MULTIPLE CHOICE FRAGEN  
(Art. 12 Abs. 1 lit. a RSL RW)**

*Beachten Sie: Für die Leistungskontrolle wurden sowohl die Fragen wie auch die Antworten in zufälliger Reihenfolge gestellt.*

### **Schlichtungsverfahren**

1. Sie absolvieren ein Praktikum bei einer Schlichtungsbehörde. Die Vorsitzende übergibt Ihnen ein Dossier, das Sie sich anschauen sollen. Dem Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde. A ist Mieterin einer Dreizimmerwohnung. Sie hatte dem Vermieter B schriftlich mitgeteilt, dass die Heizung nicht mehr funktioniert und dass er diese binnen zehn Tagen reparieren lassen soll. Ebenso hatte sie angedroht, nach unbenütztem Ablauf dieser Frist den nächsten Mietzins bei der zuständigen Stelle zu hinterlegen. Da der Vermieter nichts unternahm, zahlte die Mieterin am folgenden Monatsende den Mietzins auf das Konto dieser Hinterlegungsstelle ein und zeigte dies dem Vermieter schriftlich an. Gleichzeitig reichte sie bei der Schlichtungsbehörde ein Gesuch ein, mit dem sie verlangte, der Vermieter habe den Mangel binnen zehn Tagen zu beseitigen. An der Schlichtungsverhandlung kam keine Einigung zustande. Der Vermieter machte geltend, die Reparatur der Heizung koste rund CHF 8000 und das Geld habe er zurzeit nicht. Daraufhin unterbreitete die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag, demzufolge der Vermieter die defekte Heizung binnen zehn Tagen zu reparieren habe. Der Vermieter lehnte diesen Urteilsvorschlag umgehend schriftlich ohne Begründung ab. Die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde möchte von Ihnen (bloss zu Ausbildungszwecken, denn sie kennt die richtige Antwort natürlich) wissen, wie sie weiter vorgehen soll. Was antworten Sie? **[6 Punkte]**
  - Die Schlichtungsbehörde hätte den Parteien keinen Urteilsvorschlag unterbreiten dürfen, da der Streitwert mehr als CHF 5000 beträgt.
  - Die Klagebewilligung ist der klagenden Partei, also der Mieterin, zuzustellen.
  - Die Ablehnung des Urteilsvorschlages ist ungültig, da der Vermieter sie nicht begründet hat.

**Die Klagebewilligung ist dem Vermieter zuzustellen.**

**Lösungshinweise:** Korrekt ist die Antwort, wonach die Klagebewilligung dem Vermieter zuzustellen ist (Art. 211 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Denn es handelt sich um eine Streitigkeit aus der Miete von Wohnräumen, bei der die Hinterlegung von Mietzinsen gemäss Art. 259g ff. OR betroffen ist. In diesen Fällen ist die Klagebewilligung der ablehnenden Partei zuzustellen, hier also dem Vermieter. Unrichtig ist, dass die Schlichtungsbehörde keinen Urteilstvorschlag hätte unterbreiten dürfen. Denn hier ist nicht Art. 210 Abs. 1 lit. c, sondern Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO anwendbar. Nicht korrekt ist auch die Antwort, dass die Ablehnung des Urteilstvorschlags ungültig ist, da es sich nicht um einen «übrigen Fall» gemäss Art. 211 Abs. 2 lit. b ZPO handelt. Vielmehr gilt, dass die Ablehnung eines Urteilstvorschlages nicht begründet werden muss (Art. 211 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

## **Logistikgeschäft**

2. Die X AG ist im internationalen Logistikgeschäft tätig. Sie unterhält unter anderem in Bern eine grosse Lagerhalle, in der Handelsfirmen gegen Entgelt Waren einlagern können. Die Importeurin Y AG hat in dieser Halle eine grösseren Posten Textilien eingelagert, die sie in Bangladesch gekauft hat. Ein Warenpapier wurde nicht ausgestellt. Da die Y AG in eine Liquiditätskrise geraten ist, kann sie der X AG das vertraglich vereinbarte Entgelt für das vierte Quartal 2020, das am 31. Dezember 2020 fällig geworden ist, nicht bezahlen. Ausgehend davon, dass das Entgelt unstreitig geschuldet ist, der Y AG also keine Einwendungen gegen die Zahlungspflicht zustehen (sei es z.B. aus der Corona-Krise, sei es aus einem anderen Grund): Was gilt? [6 Punkte]

- Die Textilien gehen ex lege ins Eigentum der X AG über. Die X AG kann mit ihnen daher nach Belieben verfahren.
- Die X AG hat gegenüber der Y AG bloss eine schuldrechtliche Forderung auf Zahlung des Entgelts. Weitere Rechte stehen ihr nicht zu.
- Die X AG kann die Sache mit Bewilligung des Richters verkaufen und den Erlös hinterlegen (Art. 93 OR)
- Bezahlt die Y AG nicht, so kann die X AG, sofern sie nicht hinreichend sichergestellt wird, die Textilien nach vorgängiger Benachrichtigung der Y AG wie ein Faustpfand verwerten.**

**Lösungshinweise:** Die Textilien können nach vorgängiger Benachrichtigung der Y AG wie ein Faustpfand verwertet werden. Im Lagergeschäft hat der Lagerhalter für seine Forderungen am Lagergut ein Retentionsrecht, solange er im Besitz des Gutes ist (Art. 485 Abs. 3 OR). Kommt der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nach, so kann der Retentionsgläubiger gemäss Art.



898 Abs. 1 ZGB die Sache nach vorgängiger Benachrichtigung des Schuldners wie ein Faustpfand verwerten, wenn er nicht hinreichend sichergestellt wird. Unzutreffend ist, dass ein Gläubigerverzug (Art. 93 OR vorliegt). Unzutreffend ist, dass die Textilien *ex lege* in das Eigentum der X AG übergehen; eine solche gesetzliche Regel gibt es nicht. Unzutreffend ist auch, dass der X AG bloss eine schuldrechtliche Forderung auf Zahlung des Entgelts zusteht. Denn das Gesetz räumt dem Lagerhalter ein Retentionsrecht am Lagergut ein, das die schuldrechtliche Forderung absichert.

## Eselsalami

3. Die in Bern ansässige K AG bietet der L AG in Deutschland per E-Mail einen Posten würzigen ungarischen Eselsalami zu einem bestimmten Preis an. Die Offerte enthält keine Rechtswahlklausel. Am andern Tag antwortet die L AG ebenfalls per E-Mail, sie nehme das Angebot gerne an. Dem E-Mail fügt sie eine Schiedsgerichtsklausel bei. Da im Büro der K AG einige Angestellte Corona-bedingt ausgefallen sind, geht das Antwortmail der L AG in der Flut der täglichen Nachrichten unter, weshalb die K AG nicht reagiert. Zwei Wochen später verlangt die L AG Lieferung des Eselsalami gestützt auf den geschlossenen Vertrag. Da die K AG den Posten in der Zwischenzeit anderweitig veräussert hat, kann sie nicht liefern. Was gilt? Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage davon aus, dass keine Handelsbräuche und zwischen den Parteien zudem keine Gepflogenheiten bestehen. **[3 Punkte]**

- Da die L AG die Offerte der K AG fristgerecht angenommen hat, ist ein Vertrag zustande gekommen. Die K AG verletzt den Vertrag, wenn sie nicht liefert.
- Das Antwortmail der L AG stellt keine Annahme dar, sondern eine Gegenofferte. Da die K AG nicht remonstriert hat, ist ein Vertrag zustande gekommen. Die K AG verletzt den Vertrag, wenn sie nicht liefert.
- Ich muss die Frage an der Bachelorprüfung nicht beantworten können, da das internationale Schiedsgerichtsrecht nicht zum Prüfungstoff gehört.
- Die Antwort der L AG enthält gegenüber der Offerte eine wesentliche Ergänzung. Sie ist daher eine Ablehnung der Offerte und stellt ein Gegenangebot dar, das durch bloss passives Verhalten der K AG nicht angenommen wurde. Ein Vertrag ist somit nicht zustande gekommen.**

**Lösungshinweise:** Massgebend ist das UN-Kaufrecht (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG). Gemäss Art. 19 Abs. 3 CISG wird eine Ergänzung in einer Antwort auf eine Offerte, die sich auf die Beilegung von Streitigkeiten bezieht, so angesehen, als ändere sie die Bedingungen des Angebots wesentlich. Die von der L AG beigefügte Schiedsgerichtsklausel bezieht sich auf die Streitbeilegung. Bei wesentlichen Änderungen in der Gegenofferte stellt passives Verhalten des Offerenten keine Annahme der Gegenofferte dar (Art. 19 Abs. 2 CISG e contrario). Dass also die K AG nicht remonstriert hat, lässt den Vertrag nicht mit dem veränderten Inhalt zustande kommen. Unzutreffend ist sodann die Antwort, wonach die LA AG die Offerte angenommen hat. Denn die Antwort der L AG enthält mit der Schiedsgerichtsklausel eine Ergänzung der Offerte und ist daher keine Annahme, sondern stellt ein Gegenangebot dar (Art. 19 Abs. 1 CISG). Schliesslich betrifft die Frage den Bachelorstoff, denn die Antwort zur Frage ist in Art. 19 Abs. 3 CISG geregelt.

## Kündigung

4. Der alleinstehende F ist Mieter einer 3-Zimmer-Wohnung in einem Mehrfamilienhaus. Im Mietvertrag ist vereinbart, dass das Mietverhältnis mit einer Frist von drei Monaten auf das Ende eines jeden Monats (mit Ausnahme des 31. Dezember) gekündigt werden kann. Vermieterin G verkauft die Liegenschaft an die Z AG. Der Kaufvertrag wird Mitte Juli im Grundbuch eingetragen. Mitte August teilt die Z AG den Mietern den Eigentumswechsel mit. Gleichzeitig kündigt sie schriftlich und unter Verwendung des vorgeschriebenen Formulars sämtliche Mietverhältnisse per Ende November, so auch den Mietvertrag mit F. Dieser hat an der Kündigung keine Freude und wendet sich an Sie um Rat. Dabei können Sie von folgenden Rahmenbedingungen ausgehen: Eine allfällige Missbräuchlichkeit der Kündigung oder die Erstreckbarkeit des Mietverhältnisses (Art. 271 ff. OR) sind nicht zu prüfen. Als ortsüblicher Kündigungstermine gelten Ende April und Ende Oktober. Welche der untenstehenden Antworten trifft zu? **[3 Punkte]**

- Die Kündigung ist ungültig. Eine Kündigung könnte nur von der Vermieterin ausgehen. Die Z AG ist nicht Vermieterin.
- Die Z AG hätte bloss auf Ende Oktober kündigen können. Ende November ist als Kündigungstermin unzulässig.
- Die Z AG hätte bloss unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin kündigen können, wenn sie dringenden Eigenbedarf geltend macht. Den Termin hat sie verpasst und Eigenbedarf macht sie nicht geltend. Daher kann sie nicht mehr kündigen.

- Die Kündigung ist gültig (unter Vorbehalt der Anfechtung wegen Missbräuchlichkeit, die aber gemäss Aufgabenstellung nicht zu prüfen ist).

**Lösungshinweise:** Zutreffend ist, dass die Kündigung (unter Vorbehalt der nicht zu prüfenden Anfechtung wegen Missbräuchlichkeit) gültig ist. Alle anderen Antworten sind unzutreffend. Unzutreffend ist, dass Y nicht Vermieterin ist. Mit der Veräusserung der Liegenschaft (massgebend ist der Eintrag im Tagebuch des Grundbuches) gehen die Mietverhältnisse auf die Erwerberin über (Art. 261 Abs. 1 OR). In dem Zeitpunkt, in welchem die Z AG die Kündigung ausspricht (Mitte August) ist sie Eigentümerin und damit auch Vermieterin. Unzutreffend ist, dass die Z AG bloss auf Ende Oktober hätte kündigen können. Denn die Parteien können im Mietvertrag Kündigungstermine frei vereinbaren (Art. 266a Abs. 1 OR); die gesetzlichen Kündigungstermine sind nicht zwingendes Recht. Sodann ist es nicht zutreffend, dass die ZAG bloss unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist hätte kündigen können, wenn sie einen dringenden Eigenbedarf geltend macht. Art. 261 Abs. 2 lit. a OR räumt der Erwerberin bei dringendem Eigenbedarf ein Recht zur *ausserordentlichen Kündigung* mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin ein. *Ordentliche Kündigungen*, d.h. Kündigungen unter Einhaltung der vertraglichen Fristen und Termine, sind von dieser Bestimmung nicht betroffen.

## Incoterms

5. Die in Deutschland ansässige P AG (Käuferin) hat mit der Schweizer Unternehmung Q AG (Verkäuferin) einen Kaufvertrag über die Lieferung einer Maschine geschlossen, welche sich in Japan befindet. Die Maschine soll per Schiff von Kobe nach Hamburg versandt werden. Die Parteien haben in den Vertrag die Klausel «CIF Hamburg Incoterms 2020» aufgenommen. Eine Rechtswahlklausel enthält der Vertrag nicht. Die Q AG beauftragt einen externen Frachtführer damit, die Maschine per Lastwagen vom Lagerort zum Verschiffungshafen Kobe zu bringen. Während der Fahrt wird der Lastwagen durch schweres Verschulden eines anderen Verkehrsteilnehmers und ohne Verschulden des Chauffeurs in einen Unfall verwickelt. Dabei wird die Maschine zerstört. Im offiziellen Regelwerk der Internationalen Handelskammer (ICC) über die Incoterms 2020 finden sich unter der CIF-Klausel unter anderem die nachfolgend genannten zwei Bestimmungen. Die erste Bestimmung lautet: «B3 (Übernahme): Der Käufer trägt ab dem Zeitpunkt der Lieferung gemäss A2 alle Gefahren des Verlusts oder der Beschädigung der Ware.» Die zweite Bestimmung lautet: «A2 (Lieferung): Der Verkäufer hat die Ware zu liefern, [...] indem er sie an Bord des Schiffs bringt [...]»

Die Q AG fordert den Kaufpreis. Muss die P AG bezahlen? [6 Punkte]

- Ja. Gemäss Art. 67 Abs. 1 CISG geht die Gefahr auf die Käuferin über, sobald die Ware dem ersten Beförderer übergeben worden ist. Das ist hier mit der Übergabe der Maschine an das Lastwagentransportunternehmen in Japan geschehen. Diese Bestimmung ist zwingendes Recht; die Parteien können davon vertraglich nicht abweichen.
- Die Frage kann offenbleiben, da der andere Verkehrsteilnehmer, der den Schaden verschuldet hat, dafür einstehen muss.
- Es geht hier gar nicht um eine Frage der Gefahrtragung. Zum Tragen kommt vielmehr der allgemeine Grundsatz «Wenn der Käufer die Ware nicht erhält, muss er auch den Preis nicht bezahlen». Daher schuldet die P AG den Kaufpreis nicht. Weder Art. 66 ff. CISG noch die CIF-Klauseln spielen somit eine Rolle.
- Nein. Gemäss der CIF-Klausel ist die Gefahr in dem Zeitpunkt, in welchem die Maschine zerstört wurde, noch nicht auf die Käuferin übergegangen.**

**Lösungshinweise:** Richtig ist, dass gemäss der CIF-Klausel die Gefahr bei der Verkäuferin liegt, weil die Maschine noch nicht auf das Schiff verbracht worden war. Unzutreffend ist, dass die Regeln des UN-Kaufrechts zwingendes Recht sind und deshalb die Gefahrtragung sich zwingend nach Art. 67 Abs. 1 CISG richtet. Vielmehr sind diese Regeln dispositives Recht (Art. 6 CISG). Daher können die Parteien im Vertrag die Gefahrtragung abweichend regeln, was denn auch in der Praxis sehr häufig, insbesondere durch den Einbezug einer Incoterm-Klausel (wie hier), geschieht. Sodann ist die Antwort, wonach die Frage offenbleiben kann, nicht zielführend. Denn im Verhältnis unter den Kaufvertragsparteien muss im Streitfall entschieden werden, wer in einer solchen Situation das Risiko trägt. Der Risikoträger kann dann allenfalls auf den externen Schädiger regressieren. Dass es nicht um die Frage der Gefahrtragung geht, ist unsinnig. Die Gefahrtragungsregeln des Kaufrechts bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Käufer den Preis zu bezahlen hat, wenn die Ware nach Vertragsschluss durch höhere Gewalt oder Dritteinwirkung untergeht (Art. 66 CISG).

## Fensterreiniger

6. Anita wohnt in einer hellen Neuenburger Altstadt-Wohnung mit vielen Fenstern. Der einzige Wermutstropfen ist, dass sich diese Fenster nicht selber reinigen. Glücklicherweise bietet ihr ihre Nachbarin an, für zwei Wochen deren Akku-Fensterreiniger mit eingebauter Absaugfunktion zu benutzen, was Anita dankbar annimmt. Im Büro schwärmt Anita ganz begeistert von dieser Wundermaschine, woraufhin ihr Kollege Simon sie überredet, ihm das Gerät für zwei Tage zu überlassen, damit er über das Wochenende in der Basler Wohnung seiner Mutter die Fenster putzen kann. Simon ist am Fensterputzen, als er von einem für Schweizer Verhältnisse starken

Erdbeben überrascht wird. Der Akku-Fensterreiniger fällt ihm – was eine normale Reaktion ist – aus der Hand und fünf Stockwerke hinunter auf den Boden, wo er in tausend Stücke zerfällt. Welche Aussage betreffend die Ansprüche der Nachbarin trifft zu? [3 Punkte]

- Zwischen der Nachbarin und Anita ist ein Hinterlegungsvertrag zustande gekommen. Nach den einschlägigen Gesetzesbestimmungen ist der Aufbewahrer insbesondere verpflichtet, die anvertraute Sache an einem sicheren Ort aufzubewahren. Da Anita diese Pflicht offensichtlich verletzt hat, wird sie ihrer Nachbarin Schadenersatzpflichtig.
- Bei so profanen Alltagsgeschäften wie dem vorliegenden fehlt den Beteiligten von vornherein der Rechtsbindungswille. Es ist daher gar kein Vertrag zwischen Anita und ihrer Nachbarin zustande gekommen. Der Nachbarin steht ausschliesslich ein deliktsrechtlicher Anspruch gegen Simon zu.
- Vorliegend handelt es sich um eine Gebrauchsleihe. Anita und Simon haften der Nachbarin solidarisch, da sie den Akku-Fensterreiniger gemeinschaftlich entlehnt haben.
- Zwischen Anita und ihrer Nachbarin besteht ein Gebrauchsleihvertrag. Anita schuldet ihrer Nachbarin Schadenersatz, auch wenn der Akku-Fensterreiniger unverschuldet zerstört wurde.**

**Lösungshinweise:** Zutreffend ist die Aussage, wonach die Nachbarin gestützt auf Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 306 Abs. 3 OR Schadenersatz fordern kann. Zwischen Anita und ihrer Nachbarin ist ein Gebrauchsleihvertrag zustande gekommen. Da der Akku-Fensterreiniger zerstört wurde, verletzt Anita ihre Rückgabepflicht und begeht somit eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR. Dadurch schädigt sie ihre Nachbarin natürlich und adäquat kausal am Vermögen. Zwar trifft sie möglicherweise kein Verschulden, da sie nicht damit rechnen musste, dass Simon den Akku-Fensterreiniger zerstören würde; zudem kann man Simon gemäss Sachverhalt keinen Vorwurf machen. Allerdings hätte sie das Gerät gemäss Art. 306 Abs. 2 OR gar nicht an Simon weiterverleihen dürfen. Da sie gegen diese Pflicht verstossen hat, haftet sie gemäss Art. 306 Abs. 3 OR auch für den Zufall und muss ihrer Nachbarin den Akku-Fensterreiniger ersetzen. Unzutreffend ist die Aussage, dass es sich beim Vertrag zwischen der Nachbarin und Anita um einen Hinterlegungsvertrag handelt. Ein Hinterlegungsvertrag zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass er im Interesse des Hinterlegers erfolgt und die Aufbewahrerin die anvertraute Sache ohne seine Einwilligung nicht gebrauchen darf (vgl. Art. 474 Abs. 1 OR). Vorliegend erfolgt die Übergabe des Akku-Fensterreinigers aber im Interesse von Anita und mit dem Zweck, dass sie ihn für die Reinigung ihrer Fenster gebrauchen darf. Es handelt sich daher nicht um einen Hinterlegungsvertrag, sondern um eine Gebrauchsleihe. Unzutreffend ist weiter, dass kein Rechtsbindungswille bestand. Anita und die Nachbarin haben vereinbart, dass erstere von letzterer den Akku-Fensterreiniger für zwei Wochen ausleihen dürfe und ihn danach wieder zurückgeben müsse. Dadurch haben sie ihren Rechtsbindungs-

willen kundgetan. Unzutreffend ist schliesslich die Aussage über die Solidarhaftung. Anita und Simon haben den Akku-Fensterreiniger nicht gemeinschaftlich von Anitas Nachbarin ausgeliehen. Vielmehr hat Anita das Gerät von ihrer Nachbarin ausgeliehen und an Simon weiterverliehen.

## Autoreparatur

7. Coiffeur Roger hat seinem besten Freund Patrick in den letzten zehn Jahren alle zwei Monate gratis die Haare geschnitten. Patrick ist Automobilfachmann. Als der VW Golf von Roger eines Tages einen Motorschaden erleidet, bringt er ihn zu Patricks Reparaturwerkstätte. Roger traut seinen Augen nicht, als ihm Patrick für die Reparatur des Golfs eine Rechnung in Höhe von CHF 3'000.00 präsentiert. Aus Prinzip weigert er sich, diese Rechnung zu bezahlen. Die Fronten sind verhärtet, ein Schlichtungsversuch misslingt. Patrick erhebt gegen Roger beim zuständigen Regionalgericht Bern-Mittelland Klage auf Bezahlung von CHF 3'000.00 für die Reparatur. Roger seinerseits hat ausgerechnet, dass ihm, würde er von Patrick für jeden Haarschnitt CHF 50.00 verlangen, gegen diesen ebenfalls eine Forderung von CHF 3'000.00 zustünde (6 Haarschnitte pro Jahr x CHF 50.00 x 10 Jahre). Daher erhebt er Widerklage gegen Patrick auf Bezahlung von CHF 3'000.00. Welche Aussage trifft zu? **[3 Punkte]**

- Für die örtliche Zuständigkeit ist vorliegend Art. 14 Abs. 1 ZPO einschlägig, wonach eine Widerklage beim für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht erhoben werden kann, sofern sie mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht. Vorliegend ist die Forderung von Roger mit derjenigen von Patrick verrechenbar, was für einen sachlichen Zusammenhang nach Art. 14 Abs. 1 ZPO ausreicht.
- Die blosse Verrechenbarkeit reicht für die Annahme eines sachlichen Zusammenhangs im Sinne von Art. 14 Abs. 1 ZPO nicht aus. Eine allfällige örtliche Zuständigkeit des Regionalgerichts Bern-Mittelland müsste anderweitig begründet werden.**
- Gemäss Art. 197 ZPO muss dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vorausgehen. Vorliegend hat nur für die Hauptklage, nicht aber für die Widerklage ein Schlichtungsversuch stattgefunden. Das Gericht wird aus diesem Grund nicht auf die Widerklage eintreten.
- Gemäss Art. 224 ZPO muss für die Widerklage die gleiche Verfahrensart wie für die Hauptklage anwendbar sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb die Widerklage nicht zulässig ist.

**Lösungshinweise:** Richtig ist, dass die blosser Verrechenbarkeit nicht ausreicht, um einen sachlichen Zusammenhang nach Art. 14 Abs. 1 ZPO anzunehmen.<sup>1</sup> Daher müsste eine allfällige örtliche Zuständigkeit des Regionalgerichts Bern-Mittelland anders begründet werden. Damit ist auch gesagt, dass die Aussage, wonach die Verrechenbarkeit der Forderung genügt, um einen sachlichen Zusammenhang anzunehmen. Unzutreffend ist sodann, dass dem Entscheidungsverfahren ein Schlichtungsgesuch vorangehen muss; gemäss Art. 198 lit. g ZPO entfällt bei der Widerklage der Schlichtungsversuch. Unzutreffend ist schliesslich, dass für die Widerklage nicht dieselbe Verfahrensart anwendbar ist. Denn sowohl der Anspruch von Roger als auch der Anspruch von Patrick sind im vereinfachten Verfahren zu beurteilen (vgl. 243 Abs. 1 ZPO). Zusatzbemerkung: Sinnvoller wäre vorliegend gewesen, wenn Roger anstelle der Widerklage lediglich die Abweisung der Klage beantragt und zur Begründung eine Verrechnungseinrede erhoben hätte.

## Holzskulptur

8. Hanna kombiniert ihren Goldstab derart mit einer Holzskulptur von Hans, dass eine neue Sache entsteht. Sowohl die Voraussetzungen von Art. 726 Abs. 1 ZGB (Verarbeitung) als auch diejenigen von Art. 727 Abs. 1 ZGB (Verbindung und Vermischung) sind dabei erfüllt. Nach welcher(n) Norm(en) bestimmen sich die Rechtsfolgen gemäss der herrschenden Lehre? [3 Punkte]
- Nach keiner von beiden. Eine gleichzeitige Anwendung ist gemäss der h.L. nicht möglich und die Rechtsfolgen bestimmen sich nach einer anderen Norm.
  - Ausschliesslich nach Art. 727 Abs. 1 ZGB. Diese Norm geht gemäss der h.L. als speziellere derjenigen von Art. 726 Abs. 1 ZGB vor.
  - Die Rechtsfolgen bestimmen sich gemäss der h.L. nach beiden Normen. Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB sind nebeneinander anwendbar.
  - Ausschliesslich nach Art. 726 Abs. 1 ZGB. Diese Norm geht gemäss der h.L. als speziellere derjenigen von Art. 727 Abs. 1 ZGB vor.**

**Lösungshinweise:** Nach der h.L. ist Art. 726 Abs. 1 ZGB gegenüber Art. 727 Abs. 1 ZGB die speziellere Norm und gelangt daher zur Anwendung.

---

<sup>1</sup> BSK ZPO-RUGGLE, Art. 14 N 22.

## Winzbraut

9. Eduard hat Konstantin am 1. Januar 2019 ein Bild mit dem Titel «Die Winzbraut» ausgeliehen. Die beiden haben keine Rückgabefrist vereinbart. Konstantin hat das Bild seither in seiner Wohnung hängen. Eduard möchte das Bild am 20. Februar 2020 zurück und spricht gegenüber Konstantin gültig die Kündigung aus (vgl. Art. 310 OR). Konstantin gibt Eduard das Bild trotz der ausgesprochenen Kündigung nicht zurück. Kurz nach der Kündigung stirbt Eduard. Das Bild geht auf seine beiden Erbinnen, Elisa und Hanna, über. Elisa und Hanna möchten nun das Bild von Konstantin zurück. Können Elisa und Hanna die Herausgabe des Bildes von Konstantin gerichtlich durchsetzen? Mit welcher der nachfolgend dargestellten Varianten werden Elisa und Hanna NICHT erfolgreich sein? [3 Punkte]

- Elisa und Hanna können das Bild auf vertraglicher Grundlage zurückfordern.
- Elisa und Hanna können das Bild mittels *rei vindicatio* zurückverlangen.
- Elisa und Hanna dringen mit der Erbschaftsklage (Art. 598 Abs. 1 ZGB) gegen Konstantin durch.
- Elisa und Hanna können eine Klage aus Besitzesentziehung durchsetzen.**

**Lösungshinweise:** Elisa und Hanna werden NICHT erfolgreich sein, wenn sie eine Klage auf Besitzesentziehung erheben. Klagegrund für die Besitzesentziehung ist gemäss Art. 927 Abs. 1 ZGB die Besitzesentziehung durch verbotene Eigenmacht. Besitzesentziehung bedeutet, dass der Besitzer die Sachherrschaft unwillentlich und dauerhaft verliert. Dies ist nicht der Fall, wenn die Sache nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht zurückgegeben wird. Verbotene Eigenmacht liegt vor, wenn es zu einem ungerechtfertigten Eingriff in die Besitzeslage kommt. Beides ist hier nicht gegeben. Alle anderen Wege sind hingegen möglich (die Konsequenzen der einzelnen Klagen waren nicht zu berücksichtigen): Den Entlehner trifft nach Beendigung der Gebrauchsleihe ein Rückgaberecht aus Vertrag (Art. 305 OR). Dieser Herausgabeanspruch geht mit der Universalsukzession auf Hanna und Elisa über (vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB). Auch die Voraussetzungen der Eigentumsklage sind gegeben. Klagegrund ist hier die Vorenthaltung der Sache durch den nicht berechtigten Besitzer zulasten des Eigentümers (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Das Bild war hier ursprünglich Eigentum von Eduard. Es hat kein Eigentumserwerb von Konstantin stattgefunden; er hat es weder ersessen noch kam es zu keiner Dereliktion durch Eduard infolge Untätigkeit. Zudem fehlt es Konstantin durch die gültige Kündigung am Recht zum Besitz. Neuerdings steht das Bild im Gesamteigentum von Elisa und Hanna (Art. 457, 560 Abs. 1 und 2, 602 Abs. 2 ZGB). Als nicht unmittelbar besitzende Eigentümerinnen sind sie gemeinsam zur Klage legitimiert; Konstantin ist als unmittelbarer Besitzer passivlegiti-



miert. Auch mit der Erbschaftsklage werden Elisa und Hanna gemeinsam durchdringen (Art. 598 Abs. 1 ZGB). Der Klagegrund liegt im Vorenthalten einer Erbschaftssache und damit in der Widersetzung gegen den erbrechtlichen Anspruch. Das Bild ist Erbschaftssache und es liegen keine Verweigerungsrechte von Seiten Konstantins vor. Hinweis zu dieser Antwort: Die Antwort ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, sie war auch ohne vertiefte Kenntnis des Erbrechts ersichtlich.

## Justins Wohnung

10. Justin bewohnt seit längerem eine 3-Zimmer-Wohnung an der Berner Länggasse. Seine Vermieterin hat in einer formell gültigen Kündigung Eigenbedarf angemeldet. Justin hat die Kündigung weder angefochten noch Erstreckung des Mietverhältnisses verlangt. Als der Kündigungstermin näher rückt, beschliesst Justin, die Wohnung nicht zu verlassen. Als Justin am letzten Tag des Mietverhältnisses der Vermieterin den Zutritt zu ihren Räumlichkeiten verweigert, strengt diese sofort das Ausweisungsverfahren gegen Justin an. Bis zur Räumung der Wohnung vergehen nach der Kündigung vier Monate. Die Vermieterin will von Justin für die Zeit nach der Kündigung eine Entschädigung für die Nutzung der Wohnung. Welche der nachfolgenden Anspruchsgrundlagen ist rechtlich eindeutig NICHT vertretbar? [3 Punkte]

- Die Vermieterin hat Anspruch auf eine Entschädigung aufgrund der stillschweigenden Verlängerung des Mietvertrages.
- Die Vermieterin hat Anspruch auf eine Entschädigung aus faktischem Vertragsverhältnis.
- Die Vermieterin hat Anspruch auf eine Entschädigung aus Art. 940 Abs. 1 ZGB.
- Die Vermieterin hat Anspruch auf eine Entschädigung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR).

**Lösungshinweise:** Rechtlich NICHT vertretbar ist die Antwort, wonach die Vermieterin einen Entschädigungsanspruch aus der Verlängerung des Mietvertrages haben soll. Zwar ist eine stillschweigende Verlängerung des Vertrages trotz gültiger Kündigung nach Art. 1 ff. OR möglich. Vorliegend hat jedoch die Vermieterin sofort ein Ausweisungsverfahren angestrengt. Unter diesen Umständen kann man nicht von einer übereinstimmenden (stillschweigenden) Verlängerung des Mietverhältnisses ausgehen. Alle anderen Anspruchsgrundlagen sind hingegen vertretbar: Denkbar ist die Annahme eines faktischen Vertrages; dies wurde vom Bundesgericht bereits so entschieden (BGE 119 II 437 E. 3b/bb = Pra 83 (1994) Nr. 226). Zudem stehen die Nebenrechte aus der Vindikation zur Diskussion: Art. 940 ZGB regelt die Nebenansprüche der

Vindikation im Falle der Bösgläubigkeit des unrechtmässigen Besitzers. Vorliegend kann die Vermieterin alternativ zum vertraglichen Herausgabeanspruch auch eine *rei vindicatio* anstrengen (Art. 641 Abs. 2 ZGB).<sup>2</sup> Zur Entschädigungspflicht heisst es in Art. 940 Abs. 1 ZGB: «Wer eine Sache in bösem Glauben besitzt, muss sie dem Berechtigten herausgeben und für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden sowie für die bezogenen und versäumten Früchte Ersatz leisten.» Zu den bezogenen Früchten zählt auch die Nutzung. Obwohl die h.M. von der Spezialität der sachenrechtlichen Regeln in Art. 938 ff. ZGB im Verhältnis zum Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) ausgeht,<sup>3</sup> gibt es eine weitverbreitete Meinung, wonach der Verbleib des Mieters über die eigentliche Vertragszeit hinaus zu einem bereicherungsrechtlichen Anspruch des Vermieters führt.<sup>4</sup> Die Bereicherung wird darin erblickt, dass der vormalige Mieter sich durch die Benützung der fremden Mietwohnung den Mietzins für eine andere Bleibe erspart. Diese Benützung ist ungerechtfertigt, weil hierfür kein Rechtsgrund ersichtlich ist. Sodann steht die Bereicherung des «Mieters» im Konnex mit dem Vermögen des «Vermieters», der die Wohnung in dieser Zeit nicht selbst benützen oder anderweitig vermieten kann. Insofern kann jener die Bereicherung herausverlangen.

## Marisa und Philipp

11. Schon vor der Ehe mit Marisa hat Philipp sich aus einer Erbschaft ein schönes Haus im Berner Neufeld-Quartier gekauft. Seit ihrer Heirat (Güterstand: Errungenschaftsbeteiligung) bewohnen sie das Haus gemeinsam. Ihre beiden Kinder gehen im Quartier zur Schule. Philipp möchte das Haus nun verkaufen, weil er aufgrund des aufgeheizten Immobilienmarktes einen guten Zeitpunkt für ein Geschäft wittert. Zudem hängt ihm die Gartenarbeit jedes Wochenende langsam aus dem Hals. Marisa hängt aber sehr am Haus der Familie. Welche der folgenden Aussagen ist in diesem Zusammenhang korrekt? [3 Punkte]

- Philipp darf das Haus ohne Zustimmung von Marisa veräussern; er ist als Alleineigentümer Verfügungsberechtigt.
- Philipp kann das Haus der Familie nur mit der ausdrücklichen Zustimmung von Marisa veräussern.**
- Philipp darf das Haus nur verkaufen, wenn er Marisa zunächst eine anfechtbare Kündigung der Familienwohnung aushändigt.
- Philipp darf das Haus verkaufen, wenn er eine gleichwertige Familienwohnung findet.

---

<sup>2</sup> BSK-Weber, Art. 267 OR N. 1; ZK-Higi, Art. 267 OR N. 15.

<sup>3</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, N. 1499 m.w.H.; Bucher, OR AT, 660 f.

<sup>4</sup> BSK-Weber, Art. 267 OR N. 2b.

**Lösungshinweise:** Richtig ist, dass Philipp das Haus der Familie nur mit der ausdrücklichen Zustimmung von Marissa veräussern kann. Die Antwort findet sich in Art. 169 ZGB: „Ein Ehegatte kann nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken (Abs. 1). Kann der Ehegatte diese Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm ohne triftigen Grund verweigert, so kann er das Gericht anrufen (Abs. 2).“ Alle anderen Antworten sind nicht richtig.

## On-Schuhe

12. Benisha besucht jede Woche das Stadtschwimmbad in Bern. In der Umkleidekabine lässt sie ihre Schuhe jeweils vor dem Schliessfach stehen. Dies gilt auch für ihre On-Schuhe, die sie vor kurzem gekauft hat. Die Schuhe sind eindeutig bestimmbar, weil sie zwar nicht von Roger Federer, aber immerhin von Nicola Spirig signiert wurden. Eines Abends, als Benisha nach dem Duschen zurück in die Umkleidekabine kommt, sind die Schuhe weg. Als Benisha zwei Wochen später wieder ins Stadtschwimmbad kommt, sieht sie die Schuhe in einem Schliessfach nebenan. Darf Benisha das Schliessfach, das durch ein simples Schloss der Diebin gesichert ist, aufbrechen und sich der Schuhe eigenmächtig behändigen? [3 Punkte]

- Diese Frage beurteilt sich allein nach strafrechtlichen Grundsätzen.
- Nein, in diesem Fall ist die Durchsetzung der Rechtslage dem staatlichen Zwangsapparat vorbehalten.**
- Ja, Benisha kann sich auf ihr Selbsthilferecht berufen.
- Ja, als Eigentümerin der Schuhe darf Benisha sie als Ausdruck ihres Faustrechts jederzeit an sich nehmen.

**Lösungshinweise:** Richtig ist, dass die Durchsetzung der Rechtslage dem staatlichen Zwangsapparat vorbehalten bleibt. Weder die Voraussetzungen der Selbsthilfe in Art. 926 Abs. 2 ZGB noch von Art. 53 Abs. 3 OR sind hier gegeben. Voraussetzungen der gewaltsamen Wegnahme (Besitzkehr) nach Art. 926 Abs. 2 ZGB ist, dass der Besitzer den Besitz bereits verloren hat. Bezüglich des Verlusts des Besitzes erfordert Art. 926 Abs. 2 ZGB nicht nur die verbotene Eigenmacht, sondern darüber hinaus, dass die Entziehung der Sache *gewaltsam* oder *heimlich* erfolgt sei. Diese beiden Voraussetzungen sind gegeben. Bei *Fahrrnis* ist die gewaltsame Wegnahme der entzogenen Sache sodann nur zulässig, wenn der Besitzer unmittelbar nach seiner Tat («auf frischer Tat») verfolgt wird. Dabei ist nach den konkreten Umständen zu beurteilen, ob die Verfolgung ohne Unterbruch seit der Tat betrieben worden ist. Wenn der Bestohlene den Dieb einige Tage nach dem Diebstahl mit dem Diebsgut antrifft, darf er nicht gestützt auf Art. 926 Abs. 2

ZGB von sich aus mit Gewalt gegen ihn vorgehen.<sup>5</sup> Vorliegend ist zu viel Zeit seit dem Diebstahl verstrichen, sodass sich Benisha bezüglich der eigenmächtigen Wegnahme nicht auf Art. 926 Abs. 2 ZGB berufen kann. Fraglich ist zudem, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 926 Abs. 3 ZGB durch das Aufbrechen des Schlosses gewahrt würde. Zu prüfen bleibt, ob Lucrezia das Selbsthilferecht von Art. 52 Abs. 3 OR zur Verfügung steht. Das allgemeine Selbsthilferecht von Art. 52 Abs. 3 OR einerseits weiter als das Recht zur Besitzkehrung, weil es auch besteht, wenn die Sache nicht gewaltsam oder heimlich entzogen wurde, und nicht voraussetzt, dass sofort nach der Entziehung gehandelt werde. Andererseits geht es weniger weit, weil es nur angerufen werden kann, wenn amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann und wenn die Selbsthilfe die einzige mögliche Massnahme darstellt, um eine Vereitelung des Anspruchs oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung zu verhindern.<sup>6</sup> Vorliegend kann durch die Benachrichtigung der Angestellten des Schwimmbads oder durch das direkte Rufen der Polizei die amtliche Hilfe rechtzeitig erlangt werden. Das Selbsthilferecht nach Art. 52 Abs. 3 OR ist somit nicht gegeben. Art. 641 Abs. 2 ZGB gewährt dem Eigentümer weder ein Faustrecht noch ein ausnahmsweises Selbsthilferecht. Um ihren Eigentumsanspruch durchzusetzen, muss Benisha klagen und die Voraussetzungen der *rei vindicatio* beweisen. Schliesslich ist die Frage nicht rein strafrechtlicher Natur. Der Diebstahl einer Sache hat auch eine zivilrechtliche Seite. Strafbar würde sich Benisha hier im Übrigen durch die Wegnahme der Schuhe nicht machen.

## Wohnungsbrand

13. Shun hat einen befristeten Mietvertrag bis Ende Januar 2023, den er im Januar 2018 mit seinem Vermieter geschlossen hat. Gerade eben hat er erfahren, dass seine Wohnung per Ende Januar 2021 verkauft wurde. Die neue Eigentümerin will sich der Wohnung so schnell wie möglich habhaft machen, weil ihre alte Wohnung abgebrannt ist. Welche Aussage stimmt in diesem Zusammenhang? [3 Punkte]

- Kauf bricht Miete nicht. Aber: Die neue Eigentümerin hat im Falle eines dringenden Eigenbedarfs ein ausserordentliches Kündigungsrecht, das es ihr erlaubt, das Mietverhältnis innert der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin zu kündigen.
- Kauf bricht Miete: Der Mietvertrag wird mit dem Eigentümerwechsel nachträglich unmöglich. Die neue Eigentümerin kann die Räumung der Wohnung aus ihrem Eigentumsrecht verlangen (vgl. Art. 641

---

<sup>5</sup> BK ZGB-Stark/Lindenmann, Art. 926 ZGB N. 17.

<sup>6</sup> BK OR-Brehm, Art. 52 OR N. 59 ff.; BK ZGB-Stark/Lindenmann, Art. 926 ZGB N. 17; a.M. Landmann, 32, und Meier, 13, die auch für Art. 926 Abs. 2 ZGB fordern, dass staatliche Hilfe nicht oder nicht rechtzeitig erlangt werden könne.

Abs. 2 ZGB). Shun muss deshalb schon 2021 ausziehen, erhält allerdings Schadenersatz von seinem Vermieter gestützt auf Art. 97 OR.

- Kauf bricht Miete: Der Mietvertrag wird mit dem Eigentümerwechsel nachträglich unmöglich. Shun muss 2021 ausziehen und erhält auch keinen Schadenersatz (vgl. Art. 119 OR).
- Kauf bricht Miete nicht: Der Mietvertrag ist bis Ende Januar 2023 unkündbar.

**Lösungshinweise:** Richtig ist die Antwort, wonach der Kauf die Miete nicht bricht. Dies ergibt sich direkt aus dem Gesetz, siehe Art. 261 OR.

## Schenkung

14. Bei der 85-jährigen Erika wurde eine mittelschwere Demenz diagnostiziert; sie kann einzelne einfache Tätigkeiten im Haushalt selbständig ausführen, komplexe Tätigkeiten hingegen nicht. Da sie unter geistiger Verwirrtheit leidet, ist sie auf fremde Hilfe angewiesen. Zwei Spitex-Mitarbeiter kümmern sich fast rund um die Uhr um Erika. Letztes Jahr lernte Erika den rüstigen Rentner Reto kennen, der seither ab und zu bei ihr vorbeischaut. Am 24. Mai 2020 überwies Erika aus Dankbarkeit CHF 50'000.00 als Schenkung i.S.v. Art. 239 OR auf Retos Bankkonto. Als Erika kurz darauf verstirbt, kommt es aufgrund dieser Schenkung zum Streit zwischen Reto und Erika's Schwester Rosa, die die einzige Erbin von Erika ist. Welche der folgenden Aussagen trifft zu? **[6 Punkte]**

- Die Urteilsunfähigkeit ist die Regel und wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung nach Art. 16 ZGB vermutet. Derjenige, der deren Nichtvorhandensein behauptet, hat dies zu beweisen. Da Erika an einer vorhandenen Beeinträchtigung litt, wurde die Vermutung nach Art. 16 ZGB bestätigt. Reto kann jedoch den Gegenbeweis erbringen, dass Erika trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit in einem luziden Intervall gehandelt hat.
- Die Urteilsfähigkeit ist die Regel und wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung nach Art. 16 ZGB vermutet. Derjenige, der deren Nichtvorhandensein behauptet, hat dies zu beweisen. Da dieser Beweis post-mortem jedoch kaum zu führen ist, steht weder Rosa noch Reto die Möglichkeit des Beweises zu. Das Gericht stützt sich zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit von Erika auf ein ärztliches Gutachten.
- Die Urteilsfähigkeit ist die Regel, sie wird jedoch nach Art. 16 ZGB nicht vermutet. Derjenige, der deren Nichtvorhandensein behauptet, hat daher den Hauptbeweis zu erbringen. Da Erika an einer vorhandenen Be-

einträchtigung litt, gilt die Vermutung der Urteilsunfähigkeit. Reto hat daher den Gegenbeweis zu erbringen, dass Erika trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit in einem luziden Intervall gehandelt hat.

- Die Urteilsfähigkeit ist die Regel und wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung nach Art 16 ZGB vermutet. Da Erika an einer vorhandenen Beeinträchtigung litt, sind objektive Zweifel an der Urteilsfähigkeit angezeigt. Legt der allgemeine Gesundheitszustand die natürliche Vermutung nahe, dass eine Person urteilsunfähig ist in Bezug auf ein bestimmtes Geschäft, hat derjenige, der aus einer allfälligen Urteilsfähigkeit Rechte ableitet, diese nach Art. 8 ZGB zu beweisen. Reto hat daher den Gegenbeweis zu erbringen, dass Erika trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit in einem luziden Intervall gehandelt hat.**

**Lösungshinweise:** Führt die Lebenserfahrung z.B. bei Kindern, bestimmten Geisteskrankheiten oder altersschwachen Personen, zur umgekehrten Vermutung, dass die handelnde Person ihrer allgemeinen Verfassung nach im Normalfall und mit Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss, ist der Beweispflicht insoweit Genüge getan und die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen; der Gegenpartei steht in diesem Fall der Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund ihrer allgemeinen Gesundheits-situation in einem luziden Intervall gehandelt hat (BGE 124 III 5 E. 1b; 117 II 231 E. 2b). Reto hat daher den Gegenbeweis, zu erbringen, dass Erika in einem luziden Intervall gehandelt hatte. Die diesbezügliche Antwort ist folglich korrekt. Falsch ist, dass die Urteilsunfähigkeit die Regel ist und daher vermutet wird. Vielmehr gilt das Umgekehrte: Die Urteilsfähigkeit ist die Regel. Sie wird aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung vermutet; folglich hat derjenige, der deren Nichtvorhandensein behauptet, dies zu beweisen (BGE 124 III 5 E. 1b). Falsch ist auch, dass Reto die Möglichkeit des Gegenbeweises, dass Erika in einem luziden Intervall gehandelt hat, nach dem Tod von Erika nicht mehr offensteht.

## Lückenbegriff

15. Welche der nachfolgenden Aussagen über den Lückenbegriff ist korrekt? [6 Punkte]

- Eine Lücke intra legem liegt vor, wenn das Gesetz für eine bestimmte Rechtsfrage eine Antwort hat, diese jedoch nicht unmittelbar zur Lösung des konkreten Sachverhalts brauchbar ist. Darunter subsumiert werden Verweisnormen, Generalklauseln und Erkenntnislücken. Anwendungsbeispiel für eine Lücke intra legem ist Art. 422 Abs. 1 OR. Die Lücke wird somit über Art. 1 Abs. 2 ZGB durch Gewohnheitsrecht oder, wo keines vorhanden ist, durch Gerichtsrecht gefüllt.

- Eine Lücke contra legem liegt vor, wenn die Anwendung einer Norm im Ergebnis offensichtlich und krass stossend ist. Der Begriff «jemand» in Art. 679 Abs. 1 ZGB, worunter auch ein Pächter oder Mieter subsumiert werden kann, ist ein Beispiel hierfür. Die Lücke contra legem wird auch Ausnahmelücke oder echte Lücke genannt. Die Korrektur erfolgt nur ausnahmsweise gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB.
- Die Lücke intra legem tritt in den Erscheinungsformen der Generalklausel, der Verweisung und der Erkenntnislücke auf. Sie wird über Art. 1 Abs. 2 ZGB gefüllt. Allgemein kann das Gericht nur bei Lücken intra legem nach Ermessen urteilen, da hier Wertbegriffe bzw. Erkenntnislücken ausgelegt werden müssen. Bei Verweisnormen, die auch zur Lücke intra legem zählen, steht dem Gericht hingegen kein Ermessen zu.
- **Eine Lücke praeter legem liegt vor, wenn das Gesetz eine Frage nicht beantwortet. Die Lücke praeter legem wird nach Art. 1 Abs. 2 ZGB durch Gewohnheitsrecht und, wo keines vorhanden ist, durch Gerichtsrecht gefüllt. Letzteres verpflichtet das Gericht, eine allgemeine Regel, d.h. eine generell-abstrakte Norm zu bilden und den Sachverhalt anschliessend darunter zu subsumieren.**

**Lösungshinweise:** (1) Richtig ist, dass die Lücke präter legem nach Art. 1 Abs. 2 ZGB gefüllt wird.<sup>7</sup> (2) Hingegen wird die Lücke intra legem über das gerichtliche Ermessen nach Art. 4 ZGB und nicht über Art. 1 Abs. 2 ZGB gefüllt, weshalb die entsprechende Antwort falsch ist. (3) Die Lücke contra legem bzw. die Ausnahmelücke sind unechte Lücken,<sup>8</sup> weshalb die entsprechende Antwort ebenfalls falsch ist. (4) Bei der Lücke intra legem kommt eine Lückenfüllung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nicht in Betracht; sondern diese sind entweder im Rahmen der Auslegung zu konkretisieren (z.B. Verweisungen) oder über Art. 4 ZGB zu füllen (Generalklauseln und Erkenntnislücken).<sup>9</sup> Deshalb ist auch diese Antwort falsch.

## Solaranlage

16. Anna kauft bei der Salar AG eine Solaranlage für CHF 35'000.00. Diese Solaranlage (Seriennummer 0015) ist von dem Typ, dass sie in eine Baute integriert wird und neben der Stromproduktion zusätzlich dem Wetter- und dem Wärmeschutz dient. Die Parteien vereinbaren einen Eigentumsvorbe-

---

<sup>7</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2019, § 2 N 186 und 264 ff.

<sup>8</sup> HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2019, § 2 N 146.

<sup>9</sup> HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2019, § 2 N 134.

halt, der auch im Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen wird. Anna bezahlt alsdann den gesamten Kaufpreis wie vereinbart. Die Solaranlage wird kurz darauf auf dem Dach des Einfamilienhauses von Anna's Freund David fest installiert und in Betrieb genommen; bei einer Abtrennung müssten wichtige Teile ersetzt werden. Die Salar AG hat den Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister jedoch nie löschen lassen und verkauft die Solaranlage mit der Seriennummer 0015 dem gutgläubigen Rudolf; sie vereinbaren eine Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt. Welche Aussage trifft zu? [3 Punkte]

- Rudolf ist Eigentümer der Solaranlage. Das Eigentumsvorbehaltsregister hat eine positive Rechtskraft. Darauf durfte sich Rudolf als gutgläubiger Dritter verlassen. Er ist daher in seinem Eigentumserwerb geschützt.
- David wird durch die Installation Eigentümer der Solaranlage. Sie wird gestützt auf das Akzessionsprinzip i.S.v. Art. 642 Abs. 1 ZGB Bestandteil des in seinem Eigentum stehenden Hauses.**
- Die Salar AG ist nicht mehr Eigentümerin der Solaranlage. Der Eigentumsvorbehalt an der Solaranlage ist nicht gültig vereinbart worden, da die Solaranlage im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses zwischen der Salar AG und Anna ein Bestandteil war und an einem Bestandteil kein Eigentumsvorbehalt angebracht werden kann. Somit ist Anna sofort Eigentümerin der Solaranlage geworden.
- Anna ist Eigentümerin der Solaranlage. Beim Eigentumsvorbehalt gilt die positive Rechtskraft nicht, sodass Rudolf nicht in seinem Erwerb zu schützen ist. Da das Akzessionsprinzip nicht zwingend ist und Anna für die Solaranlage bezahlt hat, ist ihr Freund David nicht der Eigentümer.

**Lösungshinweise:** (1) Richtig ist, dass David durch die Installation Eigentümer der Solaranlage wird. Sie wird gestützt auf das Akzessionsprinzip (Art. 642 Abs. 1 ZGB) Bestandteil des in seinem Eigentum stehenden Hauses. (2) Im Gegensatz zum Grundbuch hat das Eigentumsvorbehaltsregister keine positive Rechtskraft.<sup>10</sup> Somit ist die entsprechende Antwort falsch. (3) Nach der Legaldefinition von Art. 642 Abs. 2 ZGB ist Bestandteil einer Sache alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann. Die Solaranlage hat bei Abschluss des Kaufvertrages somit keinen Bestandteil dargestellt. Daher ist die entsprechende Antwort falsch. (4) Das Akzessionsprinzip ist ein allgemeiner Grundsatz des Sachenrechts, das grundsätzlich

---

<sup>10</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, N 05.87.



zwingend gilt, ausser Ausnahmen sind explizit gesetzlich statuiert (z.B. Art. 675 Abs. 1 ZGB).<sup>11</sup> Irrelevant ist auch, dass Anna für die Solaranlagen bezahlt hat. Daher ist die entsprechende Antwort ebenfalls falsch.

## Sessel

17. Céline giesst während der sechsmonatigen Abwesenheit von Robert vereinbarungsgemäss dessen Pflanzen. Dabei bemerkt sie eines Tages, dass ein Fenster zur Wohnung von Robert undicht ist. Bereits weist der Teppich vor dem Fenster nasse Stellen auf und der teure Corbusiersessel hat einen Fleck auf der Lehne. Céline versucht zunächst erfolglos, die durchlässige Stelle eigenhändig abzudichten. Dabei werden ihre empfindlichen Schuhe nass und nehmen Schaden. Anschliessend versucht sie vergeblich, Robert telefonisch zu kontaktieren. Als ihr auch das nicht innerhalb nützlicher Frist gelingt, ruft sie einen ihr bekannten Schreiner an und lässt das Fenster abdichten. Nach seiner Rückkehr stellt sich Robert auf den Standpunkt, Céline habe zwar richtig gehandelt, müsse aber die angefallenen Kosten selbst tragen. Welche Rechtsbehelfe stehen Céline zu? [3 Punkte]

- Von Robert verlangen, dass er die Kosten für den Schreiner tilgt oder die entsprechende Schuld von ihr übernimmt.
- Von Robert gestützt auf ihre vertragliche Beziehung verlangen, dass er ihr die Kosten für den Schreiner und für den Ersatz ihrer Schuhe erstattet.
- Gar nichts verlangen, sofern Robert der Abdichtung des Fensters nicht nachträglich doch noch zustimmt.
- Von Robert nur dann die Kosten für den Ersatz ihrer Schuhe verlangen, wenn ihn ein Verschulden an deren Schaden trifft.

**Lösungshinweise:** Célin kann von Robert verlangen, dass der die Kosten für den Schreiner tilgt oder die entsprechende Schuld von ihr übernimmt. Denn gestützt auf Art. 422 I OR kann Céline die Befreiung von Verbindlichkeit vom Geschäftsherrn verlangen. Falsch ist, dass Céline gestützt auf Vertrag etwas verlangen kann. Es liegt kein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien vor. Falsch ist, dass eine Zustimmung erforderlich ist. Die Voraussetzungen für eine berechnete echte GoA sind erfüllt. Falsch ist, dass es ein Verschulden braucht. Art. 422 I OR statuiert eine Kausalhaftung.

---

<sup>11</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, N 06.56.

## Retrozessionen

18. Millionär M unterhält seit Jahrzehnten ein Vermögensverwaltungsverhältnis mit Bank B. M fragt aufgrund eines Medienartikels zum Thema bei B nach und erfährt von dieser, dass sie im Zusammenhang mit den unter diesem Vertrag von B getätigten Anlagen jahrelang jedes Quartal Retrozessionen in Höhe von ca. 0.5% der in bestimmte Finanzprodukte angelegten Vermögenswerten von den Produkthanbietern erhalten hatte (ohne M darüber zu informieren oder diese ihm abzuliefern) und kündigt darauf den Vermögensverwaltungsvertrag mit sofortiger Wirkung und verlangt nun vor Gericht die Retrozessionen, wobei er dies auf Vertragsrecht abstützt. Wann tritt die Verjährung ein? **[3 Punkte]**

- 10 Jahre ab Klageeinreichung vor Gericht
- Jeweils 10 Jahre ab Erhalt der Retrozessionen durch B**
- Jeweils 5 Jahre ab Erhalt der Retrozessionen durch B, da es sich um eine periodische Leistung i.S.v. Art. 128 Ziff. 1 handelt
- 10 Jahre ab Beendigung des Vermögensverwaltungsvertrags

**Lösungshinweise:** Dauer der Verjährung: Art. 128 Ziff. 1 OR ist nicht einschlägig. Die Herausgabepflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber ist keine auf einem Dauerschuldverhältnis beruhende periodische Leistungspflicht. Einschlägig ist die 10-jährige Frist nach Art. 127 OR (BGE 143 III 348 E. 5.2.1). Beginn der Verjährung: Die Verjährung beginnt gem. Art. 130 Abs. 1 OR mit der Fälligkeit der Forderung. Ist die Fälligkeit weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, so tritt diese sofort, d.h. mit Entstehung des Anspruchs ein (Art. 75 OR). Der Anspruch des Auftraggebers auf Herausgabe der Retrozessionen entsteht, sobald der Beauftragte diese entgegennimmt. Damit beginnt die Verjährung jeweils mit Entgegennahme der Vergütung durch den Beauftragten zu laufen (BGE 143 III 348 E. 5.3.2 f.). Korrekt ist daher die Antwort, dass die Verjährung zehn Jahre ab Erhalt der Retrozessionen durch B eintritt.

## IV-Rentner

19. Adrian ist 18-jährig, als er auf dem Heimweg von einem Tram angefahren und dabei schwer verletzt wird. Er steht seither unter umfassender Beistandschaft, ist aber urteilsfähig. Eines Tages bittet ihn sein langjähriger Freund Boris um ein Darlehen in der Höhe von CHF 30'000.00. Für Adrian, der seit seinem Unfall von einer IV-Rente lebt, ist dies ein erheblicher Betrag. Welche Aussage trifft zu? **[3 Punkte]**

- Der Beistand von Adrian hat die Errichtung des Darlehens in Vertretung von Adrian vorzunehmen. Hierzu bedarf es zudem der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde.**
- Adrian ist zwar handlungsunfähig nach Art. 17 ZGB und Art. 398 Abs. 3 ZGB, jedoch verfügt eine urteilsfähige Person stets über eine beschränkte Handlungsfähigkeit, sodass es im vorliegenden Fall keiner Zustimmung für das Darlehen bedarf.
- Nur der Beistand von Adrian muss dem Geschäft zustimmen, ansonsten fällt der Vertrag ex nunc i.S.v. Art. 19a und 19b ZGB dahin.
- Es bedarf lediglich der Zustimmung des Beistandes von Adrian. Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist nicht erforderlich, da Adrian urteilsfähig ist und seine Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt ist.

**Lösungshinweise:** Richtig ist: Nach Art. 416 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB bedürfen erhebliche Darlehen der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Im vorliegenden Fall handelt es sich gemäss Sachverhalt um ein erhebliches Darlehen aus Sicht von Adrian, sodass dessen Ausrichtung nach Art. 416 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedarf. Die Zustimmung des Beistands alleine reicht für sich nicht, weshalb diese Antwort nicht zutrifft. Zudem fiel der Vertrag ex tunc (von Anfang an) dahin und nicht ex nunc (von nun an); entsprechend ist auch diese Antwort falsch.

## Architekturarbeiten

20. Mit schriftlichem Vertrag vom 26. Dezember 2019 übertrug Martha Düssel der Kollektivgesellschaft Dietschi, Boetschi & Morcetti die Architekturarbeiten (sämtliche Planerleistungen, die für das Bauvorhaben erforderlich sind, Bauaufsicht, Projektierung, Ausführung der Baute, etc.) für eine Grossüberbauung in Zürich. Die Parteien vereinbarten, dass der Architekt, wenn ihm der Bauherr ohne sein Verschulden den Auftrag entzieht, in jedem Fall Anspruch auf das Honorar für die geleisteten Arbeiten mit einem Zuschlag von 50% hat. Ist die Vereinbarung eines Zuschlags von 50% gültig? **[3 Punkte]**

- Ja, der Architekturvertrag wird als Werkvertrag qualifiziert. Der Vereinbarung eines Zuschlags von 50% im Falle einer Kündigung steht nichts entgegen (Vertragsfreiheit).
- Der Vertrag ist als Auftrag zu qualifizieren. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet auf die Frage der Kündigung Art. 404 OR Anwendung. Art. 404 OR ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingender Natur und darf auch nicht indirekt, durch Vereinbarung

einer Konventionalstrafe eingeschränkt werden. Die Vereinbarung ist daher ungültig.

- Der Vertrag ist als gemischter Vertrag mit Auftrags- und Werkvertragsselementen zu qualifizieren. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet auf die Frage der Kündigung Art. 404 OR Anwendung. Art. 404 OR ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingender Natur und darf auch nicht indirekt (etwa durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe) eingeschränkt werden. Die Vereinbarung ist daher ungültig.**
- Der Vertrag ist als gemischter Vertrag mit Auftrags- und Werkvertragsselementen zu qualifizieren. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet auf die Frage der Kündigung allein Werkvertragsrecht Anwendung. Der Vereinbarung steht nichts entgegen.

**Lösungshinweise:** Der Vertrag ist als gemischter Vertrag mit Auftrags- und Werkvertragsselementen zu qualifizieren. Werden einem Architekten sämtliche Planerleistungen, die für ein Bauvorhaben erforderlich sind, übertragen, nimmt das Bundesgericht einen gemischten Vertrag an, der sowohl werkvertragliche als auch auftragsrechtliche Elemente aufweist.<sup>12</sup> Auf die Frage der Kündigung kommt bei einem Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen Bauherrn und Architekten so viel Bedeutung zu, dass das Bundesgericht auf die Frage der Kündigung Art. 404 OR anwendet (BGE 109 II 462, E. 3d). Das jederzeitige Kündigungsrecht wird vom Bundesgericht als zwingend erachtet und darf deshalb vertraglich weder wegbedungen noch erschwert werden. Das Kündigungsrecht darf auch nicht, wie vorliegend, durch Konventionalstrafe oder durch eine Zusatzzahlung, die den Zweck einer Konventionalstrafe erfüllt, erschwert werden.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., N 1688a.

<sup>13</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., N 1966 f.