



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Deckblatt für schriftliche Leistungskontrollen

NOTE

Fach Bachelorprüfung im Privatrecht II und III gemäss Art. 17 Abs. 1
lit. a RSL RW, HS 2021

Themensteller/-in Prof. Mirjam Eggen

Datum der Leistungskontrolle 10. Januar 2022

Matrikel-Nr.

Muttersprache

Hinweise:

- Die Leistungskontrolle umfasst **22** vorbedruckte Seiten (inkl. Deckblatt) sowie beschriebene Seiten auf Dekanatspapier.
- Die Prüfung umfasst zwei Teile: Der erste Teil besteht aus Freitextaufgaben, für deren Beantwortung das beiliegende Dekanatspapier zu verwenden ist. Die Beantwortung jedes Falles (d.h. Fall I, II und III) ist auf einem neuen Blatt Papier zu beginnen. Nummerieren Sie die Seiten. Der zweite Teil umfasst 10 Multiple Choice-Fragen, die auf einem separaten, vorgedruckten Prüfungsbogen zu beantworten sind; beachten Sie dazu die zusätzlichen Hinweise am Anfang von **Teil 2** der Prüfung. Schreiben Sie weder für den ersten noch für den zweiten Teil der Prüfung Ihre Antworten auf die Blätter der Aufgabenstellung – diese werden in keinem Fall korrigiert.
- Es sind alle Aufgaben zu bearbeiten. Stichworte gelten – soweit nichts Anderweitiges angeordnet ist – nicht als Antwort. Achten Sie auf eine angemessene Subsumtionstechnik. Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen anhand des Gesetzes und unter Angabe der vollständigen Bestimmungen zu prüfen und zu begründen. Wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen – soweit nicht anders vermerkt – dennoch zu prüfen.
- Punkte für das Benennen der einschlägigen Gesetzesnormen werden nur vergeben, wenn die Bestimmung vollständig wiedergegeben wird. Lautet die Lösung beispielsweise «Art. 28 Abs. 2 ZGB», so ergibt «Art. 28 ZGB» noch keinen Punkt.

- Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung). Eine hohe Punktzahl kann auch dem Schwierigkeitsgrad der Frage geschuldet sein und ist nicht immer gleichbedeutend mit dem Umfang des erwarteten Lösungsvorschlags.
- Neben der materiell-rechtlichen Qualität der Arbeit werden bei der Bewertung auch die Qualität des Aufbaus, der Sprache und der juristischen Argumentation mitberücksichtigt.
- Schreiben Sie bitte leserlich, Unleserliches wird nicht korrigiert.

Viel Erfolg!

Gewichtung der einzelnen Prüfungsteile:

Fall I:	42 Punkte
Fall II:	22 Punkte
Fall III:	16 Punkte
Multiple Choice-Aufgaben:	30 Punkte
TOTAL:	110 Punkte

Korrekturfeld (vom Professor oder von der Professorin nach der Korrektur auszufüllen):

Anzahl max. möglicher Punkte

Erreichte Punkte

Unterschrift

TEIL 1: FREITEXTFRAGEN

FALL I

Erster Sachverhaltsabschnitt

Maria Monteleone ist Inhaberin der im Handelsregister eingetragenen Mamma Monteleone GmbH, einem Feinkostgeschäft mit Sitz in Bern. Auf der Homepage des Geschäfts beschreibt sie ihre Tätigkeit wie folgt:

«Mamma Monteleone ist der Inbegriff italienischer Feinkost. Lassen Sie sich verführen von den täglich frisch zubereiteten Zitronen-Limonaden und -Sirups, Suppen, Panini und Salaten und füllen Sie Ihren Vorrat mit hausgemachtem Likör, von Hand eingelegtem Gemüse, mit Liebe gebackenen Cantuccini sowie direkt aus Italien importierten Spezialitäten wie z.B. Olivenöl, Wein, Grappa, Zitrusfrüchten, Käse und Antipasti.»

Der Verkaufsschlager von Maria Monteleone ist ihr nach dem Geheimrezept von Nonna Elisabetta produzierter Limoncello, ein aus Zitronenschalen hergestellter Zitronenlikör. Das Geheimnis des Likörs liegt darin, dass für die Herstellung nicht wie für die restlichen Produkte in Maria Monteleones Laden gewöhnliche Zitronen verwendet werden, sondern einzig die aus Italien stammenden Amalfi-Zitronen. Diese an der Amalfiküste gedeihenden Früchte zeichnen sich durch eine dicke, helle Schale aus, die reich an ätherischen Ölen ist und deren Fleisch eine einzigartige Milde besitzt, mit einem fast schon süssen Aroma. Entscheidender Faktor für das Gelingen eines überdurchschnittlich guten Limoncellos ist, dass Maria Monteleone im Gegensatz zur Konkurrenz nur Amalfi-Zitronen aus der Extra-Klasse verwendet, die einen Zuckergehalt von mind. 3.5g pro 100g Zitrone aufweisen (zum Vergleich: eine Amalfi-Zitrone Erster Klasse weist bloss einen Zuckergehalt von 2.8g Zucker pro 100g Zitrone auf, eine ganz «gewöhnliche» Amalfi-Zitrone einen Zuckergehalt von 2.5g Zucker pro 100g Zitrone).

Da Maria Monteleones bisheriger Lieferant kürzlich in Rente ging, musste sie sich auf die Suche nach einem neuen machen, wobei sie schliesslich nach einer kurzen Recherche im italienischen Unternehmensregister in Vincenzo Viscardi aus Ravello fündig wurde, der neben Italienisch auch Deutsch spricht. Dieser bietet auf seiner Homepage seine Amalfi-Zitronen als «*die besten in der ganzen Provinz Salerno*» an, «*von unvergleichlicher Qualität und mit aussergewöhnlich süssem Geschmack*». Die über 400 Online-Bewertungen seiner Kunden mit Kommentaren wie «*beste zitronen! schmecken wie süsigkeiten!!*» oder «*Werde in Zukunft für mein Lebensmittelgeschäft nur noch Viscardi-Zitronen kaufen. So gute Qualität bekommt man sonst nirgends...*» scheinen ihm diesbezüglich Recht zu geben. Maria Monteleone sendet ihm deshalb sogleich eine E-Mail mit folgendem Wortlaut:

«Guten Tag Signor Viscardi, gerne möchte ich bei Ihnen für mein Feinkostgeschäft (www.mamma-monteleone.ch) 200kg von Ihren besten Amalfi-Zitronen zum Preis von CHF 2'000.00 bestellen, lieferbar bis spätestens am 20. November 2021. Cordiali saluti, Maria Monteleone.»

Noch am gleichen Tag schreibt ihr Vincenzo Viscardi Folgendes zurück:

«Ciao Maria, vielen Dank für die Bestellung. Ich liefere Ihnen gerne die gewünschte Menge Amalfi-Zitronen. Die Ernte in diesem Jahr war hervorragend, die Zitronen sind sehr gut, Sie werden nicht enttäuscht sein! A presto, Vincenzo.»

Als Erfüllungsort vereinbaren sie Bern. Eine Woche später, am 16. November 2021, liefert Vincenzo Viscardi persönlich die gewünschte Menge Zitronen. Während des Abladeprozesses prüft Maria Monteleone in einer Stichprobenkontrolle mit einem sogenannten Refraktometer den Zuckergehalt der gelieferten Zitronen. Die Proben weisen durchgehend einen Wert von 3.1g Zucker pro 100g Zitrone auf. Sie gelangt zur Erkenntnis, dass ihr nicht Zitronen aus der Extra-Klasse geliefert wurden und diese somit für die Herstellung des Limoncellos unbrauchbar sind, weshalb sie die Annahme der gesamten Lieferung verweigert und auch den Lieferschein nicht unterzeichnet. Vincenzo Viscardi, völlig überrumpelt von dieser Entwicklung, beharrt hingegen darauf, dass er Ware gemäss Bestellung geliefert habe und Maria Monteleone die Lieferung annehmen müsse. Nach einigem Hin und Her einigen sie sich darüber, dass sie sich zurzeit nicht einig sind, wie die rechtliche Situation zu beurteilen ist. Bevor er irgendwelche Zugeständnisse macht, will Vincenzo Viscardi selbst eine Kontrolle des Zuckergehalts durchführen. Er braucht dazu jedoch ein paar Tage Zeit, um zuerst weitere Bestellungen auszuliefern und sein eigenes Refraktometer beschaffen zu können. Da er in der Region nicht über ein eigenes Lager verfügt, bietet ihm Maria Monteleone an, dass er die Zitronen bis zum 30. November 2021 bei ihr einlagern kann und sie in dieser Zeit zu einer Übereinkunft über das weitere Vorgehen gelangen können. Vincenzo Viscardi erklärt sich damit einverstanden.

Am 22. November 2021 erscheint Vincenzo Viscardi wieder bei Maria Monteleone und prüft eingehend die gelieferten Zitronen. Auch er erhält als Ergebnis durchgehend einen Zuckergehalt von 3.1g pro 100g Zitrone. Noch am gleichen Tag teilt er ihr per E-Mail mit, dass der Zuckergehalt über dem Durchschnitt einer gewöhnlichen Amalfi-Zitrone liege und er somit vertragsgemässe Ware lieferte, weshalb er seiner vertraglichen Pflicht nachgekommen sei und Maria Monteleone die Zitronen annehmen müsse. Eine Rücknahme und erneute Lieferung durch ihn komme nicht in Frage. Als Zeichen seines Entgegenkommens gebe er ihr eine Frist von zehn Tagen für die Bezahlung der Lieferung. Maria Monteleone antwortet ihm am nächsten Tag, dass sie nach wie vor nicht daran denke, die Lieferung anzunehmen. Aufgrund ihrer geschäftlichen Tätigkeit habe er wissen müssen, dass sie nur Zitronen der Extra-Klasse für die Produktion des Limoncellos verwenden könne. Schliesslich sei es selbstverständlich, dass ein Feinkostgeschäft wie ihres auch nur Produkte höchster Qualität verwende. Zudem habe sie aufgrund seiner Zusicherungen betreffend die gute Qualität der Zitronen davon ausgehen dürfen, dass diese einen Zuckergehalt von mind. 3.5g pro 100g Zitrone aufweisen würden. Da die gelieferte Ware jedoch nicht diesen entsprechenden Mindestwert an Zucker aufweise, liege keine vertragsgemässe Erfüllung vor. Als Zeichen ihres Entgegenkommens habe er nach wie vor bis zum 30. November 2021 Zeit, um die bei ihr eingelagerten minderwertigen Zitronen wieder abzuholen und ihr neu zu liefern.

Maria Monteleone will nach ihrem Disput mit Vincenzo Viscardi ihr Vorgehen doch noch von einem Profi rechtlich absichern lassen und wendet sich deshalb an ihre Anwältin Stella von Stockar-Castell in Bern. Diese wiederum bittet Sie als ihre Praktikantin/ihren Praktikanten darum, die folgenden Fragen zu beantworten. Sie weist Sie an, bei der Beantwortung sämtlicher Fragen davon auszugehen, dass es sich vorliegend nicht um eine Aliud-Lieferung handelt.

Hinweis: Beantworten Sie die folgenden Fragen mit Ausnahme der Fragen D und E unter der Annahme, dass gemäss vertraglicher Vereinbarung zwischen den Parteien das schweizerische Obligationenrecht auf den Fall zur Anwendung kommt.

Frage A

Auf welche kaufrechtliche Anspruchsgrundlage wird Maria Monteleone ihre Forderung stützen, dass Vincenzo Viscardi ihr neue Amalfi-Zitronen liefern muss? Begründen Sie Ihre Antwort *kurz*.

Hinweis: Eine Nennung und Prüfung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der gesetzlichen Norm ist nicht Gegenstand Ihrer Antwort zu Frage A.

[2 Punkte]

Frage B

Weisen die gelieferten Zitronen einen Mangel auf? Berücksichtigen Sie bei der Beantwortung der Frage die im Sachverhalt aufgeführten Argumente von Maria Monteleone. Die Prüfung von weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der in Antwort A genannten Anspruchsgrundlage ist im Rahmen von Frage B dagegen nicht erforderlich und wird nicht mit Punkten belohnt.

[10 Punkte]

Frage C

Angepasster Sachverhalt: Maria Monteleone macht neben dem zu geringen Zuckergehalt auch eine Qualitätsverschlechterung der Zitronen während der Lieferung geltend. Diese ist auf das durch die Zöllner unsachgemäß vorgenommene Ein- und Ausladen der Zitronen anlässlich einer Grenzkontrolle zurückzuführen. Vincenzo Viscardi macht geltend, für diesen Umstand könne er nichts, das Risiko einer allfälligen Qualitätseinbusse während der Warenlieferung liege bei Maria. Wie beurteilen Sie die Argumentation von Vincenzo? Die Prüfung von weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der in Antwort A genannten Anspruchsgrundlage ist auch im Rahmen von Frage C nicht erforderlich und wird nicht mit Punkten belohnt.

[6 Punkte]

Frage D

Angepasster Sachverhalt: Falls die Vertragsparteien keine vertragliche Regelung über das anwendbare Recht getroffen haben: Ist auf den Sachverhalt das UN-Kaufrecht anwendbar?

[3 Punkte]

Frage E

Angepasster Sachverhalt: Falls Maria Monteleone und Vincenzo Viscardi die Lieferung von Amalfi-Zitronen mit einem Zuckergehalt von 3.5g Zucker pro 100g Frucht vertraglich vereinbart haben und Vincenzo die Zitronen in der Folge zwar rechtzeitig, jedoch mit einem Zuckergehalt von nur 3.1g pro 100g liefert: Kann Maria Monteleone gestützt auf das UN-Kaufrecht die Vertragsaufhebung erklären?

Hinweis: Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage E davon aus, dass das UN-Kaufrecht anwendbar ist und die Qualitätsverschlechterung aufgrund der Zollkontrolle nicht stattgefunden hat.

[7 Punkte]

Zweiter Sachverhaltsabschnitt

Am 1. Dezember 2021 lagern die Amalfi-Zitronen nach wie vor bei Maria Monteleone. Am gleichen Tag erhält sie ein Einschreiben der Schlichtungsbehörde mit der Vorladung zu einer Schlichtungsverhandlung. Dem Schreiben liegt eine Kopie des Schlichtungsgesuchs von Vincenzo Viscardi bei, in welchem er die Schlichtungsbehörde darum ersucht, dass die Mamma Monteleone GmbH dazu zu verpflichten sei, ihm die ausstehenden CHF 2'000.00 für die gelieferten Zitronen zu bezahlen. Er beantragt, die Schlichtungsbehörde solle selbst über die Streitigkeit entscheiden. An der Schlichtungsverhandlung vom 15. Dezember 2021 bleibt Vincenzo Viscardi bei seinen im Schlichtungsgesuch gestellten Anträgen. Als Maria Monteleone zu Wort kommt, stellt sie neben dem Antrag, das Begehren von Vincenzo Viscardi sei abzuweisen, überraschend zusätzlich den Antrag, Vincenzo Viscardi sei dazu zu verpflichten, der Mamma Monteleone GmbH für die Zeit vom 1. Dezember 2021 bis heute den Betrag von CHF 628.00 zu bezahlen, den er ihr für die Lagerung der Amalfi-Zitronen über den vereinbarten Zeitpunkt vom 30. November 2021 hinaus schulde.

Hinweis: Beantworten Sie die folgenden Fragen gestützt auf die schweizerische Zivilprozessordnung sowie das schweizerische Obligationenrecht und das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.

Frage F

Gehen Sie davon aus, dass die Schlichtungsbehörde sachlich und örtlich zuständig ist und die Voraussetzungen für einen Entscheid durch sie erfüllt sind: Kann sich die Schlichtungsbehörde dennoch weigern, einen Entscheid zu fällen und den Parteien lediglich eine Klagebewilligung erteilen?

[2 Punkte]

Frage G

Gehen Sie davon aus, dass die Schlichtungsbehörde sachlich nicht zuständig ist: Welche der folgenden Aussagen ist korrekt? Schreiben Sie die Nummer der richtigen Aussage auf Ihr Antwortblatt und begründen Sie kurz Ihre Auswahl.

Hinweis: Sie müssen nicht begründen, weshalb die anderen drei Aussagen Ihrer Ansicht nach falsch sind. Punkte werden nur vergeben, sofern die richtige Aussage ausgewählt und korrekt begründet wurde.

[3 Punkte]

1. Stellt die Schlichtungsbehörde eine ungültige Klagebewilligung aus, haben die Parteien die Möglichkeit, diese selbständig anzufechten.
2. Fällt die Schlichtungsbehörde trotz fehlender sachlicher Zuständigkeit einen Entscheid, kann dieser mit Berufung angefochten werden.
3. Sofern die Schlichtungsbehörde eine ungültige Klagebewilligung ausstellt, wird das Gericht im nachfolgenden Klageverfahren einen Nichteintretensentscheid fällen.
4. Eine allfällige Ungültigkeit der Klagebewilligung ist im Klageverfahren durch die Parteien unter Beachtung der Novenschanke vorzubringen, ansonsten sie durch das Gericht im Rahmen der Verhandlungsmaxime nicht beachtet werden darf.

Frage H

Das Schlichtungsverfahren wurde von Vincenzo Viscardi eingeleitet, Maria Monteleone macht vor der Schlichtungsbehörde gegen ihn jedoch einen Anspruch auf CHF 628.00 geltend. In welcher Form macht sie dies und ist dieses Vorgehen allgemein im Verfahrensstadium der Schlichtung zulässig?

[3 Punkte]

Frage I

Welche zwei Möglichkeiten hat Maria Monteleone, um die Forderung von CHF 628.00 gegen Vincenzo Viscardi geltend zu machen, wenn sie es verpasst hat, ihren Anspruch im Verfahren vorzubringen, das er anhängig machte?

[3 Punkte]

Frage J

Angepasster Sachverhalt: Maria Monteleone akzeptiert im Hauptverfahren den Anspruch von Vincenzo Viscardi und verzichtet auf den Antrag, wonach Vincenzo Viscardi zu verpflichten sei, der Mamma Monteleone GmbH für die Zeit vom 1. Dezember 2021 bis heute den Betrag von CHF 628.00 zu bezahlen. In ihrer Klageantwort erhebt sie jedoch gestützt auf eine weitere Forderung gegenüber Vincenzo Viscardi eine Verrechnungseinrede im Umfang von CHF 400.00. Welche der folgenden Aussagen trifft zu? Schreiben Sie die Nummer der richtigen Aussage auf Ihr Antwortblatt und begründen Sie *kurz* Ihre Auswahl.

Hinweis: Sie müssen nicht begründen, weshalb die anderen drei Aussagen Ihrer Ansicht nach falsch sind. Punkte werden nur vergeben, sofern die richtige Aussage ausgewählt und korrekt begründet wurde.

[3 Punkte]

1. Die Verrechnung kann einer Klage nur entgegengehalten werden, wenn das urteilende Gericht auch dann örtlich zuständig wäre, wenn die Verrechnungsforderung auf separatem Klageweg geltend gemacht wird.
2. Sofern Vincenzo Viscardi die Verrechnungsforderung bestreitet, muss Maria Monteleone deren Bestehen vorliegend nur glaubhaft machen.
3. Die Verrechnungseinrede ist nicht möglich, sofern sie bereits in einem anderen hängigen Verfahren erhoben wurde.
4. Unabhängig davon, ob der Entscheid des Gerichts über das Bestehen der Verrechnungsforderung im Dispositiv aufgenommen oder nur vorfrageweise beurteilt wird, wird dieser materiell rechtskräftig.

FALL II

Erster Sachverhaltsabschnitt

Toni, Jahrgang 1971, und Annemarie, Jahrgang 1974, sind seit dem 1. April 2001 verheiratet. Das Ehepaar hat drei gemeinsame Kinder, Laura, geb. 2002, sowie die Zwillinge Simon und Fabio, geb. 2005. Toni arbeitet seit 1993 mit einem 100 %-Pensum als Zimmermann in seinem ehemaligen Lehrbetrieb. Sein Vater, der 1995 verstarb, hinterliess Toni eine Erbschaft von CHF 80'000.00. Mit der Hälfte davon tätigte er noch im gleichen Jahr eine Einmaleinlage in seine zweite Säule. Im Januar 1999 beabsichtigte er, möglichst früh allfälligen Vorsorgelücken in seiner Altersvorsorge entgegenzuwirken und gleichzeitig von Steuerbegünstigungen profitieren zu können, weshalb er seit diesem Zeitpunkt bis heute im Rahmen der freiwilligen Vorsorge monatlich CHF 200.00 auf ein gebundenes Säule 3a-Konto überweist. Um sich den Traum vom Eigenheim verwirklichen zu können, machte er sodann im Mai 2004 einen Vorbezug aus der beruflichen Vorsorge im Umfang von CHF 40'000.00. Auch Annemarie machte von der Möglichkeit des Vorbezugs für Wohneigentum Gebrauch und liess sich gleichzeitig wie Toni insgesamt CHF 10'000.00 aus ihrer zweiten Säule ausbezahlen. Annemarie arbeitete ab 1994 vollzeitlich als Pflegerin im Altersheim Sonnmatt, reduzierte aber ihr Pensum bei der Geburt des ersten Kindes vorübergehend auf 40 %. Seit 2012 arbeitet sie am gleichen Ort im Jobsharing mit einem Pensum von 60 % als Stationsleiterin. Als ihr im Jahr 2013 eine verstorbene Tante CHF 14'000.00 hinterliess, nutzte sie diese Gelegenheit, um ihre berufliche Vorsorge etwas aufzubessern und zahlte den vollen Betrag auf ihr Vorsorgekonto ein. Im Jahr 2020 zahlte sie zusätzliche CHF 8'000.00 ein, die sie sich aus ihrem Arbeitseinkommen ansparen konnte.

Da es seit einiger Zeit in der Beziehung von Annemarie und Toni nicht mehr rund lief, reichten sie am 1. Oktober 2021 ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Unstreitig zwischen ihnen ist, dass für die Berechnung der Austrittsleistungen im Rahmen des Vorsorgeausgleichs auf den Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens abzustellen ist. Am 1. April 2001 verzeichnete die Vorsorgeeinrichtung von Toni eine Austrittsleistung von CHF 62'400.00, diejenige von Annemarie CHF 12'600.00. Per 1. Oktober 2021 betrug die Austrittsleistung von Toni CHF 110'600.00, diejenige von Annemarie CHF 52'800.00. Das Säule 3a-Konto von Toni wies am 1. Oktober 2021 einen Betrag von CHF 54'200.00 auf.

Frage A

Berechnen Sie die im Rahmen des Vorsorgeausgleichs zu teilenden Austrittsleistungen von Toni und Annemarie. Welcher Betrag ist an wen zu überweisen? Begründen Sie auch hier Ihr Vorgehen und nennen Sie die einschlägigen Gesetzesartikel. Nehmen Sie dabei auf alle im Sachverhalt genannten Vermögenspositionen Bezug.

Hinweis: Zur Vereinfachung rechnen Sie mit den im Sachverhalt genannten Zahlen, ohne Rücksicht auf eine Verzinsung der einzelnen Beträge.

[13 Punkte]

Zweiter Sachverhaltsabschnitt

Im Scheidungsverfahren von Toni und Annemarie – beide wohnhaft im Kanton Bern – ist heftig umstritten, ob und wie viel Unterhalt Toni an Annemarie und die gemeinsamen Kinder bezahlen muss. Da es danach aussieht, dass sich der gerichtliche Disput zwischen ihnen noch über etliche Monate hinziehen wird, stellte Annemarie im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens den Antrag, dass Toni während der Dauer des Scheidungsverfahrens monatlich insgesamt CHF 4'200.00 Unterhalt an sie und die Kinder bezahlen muss. Der Entscheid des Gerichts wird Toni am 8. Dezember 2021 um 10.42 Uhr mittels Einschreiben versucht zuzustellen. Da Toni genau zu dieser Zeit jedoch in einer Besprechung mit seinem Anwalt in dessen Kanzlei ist, ist eine persönliche Zustellung des Einschreibens an ihn an diesem Tag nicht möglich, weshalb ihm der Postbote für das Einschreiben eine Abholungseinladung in den Briefkasten legt. Am 15. Dezember 2021 holt Toni das Einschreiben schliesslich auf der Post ab.

Frage B

Wann ist der letztmögliche Termin, an dem Toni eine allfällige Berufung gegen den Entscheid des Gerichts einlegen kann? Begründen Sie auch hier Ihr Vorgehen und nennen Sie die einschlägigen Gesetzesartikel.

Hinweis: Einen Kalender für die Monate Dezember 2021 und Januar 2022 finden Sie im Anhang zur Prüfung.

[9 Punkte]

FALL III

Catherine Rousseau ist erfolgreiche Fondsmanagerin in Genf. In ihrer Freizeit mischt sie im internationalen Kunsthandel mit, weshalb sie regelmässig von Sammlern auf der ganzen Welt neue Kunstwerke erwirbt. Der geschuldete Kaufpreis wird jeweils von ihrem Privatkonto bei der Bank Trésor Suisse (TS) überwiesen. Da ihre Arbeitstage sehr lang sind und sie sich nach Feierabend nicht noch mit ihren privaten Finanzen herumschlagen will, erteilte sie bei der Eröffnung des Kontos auf dem Bankformular ihrem Vermögensverwalter Thierry de Beauvoir eine Generalvollmacht, wonach er unter anderem dazu befugt ist, über ihr Konto für Zahlungen an Dritte zu verfügen. Thierry ist ein gebürtiger Genfer und steht beruflich regelmässig mit der Bank TS in Kontakt. Mit der Bank ist vereinbart, dass die Zahlungsaufträge ausschliesslich über das E-Bankingsystem der Bank TS erfolgen müssen.

Am 4. Januar 2022 erhält Thierry eine Mitteilung von Catherine per E-Mail. Catherine teilt ihm darin mit, dass sie über die Festtage ein Gemälde des Malers Pierre Soulages gekauft habe und bittet ihn, den Kaufpreis von CHF 280'000.00 von ihrem Privatkonto auf das Konto des Verkäufers überweisen zu lassen. Thierry weist die zuständige Kundenberaterin Kramer noch am 4. Januar 2022 an, die Überweisung zu tätigen. Die Bank führt die Zahlung in der Nacht zwischen dem 4. und 5. Januar 2022 aus. Am Morgen des 5. Januar 2022 meldet sich Catherine direkt bei Kundenberaterin Kramer und instruiert sie, die Zahlung zu stornieren. Der Verkäufer könne das Bild nicht rechtzeitig liefern, entsprechend habe sie kein Interesse mehr am Vertrag und wolle auch nicht mehr zahlen. Da der Rechtsgrund für die Zahlung weggefallen sei, könne die Bank diese ohne Weiteres vom Verkäufer zurückverlangen; sie selbst widerrufe jedenfalls ihre Zahlungsanweisung an die Bank TS.

Nach Erhalt des monatlichen Kontoauszugs für Dezember 2021 wird Catherine zudem klar, dass verschiedene Zahlungen von ihrem Konto aus getätigt worden sind, von denen sie keine Kenntnis hatte. Insbesondere geht es um eine Zahlung in der Höhe von CHF 200'000.00, die am 15. Dezember 2021 auf ein Konto der Trustworthy Caribbean Bank Ltd mit Sitz auf den Turks- & Caicosinseln getätigt wurde. Eine weitere Überweisung in der Höhe von CHF 100'000.00 wurde am 17. Dezember 2021 auf dasselbe Konto vorgenommen. Auf Nachfrage von Catherine begründet die Bank die Zahlungen mit E-Mails von Thierry, in welchen dieser eine Bankangestellte zur Überweisung der Beträge auf das fragliche Konto angewiesen habe. Thierry weiss von nichts. Nach weiteren Recherchen der Bank stellt sich heraus, dass die Zahlung vom 15. Dezember 2021 nach einem Telefonat zwischen unbekanntem Betrüger und der Kundenberaterin Martinez, welche die Ferienvertretung von Kundenberaterin Kramer übernahm, erfolgte. Im fraglichen Gespräch gab sich einer der Betrüger in gebrochenem Französisch als Thierry de Beauvoir aus und machte geltend, er müsse dringend eine Zahlung für Catherine Rousseau tätigen, könne aber aufgrund eines technischen Defekts an seinem Rechner nicht auf das E-Bankingsystem der Bank TS zugreifen. Kundenberaterin Martinez schlug ihm daraufhin vor, ihr eine E-Mail mit den Angaben über die Zahlung zu schicken. Nach Eingang der in fehlerhaftem Französisch verfassten Nachricht von der Adresse <thierry.bovoir@hotmail.com> überwies sie die entsprechende Summe. Die Zahlungsanweisung vom 17. Dezember 2021 erfolgte ebenfalls per E-Mail an die Kundenberaterin Martinez. Catherine Rousseau verlangt von der Bank TS auch hinsichtlich dieser Zahlungen, dass ihr der entsprechende Betrag wieder auf das Konto gutgeschrieben wird.

Zwischen der Bank TS und Catherine Rousseau kommt es zu keiner Einigung. Insbesondere macht die Bank TS geltend, die Zahlungsanweisungen vom 15. und 17. Dezember 2021 seien Catherine Rousseau zuzurechnen. Dass Betrüger am Werk gewesen seien, sei für die Bank nicht ersichtlich gewesen. Ent-

sprechend mandatiert Catherine die renommierte Anwaltskanzlei Goldstein und Partner mit der Übernahme des Falles. Sie befinden sich im Praktikum bei der fraglichen Kanzlei und klären zuhause der zuständigen Partnerin die folgenden Fragen ab:

Hinweis: Die Partnerin erläutert Ihnen im Vorfeld der Abklärungen, dass die Überweisung von Buchgeld als Anweisung zu qualifizieren ist. Anweisende ist dabei die Kundin (Catherine), Anweisungsempfänger der jeweilige Zahlungsempfänger und Angewiesene die Bank TS. Die Hausbank des jeweiligen Zahlungsempfängers ist für das Anweisungsverhältnis vorliegend nicht zu berücksichtigen. Gehen Sie zudem davon aus, dass die Kundenberaterinnen Hilfspersonen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR der Bank TS sind.

Frage A

Schildern Sie kurz die Rechtsnatur der Anweisung und benennen Sie (in Stichworten) die Rechtsverhältnisse zwischen

- a) der Anweisenden und der Angewiesenen,
- b) der Anweisenden und dem Zahlungsempfänger,
- c) der Angewiesenen und dem Zahlungsempfänger.

[2 Punkte]

Frage B

Kann Catherine die Zahlungsanweisung vom 4. Januar 2022 widerrufen? Unabhängig davon: Kann die Bank TS aufgrund des Leistungsverzuges die Zahlung vom Verkäufer des Bildes zurückverlangen? Gehen Sie davon aus, dass der Verkäufer mit der Lieferung des Bildes effektiv in Verzug ist.

[5 Punkte]

Frage C

Trifft die Behauptung der Bank TS zu, dass die Zahlungsanweisungen vom 15. und 17. Dezember 2021 Catherine zuzurechnen sind und Catherine deshalb einen allfälligen Verlust aus den Buchungen tragen muss?

[3 Punkte]

Frage D

Ergänzter Sachverhalt: Catherine und die Bank TS haben eine Risikotransferklausel vereinbart, die vorsieht, dass der Schaden, welcher aus einer fehlenden Berechtigung oder aus unerkannten Fälschungen im Rahmen einer Zahlungsanweisung hervorgeht, vorbehältlich eines Verschuldens seitens der Bank und deren Hilfspersonen, zu Lasten von Catherine geht. Ändert sich etwas an Ihrer Antwort zu Frage C?

Hinweis: Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage davon aus, dass die Risikotransferklausel zwischen den Parteien gültig vereinbart worden ist.

[6 Punkte]

TEIL 2: MULTIPLE CHOICE

Hinweise zum Ausfüllen des Prüfungsbogens:

- Die Antworten der Multiple Choice-Fragen sind auf dem beigelegten vorgedruckten Prüfungsbogen anzukreuzen. Der Prüfungsbogen wird gescannt und mit entsprechender Software automatisch ausgewertet. Befolgen Sie deshalb die nachstehenden Hinweise genau; Fehler beim Ausfüllen gehen zu Ihren Lasten.
- Grundlage für die Beurteilung und Bewertung Ihrer Leistung bilden ausschliesslich Ihre Antworten auf dem Prüfungsbogen (= Dokument, auf welchem oben rechts «Prüfungsbogen» abgedruckt ist; siehe Bild unten). Nicht berücksichtigt werden namentlich Antworten, die auf den Blättern der Aufgabenstellung oder auf sonstigen losen Blättern niedergeschrieben werden.

MUSTER

Prüfungsbogen: 0

evaexam		
Universität Bern	Privatrecht II + III HS2021	
Dept. für Privatrecht	10.01.2022	

Bitte so markieren: Bitte verwenden Sie einen Kugelschreiber oder nicht zu starken Filzstift. Dieser Fragebogen wird maschinell erfasst.
 Korrektur: Bitte beachten Sie im Interesse einer optimalen Datenerfassung die links gegebenen Hinweise beim Ausfüllen.

Bitte ausfüllen (Die Angabe des Namens ist freiwillig): Vorname: _____ Nachname: _____ Für die eindeutige Zuordnung der Prüfung übertragen Sie bitte Ihre Prüfungsteilnehmer-ID gewissenhaft in die dafür vorgesehenen Felder. Alle Seiten sind vollständig individualisiert und nicht mit anderen Prüfungen tauschbar.	Prüfungsteilnehmer-ID für den Prüfungsbogen Nr.: 0: [] [] - [] [] [] - [] [] [] 0 [] [] [] [] [] [] [] [] 1 [] [] [] [] [] [] [] [] 2 [] [] [] [] [] [] [] [] 3 [] [] [] [] [] [] [] [] 4 [] [] [] [] [] [] [] [] 5 [] [] [] [] [] [] [] [] 6 [] [] [] [] [] [] [] [] 7 [] [] [] [] [] [] [] [] 8 [] [] [] [] [] [] [] [] 9 [] [] [] [] [] [] [] []
--	--

A B C D	A B C D	A B C D	A B C D	A B C D
1 [] [] [] []	3 [] [] [] []	5 [] [] [] []	7 [] [] [] []	9 [] [] [] []
2 [] [] [] []	4 [] [] [] []	6 [] [] [] []	8 [] [] [] []	10 [] [] [] []

- Füllen Sie den Prüfungsbogen mit einem schwarzen oder blauen Kugelschreiber, dünnen Filzstift oder Füllfederhalter aus.
- Bevor Sie mit dem Beantworten der Fragen beginnen, schreiben Sie Ihre Matrikelnummer in die dafür vorgesehenen Kästchen auf dem Prüfungsbogen und kreuzen Sie diese auch an.

Beispiel für korrektes Ankreuzen der Matrikelnummer:

Prüfungsteilnehmer-ID für den Prüfungsbogen Nr.:

1	5	-	3	0	8	-	6	2	7
---	---	---	---	---	---	---	---	---	---

0	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]
1	[x]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]
2	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[x]	[]
3	[]	[]	[x]	[]	[]	[]	[]	[]	[]
4	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]
5	[]	[x]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]
6	[]	[]	[]	[]	[]	[x]	[]	[]	[]
7	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[x]
8	[]	[]	[]	[x]	[]	[]	[]	[]	[]
9	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]	[]

- Die richtige Antwort ist auf dem Prüfungsbogen *anzukreuzen*. Ein Kreis um das Antwortkästchen herum oder das Ausmalen von Antwortkästchen zählt nicht als Ankreuzen der richtigen Lösung und wird entsprechend mit null Punkten bewertet.

Beispiel:

Richtig: A B C D
1

Falsch: A B C D A B C D
1 1

- Kreuzen Sie die richtige Antwort im Feld deutlich an. Pro Aufgabe ist immer nur eine Antwort richtig, und es darf nur ein Feld angekreuzt werden. Wird mehr als ein Feld angekreuzt, wird die Antwort mit null Punkten bewertet.
- Vermeiden Sie Korrekturen. Sollten Korrekturen ausnahmsweise notwendig sein, so streichen Sie das falsch gesetzte Kreuz durch, indem Sie das Feld ausmalen. Kreuzen Sie dann das richtige Feld an.

Beispiel: A B C D
1 Es zählt die Lösung A.

Wollen Sie zu Ihrer ursprünglichen Lösung zurückkehren, so streichen Sie auch das zweite Kreuz durch, indem Sie das Feld ausmalen. Schreiben Sie den Grossbuchstaben der richtigen Lösung vor die Aufgabennummer.

Beispiel: A 1 Es zählt die Lösung A.

- Der Prüfungsbogen ist ein Formularblatt. Tragen Sie nichts Zusätzliches ein.
- Lösen Sie alle Aufgaben. Es gibt keine Punkteabzüge für falsch oder nicht gelöste Aufgaben.

Frage 1

Ines wohnt in Bern und hat in Yvonand am Neuenburgersee ganzjährig einen Wohnwagen stationiert. Sie verbringt mit ihrer Familie zwei- bis dreimal pro Jahr die Ferien dort. Ihr freundlicher Nachbar Alain lebt dagegen während der gesamten Sommermonate auf dem Camping in Yvonand. Er hat deshalb spontan angeboten, ab und zu bei Ines' Wohnwagen nach dem Rechten zu sehen und insbesondere die Blumen im kleinen Vorgarten zu giessen. Ines ist sehr froh darüber, gibt Alain aber auch zu verstehen, dass er sich nicht verpflichtet fühlen müsse, regelmässig zu giessen.

Im August 2021 kommt es zu starken Regenfällen im Drei-Seen-Land. Bei einem Rundgang um Ines' Wohnwagen bemerkt Alain, dass sich im Innenbereich des Wohnwagens von Ines Wasser angesammelt hat und nicht mehr abfliessen kann. Er versucht mehrfach, Ines zu erreichen. Diese hat sich jedoch für eine dringend benötigte Erholung in einen mehrtägigen Retreat-Urlaub zurückgezogen und dort bei der Reception ihr Handy abgegeben. Alain hat deshalb keinen Erfolg. Um grössere Schäden aufgrund der gestauten Wassermassen zu verhindern, lässt er den Wohnwagen deshalb durch die Camping Répa Service AG (CRS AG) abschleppen und trockenlegen. Die CRS AG besteht dabei darauf, dass Alain den entsprechenden Vertrag in eigenem Namen unterzeichnet, womit Alain einverstanden ist.

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Zwischen Ines und Alain besteht ein unentgeltlicher Auftrag, wonach Alain bei Ines' Wohnwagen nach dem Rechten zu sehen hat. Ines muss deshalb die Kosten für die Trockenlegung des Wohnwagens übernehmen.
- B. Alain hat den Vertrag mit der CRS AG in eigenem Namen und damit auch auf eigene Rechnung abgeschlossen. Er kann deshalb nicht verlangen, dass Ines die Kosten für die Trocknung des Wohnwagens übernimmt.
- C. Indem Alain die Blumen im Vorgarten von Ines giesst, erweist er dieser lediglich eine Gefälligkeit. Unabhängig davon hat er einen Anspruch darauf, dass Ines ihn von seinen Verbindlichkeiten gegenüber der CRS AG befreit.
- D. Alain handelt als echter berechtigter Geschäftsführer ohne Auftrag. Wenn Ines die Beauftragung der CRS AG nachträglich genehmigt, entsteht dadurch automatisch ein Auftragsverhältnis zwischen ihr und Alain sowie – als Folge davon – zwischen ihr und der CRS AG.

Frage 2

Alexandra und Lars haben sich 1990 kennen und lieben gelernt und kurz darauf geheiratet. 1991 kam der gemeinsame Sohn Paul, 1992 die gemeinsame Tochter Claire zur Welt. Die Familie lebt in Lausanne. Lars arbeitet für eine Schweizer Unternehmung in Lugano, wo er stark beschäftigt ist, so dass er sich jeweils nur etwa zwei Mal pro Monat zu seiner Familie nach Lausanne begibt. Lars lernt derweil in Lugano die Managerin Estefania kennen und verliebt sich in sie. Seit einiger Zeit spielt nun Lars mit dem Gedanken, seine Frau zu verlassen und mit Estefania ein neues Leben in Lugano zu beginnen. Als Estefania ihm eröffnet, dass sie ein Kind von ihm erwartet, ist seine Entscheidung, ein gemeinsames Leben mit ihr zu starten, gefallen. Unglücklicherweise erleidet Lars einen Herzinfarkt, und noch bevor er das Kind von Estefania anerkannt hat, verstirbt er im Krankenhaus.

Welche der folgenden Aussagen ist nicht zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Estefania und ihr Kind können gegen Paul und Claire klagen. Die Klage von Estefania muss innerhalb eines Jahres seit der Geburt, diejenige des Kindes vor Ablauf eines Jahres nach Erreichen der Volljährigkeit eingereicht werden.
- B. Alexandra ist von Bundesrechts wegen die Einreichung der Klage vom Gericht mitzuteilen.
- C. Auf die Vaterschaftsklage hin ergeht ein Gestaltungsurteil.
- D. Das Vaterschaftsurteil kann von Paul und Claire nach Art. 256 ff. ZGB sinngemäss angefochten werden.

Frage 3

Armin und Bertha Steinkamp haben 2005 geheiratet und im Stadtzentrum von Biel eine Attikawohnung bezogen. Anfang 2010 entscheiden sich die Eltern von Bertha, in eine 2-Zimmerwohnung der Seniorenresidenz Sonnenblick zu ziehen. Sie treten deshalb Bertha das Grundstück mit deren ehemaligem Elternhaus als Erbvorbezug im Betrag von CHF 600'000.00 zu Alleineigentum ab. Im Zusammenhang mit diesem Erbvorbezug werden mit einem vorehelichen, aus einem Lotteriegewinn stammenden Bankguthaben von Armin in der Höhe von CHF 100'000.00, aus während der Dauer der Ehe erspartem Lohn von Armin in der Höhe von CHF 100'000.00, und aus ebenfalls während der Dauer der Ehe erspartem Lohn von Bertha in der Höhe von CHF 100'000.00 aufwendige Renovationen am Haus getätigt. Das Grundstück hat nach Beendigung sämtlicher Renovationsarbeiten einen Wert von CHF 900'000.00.

Die Umbauarbeiten führen leider zu vermehrten Streitigkeiten bis hin zu unüberbrückbaren Differenzen. Die Ehegatten entscheiden sich schliesslich, sich noch dieses Jahr scheiden zu lassen und getrennte Wege zu gehen. Aufgrund ausserordentlicher Umstände ist der Wert des Grundstücks auf CHF 760'000.00 gesunken.

Welche Netto-Forderung ergibt sich aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung, wenn keine weiteren Vermögenswerte vorhanden sind?

[3 Punkte]

- A. Eine Gesamtforderung von CHF 200'000.00 von Armin gegen Bertha.
- B. Eine Gesamtforderung von CHF 195'000.00 von Armin gegen Bertha.
- C. Eine Gesamtforderung von CHF 190'000.00 von Armin gegen Bertha.
- D. Eine Gesamtforderung von CHF 95'000.00 von Armin gegen Bertha.

Frage 4

Eine Grosshändlerin und ein Elektronik Einzelhändler schliessen einen Vertrag über die Lieferung von 500 Smartphones ab. Die Parteien möchten ihren Vertrag mit einer Gerichtsstandsklausel ergänzen. Zur Diskussion stehen die beiden folgenden Klauseln, wobei sich die Parteien nicht schlüssig sind, welche der beiden Klauseln sie verwenden sollen.

Klausel 1: *„Zuständig für sämtliche bestehenden und künftigen Streitigkeiten zwischen den Parteien aus dem vorliegenden Vertrag ist das sachlich zuständige Gericht in Bern.“*

Klausel 2: *„Zuständig für sämtliche Streitigkeiten zwischen den Parteien aus dem vorliegenden Vertrag ist das Regionalgericht Bern-Mittelland.“*

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Klausel 1 ist nicht zulässig. Eine Gerichtsstandsklausel kann nur für bestehende Streitigkeiten abgeschlossen werden, nicht aber für künftige.
- B. Klausel 2 ist nicht zulässig. Die Parteien können nur die örtliche, nicht aber die sachliche Zuständigkeit bestimmen.
- C. Keine der beiden Klauseln ist zulässig, da bei gewerblichen Kaufverträgen erst nach Entstehung der Streitigkeit eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen werden kann.
- D. Beide Klauseln sind zulässig.

Frage 5

Helga Wolkenstein ist Geschäftsführerin bei der CoolApps GmbH und benötigt einen Firmenwagen. Da die CoolApps GmbH erst in der Startphase ist und sich den Kauf eines Autos nicht leisten kann, beschliesst Helga, den Wagen zu leasen. Die Fast Track AG stellt sich als Leasinggeberin zur Verfügung. Helga darf das Fahrzeug bei der Garage Liechti (L Garage) auswählen. Der Kaufvertrag wird anschliessend zwischen der L Garage und der Fast Track AG abgeschlossen. Die Leasingvereinbarung zwischen der CoolApps GmbH und der Fast Track AG enthält die für Leasingverträge typischen Vereinbarungen betreffend die Rechte und Pflichten der Parteien.

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Die CoolApps GmbH wird nur dann nicht Eigentümerin des Wagens, wenn ein Mitarbeiter der Fast Track AG das Auto bei der L Garage abholt und anschliessend an Helga ausliefert.
- B. Sechs Monate nach der Übernahme leuchtet beim Wagen die «Service»-Lampe auf. Helga bringt den Wagen zur L Garage in den Service. Die Rechnung für den Service hat die Fast Track AG zu übernehmen, da sie für den Unterhalt des Autos zuständig ist.
- C. Acht Monate nach der Übernahme des Neuwagens bemerkt Helgas Arbeitskollege Michael, der vor seiner Tätigkeit als Softwareentwickler in einer Autogarage gearbeitet hat, dass das Getriebe des Autos einen Fabrikationsfehler aufweist. Helga ist froh, dass das Bundesgericht vor zwei Jahren seine Praxis geändert hat und nun das Recht, Wandelung oder Minderung des Kaufvertrages zu erklären, ohne Weiteres vom Leasinggeber an die Leasingnehmerin abgetreten werden kann.
- D. Nach Ablauf der Leasingdauer will die CoolApps GmbH das Auto von der Fast Track AG kaufen. Helga geht davon aus, dass der vertraglich festgelegte Restwert der Summe entspricht, zu welcher die CoolApps GmbH den Wagen kaufen kann. Dies ist aber unzutreffend: Mangels anderer Abrede ist der Restwert nur eine kalkulatorische Grösse für die Berechnung der Leasingraten und sagt grundsätzlich nichts darüber aus, zu welchem Preis das geleaste Fahrzeug nach Ablauf der Leasingdauer gekauft werden kann.

Frage 6

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Obwohl nach dem Wortlaut und nach der Systematik des Gesetzes eine andere Norm einschlägig wäre, kommt bei Vorliegen eines unentgeltlichen Auftrags betreffend die Haftung des Beauftragten Art. 422 OR analog zur Anwendung. Dies hat das Bundesgericht in richterlicher Rechtsfortbildung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) entschieden. Die Haftung ist grundsätzlich verschuldensunabhängig und bestimmt sich nach richterlichem Ermessen (Art. 4 ZGB).
- B. Beim Auftrag handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag. Ein unentgeltlicher Auftrag kann definitionsgemäss nicht vereinbart werden. Wird für eine Hilfeleistung kein Entgelt vereinbart, handelt es sich um eine Gefälligkeit.
- C. Die Haftung der von einer Gefälligkeitshandlung begünstigten Person beurteilt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Analogie zu Art. 422 OR.
- D. In einem Gefälligkeitsverhältnis haftet die Leistende nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach Art. 402 Abs. 2 OR.

Frage 7

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Bei Art. 6 ZGB handelt es sich um einen unechten Vorbehalt, dem deklaratorische Wirkung zukommt. Da im öffentlichen Recht keine ausdrückliche Zuweisung der Gesetzgebungskompetenz an den Bund vorliegt, sind die Kantone originär zum Erlass von öffentlich-rechtlichen Normen befugt (Art. 3 BV). Dies sogar in jenen Bereichen, in denen der Bund bereits aufgrund einer besonderen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz legiferiert hat.
- B. Zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht können die Interessentheorie, die Subordinationstheorie, die Funktionstheorie, sowie die Sanktionentheorie herangezogen werden, wobei Lehre und Rechtsprechung einen Methodenpluralismus anwenden. Während entsprechend der Sanktionentheorie dann Privatrecht vorliegt, wenn die Sanktion einer Regelung typisch privatrechtlicher Natur ist, ist bei der Funktionstheorie danach zu unterscheiden, ob die relevante Rechtsnorm öffentlichen oder privaten Interessen dient.
- C. Art. 6 Abs. 1 ZGB stellt nicht nur einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts dar, sondern verleiht den Kantonen im Rahmen einer expansiven Kraft unter bestimmten Voraussetzungen auch eine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit gegenüber dem Bundesrecht.
- D. Art. 6 Abs. 1 ZGB findet Anwendung auf das Verhältnis zwischen bundesrechtlichen Normen im Bereich des öffentlichen und des privaten Rechts.

Frage 8

Brahier beauftragt Dumoulin mit dem Verkauf einer Bleistiftskizze von Alberto Giacometti. Er erteilt die Weisung, diese sei in einer der einschlägigen Kunstgalerien in Zürich oder Basel für einen Fixpreis von CHF 10'000.00 zu verkaufen. Dumoulin verkauft die Skizze einer Londoner Galerie zum Preis von CHF 9'000.00. Für die Verhandlung und die Übergabe reist Dumoulin nach London.

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Dumoulin hat seine Pflicht zur weisungsgemässen Ausführung des Auftrags verletzt und wird schadenersatzpflichtig unter der Voraussetzung, dass Brahier dem Dumoulin ein Verschulden nachweisen kann.
- B. Brahier kann als Auftraggeber die vertragsgemässe Ausführung der Weisung verlangen. Denn durch die Annahme des Auftrags hat sich Dumoulin verpflichtet, die Weisungen von Brahier zu befolgen. Da Dumoulin dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, kann Brahier die weisungsgemässe Erfüllung seines Auftrags gerichtlich durchsetzen.
- C. Falls Dumoulin die Preisdifferenz von CHF 1'000.00 übernimmt, so gilt die Vertragsverletzung als geheilt bzw. der Vertrag als richtig erfüllt. Gilt der Vertrag als richtig erfüllt, so sind davon auch Dumoulins Reisekosten nach London erfasst, denn der Auftraggeber ist dem Beauftragten – sofern nichts anderes vereinbart ist – zur Erstattung der Auslagen und Verwendungen verpflichtet.
- D. Falls Dumoulin die Preisdifferenz von CHF 1'000.00 übernimmt, so gilt der Vertrag als richtig erfüllt und der Auftraggeber kann die Annahme der weisungswidrigen Leistung nicht mehr ablehnen. Er muss diesfalls auch ein allfälliges Honorar und die notwendigen Auslagen und Verwendungen ersetzen. Nicht dazu gehören die Reisespesen für den Transfer nach London.

Frage 9

Ivan Kurz schliesst mit Sandra Hug einen Kaufvertrag über ein Grundstück an der Goldküste von Thun ab. Die Parteien vereinbaren weiter, dass Sandra Hug auf dem Grundstück ein Haus errichten soll.

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Herr Kurz zahlt für das Grundstück und für die zu erstellende Liegenschaft einen Gesamtpreis von CHF 3'000'000.00. Öffentlich zu beurkunden ist neben dem Grundstückserwerb auch die Vereinbarung über die Bauarbeiten auf dem Grundstück.
- B. Die Parteien vereinbaren für das Grundstück einen Kaufpreis von CHF 2'000'000.00, für das Haus einen Preis von CHF 1'000'000.00. Da sie den Kaufvertrag aber nicht ohne den Werkvertrag abschliessen wollen, muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch der Werkvertrag öffentlich beurkundet werden.
- C. Zur öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages erscheint nicht Ivan, sondern dessen Vertreter Peter. Im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag wird fälschlicherweise Peter als Käufer aufgeführt. Da sich die Parteien aber einig sind, dass der Vertrag zwischen Ivan und Sandra geschlossen werden soll, kommt er dennoch gültig zustande.
- D. Ivan Kurz will den Vertrag nur eingehen, wenn er den Kaufpreis in Euro begleichen kann, Sandra Hug ist damit einverstanden. Da es sich dabei um eine blosse Zahlungsmodalität handelt, müssen die Parteien diesen Umstand nicht öffentlich beurkunden lassen.

Frage 10

Nach einer langen, kinderlosen Ehe lassen sich Adelheid und Bernd Mayer scheiden. Während des Scheidungsverfahrens streiten sich die Ehegatten über die Gütermassenzuordnung einer Eisenguss-Skulptur, welche Bernd bei einem bekannten Künstler anlässlich des 20-jährigen Hochzeitsjubiläums hatte anfertigen lassen und die im Wohnzimmer der ehelichen Villa aufgestellt wurde. Bernd hatte diese Eisenguss-Skulptur aus Mitteln seines vorehelich geäufteten, in die Ehe eingebrachten Sparkontos bezahlt. Adelheid weiss genau um diesen Umstand, behauptet jedoch, Bernd habe die Skulptur aus seinem während der Dauer der Ehe ersparten Lohn bezahlt.

Welche der folgenden Aussagen ist zutreffend?

[3 Punkte]

- A. Die Eisenguss-Skulptur gehört zum Eigengut von Bernd. Kann Bernd dies nicht beweisen, so wird Errungenschaft von Bernd angenommen.
- B. Die Eisenguss-Skulptur gehört zum Eigengut von Bernd. Kann Bernd dies nicht beweisen, so wird Miteigentum von Bernd und Adelheid angenommen.
- C. Die Eisenguss-Skulptur gehört zum Eigengut von Bernd. Kann Bernd dies nicht beweisen, so wird Gesamteigentum von Bernd und Adelheid angenommen.
- D. Bis zum Beweis des Gegenteils gilt alles Vermögen der Ehegatten nicht als Errungenschaft.

Anhang zur Bachelorprüfung im Privatrecht II und III vom 10. Januar 2022

DEZEMBER 2021

Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	31		

JANUAR 2022

Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						

LÖSUNGEN

Fall 1A

Vorliegend geht es um den Kauf einer beweglichen Sache, bei der ein behaupteter Sachmangel vorliegt. Die Anspruchsgrundlage muss deshalb in der in den Art. 197 ff. OR geregelten Sachgewährleistung gesucht werden. Da es sich bei den Amalfi-Zitronen um Gattungsware handelt und Maria eine Ersatzleistung für die ihrer Ansicht nach zu wenig süssen Zitronen fordert, ist Art. 206 Abs. 1 OR die Anspruchsgrundlage, auf die sie sich stützen wird.

Fazit: Maria stützt ihre Forderung auf Art. 206 Abs. 1 OR.

Hinweis: Das Bundesgericht lässt in langjähriger Praxis alternativ zu Art. 197 ff. OR die Berufung auf die Rechtsbehelfe von Art. 97 OR zu. Da in der Fragestellung jedoch explizit nach der kaufrechtlichen Anspruchsgrundlage gefragt wurde, ist eine Nennung von Art. 97 OR nicht korrekt. Auch die Normen zum (kaufmännischen) Verzug sind vorliegend nicht einschlägig, da eine Schlechterfüllung keine Nichterfüllung in zeitlicher Hinsicht darstellt und somit kein Verzug vorliegt.¹

Fall 1B

Maria stützt ihren Anspruch auf Art. 206 Abs. 1 OR. Ihre Argumente beziehen sich auf die in Art. 197 OR aufgeführte Tatbestandsvoraussetzung des Sachmangels. Eingehender zu prüfen ist somit die Frage, ob ein Sachmangel vorliegt.² Ein Sachmangel ist eine Abweichung der gelieferten Kaufsache vom vertraglich Vereinbarten. Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet Vincenzo sowohl für zugesicherte Eigenschaften wie auch für nach Treu und Glauben vorausgesetzte Eigenschaften.

Fraglich ist zuerst, ob der von Maria verlangte Zuckergehalt der Amalfi-Zitronen von 3.5g eine zugesicherte Eigenschaft war, deren Fehlen ein Mangel begründet. Als Zusicherung gilt jede Erklärung, dass die Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist.³ Nicht unter den Begriff der Zusicherung fallen dagegen unverbindliche, reklamehafte Anpreisungen.⁴

Eine Zusicherung kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen. Vorliegend hat Vincenzo Maria nie eine ausdrückliche Zusicherung gemacht, wonach die Zitronen auf jeden Fall einen bestimmten Zuckergehalt aufweisen würden.

Zu prüfen ist deshalb, ob eine konkludente Zusicherung gegeben wurde. Ein nach Art. 18 Abs. 1 OR tatsächlicher übereinstimmender Wille von Maria und Vincenzo auf Lieferung von Zitronen mit einem bestimmten Zuckergehalt lässt sich nicht ermitteln (subjektive Auslegung). Kann ein tatsächlicher Wille nicht festgestellt werden, muss der hypothetische Wille der Parteien gestützt auf das Vertrauensprinzip ermittelt werden (objektivierte Auslegung).⁵ Die Aussagen von Vincenzo hinsichtlich der Qualität

¹ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, Art. 102 N 49

² Der Sachverhalt sowie die Lösung sind angelehnt an das Urteil des Bundesgerichts 4D_7/2020 vom 5. August 2020.

³ Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1.

⁴ BGE 88 II 410 E. 3c S. 416.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.267/2004 vom 23. November 2004 E. 2.1.

der Zitronen sind so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen von vernünftigen und redlichen Parteien verstanden werden durften und mussten.⁶

Gemäss Sachverhalt bestellte Maria die «besten Amalfi-Zitronen», die Vincenzo im Angebot hat. Er antwortete ihr darauf, dass er gerne die gewünschte Ware liefere und die Zitronen «sehr gut» seien. Nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeutet «sehr gut», dass die Qualität über dem Durchschnitt liegt. Somit war die Aussage von Vincenzo so zu verstehen, dass Zitronen zu liefern sind, deren Zuckergehalt über demjenigen einer Durchschnittszitrone liegt. Geliefert hat Vincenzo Zitronen Erster Klasse mit einem Zuckergehalt von 3.1g, was weit über dem Durchschnittswert von 2.5g liegt. Aus dem Wortlaut seiner Antwort ergeben sich jedoch keine Hinweise darauf, dass er sogar Zitronen der Extra-Klasse mit einem Zuckergehalt von 3.5g liefern wird. Der Wortlaut ist folglich kein Indiz dafür, dass der von Maria verlangte Zuckergehalt von 3.5g eine zugesicherte Eigenschaft darstellt.

Neben dem Wortlaut sind auch die Vertragsumstände zu berücksichtigen. Dazu gehören unter anderem Ort, Zeit und Begleitumstände des Vertragsabschlusses, das Verhalten der Parteien vor, während und nach Vertragsabschluss, die Interessen der Parteien sowie der verfolgte Vertragszweck. Maria wollte von Vincenzo Amalfi-Zitronen kaufen, um damit Limoncello produzieren zu können. Um sich von der Konkurrenz abzuheben, verwendet sie dafür nur Amalfi-Zitronen aus der Extra-Klasse. Dies hat sie Vincenzo jedoch nie so mitgeteilt. In ihrer Mail hat sie ihn zwar auf ihr Feinkostgeschäft aufmerksam gemacht und ihm gesagt, sie wolle die besten Zitronen, die er hat. Auch die Zitronen Erster Klasse sind bereits besser als Durchschnittsware und lassen sich durchaus für Produkte, die in einem Feinkostgeschäft verkauft werden, verwenden. In ihrer Mail verweist Maria Vincenzo zudem auf ihre Homepage. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass Vincenzo diese hätte besuchen müssen. Selbst wenn man dies bejahen würde, hätte er auf der Homepage keinen Hinweis gefunden, dass die zu liefernden Zitronen für die Limoncello-Produktion vorgesehen sind und dafür von Maria nur Ware der Extra-Klasse verwendet wird. Weiter steht auf der Homepage ausdrücklich, dass die Mamma Monteleone GmbH Zitrusfrüchte anbietet und daneben auch Zitronen-Limonade und Zitronen-Sirup herstellt und verkauft, wofür Maria gemäss Sachverhalt «gewöhnliche» Zitronen verwendet. Auch unter Einbezug der beschriebenen Umstände sind die Aussagen von Vincenzo zur Qualität seiner Zitronen gestützt auf das Vertrauensprinzip nicht als Zusicherung zu deuten, wonach die zu liefernden Zitronen einen Zuckergehalt von mind. 3.5g pro 100g Zitrone aufweisen würden. Es liegt somit auch keine konkludente Zusicherung über den Zuckergehalt von 3.5g vor.

Nicht als Zusicherung bestimmter Eigenschaften sind schliesslich die Äusserungen auf der Homepage von Vincenzo zu qualifizieren, wonach seine Zitronen «die besten» seien und einen «aussergewöhnlich süssen Geschmack» aufweisen würden. Da reklamehafte Anpreisungen keine Zusicherung darstellen, durfte Maria allein aufgrund dieser Anpreisung nicht davon ausgehen, dass ihr Zitronen der Extra-Klasse geliefert werden. Gleichermassen können auch die zahlreichen Online-Bewertungen von anderen Kunden nicht als Zusicherung im konkreten Fall gelten, unabhängig davon, wie sehr diese das Produkt des Verkäufers loben.

Mangels ausdrücklicher und konkludenter Zusicherung ist weiter zu prüfen, ob die 3.5g Zuckergehalt eine nach Treu und Glauben vorausgesetzte Eigenschaft waren. Wie oben bereits ausgeführt, durfte aufgrund der Umstände erwartet werden, dass Zitronen geliefert werden, deren Qualität und damit deren Zuckergehalt über dem Durchschnitt liegen. Jedoch kann weder aus dem Wortlaut des Vertrages noch aus dem Verhalten der Parteien vor und während des Vertragsabschlusses geschlossen werden,

⁶ Vgl. BGE 126 III 119 E. 2 S. 120.

dass ein bestimmtes Zuckerverhältnis geliefert wird. Dies ist insbesondere auch deshalb ausgeschlossen, weil Maria diese Erwartung dem Geschäftspartner vorgängig nicht mitgeteilt hat.⁷ Schliesslich bestand auch keine vorbestehende Geschäftsbeziehung zwischen Maria und Vincenzo, aufgrund derer hätte erwartet werden können, dass nur Zitronen der Extra-Klasse geliefert werden. Entsprechend hat Vincenzo Zitronen geliefert, die mit einem Zuckergehalt von 3.1g eine Eigenschaft aufweisen, die nach Treu und Glauben erwartet werden durfte.

Fazit: Marias Argumente sind nicht stichhaltig. Die Amalfi-Zitronen sind nicht mangelhaft, Maria hätte sie annehmen müssen und hat gestützt auf Art. 206 Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Abs. 1 OR keinen Anspruch auf Ersatzlieferung.

Korrekturhinweis: Für die Bewertung war es unerheblich, ob die Argumente von Maria und die entsprechende Vertragsauslegung bei den zugesicherten Eigenschaften oder bei den Eigenschaften nach Treu & Glauben geprüft wurden.

Fall 1C

Maria macht einen Gewährleistungsanspruch aufgrund einer mangelhaften Sache geltend. Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, ist der Gefahrenübergang nach Art. 185 OR. Der Verkäufer haftet nur für diejenigen Mängel, die vor oder beim Gefahrenübergang vorhanden waren.

Nach Aussage von Vincenzo habe vorliegend bereits ein Gefahrenübergang stattgefunden. Es ist fraglich und in Anwendung von Art. 185 OR zu prüfen, ob dies stimmt. Gemäss Sachverhalt haben Maria und Vincenzo vereinbart, dass er ihr die Zitronen nach Bern, d.h. zum Erfüllungsort bringt. Es handelt sich somit um eine Bringschuld von Gattungsware. Art. 185 OR hält keine explizite Gefahrtragsregel für diesen Fall bereit. Gemäss der wohl h.L. geht die Gefahr bei der Bringschuld erst dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die Leistung am Erfüllungsort bereithält und anbietet.⁸ In casu geht die Gefahr somit im Zeitpunkt über, in dem Vincenzo die Zitronen am Erfüllungsort in Bern bereitgehalten und Maria angeboten hat. Die Qualitätsverschlechterung, die auf die Grenzkontrolle zurückzuführen ist, fand vor dem Gefahrenübergang statt.

Fazit: Die Qualitätsverschlechterung der Zitronen und der damit einhergehende Mangel war bereits vor dem Gefahrenübergang vorhanden. Vincenzo liegt folglich mit seiner Argumentation nicht richtig, er trägt das Risiko für die Qualitätseinbusse.

Korrekturhinweis: Eine Mindermeinung in der Lehre vertritt den Standpunkt, dass der Gefahrenübergang bereits bei Ausscheidung des Kaufgegenstandes stattfindet.⁹ Bei guter Begründung wurde auch diese Meinung bepunktet.

⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4D_7/2020 vom 5. August 2020 E. 3.

⁸ BSK OR I-KOLLER, Art. 185 N 26; HUGUENIN, Rz. 2497; KUKO OR-KIKINIS, Art. 185 N 12.

⁹ SCHMUTZ PASCAL, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag nach schweizerischem und UNCITRAL-Kaufrecht, Diss. Basel 1983, 49.

Fall 1D

Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts bestimmt sich nach Art. 1 CISG. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG ist dieses anzuwenden auf Kaufverträge über Waren, sofern die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben und diese Staaten Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts sind. Eine Niederlassung ist jeder Ort, an dem eine Partei eine geschäftliche Tätigkeit mit einer gewissen Dauerhaftigkeit und Unabhängigkeit ausübt. Vorliegend hat die Mamma Monteleone GmbH ihre Niederlassung in der Schweiz, Vincenzo Viscardi hat seine Niederlassung in Italien, wo er seinem kommerziellen Zitronenanbau nachgeht und auch im italienischen Unternehmensregister eingetragen ist. Gemäss Anhang zum CISG haben sowohl die Schweiz wie auch Italien das Übereinkommen ratifiziert. Beide Staaten sind folglich Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts. Der persönliche Anwendungsbereich ist gegeben.

Damit auch der sachliche Anwendungsbereich bejaht werden kann, muss es sich um einen Kaufvertrag über Waren, d.h. bewegliche körperliche Sachen handeln. Dies liegt bei einem Kaufvertrag über Zitronen ohne Weiteres vor. Auf einen Ausschluss des UN-Kaufrechts durch die Parteien gemäss Art. 6 CISG gibt es im Sachverhalt keine Hinweise. Zudem liegt keine der in den Art. 2-5 CISG aufgeführten Ausnahmen vor. Somit ist auch der sachliche Anwendungsbereich gegeben.

Fazit: Das UN-Kaufrecht ist auf den Sachverhalt anzuwenden.

Fall 1E

Die Anspruchsgrundlage, die erfüllt sein muss, damit Maria den Vertrag nach UN-Kaufrecht aufheben kann, ist vorliegend Art. 45 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG: Die Ware wurde rechtzeitig geliefert, jedoch mit einem (behaupteten) Mangel. Voraussetzung für die Aufhebung ist eine Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten durch den Verkäufer, welche ihrerseits eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Vorliegend haben Maria und Vincenzo die Lieferung von Zitronen mit einem Zuckergehalt von 3.5g vereinbart, geliefert wurden jedoch nur Zitronen mit einem Zuckergehalt von 3.1g. Vincenzo hat somit nicht vertragsgemässe Ware i.S.v. Art. 35 Abs. 1 CISG geliefert. Eine Vertragsverletzung ist zu bejahen.

Fraglich ist jedoch, ob diese wesentlich ist.¹⁰ Die Wesentlichkeit bestimmt sich nach Art. 25 CISG: Einer Partei muss im Wesentlichen entgehen, was sie gemäss dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Entscheidend ist dabei nicht eine subjektive Betrachtung, sondern es ist ein objektiver Massstab anzuwenden.¹¹ Liegt wie vorliegend der Mangel in einer Beschaffenheitsabweichung, wird die Wesentlichkeit nur bejaht, wenn der Mangel schwerwiegend ist, beispielsweise dann, wenn die Ware praktisch unbrauchbar oder unverkäuflich ist. Hat der Käufer hingegen die Möglichkeit, die mangelhafte Ware dennoch (zu günstigeren Preisen) weiterzuverkaufen oder ist es zumutbar, sie zur Herstellung anderer Produkte weiterzuverarbeiten, wird die Schwelle der Wesentlichkeit nicht erreicht.¹² Maria hat die Zitronen mit dem Zweck der Weiterverarbeitung zu Likör gekauft. Gemäss Sachverhalt verkauft sie jedoch auch andere Produkte, die mit Zitronen hergestellt werden, sowie Zitrusfrüchte an sich. Die Abweichung des Zuckergehalts der gelieferten Zitronen vom vertraglich Vereinbarten ist relativ gering und entspricht demjenigen von Zitronen Erster Klasse. Diese sollten sich ohne Weiteres verkaufen oder zu Produkten,

¹⁰ Der Sachverhalt sowie die Lösung sind angelehnt an das Urteil des Bundesgerichts 4 C. 197/1988 vom 28. Oktober 1998.

¹¹ SHK-BRUNNER/LEISINGER, Art. 25 CISG N 6.

¹² CISG Komm-SCHROETER, Art. 25 N 171 f.

die in einem Feinkostgeschäft verkauft werden können, verarbeiten lassen. Die Vertragsverletzung ist folglich als nicht wesentlich zu beurteilen.

Fazit: Aufgrund einer fehlenden wesentlichen Vertragsverletzung kann Maria den Vertrag nicht gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG aufheben. Ihr Vorgehen wird nicht erfolgreich sein.

Korrekturhinweis: Bei guter Begründung wurden auch gegenteilige Meinungen bepunktet.

Fall 1F

Art. 212 Abs. 1 ZPO statuiert, dass die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 2'000.00 entscheiden kann, sofern der Kläger einen entsprechenden Antrag stellt. Es handelt sich somit gemäss Wortlaut des Gesetzes um eine Kann-Bestimmung, womit es der Schlichtungsbehörde offensteht, trotz erfüllten Voraussetzungen für einen Entscheid dennoch bloss ein normales Schlichtungsverfahren durchzuführen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Verhältnisse kompliziert sind und die Sache nicht sogleich spruchreif ist.¹³

Fazit: Die Schlichtungsbehörde kann sich trotz erfüllter Voraussetzungen rechtmässig weigern, einen Entscheid zu fällen und stattdessen einen normalen Schlichtungsversuch mit anschliessender Erteilung der Klagebewilligung durchführen.

Fall 1G

Nr. 3 ist richtig: Eine gültige Klagebewilligung ist eine (im Gesetz nicht ausdrücklich aufgelistete) Prozessvoraussetzung gemäss Art. 59 ZPO. Fehlt eine Prozessvoraussetzung, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO *e contrario*).¹⁴

Weiterführende Lösungshinweise:

Nr. 1 ist falsch: Eine Klagebewilligung ist (ausser im Kostenpunkt) nicht anfechtbar, da sie kein Entscheid ist.¹⁵

Nr. 2 ist falsch: Ein Entscheid der Schlichtungsbehörde ist mit Beschwerde anzufechten, da die Schlichtungsbehörde nur bis zu einem Streitwert von CHF 2'000.00 entscheiden kann (Art. 212 Abs. 1 ZPO), für die Berufung jedoch eine Streitwertgrenze von CHF 10'000.00 gilt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Nr. 4 ist falsch: Eine gültige Klagebewilligung ist eine Prozessvoraussetzung, welche durch das Gericht von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 60 ZPO). Diese Prüfung ist jederzeit möglich, nötigenfalls bis zum Endentscheid.

Fall 1H

Maria macht ihren Anspruch auf die CHF 628.00 in Form einer Widerklage geltend, da es sich bei der Geltendmachung dieses Anspruches um eine eigenständige Klage handelt und nicht um ein Angriffs-

¹³ Vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 48 Rz. 78.

¹⁴ Vgl. BGE 140 III 70 E. 5 S. 74; BGE 146 III 47 E. 4.2.3 S. 54; BSK ZPO-INFANGER, Art. 209 N 18.

¹⁵ BGE 141 III 159 E. 2.1 S. 163.

oder Verteidigungsmittel gegen die Klage von Vincenzo. Dass eine solche bereits im Schlichtungsverfahren zulässig ist, ergibt sich indirekt aus Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO, welcher vorschreibt, dass die Klagebewilligung auch die Angaben einer allfälligen Widerklage enthalten muss.

Fazit: Ihren Anspruch macht Maria mittels Widerklage geltend, was aufgrund der Auflistung in Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO auch im Schlichtungsverfahren zulässig ist.

Fall 1I

Maria hat die Möglichkeit, ihre Forderung in einem eigenständigen Verfahren gegen Vincenzo anhängig zu machen, indem sie ein eigenes Schlichtungsgesuch einreicht (Art. 202 Abs. 1 ZPO), in welchem sie im Rechtsbegehren die Bezahlung des geforderten Betrages durch Vincenzo verlangt.

Daneben kann sie den Betrag ohne vorgängiges gerichtliches Verfahren direkt in einem Betreibungsverfahren versuchen einzufordern, indem sie beim Betreibungsamt ein Betreibungsbegehren gegen Vincenzo einreicht (Art. 67 Abs. 1 SchKG).

Fazit: Die zwei Möglichkeiten sind das Anhängigmachen eines eigenständigen Verfahrens oder der Weg der Betreibung.

Fall 1J

Nr. 4 ist richtig: Der Grundsatz, dass die materielle Rechtskraft nur das Urteilsdispositiv und nicht auch die Erwägungen erfasst, findet eine Ausnahme bei der Verrechnung. Die Gutheissung einer Verrechnung wird grundsätzlich nicht im Dispositiv erwähnt und ergibt sich nur aus den Urteilserwägungen, weshalb die materielle Rechtskraft in diesem Punkt auch die Erwägungen erfassen muss.¹⁶

Weiterführende Lösungshinweise:

Nr. 1 ist falsch: Die Verrechnung ist ein materiellrechtliches Verteidigungsmittel und keine Klage. «Ihrem Wesen als Einrede gemäss muss die Verrechnung der Klage entgegengehalten werden können, unabhängig davon, ob der urteilende Richter örtlich und sachlich zuständig wäre, wenn die Gegenforderung auf dem Klageweg geltend gemacht würde.»¹⁷

Nr. 2 ist falsch: Bestreitet Vincenzo die Verrechnungsforderung, so hat Maria den Bestand der Forderung zu beweisen. Ein Glaubhaftmachen reicht nur in den Fällen, in denen es das Gesetz ausdrücklich anordnet, beispielsweise bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 Abs. 1 ZPO).¹⁸ Vorliegend handelt es sich aufgrund des Streitwerts jedoch um ein vereinfachtes Verfahren (vgl. Art. 243 Abs. 1 ZPO), weshalb der Beweis notwendig ist.¹⁹

Nr. 3 ist falsch: Die Verrechnungseinrede wird nicht von der Rechtshängigkeit erfasst, weshalb sie in mehreren Prozessen gleichzeitig gestellt werden kann. Damit es in einem solchen Fall jedoch nicht zu widersprüchlichen Urteilen kommt, sind die Gerichte gehalten, ihre Verfahren zu koordinieren, bspw. durch Verfahrensvereinigung, Sistierung oder Prozessüberweisung.²⁰

¹⁶ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 36 Rz. 219 f.

¹⁷ BGE 63 II 133 E. 3c S. 142.

¹⁸ KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Vor Art. 150-193 ZPO N 12; BSK ZPO-MAZAN, Art. 254 N 10.

¹⁹ Vgl. BSK OR I-MÜLLER, Art. 120 N 23.

²⁰ BSK OR I-MÜLLER, Vor Art. 120-126 N 4.

Fall 2A

Im Falle einer Scheidung gilt der Grundsatz, dass die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge ausgeglichen werden (Art. 122 ZGB). Dadurch können allfällige vorsorgerechtliche Nachteile, die sich durch eine bestimmte Aufgabenteilung während der Ehe ergaben, ausgeglichen und die wirtschaftliche Selbständigkeit der Ehegatten gefördert werden.

Vorliegend ist noch kein Vorsorgefall eingetreten, da weder Toni noch Annemarie pensioniert oder invalid sind. Entsprechend bestimmt sich der Ausgleich der Austrittsleistungen nach Art. 123 ZGB. Zu berechnen ist die Differenz zwischen der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens und der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung. Eingeleitet wird das Scheidungsverfahren durch Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder einer Scheidungsklage (Art. 274 ZPO). Vorliegend haben die Ehegatten am 1. Oktober 2021 ein gemeinsames Scheidungsbegehren eingereicht. Geheiratet haben sie am 1. April 2001. Folglich ist die Differenz der Austrittsleistungen zwischen diesen beiden Zeitpunkten zu ermitteln.

Das so berechnete Vorsorgeguthaben ist unter Einbezug von Vorbezügen für Wohneigentum hälftig zu teilen (Art. 123 Abs. 1 ZGB). Annemarie hat gemäss Sachverhalt einen Vorbezug für Wohneigentum in der Höhe von CHF 10'000.00 gemacht, Toni einen im Umfang von CHF 40'000.00. Diese Beträge sind somit an das jeweilige während der Ehedauer erworbene Vorsorgeguthaben anzurechnen.

Von der Teilung ausgenommen sind Einmaleinlagen aus Eigengut (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Diese müssen entsprechend vom erworbenen Vorsorgeguthaben abgezogen werden. Annemarie hat im Jahr 2013 eine Einmaleinlage im Umfang von CHF 14'000.00 gemacht. Das Geld stammt aus einer Erbschaft und ist gemäss Art. 198 Ziff. 2 ZGB Eigengut, weshalb dieser Betrag von ihrem Vorsorgeguthaben in Abzug zu bringen ist. Im Jahr 2020 hat sie eine weitere Einmaleinlage im Umfang von CHF 8'000.00 gemacht, die sie sich aus Arbeitserwerb angespart hat. Dieser Betrag ist somit nicht in Abzug zu bringen, da der Arbeitserwerb Errungenschaft ist und nicht zum Eigengut gehört (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Auch Toni hat eine Einmaleinlage aus Erbschaft gemacht: Im Jahr 1995 hat er CHF 40'000.00 in seine berufliche Vorsorge einbezahlt. Dieser Betrag ist jedoch bei der Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung nicht weiter zu berücksichtigen, da die Einmaleinlage vor dem Eheschluss im Jahr 2001 getätigt wurde und vor der Ehe geäußertes Vorsorgeguthaben nicht geteilt wird.

Nicht zu berücksichtigen bei der Berechnung des Vorsorgeausgleichs ist zudem das Säule 3a-Guthaben von Toni. Eine allfällige Teilung der freiwilligen Vorsorge ist im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung vorzunehmen.²¹

Die berechneten gegenseitigen Ansprüche der Ehegatten sind sodann miteinander zu verrechnen (Art. 124c Abs. 1 ZGB). Zu beachten ist, dass die Ehegatten grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Barauszahlung haben, sondern sie eine Freizügigkeitsleistung erhalten, mit der sie sich neu in eine Vorsorgeeinrichtung einkaufen oder ein bestehendes Vorsorgeguthaben aufstocken können.

²¹ WOLF/MINNIG, Rz. 360.

Das ergibt somit folgende Rechnung:

Toni:

110'600	Austrittsleistung im Zeitpunkt Einleitung Scheidungsverfahren
<u>- 62'400</u>	Austrittsleistung im Zeitpunkt Eheschliessung
48'200	während der Ehe erworbenes Vorsorgeguthaben
<u>+ 40'000</u>	WEF-Vorbezug
= 88'200	hälftig zu teilende Austrittsleistung
÷ 2 = 44'100	Anspruch von Annemarie gegenüber Toni

Annemarie:

52'800	Austrittsleistung im Zeitpunkt Einleitung Scheidungsverfahren
<u>- 12'600</u>	Austrittsleistung im Zeitpunkt Eheschliessung
40'200	während der Ehe erworbenes Vorsorgeguthaben
+ 10'000	WEF-Vorbezug
<u>- 14'000</u>	Einmaleinlage aus Erbschaft
= 36'200	hälftig zu teilende Austrittsleistung
÷ 2 = 18'100	Anspruch von Toni gegenüber Annemarie

Verrechnung der Ansprüche: $44'100 - 18'100 = \underline{\underline{26'000}}$ zu Gunsten von Annemarie

Fazit: Die Vorsorgeeinrichtung von Toni hat Annemarie ein Freizügigkeitsguthaben im Umfang von CHF 26'000.00 zu überweisen.

Fall 2B

Über vorsorgliche Unterhaltszahlungen während eines hängigen Scheidungsverfahrens wird in einem Summarverfahren entschieden (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 sowie Art. 248 lit. d ZPO). Die Rechtsmittelfrist bei einer Berufung im Summarverfahren beträgt zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Besonderheit von summarischen Verfahren ist, dass bei diesen der Fristenstillstand (die Gerichtsferien) gemäss Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO nicht gilt. Art. 145 Abs. 2 ZPO ist auch im Rechtsmittelverfahren anzuwenden.²² Somit ist der Stillstand der Frist vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) vorliegend unbeachtlich. Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, beginnen erst am folgenden Tag zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Da Toni

²² ZPO-Komm-MERZ, Art. 145 N 24.

das Einschreiben am 15. Dezember abgeholt hat, beginnt die 10-tägige Rechtsmittelfrist für die Berufung folglich am 16. Dezember 2021 zu laufen und endet am 25. Dezember 2021. Dieser Tag ist ein anerkannter Feiertag (Weihnachten) sowie ein Samstag, weshalb gemäss Art. 142 Abs. 3 ZPO die Frist erst am nächsten Werktag endet.

Fazit: Der letzte Tag für die Einreichung einer allfälligen Berufung ist der Montag, 27. Dezember 2021.

Fall 3A

Obwohl die Anweisung im Besonderen Teil des Obligationenrechts geregelt wird, ist sie kein Vertrag, sondern eine empfangsbedürftige Willenserklärung resp. eine Doppelermächtigung.

Die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien sind folgende:

- a) Anweisende ↔ Angewiesene: Deckungsverhältnis
- b) Anweisende ↔ Zahlungsempfänger: Valutaverhältnis
- c) Angewiesene ↔ Zahlungsempfänger: Leistungs-/Anweisungs-/Einlösungsverhältnis

Fall 3B

Da die Anweisung eine Ermächtigung ist, kann diese grundsätzlich jederzeit widerrufen werden. Gemäss Art. 470 Abs. 2 OR ist ein Widerruf gegenüber der Angewiesenen jedoch nicht mehr zulässig, sobald jene dem Empfänger die Annahme der Anweisung erklärt hat. Im bargeldlosen Zahlungsverkehr gilt zudem die Bestimmung, dass die Anweisung unwiderruflich ist, sobald der Überweisungsbetrag dem Konto des Anweisenden belastet wurde, sofern die Regeln des Zahlungssystems nichts anderes bestimmen (Art. 470 Abs. 2^{bis} OR). Vorliegend wurde das Konto von Catherine bereits belastet, zudem ist die Annahmeerklärung durch die Ausführung der Anweisung entstanden. Entsprechend ist der Widerruf von Catherine gegenüber der Bank TS nicht mehr möglich.

Der Verkäufer vermag vorliegend das gekaufte Bild nicht rechtzeitig zu liefern. Gemäss Sachverhalt ist er in Verzug geraten. Bei synallagmatischen Verträgen hat der Gläubiger im Falle eines Schuldnerverzugs verschiedene Wahlrechte. Im Rahmen dieser Wahlrechte ist auch ein Rücktritt eine der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Jedoch ist Folgendes zu berücksichtigen: Die Schuld des Angewiesenen ist abstrakt, d.h. Mängel im Deckungs- und Valutaverhältnis haben grundsätzlich keine Auswirkung auf die Gültigkeit der Anweisung. Eine allfällige Rückabwicklung hat somit zwischen jenen Personen stattzufinden, zwischen denen die Zuwendung ohne Grund erfolgt ist. Ein direkter Anspruch zwischen der Angewiesenen und dem Zahlungsempfänger kann nur im Ausnahmefall, etwa im Fall einer kausalen Anweisung, bestehen.²³ Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich. Die Gültigkeit der Anweisung von Catherine an die Bank TS hängt somit nicht von der Gültigkeit des Vertrages zwischen Catherine und dem Verkäufer ab. Da die Anweisung somit nach wie vor gültig ist, kann die Bank TS die Zahlung nicht vom Verkäufer zurückverlangen.

²³ BKS OR I-KOLLER, Art. 467 N 9.

Fazit: Ein Widerruf der Zahlungsanweisung durch Catherine ist nicht möglich, da die Anweisung bereits ausgeführt wurde. Daneben ist auch eine Stornierung der Zahlung an den Verkäufer des Bildes durch die Bank TS nicht möglich, da die Anweisung auch bei fehlerhaftem Valutaverhältnis gültig ist.

Korrekturhinweis: Für die Lösung der Frage bezüglich des Widerrufs ist grundsätzlich (nur) Art. 470 Abs. 2^{bis} OR anzuwenden. Da jedoch nicht vorausgesetzt wird, dass die Studierenden die Anwendbarkeit dieses Absatzes erkennen müssen, gab es auch die volle Punktzahl für eine Argumentation mit Art. 470 Abs. 2 OR.

Fall 3C

Die Zahlungsanweisungen wurden vorliegend von den Betrügern vorgenommen. Catherine hingegen hat keine Anweisung gemacht. Anweisungen durch Betrüger sind ihr nicht zuzurechnen.²⁴ Sie weiss nichts davon und erweckt durch ihr Verhalten auch nicht den Anschein, dass die Anweisungen von ihr stammen. Die erteilte Generalvollmacht bezieht sich überdies nicht auf die Betrüger, weshalb sich auch diesbezüglich die Frage einer Anscheinsvollmacht nicht stellt.

Fazit: Die Zahlungsanweisungen sind nicht Catherine zuzurechnen. Die Bank hat keinen Anspruch auf Verwendungsersatz durch Catherine, sondern hat den Schaden selbst zu tragen.

Weiterführende Lösungshinweise:

Der Banküberweisung liegt nicht nur eine Anweisung nach Art. 466 OR zugrunde, sondern gleichzeitig auch eine auftragsrechtliche Weisung. Vorliegend gab es neben der fehlenden Anweisung auch keine Weisung von Catherine für die Überweisung, d.h. diese wurde ohne ihren Auftrag ausgeführt. Von den Studierenden wurde nicht verlangt zu erkennen, dass neben der fehlenden Anweisung auch keine Weisung vorlag. Argumentationen mit (nur) dem auftragsrechtlichen Verhältnis wurden jedoch auch bepunktet.

Fall 3D

Nach wie vor erfolgte die Überweisung durch die Bank TS ohne Anweisung von Catherine. Der Schaden fällt grundsätzlich bei der Bank an. Fraglich ist jedoch, ob diese den Schaden aufgrund der Risikotransferklausel auf Catherine abwälzen kann. Gemäss der zulässigen Risikotransferklausel trägt Catherine das Risiko, sofern kein Verschulden seitens der Bank und deren Hilfspersonen vorliegt. Zu prüfen ist folglich, ob die zwei – fälschlicherweise ohne Auftrag ausgeführten – Überweisungen durch die Kundenberaterin Martinez als Verschulden der Bank TS zu qualifizieren sind.

Catherine hat mit der Bank TS vereinbart, dass ihre Zahlungsaufträge ausschliesslich über das E-Bankingsystem der Bank erfolgen. Die Bank hat die Echtheit der ihr übermittelten Aufträge anhand der zwischen ihr und der Kundin vereinbarten Modalitäten zu prüfen. Bestehen ernsthafte Hinweise auf eine Fälschung, hat sie zusätzliche Abklärungen vorzunehmen.²⁵

²⁴ Zur Thematik siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_9/2020 vom 9. Juli 2020 = Pra 110 (2021) Nr. 60 sowie Urteil des Bundesgerichts 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_9/2020 vom 9. Juli 2020 E. 6.2.1 f.

Die beiden Zahlungsaufträge wurden nach vorgängigem Telefonat mit der Kundenberaterin Martinez per E-Mail und somit auf einem nicht vereinbarten Weg übermittelt. Zudem wurden nicht nur die E-Mails in fehlerhaftem Französisch verfasst, sondern auch das Telefongespräch wurde durch (den vermeintlichen) Thierry in gebrochenem Französisch geführt, dies obwohl (der echte) Thierry gebürtiger Genfer ist. Darüber hinaus ist sein Name in der E-Mailadresse auf einen Blick ersichtlich falsch geschrieben. Die Kundenberaterin Martinez hätte also mehr als einen Anlasspunkt gehabt, um zu vermuten, dass die Zahlungsaufträge gefälscht sein könnten, namentlich auch deshalb, weil (der echte) Thierry gemäss Sachverhalt beruflich regelmässig mit der Bank TS in Kontakt steht und dieser somit bekannt ist. Die Kundenberaterin Martinez wäre folglich angehalten gewesen, vertiefte Abklärungen über die Echtheit der Aufträge anzustellen. Die Überweisungen ohne diese Abklärungen sind der Bank hypothetisch vorzuwerfen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR und der Fehler ist der Bank somit zuzurechnen.

Fazit: Die Zahlungen an die Betrüger basieren auf einem Verschulden der Bank TS. Folglich kommt die Risikotransferklausel nicht zu tragen und es ändert sich nichts an der Antwort zu Frage C: Einen allfälligen Schaden hat auch in diesem Fall die Bank TS zu tragen.

MC Frage 1

A ist falsch. Alain kann gestützt auf Art. 422 Abs. 1 OR von Ines verlangen, dass sie ihn von eingegangenen Verbindlichkeiten befreit.

B ist falsch. Der Anspruch auf Verbindlichkeitsbefreiung entsteht gestützt auf Art. 422 Abs. 1 OR und begründet sich nicht danach, mit wem die CRS AG den Vertrag über die Trockenlegung des Wohnwagens abgeschlossen hat.

C ist richtig. Alain handelt in echter, berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag. Er kann sich deshalb auf Art. 422 Abs. 1 OR stützen und verlangen, dass Ines ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten befreit.

D ist falsch. Bei einer echten, berechtigten Geschäftsführung führt die nachträgliche Genehmigung zu einem Auftragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer. Die Genehmigung hat lediglich dann Aussenwirkung, wenn sie im Aussenverhältnis als stellvertretungsrechtliche Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR gedeutet werden kann. Dies ist hier nicht der Fall: Alain hat den Vertrag mit der CRS AG im eigenen Namen abgeschlossen. Das Vertragsverhältnis bleibt somit auch nach einer nachträglichen Genehmigung durch Ines zwischen ihm und der CRS AG bestehen. Überdies dürfte der Vertrag zwischen Alain und der CRS AG nicht als Auftrag einzuordnen sein.

MC Frage 2

A ist zutreffend. Vgl. Art. 261 Abs. 1 sowie Art. 263 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB, sowie WOLF/MINNIG, Familienrecht, Rz. 1041 und 1045.

B ist zutreffend. Vgl. Art. 261 Abs. 3 ZGB, sowie WOLF/MINNIG, Familienrecht, Rz. 1042.

C ist zutreffend. Vgl. WOLF/MINNIG, Familienrecht, Rz. 1039.

D ist nicht zutreffend und damit die richtige Lösung.

MC Frage 3

A ist falsch.

B ist falsch.

C ist richtig. Zuordnung des Grundstücks nach Sachenrecht: Erwerb durch Bertha, das Grundstück fällt auch güterrechtlich in ihr Vermögen. Innerhalb ihres Vermögens fällt das Grundstück in ihr Eigengut wegen des quantitativen Übergewichts; zugunsten Armin bestehen Ersatzforderungen nach Art. 206 ZGB. Beteiligungen: EG B: CHF 600'000; ER B: CHF 100'000; ER A: CHF 100'000, EG A: CHF 100'000. Total: CHF 900'000. Beteiligungsverhältnis: $6 + 1 + 1 + 1 = 9$. Aktueller Verkehrswert: CHF 760'000. Der Minderwert von CHF 140'000 ist ausschliesslich auf die Gütermassen von Bertha zu verteilen, d.h. auf EG (CHF 600'000) und ER (CHF 100'000), somit im Verhältnis 6 : 1, mithin CHF 120'000 zu CHF 20'000. Damit ergibt sich: EG B: CHF 480'000; ER B: CHF 80'000; ER A: CHF 100'000 (Art. 206 ZGB, nennwertgeschützt); EG A: 100'000 (Art. 206 ZGB, nennwertgeschützt). Forderung: A: CHF 200'000 - CHF 50'000 (hälftiger Vorschlag A) + CHF 40'000 (hälftiger Vorschlag B) = CHF 190'000.

D ist falsch.

MC Frage 4

A ist falsch.

B ist richtig. Klausel 2 ist nicht zulässig. Mit einer Gerichtsstandsklausel können die Parteien eine Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit treffen, sofern nicht von zwingenden Gerichtsständen abgewichen wird. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach Art. 31 ZPO, welcher keinen zwingenden Gerichtsstand vorsieht. Da es sich zudem um keinen der Gerichtsstände nach Art. 32–34 ZPO handelt (Konsumentenvertrag, Miete und Pacht unbeweglicher Sachen, Arbeitsrecht), kann bereits vor Entstehen einer Streitigkeit eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen werden. Diesbezüglich sind somit beide Klauseln korrekt. Die Parteien können jedoch nur eine Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit treffen. Demgegenüber ist die sachliche Zuständigkeit der Parteidisposition grundsätzlich entzogen (Ausnahme: Art. 8 Abs. 1 ZPO). Die Bezeichnung des Regionalgerichts Bern-Mittelland als zuständiges Gericht betrifft (auch) die sachliche Zuständigkeit; Klausel B ist also nicht zulässig. In Klausel A wird demgegenüber mit „Bern“ ein genügend bestimmter, örtlicher Gerichtsstand genannt, was zulässig ist.

C ist falsch.

D ist falsch.

MC Frage 5

A ist falsch. Die Fast Track AG kann mit Helga als Stellvertreterin Eigentum am Auto erwerben.

B ist falsch. Der Fahrzeugunterhalt – und damit auch der Fahrzeugservice – obliegt der Leasingnehmerin.

C ist falsch. Gestaltungsrechte können grundsätzlich nicht abgetreten werden. Für die Abtretung von Wandelungs- und Minderungsrechten bei Leasingverträgen ist dieser Grundsatz nach wie vor umstritten.

D ist richtig. Beim Restwert handelt es sich mangels anderer Vereinbarung nicht um den Preis, zu welchem das Leasingobjekt nach Ablauf der Leasingdauer gekauft werden kann, sondern lediglich um eine kalkulatorische Grösse zur Bestimmung der Leasingraten.

MC Frage 6

A ist falsch. Nicht die Haftung des Beauftragten eines unentgeltlichen Auftrags bestimmt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach Art. 422 OR, sondern die Haftung des Auftraggebers. Der Beauftragte haftet auch beim unentgeltlichen Auftrag nach Art. 398 OR.

B ist falsch. Ein Auftrag kann auch unentgeltlich vereinbart werden. Das Gesetz hält in Art. 394 Abs. 3 OR ausdrücklich fest, dass eine Vergütung nur dann zu leisten ist, wenn sie verabredet oder üblich ist. In der Praxis bilden indes die entgeltlichen Aufträge die Regel.

C ist richtig. Zwar ist nach h.L. und Rechtsprechung bei Haftungsfällen in einem Gefälligkeitsverhältnis grundsätzlich die ausservertragliche Haftungsordnung (Art. 41 ff. OR) anzuwenden. Die Begünstigte in einem Gefälligkeitsverhältnis haftet aber nach der entsprechenden Regel im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, d.h. grundsätzlich verschuldensunabhängig nach richterlichem Ermessen (Art. 4 ZGB). Dies hat das Bundesgericht in einer Grundsatzentscheidung (BGE 129 III 181, sog. «Menzi Muck-Entscheidung») festgehalten, erfolge doch die Handlung sowohl bei der Geschäftsführung ohne Auftrag als auch bei der Gefälligkeit uneigennützig, resp. aus altruistischen Motiven.

D ist falsch. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Haftung der Leistenden in einem Gefälligkeitsverhältnis nach den Art. 41 ff. OR zu beurteilen.

MC Frage 7

A ist falsch, weil die Kantone nicht zum Erlass von öffentlich-rechtlichen Normen befugt sind, wenn der Bund aufgrund einer besonderen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz legiferiert hat.

B ist falsch, weil im Rahmen der Funktionstheorie nicht danach zu unterscheiden ist, ob die relevante Rechtsnorm den öffentlichen oder den privaten Interessen dient, sondern danach, ob die relevante Rechtsnorm die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regelt.

C ist richtig.

D ist falsch, weil Art. 6 Abs. 1 ZGB keine Anwendung auf das Verhältnis zwischen bundesrechtlichen Normen im Bereich des öffentlichen und des privaten Rechts findet.²⁶

MC Frage 8

A ist falsch.

B ist falsch.

C ist falsch.

D ist richtig. Richtig ist, dass Dumoulin durch den Ausgleich der aus der weisungswidrigen Handlung entstandenen Nachteile die Vertragsverletzung insofern "heilen" kann, als der Auftrag als erfüllt gilt und ihn Brahier nicht mehr ablehnen kann.²⁷ In diesem Fall kann der Beauftragte Dumoulin nebst dem allfälligen Honorar auch die Vergütung der notwendigen Auslagen und Verwendungen verlangen (Art. 402 Abs. 1 OR). Damit ist auch gesagt, dass dies einzig für diejenigen Verwendungen und Auslagen gilt, die bei einer ordnungsgemässen Erfüllung angefallen wären. Die Reisekosten für den Transfer nach London sind mithin nicht zu ersetzen, denn sie wären bei einer ordnungsgemässen Ausführung nicht angefallen.²⁸ Unrichtig ist daher die Antwort, die vom Ersatz der Reisekosten nach London ausgeht. Unrichtig ist weiter die Antwort, wonach die Schadenersatzpflicht von Dumoulin den Nachweis des Verschuldens von Dumoulin durch Brahier voraussetzt. Für den Schadenersatzanspruch ist Art. 97 Abs. 1 OR massgeblich, das Verschulden von Dumoulin wird vermutet. Unrichtig ist weiter, dass Brahier im vorliegenden Fall eine Erfüllungsklage anstrengen kann. Dumoulin hat das Bild bereits – wenn auch weisungswidrig – in London verkauft. Die vertragskonforme Leistung ist somit unmöglich geworden.

²⁶ Vgl. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2019, § 6 N 8, 19, 26 und 29 ff.

²⁷ Statt vieler BK OR-FELLMANN, Art. 397 N 165

²⁸ Siehe dazu auch BK OR-FELLMANN, Art. 397 N 168

MC Frage 9

A ist richtig. Haben die Parteien für das Grundstück und die Bauarbeiten einen Gesamtpreis vereinbart, so müssen auch die versprochenen Werkvertragsarbeiten öffentlich beurkundet werden.

B ist falsch. Tritt zu einem Grundstückkauf ein Werkvertrag als geschlossenes Leistungspaar hinzu, bleibt Letzterer vom Beurkundungszwang unberührt. Dies gilt auch dann, wenn der Kaufvertrag nicht ohne den Werkvertrag abgeschlossen worden wäre.²⁹

C ist falsch. Der Vertrag ist formnichtig. Der Formzwang erstreckt sich auf alle objektiv wesentlichen Punkte. Die Vertragspartei gehört zwar genau genommen nicht zum Vertrags*inhalt*. Trotzdem handelt es sich aber um eine Tatsache, die vom Formzwang erfasst wird.

D ist falsch. Wenn die Parteien Leistungsmodalitäten vereinbaren, die vom dispositiven Recht abweichen, und wenn die fraglichen Aspekte für zumindest eine der Vertragsparteien subjektiv wesentlich sind, werden sie grundsätzlich vom Formzwang von Art. 216 OR erfasst und sind öffentlich zu beurkunden.

MC Frage 10

A ist richtig. Vgl. Art. 200 Abs. 3 ZGB.

B ist falsch.

C ist falsch.

D ist falsch.

²⁹ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 597.