

Schriftliche Leistungskontrolle

Veranstaltung: Privatrecht I

Themenstellende: Eggen/Emmenegger/Krauskopf/von Graffenried

Prüfungsdatum: 5. Juni 2023

Bitte beachten:

1. Inhalt: Diese Leistungskontrolle umfasst **10 Freitextfragen** (insgesamt 102 Punkte) und **10 Multiple-Choice** Fragen (insgesamt 30 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.

2. 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, es sei denn in einer konkreten Aufgabenstellung werde explizit etwas anderes verlangt. 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").

3. 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: _____

Allgemeine Hinweise zur abgeschlossenen Leistungskontrolle:

Eine der häufigsten Schwächen bei den Antworten war, dass die gestellten Fragen nicht oder jedenfalls nicht zielgerichtet beantwortet wurden. Es gehört zu einer guten Antwort, dass die Frage aufgreift und genau zu dieser Frage Stellung nimmt. Es geht also nicht, dass man im Zusammenhang mit einer Frage einfach einmal alles hinschreibt, was einem zu dem Thema einfällt, in der Hoffnung, es finde sich darin die eine oder andere punkterelevante Aussage.

Die Rechtswissenschaft ist eine sprachorientierte Disziplin. Es ist verständlich, dass ein Text, der im Rahmen einer Leistungskontrolle geschrieben wird, nicht sorgfältig überarbeitet werden kann. Trotzdem: Es gibt eine Mindestschwelle bei der zulässigen und zumutbaren Sprache.

A) Freitextaufgaben

Lesen Sie den jeweiligen Sachverhalt und nehmen Sie zu allen darauf bezogenen Einzelfragen Stellung.

Sachverhalt I: Pickleball (Sachmangel)

Dave Harina (DH) betreibt auf der Tennisanlage Neufeld eine Tennisschule. Die Anlage wird auf Ende Juni 2023 neu eröffnet, nachdem das Areal für mehrere Jahre als Bauplatz für den Bau eines Hallenschwimmbads dienen musste. Neben den Tennisplätzen wird es auch einen Platz für Padel sport geben. Zudem ist ein kleinerer Hartplatz für diverse Zwecke vorgesehen. Dave Harina hat anlässlich einer Ferienreise in New York eine weitere Ballsportart entdeckt, welche die Städte erobert: Pickleball. Es handelt sich um einen Mix aus Tennis, Tischtennis und Badminton. Attraktiv ist es vor allem, weil es keine besondere Unterlage erfordert, man kann es auf Parkplätzen, Schulplätzen oder auf harten Tennisplätzen spielen. Wie beim Tischtennis oder Badminton können alle es sofort spielen und Spass haben. Gespielt wird es mit Schlägern, die aussehen wie überdimensionierte Tischtennisschläger, und mit Plastikbällen, die ähnlich aussehen wie die Bälle beim Unihockey.

Dave Harina will auf dem kleineren Hartplatzfeld neu Pickleball anbieten. Tatsächlich gibt es auch bereits einen Schweizer Pickleball-Anbieter, nämlich die Firma "Swiss Pickleball Central" (SPC), die ihre Produkte auch online vertreibt. Dave Harina entscheidet sich zur Bestellung von 5 Schlägern der Marke Joola, genau gesagt für das Modell Joola Method CGS 14, zum Preis von je CHF 170. Am 5. Mai 2023 führt Dave Harina den Bestellvorgang durch und bezahlt mittels TWINT den Gesamtbetrag von CHF 850. Am 17. Mai 2023 erhält er ein Paket der Swiss Pickleball Central. Darin befinden sich 5 Pickleball-Schläger des Modells Joola Method CGS 14. Beim Auspacken bemerkt er, dass das Griffband der Schläger so locker sitzt, dass es bereits beim ersten Gebrauch der Schläger hin- und herrutschen wird. Normalerweise sind die Griffbänder mit einer leichten Klebeschicht versehen, damit sie auf dem Schlägergriff fixiert sind und nicht rutschen. Offenbar war bei diesen Bändern die Klebeschicht ausgetrocknet, bevor das Griffband montiert wurde. Zunächst ärgert sich Dave Harina: Für einen Kaufpreis von CHF 170 pro Schläger hätte er bessere Qualität erwartet. Sein Freund beruhigt ihn: Er könne doch einfach das Griffband auswechseln, dann würden die Schläger bestens funktionieren. Dave Harina lässt sich überzeugen, zumal er so die Schläger behalten und gleich loslegen kann. Von der Swiss Pickleball Central möchte er aber den Minderwert in der Höhe von CHF 20 pro Schläger zurückerhalten. Noch am selben Tag (d.h. am 17. Mai 2023) ruft er Swiss Pickleball Central an, bemängelt das zu lockere Griffband und fordert die Rückvergütung von insgesamt CHF 100. Swiss Pickleball Central weigert sich.

Technischer Hinweis: Ein Griffband vermeidet die Blasenbildung an den Händen und führt zu einer besseren Schlägerkontrolle.

1. Frage 1 (Sachverhalt I: Minderung). **Welche Voraussetzungen müssten erfüllt sein, damit Dave Harina von der Swiss Pickleball Central eine Minderung des Kaufpreises verlangen könnte? Nennen Sie stichwortartig die Voraussetzungen, ohne dass Sie den Sachverhalt darunter subsumieren. Nennen Sie zusätzlich zu den Stichworten die jeweils einschlägige Gesetzesnorm. Hinweis: Ohne die Nennung der einschlägigen Norm werden für die Stichworte keine Punkte vergeben. [6 Punkte]**

- Gültiger Kaufvertrag (Art. 184 OR)
 - Sachmangel (Art. 197 OR)
 - Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs (Art. 185 OR)
 - Keine Wegbedingung der Gewährleistung (Art. 199 OR)
 - Keine Kenntnis und kein Kennenmüssen des Mangels (Art. 200 OR)
 - Rechtzeitige Prüfung und Rüge / keine Genehmigung des Mangels (Art. 201 OR)
 - Minderungserklärung (Art. 205 Abs. 1 OR)
-
- [Ferner: Keine Verjährung (Art. 210 OR)]

2. Frage 2 (Sachverhalt I: Sachmangel). **Prüfen Sie, ob ein Sachmangel vorliegt. Gehen Sie davon aus, dass die anderen Voraussetzungen für die kaufrechtliche Minderung erfüllt sind. [6 Punkte]**

Ein Sachmangel im Sinne von Art. 197 OR liegt vor, wenn der Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn die Sache körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.

Über zugesicherte Eigenschaften lässt sich dem Sachverhalt nichts entnehmen. Zu prüfen ist daher, ob die Pickleball-Schläger zum vorausgesetzten Gebrauch tauglich sind. Pickleball-Schläger werden im gleichnamigen Spiel verwendet und sollen es den Spielerinnen ermöglichen, den Ball über das Netz auf die Seite der Gegnerin zu schlagen. Vorliegend ist bei den gelieferten Schlägern lediglich das Griffband locker. Die Schläger taugen deshalb wohl nach wie vor dazu, Bälle über das Netz zu schlagen. Ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ist daher nicht gänzlich aufgehoben. Zu prüfen ist aber, ob sie erheblich gemindert sein könnte. Sitzt das Griffband eines Pickleball-Schlägers zu locker, kann der Schläger während des Spiels rutschen, was die Schlagkraft und die Präzision der Schläge vermindert. Darüber hinaus können sich bei einem schlecht sitzenden/fehlenden Griffband Blasen an der Hand der Spielerin bilden. Ein zu locker sitzendes Griffband beeinträchtigt den Spielkomfort somit massiv. Es führt zu einer erheblichen Minderung ihrer Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch.

Ein Sachmangel ist somit zu bejahen.

Sachverhalt II: Pickleball (Stornierung 1)

Gehen Sie davon aus, dass Dave Harina (DH) noch keine Pickleball-Schläger erworben hat, sondern dass er gerade erst die Pickleball-Schläger im Online-Shop der Firma "Swiss Pickleball Central" (SPC) entdeckt hat. Dave Harina möchte 5 Pickleball-Schläger des Modells Joola Method CGS 14 zum Preis von je CHF 170 erwerben. Neben dem Bild des Schlägers sind folgende Angaben publiziert: "Solange Vorrat", "CHF 170", "Lieferung 3-5 Werktage". Dave Harina führt den Bestellvorgang durch und bezahlt mittels TWINT den Gesamtbetrag von CHF 850. Wenig später findet er eine Mail der Swiss Pickleball Central in seiner Mailbox mit der Betreffzeile: "Danke für Deine Bestellung 8655407." Unter der Rubrik "Übersicht" finden sich die 5 Joola-Schläger, die Dave Harina ausgesucht hatte. Unter der Rubrik "Lieferstatus" heisst es: "Liefertermin ab 15. November 2023". Dave Harina ist irritiert. Er wollte per Anfang Juli Pickleball-Kurse anbieten. Im November ist die Aussensaison zu Ende, der kleinere Hartplatz wird nicht überdeckt. Er schreibt zurück: "Der Liefertermin ist zu spät, ich storniere hiermit die Bestellung".

Rechtliche Aspekte: Der Ausdruck "ich storniere die Bestellung" ist eine auslegungsbedürftige Willenserklärung. Sie kann *erstens* bedeuten, dass Dave Harina die Bestellung widerrufen will. Diese Frage wird hier adressiert. Sie kann *zweitens* (und allgemeiner) bedeuten, dass Dave Harina Abstand nehmen will von diesem Vertrag ("ich will diesen Vertrag nicht").

- 3. Frage 3 (Sachverhalt II: Widerruf I). Kann man eine Bestellung – also eine Willenserklärung im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss – ohne Weiteres widerrufen? Wie lautet die allgemeine Regel im OR AT? Nennen Sie die einschlägige Gesetzesbestimmung und nehmen Sie Stellung zur Frage, ob die Bestimmung nur für den Antrag oder nur für die Annahme oder aber sowohl für den Antrag als auch die Annahme gilt. Begründen Sie die Antwort. [6 Punkte]**

Einschlägig ist Art. 9 OR. Die Bestimmung nimmt in Art. 9 Abs. 1 OR ausdrücklich Bezug auf den "Antrag" und in Art. 9 Abs. 2 OR auf die "Annahme". Der Wortlaut ist der Ausgangspunkt einer jeden Gesetzesinterpretation. Vorliegend ergibt sich aus dem (klaren) Wortlaut der Bestimmung, dass Art. 9 OR sowohl den Widerruf des Antrags als auch den Widerruf der Annahme regelt. Hinzu kommt, dass die Marginalie der Bestimmung lautet: "Widerruf des Antrags und der Annahme". Die doppelte Anwendbarkeit von Art. 9 OR ergibt sich also auch aus dem Wortlaut der Marginalie.

- 4. Frage 4 (Sachverhalt II: Widerruf II). Gibt es im OR AT ein weitergehendes (grosszügigeres) Widerrufsrecht für den Widerruf von Willenserklärungen im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss? Ist mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt ein weitergehendes Widerrufsrecht zu bejahen? Achten Sie auf die Punktzahl und beschränken Sie Ihre Antwort auf die zentralen Argumente. [6 Punkte]**

Bei den sogenannten "Haustürgeschäften" (Art. 40a ff. OR) gilt ein weitergehendes Widerrufsrecht. Liegt ein Haustürgeschäft vor, so kann der Kunde den Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen. Zu diesen Voraussetzungen gehört, dass ein Vertrag über eine bewegliche Sache oder eine Dienstleistung vorliegt, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Kunden bestimmt ist (Art. 40a Abs. 1 OR). Weiter muss das Angebot in einem bestimmten Umfeld erfolgen (Art. 40b OR), so etwa am Arbeitsplatz oder in den Wohnräumen des Kunden, in öffentlichen Verkehrsmitteln oder auf öffentlichen Strassen und Plätzen, an

Werbeveranstaltungen, die mit einer Ausflugsfahrt oder einem ähnlichen Anlass verbunden waren, oder am Telefon oder über vergleichbare Mittel der gleichzeitigen mündlichen Telekommunikation.

Vorliegend bestellt Dave Harina die Pickleball-Schläger, weil er damit Pickleball-Kurse anbieten will. Also bestellt Dave Harina die Ware für den professionellen Gebrauch. Folglich ist bereits die erste Voraussetzung für das erweiterte Widerrufsrecht (Art. 40a OR) nicht erfüllt. Hinzu kommt, dass das Angebot auch nicht in den vom Gesetz genannten Orten stattgefunden hat (Art. 40b OR).

Im Ergebnis ist mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt ein weitergehendes Widerrufsrecht im Sinne von Art. 40a ff. OR zu verneinen.

Sachverhalt III: Pickleball (Stornierung 2)

Wir befinden uns immer noch bei der Mail von Dave Harina (DH) mit dem Inhalt "Ich storniere die Bestellung". Wie bereits im Sachverhalt II ausgeführt, kann diese Aussage auch so gedeutet werden, dass Dave Harina insgesamt Abstand nehmen will vom Vertrag mit Swiss Pickleball Central. Fraglich ist, ob er dazu berechtigt ist. Das wäre unter anderem dann der Fall, wenn der Vertrag noch gar nicht zustande gekommen wäre. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen (Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willenserklärungen werden gemeinhin in "Antrag" und "Annahme" unterteilt. Qualifizieren Sie vor diesem Hintergrund die einzelnen Willenserklärungen der Parteien (separat unter der jeweiligen untenstehenden Fragestellung).

Pro Memoria: Begründen Sie jeweils Ihre Antwort.

5. Frage 5 (Sachverhalt III: Webseite SPC). Qualifizieren Sie die Abbildung der verschiedenen Produkte der Swiss Pickleball Central (SPC) samt Preisangabe auf deren Webseite. [18 Punkte]

Mit Blick auf die verlangte Qualifikation ist zu prüfen, ob die erwähnte Willenserklärung von SPC einen Antrag bildet, oder ob es sich um eine sogenannte *invitatio ad offerendum*, also eine Einladung zur Antragstellung handelt. Einschlägig ist Art. 7 OR. Gemäss Art. 7 Abs. 1 OR wird der Antragsteller nicht gebunden, wenn der dem Antrag eine die Behaftung ablehnende Erklärung beifügt, oder wenn sich ein solcher Vorbehalt aus der Natur des Geschäfts oder aus den Umständen ergibt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 OR bedeutet die Versendung von Tarifen, Preislisten oder dergleichen an sich keinen Antrag. Gemäss Art. 7 Abs. 3 OR gilt dagegen die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag.

Gemäss Sachverhalt steht neben der Abbildung des Joola Pickleball-Schlägers der Satz "Solange Vorrat". Fraglich ist, ob eine vernünftige Adressatin die Erklärung dahingehend verstehen muss, dass die Swiss Pickleball Central keinen (bindenden) Antrag zum Vertragsabschluss erklären will.

Für eine Einschränkung der Bindungswirkung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 OR spricht, dass eine solche Erklärung im Ergebnis nichts anderes ist als eine höfliche Formel, mit der die Unverbindlichkeit ausgedrückt wird. Dies umso mehr, als der Erklärungsempfänger (Dave Harina) die Lagerbestände nicht kontrollieren kann. Gegen eine *umfassende* Einschränkung der Bindungswirkung spricht, dass die Erklärung "Solange Vorrat" die Verbindlichkeit nicht generell ausschliesst, wie dies etwa mit dem Zusatz "ohne obligo" der Fall wäre. Vielmehr bezieht sich der Vorbehalt darauf, dass die Ware in den Lagerbeständen vorrätig ist. Man kann die Erklärung also auch wie folgt verstehen: "Wenn ich es an Lager habe, will und muss ich es liefern." Insgesamt lässt sich nicht abschliessend klären, ob die Aussage "Solange

Vorrat" eine die Behaftung ablehnende Erklärung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 OR darstellt, auch wenn man darin in der Tendenz eine solche Erklärung sehen kann. Daher ist in einem weiteren Schritt zu klären, ob Art. 7 Abs. 2 oder Art. 7 Abs. 3 OR zur Lösung der Frage beitragen.

Weder Art. 7 Abs. 2 OR noch Art. 7 Abs. 3 OR beziehen sich auf Angebote im Internet. Sie können daher nur *analog* angewendet werden (diese Präzisierung wird von Studierenden des Einführungsstudiums nicht erwartet). Im Hinblick auf die beiden Bestimmungen verdient die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 OR den Vorzug. Die öffentliche Anpreisung von Waren unter Angabe des Preises entspricht der Versendung von Katalogen und Preislisten. Demgegenüber ist Art. 7 Abs. 3 OR auf die Auslage einer physisch greifbaren Ware ausgerichtet. Das zeigt sich auch daran, dass Waren, die als Attrappen oder als Abbildungen ausgestellt werden, nicht unter Art. 7 Abs. 3 OR fallen. Weiter zeigt es sich daran, dass mit zunehmender Distanz der Ware zum Geschäft die Antragswirkung abnimmt. Es geht einzig um den Einzelgegenstand, der abgebildet ist, und der – so das Bundesgericht – unmittelbar ausgehändigt und mitgenommen werden kann.¹ Nur hier rechtfertigt sich die Bindungswirkung, die mit der Qualifikation als Antrag verbunden ist.²

Im Ergebnis kann offenbleiben, ob die Aussage "Solange Vorrat" (Art. 7 Abs. 1 OR) eine Erklärung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 OR darstellt – auch wenn man es in der Tendenz bejahen kann. Hingegen tritt zu diesem Argument die Tatsache hinzu, dass der Joola-Schläger lediglich auf einer Webseite abgebildet ist und somit der Versendung eines Katalogs ähnlich ist (Art. 7 Abs. 2 OR). Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Swiss Pickleball Central keinen Antrag, sondern eine Einladung zur Antragstellung erklärt hat.

6. Frage 6 (Sachverhalt III: Bestellung DH). Qualifizieren Sie die Bestellung von Dave Harina. [6 Punkte]

Auf die Einladung zur Antragstellung seitens der Swiss Pickleball Central hat Dave Harina mit einer Bestellung reagiert. Damit hat er seinerseits eine Willenserklärung abgegeben, wonach er mit dem Swiss Pickleball Central einen Kaufvertrag über 5 Pickleball Schläger abschliessen will. Seine Willenserklärung gilt als Antrag. Der Inhalt des Antrags ist – mit Ausnahme der Anzahl Schläger – durch die Informationen auf der Webseite bestimmt: Es handelt sich um Schläger in der Ausführung Joola Method CGS 14 zum Preis von je CHF 170, bei einer Lieferzeit von 3-5 Werktagen.

Hingegen ist die Erklärung "Solange Vorrat" nicht Teil des Antrags von Dave Harina. Er erklärt seinen Antrag zum Kauf der 5 Schläger vorbehaltlos. Die Erklärung dient Swiss Pickleball Central zur Klarstellung, dass kein Antrag vorliegt bzw. dass ein Antrag überhaupt nur insoweit vorliegen würde, als solche Schläger vorrätig sind (die Antragsqualität scheitert allerdings dann an Art. 7 Abs. 2 OR).

Hinweis: Hätte die Erklärung gelautet "Lieferung in 3-5 Werktagen, solange Vorrat", so hätte man argumentieren können, der Antrag beinhalte eine Lieferfrist von 3-5 Tagen unter dem Vorbehalt, dass die Ware im Lagerbestand vorhanden ist, und eine längere, noch unbestimmte Lieferfrist, wenn die Ware

¹ BGE 105 II 23 E. 1.

² Siehe BK OR-MÜLLER, N 36, 39 und 72 zu Art. 7 OR; CR CO-MORIN, N 8 zu Art. 7 OR.

nicht mehr vorrätig ist. Dann hätte man sich fragen müssen, ob die längere Lieferfrist nach Treu und Glauben bis zum 15. November hätte dauern dürfen.

7. Frage 7 (Sachverhalt III: Bestätigung SPC). Qualifizieren Sie die Bestätigung durch Swiss Pickleball Central. [6 Punkte]

Zu prüfen ist, ob SPC mit der Bestätigung die *Annahme* des Antrags von DH erklärt hat. Dies ist zu verneinen. Damit eine Annahme im Rechtssinne vorliegt, muss sie unter anderem mit dem Antrag übereinstimmen. Dies ist hier nicht der Fall: DHs Antrag enthält bezüglich der Lieferzeit eine Beschränkung auf 3-5 Werkzeuge. Die Bestätigung der SPC sieht eine Lieferzeit "ab 15. November 2023" vor. Also weicht die Annahmeerklärung von Swiss Pickleball Central vom Antrag Dave Harinas ab. Eine solche Erklärung ist keine Annahme im Rechtssinne, sie stellt aber ihrerseits ein (Gegen-)Antrag auf Vertragsabschluss dar.

8. Frage 8 (Sachverhalt III: Gesamtergebnis). Formulieren Sie ein Gesamtergebnis ("Im Ergebnis ist Folgendes festzuhalten:"), indem Sie die Ergebnisse zu den Fragen 5 bis 7 auf ihre Essenz reduzieren und im Anschluss daran die Ausgangsfrage beantworten, ob zwischen Dave Harina und der Swiss Pickleball Central ein Vertrag zustande gekommen ist. [6 Punkte]

Im Ergebnis ist festzuhalten: Die Abbildung der verschiedenen Produkte der SPC auf deren Webseite stellt eine Einladung zur Antragstellung (*invitatio ad offerendum*) dar. Gestützt auf die Informationen auf der Webseite hat DH der Swiss Pickleball Central einen Antrag auf Vertragsabschluss unterbreitet. Inhalt dieses Antrags war der Kauf von 5 Schlägern des Modells Joola Method CGS 14 zum Preis von je CHF 170 bei einer Lieferzeit von 3-5 Werktagen. Die «Bestätigung» der Swiss Pickleball Central, wonach eine Lieferung ab dem 15. November 2023 möglich sei, weicht vom Antrag ab. Sie ist daher keine Annahme im Rechtssinne, sondern stellt ihrerseits ein (Gegen-)Antrag dar. Die Erklärung von DH, dass er seine Bestellung storniere, kann und muss nach Treu und Glauben als Ablehnung des Gegenantrages verstanden werden. Im Ergebnis ist also zwischen DH und SPC kein Vertrag zustande gekommen.

9. Frage 9 (Sachverhalt III: Rückforderung Kaufpreis). Sollte Dave Harina nicht an seine Bestellung gebunden (und der Vertrag somit nicht zustande gekommen) sein, würde er den von ihm überwiesenen Betrag zurückfordern wollen. Welches wäre in diesem Fall die einschlägige Rechtsgrundlage? Prüfen und subsumieren Sie *einzig* die Grundvoraussetzungen, die in der Kernbestimmung (Entstehung des Anspruchs) enthalten sind. Prüfen Sie *nicht* alle weiteren Voraussetzungen (Verjährung etc.). [12 Punkte]

Die einschlägige Rechtsgrundlage ist Art. 62 Abs. OR. Nach Art. 62 Abs. 1 OR hat, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Gemäss Art. 62 Abs. 2 OR tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.

Voraussetzung für den Bereicherungsanspruch ist mithin die Bereicherung aus dem Vermögen eines anderen, und dies in ungerechtfertigter Weise. Die Bereicherung kann in der Vermehrung der Aktiven,

der Verminderung der Passiven, oder in einer Ersparnisbereicherung liegen. Swiss Pickleball Central hat den Betrag von CHF 850 erhalten. Ihre Aktiven sind gestiegen, also ist sie bereichert im Sinne von Art. 62 Abs. 1 OR. Diese Bereicherung geht zulasten des Vermögens von Dave Harina, der den Betrag überwiesen hat.

Zu prüfen bleibt, ob die Bereicherung ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Dave Harina hat im Zuge seiner Antragsstellung für den Abschluss eines Vertrages einen Betrag überwiesen. Zu diesem Zeitpunkt war der Vertrag noch nicht zustande gekommen, da es sich erst um die Antragstellung handelte. Es handelt sich um eine Zahlung im Hinblick auf einen künftigen Vertrag, der mangels Vertragsabschluss nicht entsteht. Mithin wurde eine Zahlung aus einem nicht verwirklichten Grund geleistet. Gestützt auf Art. 62 Abs. 1 OR muss daher der Swiss Pickleball Central die Zahlung zurückerstatten.

Sachverhalt IV: Pickleball (Kurzschluss)

Legen Sie den nachfolgenden Überlegungen folgende Variante zugrunde: Dave Harina bestellt bei der Firma Swiss Pickleball Central 5 Joola Method CGS 14-Schläger zum Preis von je CHF 170. Vereinbart wird die Lieferung innerhalb von 3-5 Werktagen. Am 5. Mai 2023 führt Dave Harina den Bestellvorgang durch und bezahlt mittels TWINT den Gesamtbetrag von CHF 850. Am 8. Mai 2023 erhält er von Swiss Pickleball Central eine Versandbestätigung per E-Mail: Swiss Pickleball Central habe die Pickleball-Schläger an die Spediteurin übergeben. Noch am selben Abend verlädt die Spediteurin das Paket in einen Zugwaggon. In der Nacht brennt der Zugwaggon infolge eines unvorhersehbaren Kurzschlusses ab. Die gesamte Ladung des Zugwaggons, inklusive der 5 Pickleball-Schläger, wird durch den Brand zerstört.

10. Frage 10 (Sachverhalt IV: Art. 119 OR). **Handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen Anwendungsfall von Art. 119 OR? Falls ja, warum? Falls nein: Warum nicht? Falls die Frage nicht abschliessend beantwortet werden kann ("es kommt darauf an"): Warum?**
[18 Punkte]

Für die Frage der Anwendbarkeit von Art. 119 OR auf den vorliegenden Sachverhalt sind die einzelnen Anwendungsvoraussetzungen der Gesetzesnorm zu prüfen. Die Bestimmung regelt gemäss ihrer Marginalie das "Unmöglichwerden einer Leistung". Gemäss Art. 119 Abs. 1 OR gilt die Forderung (des Gläubigers) als erloschen, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist.

Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 OR ist erstens die nachträgliche Unmöglichkeit. Diese Unmöglichkeit erfasst zweitens unstreitig die objektive Unmöglichkeit. Ob die subjektive Leistungsunmöglichkeit erfasst ist, ist umstritten. Drittens tritt die Unmöglichkeit ein, ohne dass den Schuldner eine Verantwortung trifft.

Vorliegend wurden die Pickleballschläger nach dem Vertragsabschluss durch einen Brand zerstört. Folglich handelt es sich um eine nachträgliche Leistungsstörung. Fraglich ist aber, ob es sich um eine *Unmöglichkeit* im Sinne von Art. 119 OR handelt.

Gegenstand des Kaufvertrages waren 5 Pickleballschläger der Marke Joola Method CGS 14. Diese Leistungspflicht stellt eine Gattungsschuld dar. Bei der Gattungsschuld ist die geschuldete Sache nur der Gattung nach (Art und Zahl) bestimmt – im vorliegenden Fall sind *fünf* Pickleballschläger der Marke

Joola Method CGS 14 geschuldet. Unmöglichkeit bei einer Gattungsschuld liegt (erst) dann vor, wenn alle Gattungsgegenstände untergegangen sind. Entsprechend wird mehrheitlich vertreten, die Erfüllung von Gattungsschulden sei immer möglich, bzw. eine (objektive) Leistungsunmöglichkeit sei bei Gattungsschulden grundsätzlich ausgeschlossen, weil den Gattungsschuldner im Regelfall eine universelle Beschaffungspflicht treffe.³ Ausnahmen werden insbesondere bei Vorliegen einer begrenzten Gattungsschuld zugestanden. Der vorliegende Sachverhalt bildet keine Ausnahme von diesem Grundsatz, denn bei den 5 Pickleballschläger der Marke Joola Method CGS 14 handelt es sich nicht um eine begrenzte, sondern um eine allgemeine Gattungsschuld. Entsprechend wäre hier die Anwendbarkeit von Art. 119 OR infolge fehlender Leistungsunmöglichkeit zu verneinen.

Demgegenüber will eine Mindermeinung Art. 119 OR auch auf Gattungsschulden anwenden. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn der Schuldner nach dem Vertrag alles Erforderliche zur Erfüllung seiner Leistungspflicht getan hat.⁴ Diese Meinung orientiert sich an § 243 des deutschen BGB. Nachdem im vorliegenden Fall der Verkäufer die fünf Pickleballschläger ausgesondert und zum Versand übergeben hat, hat er alles Erforderliche für seine Leistungspflicht getan. Entsprechend wäre nach der Mindermeinung Art. 119 OR anwendbar.

Im Ergebnis kann die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 119 OR nicht abschliessend beantwortet werden. Gemäss der Mehrheitsmeinung ist Art. 119 OR auf Gattungsschulden nur im Ausnahmefall anwendbar, und ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor. Nach einer Mindermeinung kann man Art. 119 OR unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Gattungsschulden anwenden; diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Weitere Hinweise: (1) Man konnte – mit der entsprechenden Begründung – die Mehrheits- oder die Minderheitsmeinung vertreten. Man musste auch nicht auf den Lehrstreit Bezug nehmen. Die Anlehnung an § 243 BGB wird kaum vertreten. Aber wer diese Meinung kannte und sie vertreten wollte, durfte das tun.

(2) Wer gestützt auf den Sachverhalt III davon ausgegangen ist, dass die Webseite den Vermerk "solange Vorrat" aufwies und somit eine begrenzte Gattungsschuld vorlag, durfte die Frage ohne Punktverlust entsprechend lösen.

(3) Die Fragestellung lautete: "Ist Art. 119 OR anwendbar"? Entsprechend war im Ausgangspunkt Art. 119 OR und seine Tatbestandselemente zu prüfen. Art. 185 OR war nicht Teil der Fragestellung. Damit man die kaufvertragliche Gefahrenregel in Art. 185 OR anwenden kann, muss *zuerst* die (nicht zu verantwortende) Leistungsunmöglichkeit des Verkäufers feststehen. Entsprechend muss *zuerst* zur Anwendbarkeit von Art. 119 OR Stellung bezogen werden. Die Fragestellung *endete* sodann mit der Thematik der Anwendbarkeit von Art. 119 OR.

³ Siehe dazu etwa ZK OR-AEPLI, Art. 119 N 80; BUCHER, OR AT, S. 421.

⁴ Siehe BSK OR-Wiegand, Art. 119 N 2.

11. Frage 11 (Sachverhalt IV: Widerrechtlichkeit). Gehen Sie davon aus, dass die Brandursache nicht ein unvorhersehbarer Kurzschluss war, sondern dass das Feuer durch die Angestellte der Speditionsfirma verursacht wurde, die im Zugwagen eine Zigarette geraucht und diese ungelöscht weggeworfen hatte, als sie sah, dass sich ihr Vorgesetzter dem Zugwagen näherte. Dave Harina ist empört und will direkt gegen die Angestellte vorgehen, und zwar gestützt auf Art. 41 OR. Ein Ius-Studentin erklärt ihm, dass – abgesehen von den sonstigen Hürden – eine Schadenersatzklage allein schon an der Tatbestandsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit scheitern werde. Stimmt das? [12 Punkte]

Ja, das stimmt. In der Schweiz gilt nach überwiegender Lehre und ständiger Rechtsprechung die objektive Widerrechtlichkeitstheorie. Als widerrechtlich gilt die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts oder einer objektiven, zwingenden Schutznorm, die genau dem Schutz des verletzten Vermögensinteresses dient. Vorliegend käme als absolut geschütztes Rechtsgut nur das Eigentum in Frage. Dave Harina ist aber nicht Eigentümer der Schläger. Mit dem Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer zwar zur Übertragung des Eigentums an den Käufer (Art. 184 Abs. 1 OR). Das Eigentum selbst geht aber erst mit der Übertragung des Besitzes auf den Käufer über (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Also fehlt es an der Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR.

Auch die zweite Widerrechtlichkeitsform, die Verletzung einer zwingenden Schutznorm, die genau dem Schutz des verletzten Vermögensinteresses dient (z.B. Betrug, Geldwäscherei), führt nicht zum Ziel, weil keine einschlägige Schutznorm ersichtlich ist.

PRÜFUNG PRIVATRECHT I VOM 5. JUNI 2023: MULTIPLE CHOICE-FRAGEN

1. **Gemälde:** Guillaume schreibt Clémentine: "Ich bevollmächtige Dich zum Kauf eines schönen Bildes in meinem Namen zum Preis von bis zu CHF 500.00" Clémentine entdeckt in einer Ausstellung ein Bild für CHF 400.00, welches Guillaume gefallen könnte. Clémentine fragt Sie, ob sie es kaufen muss. [3 Punkte]
- Ja, sie muss das Bild kaufen.
 - Clémentine ist nur verpflichtet, das Bild zu kaufen, wenn sie die Annahme der Vollmacht erklärt hat.
 - Wegen des Interesses von Guillaume am Kauf eines Bildes und der Gelegenheit der Clémentine zum Kauf sind alle Kriterien einer ausnahmsweisen Verpflichtung erfüllt. Clémentine muss kaufen.
 - Nein, sie muss das Bild nicht kaufen.**

Lösungshinweise: Die Vollmacht allein berechtigt zum Kauf, begründet aber keine Pflichten. Daher lautet die Antwort "Nein, Clémentine muss das Bild nicht kaufen". Der Sachverhalt enthält keine explizite Verpflichtung zum Kauf, eine reine Bevollmächtigung begründet – auch wenn ein Interesse besteht – auch nicht ausnahmsweise eine Verpflichtung. Die Vollmachtserteilung erfolgt sodann einseitig. Sie bedarf keiner Annahmeerklärung,¹ weshalb diese Antwort nicht korrekt ist.

2. **Nichtigkeit:** Erweist sich ein Kaufvertrag als nichtig, ist die Sache zurückzugeben. Welches Prinzip bildet nach schweizerischem Recht die Grundlage für die Rückgabe? [3 Punkte]
- Abstraktionsprinzip
 - Akzessionsprinzip
 - Traditionsprinzip
 - Kausalitätsprinzip**

Lösungshinweise: Das einschlägige Prinzip ist das Kausalitätsprinzip. Das Kausalitätsprinzip bewirkt, dass die Nichtigkeit des Vertrags auch auf die Gültigkeit der Eigentumsübertragung durchschlägt.

¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn 1345.

3. **Formvorschriften:** Welche Aussage trifft zu? [3 Punkte]

- Ein Kaufvertrag, der eine Forderung zum Gegenstand hat (Zession; Forderungsabtretung) bedarf zu seiner Gültigkeit der einfachen Schriftform. Entsprechend muss der Kaufvertrag die eigenhändige Unterschrift der Käuferin (Zessionarin) und des Verkäufers (Zedent) enthalten (Art. 14 Abs. 1 OR).
- Das Obligationenrecht unterscheidet beim Schriftformerfordernis nicht zwischen den eigenhändigen Unterschriften von blinden und nicht blinden Personen. Indes ist nach dem Vertrauensprinzip die Unterschrift einer blinden Person nur dann bindend, wenn die Gegenpartei der blinden Person ihr den Vertrag vorgelesen hat.
- Ist die Zession aufgrund eines Formmangels ungültig, so muss die Forderung aufgrund der Abstraktheit der Zession von der Zessionarin an die Zedentin zurückzediert werden.
- Trotz des Wortlauts von Art. 12 OR und der Marginalie, die nur von der «schriftlichen Form» respektive der «Schriftlichkeit» sprechen, gilt Art. 12 OR analog auch für die anderen gesetzlichen Formvorschriften.**

Lösungshinweise: Zutreffend ist, dass Wortlaut und die Marginalie von Art. 12 OR zu eng gefasst sind; die Bestimmung gilt auch für die übrigen gesetzlichen Formerfordernisse.² Unzutreffend ist die Antwort, wonach der Kaufvertrag, der eine Forderungsabtretung zum Gegenstand hat, der Schriftform bedarf. Das Verpflichtungsgeschäft ist formfrei möglich (Art. 165 Abs. 2 OR). Unzutreffend ist auch, dass das OR nicht zwischen den Unterschriften von blinden und nicht blinden Personen unterscheidet – siehe dazu Art. 14 OR. Unzutreffend ist auch, dass eine Zession, die aufgrund eines Formmangels ungültig ist, zurückzediert werden muss. Bei der formungültigen Zession geht die Verfügungsmacht nicht auf die Zedentin über. Entsprechend findet kein Gläubigerwechsel statt. Folglich bedarf es auch keiner Rückzession.

4. **Gläubigermehrheit:** Vater und Sohn haben bei der Bank A. ein Gemeinschaftskonto (*Compte-Joint*). Am Morgen des 5. Juni 2013 verlangt der Vater die Überweisung des gesamten Kontosaldo auf ein Konto, das auf ihn selbst und seine Ehefrau lautet. Am Mittag desselben Tages verlangt der Sohn die Überweisung des gesamten Kontosaldo auf ein Konto, welches ausschliesslich auf seinen eigenen Namen lautet. Am 6. Juni 2013 reicht der Sohn Klage gegen die Bank ein und beantragt, diese sei zu verpflichten, ihm den gesamten Kontosaldo auf sein eigenes Konto (IBAN CH26846098764009276549251) zu überweisen. Welche Aussage trifft zu:

² BGE 123 III 97 E. 2 S. 99 f.; SCHWENZER/FOUNTOULASIK, OR AT, Rn. 31.24.

- Erhält eine Bank zwei unvereinbare Überweisungsaufträge, darf sie keinen der beiden Aufträge ausführen, sondern muss von den Solidargläubigern eine gemeinsame, übereinstimmende Willenserklärung verlangen.
- Erhält eine Bank zwei unvereinbare Überweisungsaufträge, muss sie den zuerst erhaltenen Auftrag ausführen. Daher hätte sich die Bank vorliegend nur durch Befolgung der Weisung des Vaters befreien können.
- Erhält eine Bank zwei unvereinbare Überweisungsaufträge, hat sie den Kontoinhabern jeweils denjenigen Teil des Kontoguthabens auszuführen, der ihnen gemäss dem Innenverhältnis zusteht.
- Erhält eine Bank zwei unvereinbare Überweisungsaufträge, hat sie die Wahl, welchen Auftrag sie ausführen will. Dies gilt, solange sie von keinem Gläubiger rechtlich belangt wurde. Am 5.6.2013 hätte die Bank daher noch befreiend an jeden der beiden Gläubiger leisten können.**

Lösungshinweise: Richtig ist, dass die Bank im Fall des Erhalts von zwei unvereinbaren Überweisungsaufträgen die Wahl hat, welchen Auftrag sie ausführen will. Dies gilt aber so lange, wie sie von keinem der Gläubiger rechtlich belangt worden ist (Art. 150 Abs. 3 OR). Die Bank wurde erst am 6. Juni 2013 von einem der Kontoinhaber (dem Sohn) rechtlich belangt. Entsprechend hätte sie am 5. Juni 2013 noch an jeden der beiden Kontoinhaber befreiend leisten können. Die übrigen Antworten sind unzutreffend. Das ergibt sich bereits aus der Regel in Art. 150 Abs. 3 OR. Darüber hinaus gilt Folgendes: Die Bank darf keine gemeinsame übereinstimmende Willenserklärung verlangen, weil es sich nicht um eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft handelt. Sie darf auch nicht die Beträge gemäss dem Innenverhältnis ausbezahlen, weil das im Widerspruch zu Art. 150 Abs. 2 OR steht.

5. **AGB:** Welche der nachfolgenden Aussagen trifft NICHT zu?

- Erklärt eine Partei ihre Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, werden diese auch dann Vertragsbestandteil, wenn die betreffende Partei die AGB nicht gelesen hat. Ein Korrektiv bildet die Ungewöhnlichkeitsregel: Da die zustimmende Partei nicht mit ungewöhnlichen Bestimmungen rechnen muss, sind diese nicht vom Konsens erfasst und werden daher nicht Vertragsbestandteil. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die zustimmende Partei von der Verwenderin explizit auf die ungewöhnliche Klausel aufmerksam gemacht wurde.
- Erklärt eine Partei ihre Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ohne diese gelesen zu haben, liegt eine Globalübernahme vor. Dies gilt selbst dann, wenn die Partei ein Kästchen ankreuzt, mit dem sie ausdrücklich bestätigt, die AGB gelesen zu haben.

- Erklärt eine Partei ihre Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen und hat sie die AGB gelesen, verstanden und akzeptiert, liegt eine Vollübernahme vor. In diesem Fall kann sie sich gemäss herrschender Lehre nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen, da diese nur im Falle einer Globalübernahme anwendbar ist.
- **Erklärt eine Partei ihre Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, werden diese auch dann Vertragsbestandteil, wenn die betreffende Partei die AGB nicht gelesen hat. Ein Korrektiv bildet die Unklarheitsregel: Da die zustimmende Partei nicht mit unklaren Bestimmungen rechnen muss, sind diese nicht vom Konsens erfasst und werden daher nicht Vertragsbestandteil. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die zustimmende Partei von der Verwenderin explizit auf die unklare Klausel aufmerksam gemacht wurde.**

Lösungshinweise: Nicht zutreffend ist die Aussage, wonach die Unklarheitsregel ein Korrektiv zur Globalübernahme bildet und unklare Bestimmungen nicht vom Konsens der zustimmenden Partei erfasst sei und deshalb nicht Vertragsbestandteil werde. Auch unklare AGB-Bestimmungen sind grundsätzlich vom Konsens erfasst. Sie sind in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien auszulegen und in zweiter Linie nach dem Vertrauensprinzip.³ Resultiert kein klares Ergebnis, kommt in letzter Linie die Unklarheitsregel zur Anwendung, wonach mehrdeutige Wendungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zweifel zu Lasten der Verfasserin auszulegen sind (*in dubio contra stipulatorem*).⁴ Zutreffend ist demgegenüber, dass vom globalen Einbezug der AGB ungewöhnliche Klauseln ausgenommen sind, sofern die zustimmende Partei von der AGB-Verwenderin nicht ausdrücklich auf diese aufmerksam gemacht wurde.⁵ Ebenfalls zutreffend ist, dass die Ungewöhnlichkeitsregel nur im Falle einer Globalübernahme, nicht hingegen im Falle einer Vollübernahme zur Anwendung gelangt.⁶ Zutreffend ist schliesslich, dass die Übernahme ungelesener AGB auch dann eine Globalübernahme darstellt, wenn die zustimmende Person durch Ankreuzen eines vorformulierten Kästchen bestätigt, die AGB gelesen zu haben.⁷

6. **Massagesessel:** Michaela ist zu Besuch an der BEA in Bern. Auf dem Messegelände befindet sich der Stand des Möbelhauses Bequem AG. Am Stand sind die Massagesessel Modelle «EasyRelax» und «Realpro-Hotstone» ausgestellt. Nachdem Michaela beide Modelle Probe gesessen hat, fällt sie einen Kaufentscheid. Sie äussert gegenüber dem anwesenden Verkäufer den Willen, einen Sessel per Heimlieferung zu bestellen. Auf die Frage, welchen der beiden Modelle sie bestellen möchte, antwortet Michaela mit: «das rechte». Die

³ Siehe z.B. BGE 148 III E. 2.2.1 S. 61 f.

⁴ Z.B. BGE 148 III E. 2.2.2 S. 62 f.

⁵ Z.B. BGE 148 III 57 E. 2.1.2 S. 60.

⁶ Vgl. z.B. BGE 148 III 57 E. 2.1.3 S. 59 f.

⁷ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT I, Rn. 1128c *in fine*.

Willensäußerung bezog sich auf das von ihrer Perspektive aus gesehene rechte Modell «Easy-Relax». Der Verkäufer, welcher in die entgegengesetzte Richtung blickte, hat zwar auch «rechts» verstanden, meinte damit aber das, aus seiner Perspektive aus gesehene, rechte Modell «Realpro-Hotstone». Als einige Wochen später das Modell «Realpro-Hotstone» geliefert wird, ist Michaela sehr enttäuscht, da das andere Modell viel bequemer war. Sie möchte den Sessel nicht behalten, die Bequem AG weigert sich jedoch, das Möbelstück zurückzunehmen. **Welche Aussage trifft zu?**

- Vorliegend haben die Parteien einander nicht richtig verstanden, weshalb ihre Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind. Vorliegend durfte und musste der Verkäufer die Willenserklärung von Michaela so verstehen, dass sie den von ihm aus gesehene rechten Sessel kaufen wollte. Es ist daher ein Vertrag über den Kauf des Massagesessels «Realpro-Hotstone» zustande gekommen.
- Bei der Vertragsauslegung ist gemäss Art. 18 Abs. 1 OR auf den wirklichen Willen der Parteien abzustellen. Es gilt der Grundsatz «falsa demonstratio non nocet». Es entsprach dem tatsächlichen, inneren Willen Michaelas, den von ihr aus gesehene rechts stehenden Massagesstuhl «EasyRelax» zu erwerben. Der zwischen Michaela und der Bequem AG zustande gekommene Vertrag ist daher dahingehend auszulegen, dass sich die Bequem AG dazu verpflichtet hat, den Massagesstuhl «EasyRelax» zu liefern.
- Es liegt ein offener Willensdissens vor: Michaela und die Bequem AG haben sich zwar tatsächlich richtig verstanden. Michaela meinte «rechts» und der Verkäufer verstand «rechts». Michaelas tatsächlicher, innerer Wille ist jedoch auf den, von ihr aus gesehene, rechten Massagesessel «EasyRelax» gerichtet, während der Verkäufer den von ihm aus gesehene, rechten Massagesessel «RealPro-Hotstone» veräussern wollte. Die Willensäußerungen stimmen somit offensichtlich nicht überein und es ist kein Vertrag zustande gekommen.
- Die tatsächlichen, inneren Willen der Parteien stimmen nicht überein, obwohl sie dieselben Wörter verwendet haben. Da nach dem Vertrauensprinzip keine der Parteien zu schützen ist, ist kein Vertrag zustande gekommen.**

Lösungshinweise: Der Fall ist angelehnt an BGer 4P.143/2005. Zutreffend ist, dass **kein Vertrag zustande gekommen** ist. Die Parteien haben sich nicht richtig verstanden, da beide dem Wort «rechts» eine andere Bedeutung zugemessen haben. Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Empfänger nach gutem Treuen hätte verstehen können und müssen. Vorliegend lässt eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine eindeutige Auslegung zu. Daher ist keine Partei zu schützen. Nicht zutreffend ist die Aussage, dass ein offener Willensdissens vorliege. Ein solcher besteht, wenn sich die Parteien bewusst sind, dass sie keinen Konsens erzielen, was im vorliegenden Fall jedoch zu verneinen ist. Nicht zutreffend sind

die Aussagen, dass ein Vertrag über das Modell «Realpro-Hotstone» oder «Easy Relax» zustande gekommen sei. Willensäußerungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Demnach ist der Empfänger einer Willenserklärung zu schützen, wenn er eine Willensäußerung nach Treu und Glauben in einer bestimmten Weise verstehen durfte und musste. Die tatsächliche Bedeutung der Aussage «das rechte» ist vorliegend zu unklar, um durch das Vertrauensprinzip geschützt zu werden. Vor allem aber könnte der Verkäufer sich darauf nicht berufen, denn – wenn überhaupt – müsste er als Fachperson realisieren, dass die ihm gegenüberstehende Kundin eine andere Perspektive einnimmt als er selbst.

7. **Stellvertretung:** X hat ein neues Hobby für sich entdeckt: die Fotografie. Er kaufte sich zu Beginn des Jahres eine günstige Einsteigerkamera, mit der er bereits viele schöne Aufnahmen einfangen konnte. Nun ist er sich sicher, dass der richtige Zeitpunkt gekommen ist, um in eine teure Profikamera mit Wechselobjektiven zu investieren. Eines Morgens sieht er auf dem Weg ins Büro im Schaufenster des Kamerahändlers Z die neue spiegellose Systemkamera von Canon im Paket mit zwei Wechselobjektiven zum überaus attraktiven Preis von CHF 3'700.- ausgestellt. X weiss, dass es aufgrund von Lieferengpässen momentan praktisch unmöglich ist, dieses Model zu erhalten und dass er sofort zuschlagen muss. Da er aber spät dran ist und in 20 Minuten bereits ein Meeting ansteht, eilt er noch kurz zum nächstgelegenen Bankomat und hebt das nötige Geld ab. Im Büro angekommen, beauftragt er sofort die 17-jährige Lehrtochter Y, für ihn die eben gesehene Kamera zu kaufen. Y begibt sich mit dem Geld in das Kamerageschäft des Z und kauft die Kamera, ohne jedoch zu erwähnen, im Auftrag von X zu handeln. Gehen Sie davon aus, dass es für Z keine Rolle spielt, wem er die Kamera verkauft. Wählen Sie die korrekte Aussage.

- Es liegt ein Fall der direkten Stellvertretung vor. Da Y jedoch minderjährig und damit handlungsunfähig ist, kann sie kein Rechtsgeschäft im Namen von X abschliessen.
- Es liegt ein Fall der indirekten Stellvertretung vor. Da Y nicht erwähnt, dass er im Namen von X handelt, kommt ein Vertrag zwischen Y und Z zustande. Für die Übertragung an den Vertretenen bedarf es eines weiteren Rechtsgeschäfts.
- Es liegt ein Fall der indirekten Stellvertretung vor. Da Y nicht erwähnt, dass sie im Namen von X handelt, kommt ein Vertragsschluss nur zwischen Y und Z infrage. Da Y jedoch minderjährig und damit handlungsunfähig ist, kommt kein Vertrag zustande.
- Es liegt ein Fall der direkten Stellvertretung vor. Y ist zwar minderjährig und somit nicht handlungsfähig, bei der direkten Stellvertretung genügt jedoch die Urteilsfähigkeit, da nicht der Vertreter, sondern der**

Vertretene gebunden wird. Somit ist ein Vertrag mit Wirkung zwischen X und Z zustande gekommen.

Lösungshinweise: Zutreffend ist die Aussage, dass ein Fall der direkten Stellvertretung vorliegt und ein Vertrag zwischen X und Z zustande gekommen ist. Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR wird der Vertretene auch dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn sich der Vertreter nicht zu erkennen gibt, der andere aber aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis schliessen musste oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse. Bei der direkten Stellvertretung genügt die Urteilsfähigkeit des Vertreters, womit der Vertrag zwischen dem Vertretenen und dem Dritten auch zustande kommt, wenn der Vertreter minderjährig ist. Unzutreffend ist die Aussage, dass ein Fall der direkten Stellvertretung vorliegt, Y jedoch aufgrund der Minderjährigkeit keine Rechtsgeschäfte im Namen von X abschliessen kann. Bei der direkten Stellvertretung genügt die Urteilsfähigkeit des Vertreters, womit der Vertrag zwischen dem Vertretenen und dem Dritten auch zustande kommt, wenn der Vertreter minderjährig ist. Nicht zutreffend ist die Aussage, dass ein Fall der indirekten Stellvertretung vorliegt und ein Vertrag zunächst zwischen Y und Z zustande kommt. Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR wird der Vertretene auch dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn sich der Vertreter nicht zu erkennen gibt, der andere aber aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis schliessen musste oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse. Nicht zutreffend ist die Aussage, dass ein Fall der indirekten Stellvertretung vorliegt und ein Vertrag nur zwischen Y und Z infrage kommt, der Vertrag aufgrund der Handlungsunfähigkeit von Y jedoch nicht zustande kommt. Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR wird der Vertretene auch dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn sich der Vertreter nicht zu erkennen gibt, der andere aber aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis schliessen musste oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse. Bei der direkten Stellvertretung genügt die Urteilsfähigkeit des Vertreters, womit der Vertrag zwischen dem Vertretenen und dem Dritten auch zustande kommt, wenn der Vertreter minderjährig ist.

8. **Kausalität:** Welche der folgenden Aussagen in Bezug auf die Kausalität ist NICHT zutreffend?

- Alternative Kausalität liegt vor, wenn für einen eingetretenen Schaden mehrere Ursachen infrage kommen, jedoch nur eine kausal sein kann.
- Gemäss Bundesgericht unterbricht eine durch den Geschädigten oder einen Dritten gesetzte Ursache den adäquaten Kausalzusammenhang nur, wenn sie einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise nicht mehr beachtlich erscheint.
- Im Zivilprozess gilt für den Nachweis der natürlichen Kausalität das Beweissmass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

- Kumulative Kausalität liegt vor, wenn ein Schaden mehrere Ursachen hat, die den Schaden nur zusammen herbeiführen.**

Lösungshinweise: Nicht zutreffend ist die Aussage, dass **kumulative Kausalität** vorliegt, wenn ein Schaden mehrere Ursachen hat, die den Schaden nur zusammen herbeiführen. Dieser Fall beschreibt die geteilte bzw. die komplementäre Kausalität. Kumulative Kausalität liegt hingegen vor, wenn ein Schaden mehrere Ursachen hat, von denen jede schon für sich alleine genügt hätte, um den Schaden herbeizuführen.

9. **Der Unfall:** Ursula Unheil hat es eilig und nimmt deshalb ihr Abendessen im Auto zu sich. Unglücklicherweise verschüttet sie während der Fahrt ihr Getränk. Abgelenkt durch das Missgeschick sieht sie den vortrittsberechtigten, auf eine Kreuzung einfahrenden Fahrradfahrer Peter Pech zu spät. Trotz einer Vollbremsung kann Ursula nicht mehr rechtzeitig anhalten und touchiert das Fahrrad von Peter am Hinterrad, woraufhin dieser hinfällt. Glücklicherweise ist Peter nicht verletzt, sein Fahrrad erleidet jedoch einen Totalschaden. Durch den Unfall verpasst Peter auch seinen Zug, er schafft es deshalb nicht mehr rechtzeitig zum Konzert seiner Lieblingsband. Peter fordert von Ursula Schadenersatz für das Fahrrad sowie für die Konzerttickets. Welche Aussage bezüglich der Haftung nach Art. 41 OR trifft zu?

- Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre sind nach dem normativen Schadensbegriff sowohl der Totalschaden am Fahrrad als auch die nutzlos gewordene Aufwendung für das Konzertticket als Schaden im Sinne von Art. 41 OR zu qualifizieren. Ursula muss somit sowohl für den Wert des Fahrrads als auch der Konzerttickets aufkommen.
- Eine Haftung nach Art. 41 OR bedingt entweder die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts oder die Verletzung einer Vermögensschutznorm. Peter wurde vorliegend nicht körperlich verletzt und erleidet daher einen reinen Vermögensschaden. Da auch keine Vermögensschutznorm verletzt wurde, entfällt eine Haftung Ursulas nach Art. 41 OR.
- Vom Schadensbegriff nach Art. 41 OR ist nur der durch das schädigende Ereignis direkt verursachte Schaden erfasst. Ein bloss indirekter Schaden (sog. Reflexschaden) ist hingegen nicht zu ersetzen. Als direkter Schaden, ist vorliegend der Wert des Fahrrads zu ersetzen. Das nutzlos gewordene Konzertticket ist jedoch als Reflexschaden zu qualifizieren und muss deshalb nicht ersetzt werden. Die Schadensersatzpflicht Ursulas beschränkt sich daher auf den Wert des Fahrrads.
- Die Differenztheorie beschreibt den Schaden als «unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens». Damit qualifiziert sich das wertlos**

gewordene Fahrrad als Schaden im Sinne von Art. 41 OR. Die nutzlos gewordene Aufwendung für das Konzertticket ist jedoch als sog. «Frustrationsschaden gemäss herrschender Auffassung sowie bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht vom Schadensbegriff erfasst. Folgt man der herrschenden Auffassung, beschränkt sich die Schadenersatzpflicht Ursulas daher auf den Wert des Fahrrads.

Lösungshinweise: Zutreffend ist, dass nach der Differenztheorie der Schaden als «unfreiwillige Vermögensverminderung des Reinvermögens» qualifiziert wird. Das Reinvermögen von Peter Pech wird durch den Totalschaden seines Fahrrads im Umfang dessen (Zeit-)Werts geschmälert. Das Verpassen des Konzertes führt hingegen zu keiner Verminderung des Reinvermögens. Die Ersatzpflicht von nutzlos gewordenen Aufwendungen (Frustrationsschaden) wird in der Schweiz von der herrschenden Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung abgelehnt.⁸ Nicht zutreffend ist die Aussage, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre auch nutzlos gewordene Aufwendungen zum Schadensbegriff zählen. Auch wenn gewisse Öffnungstendenzen des Schadensbegriffs vorliegen, geht die herrschende Lehre und das Bundesgericht nach wie vor von der fehlenden Schadensqualität nutzloser Aufwendungen aus. Nicht zutreffend ist die Aussage, dass vorliegend ein reiner Vermögensschaden besteht. Zu den absolut geschützten Rechtsgütern zählt neben dem Leben und der körperlichen, seelischen und geistigen Integrität auch das Eigentum, der Besitz und Immaterialgüterrechte. Durch die Zerstörung von Peters Fahrrad liegt eine Verletzung des Eigentums und somit ein Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut vor. Nicht zutreffend ist die Aussage, dass im beschriebenen Fall ein Reflexschaden vorliegt. Ein Reflexschaden liegt vor, wenn eine Person nur infolge ihrer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten eine Vermögenseinbusse erleidet. Der Reflexschaden bezieht sich also auf den Schaden bei einer dritten Person und nicht auf einen weiteren Schaden des Betroffenen.

10. Verständnis des Gesetzes: Lesen Sie Art. 81 Abs. 1 OR. Welche Aussage ist zutreffend?

- Art. 81 Abs. 1 OR regelt die Fälligkeit und die Erfüllbarkeit.
- Art. 81 Abs. 1 OR regelt ausschliesslich die Fälligkeit.
- Art. 81 Abs. 1 OR regelt weder die Fälligkeit noch die Erfüllbarkeit.
- Art. 81 Abs. 1 OR regelt ausschliesslich die Erfüllbarkeit.**

Lösungshinweise: Zutreffend ist, dass Art. 81 Abs. 1 OR ausschliesslich die Erfüllbarkeit regelt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 OR, wonach "der Schuldner schon vor dem Verfalltage erfüllen [kann]". Die Bestimmung spricht somit lediglich den Zeitpunkt an, zu dem der Schuldner erfüllen kann. Entsprechend treffen die anderen Antworten nicht zu.

⁸ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97, N 217, m.w.H.