

**Schriftliche Leistungskontrolle:  
Bachelorprüfung im Privatrecht II und III**

gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a RSL RW, FS 2021

**Themensteller/-in:** Prof. Frédéric Krauskopf

**Datum der Leistungskontrolle:** 16. Juni 2023

**Hinweise:**

Die Leistungskontrolle umfasst **12** vorbedruckte Seiten (inkl. Deckblatt).

**Schreiben Sie auf die erste Seite Ihres Antwortdokumentes Ihre Matrikelnummer und Ihre Muttersprache (sofern nicht Deutsch).**

**Der erste Teil der Prüfung besteht aus vier Freitextaufgaben.** Die Beantwortung jeder Aufgabe eines Falles ist auf einer neuen Seite zu beginnen und klar zu beschriften (d.h.: Fall A/Frage 1, Fall A/Frage 2, Fall B/Frage 1a, Fall B/Frage 3b usw.). Antworten, die unter keinem eindeutigen Titel stehen, werden nicht bewertet. Beachten Sie bitte die **folgenden Punkte:**

- Es sind alle Aufgaben zu bearbeiten. Achten Sie auf eine angemessene Subsumtionstechnik. Stichworte gelten nicht als Antworten. Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen anhand des Gesetzes und unter Angabe der 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 dennoch zu prüfen.
- Punkte für das Benennen der einschlägigen Gesetzesnormen werden nur gegeben, wenn die Bestimmung vollständig wiedergegeben wird. Wird beispielsweise «Art. 28 Abs. 2 ZGB» gefordert, so ergibt «Art. 28 ZGB» noch keinen Punkt.
- Neben der materiell-rechtlichen Qualität der Antworten werden auch Aufbau, Sprache/Stil und juristische Argumentation bei der Bewertung mitberücksichtigt.
- 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. Unverzichtbar ist aber jeweils eine konsequente Subsumtion.

**Der zweite Teil der Prüfung umfasst 12 Multiple Choice-Fragen.** Diese sind alle gesamthaft auf einer (wiederum) neuen Seite unter dem von Ihnen gesetzten Titel «MC-Aufgaben» zu beantworten. Auf dieser Seite ist jeweils nur die Aufgabe mit dem richtigen Buchstaben zu nennen (also z.B. MC-Aufgabe 1: **A**; MC-Aufgabe 2: **B** usw.). Es ist jeweils nur eine einzige Antwort richtig. Falsche Antworten geben keine Minuspunkte, aber werden mit null Punkten bewertet. Wird bei einer Frage mehr als eine Antwort angegeben, gilt die Frage als falsch beantwortet. Ist nicht klar ersichtlich, welche Antwort angegeben wurde, werden keine Punkte vergeben. Sofern nicht ausdrücklich verlangt, ist keine Begründung erforderlich.

<p><b>Schreiben Sie Ihre vollständige Prüfung ausschliesslich in das für die Prüfung vorgesehene Dokument! Antworten auf den Blättern der vorliegenden Aufgabenstellung werden nicht korrigiert.</b></p>
--

Viel Erfolg!

**Gewichtung der einzelnen Prüfungsteile:**

Fall A:	37 Punkte
Fall B:	20 Punkte
Fall C:	24 Punkte
Fall D:	11 Punkte
Multiple Choice-Aufgaben:	43 Punkte
<b>TOTAL:</b>	<b>135 Punkte</b>

**Teil 1: FREITEXTFRAGEN****FALL A*****Sachverhalt:***

Roland Riethus betreibt direkt neben seinem Wohnhaus eine Polsterei. Den Betrieb hat er von seinem Vater übernommen und er hofft, dass auch seine Tochter Manuela den Betrieb eines Tages fortführen will. Roland Riethus ist ein sehr naturverbundener Mensch. In seiner Freizeit geht er häufig im nahegelegenen Wald spazieren und im Sommer im See schwimmen. In unmittelbarer Nachbarschaft zu Roland Riethus wohnt Stefan Scheike. Dieser ist Architekt und leidenschaftlicher Sammler von Ölgemälden aus verschiedenen Epochen. Er betreibt in Zürich ein grösseres Architekturbüro. Beide Nachbarn sind gut befreundet und gehen hin und wieder am nahegelegenen See angeln.

Am 14. Juni 2022, einem warmen Samstagmorgen, geht Roland Riethus noch vor dem Frühstück im See schwimmen. Als er nach Hause gehen will, begegnet er Stefan Scheike an dessen Gartentor. Dieser erzählt ihm, dass sein Sohn am Tag zuvor seine erste eigene Wohnung in Zürich bezogen hat. Stefan Scheike möchte heute seinem Sohn eines der Ölgemälde aus dem Haus vorbeibringen, damit er in seiner neuen Wohnung eine Erinnerung an «zu Hause» hat. Das Bild hängt im ersten Stock und er – Stefan Scheike – wisse noch nicht, wie er das schwere Bild von dort aus in sein Auto laden soll. Ohne zu zögern bietet Roland Riethus ihm seine Hilfe beim Tragen an, was Stefan Scheike dankend annimmt. Beide begeben sich daraufhin in den ersten Stock des Hauses und nehmen das Bild von der Wand. Als sich die beiden Männer mit dem Bild in der Mitte der Treppe auf dem Weg nach unten befinden, löst sich unvorhergesehen die Glasscheibe aus dem Bilderrahmen und fällt dem vorausgehenden Roland Riethus auf die nur mit Badeschuhen bekleideten Füsse.

Im Spital diagnostizieren die Ärzte eine komplizierte Mittelfussfraktur sowie Schnittwunden, die genäht werden müssen. Infolge der Fraktur muss sich Roland Riethus einer aufwendigen Operation unterziehen. Danach ist er während Monaten auf Krücken angewiesen und kann während dieser Zeit seinen Beruf als Polsterer nicht ausüben. Noch während seines Spitalaufenthaltes beauftragt Roland Riethus eine Anwältin damit abzuklären, ob ihm gegen Stefan Scheike ein Schadenersatzanspruch zusteht.

Am 30. März 2023 erhebt Roland Riethus mithilfe seiner Anwältin Klage gegen Stefan Scheike beim zuständigen Gericht und verlangt CHF 148'700.-- Schadenersatz zuzüglich Zins.

Stefan Scheike, der zwar sehr betroffen über den Unfall ist, bestreitet, in irgendeiner Weise schadenersatzpflichtig zu sein. Schliesslich habe sich die Glasscheibe zufälligerweise gelöst. Ausserdem sei es von Roland Riethus fahrlässig gewesen beim Transport des Bildes Badeschuhe zu tragen. Auch sei ihm

– Stefan Scheike – eine Haftpflicht nicht zumutbar, befinde sich sein Architekturbüro doch aufgrund der steigenden Zinsen in einer schlechten Auftragslage und sei sein Einkommen deshalb unsicher.

**Frage 1:**

**[18 Punkte]**

Welches Rechtsverhältnis könnte im Zeitpunkt des Unfalls zwischen Roland Riethus und Stefan Scheike bestanden haben? Prüfen Sie, welche Rechtsverhältnisse in Frage kommen, und nehmen Sie Stellung. Begründen und Strukturieren Sie Ihre Antwort sorgfältig!

1. In Frage kommt zunächst ein **Vertragsverhältnis**. Gemäss **Art. 1 Abs. 1 OR** bedarf es zum Abschluss eines Vertrags der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien. Fraglich ist, ob zwischen Roland Riethus und Stefan Scheike ein unentgeltliches **Auftragsverhältnis** gemäss **Art. 394 ff. OR** bestanden hat. Gemäss Art. 394 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrages dazu, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Entscheidendes Kriterium für das Vorliegen einer vertraglichen Beziehung ist der **Rechtsbindungswille**. Für einen Rechtsbindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches **Interesse des Leistungserbringers** oder ein erkennbares **Interesse des Begünstigten** an fachkundiger Beratung oder Unterstützung. Roland Riethus hat weder ein rechtliches noch ein wirtschaftliches Interesse an der Leistung; insbesondere handelt er unentgeltlich. Er erbringt eine altruistische Tätigkeit aus Freundlichkeit und Hilfsbereitschaft. Umgekehrt geht es auch Stefan Scheike nicht darum, von den besonderen Fachkenntnissen von Roland Riethus zu profitieren. In casu bietet Roland Riethus spontan seine Hilfe beim Verladen des Gemäldes an. Hierbei handelt es sich um eine tatsächliche Hilfeleistung unter befreundeten Nachbarn, die von Roland Riethus unentgeltlich erbracht wird. Es ist folglich kein Auftragsverhältnis zwischen Roland Riethus und Stefan Scheike entstanden. Ein Rechtsbindungswille ist nicht auszumachen.
2. Nachdem ein Vertragsverhältnis verneint wurde, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das Rechtsverhältnis zwischen Stefan Scheike und Roland Riethus als **echte Geschäftsführung ohne Auftrag** nach **Art. 419 ff. OR** oder als **Gefälligkeit** zu qualifizieren ist. Unter echter Geschäftsführung ohne Auftrag ist die Führung fremder Geschäfte durch einen Geschäftsführer, der den Willen hat, fremdnützig (altruistisch) tätig zu sein, zu verstehen. Unter Gefälligkeit wird eine Tätigkeit verstanden, die unentgeltlich und altruistisch erfolgt.
  - Die Unterscheidung von Gefälligkeit und Geschäftsführung ohne Auftrag wird nach herrschender Auffassung hauptsächlich anhand des Kriteriums der **Eigenmacht** getroffen. Eigenmächtiges Handeln spricht dabei für eine Geschäftsführung ohne Auftrag. Wird hingegen die Leistung vom Leistungsempfänger veranlasst oder erfolgt sie mit seinem Einverständnis, so liegt keine Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern eine Gefälligkeit vor. In casu bietet Roland Riethus seine Hilfe beim Transport des Gemäldes zum Auto von Stefan Scheike an. Die Leistung erfolgt also mit dem Einverständnis des Leistungsempfängers. Ein eigenmächtiges Handeln von Roland Riethus scheidet aus. So betrachtet, ist das Rechtsverhältnis zwischen Roland Riethus und Stefan Scheike als **Gefälligkeitsverhältnis** zu qualifizieren.

**ODER**

  - Nach einer abweichenden Ansicht soll die Unterscheidung zwischen Gefälligkeit und Geschäftsführung ohne Auftrag nicht von der Eigenmacht des Handelns abhängen, sondern von den Umständen des Einzelfalls, insb. von der Art der erbrachten Leistung, deren

Grundlage und Ziel, den Umständen, unter welchen sie erbracht wurde, sowie von der Interessenslage der beteiligten Parteien. So spricht etwa blosser Kulanz als Motiv für eine Gefälligkeit. Ist die Handlung hingegen durch die objektiven Interessen des Leistungsempfängers geboten, so ist eine Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen. Für eine Gefälligkeit spricht, dass Roland Riethus die Handlung aus Kulanz erbringt. Zwar hat Stefan Scheike ein erkennbares Interesse an der Leistung, doch geht es nicht um eine objektiv *gebotene* Handlung, sondern vielmehr um eine alltägliche Hilfeleistung aus Freundlichkeit. Auch erscheint es hier nicht angebracht, Roland Riethus einer geschäftsführungsrechtlichen Haftung zu unterstellen. Dies spricht für die Annahme eines **Gefälligkeitsverhältnisses**.

**Frage 2:**

**[14 Punkte]**

Prüfen Sie den Schadenersatzanspruch von Roland Riethus und setzen Sie sich mit den Argumenten von Stefan Scheike auseinander!

*(Hinweis: Gehen Sie davon aus, dass ein Gutachter bestätigt hat, dass die Verletzungen von Roland Riethus bei weitem nicht so gravierend gewesen wären, hätte er anderes Schuhwerk getragen)*

**Vorbemerkung: Unabhängig davon, ob bei Frage 1 eine Gefälligkeit, eine GoA oder gar ein unentgeltlicher Auftrag angenommen wird: In allen Fällen findet Art. 422 Abs. 1 OR direkt oder analog Anwendung!**

1. Zu prüfen ist die Anwendung des **Art. 422 Abs. 1 OR**. Geht man von einer **Gefälligkeit** aus, so beurteilt sich die Haftung des Gefälligkeitsempfängers der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge nach (analog) Art. 422 Abs. 1 OR (BGE 129 III 181 E. 3, 4). Wer diese Rechtsprechung nicht kannte, musste mit dem Argument arbeiten, dass was für die echte GoA gilt (Art. 422 Abs. 1 OR), erst recht für die Gefälligkeit gelten muss, weil der Gefälligkeitserbringer – wie der Geschäftsführer ohne Auftrag – ein fremdes Geschäft in altruistischer Absicht vornimmt, welches dem Willen des Geschäftsherrn entspricht. Im Unterschied zum Geschäftsführer ohne Auftrag handelt der Gefälligkeitserbringer sogar ohne Eigenmacht, weswegen es sich umso mehr rechtfertigt, ihn von der (vorteilhaften) Haftungsordnung des Art. 422 Abs. 1 OR profitieren zu lassen.

**Alternative Begründungen zu 1.:**

- Falls von einer **GoA** ausgegangen wird, dann muss gesagt werden, dass sich die Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 422 Abs. 1 OR richtet, weil ein Fall echter und berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt.
- Wird hingegen von einem **unentgeltlichen Auftrag** ausgegangen, so muss erwähnt werden, dass das Bundesgericht Art. 402 Abs. 2 OR auf entgeltliche Aufträge beschränkt und die Haftung des Auftraggebers beim unentgeltlichen Auftrag nach Art. 422 Abs. 1 OR analog beurteilt.

2. **Tatbestand des Art. 422 Abs. 1 OR:** Der Gefälligkeitsempfänger haftet **verschuldensunabhängig** für den dem Gefälligkeitserbringer entstandenen Schaden. Das Argument von Stefan Scheike, wonach sich die Glasplatte zufälligerweise aus dem Rahmen gelöst hat und ihn an dem Vorfall kein Verschulden trifft, ist somit nicht einschlägig. Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 422 Abs. 1 OR ist zunächst, dass der Gefälligkeitserbringer einen **Schaden** erleidet. Unter Schaden ist die unfreiwillige Vermögensminderung zu verstehen. In casu hat Roland

Riethus einen Schaden erlitten, der u.a. in den Behandlungskosten und dem Verdienstaussfall zu erblicken ist. Es bedarf eines natürlichen und **adäquaten Kausalzusammenhangs** zwischen dem Schaden und der Gefälligkeitshandlung.

Weitere Überlegungen: Weiterhin kann ein Schadenersatzanspruch nur bestehen, sofern sich das einer gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko manifestiert, nicht jedoch, wenn sich das «allgemeine Lebensrisiko» verwirklicht (BGE 129 III 181 E. 4.1). Der Gefälligkeitserbringer muss bei Erbringung der Leistung einen Schaden erleiden (und nicht nur bei deren Gelegenheit). Vorliegend besteht die Gefälligkeitshandlung von Roland Riethus im Transport des Bildes zum Auto von Stefan Scheike. Bei Erbringung dieser Hilfeleistung – und nicht etwa bei Gelegenheit – kommt Roland Riethus zu Schaden. Folglich hat sich das dieser Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht.

**Alternativer Weg:** Wer die Haftung über Art. 41 Abs. 1 OR prüft, muss die vier Tatbestandsmerkmale Widerrechtlichkeit, Schaden, Kausalität und Verschulden korrekt besprechen. Bei der Widerrechtlichkeit besteht das Problem, dass kein Tun von Stefan Scheike vorliegt, sondern höchstens eine Unterlassung (z.B. der Befestigung der Glasscheibe im Rahmen oder zumindest des Hinweises an Roland, dass die Gefahr besteht, die Glasscheibe könnte sich aus dem Rahmen lösen). Diesfalls müsste eine Garantienstellung Stefan Scheikes zugunsten von Roland Riethus konstruiert werden, was nicht auf der Hand liegt. Spätestens beim Verschulden käme das Problem, dass eine Fahrlässigkeit von Stefan Scheike wohl zu verneinen ist.

3. **Rechtsfolge:** Der Gefälligkeitsempfänger hat dem Gefälligkeitserbringer gemäss Art. 422 Abs. 1 OR nach Ermessen des Richters den Schaden zu ersetzen. Der Schaden ist folglich nicht zwingend voll zu ersetzen. Insofern steht Roland Riethus nicht automatisch ein voller Ersatz des Schadens zu.

Weitere Überlegungen: Beim Ermessensentscheid bezüglich Bestand und Umfang des Schadenersatzanspruchs sind die Umstände des Einzelfalls zu beachten. Das Bundesgericht nennt u.a. die folgenden Umstände: «die Art der auf dem Spiele stehenden Interessen, das Verhältnis der mit der Tätigkeit zu wahrenen Werte zum erkennbaren Risiko, ein allenfalls von einer der Parteien zu vertretendes Gefährdungspotential und deren Vermögenslage» (BGE 129 III 181 E. 4.3).

**Alternativer Weg:** Wer die Haftung über **Art. 41 Abs. 1 OR** prüft, muss die Rechtsfolge von Art. 41 Abs. 1 OR korrekt wiedergeben: Vollhaftung für den Schaden.

4. **Besprechung der zwei Argumente von Stefan Scheike:** Betreffend das Schuhwerk von Roland Riethus spricht Stefan Scheike dessen **Selbstverschulden** an. Ein allfälliges Selbstverschulden des Gefälligkeitserbringers schliesst den Schadenersatzanspruch gemäss **Art. 44 Abs. 1 OR** zwar nicht zwingend aus, kann aber zu einer Reduktion der Ersatzleistung gemäss richterlichem Billigkeitsentscheid führen. Vorliegend ist ein Selbstverschulden von Roland Riethus zu bejahen: Es war fahrlässig, sich nicht festere Schuhe anzuziehen. Das ungeeignete Schuhwerk hat erwiesenermassen zur Verschlimmerung der Verletzungen beigetragen. Ein Kausalzusammenhang ist also gegeben. Die Schadenersatzpflicht von Stefan Scheike ist angemessen zu reduzieren. Als zweites Argument gegen seine Haftung bringt Stefan Scheike vor, dass eine Haftung ihm nicht zumutbar sei, da sich sein Architekturbüro momentan in einer schlechten Auftragslage befinde. Im Rahmen des Ermessensentscheids nach Art. 422 Abs. 1 OR könnte die finanzielle Situation berücksichtigt werden, aber eine nur momentan schlechte Auftragslage genügt hier wohl nicht für eine Reduktion der Haftung.

**Alternativer Weg:** Wer die Haftung über **Art. 41 Abs. 1 OR** prüft, muss die Argumente von Scheike wie folgt behandeln:

- Erkennen des Problems Selbstverschulden
- Anwendung von **Art. 44 Abs. 1 OR**
- Korrekte und vollständige Besprechung der Haftungsreduktion wegen Selbstverschuldens
- Art. 44 Abs. 2 OR und dort erwähnte Notlage und Fazit pro oder kontra Notlage

5. **Ergebnis:** Stefan Scheike hat Roland Riethus gemäss Art. 422 Abs. 1 OR den entstandenen Schaden zu ersetzen. Allerdings wird seine Haftpflicht infolge Selbstverschuldens von Roland Riethus reduziert.

**Frage 3:**

**[2 Punkte]**

Gemäss Sachverhalt (siehe oben) hat Roland Riethus mithilfe seiner Anwältin eine Klage eingereicht. Um was für eine Klageart handelt es sich genau und in welcher Gesetzesbestimmung ist diese Klage normiert?

Es handelt sich um eine (bezahlte) **Leistungsklage** gemäss **Art. 84 ZPO**.

**Frage 4:**

**[3 Punkte]**

Formulieren Sie bitte das oder die Begehren der Klage, die Roland Riethus eingereicht hat.

«Der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger CHF 148'700.00 zuzüglich Schadenszins seit 14. Juni 2022 zu entrichten»

«Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten».

## **FALL B**

### **Sachverhalt:**

Dirk Hummel, Eigentümer von drei Mehrfamilienhäusern in Bümpliz, beauftragt am 22. Mai 2023 Dafina Shabani, die im Liegenschaftshandel tätig ist, mit dem Verkauf eines der vorgenannten Mehrfamilienhäuser. Per WhatsApp schreibt Dirk an Dafina, er würde ihr eine Provision von CHF 5'000.-- bezahlen, sollte sie ihn auf Kaufinteressenten hinweisen, mit denen es zum Abschluss eines Kaufvertrages kommt. Dafina antwortet sogleich mit «in Ordnung». Sie fügt zudem an, dass sie auf einen gewissen Zeitraum angewiesen sei, um vernünftig für Dirk tätig zu sein. Deshalb solle das Mandat vorerst für drei Monate gelten, ohne dass es vorher aufgelöst werden könne. Damit zeigt sich wiederum Dirk einverstanden. Vier Tage später schreibt Dafina eine WhatsApp-Nachricht an Dirk und weist ihn darauf hin, dass die örtliche Kirchgemeinde auf der Suche nach einer Liegenschaft sei, in der sie den Pfarrer unterbringen könne, da das alte Pfarrhaus wegen Schimmelbefall und Asbest abgerissen werden müsse.

Am 29. Mai 2023 schreibt Dirk an Dafina, wiederum per WhatsApp, dass er ihre Dienste nicht mehr benötige. Dafina antwortet Dirk, dass dies nicht möglich sei, hätten sie doch eine feste Dauer von drei Monaten vereinbart. Darauf gibt Dirk keine Antwort mehr. Am 14. Juni 2023 verkauft Dirk das Mehrfamilienhaus sodann der Kirchgemeinde. Tags darauf erhält Dafina Kenntnis vom Abschluss des Kaufvertrags.

Am 16. Juni 2023 fordert Dafina von Dirk die Bezahlung der Provision von CHF 5'000.--. Dirk entgegnet ihr, dass sie kein Recht auf Provision habe, denn zwischen ihnen hätte gar kein bindender Vertrag bestanden. Der Austausch von WhatsApp-Nachrichten hätte nicht genügt, um einen Vertrag dieser Art entstehen zu lassen. Und selbst wenn ein Vertrag bestanden haben sollte, hätte er den Vertrag bereits am 29. Mai 2023 aufgelöst. Der Kaufvertrag mit der Kirchgemeinde sei aber erst später, nämlich am 14. Juni 2023, zustande gekommen.

### **Frage 1:**

**[4 Punkte]**

Stimmt die Aussage von Dirk, dass Dafina und er gar keinen bindenden Vertrag abgeschlossen hätten? Begründen und belegen Sie Ihre Antwort.

#### **Variante Auftrag:**

Der Vertrag zwischen Dirk und Dafina ist als **einfacher Auftrag** zu qualifizieren. Das Auftragsrecht enthält weder eine **Formvorschrift** noch verweist es sonst auf eine Formvorschrift. Es gilt der Grundsatz der Formfreiheit gemäss **Art. 11 Abs. 1 OR**. **Fazit:** Der Vertrag kam durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärung per WhatsApp gültig zustande.

#### **Variante Maklervertrag:**

Der Vertrag zwischen Dirk und Dafina ist als **Maklervertrag** zu qualifizieren. Das gesetzliche Maklervertragsrecht (Art. 412 ff. OR) enthält weder eine **Formvorschrift** noch verweist es sonst auf eine Formvorschrift. Es gilt der Grundsatz der Formfreiheit gemäss **Art. 11 Abs. 1 OR**. **Fazit:** Der Vertrag kam durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärung per WhatsApp gültig zustande.

## Frage 2:

[6 Punkte]

Gehen Sie nun davon aus, dass zwischen Dafina und Dirk ein Vertrag bestand. Durfte Dirk diesen Vertrag am 29. Mai 2023 beenden, was Dafina bestreitet? Begründen und belegen Sie Ihre Antwort!

### Variante Auftrag:

Dirk macht eine Kündigung resp. den Widerruf des Vertrages mit Dafina geltend. Die Beendigung des Auftrags ist in **Art. 404 Abs. 1 OR** geregelt. Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR darf der Vertrag **jederzeit und fristlos gekündigt** werden. Dieses Kündigungsrecht ist nach konstanter **Rechtsprechung des Bundesgerichts** zwingend und darf vertraglich nicht eingeschränkt werden. **Fazit:** Dirk durfte den Vertrag am 29. Mai 2023 kündigen.

### Variante Mäklervertrag:

Das gesetzliche Mäklervertragsrecht (Art. 412 ff. OR) enthält keine besonderen Bestimmungen über die **Vertragskündigung**. Gemäss **Art. 412 Abs. 2 OR** steht der Mäklervertrag «im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag». Es ist also das **auftragsrechtliche Kündigungsrecht** massgebend. Gemäss **Art. 404 Abs. 1 OR** darf der Vertrag jederzeit und fristlos gekündigt werden. Dieses Kündigungsrecht ist nach konstanter **Rechtsprechung des Bundesgerichts** zwingend und darf vertraglich nicht eingeschränkt werden. **Fazit:** Dirk durfte den Vertrag am 29. Mai 2023 kündigen.

## Frage 3:

[10 Punkte]

Gehen Sie nun davon aus, dass zwischen Dafina und Dirk ein Vertrag bestand und dass dieser Vertrag von Dirk am 29. Mai 2023 gültig beendet wurde. Dafina verlangt die Bezahlung der Provision von CHF 5'000.--. Tut sie dies zu Recht oder zu Unrecht? Begründen und belegen Sie Ihre Antwort! Gehen Sie dabei auch auf das Argument von Dirk ein, der Vertrag sei bereits am 29. Mai 2023 aufgelöst worden, während der Kaufvertrag mit der Kirchgemeinde erst später, nämlich am 14. Juni 2023, zustande gekommen sei.

### Variante Auftrag:

1. Gemäss **Art. 394 Abs. 1 OR** ist beim einfachen Auftrag nur dann eine Vergütung zu leisten, wenn diese verabredet oder üblich ist. Dafina hat sich verpflichtet, Dirk auf Kaufinteressenten für seine Liegenschaft hinzuweisen. Im Gegenzug dazu versprach Dirk Dafina eine **Vergütung von CHF 5'000**, wenn es mit einem Kaufinteressenten zum Abschluss eines Kaufvertrags kommt. Damit liegt ein **entgeltlicher Auftrag** vor. Den **Nachweis** einer solchen Gelegenheit hat Dafina mit dem Hinweis auf die kaufinteressierte Kirchgemeinde auch geliefert. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass der von Dirk angestrebte **Verkauf der Liegenschaft** mit Kaufvertrag vom 14. Juni 2023 mit der Kirchgemeinde verwirklicht wurde. Dass dieser Kaufvertrag auf den **Hinweis von Dafina** zurückzuführen ist, liegt auf der Hand (Anhaltspunkte, die auf einen anderen Schluss deuten würden, enthält der Sachverhalt nicht; auch Dirk stellt dies nicht in Abrede).
2. Die **Kündigung** von Dirk (gemäss Art. 404 Abs. 1 OR) **wirkt ex nunc**, d.h. der Vertrag zwischen Dirk und Dafina wird nur für die Zukunft beendet. Der **Hinweis von Dafina**, der zum späteren Kaufvertrag mit der Kirchgemeinde führte, erfolgte noch vor der Kündigung. Die **bis zur Vertragsauflösung erbrachten Leistungen** bleiben von der Kündigung unberührt (ex nunc-Wirkung) und sind folglich vertragsgemäss zu vergüten. Nicht einschlägig ist nach herkömmlicher Auffassung hingegen **Art. 404 Abs. 2 OR** (Kündigung zur Unzeit), denn die Vertragskündigung kam für Dafina nicht zu einem besonders nachteiligen Zeitpunkt i.S. bereits getroffener Vorkehrungen

oder Aufwendungen. Zudem wird die Fortdauer des Auftrages durch Art. 404 Abs. 2 OR nicht geschützt. **Fazit:** Dirk schuldet Dafina die Bezahlung der Provision von CHF 5'000.

**Alternative Begründung mit Art. 404 Abs. 2 OR:** Art. 404 Abs. 2 OR (Kündigung zur Unzeit) ist nach herkömmlicher Auffassung nicht einschlägig, denn die Vertragskündigung kam für Dafina nicht zu einem besonders nachteiligen Zeitpunkt i.S. bereits getroffener Vorkehrungen oder Aufwendungen. Zur Erinnerung: Schadenersatz ist nach Art. 404 Abs. 2 OR grundsätzlich nur im Ausmass des negativen Interesses zu leisten. So kann beispielsweise Ersatz verlangt werden für mit Blick auf den Auftrag getätigte, nutzlos gewordene Aufwendungen oder für Gewinn, auf den der Beauftragte verzichtet hat, um sich dem (zur Unzeit gekündigten) Auftrag zu widmen. Das Interesse an der Fortdauer des Auftrages wird durch Art. 404 Abs. 2 OR nicht geschützt. **Achtung:** In BGE 144 III 43 S. 52 hat das Bundesgericht erklärt, dass «der entgangene Gewinn aus dem gekündigten Auftrag selbst [...] ausnahmsweise geschuldet [ist], wenn der Auftraggeber den Auftrag in einem Zeitpunkt kündigt, in dem sämtliche Vorbereitungen für den erfolgreichen Abschluss geleistet sind und nur noch der erfolgreiche Abschluss aussteht; denn darin liegt ein treuwidriges Verhalten mit dem Zweck, die Voraussetzungen für das Erfolgshonorar zu vereiteln». Bei einer Behandlung von Art. 404 Abs. 2 OR muss folglich in der Antwort (1) auf diese Rechtsprechung Bezug genommen, (2) der Ausnahmecharakter des Schutzes des positiven Vertragsinteresses hervorgehoben und (3) die Voraussetzungen für diese Ausnahme erläutert werden.

#### Variante Mäklervertrag:

1. Gemäss **Art. 413 Abs. 1 OR** ist der Mäklerlohn «verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist». Im konkreten Fall haben die Parteien eine **Nachweismäkerei** i.S. des **Art. 412 Abs. 1 OR** abgeschlossen: Die Mäklerin verpflichtete sich «gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen». Den **Nachweis** einer solchen Gelegenheit hat Dafina mit dem Hinweis auf die kaufinteressierte Kirchgemeinde denn auch geliefert. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass der von Dirk angestrebte **Verkauf der Liegenschaft** mit Kaufvertrag vom 14. Juni 2023 mit der Kirchgemeinde verwirklicht wurde. Dass dieser Kaufvertrag auf den **Hinweis von Dafina** zurückzuführen ist, liegt auf der Hand (Anhaltspunkte, die auf einen anderen Schluss deuten würden, enthält der Sachverhalt nicht; auch Dirk stellt dies nicht in Abrede).
2. Es fragt sich, ob die Dirks Kündigung vom 29. Mai 2023 etwas daran ändert. Die Frage ist zu verneinen: Die Kündigung (gemäss Art. 404 Abs. 1 OR) **wirkt ex nunc**. Der **Hinweis von Dafina**, die zum späteren Kaufvertrag mit der Kirchgemeinde führte, erfolgte noch vor der Kündigung. Es handelte sich also um eine vertragliche Leistung im Rahmen des Mäklervertrags. **Art. 413 Abs. 1 OR** enthält keine zeitliche Einschränkung, wann der Vertrag, auf den die Mäklerin hingewiesen hat, zustande kommen muss. Damit erfüllt auch ein Vertrag, den der Auftraggeber nach Beendigung des Mäklervertrags abschliesst, den Tatbestand des Art. 413 Abs. 1 OR, solange er «infolge des Nachweises» der Mäklerin zustande gekommen ist. Liesse man etwas anderes gelten, hätte es der Auftraggeber immer in der Hand, die Mäklerprovision zu verhindern, indem er einfach den Mäklervertrag kündigt, bevor er das Zielgeschäft abschliesst. **Fazit:** Die Voraussetzungen des Art. 413 Abs. 1 OR sind erfüllt. Dafina steht die Provision zu, auch wenn der Kaufvertrag mit der Kirchgemeinde erst nach Beendigung des Mäklervertrags abgeschlossen wurde.

## **FALL C**

### **Sachverhalt:**

Die Prestige Immobilien AG ist eine Gesellschaft, die Gebäude erstellen lässt und diese im Stockwerkeigentum verkauft. In Bolligen lässt sie zwischen 2018 und 2019 von der Construction GmbH eine Überbauung mit vier Wohnungen erstellen.

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 16. April 2019 kauft Rosemarie Rudaz für CHF 892'000.-- von der Prestige Immobilien AG eine zweistöckige Stockwerkeigentumswohnung in der neu erstellten Überbauung in Bolligen. Gemäss Ziff. 5 der Vertragsbestimmungen ist die 4½ Zimmer-Wohnung Nr. 10 im 2. Obergeschoss und Dachgeschoss entsprechend dem detaillierten Baubeschrieb vom 15. Februar 2018 und dem Grundrissplan vom 15. Februar 2018 schlüsselfertig zu erstellen. Die Käuferin bestätigt, mit den Verkaufsunterlagen auch die Aufteilungspläne vom 31. Januar 2018 erhalten zu haben (Ziff. 5.3 und 10 des Kaufvertrages). In diesen Plänen wird angegeben, die Wohnung Nr. 10 habe eine Bruttogeschossfläche von 191 m<sup>2</sup>. Am 31. Mai 2019 erhält Rosemarie Rudaz nach einer Besichtigung der gekauften Wohnung die Schlüssel und unterzeichnet bei der Gelegenheit ein vorgefasstes Schreiben, in welchem erklärt wird: «Die Käuferin bestätigt – wie besichtigt – den vertragskonformen Zustand der Wohnung und akzeptiert diese vorbehaltlos».

Im Sommer 2022 empfängt Rosemarie Rudaz Besuch von Ihrem Onkel, der in den USA lebt und den sie seit Jahren nicht mehr gesehen hat. Am Abend des 1. August äussert ihr Onkel, der Bauingenieur ist, seine Zweifel, dass die Wohnung wirklich 191 m<sup>2</sup> Fläche habe. Tags darauf vermisst er sämtliche Räume der Wohnung und erhält eine Fläche von ca. 160 m<sup>2</sup>. Rosemarie Rudaz meldet sich am Vormittag des 3. August 2022 per Email bei der Prestige Immobilien AG und beschwert sich über die fehlenden 30 m<sup>2</sup> ihrer Wohnung. Die Prestige Immobilien AG reagiert weder auf diese Email noch auf weitere diesbezügliche Emails von Rosemarie Rudaz. Ein von Rosemarie Rudaz in Auftrag gegebenes Gutachten führt zum Ergebnis, dass die Wohnung tatsächlich eine Bruttogeschossfläche von 162 m<sup>2</sup> aufweist.

Nach gescheitertem Schlichtungsverfahren reicht Rosemarie Rudaz am 28. Februar 2023 beim zuständigen Gericht Klage ein und macht unter Vorbehalt einer Mehrforderung gegenüber der Prestige Immobilien AG eine Preisminderung von Fr. 75'000.-- geltend. Zur Begründung führte sie an, die Wohnung weise entgegen den Angaben nur eine Bruttogeschossfläche von 162 m<sup>2</sup> auf. Diese Diskrepanz habe sie als unerfahrene Käuferin nicht erkennen können. Sie sei erst am Anfang August 2022 durch einen Bekannten darauf aufmerksam gemacht worden und hätte die Wohnung in Kenntnis der tatsächlichen Fläche nie zum Preis von Fr. 892'000.-- gekauft.

Nun müssen Sie als Gerichtschreiberin oder Gerichtschreiber die folgenden Fragen beantworten:

### **Frage 1:**

**[6 Punkte]**

Der Gerichtspräsident erklärt Ihnen, dass die Klage vom 28. Februar 2023 richtigerweise als Schadenersatzklage nach Art. 219 OR verstanden werden muss. Stimmt das? Begründen und belegen Sie Ihre Antwort!

Art. 219 OR kommt seinem Wortlaut nach nur auf Fälle zur Anwendung, in denen es um das Flächenmass des Grundstücks geht. Auf andere Massangaben, namentlich auf Angaben über das Bauvolumen oder Flächenangaben bei Stockwerkeigentum, welche auf keiner amtlichen Vermessung beruhen, kommt es nicht zur Anwendung (BGE 87 II 244 E. 1d S. 248; BGer 4A\_417/2007). Im vorliegenden

Fall ist also nicht Art. 219 OR anwendbar, sondern es gilt **Art. 197 Abs. 1 OR**. Zudem geht es nicht um Schadenersatzsatz, sondern um eine Preisminderung nach **Art. 205 Abs. 1 OR**. Der Gerichtspräsident hat also nicht recht.

**Frage 2:**

**[15 Punkte]**

In ihrer Klageantwort vom 16. Juni 2023 hält die Prestige Immobilien AG der Klage von Rosemarie Rudaz entgegen, die Bruttogeschossfläche sei vertraglich gar nicht vereinbart worden. Vielmehr sei sie lediglich in einem Verkaufsdokument, sozusagen zu Reklamezwecken, erwähnt worden. Um verbindlich zu sein, hätte die Bruttogeschossfläche in die öffentliche Verkaufsurkunde aufgenommen werden müssen. Sodann stellt sich die Prestige Immobilien AG auf den Standpunkt, dass die Wohnung wegen der fehlenden m<sup>2</sup> nicht weniger gebrauchstauglich sei, weswegen die Wohnung als einwandfrei und vertragskonform gelten müsste. Des Weiteren erklärt die Prestige Immobilien AG, dass sie selbst die Flächen der Wohnung nie vermessen hätte; sie habe sich diesbezüglich auf die Angaben der Construction GmbH verlassen. Für diesbezügliche Fehlangaben hafte sie auch deswegen nicht. Zudem – macht die Prestige Immobilien AG geltend – käme Rosemarie Rudaz viel zu spät: Es seien mehr als drei Jahre seit der Übergabe der Wohnung vergangen, bis die Beanstandung bezüglich der Bruttogeschossfläche im August 2022 gekommen sei. Und schliesslich gäbe es im Kaufvertrag ohnehin einen allgemeinen Haftungsausschluss. In Ziff. 14 des Kaufvertrags heisse es: «In Bezug auf das Kaufobjekt wird seitens der Verkäuferschaft soweit gesetzlich zulässig jegliche Währschaft wegbedungen».

Beurteilen Sie die Einwände, welche die Prestige Immobilien AG in ihrer Klageantwort vorbringt. Begründen und belegen Sie Ihre Antwort!

- 1. Angabe der Bruttogeschossfläche sei nicht verbindlich.** Ein Kaufgegenstand ist namentlich mangelhaft, wenn ihm vom Verkäufer zugesicherte Eigenschaften fehlen (Art. 197 Abs. 1 OR). Eine Zusicherung liegt nicht nur dann vor, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft ausdrücklich "zusichert" oder "garantiert". Vielmehr genügt jede Behauptung, dass die Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweise, wenn der Käufer nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf und diese nicht nur als (unverbindliche) reklamehafte Anpreisung verstehen darf. Im konkreten Fall wurde der Käuferin in den Verkaufsunterlagen, auf die der Kaufvertrag verweist, eine Wohnung mit einer Bruttogeschossfläche von 191 m<sup>2</sup> angeboten. Diese Angabe durfte von der Käuferin **als zugesicherte Eigenschaft** verstanden werden (bestätigte Rechtsprechung des Bundesgerichts; z.B. BGer 4A\_65/2012 vom 21. Mai 2012 E. 12.2). Es ist auch (gemäss Rechtsprechung und Lehre) nicht erforderlich, dass die zugesicherte Eigenschaft in der öffentlichen Urkunde selbst genannt ist. Das wäre eine sehr käuferunfreundliche Regel. Entscheidend ist allein, dass verkäuferseitig eine Eigenschaft der betreffenden Kaufsache zugesichert wurde und die Käuferin darauf vertraut hat und nach Treu und Glauben darauf vertrauen durfte. Im konkreten Fall verwies der öffentlich beurkundete Kaufvertrag sogar auf das Dokument, in welchem die Bruttogeschossfläche der Wohnung genannt ist.
- 2. Gebrauchstauglichkeit.** Dass die Wohnung trotz der fehlenden m<sup>2</sup> voll gebrauchstauglich ist, ändert nichts daran, dass ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Die Gebrauchstauglichkeit ist gemäss Art. 197 Abs. 1 OR nur dann ein Kriterium, wenn es um das Fehlen von Eigenschaften geht, was die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Bei zugesicherten Eigenschaften bedeutet deren Fehlen die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, auch wenn dies deren Gebrauchstauglichkeit nicht berührt.

3. **Keine Kenntnis.** Die Behauptung der Verkäuferin, sie habe nicht gewusst, dass die Wohnung keine 191 m<sup>2</sup> gross sei, ist unbehelflich: Gemäss **Art. 197 Abs. 2 OR** greift die Gewährleistung auch dann, wenn die Verkäuferin den Mangel nicht kannte.
4. **Verspätete Beanstandung.** Das Argument, die Beanstandung der fehlenden m<sup>2</sup> käme «zu spät», hängt von zwei Dingen ab: Sind die fehlenden m<sup>2</sup> ein Mangel, der bei Übungsgemässer Untersuchung der Käuferin erkennbar war, oder handelt es sich um einen versteckten (verdeckten) Mangel? Einschlägig ist **Art. 201 OR**. Hier wird die Diskussion in beide Richtungen zugelassen. Das bedeutet:
- Falls ein offener Mangel befürwortet wird, hat das zur Konsequenz, dass **Art. 201 Abs. 2 OR** anzuwenden ist und die Gewährleistung der Verkäuferin infolge Versäumens der rechtzeitigen Mängelrüge nicht mehr besteht.
- ODER**
- Falls ein versteckter Mangel angenommen wird, muss **Art. 201 Abs. 3 OR** angewendet werden. Die Rüge – sie erfolgte am Tag nach Entdecken des Mangels – erfolgte rechtzeitig und eine Gewährleistung besteht.
5. **Allgemeiner Haftungsausschluss.** Der allgemeine Haftungsausschluss ist grundsätzlich gültig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schliesst indessen eine allgemeine Freizeichnungsklausel die Haftung der Verkäuferin für zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache nicht aus, weil die Käuferin trotz einer solchen Klausel auf Zusicherungen des Verkäufers oder Unternehmers vertrauen darf, soweit im Vertrag nicht unmissverständlich zum Ausdruck kommt, dass sich die Verkäuferin bei ihren Angaben nicht behaften lassen möchte.

**Frage 3:**

**[3 Punkte]**

Angenommen, die Klage vom 28. Februar 2023 würde abgewiesen werden. Denken Sie, dass Rosemarie Rudaz grundsätzlich gut beraten wäre, sich auf Grundlagenirrtum zu berufen? Begründen Sie Ihre Antwort.

Indem Rosemarie Rudaz bereits klageweise eine Kaufpreisminderung erreichen wollte, sich mithin auf ein vertragliches Gewährleistungsrecht berufen hat, hat sie sich für die Gewährleistung entschieden. Damit hat sie gleichzeitig den Vertrag nach **Art. 31 Abs. 1 OR** genehmigt, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt. Die Berufung auf Grundlagenirrtum wäre somit von Vornherein zum Scheitern verurteilt.

## **FALL D**

### ***Sachverhalt:***

Anna Ambühl ist seit 15 Jahren mit Bruno Ambühl verheiratet. Seit einiger Zeit verläuft die Ehe nicht mehr so harmonisch wie früher. Durch Zufall erfährt Anna, dass ihr Mann eine heimliche Liebesbeziehung mit einer Frau namens Claudia Caduff hat. In ihrer Wut schreibt Anna am 12. Dezember 2022 einen Brief an Claudia, in welchem sie Claudia für die Zerstörung ihrer Ehe verantwortlich macht und ihr mit roher Gewalt droht («dein nächster Aufenthalt wird ein Pflegebett im Spital sein!»).

Voller Sorge wendete sich Claudia an Rechtsanwältin Furrer. Diese reichte sogleich am 16. Dezember 2022 eine Klage beim zuständigen Gericht ein und verlangte, dass es Anna verboten werde, sich Claudia anzunähern und sich in einem Umkreis von 100 Meter um ihre Wohnung aufzuhalten. Die Klage wird Anna zur Kenntnisnahme zugestellt, verbunden mit der Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme. Die Stellungnahme reichte Anna fristgerecht ein. Zusätzlich schreibt sie am 16. Januar 2023 einen weiteren Brief an Claudia. In diesem Brief wiederholt Anna ihre Drohungen und erklärt, dass auch ein Gericht Claudia nicht davor schützen werde, ihre «gerechte Strafe» zu erhalten.

Auf Anordnung des Gerichts wird sodann im Februar 2023 ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Anschliessend werden die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen. Anna erscheint in Begleitung ihres Rechtsanwalts Egloff. Im Rahmen ihres ersten Parteivortrags macht Rechtsanwältin Furrer geltend, die Gefahrenlage für Claudia sei nach wie vor akut. Zum Beweis reicht sie das Schreiben von Anna vom 16. Januar 2023 ein und erläutert die darin gemachten Drohungen. Rechtsanwalt Egloff wendet dagegen ein, das Schreiben vom 16. Januar 2023 werde verspätet eingebracht, weshalb das Schreiben und diesbezüglich behauptete Tatsachen nicht berücksichtigt werden dürfen.

### ***Frage 1:***

Welches ist die materiell-rechtliche Grundlage der Klage, die Rechtsanwältin Furrer am 16. Dezember 2022 einreicht? **[2 Punkte]**

Es handelt es sich um eine persönlichkeitsrechtliche Klage i.S. des **Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB**.

### ***Frage 2:***

Um welche Verfahrensart geht es im konkreten Fall? **[3 Punkte]**

Gemäss **Art. 243 Abs. 2 lit. b ZPO** werden Klagen, die auf Art. 28b ZGB beruhen, streitwertunabhängig im vereinfachten Verfahren behandelt.

**Frage 3:**

Was ist von der Behauptung von Rechtsanwalt Egloff zu halten? Darf das Gericht das Schreiben vom 16. Januar 2023 und die in diesem Zusammenhang von Rechtsanwältin Furrer vorgebrachten Tatsachen berücksichtigen oder nicht? Begründen Sie Ihre Antwort und nennen Sie die einschlägigen Gesetzesbestimmungen. **[6 Punkte]**

Gemäss **Art. 229 Abs. 3 ZPO** gilt, dass das Gericht neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt, wenn es den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat. Hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts besagt **Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO**, dass das Gericht den Sachverhalt in den Angelegenheiten nach Art. 243 Abs. 2 ZPO (in welchem Klagen nach Art. 28b ZGB erwähnt sind) von Amtes wegen feststellt. Daraus folgt, dass Rechtsanwältin Furrer die Tatsachen und Beweismittel nicht verspätet ins Verfahren eingebracht hat und das Gericht sie berücksichtigen wird.

## Multiple Choice-Aufgaben

Bitte die Hinweise zu den Multiple Choice-Aufgaben oben auf S. 2 dieses Prüfungsbogens beachten!

1. Thomas ist ein passionierter Sammler von Gartenzwerge und lässt sich hierfür von Stefan in seinem Garten einen kleinen Schuppen bauen. Am vereinbarten Fertigstellungstermin will Stefan den Gartenschuppen an Thomas übergeben. Dieser verweigert jedoch die Abnahme des Schuppens, da die Eingangstür leicht schief hängt und am Boden schleift. Zudem ist auf einer Fensterscheibe ein sichtbarer Kratzer zu sehen. Er macht Stefan lautstark klar, dass eine Abnahme erst dann erfolge, wenn die Tür gerichtet und die zerkratzte Scheibe ausgewechselt sei. Stefan besteht darauf, die Abnahme des Schuppens trotz dieser beiden «Schönheitsfehler» vorzunehmen. Thomas läuft jedoch wutentbrannt davon und lässt Stefan im Garten stehen. Als Stefan am nächsten Tag einen neuen Anlauf nehmen will, offenbart sich ihm ein Bild der Verwüstung. Es zeigt sich, dass es nachts zu einem starken Sturm (Orkanstärke) gekommen ist. Dieser hat diverse Gegenstände aus der Nachbarschaft mitgerissen und auch den Schuppen in Thomas Garten völlig zerstört. Thomas stellt sich nun auf den Standpunkt, er schulde Stefan keine Vergütung für die Erstellung des Schuppens, da er diesen am Vortag nicht abgenommen habe.

Hat Thomas recht? Eine der folgenden Aussagen ist zutreffend. Welche? **[3 Punkte]**

- A Ja. Thomas schuldet Stefan keine Vergütung, da er die Annahme wegen der genannten Mängel berechtigterweise verweigert hat.
- B Nein. Thomas schuldet Stefan eine Vergütung, da er tags zuvor die Annahme ungerechtfertigterweise verweigert hat.**
- C Ja. Thomas schuldet Stefan keine Vergütung, da ein Mangel des Baugrunds vorliegt.
- D Nein. Thomas schuldet Stefan eine Vergütung, da Stefan infolge des am Vortag verstrichenen Fertigstellungstermins in Schuldnerverzug geraten ist.

Lösungshinweis: Eine schleifende Tür sowie ein Kratzer im Fensterglas stellen zwar Mängel dar, jedoch stehen diese einer Annahme des Werks durch den Besteller nicht entgegen. Bei der Annahme handelt es sich um keine Rechtspflicht, sondern um eine Obliegenheit. Da Thomas die Annahme eines vollendeten und gehörig angebotenen Werks verweigert hat, gerät er jedoch in Annahmeverzug (Art. 91 OR) und trägt die Preisgefahr bei zufälligem Untergang (Art. 376 Abs. 1 OR). Der Untergang des Werks erfolgte vorliegend zufällig, da weder Thomas noch Stefan einen nächtlichen Orkan zu vertreten haben. Ein Mangel des Baugrunds liegt bei einem Orkan nicht vor, da der Baugrund an sich nicht geeignet war, den Untergang des Werkes zu bewirken. Letztlich schliesst der Annahmeverzug von Thomas (Gläubigerverzug) auch einen Schuldnerverzug von Stefan aus.

2. Anna und Emil sind geschieden und haben einen gemeinsamen Sohn, den 8-jährigen Tobias. Da Anna mit diversen persönlichen Problemen zu kämpfen hat, wurde im Rahmen des Scheidungsverfahrens Emil das alleinige Sorgerecht zugesprochen. Ungeachtet dessen möchte Anna von der Lehrerin von Tobias gerne Auskunft über dessen Entwicklung und insbesondere seine schulischen Leistungen bekommen. Weil die Lehrerin von Tobias um die Sorgerechtszuweisung an Emil weiss, ist sie sich nicht sicher, ob sie Anna Auskunft geben darf.

Wie ist die Rechtslage? Eine der folgenden Aussagen ist zutreffend. Welche? **[3 Punkte]**

- A Die Lehrerin darf Anna keine Auskunft geben, da diese nicht sorgeberechtigt ist.
- B Anna muss zunächst das zuständige Gericht anrufen, damit dieses zwischen den Eltern vermittelt. Erst wenn dieser Vermittlungsversuch scheitert, darf Anna direkt von der Lehrerin Auskunft verlangen.

- C Anna darf jederzeit bei der Lehrerin Auskünfte einholen, allerdings nur, sofern Emil hierzu ausdrücklich seine Zustimmung erteilt hat.
- D Anna kann in gleicher Weise wie Emil bei der Lehrerin Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung des Kindes einholen. Allerdings darf Anna dieses Recht nicht als Kontrollrecht missbrauchen.**

Lösungshinweis: D ist richtig. Gemäss Art. 275a Abs. 2 ZGB gilt, dass Eltern ohne elterliche Sorge bei Drittpersonen, die an der Betreuung des Kindes beteiligt sind, wie namentlich bei Lehrkräften, Ärztinnen und Ärzten, in gleicher Weise wie der Inhaber der elterlichen Sorge Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung des Kindes einholen können. Dieses Recht darf jedoch nicht als Kontrollrecht missbraucht werden (vgl. WOLF/MINNIG, Familienrecht, N. 1117).

3. Michaela hat ihrer Schwester Sabrina im Mai 2001 ein Vorkaufsrecht an ihrer Liegenschaft in Muri für 25 Jahre eingeräumt. Im April 2008 verstirbt Michaela und die Liegenschaft wird bei der Erbteilung ihrem Sohn Thomas zugewiesen. Gut acht Jahre später, im Juli 2016, verstirbt auch Sabrina, wobei ihre einzige Tochter Andrea als alleinige Erbin die Erbschaft ihrer Mutter antritt. Anfang Juni 2023 entscheidet sich Thomas, die Liegenschaft zu verkaufen, und schliesst mit Sebastian einen entsprechenden Kaufvertrag ab.

Eine der der nachstehenden Antworten ist zutreffend. Welche?

**[3 Punkte]**

- A Das Vorkaufsrecht besteht nicht mehr, da ein solches höchstens für 20 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden kann.
- B Mit dem Tod von Michaela ist der Vorkaufsfall bereits 2008 eingetreten. Da Sabrina das Vorkaufsrecht nicht innert dreier Monate geltend gemacht hat, ist es bereits 2008 verwirkt.
- C Thomas muss Andrea über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags mit Sebastian in Kenntnis setzen.**
- D Vorkaufsrechte sind nicht vererblich, weshalb Andrea ohnehin kein Vorkaufsrecht zukommen kann.

Lösungshinweise: Ein Vorkaufsrecht kann gem. Art. 216a OR höchstens für 25 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorge-merkt werden; Die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung gilt nach Art. 216c Abs. 2 OR nicht als Vorkaufsfall; Der Verkäufer muss den Vorkaufsberechtigten gem. Art. 216d Abs. 1 OR über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis setzen. Da mit dem Verkauf an Sebastian – anders als bei der Erbschaft durch Thomas – ein Vorkaufsfall eingetreten ist und Andrea das Vorkaufsrecht von ihrer Mutter geerbt hat, muss Thomas Andrea entsprechend in Kenntnis setzen; Ist nichts anderes vereinbart, so sind Vorkaufsrechte gem. Art. 216b Abs. 1 OR vererblich. **Richtig ist Antwort C.**

4. Eine der folgenden Aussagen zum intertemporalen Recht ist zutreffend. Welche?

**[3 Punkte]**

- A Der Anwendungsbereich des intertemporalen Rechts des ZGBs bezieht sich auf den im Jahr 1912 vollzogenen Übergang vom überwiegend kantonalen Recht zum fast ausschliesslichen Privatrecht des Bundes. Revisionen, die seit diesem Zeitpunkt erfolgt sind, werden vom Anwendungsbereich des intertemporalen Rechts nicht erfasst.
- B Das intertemporale Recht enthält primär Sachnormen (Regeln über den Inhalt von Rechtsbeziehungen) und keine Verweisungsnormen.
- C Die Gewährungsklausel verankert den Grundsatz, dass die Fortdauer des früheren Rechts in die Geltungssphäre eines neuen Gesetzes hinein verlangt wird.**
- D Übergangsrecht richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, welche sich in Lehre und Rechtsprechung bewährt haben (Art. 1 Abs. 3 ZGB).

Lösungshinweise: (A) Die Aussage ist falsch. Der Anwendungsbereich umfasst auch seitherige Revisionen. (B) Die Aussage ist falsch. Das intertemporale Recht enthält primär Verweisnormen. (C) Die Aussage ist richtig. (D) Die Aussage ist falsch. Intertemporales Recht ist Gegenstand der SchIT (vgl. dazu etwa TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2015, §§ 120-121, abgedruckt in: Hrubesch-Millauer Stephanie, Privatrecht II: Einleitungstitel zum ZGB, Skript HS 2022, §9. Daraus insbesondere §9 Rz. 6 (Aussage A), §9 Rz. 2 (Aussage B), §9 Rz. 4 (Aussage C), §9 Rz. 5 (Aussage D). Weiter hierzu auch: HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Bern 2020, Rz. 1897 ff.

5. Zu den ärztlichen Pflichten gehört die gehörige Aufklärung der Patientin über die Risiken einer geplanten Operation. Die Aufklärung hat vollständig, verständlich und rechtzeitig zu erfolgen. Eine unterlassene oder ungenügende Risikoaufklärung hat zur Folge, dass **[3 Punkte]**

- A die Einwilligung der Patientin in die Operation ungültig und damit auch die Operation grundsätzlich widerrechtlich ist.**
- B** die Einwilligung der Patientin in die Operation zwar gültig ist, sie aber nur den kunstgerecht ausgeführten Eingriff abdeckt.
- C** die Einwilligung der Patientin in die Operation zwar ungültig ist, die Operation aber – sofern medizinisch indiziert – dennoch rechtmässig ist.
- D** die Einwilligung der Patientin in die Operation die unterlassene oder ungenügende Risikoaufklärung kompensiert.

Lösungshinweise: Die Aussage A ist richtig. Eine fehlende oder unzureichende Aufklärung der Patientin über die Risiken eines geplanten Eingriffs hat zur Folge, dass die Einwilligung der nicht (vollständigen) aufgeklärten Patientin ungültig ist und als solche kein Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die körperliche Integrität der Patientin darstellt. Der Eingriff ist daher insgesamt widerrechtlich.

6. Lisa und Martin haben am 8. Mai 2015 geheiratet. Im Jahr 2016 erbt Lisa das von ihrer Mutter hinterlassene Einfamilienhaus (Wert: CHF 250'000.--). Im Grundbuch wird Lisa als Alleineigentümerin eingetragen. Da das Einfamilienhaus in die Jahre gekommen ist und Lisa und Martin dieses gerne selbst bewohnen möchten, kommt es in der Folge zu mehreren Arbeiten am Haus, die alleamt zu gleicher Zeit vorgenommen werden. Der Wert des Einfamilienhauses beträgt vor der Vornahme der Arbeiten nach wie vor CHF 250'000.--. Im Einzelnen:

- Das Haus wird isoliert und das Dach saniert. Diese Arbeiten werden vom Unternehmen Reno-Fix AG vorgenommen; der Kostenpunkt beträgt insgesamt CHF 150'000.--. Um diesen Rechnungsbetrag zu begleichen, verkauft Martin sein Segelboot, welches er seinerseits im Jahr 2012 gekauft hat.
- Auf dem sanierten Dach wird eine Fotovoltaikanlage eingebaut. Hierfür nimmt Lisa bei der Bank ein Hypothekendarlehen im Betrag von CHF 50'000.-- auf.
- Das Badezimmer wird renoviert. Da Martin als Sanitär-Installateur arbeitet, nimmt er die Renovationsarbeiten in Eigenregie vor. Die entsprechenden Materialien bezieht er bei einem Grosshändler und bezahlt dafür einen Preis von CHF 30'000.--. Die von Martin erbrachte Arbeitsleistung würde bei einem Dritten – neben der Bezahlung der angeführten Materialien – CHF 20'000.00 kosten.

Im Januar 2023 kommt es zur Scheidung. Der Wert des Grundstücks beträgt in diesem Zeitpunkt CHF 600'000.--.

Welche Aussage bezüglich der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist zutreffend? **[5 Punkte]**

- A Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung entfallen auf das Eigengut von Lisa CHF 310'000.--, auf das Eigengut von Martin CHF 180'000.-- und auf die Errungenschaft von Martin CHF 60'000.--.**

- B** Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung entfallen auf das Eigengut von Lisa CHF 310'000.00, auf das Eigengut von Martin CHF 160'000.-- und auf die Errungenschaft von Martin CHF 80'000.--.
- C** Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung entfallen auf das Eigengut von Lisa CHF 300'000.--, auf das Eigengut von Martin CHF 180'000.-- und auf die Errungenschaft von Martin CHF 70'000.--.
- D** Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung entfallen auf das Eigengut von Lisa CHF 300'000.00, auf das Eigengut von Martin CHF 160'000.-- und auf die Errungenschaft von Martin CHF 60'000.--.

Lösungshinweis: A ist richtig.

	EG Lisa	EG Martin	ER Martin	Hypothek	Total
Beteiligung	250'000	150'000	50'000	50'000	500'000
Verhältnis	5	3	1	1	10
Mehrwert	50'000	30'000	10'000	10'000	100'000
Umverteilung	10				
Total	310'000	180'000	60'000	50'000	600'000

7. Nur eine der folgenden Aussagen ist zutreffend. Welche? **[3 Punkte]**

- A** Die Verjährung der kaufrechtlichen Rechtsgewährleistung (Eviktionshaftung) richtet sich nach Art. 210 OR.
- B** Die Verjährung der Schadenersatzforderung wegen Verletzung einer kaufvertraglichen Nebenpflicht richtet sich nach Art. 210 OR.
- C** Die Verjährung der Gewährleistung einer verkauften Forderung richtet sich nach Art. 210 OR.
- D Keine der drei vorstehenden Aussagen trifft zu.**

Lösungshinweise: Vorab: Art. 210 OR gilt ausschliesslich für die kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung. Das ergibt sich bereits aus der Systematik des Gesetzes, wo Art. 210 OR in «III. Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache» (Art. 197 ff. OR) steht. Die Verjährung der Rechtsgewährleistung (Art. 192–196 OR) ist gesetzlich nicht besonders geregelt; sie richtet sich nach Art. 127 OR; dasselbe gilt für die Verletzung einer kaufvertraglichen Nebenpflicht (Art. 97 Abs. 1 OR). Diese richtet sich grundsätzlich nach Art. 127 oder Art. 128a OR. Schliesslich enthält das Gesetz mit Art. 171–173 OR eine besondere Regelung der Gewährleistung der zedierten Forderung. Eine Verjährungsbestimmung fehlt aber, weswegen auch hier Art. 127 OR einschlägig ist. Daher ist die **richtige Antwort D**.

8. Die Luxusimmobilien AG mit Sitz in Thun BE ist dabei, eine grosse Überbauung am Thunerseeufer zu erstellen. Sie hat bereits einen Grossteil der Wohnungen verkauft, für die letzten zwei Wohnungen steht man kurz vor Unterzeichnung der jeweiligen Kaufverträge. Die Luxusimmobilien AG hat heute erfahren, dass die Regionalzeitung *Thuner Stadtbote* nächste Woche eine Reportage herausbringen will. Thema soll die Überbauung am Thunerseeufer sein, wobei der Luxusimmobilien AG vorgeworfen wird, sie hätte minderwertige Baumaterialien verwendet und lasse die Arbeit von mehreren Bauunternehmen ausführen, die für ihre schlechte Arbeitsqualität bekannt seien. Die Verwaltungsratspräsidentin der Luxusimmobilien AG möchte gegen die Herausgeberschaft des *Thuner Stadtboten* – die Mips AG, mit Sitz in Thun BE – mittels vorsorglicher Massnahme (superprovisorisch) ein Verbot für die Veröffentlichung dieser Reportage erwirken. Ein Anwalt setzt für die Luxusimmobilien AG eine Rechtschrift auf und gibt darin einen Streitwert von CHF 5 Mio. an. Klar ist, dass das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt.

Bei welchem Gericht (örtlich und sachlich) ist die Rechtschrift einzureichen?

**[4 Punkte]**

- A Beim Regionalgericht Oberland, da es sich um das ordentliche Gericht handelt.
- B Beim Handelsgericht Bern, da es sachlich zwingend zuständig ist.**
- C Bei der Schlichtungsbehörde Oberland, da einem Entscheidverfahren grundsätzlich ein Schlichtungsversuch vorausgehen muss.
- D Beim Regionalgericht Oberland oder beim Handelsgericht Bern, da die Luxusimmobilien Thun AG ein Wahlrecht hat.

Lösungshinweis: Antwort B ist richtig. Bei vorsorglichen Massnahmen ist gemäss Art. 13 ZPO das Gericht an dem Ort zuständig, an welchem auch die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) oder an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b). Die örtliche Zuständigkeit liegt somit gemäss Sachverhalt in Thun resp. im Kanton Bern. Zudem sind beide Gesellschaften in ihrer geschäftlichen Tätigkeit betroffen und zwingend im Handelsregister eingetragen. Ebenso steht die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht offen (Streitwert über CHF 30'000). Es handelt sich deshalb vorliegend um eine handelsrechtliche Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO. Aus Art. 6 Abs. 5 ZPO ergibt sich zudem, dass das Handelsgericht auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sachlich zuständig ist. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts schliesst sodann jene des Regionalgerichts Oberland aus (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EG ZSJ). Ein Wahlrecht der Klägerin nach Art. 6 Abs. 3 ZPO besteht nicht, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind. Die fehlende Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde ergibt sich aus Art. 198 lit. a ZPO (summarisches Verfahren) sowie Art. 198 lit. f ZPO (handelsrechtliche Streitigkeit nach Art. 6 ZPO).

9. Marte Aebischer arbeitet als Bürofachfrau und ist alleinerziehende Mutter der vier Kinder Sven, Lara, Romina und Mauro. Da sie sich in einer finanziell schwierigen Lage befindet, überlegt sie, die dringend für den Haushalt notwendige neue Waschmaschine (Kosten CHF 1'000.--) aus den Erträgen des Vermögens ihrer Kinder zu kaufen. Gemäss Art. 319 Abs. 1 ZGB dürfen die Eltern die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und, soweit es der Billigkeit entspricht, auch für die Bedürfnisse des Haushalts verwenden.

Eine der folgenden Aussagen ist zutreffend. Welche?

**[4 Punkte]**

- A In Art. 319 Abs. 1 ZGB wird das Wort «Billigkeit» ausdrücklich erwähnt. Deshalb richtet sich die Beurteilung, ob Marte Aebischer Erträge des Kindesvermögens brauchen darf, nach Art. 4 ZGB. Nach Art. 4 ZGB wird ein Entscheid aufgrund der konkreten Umstände gefällt, das heisst, das Gericht nimmt eine Gesamtwürdigung vor, in die auch Gefühle miteinbezogen werden. Durch diese subjektive und objektive Betrachtungsweise ist eine gerechte Einzelfallentscheidung möglich.
- B Die Beurteilung, ob die Erträge der Kinder durch die Mutter für Bedürfnisse des Haushalts ausgegeben werden dürfen, richtet sich nach Art. 319 Abs. 1 ZGB. Die Entscheidung nach «Recht und Billigkeit» ist in Art. 4 ZGB verankert, betrifft aber nur die Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich auf «das Ermessen», die «Würdigung der Umstände» oder «auf wichtige Gründe» verweist.
- C Der Hinweis auf die Billigkeit in Art. 319 Abs. 1 ZGB hat zur Folge, dass ein Billigkeitsentscheid gemäss Art. 4 ZGB gefällt werden muss. Dabei werden durch das Gericht die konkreten Umstände, in denen Marte Aebischer sich mit ihren Kindern befindet, berücksichtigt, um eine angemessene Entscheidung zu fällen.**
- D Art. 319 Abs. 1 ZGB verwendet mit dem Wort «Billigkeit» zwar einen unbestimmten Begriff, aber die Rechtsfrage, ob die Erträge der Kinder durch die Mutter für Bedürfnisse des Haushalts ausgegeben werden dürfen, kann mittels Gesetzesauslegung direkt beantwortet werden.

Lösungshinweis: (A) Die Aussage ist falsch. Die Gesamtwürdigung beinhaltet die rechtlich erheblichen Umstände aber keine Gefühle. (B) Die Aussage ist falsch. Die Aufzählung in Art. 4 ZGB ist nicht abschliessend. (C) Die Aussage ist richtig. (D) Die Aussage ist falsch. Die Rechtsfrage kann nicht auf der ersten Stufe (Auslegung) ermittelt werden. Vgl. dazu etwa HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/BOSSHARDT MARTINA, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 1-9 ZGB, Bern

2019, §2. Daraus insbesondere §2 Rz. 284, 297 (Aussage A), §2 Rz. 284 (Aussage B), §2 Rz. 266, 284, 293 ff. (Aussage C) & §2 Rz. 5 ff. (Aussage D).

**10.** Arnold und Müller liegen miteinander im Rechtsstreit: Müller verlangt von Arnold die Bezahlung von Schadenersatz im Umfang von CHF 232'100.--. Arnold anerkennt zwar seine Schuldpflicht dem Grundsatz nach, bestreitet aber den Schaden in dieser Höhe. Die Parteien vereinbaren einen Termin, um Vergleichsverhandlungen zu führen. Am besagten Tag entscheidet Arnold, dass er das Gespräch mit Müller nicht persönlich führen möchte, sondern sich durch Rechtsanwalt Frank vertreten lässt. Rechtsanwalt Frank nimmt den vereinbarten Termin für Arnold wahr und trifft sich mit Müller. Er legt ihm sofort eine von Arnold unterzeichnete «Anwaltsvollmacht» vor, in welcher u.a. geschrieben steht: «Die Vollmacht schliesst insbesondere die aussergerichtliche Vertretung und den Abschluss von Vergleichen ein». Gestützt darauf lässt sich Müller auf Vergleichsgespräche mit Frank ein. Nach stundenlangen Diskussionen unterzeichnet Frank im Namen von Arnold einen Vergleich mit Müller, in welchem sich Arnold vergleichsweise zur Bezahlung von CHF 150'000.-- verpflichtet und Müller im Gegenzug auf jeden weiteren Anspruch aus dem fraglichen Rechtsstreit verzichtet. Mit diesem Vergleich ist Arnold gar nicht zufrieden: Er erinnert Frank daran, dass er ihm mündlich nur die Befugnis erteilt hatte, einen Vergleich abzuschliessen, falls dieser Arnolds Zahlungspflicht von maximal CHF 50'000.-- enthält. Deswegen fühlt sich Arnold nicht an den Vergleich gebunden.

Eine der folgenden Aussagen ist richtig. Welche?

[3 Punkte]

- A Rechtsanwalt Frank hat beim Abschluss des Vergleichs seine Vollmacht überschritten. Arnold wird deswegen durch den Vergleich keinesfalls verpflichtet.
- B Rechtsanwalt Frank hat beim Abschluss des Vergleichs seine Vollmacht zwar überschritten, weil es aber Müller gleichgültig war, mit wem er den Vergleich abschliesst, wird Arnold durch den Vergleich dennoch verpflichtet.
- C Arnold wird durch den Vergleich nicht verpflichtet. Allerdings ist Müller in seinem guten Glauben an die schriftliche Vollmachtserklärung zu schützen, weswegen ihm Frank im Umfang des positiven Vertragsinteresses schadenersatzpflichtig wird.
- D Müller ist in seinem guten Glauben an die schriftliche Vollmachtserklärung zu schützen, weswegen Arnold – trotz seiner mündlichen Erklärung an Rechtsanwalt Frank – durch den Vergleich verpflichtet wird.**
- E Rechtsanwalt Frank hat beim Abschluss des Vergleichs seine Vollmacht überschritten, weswegen der Vergleich Arnold nur im Umfang von CHF 50'000.-- bindet, aber nicht darüber hinaus.

Lösungshinweise: Klassischer Fall von Art. 33 Abs. 3 OR: Wird die Ermächtigung vom Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt, so beurteilt sich ihr Umfang diesem gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgebung. Mit der Vollmachtsurkunde gibt der Vollmachtgeber eine solche Erklärungen Dritten gegenüber ab, denen die Urkunde vorgelegt wird. Der Dritte ist in diesem Fall Müller. Die intern erklärte Beschränkung der Vollmacht kann Müller gegenüber nicht vorgehalten werden.

**11.** Laura Rondal erhielt vor eineinhalb Jahren einen Gutschein der FLY AG für einen eintägigen Helikopterrundflug geschenkt. Als Laura den Gutschein einlösen will, verweigert die FLY AG die Leistung mit der Begründung, Gutscheine seien gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nur ein Jahr lang gültig. Laura lässt sich nicht abwimmeln, denn auf dem Gutschein ist keine Gültigkeitsdauer abgedruckt. Nachdem eine gütliche Einigung mit der FLY AG scheitert, entschliesst sich Laura zur Klage. Sie will den Helikopterrundflug «durchziehen». Nehmen Sie an, die Klage gegen die FLY AG auf Leistung eines eintägigen Helikopterrundfluges an Laura Rondal wird gutgeheissen.

Eine der folgenden Aussagen ist falsch! Welche?

[4 Punkte]

- A Wenn der Sachentscheid die Vollstreckungsmassnahme anordnet, kann der Entscheid direkt vollstreckt werden. Die FLY AG kann aber beim zuständigen Vollstreckungsgericht erfolgversprechend um Einstellung der Vollstreckung ersuchen, wenn sie mittels Urkunde beweist, dass sie die Leistung inzwischen ordnungsgemäss an Laura Rondal ausgerichtet hat.
- B Ordnet der Sachentscheid die Vollstreckungsmassnahme nicht an, kann Laura beim zuständigen Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch einreichen. Ist der Entscheid vollstreckbar, so kann das Vollstreckungsgericht unter anderem zur Strafandrohung nach Art. 292 StGB greifen.
- C **Das Vollstreckungsgericht prüft die Vollstreckbarkeit von Amtes wegen; es entscheidet im summarischen Verfahren. Gegen den Entscheid des Vollstreckungsgerichts ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert mehr als CHF 10'000.-- beträgt.**
- D Setzt der Sachentscheid der FLY AG eine Frist zur Erbringung der Leistung an, so kann Laura – sofern die FLY AG nicht innert der angesetzten Frist leistet – beim Vollstreckungsgericht die Umwandlung der geschuldeten Leistung in Geld verlangen. Diese Möglichkeit besteht auch ohne fruchtlosen Realvollstreckungsversuch.

Lösungshinweise: Antwort A ist korrekt. Ordnet das Sachurteil die Vollstreckungsmassnahme an, kann der Entscheid nach Art. 337 Abs. 1 ZPO direkt vollstreckt werden. Gemäss Abs. 2 kann die unterlegene Partei beim Vollstreckungsgericht um Einstellung der Vollstreckung ersuchen, Art. 341 ZPO gilt sinngemäss. Gemäss Art. 341 Abs. 3 ZPO kann die unterlegene Partei einwenden, dass die Forderung getilgt wurde. Dies hat sie mittels Urkunden zu beweisen. Entsprechend kann die FLY AG erfolgversprechend um Einstellung der Vollstreckung ersuchen, wenn sie die ordnungsgemässe Erbringung der Leistung (Tilgung der Schuld) mittels Urkunde beweist. Antwort B ist ebenfalls korrekt: Gemäss Art. 338 Abs. 1 ZPO ist, sofern nicht direkt (Art. Art. 337 Abs. 1 ZPO) vollstreckt werden kann, beim Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch einzureichen. Das Vollstreckungsgericht kann gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO zur Strafandrohung nach Art. 292 StGB greifen. **Antwort C ist falsch:** Zwar prüft das Vollstreckungsgericht die Vollstreckbarkeit von Amtes wegen (Art. 341 Abs. 1 ZPO) und entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 339 Abs. 2 ZPO). Allerdings ist gegen den Entscheid des Vollstreckungsgerichts die Berufung unzulässig (Art. 309 lit. a ZPO). Antwort D ist korrekt: Gemäss Art. 345 Abs. 1 lit. b ZPO kann die obsiegende Partei verlangen, dass die geschuldete Leistung in eine Geldleistung umgewandelt wird. Nach dem Wortlaut ist nicht erforderlich, dass «die unterlegene Partei den gerichtlichen Anordnungen nicht nachkommt» (so der Wortlaut in Abs. 1 lit. a für die Forderung von Schadenersatz, nicht jedoch in Abs. 1 lit. b für die Umwandlung in Geld). Die Literatur fordert indes, dass die unterlegene Partei «nicht freiwillig erfüllt». Ein fruchtloser Realvollstreckungsversuch ist aber nicht erforderlich. Wenn die FLY AG nicht innert der vom Erkenntnisgericht angesetzten Frist leistet, erfüllt sie nicht freiwillig. Entsprechend kann Laura die Umwandlung in Geld verlangen, ohne vorher einen Realvollstreckungsversuch unternommen zu haben. Anmerkung zu Frage 4: Das Hintergrundwissen zu Frage 4 ist für die korrekte Beantwortung der Frage nicht notwendig. Wer Art. 309 lit. a ZPO konsultiert, erkennt, dass Antwort 3 die falsche Antwort ist.

12. Angenommen, ein Vertrag zwischen einem Bauherrn und einem Architekten in Bezug auf die Errichtung eines Einfamilienhauses beinhaltet die Erstellung von Bauplänen, die Vergabe der Arbeiten sowie die Bauleitung.

Eine der folgenden Aussagen ist falsch. Welche?

[5 Punkte]

- A Erhält der Architekt von einem Dachdecker dafür, dass er ihm die Dachdeckerarbeiten für dieses Einfamilienhaus aufträgt, einen Rabatt auf Arbeiten am Dach seines eigenen Hauses, so hat der Architekt dem Bauherrn diesen Rabatt zu ersetzen.
- B Der Bauherr kann die Zusammenarbeit mit dem Architekten grundsätzlich jederzeit beenden. Der Architekt hat diesfalls nur dann Anspruch auf Schadloshaltung, wenn die Beendigung im konkreten Zeitpunkt ohne sachlich vertretbaren Grund erfolgt ist und für den Architekten besondere Nachteile zur Folge hat. Der Schadenersatz ist ausserdem grundsätzlich auf das negative Interesse beschränkt.

- C Der Architekt kann sich damit einverstanden erklären, nur dann ein Honorar zu erhalten, wenn das Projekt innert zweier Jahre ab Abschluss des Vertrages erfolgreich zum Abschluss kommt, wobei dieses Honorar 2% der Bausumme betragen soll, maximal jedoch CHF 30'000.--.
- D **Überträgt der Architekt, weil er wegen anderer Mandate nicht genügend Zeit hat, um im konkreten Fall alle Aufgaben selbst zu übernehmen, die Bauleitung mit Zustimmung des Bauherrn auf einen zweiten Architekten, so haftet er dem Bauherrn gegenüber für allfällige Fehler des zweiten Architekten nur, wenn ihm selbst Fehler in dessen Auswahl oder Instruktion vorzuwerfen sind.**

Lösungshinweis: A ist korrekt, da die Vergabe von Arbeiten durch den Architekten auftragsrechtliche Leistung ist (BGE 114 II 53 E. 2b S. 56). Sie beurteilt sich somit nach Auftragsrecht. Der Beauftragte hat alles, was ihm infolge der Auftragsausführung zugekommen ist, an den Auftraggeber herauszugeben (Art. 400 Abs. 1 OR). Dazu zählen insb. auch Rabatte. B ist ebenfalls korrekt, da für die Beendigung eines Gesamtvertrages mit einem Architekten (umfassend mindestens die Planung und die Bauleitung) Art. 404 OR zur Anwendung gelangt. Der Vertrag kann nach dem zwingenden Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit beendet werden. Schadenersatzpflichtig wird der Beendende nach Art. 404 Abs. 2 OR nur dann, wenn die Beendigung unzeitig war. Das setzt voraus, dass sie im konkreten Zeitpunkt ohne sachlichen Grund erfolgt ist und für die Gegenpartei nachteilige Folgen verursacht. Zudem umfasst die Ersatzpflicht nach Art. 404 Abs. 2 OR lediglich das negative Interesse. C ist ebenso korrekt. In Bezug auf die Vergütung des Architekten ist der Gesamtvertrag nach auftragsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Sowohl das ob als auch das wie der Vergütung eines Beauftragten steht der Regelung durch die Parteien offen. Dabei lässt sich ohne weiteres eine erfolgsabhängige Vergütung vorsehen. **D ist falsch.** Die Bauleitung ist eine auftragsrechtliche Leistung. Bei Substitution, die aufgrund der Zustimmung des Auftraggebers zulässigerweise erfolgt ist, haftet der Beauftragte nurmehr für Sorgfalt in der Wahl und der Instruktion des Substituten (Art. 399 Abs. 2 OR). Allerdings gilt dieses Haftungsprivileg nur dann, wenn der Beizug des Substituten (auch) im Interesse des Auftraggebers liegt. Dient der Beizug des Substituten hingegen einzig den Interessen des Beauftragten (namentlich der Vergrößerung seines wirtschaftlichen Leistungsvermögens), so ist Art. 399 Abs. 2 OR nicht anwendbar, auch wenn die Übertragung mit Zustimmung des Auftraggebers erfolgt. Vielmehr liegt dann ein Fall der Hilfspersonenhaftung vor. Aufgrund von Art. 101 OR wird dem Beauftragten das Verschulden des Substituten angerechnet. Im vorliegenden Fall dient der Beizug des zweiten Architekten zur Bauleitung lediglich dazu, dem Architekten die Arbeit für mehrere Auftraggeber nebeneinander zu ermöglichen, also seine Tätigkeit zu erweitern. Er erfolgt damit ausschliesslich im Interesse des Architekten, womit sich die Haftung nicht nach Art. 399 Abs. 2 OR richtet. Folglich haftet der Architekt nicht bloss für Auswahl und Instruktion des zweiten Architekten.