

Lösungsskizze Wiederholungsprüfung Privatrecht I

FS 2024

Fall 1 (Frozen)

Frage 1A

In casu liegt ein Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 Abs. 1 OR über eine Eiscrèmetorte zum Preis von CHF 350.- vor. Es handelt sich um eine individuell ausgewählte Torte zu einem reduzierten Preis und damit um eine **Stückschuld (Spezies-Schuld)** resp. es liegt ein **Spezieskauf** vor.¹ Vereinbart wurde eine **Bringschuld**.

Der Kaufgegenstand ist nach Vertragsschluss, aber vor Übergabe, untergegangen. Es liegt demnach eine **nachträgliche Unmöglichkeit** vor. Diesen Umstand an sich hat **Elsa nicht zu verantworten**, ist doch der Defekt an der Kühlung unerwartet entstanden und konnte er nicht von Elsa verhindert werden.

Die Befreiung des Schuldners nach Art. 119 Abs. 1 OR kommt indes dann nicht infrage, wenn die Unmöglichkeit im Rahmen eines **von der Schuldnerin zu verantwortenden Schuldnerverzugs** eintritt. Gemäss **Art. 103 Abs. 1 OR haftet der Schuldner diesfalls nämlich auch für den Zufall**, d.h. für die nachträgliche unverschuldete Leistungsunmöglichkeit. Greift diese Norm, schuldet Elsa Anna Ersatz für den aufgrund der Unmöglichkeit entstandenen Schaden.

Eine Zufallshaftung nach Art. 103 OR erfordert zunächst, dass Elsa vor Eintritt der (unverschuldeten) Unmöglichkeit in **Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR)** geraten ist. Zu prüfen sind demnach in einem ersten Schritt die Voraussetzungen des Verzugesintritts:

Ein Schuldnerverzug setzt (i) voraus, dass eine **Nichtleistung vorliegt, obwohl die Leistung noch möglich ist**. Zwar wird der ggf. vorliegende Schuldnerverzug mit

¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 97; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 8.01.

Eintritt der Unmöglichkeit beendet, aber vorher kann er durchaus vorliegen.² In casu war die Übertragung der Torte im relevanten Zeitpunkt noch möglich.

Ferner erfordert der Eintritt des Schuldnerverzugs (ii) gemäss **Art. 102 Abs. 1 OR**, dass die Leistung **fällig** war.³ Die Fälligkeit meint den Zeitpunkt, in dem die Gläubigerin die Leistung verlangen und nötigenfalls einklagen darf. Gemäss **Art. 75 OR** steht es den Parteien frei, den Fälligkeitszeitpunkt vertraglich festzulegen. **In casu** wird Elsas Leistung **gemäss Vereinbarung am 2. August 2024 um 12 Uhr** fällig.

Als weitere Voraussetzung für den Eintritt eines Schuldnerverzugs erfordert Art. 102 Abs. 1 OR (iii) eine Mahnung. Gemäss **Art. 102 Abs. 2 OR** ist eine solche dann entbehrlich, wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Leistung an einem bestimmten Tag erbracht werden muss (sog. **Verfalltagsgeschäft**).⁴ **In casu** haben Elsa und Anna vereinbart, dass die Torte am 2. August 2024 geliefert werden soll. Elsa wusste also auf den Tag genau, bis zu welchem Zeitpunkt sie leisten muss. Sie gerät daher mit Ablauf dieses vereinbarten Liefertermins in Verzug. Damit erübrigt sich die Frage, ob Anna mit ihrer WhatsApp-Nachricht hinreichend deutlich gemacht hat, dass sie auf die Leistung besteht und damit eine Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR vorliegt.

Als letzte Voraussetzung erfordert der Verzug schliesslich (iv) die **Pflichtwidrigkeit der Spätleistung**. Dies ist **in casu** zu bejahen, liegen im relevanten Zeitpunkt doch keine verzugsausschliessenden oder verzugsbeseitigenden Gründe (wie ein Gläubigerverzug oder Einreden des Schuldners) vor.⁵

Zwischenfazit: Damit gerät Elsa am 2. August 2024 um 12 Uhr in Schuldnerverzug und haftet nach Art. 103 Abs. 1 OR für den Zufall. Zu prüfen sind demnach die Voraussetzungen der Zufallshaftung:

Zufallshaftung bedeutet, dass der Schuldner für den zufälligen Untergang der Sache durch eine Schadenersatzleistung einzustehen hat. Erforderlich ist zunächst (i) ein **Schaden**. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse i.S.d. Differenztheorie. Diese kann in einer Verminderung der Aktiven, in einer Vermehrung der Passiven und im entgangenen Gewinn bestehen. Geschuldet ist das positive Interesse. Anna ist demnach so zu stellen, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre. **In casu** ist Anna ein Schaden in der Höhe von CHF 400.- (CHF 350.- für den Wert der Torte und CHF 50.- für den entgangenen Gewinn) entstanden.

² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2658; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 65.02.

³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2659; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 65.05.

⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2660, 2710 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 65.10 ff.

⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2661 ff.

Ferner ist (ii) erforderlich, dass zwischen der Unmöglichkeit und dem Schaden ein (adäquater) **Kausalzusammenhang** besteht.⁶ In casu ist dies zu bejahen: Wäre die Torte nicht geschmolzen, wäre Annas Vermögenseinbusse nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht entstanden.

Der Schuldnerin stehen schliesslich zwei Entlastungsbeweise offen:

Gemäss **Art. 103 Abs. 2 OR** kann sich (iii) die Schuldnerin von der Zufallshaftung durch den **Nachweis befreien, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von ihrer Seite entstanden ist** (erster Entlastungsbeweis). Der *Verzugseintritt* erfordert also eine Verantwortlichkeit des Schuldners. **In casu** hat Elsa den Termin vom 2. August 2024 schlicht vergessen und den Verzug damit zu verantworten. Eine Exkulpation wird ihr demnach nicht gelingen.

Ebenso kann sich die Schuldnerin (iv) von der Zufallshaftung nach Art. 103 Abs. 2 OR befreien, indem sie beweist, dass **der Zufall den Gegenstand der Leistung auch bei rechtzeitiger Erfüllung zum Nachteile der Gläubigerin getroffen hätte** (zweiter Entlastungsbeweis).⁷ **In casu** wird Elsa dieser Entlastungsbeweis nicht gelingen. Gemäss Sachverhalt ist der Marderschaden, welcher den Untergang der Torte letztlich verursachte, in der Nacht vom 2. auf den 3. August 2024 entstanden. Hätte Elsa die Torte wie vereinbart am Vormittag des 2. August 2024 geliefert, wäre sie nicht geschmolzen.

Fazit: Elsa schuldet Anna gestützt auf Art. 103 Abs. 1 OR Schadenersatz in der Höhe von CHF 400.-.

Frage 1B

Es wäre denkbar, dass Anna in einen sog. **Gläubigerverzug (auch Annahmeverzug)** geraten ist. Ein solcher tritt gemäss **Art. 91 OR** ein, wenn der Gläubiger die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert.⁸

In casu war Elsa leistungsbereit, resp. hat die **Leistung gehörig angeboten**, indem sie die Torte wie vereinbart am 2. August 2024 um 10.30 Uhr in Annas Restaurant gebracht hat. Die Gläubigerin Anna demgegenüber hat die Torte zum vereinbarten Zeitpunkt **nicht angenommen**, weil sie gar nicht vor Ort war. Diese

⁶ BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 103 OR N 56.

⁷ Trifft dies zu, fehlt es am natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Schaden. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2684; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 66.07 (Anerkennung der Berufung auf rechtmässiges Alternativverhalten).

⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2393 ff., 2430; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 69.05 ff.

Annahmeverweigerung war schliesslich **pflichtwidrig bzw. ungerechtfertigt**, da keine objektiven Gründe vorliegen, die eine Annahmeverweigerung seitens Anna als gerechtfertigt erscheinen lassen.⁹

Beim Gläubigerverzug verletzt die Gläubigerin keine Leistungspflicht, sondern eine sog. Obliegenheit.¹⁰ **Obliegenheiten** sind Pflichten von geringerer Intensität als Leistungspflichten. Sie sind **weder gerichtlich durchsetzbar, noch entsteht bei ihrer Verletzung ein Anspruch auf Schadenersatz**.¹¹ Die Rechtsfolgen eines Gläubigerverzugs beschränken sich demnach auf **Rechtsnachteile**, die dem Gläubiger entstehen. Insofern handelt es sich beim Gläubigerverzug genaugenommen nicht um eine Leistungsstörung.¹²

Fazit: In casu gerät Anna in einen sog. Gläubiger- oder Annahmeverzug. Dabei handelt es sich um die Verletzung einer Annahmepflicht, womit keine eigentliche Leistungsstörung vorliegt.

Korrekturhinweis/Alternativer Lösungsweg: Gemäss Art. 211 Abs. 1 OR ist der Käufer verpflichtet, die Sache anzunehmen. Es ist strittig, ob es sich hierbei um eine echte Pflicht oder um eine Obliegenheit handelt.¹³ Wer eine echte Pflicht annimmt und argumentiert, es liege demnach ein Schuldnerverzug seitens Anna vor, erhält dennoch Punkte. Erforderlich ist allerdings, dass auf Art. 211 Abs. 1 OR Bezug genommen wird.

Frage 1C

Nein, es liegt **keine Leistungsstörung** vor. Der **Gläubigerverzug schliesst den Schuldnerverzug aus**,¹⁴ wodurch Elsa insbesondere nicht in Schuldnerverzug gerät, obwohl sie die Torte erst am Abend des 2. August 2024 liefert und nicht, wie vereinbart, am Vormittag desselben Tages. Es fehlt an der Pflichtwidrigkeit der Spätleistung.

Frage 1D

Ja. Im Falle eines Gläubigerverzugs kann sich die Schuldnerin die deswegen entstanden zusätzlichen **Aufwendungen von der Gläubigerin ersetzen lassen**.¹⁵ Anna hat Elsa demnach die Kosten für die zweite Fahrt zu ersetzen.

⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2395 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 69.10.

¹⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2390; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 69.02.

¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 101 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 69.02.

¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2390; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 69.03 (e contrario).

¹³ Siehe zum Ganzen BSK OR I-KOLLER, Art. 211 N 4 ff. m.w.H.

¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2664, 2434; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 70.03.

¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2443; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 70.08.

Fall 2 (Gierig und Gefährlich)

Hinweis zur Lösungsskizze: Der Sachverhalt und die Lösung des Falles sind angelehnt an BGE 66 II 256.

Frage 2A

Herbert und Günther haben übereinstimmende Willenserklärungen über die hälftige Abgabe von allfälligen Zuwendungen, die Günther von Hélène erhält, gegen die Kontaktvermittlung und Unterstützung von Herbert (ein Fall der bezahlten Beihilfe zur sog. Erbschleicherei) ausgetauscht. Es liegt somit (tatsächlicher) **Konsens** zwischen den Parteien vor (**Art. 1 Abs. 1 OR**). Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Hinweise auf eine mangelnde **Geschäftsfähigkeit** der Vertragsparteien (**Art. 12 ff. ZGB**) oder **Willensmängel** (**Art. 23 ff. OR**). Ebenso sind für die vorliegende Vereinbarung keine **Formvorschriften** zu berücksichtigen (**Art. 11 Abs. 1 OR**).

Fraglich ist jedoch, ob ein Verstoss gegen eine **Inhaltsschranke** i.S.v. Art. 19 Abs. 2 resp. **Art. 20 Abs. 1 OR** vorliegen könnte.

Es wäre denkbar, dass in casu ein **sittenwidriger Vertragsinhalt** vorliegt. Sittenwidrig ist ein Vertrag dann, wenn er entweder gegen ein Persönlichkeitsrecht (Art. 27 ZGB) einer Partei oder «sonst wie gegen die guten Sitten verstösst»,¹⁶ indem er die «herrschende Moral»¹⁷ resp. das «Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden»¹⁸ verletzt. **In casu** liegt ein Fall dieser zweiten Spielart der Sittenwidrigkeit vor, ist doch nach der herrschenden Auffassung die Erbschleicherei an und für sich schon anstössig. Insofern sind Abmachungen über bezahlte Beihilfe zu Erbschleicherei sittenwidrig und verdienen keinen rechtlichen Schutz.¹⁹

Hat ein Vertrag einen sittenwidrigen Inhalt, ist die Rechtsfolge gemäss Art. 20 Abs. 1 OR die **Nichtigkeit** des Vertrages.²⁰

Fazit: Gundula Gefährlich hat recht. Der Vertrag zwischen Herbert Gierig und Günther Gefährlich ist nicht gültig zustande gekommen. Er hat einen sittenwidrigen Inhalt und ist demnach nichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR.

¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 656.

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 668; BGE 132 III 455 E. 4.1 S. 458.

¹⁸ BGer 4C.172/2000 E. 5c; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 32.18.

¹⁹ BGE 66 II 256 E. 1 S. 257 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 670; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 32.29 («Ausnutzen eines [...] anwaltlichen Vertrauensverhältnisses zur Erlangung einer Schenkung»). Die Nichtigkeitsfolge nach Art. 20 Abs. 1 OR ist im Erbrecht selbst in Art. 636 ZGB bestätigt. Vgl. BSK ZGB II-MINNIG, Art. 636 N 1.

²⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 681. Eine Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) kommt vorliegend nicht in Frage.

Frage 2B

In Frage kommt ein Anspruch aus **ungerechtfertigter Bereicherung**. Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung gemäss **Art. 62 Abs. 1 OR** zurückzuerstatten. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung müssen drei Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen: (i) Eine **Bereicherung**; (ii) diese muss aus dem **Vermögen eines andern** stammen (sog. Sachzusammenhang); (iii) die Bereicherung muss schliesslich **ungerechtfertigt** geschehen sein. Letzteres ist nach **Art. 62 Abs. 2 OR** insbesondere dann der Fall, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund, aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.²¹

In casu hat Herbert CHF 1.2 Mio. erhalten, womit sich seine Aktiven vermehrt haben. Er erhielt also einen Vermögensvorteil und ist somit bereichert. Das Geld stammt aus dem Vermögen von Günther, womit auch der nötige Sachzusammenhang vorliegt («Entreicherung»). Da der Vertrag zwischen Günther und Herbert aufgrund eines sittenwidrigen Inhalts nichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR ist (siehe Frage 2A), erfolgte diese Vermögensverschiebung ohne jeden gültigen Grund und ist damit ungerechtfertigt.

Fazit: Die Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung gemäss Art. 62 OR liegen vor.

Frage 2C

Herbert Gierig spricht **Art. 63 Abs. 1 OR** an. Gemäss dieser Bestimmung kann, wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat. Für einen Anspruch auf Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung ist also erforderlich, dass der Bereicherungsgläubiger (i) eine **Nichtschuld** geleistet hat und zwar (ii) **freiwillig** und (iii) **im Irrtum** über die Tatsache, dass es sich um eine Nichtschuld handelt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist ein Bereicherungsanspruch umgekehrt ausgeschlossen.²²

Die erste Voraussetzung ist **in casu** gegeben: Günther hat eine Nichtschuld geleistet, denn der Vertrag, auf dessen Hinblick er geleistet hat, ist nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig (siehe Frage 2A), er hat also ohne jeden gültigen Grund geleistet.²³ Ebenso hat Günther die Nichtschuld freiwillig geleistet, der Sachverhalt enthält keine Hinweise darauf,

²¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1470 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 55.06 ff.

²² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1528 ff.

²³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1482.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 56.04.

dass er sich in einer Zwangslage befunden hätte.²⁴ Allerdings mangelt es an der letzten Voraussetzung von Art. 63 Abs. 1 OR: Gemäss Sachverhalt wusste Günther, dass er Herbert nichts schuldet. Er befand sich also gerade nicht im Irrtum über die Tatsache der Nichtschuld.

Korrekturhinweis: Im Übrigen entfällt der Irrtumsnachweis gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohnehin generell für die Rückforderung von Leistungen, die in sittenwidriger Weise erworben wurden. Diesfalls kommt es nur noch auf die (Un-)Freiwilligkeit der Leistung an. Da vorliegend von einer freiwilligen Leistung auszugehen ist, ist der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen.²⁵ Der letzte Hinweis berechtigt zu einem Bonuspunkt.

Fazit: Günther hat freiwillig und irrtumsfrei eine Nichtschuld geleistet. Damit ist der Bereicherungsanspruch von Günther gegen Herbert nicht entstanden resp. kann Herbert Günther die Einwendung gemäss Art. 63 Abs. 1 OR entgegenhalten.

Frage 2D

Alternativ wäre auch die Anwendbarkeit von **Art. 66 OR** denkbar. Art. 66 OR lässt die Klagbarkeit des Bereicherungsanspruchs entfallen.²⁶

Gemäss dieser Bestimmung kann «was in der Absicht einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen gegeben worden ist, nicht zurückgefordert werden». Diese Bestimmung regelt den sog. **Gaunerlohn**.²⁷ Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts wird Art. 66 OR **restriktiv** angewendet. Die Bestimmung kommt nur auf Fälle zur Anwendung, in denen «**Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgten**»²⁸, d.h. nur auf Fälle des eigentlichen Gaunerlohns.

In casu überträgt Günther Herbert wie vereinbart die Hälfte der Zuwendung, die er aus der erschlichenen Erbschaft von Hélène Franzmann erhalten hat und zwar für die Kontaktvermittlung und die «rechtliche Unterstützung» durch Herbert. Es liegt demnach ein Fall des eigentlichen Gaunerlohns vor, denn Günther belohnt Herbert für sittenwidriges Verhalten (Beihilfe zur Erbschleicherei).

Fazit: Einem allfälligen Bereicherungsanspruch stünde auch Art. 66 OR entgegen.

²⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1537 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 56.07.

²⁵ BGE 123 III 101 E. 3a S. 107; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1539.

²⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1548.

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1552; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 56.12.

²⁸ BGE 134 III 438 E. 3.2 S. 445.

Fall 3 (John Rabbit AG)

Frage 3A

Die beiden Willenserklärungen, die beim Konsens zusammenspielen, sind **Antrag (Offerte/Angebot)** und **Annahme (Akzept/Akzeptation)**. Gemäss der h.L. gilt die öffentliche Anpreisung von Waren im Internet nicht als Antrag im Rechtssinne (d.h. als «Auslage von Waren» i.S.v. Art. 7 Abs. 3 OR). Es handelt sich vielmehr um eine Auskündigung i.S.v. **Art. 7 Abs. 2 OR** («Versendung von Tarifen, Preislisten u. dgl.») und damit um eine **Einladung zur Offertenstellung**.²⁹

In casu stellt demnach die **erste Bestellung vom 17. Januar 2024** auf der Webseite durch Peter Grün ein **Antrag** im Rechtssinne dar. Er reagiert damit auf die öffentliche Anpreisung der Gartengeräte durch die John Rabbit AG auf derselben Webseite, welche gemäss Art. 7 Abs. 2 OR als blosser Auskündigung und Aufforderung zur Antragsstellung zu qualifizieren ist. Die **Bestellbestätigung per E-Mail der John Rabbit AG** stellt somit die **Annahme** des Antrages von Peter Grün dar, der Kaufvertrag kommt somit in ebendiesem Moment (17. Januar 2024 um 20.37 Uhr) zustande.

Es handelt sich um einen (Fahrris-)Kaufvertrag i.S.v. **Art. 184 Abs. 1 OR**.

Frage 3B

AGB werden nur dann Vertragsinhalt, wenn im Hinblick auf ihre Einbeziehung in den Vertrag **Konsens** besteht. Es muss demnach im Einzelfall geprüft werden, ob die Parteien die AGB in ihren Vertrag übernommen haben (**Konsenskontrolle**).³⁰ Dabei ist **nicht erforderlich**, dass die Übernehmerin die AGB tatsächlich **zur Kenntnis genommen** hat. Vielmehr genügt eine sog. **Globalübernahme**.³¹ Allerdings muss nach dem Vertrauensprinzip für die Übernehmerin wenigstens die **Möglichkeit** bestanden haben, sich vom Inhalt der AGB **in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen**. Diese Möglichkeit muss **vor** Abgabe der Offerte/der Annahmeerklärung dieser Partei bestanden haben.³²

In casu hatte Peter Grün im Zeitpunkt der Abgabe seines Antrages (Bestellung des Rasenmähers auf der Webseite) keine Möglichkeit, die AGB der John Rabbit AG in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen. Dass die John Rabbit AG die AGB im Anschluss mit dem Rasenmäher mitschickte, ist unerheblich. Die AGB werden dadurch nicht nachträglich Vertragsinhalt.

²⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 374, 377; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 28.10. Siehe auch BK OR-MÜLLER, Art. 7 N 36, 39 m.w.N.

³⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1128 ff.

³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1128c.

³² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1134.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 45.02 f.

Fazit: Folglich wurden die AGB *nicht* Teil des Kaufvertrages.

Frage 3C

Vorliegend strebt Peter Grün die Rückabwicklung des Vertrages an, will er doch den Rasenmäher zurückgeben und nichts mehr mit der John Rabbit AG zu tun haben. Das Kaufvertragsrecht sieht diese Möglichkeit mit der sog. **Wandelung** in **Art. 205 Abs. 1 OR** vor. Es handelt sich hierbei um ein Sachgewährleistungsrecht (Art. 197 ff. OR).

Sind die Voraussetzungen der Wandelung erfüllt, kann der Käufer mit der Wandelungsklage den **Kauf rückgängig machen** (Art. 205 Abs. 1 OR), wobei er die **Sache nebst inzwischen bezogenem Nutzen dem Verkäufer zurückgeben muss und der Verkäufer den gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten hat** (Art. 208 Abs. 1 und Abs. 2 OR).

Frage 3D

Angesprochen ist die sog. **Prüfungs- und Rügeobliegenheit** des Käufers. Den Käufer trifft die Obliegenheit, die Kaufsache, **«sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist»**, zu prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige zu machen (Mängelrüge, **Art. 201 Abs. 1 OR**).³³ Handelt es sich um einen sog. versteckten Mangel, d.h. um einen Mangel, der bei einer übungsgemässen Untersuchung nicht zu erkennen war (Art. 201 Abs. 2 OR), so hat er den Mangel sofort nach Entdeckung zu rügen.³⁴ Unterlässt der Käufer die Rüge, so greift eine gesetzliche Fiktion und die verkaufte Sache gilt grundsätzlich als genehmigt (**Genehmigungsfiktion**).³⁵ Die Rüge muss **genügend substantiiert** sein, d.h. die Beanstandung des Käufers muss dem Verkäufer zeigen, weshalb er die gelieferte Ware nicht als vertragskonform anerkennt.³⁶ Die Rüge muss zudem **rechtzeitig erfolgen (Rügefrist)**, wobei die Beurteilung dieser Frage die **konkreten Umstände des Einzelfalles**, wie etwa die Natur des Kaufgegenstandes und die Art des Mangels, zu berücksichtigen hat.³⁷

In casu hat Peter Grün die mangelhafte Funktion des Aufsitzmähers umgehend nach Entdeckung per Service-Hotline gemeldet. Beim Defekt am Rasenmäher handelt es sich um einen Mangel, der bei einer ordnungsgemässen Prüfung ohne Weiteres

³³ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 355.

³⁴ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 359.

³⁵ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 355.

³⁶ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 363.

³⁷ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rn. 361; siehe auch Urteil des BGer vom 10. Dezember 2020, Nr. 4A_261/2020, E. 7.2.1.

entdeckt werden kann (offener Mangel). Er hat auch hinreichend umschrieben, was nicht funktioniert und die Rüge demnach genügend substantiiert. Es stellt sich demnach die Frage, ob Peter Grün den Aufsitzmäher rechtzeitig gemäss Art. 201 Abs.1 OR geprüft und im Anschluss gerügt hat. Aufgrund der Natur des Kaufgegenstandes (Rasenmäher) und der Art des Mangels (betrifft die eigentliche Funktion des Rasenmähers), ist davon auszugehen, dass sich die Frist für die Untersuchung eines im Winter erworbenen Aufsitzmähers und damit die Rügefrist auf einige Monate erstreckt. Vor der Schneeschmelze resp. bei Regen und damit nassem Gras kann von Peter Grün vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass er einen Rasenmäher ausprobiert.³⁸ Die Rügefrist dürfte demnach eingehalten worden sein.

Korrekturhinweis: Eine andere Auffassung (Rügefrist verpasst) ist ebenfalls vertretbar und wird entsprechend bepunktet. Peter Grün hat einige sonnige Tage verstreichen lassen, in denen er aber arbeiten musste. Entscheidend ist, dass die Studierenden sich mit der Frage auseinandersetzen und insbesondere bemerken, dass sich die Länge der Rügefrist anhand der konkreten Umstände bestimmt.

³⁸ Vgl. auch BSK OR I-HONSELL, Art. 201 N 9 mit Verweis auf BGE 72 II 405 E. 7. S. 417 (Kauf eines Schneepflugs im Sommer).

Multiple Choice-Aufgaben

MC-Frage 1

Richtig ist Antwort 3.

Antwort 1 ist nicht zutreffend. Art. 9 OR ist nicht anwendbar, weil in casu ein sog. Haustürgeschäft i.S.v. Art. 40a OR vorliegt, in welchen Fällen der Annehmende ein 14-Tägiges Widerrufsrecht hat (Art. 40a i.V.m. Art. 40e OR).

Antwort 2 ist nicht zutreffend. Es liegt keine der Inhaltsschranken von Art. 20 Abs. 1 OR vor; insbesondere hat der vorliegende Vertrag keinen widerrechtlichen Inhalt.

Antwort 4 ist nicht zutreffend. Das Widerrufsecht bei Haustürgeschäften ist gemäss Art. 40e Abs. 1 OR an keine Form gebunden.

MC-Frage 2

Richtig ist Antwort 3.³⁹

Antwort 1 ist nicht zutreffend. Der gesetzlichen Schriftform (Art. 165 Abs. 1 OR) unterliegt lediglich die Erklärung der Zedentin, d.h. der Sober GmbH (Art. 13 Abs. 1 OR analog).⁴⁰

Antwort 2 ist nicht zutreffend. Die Sober GmbH als Zedentin haftet gegenüber der Zessionarin, d.h. gegenüber der Fiduciare SA für die Verität der Forderung (Art. 171 ff. OR).

Antwort 4 ist nicht zutreffend. Obwohl in der Tat eine ursprüngliche objektive Unmöglichkeit vorliegt, greift die Nichtigkeitsfolge von Art. 20 Abs. 1 OR nicht. Vielmehr geht Art. 171 Abs. 1 OR vor.⁴¹

MC-Frage 3

Richtig ist Antwort 1.

³⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3475 ff.

⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3416.

⁴¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3508.

Antwort 2 ist nicht zutreffend. Das Bundesgericht nimmt im Falle der Formungültigkeit des Vertrages i.S.v. Art. 11 Abs. 2 OR die Nichtigkeit des Vertrages an,⁴² wobei diese durch das Rechtsmissbrauchsverbot abgeschwächt wird.⁴³

Antwort 3 ist nicht zutreffend. Gemäss Art. 493 Abs. 2 OR bedarf die Bürgschaftserklärung natürlicher Personen der öffentlichen Beurkundung, wenn sie die Summe von CHF 2000.- übersteigt.

Antwort 4 ist nicht zutreffend. In casu ist die öffentliche Beurkundung erforderlich und zudem erfordert die qualifizierte Schriftlichkeit nicht, dass mit Vor- und Nachnamen unterschrieben wird.⁴⁴

⁴² BGE 116 II 700 E. 3b S. 702.

⁴³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 550 ff.

⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 511.