



Prüfung Privatrecht I: Fragen und Lösungsskizzen

Die Prüfung Privatrecht I findet online statt. Das vorliegende Dokument dient lediglich der Information und als Grundlage für Ihre Skizzen, Markierungen und Notizen. Texte, die nicht online eingegeben werden, werden nicht bewertet. Das vorliegende Dokument enthält die Prüfungsinformation und die Freitextfragen. Die Multiple-Choice-Fragen sind ausschliesslich online verfügbar.

Veranstaltung: Privatrecht I

Professorin ThemenstellerInnen: Emmenegger/Eggen/Krauskopf

Prüfungsdatum: 19. August 2020

Matrikelnummer: [wird online ausgefüllt]

Muttersprache: [wird online ausgefüllt]

Studiengang: [wird online ausgefüllt]

Ablauf

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

Inhalt

Diese Leistungskontrolle umfasst **zehn Multiple-Choice-Fragen** (zusammen 20 Punkte) und **zehn Freitextfragen** (zusammen 44 Punkte). **Es wird empfohlen, mit den Freitextfragen (Nr. 11. bis 20.) zu beginnen.** Die Freitextfragen erhalten Sie zusätzlich als Ausdruck. Bitte vermerken Sie Ihre Antworten *nur online*: Markierungen auf dem Ausdruck zählen nicht als Antwort. An die Zeilenzahl der Antwortfelder

sind Sie nicht gebunden: Ihre Antwort kann weniger oder mehr Zeilen umfassen.

Bearbeitung

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

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

Gewichtung

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung). Bei den Freitextfragen kann eine hohe Punktzahl auch dem Schwierigkeitsgrad der Frage geschuldet sein und ist nicht immer gleichbedeutend mit dem Umfang des erwarteten Lösungsvorschlags. Unverzichtbar ist aber jeweils eine konsequente Subsumtion.

Viel Erfolg!

Bewertung [von Themenstellerin auszufüllen]

Punkte: _____

Note: _____

Unterschrift: _____

MULTIPLE CHOICE-FRAGEN

1. Feuerwerk

Nina Zulauf und Ema Cetkovic feiern den 1. August in Nyon an der öffentlichen Strandpromenade feiern. Sie haben sich zu diesem Zweck mit entsprechenden Feuerkörpern eingedeckt. Auf den Wiesen und auf den Trottoirs herrscht ein ziemliches Gedränge. Unter diesen Umständen kann der Sicherheitsabstand für das Anzünden von Raketen, Pétarden und Vulkanen nicht eingehalten werden. Nina und Ema sind sich dessen bewusst, sie vertrauen aber darauf, dass schon nichts passieren werde. Sie stecken ihre erste Rakete in eine leere Petflasche. Diese ist aber nicht sehr stabil, weshalb Nina und Ema beschliessen, dass Nina die Petflasche halten soll, während Ema die Rakete zündet. Als dann aber die Zündschnur brennt, bekommt es Nina mit der Angst zu tun und sagt «hilf halten, ich hab Schiss!». Ema greift zur Flasche, doch auch sie sieht die zischende Zündschnur und bekommt es mit der Angst zu tun. Beide lassen die Petflasche los. Die Rakete schiesst aus der umfallenden Flasche und fliegt Janos Poliak, der ungefähr 2.5 Meter von den beiden Frauen entfernt stand, in die rechte Schläfe. Janos Poliak verliert das Gleichgewicht und stürzt zu Boden. Beim Sturz verletzt er sich am Handgelenk. Im anschliessenden Zivilprozess zwischen Jan Poliak und Ema Cetkovic bestreitet Ema Cetkovic die Haftung. Welche Aussage ist im Grundsatz zutreffend:

- Ema Cetkovic haftet gegenüber Janos Poliak nicht. Es liegt alternative Kausalität vor. Nach überwiegender Lehre haftet grundsätzlich keiner der möglichen Schädiger, solange nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, wer den Schaden tatsächlich verursacht hat. Das ist hier der Fall: Man kann nicht mit Sicherheit sagen, wer das Umkippen der Flasche durch vorzeitiges Loslassen verursacht hat. (1)
- Ema Cetkovic haftet gegenüber Janos Poliak für die Hälfte des Schadens. Denn Ema Cetkovic hat zusammen mit Nina Zulauf willentlich an der schädigenden Handlung teilgenommen. Entsprechend beträgt ihre Haftung im Aussenverhältnis 50%. (2)
- Ema Cetkovic haftet gegenüber Janos Poliak nicht. Denn ursprünglich sollte Nina Zulauf die Flasche halten. Ema Cetkovic wollte helfen, aber damit macht sie sich nicht haftbar. Ihr ist es lediglich nicht gelungen, die schädigende Handlung von Nina Zulauf zu vermeiden. (3)
- Ema Cetkovic haftet gegenüber Janos Poliak für den gesamten Schaden. Zwar sollte Nina Zulauf die Flasche halten. Aber Ema Cetkovic war an der Idee und der Realisierung der Raketenzündung beteiligt. (4)

Lösungshinweise

Zutreffend ist Antwort (4). Es handelt sich um einen Fall der solidarischen Haftung i.S.v. Art. 50 OR. Es kommt also nicht darauf an, wer welchen Anteil an der schädigenden Handlung hat. Entsprechend sind Antwort (2) und Antwort (3) unzutref-

fend. Antwort (1) ist unzutreffend, weil es sich nicht um einen Fall der alternativen Kausalität handelt. Bei der alternativen Kausalität verursacht *einer* von zwei oder mehreren Schädigern, die ohne jegliche Verbindung gehandelt haben, einen Schaden, ohne dass feststellbar ist, welcher von ihnen der Verursacher ist.¹ Vorliegend handeln Ema Cetkovic und Nina Zulauf gemeinsam

2. Haushaltsschaden

Welche der nachfolgenden Aussagen zum Haushaltsschaden ist NICHT zutreffend:

- Der Haushaltsschaden ist ein sogenannter normativer Schaden. (1)
- Der Haushaltsschaden ersetzt den wirtschaftlichen Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entsteht. (2)
- Beim Haushaltsschaden werden für die Schadensberechnung diejenigen Kosten eingesetzt, die anfallen würden, wenn die Arbeiten durch eine Drittperson kostenpflichtig ausgeführt würden. (3)
- Bei der Berechnung des Haushaltsschadens kommt die konkrete Schadensberechnung zum Einsatz. Es werden diejenigen Kosten ersetzt, die tatsächlich entstanden sind. (4)

Lösungshinweise

Antwort (4) ist nicht zutreffend. Der Haushaltsschaden ist ein klassischer normativer Schaden. Kennzeichnend für den normativen Schaden ist, dass kein klassischer Schaden im Sinne der Differenztheorie vorliegt. Siehe dazu BGE 132 III 321, E. 3.1. Das Bundesgericht schreibt: "Der Schaden aus eingeschränkter oder entfallener Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushalts (Art. 46 Abs. 1 OR) wird nach der Rechtsprechung nicht bloss ersetzt, wenn konkret Kosten für Haushaltshilfen erwachsen, die wegen des Ausfalls der Haushalt führenden Person beigezogen werden; auszugleichen ist vielmehr der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt."

¹ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 N 381. ## Ergänzen um Rey oder Folien Haftpflichtvorlesung.

3. Lesen Sie Art. 161 OR. Welche Aussage ist zutreffend:

- Die Konventionalstrafe ist auch dann geschuldet, wenn der Gläubiger keinen Schaden erleidet. (1)
- Die Konventionalstrafe setzt voraus, dass der Gläubiger einen Schaden erleidet. (2)
- Die Konventionalstrafe setzt voraus, dass den Schuldner an der Vertragsverletzung ein Verschulden trifft. (3)
- Die Konventionalstrafe setzt sowohl einen Schaden als auch ein Verschulden des Schuldners an der Vertragsverletzung voraus. (4)

Lösungshinweise

Die Antworten ergeben sich allesamt aus der Textanalyse. **Richtig ist Antwort (1)**; die Aussage entspricht dem Wortlaut von Art. 161 Abs. 1 OR. Die übrigen Antworten sind nicht zutreffend. Antwort (2) ist unzutreffend; Der Begriff "verfallen" bedeutet, dass die Konventionalstrafe geschuldet ist. Antwort (2) wird in Art. 161 Abs. 2 OR widerlegt; ein Verschulden ist nur erforderlich, wenn die Höhe der Konventionalstrafe die Höhe des Schadens übersteigt. Antwort (4) widerspricht dem Wortlaut von Art. 161 Abs. 1 und 2 OR.

4. Lesen Sie Art. 171 und 173 OR. Welche der nachfolgenden Aussagen trifft NICHT zu:

- Wenn der Zedent eine Forderung in Höhe von CHF 25'000.00 für CHF 20'000.00 verkauft, so haftet er für den Fall, dass der Zessionar von der Schuldnerin aufgrund einer erfolgreichen Wandelungseinrede nichts erhält, wie folgt: Haftung in Höhe von CHF 20'000.00 nebst Zinsen, Abtretungskosten und Rechtsverfolgungskosten. (1)
- Wenn der Zedent eine Forderung in Höhe von CHF 25'000.00 schenkungshalber abtritt, so trifft ihn für den Fall, dass der Zessionar von der Schuldnerin aufgrund einer erfolgreichen Wandelungseinrede nichts erhält, grundsätzlich keine Haftung, ausser er habe sich verpflichtet, für den Bestand der Forderung zu haften. (2)
- Wenn der Zedent eine Forderung in Höhe von CHF 25'000.00 für CHF 20'000.00 verkauft, so haftet er für den Fall, dass der Zessionar von der Schuldnerin nichts erhält, weil diese gegen den Zessionar erfolgreich die Verrechnungseinrede für eine ihr gegenüber dem Zessionar zustehende Forderung erhebt, wie folgt: Haftung in Höhe von CHF 20'000.00 nebst Zinsen, Abtretungskosten und Rechtsverfolgungskosten. (3)
- Wenn der Zedent eine Forderung in Höhe von CHF 25'000.00 für CHF 20'000.00 verkauft, so haftet er für den Fall, dass der Zessionar vom Schuldner nichts erhält, weil dieser zahlungsunfähig ist, wie folgt: Haftung in Höhe von CHF

20'000.00 nebst Zinsen, Abtretungskosten und Rechtsverfolgungskosten. Diese Haftung besteht allerdings nur, soweit der Zessionar sich zur Haftung für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin verpflichtet hat. (4)

Lösungshinweise

Aussage (3) ist unzutreffend. Vorliegend hat der Schuldner die Verrechnungseinrede gegenüber dem *Zessionar* erhoben. Der Zedent haftet gemäss Art. 171 Abs. 1 OR für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung. Dies ist der Fall, die Forderung hat Bestand. Denn der Zessionar, dem gegenüber die Verrechnungseinrede erhoben wird, wird dafür von seiner Schuld gegenüber dem Schuldner befreit.

Die anderen Aussagen treffen zu. Aussage (1) entspricht der Regel in Art. 173 Abs. 1 OR. Aussage (2) entspricht der Regel in Art. 171 Abs. 3 OR: Bei der unentgeltlichen Abtretung haftet der Zedent für den Bestand der Forderung nicht. Diese Bestimmung ist allerdings dispositives Recht, was in Art. 248 Abs. 2 OR bestätigt wird. Danach kann der Schenker versprechen, für eine geschenkte Sache oder für eine schenkungshalber abgetretene Forderung Gewähr zu leisten. Aussage (4) entspricht den Regeln in Art. 171 Abs. 1 OR und Art. 173 Abs. 1 OR: Der Zedent haftet dem Zessionar für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nur dann, wenn er sich dazu verpflichtet hat (Art. 171 Abs. 1 OR). Hat sich der Zedent dazu verpflichtet, auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners Gewähr zu leisten, so haftet er gemäss Art. 173 Abs. 1 für den empfangenen Gegenwert nebst Zinsen und überdies für die Kosten der Abtretung und des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner.

5. Lesen Sie Art. 10 OR. Welche Aussage trifft NICHT zu:

- Der Vertrag unter Abwesenden kommt in dem Zeitpunkt zustande, wo die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wurde. (1)
- Der Vertrag unter Abwesenden kommt mit dem Zugang der Annahmeerklärung beim Antragsteller zustande. (2)
- Wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, beginnen die Wirkungen des Vertrages mit dem Empfang des Antrags. (3)
- Die "Wirkungen" des Vertrages in Art. 10 OR betreffen die Gestaltungswirkung des Vertrages. (4)

Lösungshinweise

Aussage (1) trifft nicht zu. Art. 10 regelt ausschliesslich die *Gestaltungswirkung* des Vertrages (siehe GSSE Rn. 461 f.). Es bleibt bei der allgemeinen Regel, wonach der Vertrag erst mit dem Zugang der Annahmeerklärung zustande kommt (Bindungswirkung).

Die anderen Aussagen treffen zu. Aussage (2) entspricht der allgemeinen Regel, wonach der Vertrag mit dem Zugang der Annahmeerklärung zustande kommt. Aussa-

ge (3) entspricht dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 OR. Aussage (4) trifft zu; die herrschende Lehre und Rechtsprechung bezeichnet die "Wirkung", von der in Art. 10 OR die Rede ist, als Gestaltungswirkung (Nachweise bei GSSE Rn. 462).

6. Gartenarbeiten

Alejandra Perrez führt in Köniz einen Gärtnereibetrieb mit sieben Angestellten. Natasha Dirat ist Eigentümerin eines Grundstücks in Bremgarten. Perrez soll für Dirat im Frühjahr verschiedene Gartenarbeiten erledigen: Rasenmähen, die alten Äste und Sträucher abtransportieren, die fragilen Steinplatten mit dem Hochdruckreiniger saubermachen, Unkraut jäten. Da Perrez völlig ausgebucht ist, will sie absagen. Dirat will eine Absage nicht gelten lassen, und so vereinbaren die beiden, dass Perrez kurzfristig zwei Arbeiter einstellt, die allerdings keine ausgebildeten Gärtner sind. Perrez insistiert aber, dass sie für diese Personen keinerlei Haftung übernehmen will. Damit ist Dirat einverstanden. Perrez schickt noch am gleichen Tag eine Auftragsbestätigung und notiert darauf: «Vereinbarungsgemäss wird für die mit der Ausführung der Arbeiten beigezogenen Angestellten keinerlei Haftung übernommen.» Im Zuge der Arbeiten in Dirats Garten kommt es zu einer Auseinandersetzung mit einem der beiden von Perrez kurzfristig angestellten Arbeitern: Dirat kritisiert die Handhabung des Hochdruckreinigers, man dürfe nicht zu nahe an die Steinplatten ran. Der Arbeiter denkt sich, Dirat sei eine KAREN (Meckerziege) und geht absichtlich noch näher ran. Prompt sind die Oberflächen von 5 Steinplatten ruiniert. Haftet Perrez für den Schaden?

- Perrez haftet nicht, denn sie hat jegliche Haftung für die beiden kurzfristig angestellten Arbeiter ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss ist – vorbehaltlich der genauen Umstände des Einzelfalls – gültig. Das gilt selbst dann, wenn man eine absichtliche Schädigung seitens des Arbeiters bejaht. (1)
- Perrez haftet, denn gemäss Art. 101 Abs. 3 OR darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden, wenn der Verzichtende im Dienst des anderen steht. (2)
- Perrez haftet nicht, denn es fehlt an der Haftungsvoraussetzung des funktionalen Zusammenhangs zwischen der Pflichterfüllung und der schädigenden Handlung. (3)
- Perrez haftet, denn man kann die Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Absicht nicht ausschliessen. Vorliegend ist aber entweder Absicht oder jedenfalls grobe Fahrlässigkeit zu bejahen. (4)

Lösungshinweise

Antwort (1) trifft zu. Nach Art. 101 Abs. 2 OR kann die Haftung für Hilfspersonen aufgehoben werden. Eine derartige Freizeichnung ist grundsätzlich auch für jene Fälle möglich, in denen sich der Geschäftsherr im Sinne der hypothetischen Vorwerfbarkeit vorsätzlich oder grobfahrlässig verhält (GSSE Rn. 3054; BSK OR-Widmer *Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 N 16; BGer 4A_88/2008, E. 5.1).

Antwort (2) Antwort trifft nicht zu. Vorliegend verzichtet Dirat als Geschäftspartnerin auf die Haftung von Perrez für deren Hilfspersonen. Dirat steht also nicht im Dienst von Perrez, weshalb die Regel in Art. 101 Abs. 3 OR auf den Sachverhalt nicht anwendbar ist.

Antwort (3) trifft nicht zu. Ein funktioneller Zusammenhang liegt vor, wenn die schädigende Handlung der Hilfsperson "zugleich eine Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt" (BGE 92 II 15, E. 3; GSSE Rn. 3034). Vorliegend ist der fragliche Arbeiter dabei, mit dem Hochdruckreiniger die Steinplatten zu reinigen. Dabei handelt es sich um eine Tätigkeit im Rahmen des von Perrez übernommenen Auftrags. Im Ruinieren der Steinplatten ist eine Schlechterfüllung der Schuldpflicht von Perrez in ihrem Vertrag mit Dirat zu sehen. Entsprechend liegt ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Schädigung der Steinplatten und Dirats Vertragspflicht vor.

Antwort (4) trifft nicht zu. Gemäss Art. 101 Abs. 2 OR kann die Haftung für Hilfspersonen durch eine zum Voraus getroffene Verabredung aufgehoben werden. Eine derartige Freizeichnung ist grundsätzlich auch für jene Fälle möglich, in denen sich der Geschäftsherr im Sinne der hypothetischen Vorwerfbarkeit vorsätzlich oder grobfahrlässig verhält (GSSE Rn. 3054; BSK OR-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 101 OR N 16; BGer 4A_88/2008, E. 5.1).

7. Welche Aussage ist zutreffend:

- Bei einem Antrag unter Abwesenden ohne Bestimmung einer Frist ist der Antragsteller bis zum Zeitpunkt gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsgemässen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf. Das ist auch dann der Fall, wenn der Antragsempfänger gegenüber dem Antragsteller erklärt, dass er den Antrag ablehnt. (1)
- Bei einem Antrag unter Abwesenden ohne Bestimmung einer Frist wird dem Antragsempfänger gemäss Lehre und Rechtsprechung eine Deliberationszeit eingeräumt. Diese richtet sich nach dem für die Antragstellung gewählten Kommunikationsweg: Je schneller die Übermittlungsart, desto weniger Zeit stehen ihm für die Deliberation zur Verfügung. (2)
- Bei einem Antrag unter Abwesenden ohne Bestimmung einer Frist ist der Antragsteller bis zum Zeitpunkt gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsgemässen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf. Massgeblich ist die Gesamtzeit, die sich aus der Normalzeit für die Auftragsübermittlung, der Deliberationsfrist und Übermittlung der Annahme zusammensetzt. (3)
- Bei einem Antrag unter Abwesenden mit Bestimmung einer Frist ist der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden, zu dem der Antragsempfänger die Annahmeerklärung zur Versendung abgibt. (4)

Lösungshinweise

Aussage (3) trifft zu. Diese Auslegung von Art. 5 OR entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (GSSE Rn. 411).

Aussage (1) trifft nicht zu. Die Ablehnung beseitigt die Bindungswirkung des Antragsstellers. Anders wäre es nur, wenn der Antragssteller erklärt, dass er auch im Fall einer Ablehnung den Antrag aufrecht erhält (GSSE Rn. 415 f.). Aussage (2) trifft nicht zu. Die Deliberationsfrist richtet sich nicht nach dem vom Antragssteller gewählten Kommunikationsweg, sondern nach den konkreten Umständen des Einzelfalles (GSSE Rn. 411). Aussage (4) trifft nicht zu. Gemäss Art. 5 Abs. 1 OR ist der massgebliche Zeitpunkt der Eingang des Antrags, nicht dessen Versendung.

8. Lesen Sie Art. 75 OR. Welche Aussage ist zutreffend?

- Art. 75 OR regelt die Fälligkeit und die Erfüllbarkeit. (1)
- Art. 75 OR regelt ausschliesslich die Erfüllbarkeit. (2)
- Art. 75 OR regelt ausschliesslich die Fälligkeit. (3)
- Art. 75 OR regelt weder die Fälligkeit noch die Erfüllbarkeit. (4)

Lösungshinweise

(1) Diese Antwort trifft zu. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 75, wonach "die Erfüllung sogleich **geleistet** und **gefordert** werden" kann [...]. Die Bestimmung spricht damit sowohl den Zeitpunkt an, von dem an der Schuldner leisten darf (Erfüllbarkeit, siehe GSSE Rn. 2165) als auch den Zeitpunkt, von dem an der Gläubiger die Forderung einfordern darf (Fälligkeit, siehe GSSE Rn. 2156). Entsprechend treffen die Antworten (2), (3) und (4) nicht zu.

9. Fehlerhafte Ware

In BGE 133 III 257 («Papageienfall») hat das Bundesgericht in E. 2.3 Folgendes ausgeführt: «[X] rügte in der von der Konkursmasse genehmigten Berufung, das Obergericht habe Mangelfolgeschäden zu Unrecht als unmittelbare Schäden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR qualifiziert. Zur Begründung führte [X] zusammengefasst aus, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sei nur ein an der Kaufsache selber entstandener Schaden als unmittelbarer Schaden zu qualifizieren. Mangelfolgeschäden könnten demgegenüber keinen unmittelbaren Schaden darstellen, weil sie mittelbar durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache verursacht würden. [...]. In systematischer Hinsicht sei zu beachten, dass Mangelfolgeschäden bei anderen Verträgen über Sachleistungen nur bei Verschulden ersetzt werden müssten. Dies zeige, dass eine auf den Kaufvertrag beschränkte verschuldensunabhängige Haftung für Mangelfolgeschäden gemäss der zutreffenden Meinung von HONSELL systemwidrig wäre.»

Welche der nachfolgenden Aussagen trifft zu:

- Bei X handelt es sich um den Verkäufer. Er macht geltend, dass die Vorinstanz den Mangelfolgeschaden zu Unrecht als unmittelbaren Schaden qualifiziert hat. Das Bundesgericht hat ihm recht gegeben. (1)
- Bei X handelt es sich um den Käufer. Er macht geltend, dass die Vorinstanz den Mangelfolgeschaden zu Unrecht als unmittelbaren Schaden qualifiziert hat. Das Bundesgericht hat ihm recht gegeben. (2)
- Bei X handelt es sich um den Verkäufer. Er macht geltend, dass die Vorinstanz den Mangelfolgeschaden zu Unrecht als unmittelbaren Schaden qualifiziert hat. Das Bundesgericht hat ihm nicht recht gegeben. (3)
- Bei X handelt es sich um den Käufer. Er macht geltend, dass die Vorinstanz den Mangelfolgeschaden zu Unrecht als unmittelbaren Schaden qualifiziert hat. Das Bundesgericht hat ihm nicht recht gegeben. (4)

Lösungshinweise:

Aus dem Urteilsauszug lässt sich entnehmen, dass es sich bei X um den Verkäufer handeln muss. Denn nur er hat ein Interesse daran, dass der Mangelfolgeschaden als (verschuldensabhängiger) weiterer Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR und nicht als unmittelbarer (verschuldensunabhängiger) Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR qualifiziert wird. Wenn im Urteilsauszug gesagt wird, der Kläger rüge die Qualifikation des Mangelfolgeschadens als unmittelbarer Schaden, kann es sich nur um den Verkäufer handeln. Damit entfallen die Lösungen (2) und (4). Sodann hat das Bundesgericht im berühmten (und viel diskutierten) Pappageienfall entschieden, dass der Mangelfolgeschaden, der dadurch entstanden ist, dass die verkauften Pappageien den Pappageienbestand des Käufers angesteckt haben, als unmittelbarer Schaden (Art. 208 Abs. 2 OR) zu qualifizieren war. **Damit ist Antwort (3) richtig und Antwort (1) falsch.**

10. Welche der nachfolgenden Aussagen trifft NICHT zu:

- Falls nachweislich bei rechtzeitiger Erfüllung die Sache nicht untergegangen wäre, haftet der Schuldner für den Zufall, sofern er für den Verzug einzustehen hat. (1)
- Nach Art. 185 Abs. 1 OR steht der Erwerber im Regelfall für die Zufallshaftung in Gestalt der sogenannten «Preisgefahr» ein. (2)
- Die Zufallshaftung in Art. 103 OR findet auf jede Gattungsschuld Anwendung, während die Zufallshaftung in Art. 185 OR nur dann auf eine Gattungsschuld Anwendung findet, wenn die (Gattungs-)Sache ausgeschieden oder (bei einer Versendungsschuld) zur Versendung abgegeben worden ist.
- Der Schuldner kann sich im (verschuldeten) Verzugsfall von der Zufallshaftung durch den Nachweis befreien, dass es am Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Schaden fehlt.

Lösungshinweise

Antwort (3) ist unzutreffend. Eine Gattungsschuld kann nicht untergehen (*genus perire non censetur*, siehe etwa *Bucher*, OR AT, S. 421). Möglich ist der Untergang nur bei einer begrenzten Gattungsschuld. Der Satz, wonach Art. 103 OR auf jede Gattungsschuld Anwendung findet, ist demnach nicht richtig. Richtig ist hingegen, dass die Zufallshaftung gemäss Art. 185 OR beim Gattungskauf unter den genannten Bedingungen Anwendung findet.

Die anderen Antworten sind zutreffend. Antwort (1) entspricht dem Wortlaut von Art. 103 OR. Antwort (2) ist zutreffend. Gemäss Art. 185 Abs. 1 OR gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschluss des Vertrags auf den *Erwerber* über. Geht die Sache nach Vertragsschluss unter, so muss er den Kaufpreis bezahlen, obwohl er den Kaufgegenstand nicht erhält (*periculum emptoris*; BSK OR-Koller, Art. 185 N 1). Entsprechend haftet der Käufer für den Zufall in Gestalt der "Preisgefahr". Antwort (4) ist zutreffend. Siehe den Wortlaut von Art. 103 OR. Die vorliegende Hypothese geht davon aus, dass der Schuldner für den Verzug einzustehen hat. Somit kann sich der Schuldner nur noch exkulpieren, indem er darlegt, dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte. Um sich zu exkulpieren, muss der Schuldner entsprechend dartun, dass es am Kausalzusammenhang zwischen dem Verzug und dem Schaden fehlt (GSSE Rn. 2684).

FREITEXTFRAGEN

AUSGANGSSACHVERHALT

Carmen Cruz ist Physiotherapeutin mit eigener Praxis im Berner Länggassquartier. Sie ist schwergewichtig in der herkömmlichen Physiotherapie bei rheumatologischen, orthopädischen und internistischen Krankheitsbildern tätig. Daneben hat sie sich im Bereich "Physiotherapie in der Geriatrie" weitergebildet.

Am Freitag den 13. März 2020 erliess der Bundesrat die sogenannte Covid-Verordnung 2 (CovidV 2). Ab dem 17. März 2020 bestand ein weitgehendes Veranstaltungs- und Betriebsverbot, das aber gewisse Ausnahmen vorsah. Dazu gehörten die Einrichtungen von Gesundheitsfachpersonen nach Bundesrecht und kantonalem Recht, wozu auch die Physiotherapeutinnen und -therapeuten gehörten. Diese mussten allerdings die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) betreffend Hygiene und sozialer Distanz einhalten.

SACHVERHALT I

Obwohl das BAG das Tragen von Schutzmasken für die Gesundheitsfachpersonen zunächst nicht vorgeschrieben hatte, ist sich Carmen Cruz darüber im Klaren, dass sie für sich und ihre Patientinnen und Patienten dringend Schutzmasken braucht. Ihre Internet-Suche wird nach vielen erfolglosen Klicks ("Schutzmasken nicht mehr lieferbar") belohnt: Die Smart Health GmbH in Zurzach bietet auf ihrer Seite noch Masken an, und einige Modelle sind noch lieferbar. Carmen Cruz entscheidet sich für das Maskenmodell FPX 35 (entspricht DIN EN 14683). Nach einem aufreibenden Vormittag mit vielen Fragen, wenigen Antworten und aufkeimender Existenzangst klickt sie sich durch die Internetbestellung. Beim Feld "Anzahl" setzt sie die Zahl 200 ein. Sie denkt sich, dass 200 Masken fürs Erste reichen, denn damit hat sie bei einem wöchentlichen Verbrauch von 50 Masken für einen Monat genügend Vorrat. Sie wählt als Zahlungsart "Kreditkarte" und gibt dort ihre Daten (Physiopraxis Längasse, Seidenweg 63, 3012 Bern) ein. Ihre Bestellung wird auf dem Bildschirm noch einmal angezeigt. Ohne gross hinzuschauen klickt Carmen Cruz auf "Bestellung bestätigen". Auch die Bestätigung "Danke für Ihre Bestellung" klickt sie weg. Unmittelbar danach zeigt Ihr der Computer den Eingang einer neuen Mail an. Bei dieser handelt es sich um die Bestätigung der Smart Health GmbH über die Bestellung von 200 Schachteln à je 50 Schutzmasken des Typs FPX 35. Ihr erneuter Besuch auf der Internetseite der Smart GmbH zeigt: die Masken werden zwar als Einzelmuster gezeigt (um Ihre Eigenschaften zu verdeutlichen). Hingegen steht neben der Maske im Produkttitel: Schutzmaske Typ FPX 35 (50x) sowie in der Zeile darunter Box (50x) CHF 25 (CHF 0.5/Stk). Beim Bestellformular steht neben dem Eingabefeld "Anzahl" die Abkürzung "Bx" und nicht etwa die Abkürzung "Stk".

11. Ist der Vertrag zwischen Carmen Cruz und der Smart GmbH zustande gekommen? (4 Punkte)

Lösung

Ja, der Vertrag zwischen Carmen Cruz und der Smart GmbH **ist zustande gekommen**. Gemäss **Art. 1 Abs. 1 OR** ist zum Abschluss des Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Konsens). Der Konsens kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Im vorliegenden Fall hat Carmen Cruz gegenüber der Smart GmbH den Willen geäussert, 200 Hygienemasken zu erwerben. Die Smart GmbH hat gegenüber Carmen Cruz den Willen geäussert, 200 Schachteln Hygienemasken zu verkaufen. **Ein tatsächlicher Konsens liegt nicht vor. Hingegen besteht ein rechtlicher Konsens.** Nachdem die Smart GmbH auf der Internetseite die Hygienemasken in Schachteln anbietet und dies auch beim Bestellfeld so angegeben ist, kann sie nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass Carmen Cruz den Willen zum Kauf von 200 Schachteln geäussert hat. Dass es sich um eine Bestellung von insgesamt 10'000 Masken handelt, muss bei Ihr angesichts der Tatsache, dass die Bestellung von einer physiotherapeutischen Praxis ausgeht, keine Zwei-

fel wecken. Dies umso mehr, als es angesichts der Knappheit von Masken plausibel ist, dass grosse Mengen eingekauft werden. Im Ergebnis ist die Erklärung von Carmen Cruz gestützt auf das **Vertrauensprinzip** als Willensäusserung zum Kauf von 200 Schachtel zu verstehen. Der Vertrag über 200 Schachteln Hygienemasken ist zustande gekommen.

12. Gehen Sie davon aus, dass der Vertrag zustande gekommen ist. Welche der beiden Erklärungen bildet den Antrag und welche die Annahme? Welche Regel ist einschlägig und warum? (6 Punkte)

Lösung

Die **Bestellung** von Carmen Cruz bildet den **Antrag**, die **Bestellbestätigung** seitens der Smart GmbH bildet die **Annahme**. Einschlägig ist **Art. 7 Abs. 2 OR analog**. Nach dieser Bestimmung bildet die Versendung von Tarifen, Preislisten und dgl. an sich keinen Antrag. Demgegenüber gilt gemäss Art. 7 Abs. 3 OR die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag. Beide Absätze beziehen sich nicht auf die Anpreisung von Waren im Internet. Sie können mithin nur analog angewendet werden.

Die analoge Anwendung von Art. 7 Abs. 2 OR verdient den Vorzug. Die öffentliche Anpreisung von Waren unter Angabe eines Preises entspricht der Versendung von Katalogen und Preislisten. Demgegenüber ist die Regel von Art. 7 Abs. 3 auf die Auslage einer physisch greifbaren Ware ausgerichtet. Das zeigt sich auch daran, dass Waren, die als Attrappen oder als Abbildungen ausgestellt werden, nicht unter Art. 7 Abs. 3 OR fallen. Weiter zeigt es sich daran, dass mit zunehmender Distanz der Ware zum Geschäft die Antragswirkung abnimmt. Es geht einzig um den Einzelgegenstand, der ausgestellt ist, und der – so das Bundesgericht – unmittelbar ausgehändigt und mitgenommen werden kann.² Nur hier rechtfertigt sich die Bindungswirkung, die mit der Qualifikation als Antrag verbunden ist.³ Im Ergebnis ist also die Ausstellung der Masken auf der Internetseite der Smart GmbH kein Antrag, sondern eine *Einladung zur Offertenstellung*. Der Antrag erfolgt durch die Bestellung von Carmen Cruz und die Annahme erfolgt durch die Bestellbestätigung der Smart GmbH.

Hinweis: Dass Art. 7 Abs. 2 lediglich *analog* angewendet wird, wurde von den Studierenden des Einführungsstudiums nicht erwartet.

13. Carmen Cruz wird sich, falls sie am Vertrag nicht festhalten will, auf einen Willensmangel berufen und geltend machen, der Vertrag sei für sie unverbindlich (Art. 23 OR). Prüfen Sie Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 OR und begründen Sie,

² BGE 105 II 23 E. 1.

³ Siehe BK OR-MÜLLER, N 36, 39 und 72 zu Art. 7 OR; CR CO-MORIN, N 8 zu Art. 7 OR.

warum die von Ihnen geprüften Ziffern anwendbar/nicht anwendbar sind. (7 Punkte)

Lösung

Zu Ziff. 1: Diese Ziffer ist **nicht anwendbar**. Carmen Cruz wollte nicht einen anderen Vertrag eingehen als den, für den sie ihre Zustimmung erklärt hat. Carmen Cruz wollte die Schutzmasken des Modells FPPX 35 **kaufen** und sie hat ihre Zustimmung zum Kauf dieser Schutzmasken erklärt. Art. 24 Ziff. 1 zielt demgegenüber auf Fälle ab, in denen der Vertrag nach seinem gesamten Inhalt als ein *wesentlich anderer* zu qualifizieren ist als der geschlossene, also z.B. ein entgeltlicher Vertrag statt eines unentgeltlichen, ein Kaufvertrag statt ein Vertrag zur Lagerhaltung, ein Kauf statt einer Miete.

Zu Ziff. 2: Diese Ziffer ist **nicht anwendbar**. Der Wille von Carmen Cruz war nicht auf eine andere Person gerichtet (Irrtum über die Identität der Person), weshalb dieser Anwendungsbereich von vornherein entfällt. Ihr Wille war aber auch nicht auf eine andere Sache gerichtet. Sie wollte Schutzmasken des Typs FPPX 35 kaufen und diesen Willen hat sie auch erklärt. Dass die FPPX 35 in Schachteln zu 50 Stück verkauft werden, ändert ihre Identität nicht, zumal dafür keine Zusatzkosten anfallen (Einzelstück ist CHF 0.5, Schachtelpreis ist CHF 25). Der Irrtum betrifft die Eigenschaft der Ware und nicht ihre Identität. Der Irrtum über die Eigenschaft einer Sache beschlägt den Motivirrtum, der allenfalls als Grundlagenirrtum qualifiziert (Ziff. 4).

Zu Ziff. 3: Diese Ziffer ist **anwendbar**. Grundsätzlich kann der Erklärungsirrtum ein wesentlicher oder ein unwesentlicher sein. Nur der wesentliche Erklärungsirrtum macht den Vertrag einseitig unverbindlich. In Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 nennt der Gesetzgeber Beispiele für wesentliche Irrtumsfälle (GSSE Rn. 820 f.). Damit ein Irrtum unter Ziffer 3 fällt (*error in quantitate*), muss er sich auf den Umfang von Leistung und Gegenleistung beziehen und die Diskrepanz zwischen dem vom Irrenden gewollten und der irrtümlicherweise erklärten Leistung muss erheblich sein (BSK zu Art. 24 N 15).

Carmen Cruz hat eine Leistung von erheblich grösserem Umfang versprochen, als es ihr Wille war. Sie irrte sich über den Umfang von Leistung und Gegenleistung. Ihr Wille richtete sich auf eine Kaufpreisleistung von CHF 100 (200×0.5), erklärt hat sie eine Kaufpreisleistung von CHF 5'000 ($200 \times 0.5 \times 50$). Die Diskrepanz zwischen dem, was Carmen Cruz versprechen wollte (CHF 100.00) und dem, was sie versprochen hat (CHF 5'000.00) kann ohne weiteres als (subjektiv und objektiv) erheblich bezeichnet werden. Also ist Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR erfüllt.

Zu Ziff. 4: Diese Ziffer ist **nicht anwendbar**. Der Grundlagenirrtum ist ein qualifizierter Motivirrtum, er betrifft also den Beweggrund für den Vertragsschluss. Der Irrtum liegt also in der Willensbildung (also dem Auseinanderfallen zwischen Wille und Wirklichkeit), nicht in der Willenserklärung. Bei Carmen Cruz besteht kein Fehler in der Willensbildung: Sie wollte 200 Masken kaufen, und dieser Wille wurde nicht mangelhaft gebildet. Sie hat aber diesen Willen (in Anwendung des Vertrauensprinzips) falsch erklärt. Beim Grundlagenirrtum muss der Beweggrund (die Grundlage für die Willensbildung) einen Sachverhalt betreffen, der nach Treu und Glauben im

Geschäftsverkehr als eine *notwendige* Grundlage des Vertrages betrachtet werden kann. Bei einem Kaufvertrag geht es dabei im Wesentlichen um die zentralen Eigenschaften der Ware. Dass der Verkauf der FPPX 35 nicht einzelstückweise, sondern im 50er Pack erfolgt, ist zwar eine Eigenschaft, aber keine zentrale Eigenschaft. Sie bildet gemäss vorliegendem Sachverhalt weder subjektiv noch objektiv eine *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss. In subjektiver Hinsicht kann im vorliegenden Sachverhalt nicht gesagt werden, dass Carmen Cruz den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Carmen Cruz hätte den Vertrag abgeschlossen, wenn auch für eine geringere Anzahl an Schachteln. Erst recht fehlt es in objektiver Hinsicht an der *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss. Dass die an sich gewünschte Maske FPPX 35 einzelstückweise verfügbar ist, ist nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr keine notwendige Grundlage für den Vertragsabschluss. Dies jedenfalls dann, wenn es sich um Stückelungen handelt, die bei Schutzmasken üblich sind. Das ist hier der Fall: Schutzmasken werden häufig gebündelt in Packungen zu 50 (oder mehr) Stück verkauft.

14. Nachdem Sie die Bestellbestätigung gesehen und ihren Irrtum realisiert hat, ruft Carmen Cruz bei der Firma Smart Health GmbH an. Sie erklärt, sie habe 200 Masken für insgesamt CHF 100 kaufen wollen. Die Mitarbeitende des Kundendienstes hat Verständnis. Sie ist willens, die Bestellung von 200 Schachteln auf vier Schachteln zu reduzieren. Könnte Carmen Cruz darauf bestehen, dass die gesamte Bestellung annulliert wird? (3 Punkte)

Lösung

Nein, gemäss Art. 25 Abs. 2 OR muss der Irrende den Vertrag so gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt. Carmen Cruz hat den Vertrag so verstanden, dass sie 200 Masken zum Preis von CHF 0.5/Stück (CHF 100 gesamt) durch Kauf erwirbt. Falls die Smart Health GmbH erklärt, dass sie den Vertrag mit diesem Inhalt gelten lässt, so ist Carmen Cruz in diesem (neuen) Rahmen an den Vertrag gebunden.

SACHVERHALT II

Carmen Cruz hat in einem Teil ihrer (grosszügigen) Praxisräume auch ein Fitnessstudio eingerichtet. Die Nutzung erfolgt auf einer Abonnementsbasis, die Abonnemente werden jährlich gelöst und kosten CHF 365 Franken pro Jahr. Das Fitnesszentrum ist täglich von 7 bis 21 Uhr geöffnet. Am 16. März 2020 (in Kraft ab 17. März 2020) verschärft der Bundesrat die Covid 19-Massnahmen. Gemäss Art. 6 Abs. 2 CovidV 2 sind öffentlich zugängliche Einrichtungen für das Publikum geschlossen. Dazu gehören auch Fitnesszentren. Carmen Cruz befolgt (selbstverständlich) diese strafbewehrte Anordnung. Das Fitnesszentrum bleibt bis zur Aufhebung der Massnahme, also

bis am 11. Mai 2020, geschlossen. Shirin Blatter ist Abonnentin beim Fitnessclub. Sie hatte zuvor noch nie in einem Fitnesszentrum trainiert. Das Abonnement läuft (aufgrund fristgerechter Kündigung) per 31. Juni 2020 aus und sie wird es auch nicht verlängern, da sie erstens gemerkt hat, dass ihr ein Workout mit Maschinen keinen Spass macht und sie zweitens nach Lausanne zieht. Sie möchte für die Zeit, da das Fitnesszentrum geschlossen war, eine Reduktion des Abonnements *pro rata temporis*. Es handelt sich um insgesamt CHF 54 (unstreitig).

15. Erklären Sie, warum als Anspruchsgrundlage für die Forderung auf teilweise Rückerstattung der Abonnementskosten folgende Normen NICHT in Frage kommen: Nicht Art. 20 OR (Widerrechtlichkeit), nicht Art. 102 ff. (Verzug), nicht Art. 97 OR (verschuldete nachträgliche Leistungsunmöglichkeit). Erklären Sie, warum Art. 119 OR als Anspruchsgrundlage in Frage kommt. (7 Punkte)

Lösung

Keine Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR. Art. 20 OR regelt die Fälle eines widerrechtlichen Vertragsinhalts *bei Vertragsschluss*. Das trifft hier nicht zu. Der Fitnessvertrag an sich ist nicht widerrechtlich. Es wird nur die Erfüllung dieses Vertrags verboten.

Kein Verzug: Der Schuldnerverzug im Sinne von Art. 102 ff. setzt voraus, dass die Leistung noch möglich ist (keine Leistung trotz Leistungsmöglichkeit). Grundsätzlich ist eine spätere Nutzung der Fitnessräumlichkeiten noch möglich – im vorliegenden Fall dauerte die Schliessung zwei Monate. Allerdings handelt es sich beim Vertrag über die Nutzung eines Fitnesszentrums um einen befristeten Dauerschuldvertrag, der am 31. Juni 2020 endete. Leistungen, die während dieser Zeit nicht erbracht werden konnten, können nicht nachgeholt werden. Die Leistung ist mithin für diese Zeit unmöglich geworden, was den Verzug ausschliesst.

Keine verschuldete nachträgliche Leistungsunmöglichkeit. Die Leistung für die Zeit des Öffnungsverbots war gemäss obenstehenden Erwägungen unmöglich. Es handelt sich um eine rechtliche Unmöglichkeit (Verbot). Die Leistungsunmöglichkeit hat sich nach dem Vertragsschluss ereignet, weshalb es sich um eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit handelt. Hingegen wird Carmen Cruz nachweisen können, dass sie an der Leistungsunmöglichkeit keinerlei Verschulden trifft. Denn sie hat ein hoheitlich angeordnetes Schliessungsverbot zu befolgen.

Anwendung von Art. 119 OR. Nachdem Carmen Cruz an der Unmöglichkeit kein Verschulden trifft, handelt es sich um eine unverschuldete nachträgliche Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR.

Hinweis: Genau genommen handelt es sich um eine *analoge* Anwendung von Art. 119 OR. Mit Blick auf den Einjahresvertrag liegt nämlich lediglich eine Teilunmöglichkeit vor: Carmen Cruz kann ihre Leistung für rund zwei Monate nicht erbringen. Art. 119 OR regelt nur die gesamthafte Leistungsunmöglichkeit. Es fehlt mithin im Gesetz ei-

ne Regel für die unverschuldete nachträgliche Teilunmöglichkeit. Da es sich offensichtlich um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes handelt, ist diese Lücke mittels entsprechender Anwendung von Art. 119 OR zu schliessen (BSK OR-Wiegand zu Art. 119 N 13; GSSE 2604 ff.). Daher ist Art. 119 OR auf die Fälle der Teilunmöglichkeit *analog* anwendbar. Diese Differenzierung wurde von den Studierenden des Einführungsstudiums nicht erwartet.

SACHVERHALT III

Variante zum Sachverhalt II. Versetzen Sie sich in das Jahr 2018 (also weit vor der Corona-Krise) und gehen Sie von folgendem Sachverhalt aus: Shirin Blatter hat als Teil Ihrer Neujahrsvorsätze für den 1. Februar 2018 ein Fitness-Abo im Fitnesszentrum von Carmen Cruz gelöst. Nach sechs Monaten merkt Shirin Blatter, dass Fitness eigentlich gar nicht ihr Ding ist. Sie möchte ihr Abonnement daher kündigen. Beim Studium der AGB - welche ihr bei Vertragsschluss vorgelegen haben, die sie aber trotzdem nicht gelesen hatte - stellt sie fest, dass sie den Vertrag zwar auf das Ende eines jeden Abonnementsjahres kündigen kann, dass sie aber klar an eine Kündigungsfrist von 8 Monaten gebunden ist.

16. Kann eine Klausel, die einem zwar vorliegt, man aber nicht gelesen hat, Teil eines Vertrages werden? (2 Punkte)

Lösung

Ja, eine solche Klausel kann Vertragsbestandteil werden. Solange die übereinstimmenden (auch: stillschweigenden) Willenserklärungen dahin gehen, dass eine bestimmte Klausel Vertragsbestandteil sein soll, ist der dort geregelte Inhalt vom Konsens erfasst. Das gilt unabhängig davon, ob beide Parteien die Klausel tatsächlich gelesen haben. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Globalübernahme (GSSE Rn. 1128c).

17. Welches Argument wird Shirin Blatter vorbringen, wenn sie sich nicht an die Kündigungsfrist von 8 Monaten halten will? Argumentieren Sie zugunsten von Shirin Blatter. Sie können davon ausgehen, dass die Klausel nicht gegen zwingendes Recht verstösst. (5 Punkte)

Lösung

Shirin Blatter wird sich auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen. Sofern jemand AGB lediglich *global* übernimmt, werden nachteilige Klauseln, mit denen er nicht gerechnet hat und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, nach der (besagten) Un-

gewöhnlichkeitsregel nicht Vertragsbestandteil. Denn ein AGB-Verwender muss «nach dem Vertrauensgrundsatz» davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt».⁴

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine Klausel namentlich dann als ungewöhnlich betrachtet, wenn sie *subjektiv* und *objektiv* ungewöhnlich ist.

Die *subjektive* Ungewöhnlichkeit wird gemeinhin bejaht, wenn der betroffenen Person die *Branchenerfahrung* fehlt.⁵ In seiner neueren Rechtsprechung (die in der Vorlesung ausdrücklich erwähnt wird) hat das Bundesgericht allerdings präzisiert, dass auch bei *fehlender Branchenerfahrung* eine Klausel subjektiv ungewöhnlich sein kann. Es braucht sich also bei der betroffenen Person «nicht zwingend um eine schwächere oder unerfahrene Partei zu handeln. Auch eine stärkere, geschäfts- oder branchenerfahrene Partei kann von einer global angenommenen Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen *überrascht* werden und die Ungewöhnlichkeitsregel anrufen.»⁶ Für die subjektive Ungewöhnlichkeit genügt mithin nach der neueren Rechtsprechung der *subjektive Überraschungseffekt*. Die Branchenerfahrung der betroffenen Partei spielt nur insoweit eine Rolle, als je nachdem unterschiedlich hohe Anforderungen an die (subjektive) Ungewöhnlichkeit zu stellen sind.⁷ Im Ergebnis kann entweder *vorab* geprüft werden, ob es sich bei der betroffenen Person um eine schwache oder unerfahrene Gegenseite handelt, um *anschliessend* den (subjektiven) Überraschungseffekt zu prüfen, der in diesem Fall (Branchenunerfahrenheit) grundsätzlich zu bejahen ist. Oder es kann die subjektive Ungewöhnlichkeit unter Hinweis auf die fehlende Branchenerfahrung bejaht werden. Denn letzteres entspricht (noch) der bisherigen und langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts.

Bezüglich der *subjektiven* Ungewöhnlichkeit wird Shirin Blatter vorbringen, dass sie – wie im Sachverhalt erwähnt – erstmalig im Rahmen Ihrer Neujahrsvorsätze ein Fitnessabonnement gelöst und später gemerkt hat, «dass Fitness eigentlich gar nicht ihr Ding ist.» Es fehlt ihr daher an der *Branchenerfahrenheit* mit solchen Abonnements. Folglich kann sie geltend machen, dass sie von dieser Klausel überrascht wurde.

Die *objektive* Ungewöhnlichkeit wird bejaht, wenn die Klausel «objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Das ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Recht-

⁴ Statt vieler: BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412. Siehe auch *Gauch/Schluep/Schmid*, OR AT I, Rn. 1136.

⁵ Statt vieler: BGE 138 III 411 E. 3.1. S. 412.

⁶ BGer 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2.

⁷ *Gauch/Schluep/Schmid*, OR AT I, Rn. 1139b.

stellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.»⁸

Bezüglich der *objektiven* Ungewöhnlichkeit wird Shirin Blatter vorbringen, dass sie objektiv nicht damit rechnen musste, dass ein Vertrag mit einer Dauer von einem Jahr eine Kündigungsfrist von 8 Monaten enthält. Denn diese würde bedeuten, dass man kurz nach Beginn einer Vertragsperiode bereits entscheiden muss, ob man das Vertragsverhältnis auch im nächsten Vertragsjahr weiterführen will. Damit wird stark in die Rechtsstellung eines Abonnenten/einer Abonnentin eingegriffen. Entsprechend kann die Kündigungsfrist objektiv als ungewöhnlich bezeichnet werden und ist damit nicht Bestandteil des Vertrags geworden.

Dies ergibt sich auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In BGer 4A_475/2013 (teilweise publiziert in BGE 140 III 404; ausdrücklich besprochen in Vorlesung) hat das Bundesgericht eine automatische Verlängerungsklausel für ein Fitnessabonnement als nicht geschäftsfremd bezeichnet. Die Kündigungsfrist betrug im besagten Entscheid 3 Monate. Wenn im vorliegenden Fall eine Kündigungsfrist von 8 Monaten zu beurteilen ist, so spricht dies dafür, dass man sie als geschäftsfremd ansehen wird.

Weiterführender Hinweis (wurde von den Studierenden des Einführungsstudiums nicht erwartet): Für diese Lösung sprechen auch die anwendbaren Regeln des OR BT, die allerdings nicht Prüfungsstoff bilden. Bei einem Fitnessabonnement dürfte es sich um einen Innominatvertrag handeln, der sowohl miet- als auch auftragsrechtliche Elemente enthält. Gemäss Art. 266b OR können die Parteien mit einer Frist von drei Monaten auf einen ortsüblichen Termin, oder wenn es keinen Ortsgebrauch gibt, auf Ende einer sechsmonatigen Mietdauer kündigen. Auftragsrechtliche Vereinbarungen können zwingend von beiden Parteien jederzeit aufgelöst werden (Art. 404 Abs. 1 OR). Die achtmonatige Kündigungsfrist dürfte vor allem mit Blick auf eine übliche mietrechtliche Kündigungsfrist von 3 Monaten in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstyps fallen.

Korrekturhinweis: Eine Prüfung nach *Art. 8 UWG* kommt hier nicht in Frage, da gemäss Fragestellung davon auszugehen war, dass die Klausel nicht gegen zwingendes Recht verstösst. Der Verstoss gegen zwingendes Recht betrifft die *Inhaltskontrolle* von AGB-Klauseln. Zur Inhaltskontrolle gehört auch Art. 8 UWG.

⁸ Zuletzt BGer 4A_196/2019 vom 10. Juli 2019 E. 2.1 (wörtliches Zitat auch in den Vorlesungsfolien). So auch statt vieler: BGE 138 II 411 E. 3.1. S. 412.

18. Shirin Blatter hat im Fitnesszentrum ein Garderobenkästchen gemietet. Bisher hat sie dafür keinen Mietzins geleistet. Nach wie vielen Jahren verjährt die Forderung für die Miete des Garderobenkästchens? Was kann Carmen Cruz tun, um die Verjährung zu unterbrechen? (3 Punkte)

Lösung

Gemäss Sachverhalt handelt es sich beim Vertragsverhältnis zwischen Carmen Cruz und Shirin Blatter um einen Mietvertrag. Mietzinsforderungen verjähren gemäss Art. 128 Ziffer 1 nach fünf Jahren. Also verjährt die Mietzinsforderung für das Garderobenkästchen jeweils nach 5 Jahren ab Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR).

In Art. 135 OR sind die Unterbrechungsgründe der Verjährung genannt:

Art. 135 Ziffer 1 OR beschreibt, durch welche Handlungen der Schuldner die Verjährung unterbricht. Diese Bestimmung ist vorliegend nicht einschlägig. Denn Carmen Cruz ist Gläubigerin und nicht Schuldnerin von Shirin Blatter.

Einschlägig ist Art. 135 Ziff. 2 OR: Gemäss Art. 135 Ziffer 2 OR kann Carmen Cruz eine Schuldbetreibung einleiten, ein Schlichtungsgesuch stellen, vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht Klage oder Einrede erheben oder im Privatkonkurs Shirin Blatters eine Eingabe machen, um die Verjährung zu unterbrechen.

19. Der Proteindrinksieferant fährt vereinbarungsgemäss jeden Dienstag um 16 Uhr vor, um die neuen Proteinshakes zu liefern. Vertraglich vereinbart ist die Bezahlung vor Ort. Carmen Cruz hat ihr Portemonnaie in ihrer Wohnung vergessen und kann den Lieferanten daher nicht sofort bezahlen. Muss er ihr die Proteindrinks trotzdem überlassen? Nennen Sie die einschlägige Norm und begründen Sie Ihre Antwort. (5 Punkte)

Lösung

Gemäss Art. 82 OR muss, wer bei einem (vollkommen) zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.

Damit der Lieferant der Proteinshakes seine Leistung gestützt auf Art. 82 OR verweigern darf, müssen 4 Voraussetzungen erfüllt sein:⁹

⁹ Siehe zum Ganzen etwa *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, OR AT, Rn. 2207 ff.

1. Vollkommen zweiseitiger Vertrag: Der fragliche Vertrag, muss grundsätzlich ein synallagmatischer Vertrag sein. Beim Kaufvertrag handelt es sich um einen synallagmatischen Vertrag.

2. Fälligkeit der beidseitigen Forderungen: Damit der Lieferant gestützt auf Art. 82 OR seine eigene Leistung verweigern kann, muss dem Grundsatz nach sowohl seine eigene Forderung als auch jene des Schuldners fällig sein. Vorliegend besagt der Vertrag ausdrücklich, dass sowohl die Übergabe der Proteindrinks als auch die Bezahlung des Kaufpreises vor Ort erfolgen. Entsprechend sind beide Forderungen fällig.

3. Keine Partei ist vorleistungspflichtig: Der Lieferant darf seine Leistung nur verweigern, sofern sich nicht aus dem Vertrag oder der Natur entsprechender Verträge ergibt, dass er vorleistungspflichtig ist. Laut Vertrag hat Carmen Cruz die Proteinshakes vor Ort zu bezahlen. Der Lieferant übergibt ihr die Getränke bei dieser Gelegenheit. Damit ist keine der Parteien vorleistungspflichtig.

4. Angebot der eigenen Leistung durch den Gläubiger: Der Lieferant darf seine Erfüllung verweigern, sofern Carmen Cruz ihre eigene Leistung nicht schon erbracht hat oder aber anbietet. Den Kaufpreis für die Proteinshakes hat Carmen Cruz bisher noch nicht beglichen. Weil sie ihr Portemonnaie nicht bei sich trägt, kann sie ihre Leistung nicht vorliegend auch nicht anbieten. Entsprechend hat der Lieferant gestützt auf Art. 82 OR das Recht, seine Leistung zu verweigern (Einrede des nicht erfüllten Vertrags) und die Proteinshakes wieder mitzunehmen.

Damit muss der Lieferant Carmen Cruz die Proteindrinks nicht überlassen.

Hinweis: Eine andere Lösungsmöglichkeit liegt in Art. 214 OR. Diese Lösung stand nicht im Vordergrund, wurde aber bei gegebenen Voraussetzungen (Subsumtion, Nennung der Rechtsgrundlage etc.) mit der vollen Punktzahl bewertet.

20. Gleicher Sachverhalte wie Frage 19. Neue Frage: Carmen Cruz ist der Meinung, sie müsse die Proteindrinks gar nicht vor Ort bezahlen. Schliesslich gelte ja Art. 74 Abs. 2 Ziffer 1 OR. Hat sie recht? (2 Punkte)

Lösung

Gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziffer 1 OR sind Geldschulden an dem Orte zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat, *sofern nichts anderes vertraglich vereinbart wurde*. Das ergibt sich bereits aus Art. 74 Abs. 1 OR, wonach der Ort der Erfüllung durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt wird. Vorliegend hatten Carmen Cruz und der Proteinshake-lieferant allerdings vereinbart, dass Carmen Cruz die Proteinshakes vor Ort bezahlt. Die dispositive Gesetzesbestimmung von Art. 74 Abs. 2 Ziffer 1 OR wird damit durch eine vertragliche Abrede verdrängt. Carmen Cruz hat nicht recht.

ENDE DER PRÜFUNG