



---

<sup>b</sup>  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

Zivilistisches Seminar, Schanzeneckstrasse 1, Postfach 8573, CH-3001 Bern

**Rechtswissenschaftliche  
Fakultät**

Departement für Privatrecht

Zivilistisches Seminar

## **Fachprüfung im Privatrecht I**

### **vom 11. Juni 2010**

(Art. 12 Abs. 1 lit. a RSL RW)

Prof. Dr. Thomas Koller  
Ordinarius für Privatrecht und  
Sozialversicherungsrecht, unter  
Berücksichtigung des Steuerrechts

Tel: +41 (0)31 631 89 71  
Fax: +41 (0)31 631 89 75  
thomas.koller@ziv.unibe.ch  
www.ziv.unibe.ch

Prof. Dr. Thomas Koller  
Prof. Dr. Susan Emmenegger

## **„Bildstörungen“**

Fachprüfung im Privatrecht I vom 11. Juni 2010  
gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a RSL RW

Beide nachfolgenden Fälle sind zu bearbeiten. Die Ausführungen sind (mit ganzen Sätzen, nicht bloss mit Stichworten) zu begründen und soweit möglich mit den massgebenden Gesetzesartikeln zu belegen. Achten Sie auf eine saubere Subsumtionstechnik. Dort, wo Sie im Rahmen eines allfälligen bestehenden vernünftigen Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen trotzdem zu prüfen.

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung!). Die Zeit ist knapp: Beschränken Sie sich auf das Wesentliche!

---

### **Fall 1**

Ihre Klientin A ist begeisterte und talentierte Hobby-Malerin. In den Monaten Oktober und November 2009 kann sie in einem Möbelgeschäft im Stadtzentrum von Bern dreissig ihrer Bilder ausstellen. Anfangs Oktober führt sie eine Vernissage durch, zu der sie zahlreiche Freunde und Bekannte einlädt. Die zum Verkauf bestimmten Werke stossen dabei auf grosses Interesse der Besucherinnen und Besucher.

a) Besucher X interessiert sich an der Vernissage für das Bild Nr. 13 „Mandelbaum an der Riviera“ und einigt sich mit A über den Preis von Fr. 500.--. Er möchte das Bild gerne sofort mitnehmen, was aber zu seinem grössten Bedauern nicht geht, da die Gemäldeausstellung im Möbelgeschäft bis Ende November dauert und A während der ganzen Ausstellung dem Publikum alle Bilder zeigen möchte, um ihren Bekanntheitsgrad zu erhöhen. Als X anfangs Dezember 2009 vereinbarungsgemäss im Laden erscheint und das Bild gegen Barzahlung abholen will, muss ihm A mitteilen, dass ein Leitungsbruch im über dem Möbelgeschäft liegenden Coiffeursalon einen grossen Wasserschaden angerichtet habe. Dabei sei auch das Bild Nr. 13 zerstört worden.

Muss X den Kaufpreis bezahlen? Würde sich etwas ändern, wenn die Parteien vereinbart hätten, dass A das Bild dem X nach Hause bringt?

*(Allfällige Versicherungsansprüche oder Haftpflichtansprüche gegen Dritte sind bei der Beantwortung nicht zu berücksichtigen.)*

**5 Punkte**

b) Besucher Y interessiert sich an der Vernissage für das Bild Nr. 17 „Apfelblüte im Vinschgau“, welches Fr. 800.-- kostet. Er kommt mit A überein, dass diese ihm das Bild am Abend des 1. Dezember nach Hause bringen und gegen Barzahlung übergeben wird. Ende November sieht Y bei einer andern Ausstellung ein Bild einer Künstlerin, deren Stil ihm besser gefällt, weshalb er das Interesse an der „Apfelblüte im Vinschgau“ verliert. Da A am 1. Dezember bereits anderweitig völlig ausgelastet ist, findet sie keine Zeit, dem Y das (vom Wasserschaden nicht betroffene) Bild wie vereinbart zu liefern. Am andern Morgen teilt Y der A per E-Mail mit, dass er das Bild nicht mehr wolle. A entschuldigt sich ebenfalls per E-Mail umgehend für die Verzögerung und anbietet sich, dem Y das Bild noch am gleichen Abend zu bringen. Y lehnt dies jedoch ab mit der Begründung, er sei nicht mehr verpflichtet, das Bild entgegenzunehmen und zu bezahlen. Dennoch erscheint A am Abend des 2. Dezember bei Y zu Hause, bietet das Bild an und verlangt Bezahlung, was Y jedoch erneut ablehnt.

Muss Y den Preis bezahlen?

**5 Punkte**

## Fall 2

P ist Inhaber eines Geschäfts für Unterhaltungselektronik. Im Frühling 2010 kauft Ihr Klient M bei ihm einen modernen Fernseher mit Flachbildschirm zum Preis von Fr. 6'500.--, den er sofort nach Hause mitnimmt und an seinen Satellitenempfänger anschliesst. Die Freude ist allerdings nur von kurzer Dauer. Denn nach nur zwei Wochen treten an einem Samstagabend mitten in der Übertragung eines spannenden Sportanlasses erhebliche Farbstörungen und ein starkes Bildflimmern auf. Plötzlich gibt auch der Satellitenempfänger

ger seinen Geist auf. Am Montagmorgen bringt M den Fernseher ins Geschäft von P, weist auf das Geschehene hin und fragt, was man tun könne. P erklärt ihm, defekte Unterhaltungselektronik werde – für den Kunden selbstverständlich unentgeltlich – an den Hersteller zur Reparatur gesandt; ein Umtausch oder eine Rückzahlung des Kaufpreises sei daher ausgeschlossen. Die Reparatur würde ungefähr drei Wochen beanspruchen. Zudem sei er für den Ausfall des Satellitenempfängers nicht verantwortlich. Daraufhin meint M, das lasse er sich nicht bieten, und nimmt das Gerät wieder mit nach Hause. Noch am selben Tag verlangt er von P mit eingeschriebenem Brief die Rückzahlung des Kaufpreises und Schadenersatz für den Satellitenempfänger. P lehnt dies mit der Begründung ab, aufgrund seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) habe der Kunde nur Anspruch auf Reparatur eines defekten Gerätes; für mehr habe er (P) nicht einzustehen. M seinerseits stützt seine Ansprüche auf Rat eines befreundeten Juristen ausdrücklich auf Art. 184 ff. OR.

Die AGB, auf welche sich P beruft, befinden sich auf seiner Website. Auf dem Kaufvertragsformular, das M unterzeichnet hat, steht unmittelbar vor der Zeile für die Unterschrift der (drucktechnisch nicht hervorgehobene) Hinweis „Im Übrigen gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese können unter [www.p.com](http://www.p.com) eingesehen werden“ Ungefähr in der Mitte dieser AGB, die zahlreiche Bestimmungen umfassen, findet sich folgende (optisch nicht hervorgehobene) Klausel: „Der Verkäufer gewährt während eines Jahres volle Fabrikgarantie. Weitere Ansprüche sind ausgeschlossen.“ M hat diese AGB seinerzeit nicht gelesen.

1. Falls angenommen wird, die AGB seien *nicht Vertragsbestandteil* geworden: Kann M *gestützt auf Art. 184 ff. OR* die Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Fernsehers verlangen?

**4 Punkte**

2. Falls angenommen wird, die AGB seien *nicht Vertragsbestandteil* geworden: Kann M *gestützt auf Vertrag* Schadenersatz für den Satellitenempfänger verlangen, wenn sich herausstellen sollte, dass dessen Beschädigung auf einen Fabrikationsfehler des gekauften Fernsehers zurückzuführen ist, den P nicht entdecken konnte?

(Allfällige deliktische Ansprüche sind nicht zu prüfen.)

**6 Punkte**

3. Falls angenommen wird, die AGB seien *kraft Globalübernahme Vertragsbestandteil* geworden: Wie ist die erwähnte AGB-Klausel nach Ihrer Einschätzung zu verstehen (d.h. schliesst sie eine Rückzahlung des Kaufpreises und Schadenersatzansprüche des Käufers aus)?

*(Hier bitte keine Ausführungen zur Ungewöhnlichkeitsregel!)*

**4 Punkte**

4. Falls angenommen wird, die AGB seien *kraft Globalübernahme Vertragsbestandteil* geworden und die erwähnte AGB-Klausel schliesse eine Rückzahlung des Kaufpreises und Schadenersatzsprüche des Käufers aus: Erachten Sie die Tatbestandsvoraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel als erfüllt?

**6 Punkte**

**Viel Erfolg!**

## Lösungsskizze

### Fall 1

a) Dass zwischen X und A ein *gültiger Kaufvertrag* zustande gekommen ist, ist offenkundig. A wäre daher grundsätzlich verpflichtet, X das verkaufte Bild auszuhändigen, ist dazu aber infolge *nachträglicher objektiver Unmöglichkeit* nicht mehr in der Lage.

Da der Untergang des Bildes auf *höherer Gewalt* beruht, hat ihn A nicht zu vertreten. Grundsätzlich müsste daher Käufer X den Kaufpreis bezahlen, da er die *Preisgefahr* trägt. Denn bei einem Spezialeskauf geht die Gefahr mit Vertragsschluss auf den Erwerber über, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen (Art. 185 Abs. 1 OR). Eine abweichende vertragliche Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Immerhin könnten in *casu besondere Verhältnisse* vorliegen. Es lag im ausschliesslichen Interesse von A, dass das Bild – wie alle andern Bilder auch – noch bis Ende November im Möbelgeschäft ausgestellt bleiben konnte, während Käufer X das Bild sofort nach Vertragsschluss mitnehmen wollte. Da A auf diese Weise ihren Bekanntheitsgrad als Künstlerin zu steigern hoffe, wäre es durchaus sachgerecht, sie auch die Preisgefahr bis zur Übergabe des Bildes an X tragen zu lassen. Ob die Gerichte im Streitfall dieser Auffassung folgen würden, lässt sich allerdings kaum prognostizieren.<sup>1</sup>

*Korrekturbemerkung:* Welche Auffassung hier vertreten wurde, spielte keine Rolle. Massgebend für die Bewertung waren die Gedankenführung und die Argumentationsweise.

Wenn A versprochen hat, dem X das Bild nach Beendigung der Ausstellung nach Hause zu bringen, handelt es sich um eine *Bringschuld*. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>2</sup> und wohl herrschender Lehre<sup>3</sup> liegt die Preisgefahr bei der Vereinbarung einer

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu aber immerhin BGE 128 III 370 E. 4c S. 374, wo das Bundesgericht andeutet, eine Ausnahme von der Preisgefahrregel von Art. 185 Abs. 1 OR wäre denkbar, wenn primär der Verkäufer ein Interesse daran gehabt habe, die Sache dem Käufer nicht unmittelbar nach Vertragsschluss zu übergeben. Ebenso HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. Bern 2006, S. 52, und ALFRED KOLLER, Art. 185 N 38, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Aufl. Basel 2007, je m.Nw.

<sup>2</sup> BGE 84 II 158 (Fall Barambon).

Bringschuld bis zum Eintreffen der Sache am Erfüllungsort (hier also am Domizil von X) bei der Verkäuferin. Diesfalls ist das Kriterium der *besonderen Verhältnisse* auf jeden Fall erfüllt.<sup>4</sup> X müsste daher den Kaufpreis nicht bezahlen.

b) Zwischen Y und A ist ein *Kaufvertrag* zustande gekommen. Dabei haben die Parteien mit der Abrede, A werde das Bild am Abend des 1. Dezember dem Y nach Hause bringen, einen *Verfalltag* vereinbart. Da A das Bild am vereinbarten Termin nicht liefert, gerät sie ohne Mahnung in *Schuldnerverzug* (Art. 102 Abs. 2 OR). Die übrigen Verzugsvoraussetzungen sind ohne weiteres erfüllt: Die Lieferung ist noch möglich, die Leistung ist am Verfalltag fällig und verzugsausschliessende Gründe bestehen nicht.

Die Erklärung von Y, er wolle das Bild nicht mehr und sei nicht mehr zur Bezahlung verpflichtet, ist als *Rücktritt vom Vertrag* nach Art. 109 OR zu interpretieren. Zum Vertragsrücktritt ist er jedoch nur berechtigt, nachdem er seiner Schuldnerin A eine *angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung* angesetzt und die Verkäuferin bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt hat (Art. 107 OR). Eine solche Nachfrist ist bloss dann nicht erforderlich, wenn einer der Tatbestände von Art. 108 OR erfüllt ist. In Frage käme im vorliegenden Fall einzig der Tatbestand von Art. 108 Ziff. 3 OR. Nach dieser Bestimmung kann auf die Nachfristansetzung verzichtet werden, wenn sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen soll (*relatives Fixgeschäft*). A und Y haben zwar einen genauen Leistungstermin – den Abend des 1. Dezember – vereinbart. In einer solchen (Verfalltags-)Vereinbarung unter Privaten kann indessen nicht leichthin auch eine Fixgeschäftabrede erblickt werden. Die Fixgeschäftabrede „...setzt eine schärfere Präzisierung als nur die Festlegung eines bestimmten Verfalltages voraus und kann sich insbesondere aus Klauseln wie ‚spätestens‘, ‚genau‘, ‚nicht später als ...‘ etc. ergeben“<sup>5</sup>. Letztlich ist auf dem *Auslegungsweg* zu ermitteln, ob die Parteien einer Verfalltagsvereinbarung ein derart grosses Gewicht beilegen wollten, dass bei einer Lieferverzögerung eine Nachfristansetzung entbehrlich werden soll. Die Einhaltung des Erfüllungstermins muss nach dem Wil-

---

<sup>3</sup> HONSELL (Fn. 1), S. 53; BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 1), Art. 185 N 26 und N 44; THOMAS KOLLER, in: Thomas Koller/Ivo Schwander, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, St. Gallen 2004, S. 417, m.Nw.

<sup>4</sup> BGE 84 II 158 E. 1b S. 161 f.; TH. KOLLER (Fn. 3), S. 417.

<sup>5</sup> INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Bern 2009, Rz. 66.21.

len der Parteien zu den wesentlichen Vertragspunkten gehören.<sup>6</sup> Im vorliegenden Fall ist nun aber nicht ersichtlich, dass Y bei Vertragsschluss ein derart eminentes Interesse an der Pünktlichkeit der Lieferung des Bildes gehabt hätte.

Der von Y ohne Nachfristansetzung erklärte Vertragsrücktritt war daher unwirksam. Am Abend des 2. Dezember bietet A das Bild zwar verspätet, aber sonst gehörig an und beendet damit ihren Schuldnerverzug. Gleichzeitig gerät Y mit der Weigerung, das Bild anzunehmen und – trotz ausdrücklicher Aufforderung von A – zu bezahlen, in *Zahlungsverzug*.<sup>7</sup> Y ist somit (weiterhin) zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

*Korrekturbemerkung:* Der Umstand, dass Y am Bild nicht mehr interessiert ist, vermag den Ausnahmetatbestand von Art. 108 Ziff. 2 OR nicht zu begründen. Gemäss Art. 108 Ziff. 2 OR *muss der Interessewegfall eine Folge des Verzugs sein*.<sup>8</sup> Dies trifft hier nicht zu, hat doch Y das Interesse am Bild aus einem ganz andern Grund verloren.

## Fall 2

1. In casu steht ausser Zweifel, dass M und P einen wirksamen *Kaufvertrag* geschlossen haben. Fraglich ist aber, ob M das Recht zur *Wandelung* nach Art. 205 und Art. 208 OR zusteht.

*Korrekturbemerkung:* Gemäss Aufgabenstellung war zu prüfen, ob M Ansprüche aus Art. 184 ff. OR zustehen. Ausführungen zu einem allfälligen Grundlagenirrtum waren daher überflüssig. Zudem könnte sich M nicht mehr auf Grundlagenirrtum berufen, weil er in seiner Korrespondenz – gestützt auf den Rat eines befreundeten Juristen – ausdrücklich vertragliche Ansprüche geltend gemacht und damit den allenfalls willensmängelbehafteten Vertrag genehmigt hat.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> WOLFGANG WIEGAND, Art. 108 N 5, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Aufl. Basel 2007.

<sup>7</sup> Und in Bezug auf das Bild selber gleichzeitig in Annahmeverzug (Art. 211 OR).

Ob der Annahmeverzug des Käufers einen Schuldnerverzug oder einen Gläubigerverzug darstellt, ist im vorliegenden Fall ohne Belang (vgl. zu dieser Problematik etwa BSK OR I-A. KOLLER [Fn. 1], Art. 211 N 4 ff.; HONSELL [Fn. 1], S. 47 f., je m.Nw.).

<sup>8</sup> Dazu auch BSK OR I-WIEGAND (Fn. 6), Art. 108 N 3 f.

<sup>9</sup> BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f.; 129 III 18 E. 2.3 S. 23.

Bei einem Gattungskauf wäre zudem Grundlagenirrtum auch deshalb nicht zu prüfen, weil dort die Schlechtlieferung keinen Willensmangel darstellen kann.<sup>10</sup> Ob es sich in casu um einen Gattungskauf oder um einen Speziaukauf handelt, lässt sich aufgrund des knappen Sachverhalts allerdings kaum verlässlich beurteilen. Da hier aus den oben dargelegten Gründen Grundlagenirrtum auf jeden Fall nicht zu prüfen war, kann diese Frage aber offen bleiben.

Dass der Kaufgegenstand einen *Mangel* gemäss Art. 197 OR aufweist, lässt sich kaum bestreiten. Wer einen neuen Fernseher bei einem Händler kauft, darf voraussetzen, dass er korrekt funktioniert, insbesondere also keine erheblichen Farbstörungen und kein starkes Bildflimmer aufweist. Gebricht es wie im vorliegenden Fall daran, so weist der Fernseher einen Mangel auf, der dessen Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder jedenfalls erheblich mindert. Theoretisch kann zwar aus dem Umstand, dass ein elektronisches Gerät zwei Wochen nach der Lieferung nicht mehr richtig funktioniert, nicht zwingend darauf geschlossen werden, dass der Grund dafür bereits im *Zeitpunkt des Gefahrübergangs* vorhanden war. Immerhin besteht aber für einen solchen Zusammenhang eine hohe Wahrscheinlichkeit, was genügen muss. Zudem wird die Mangelhaftigkeit des Fernsehers von P in Bezug auf das Bildflimmern und die Farbstörungen auch gar nicht bestritten.

Die Mängelrüge hat M rechtzeitig erhoben. Der Mangel am Fernseher trat erst zwei Wochen nach dem Kauf an einem Samstagabend auf und konnte von M gar nicht früher entdeckt werden. Es handelt sich somit um einen *verdeckten Mangel* (Art. 201 Abs. 3 OR). Mit der Reklamation am Montagmorgen (mithin am nächsten Arbeitstag) hat M *sofort nach der Entdeckung* die erforderliche Anzeige gemacht.

Damit kann M den Kaufvertrag mit einseitiger Erklärung wandeln, was er denn auch noch am gleichen Tag mit eingeschriebenem Brief getan hat. Ein Risiko, dass der Richter bloss auf Minderung erkennen würde (Art. 205 Abs. 2 OR) besteht kaum, denn die im Sachverhalt beschriebenen Störungen sind derart gravierend, dass dem Käufer nicht zugemutet werden kann, den Fernseher zu behalten. Demgemäss kann M – Zug um Zug gegen Rückgabe des Fernsehers – den *Kaufpreis samt Zins* zurückverlangen (Art. 208 Abs. 1 OR). Im Gegenzug schuldet M dem P eine *Nutzungsentschädigung* (Art. 208 Abs. 1 OR), die allerdings für die bloss zweiwöchige Nutzung des Geräts bescheiden ausfallen dürfte.

---

<sup>10</sup> BGE 94 II 26 E. 1 S. 26; in BGE 133 III 335 (4C.300/2006) nicht publizierte E. 5.3; THOMAS KOLLER, Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung, AJP 2007 S. 1183 ff., spez. S. 1192, m.Nw.

2. Wenn der Käufer wie hier von seinem Recht auf Wandelung Gebrauch macht, stehen ihm nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR auch *Schadersatzansprüche* zu. Ein solcher Ersatzanspruch setzt voraus, dass der Käufer eine *unfreiwillige Vermögenseinbusse* erlitten hat und dass zwischen dem Mangel an der Kaufsache und dem geltend gemachten Schaden ein *natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang* besteht. Eine Vermögenseinbusse, bestehend im Wert des defekten Satellitenempfängers, steht hier ausser Frage. Dass der Defekt am Satellitenempfänger vom Fernseher verursacht worden ist (natürliche Kausalität), ist gemäss Aufgabenstellung als erwiesen zu betrachten. Auch die Adäquanz bietet keine Probleme; der Fabrikationsfehler war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den entsprechenden Erfolg herbeizuführen.<sup>11</sup>

Heikel ist dagegen ein anderer Punkt. Gemäss Art. 208 OR hat der Verkäufer für durch die Lieferung fehlerhafter Ware *unmittelbar verursachte Schäden* auch ohne Verschulden einzustehen (Abs. 2 OR), während er den *weiteren Schaden* nur zu ersetzen hat, wenn er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Abs. 3). Da Verkäufer P gemäss Sachverhalt den Defekt des Gerätes nicht entdecken konnte, wird ihm dieser Exkulpationsbeweis gelingen. Anders würde es sich nur verhalten, wenn man den Hersteller des Fernsehers als Hilfsperson des Verkäufers bei der Erfüllung des Kaufvertrages gegenüber dem Käufer betrachten würde. Die herrschende Lehre lehnt es jedoch – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – bei Kettenverkäufen ab, den Lieferanten als Hilfsperson des Zwischenhändlers gegenüber dem Käufer zu qualifizieren.<sup>12</sup>

Damit ist im vorliegenden Fall entscheidend, ob die Kosten für den Kauf eines neuen Satellitenempfängers, welche M ersetzt haben will, einen unmittelbaren oder einen mittelbaren Schaden darstellen. Das Bundesgericht stellt bei dieser Abgrenzung auf *die Länge der Kausalkette zwischen dem den Schaden auslösenden Mangel und dem eingetretenen Schaden selber ab*.<sup>13</sup> Ein unmittelbarer Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR liegt demnach vor, wenn er innerhalb der Kausalkette direkt durch die Lieferung fehlerhafter Ware und

<sup>11</sup> Siehe zur Adäquanzformel des Bundesgerichts etwa BGE 123 III 110 E. 3a S. 112, m.Nw.

<sup>12</sup> BSK OR I-WIEGAND (Fn. 6), Art. 101 N 7 und N 9, m.Nw.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl. Zürich 2008, N 3067 f.

<sup>13</sup> BGE 133 III 257 E. 2.5.4 S. 271.

nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Schadenursachen verursacht wurde. Wo im Einzelfall die Abgrenzung vorzunehmen ist, beurteilt sich nach richterlichem Ermessen.<sup>14</sup>

In casu steht ein *Mangelfolgeschaden* zur Diskussion. Im sogenannten Papageien-Fall hat das Bundesgericht einen Mangelfolgeschaden, resultierend aus dem Verlust des ganzen Papageienbestandes des Käufers als Folge einer Virusansteckung durch die gekauften Papageien, als unmittelbaren Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR qualifiziert. Diese (in der Literatur z.T. kritisierte<sup>15</sup>) Rechtsprechung lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Auch hier dürfte es sich wohl um einen unmittelbaren Schaden handeln, ist doch (soweit ersichtlich) zwischen dem Mangel am Fernseher und dem am Satellitenempfänger entstandenen Schaden keine weitere Ursache dazwischengetreten. P hat daher Schadenersatz zu leisten, auch wenn er sich in Bezug auf den Sachmangel am Fernseher exkulpieren kann. Ob die zuständigen Gerichte das ihnen zustehende Ermessen ebenfalls in diesem Sinne ausüben würden, lässt sich allerdings nicht mit Sicherheit vorhersagen.

*Korrekturbemerkung:* Die gegenteilige Auffassung ist daher selbstverständlich ebenfalls vertretbar. Für die Bewertung massgebend war die Gedankenführung.

3. P will die umstrittene AGB-Klausel dahingehend verstanden wissen, dass der Kunde nur Anspruch auf Reparatur eines mangelhaften Gerätes durch den Hersteller hat, unter Ausschluss aller Sachmängelgewährleistungsansprüche des Käufers gegen ihn als Verkäufer. Ob M diese Klausel bei Vertragsschluss auch so verstanden hat, lässt sich im Nachhinein nicht eruieren. Die Tragweite der fraglichen Klausel ist daher durch *Auslegung* zu ermitteln. Dabei ist zu prüfen, wie M als redlich denkender Mensch die Vertragsbestimmung nach Treu und Glauben verstehen durfte. Führt die Auslegung nach *Vertrauensprinzip* zu keinem Resultat, so kommt die *Unklarheitsregel* zur Anwendung. Nach dieser Regel ist eine AGB-Klausel im Zweifel gegen den AGB-Verwender, hier also gegen P, zu interpretieren (in dubio contra stipulatorem).

Die von P angerufene Klausel ist sehr knapp formuliert. Man wird aus dem ersten Satz („volle Fabrikgarantie“) auf jeden Fall ableiten dürfen, dass dem Käufer vertraglich ein

<sup>14</sup> BGE 133 III 257 E. 3.2 S. 272.

<sup>15</sup> Vgl. zum Papageien-Fall etwa THOMAS COENDET, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht 2008 S. 15 ff.; HEINRICH HONSELL, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts, recht 2007 S. 154 ff.; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung, ZBJV 2007 S. 763 ff.; ALFRED KOLLER, Bemerkungen zur Haftung nach

*Nachbesserungsrecht* eingeräumt wird (das ihm von Gesetzes wegen nicht zusteht). Dies wird von P auch gar nicht bestritten. Als *Ausschluss aller gesetzlichen Gewährleistungsansprüche* wird man den ersten Satz allein aber nicht deuten können. Ein solches Auslegungsergebnis liesse sich erst zusammen mit dem zweiten Satz („Weitere Ansprüche sind ausgeschlossen“) vertreten. Dieser Satz steht allerdings in einem gewissen Widerspruch zum ersten. Denn die Wendung „volle Fabrikgarantie“ erweckt beim Durchschnittskäufer – wie das Bundesgericht im Nockenwellen-Fall zutreffend festgehalten hat – den Eindruck, „... nach allen Richtungen besonders gut gesichert zu sein.“ Die anschliessende Bemerkung, weitergehende Ansprüche seien ausgeschlossen, sei zu allgemein gehalten, als dass sie den Käufer auf den Gedanken bringen müsste, damit seien seine gesetzlichen Ansprüche, insbesondere die Wandelung, ausgeschlossen.<sup>16</sup> Denkbar wäre es, die Fabrikgarantie dahingehend zu verstehen, dass der Käufer den Kaufvertrag nicht sofort wandeln kann, sondern dem Verkäufer zuerst die Möglichkeit einräumen muss, den Fernseher durch den Hersteller reparieren zu lassen, und dass das Recht zur Wandelung erst bei verweigerter oder misslungener Nachbesserung (oder bei einer unzumutbar langen Nachbesserungsfrist) entsteht. Die fragliche Klausel insgesamt ist aber wohl nicht hinreichend klar formuliert, um dem Käufer seinen (gesetzlichen) Anspruch auf Wandelung definitiv zu nehmen. In noch stärkerem Masse dürfte dies für den Anspruch auf Schadenersatz gelten, da ein Verzicht auf den Schadenersatzanspruch für den Käufer besonders schwer ins Gewicht fällt. Ob die Gerichte im Streitfall dieser Auffassung folgen würden, lässt sich allerdings nicht abschätzen.

*Korrekturbemerkung:* Welche Auffassung die Studierenden vertraten, war für die Bewertung nicht von Belang. Massgebend waren die Gedankenführung und die Argumentationsweise.

4. Die Ungewöhnlichkeitsregel setzt voraus, dass *kumulativ* die drei folgenden Tatbestandselemente erfüllt sind. (1.) Der Gegner des AGB-Verwenders muss schwach oder unerfahren sein. Sodann muss die fragliche Klausel (2.) subjektiv und (3.) objektiv ungewöhnlich sein.

---

Art. 208 Abs. 2 OR, in: Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, hrsg. von Wolfgang Wiegand/Thomas Koller/Hans Peter Walter, Bern 2009, S. 375 ff.

<sup>16</sup> BGE 91 II 344 E. 2b S. 348 f.

Das Tatbestandselement der *Schwäche* oder *Unerfahrenheit* dürfte in casu erfüllt sein. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass M im Umgang mit solchen AGB-Klauseln erfahren gewesen wäre. Allerdings ist der Sachverhalt in dieser Hinsicht lückenhaft. Sollten nähere Abklärungen ergeben, dass M Erfahrung im Umgang mit solchen Klauseln hat, wäre alternativ zu prüfen, ob M als „schwach“ im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten könnte. Dies wäre dann der Fall, wenn er entweder in wirtschaftlicher Hinsicht im Vergleich zu P als schwach zu betrachten wäre (was nicht sehr realistisch sein dürfte) oder wenn er gezwungen gewesen wäre, die AGB zu akzeptieren, weil er andernfalls kaum einen Vertragspartner gefunden hätte.<sup>17</sup> Für die Beurteilung dieser Gesichtspunkte wären weitere Informationen erforderlich.

Das Kriterium der *subjektiven Ungewöhnlichkeit* ist jedenfalls dann problemlos, wenn M unerfahren sein sollte. Die subjektive Ungewöhnlichkeit bestimmt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der AGB-Verwender kann nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln zustimmt.<sup>18</sup> P hat M bei Vertragsschluss nicht auf diese Klausel aufmerksam gemacht und für M ist die Klausel *überraschend*. Dies gilt umso mehr, als sich die fragliche Klausel in der Mitte umfangreicher AGB befindet und optisch nicht hervorgehoben ist.

Schwierigkeiten verursacht indessen das letzte Tatbestandselement. *Objektive Ungewöhnlichkeit* liegt vor, wenn eine Klausel *geschäftsfremd* ist; unerheblich ist dagegen, ob eine Klausel branchenüblich ist. Geschäftsfremd sind Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Ausmass aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen.<sup>19</sup> Der Ausschluss des Wandelungsrechts gegen Einräumung eines Nachbesserungsrechts ist für sich genommen nicht geschäftsfremd. Problematisch wäre nur ein definitiver Ausschluss des Wandelungsrechts auch für den Fall, dass die Nachbesserung nicht angeboten wird oder fehlschlägt. Das steht hier aber nicht zur Diskussion, da M dem P keine Gelegenheit eingeräumt hat, den Fernseher dem Hersteller zuzusenden. Ebenfalls problematisch ist möglicherweise der vollständige Ausschluss von Schadenersatzansprüchen. Allerdings lässt das Gesetz die Wegbedingung von Gewährleistungsansprüchen unter Beachtung der Arglistschranke – und damit auch

---

<sup>17</sup> Vgl. zum Kriterium der Schwäche im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 109 II 452 E. 5a S. 457.

<sup>18</sup> BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7.

den Ausschluss von Schadenersatzansprüchen – grundsätzlich zu (Art. 199 OR). An einer solchen Wegbedingung kann insbesondere ein Zwischenhändler wie P, der sich gleichsam im „Sandwich“ zwischen den Herstellern der von ihm verkauften Produkte und seinen Kunden befindet, ein verständliches Interesse haben. Die Stellung des Käufers wird mit dieser Regelung zwar massiv geschwächt, aber ob damit der Vertragscharakter wesentlich geändert wird, ist fraglich. Daher ist zumindest zweifelhaft, ob die Gerichte im Streitfall das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit als erfüllt ansehen würden.

*Korrekturbemerkung:* Massgebend war wiederum nicht, welche Auffassung die Studierenden vertraten. Auch hier wurde für die Bewertung nur auf die Gedankenführung und die Argumentationsweise abgestellt.

---

<sup>19</sup> BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; grundlegend bereits 109 II 452 E. 5b S. 458.

## Bemerkungen

### I. Allgemeines

Die Anfängerklausur vom 11. Juni 2010 hatte mehrere Problemkreise zum Gegenstand, die in den ersten beiden Semestern des Jusstudiums an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern in den Vorlesungen und Übungen einlässlich behandelt wurden. Mit den verschiedenen Aufgaben wurde bezweckt, den Stoff des Einführungsstudiums im Privatrecht I angemessen abzudecken. Bei den einzelnen Aufgaben ging es (aus didaktischen Gründen) darum, *gezielt bestimmte Problemkreise* abzuprüfen. Deshalb musste die Fragestellung zum Teil so formuliert werden, dass Gesichtspunkte, welche an sich auch noch interessant und relevant gewesen wären, klar von der Prüfung ausgeschlossen waren. So hatte z.B. Frage 1 von Fall 2 die kaufrechtliche Wandelung im Visier. Mit der Formulierung „gestützt auf Art. 184 ff. OR“ sollte verhindert werden, dass ein Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) untersucht wird. Bei Frage 2 von Fall 2 wurde ausdrücklich betont, deliktische Ansprüche seien nicht zu prüfen, weil hier eine Auseinandersetzung mit Art. 208 Abs. 2 und Abs. 3 OR und nicht mit Art. 41 ff. OR erwartet wurde.<sup>20</sup>

Die Prüfung wies insgesamt keinen hohen Schwierigkeitsgrad auf. Daher hätte eigentlich eine nicht allzu hohe Zahl von ungenügenden Arbeiten erwartet werden dürfen. Dennoch waren 93 von 330 Klausuren der ordentlichen Jus-Studierenden (28,18 %) ungenügend. Damit ist zwar die Quote der ungenügenden Arbeiten etwas niedriger als im letzten Jahr, aber im Grunde ist sie immer noch erstaunlich hoch. Diesen schlechten Klausuren stehen erfreulicherweise 118 (35,76 %) gute und sehr gute Arbeiten (Note 5 und höher) gegenüber, darunter 19 Arbeiten mit der Höchstnote 6. Insgesamt bewegte sich der Notendurchschnitt mit 4,30 bei den Hauptfachstudierenden etwas über dem Niveau des Vorjahres. Noch leicht höher lag der Notendurchschnitt der 21 Minor-Studierenden mit 4,36.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Dass bei Fall 2 Käufer M gegen den Hersteller des Fernsehers einen Schadenersatzanspruch aus Produkthaftpflichtrecht hat (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG), liegt auf der Hand. In der Praxis würde er daher wohl sinnvollerweise diesen Anspruch und nicht einen weniger klaren Anspruch gegen den Verkäufer P aus Kaufrecht geltend machen. Das Produkthaftpflichtrecht gehört indessen nicht zum Stoff von Privatrecht I.

<sup>21</sup> Im Nebenfachstudium ist ein Übungsbesuch nicht vorgesehen. Ausserdem sind an Nebenfachstudierende geringere Anforderungen zu stellen, da nicht geprüft werden muss, ob sie sich für ein Bachelorstudium der Rechtswissenschaften eignen. Daher wurden den Minor-Studierenden wie schon im letzten Jahr zwei Bonuspunkte gutgeschrieben.

Überraschend sind diese Ergebnisse letztlich nicht. Wer in den Vorlesungen und Übungen regelmässig (nicht nur physisch, sondern auch geistig) anwesend war und wer sich jeweils angemessen vorbereitet hat, konnte ohne Weiteres eine gute Note erzielen. Nach unserer Einschätzung waren die Studierenden dieses Jahrganges in den letzten Monaten an der Universität wesentlich präsenter als z.B. der letzte Jahrgang. Dies dürfte die leicht besseren Resultate erklären. Ob im Gegenzug die ungenügenden Arbeiten von Absentisten geschrieben wurden, wie sie in jedem Jahrgang zu verzeichnen sind, lässt sich selbstverständlich nicht beweisen.

Bei der Aufgabenstellung war die Angabe der pro Frage maximal erzielbaren Punkte ein wichtiger Hinweis für die relative Gewichtung der Probleme und damit für die Zeiteinteilung (vgl. dazu auch die entsprechende Bemerkung auf dem Aufgabenblatt). Die Verteilung der Punkte innerhalb der einzelnen Aufgaben im Rahmen der Prüfungskorrektur erfolgte nach einem relativ fein ausgearbeiteten Korrekturraster. Dabei muss man sich indessen bewusst sein, dass die Punkteverteilung im Einzelfall nicht ein mathematisch präziser Vorgang ist, sondern stets – wie es bei Prüfungen nicht anders sein kann – nach pflichtgemäsem Ermessen vorgenommen werden muss. Der Korrekturraster ist daher bloss als Hilfsmittel zur sachgerechten Bewertung der Prüfungsleistungen und nicht als Schema zu betrachten, an das der Korrektor starr gebunden wäre. Im Gegenzug wurde bei der Korrektur auch nicht erwartet, dass die Klausuren eine ähnliche Begründungsdichte aufweisen wie die Lösungsskizze. All dies schlägt sich denn auch in der Punkte-/Notenskala nieder: Für das Erreichen einer genügenden Note war nicht einmal die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktezahl erforderlich.

Im Folgenden sollen die häufigsten Fehler aufgelistet und besprochen werden, die sich in den 351 korrigierten Klausuren (330 von Hauptfachstudierenden und 21 von Minor-Studierenden) fanden.

## II. Häufigste Fehler

### 1. Allgemeines

a) Mehrere Studierende haben in ihren Klausuren den Sachverhalt zusammengefasst wiedergegeben. Das war überflüssig und reine Zeitverschwendung, insbesondere im Hinblick auf die kurze Prüfungsdauer von bloss zwei Stunden.

b) Oft fanden sich sehr lange Ausführungen zur Frage, ob ein gültiger Vertrag vorhanden sei, obwohl bei allen zu beurteilenden Fällen die Vertragsentstehung problemlos bejaht werden konnte. Kurze Hinweise darauf, dass jeweils ein Vertrag vorliegt, waren methodisch sinnvoll, aber lange Erörterungen zu unproblematischen Aspekten bedeuteten eine Zeitverschwendung. Es gehört zur Ausbildung an unserer Fakultät, die Studierenden im Erkennen der relevanten Fragen zu schulen. Insbesondere bei der Problematik der Vertragsentstehung hat sich deutlich gezeigt, wer in der Lage war, die massgebenden Aspekte der Fälle zu erkennen und zu bearbeiten und wer nicht.

c) Etliche Studierende haben die Aufgabenstellungen zum Teil nicht richtig gelesen, und zwar insbesondere bei Fall 2. So wurde z.B. bei Frage 2 von Fall 2 verschiedentlich behauptet, es sei nicht sicher, ob der Fernseher die Beschädigung des Satellitenempfängers verursacht habe, obwohl in der Aufgabe ausdrücklich steht, es sei zu prüfen, ob M Schadenersatz für den Satellitenempfänger verlangen könne, *wenn sich herausstellen sollte, dass dessen Beschädigung auf einen Fabrikationsfehler des gekauften Fernsehers zurückzuführen sei*. Und bei den Fragen 3 und 4 von Fall 2 haben einige Studierende geprüft, ob die AGB des Verkäufers P in den Vertrag einbezogen worden sind, obwohl bei beiden Fragen gemäss Aufgabenstellung ausdrücklich von der Annahme auszugehen ist, *die AGB seien kraft Globalübernahme Vertragsbestandteil geworden*.

### 2. Bei Fall 1

a) Etliche Studierende haben bei Frage a von Fall 1 die Gefahrtragungsregel von Art. 185 OR mit keinem Wort erwähnt und eine Preiszahlungspflicht des Käufers X gestützt auf Art. 119 Abs. 2 OR verneint. Dies ist erstaunlich, wird diese spezielle Preisgefahrregel im Unterricht doch einlässlich behandelt.

b) Viele Studierende haben bei Frage a von Fall 1 angenommen, es liege ein *aufschiebend bedingter Vertrag* im Sinne von Art. 185 Abs. 3 OR vor. Dies ist unzutreffend. Von einem suspensiv bedingten Vertrag kann nur gesprochen werden, wenn die Verbindlichkeit eines Vertrages vom Eintritt einer (künftigen) ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird (Art. 151 Abs. 1 OR). A und X haben den Vertrag selber bedingungslos geschlossen und bloss einen zeitlichen Aufschub der Erfüllung vereinbart. Vom Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses haben sie die Verbindlichkeit des Vertrages nicht abhängig gemacht.

c) Bei Frage b von Fall 1 haben viele Studierende den Unterschied zwischen einem *Verfalltagsgeschäft* und einem *Fixgeschäft* nicht erkannt. Die Verfalltagsabrede hat zur Folge, dass der Schuldnerverzug ohne Mahnung eintritt (Art. 102 Abs. 2 OR). Das Fixgeschäft dagegen beschlägt die Frage, ob der Gläubiger im Verzug des Schuldners ohne Nachfristansetzung seine Wahlrechte ausüben (und damit z.B. vom Vertrag zurücktreten) kann (Art. 108 Ziff. 3 OR). Ein relatives Fixgeschäft kann nur vorliegen, wenn eine Verfalltagsabrede besteht. Das Umgekehrte aber gilt nicht, d.h. nicht jede Verfalltagsabrede begründet auch ein Fixgeschäft.

d) Etliche Studierende haben den Unterschied zwischen Verfalltag und Fixgeschäft zwar gesehen, in casu aber (in der Regel ohne weitere Begründung) ein Fixgeschäft angenommen. Das lässt sich nicht vertreten. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass die Pünktlichkeit der Lieferung für die Parteien bei Vertragsschluss derart wesentlich war, dass eine Nachfristansetzung entbehrlich würde. Fixgeschäfte sind nicht leichthin anzunehmen, schon gar nicht bei Rechtsgeschäften unter Privaten.

e) Abweichendes gilt im kaufmännischen Verkehr. Dort wird bei der Vereinbarung eines bestimmten Liefertermins gleichzeitig ein Fixgeschäft vermutet (Art. 190 OR).<sup>22</sup> Im vorliegenden Fall kann indessen von kaufmännischem Verkehr keine Rede sein. Dazu wäre zumindest ein *Kauf zwecks Weiterveräusserung* erforderlich,<sup>23</sup> und dafür, dass Y das Bild kauft, um es weiterzuveräussern, finden sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Zudem

<sup>22</sup> BGE 116 II 436 E. 1a S. 438 (Pistazien-Fall): « ... en matière de vente commerciale, le terme de livraison est présumé être un 'Fixgeschäft'. »

<sup>23</sup> BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 1), Art. 190 N 7 und 9; weiter differenzierend zum Begriff des kaufmännischen Verkehrs im Sinne von Art. 190 OR HONSELL (Fn. 1), S. 57.

Ein Kauf der Ware zwecks Verarbeitung in Betrieb, der nach meinem Dafürhalten ebenfalls unter Art. 190 OR fällt (ebenso HONSELL [Fn. 1], 57), kommt hier offenkundig nicht in Betracht.

ist A als Hobbymalerin, die einige ihrer Bilder veräussert, (noch) nicht gewerbsmässig tätig. Damit würde auch die Vermutung entfallen, die Verfalltagsabrede beinhalte gleichzeitig eine Fixgeschäftabrede.<sup>24</sup> Mit Art. 190 OR haben nur – aber immerhin(!) – ein paar wenige Studierende argumentiert.

### 3. Bei Fall 2

a) Bei Frage 2 von Fall 2 haben viele Studierende nicht Art. 208 OR, sondern (ausschliesslich) Art. 97 OR angewandt. Diese Studierenden haben damit die wesentliche Frage, ob ein unmittelbarer oder ein weiterer Schaden vorliegt, nicht behandelt. Eine Prüfung der Schadenersatzfrage unter Art. 97 OR ist in casu nicht der sachgerechte Weg. M verlangt ausdrücklich gestützt auf Art. 184 ff. OR die Rückzahlung des Kaufpreises und Schadenersatz. Damit macht er klarerweise *Wandelung* geltend. Bei der Wandelung ist die Frage des Schadenersatzes in Art. 208 OR geregelt. Ein Rückgriff auf die allgemeine Schlechterfüllungsnorm von Art. 97 OR ist daher nicht erforderlich. Anders würde es sich nur verhalten, wenn M statt der Wandelung eine Preisminderung, die Nachlieferung wahrhafter Ware nach Art. 206 OR oder ausschliesslich Schadenersatz beanspruchen würde.<sup>25</sup>

b) Nur ganz wenige Studierende haben bei Frage 2 von Fall 2 das Problem aufgeworfen, ob der Hersteller des Fernsehers als Hilfsperson des Verkäufers betrachtet werden kann. Dies ist verständlich, da die herrschende Lehre den Lieferanten nicht als Hilfsperson des Zwischenhändlers qualifiziert.<sup>26</sup> Dennoch hätte man diesen Aspekt diskutieren können, gibt es doch namhafte Juristen, welche die gegenteilige Auffassung vertreten.<sup>27</sup> Im Unterricht wurde auf diese Problematik verschiedentlich hingewiesen.

<sup>24</sup> SILVIO VENTURI, Art. 190 N 8, in: Luc Thévenoz/Franz Werro, Commentaire Romand, Code des obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003.

<sup>25</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen Art. 97 OR und dem Sachmängelgewährleistungsrecht etwa BGE 133 III 335 (Fensterglas-Fall) und dazu einlässlich TH. KOLLER, Das fleckig gewordene Glas (Fn. 10), S. 1183 ff.

Zur Schadenersatzproblematik für den Fall, dass der Käufer nur Schadenersatz verlangt, nicht aber Wandelung, Minderung oder Nachlieferung wahrhafter Ware, siehe BGE 107 II 161 (Fall Kilintra) und dazu TH. KOLLER (Fn. 3), S. 362 ff.

<sup>26</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 12), N 3067, m.w.Nw.

<sup>27</sup> Siehe dazu als Beispiel nur etwa EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 352 f.

c) Bei Frage 3 von Fall 2 haben etliche Studierende nicht erkannt, dass eine *Auslegungskontrolle* vorzunehmen war. In der Regel haben diese Studierenden die Ungewöhnlichkeitsregel geprüft, obwohl in der Aufgabenstellung ausdrücklich festgehalten wird, dass hier keine Ausführungen zu dieser Regel zu machen seien. Andere haben die fragliche AGB-Klausel auf ihre inhaltliche Zulässigkeit hin untersucht, also statt der gefragten Auslegungskontrolle eine *Inhaltskontrolle* durchgeführt. Ein solches Durcheinander hätte eigentlich nicht passieren dürfen, wurde doch im Unterricht sehr viel Gewicht auf die Unterscheidung der verschiedenen AGB-Kontrollebenen gelegt.

d) Erstaunlich viele Studierende haben versucht, den Sinn der fraglichen AGB-Klausel zu ermitteln, ohne indessen auf Auslegungsgrundsätze wie das *Vertrauensprinzip* und die *Unklarheitsregel* Bezug zu nehmen. Eine korrekte juristische Argumentationsweise zeichnet sich jedoch (unter anderem) dadurch aus, dass bei der Interpretation von rechtsgeschäftlich relevanten Willenserklärungen zumindest auch kurz auf die methodischen Prinzipien hingewiesen wird.

e) Die Tatbestandsmerkmale der Ungewöhnlichkeitsregel haben viele Studierende gekannt, zum Teil wurden aber nicht alle aufgeführt und zum Teil wurde übersehen, dass diese Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine AGB-Klausel als ungewöhnlich und mithin als vom Konsens nicht gedeckt qualifiziert werden kann. Schwierigkeiten bot bisweilen die Konkretisierung der einzelnen Merkmale. So wurde etwa vielfach bei der objektiven Ungewöhnlichkeit damit argumentiert, die fragliche AGB-Klausel sei branchenüblich. Dabei haben die Studierenden übersehen, dass auch eine branchenübliche Klausel geschäftsfremd und daher objektiv ungewöhnlich sein kann.

### III. Zu guter Letzt

Wie stets fanden sich in verschiedenen Klausuren Schnitzer, verunglückte Redewendungen und Absurditäten, die zum Teil der Hitze des Gefechtes zuzuschreiben sein dürften. Die Note beeinflusst haben all diese Absonderlichkeiten selbstverständlich nicht.

Hier ein paar ausgewählte Musterchen:

a) Im Sachverhalt steht bei Fall 2, die Freude von M am neu gekauften Fernseher sei nur von kurzer Dauer gewesen. Jemand meinte dazu: „Die Freude ist nur von kurzer Dauer.“

Das heisst, dass Freude herrschte ...“ Diese Schlussfolgerung lässt sich wahrlich nicht bestreiten!

b) Erheiternd wirkte auch die Wendung „Die natürliche *conditio sine qua non* wäre zu bejahen“ (zu Frage 2 von Fall 2). Da ist wohl aus dem Unterricht zur Kausalitätslehre etwas hängen geblieben, wenn auch nicht in hinreichender Präzision. Und man fragt sich unweigerlich: Gibt es denn eine unnatürliche *conditio sine qua non*? Einmal mehr bewahrheitet sich die Weisheit von Voltaire: Das Adjektiv ist der Feind des Substantivs. Ich garantiere allerdings keineswegs, diese Weisheit selber stets zu beachten.

c) Ungewöhnlich offenherzig war jemand, der zu Frage 4 von Fall 2 schrieb: „Wenn Sie mir erzählen, was die Ungewöhnlichkeitsregel ist, verrate ich Ihnen, ob die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.“ Wollen wir hoffen, dass die vorstehenden Ausführungen dazu beigetragen haben, diese Wissenslücke zu füllen.

d) In einer Klausur fand sich schliesslich folgende „Verdeutlichung“ für eine ungewöhnliche AGB-Klausel: „Dies wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn man bei einem Bücherkauf das Ave-Maria 3 Mal vorsagen müsste.“ Als Korrektor fragt man sich unweigerlich: Wo bleibt hier die Kunst des juristischen Differenzierens? Würde denn eine solche Klausel beim Kauf eines Gebetbuches wirklich den Vertragscharakter wesentlich ändern? Doch die Beantwortung dieser Frage wollen wir einer späteren Klausur überlassen ...

|                                                                                                                         |                |  |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|--|----|
| MATRIKELNUMMER: _____                                                                                                   | Max.<br>Punkte |  | TK |
| <b>Fall 1 (Bildstörungen 1)</b>                                                                                         | <b>(10)</b>    |  |    |
| <b>Frage a</b>                                                                                                          | <b>(5)</b>     |  |    |
| - Vertrag                                                                                                               | 1              |  |    |
| - nachträgliche objektive Unmöglichkeit / höhere Gewalt /<br>Gefahrtragung (Art. 185 Abs. 1 OR; besondere Verhältnisse) | 3              |  |    |
| - Bringschuld                                                                                                           | 1              |  |    |
| <b>Frage b</b>                                                                                                          | <b>(5)</b>     |  |    |
| - Vertrag                                                                                                               | 1              |  |    |
| - Verzugseintritt                                                                                                       | 1              |  |    |
| - Rücktritt / Nachfrist / Fixgeschäft                                                                                   | 3              |  |    |
| <b>Fall 2 (Bildstörungen 2)</b>                                                                                         | <b>(20)</b>    |  |    |
| <b>Frage 1</b>                                                                                                          | <b>(4)</b>     |  |    |
| - Kaufvertrag                                                                                                           | 1              |  |    |
| - Mangel / Mängelrüge / Wandelung                                                                                       | 3              |  |    |

|                                          |            |  |  |
|------------------------------------------|------------|--|--|
| <b>Frage 2</b>                           | <b>(6)</b> |  |  |
| - Schaden und Kausalität                 | 2          |  |  |
| - Exkulpation                            | 2          |  |  |
| - Abgrenzung Art. 208 Abs. 2/3 OR        | 2          |  |  |
| <b>Frage 3</b>                           | <b>(4)</b> |  |  |
| - Allgemeines zur Auslegung              | 2          |  |  |
| - Konkrete Anwendung                     | 2          |  |  |
| <b>Frage 4</b>                           | <b>(6)</b> |  |  |
| - Allgemeines zur Ungewöhnlichkeitsregel | 3          |  |  |
|                                          | 3          |  |  |
| - Konkrete Anwendung                     |            |  |  |
| <b>Besonderes</b>                        |            |  |  |
|                                          |            |  |  |
| Total Punkte:                            | <b>30</b>  |  |  |
| Notenvorschlag:                          |            |  |  |
| Note:                                    |            |  |  |

## Punkte-/Notenskala

| Punkte |   |      | Note |
|--------|---|------|------|
| 22,5   | - | 30   | 6    |
| 20     | - | 22   | 5,5  |
| 17,5   | - | 19,5 | 5    |
| 15     | - | 17   | 4,5  |
| 12,5   | - | 14,5 | 4    |
| 10     | - | 12   | 3,5  |
| 7,5    | - | 9,5  | 3    |
| 5      | - | 7    | 2,5  |
| 2,5    | - | 4,5  | 2    |
| 0,5    | - | 2    | 1,5  |
| 0      |   |      | 1    |