

der fall

«Sic transit gloria Paracelsi»

Bachelorprüfung im Privatrecht

Thomas Koller*

Der nachfolgende Prüfungsfall war anlässlich der Bachelorklausur im Privatrecht vom 8. Januar 2018 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern zu lösen. Für die Bearbeitung hatten die Studierenden fünf Stunden Zeit. Erlaubte Hilfsmittel waren die persönlichen Gesetze der Studierenden, welche mit Randnotizen versehen sein durften. Insgesamt haben 148 Studierende die Klausur geschrieben. Davon waren 109 Arbeiten (73,6%) genügend und besser (Note 4 und höher) sowie 39 Arbeiten (26,4%) ungenügend (Note 3,5 und tiefer). Erfreulicherweise haben 36,5% der Studierenden (54 Arbeiten) eine gute oder sehr gute Leistung (Note 5 und höher) erbracht.

A. Aufgabenstellung

Bearbeiten Sie den untenstehenden Fall. 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 allfällig bestehenden 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!).

Der Fall: «Sic transit gloria Paracelsi»

Frau Dr. med. vet. Gloria Mundi (M) führt in Bern eine Tierarztpraxis. Im Zuge einer Praxismodernisierung interessierte sie sich unter anderem für die Anschaffung eines neuen Analysegerätes mit dem Namen «Paracelse», das von der in Belgien ansässigen «Paracelse Production SA» (P) hergestellt und von der ebenfalls in Belgien ansässigen «Paracelse Distribution SA» (D) vertrieben wird. Nach ausführlichen Gesprächen mit Herrn Tempus Fugit (F), Executive MBA Paradise Islands und Abschlussagent der D in der Schweiz, war sie von diesem Apparat überzeugt, zumal F dessen Qualität in den höchsten Tönen rühmte. Da Frau M nicht über hin-

reichend Kapital für die gesamte Praxismodernisierung verfügte, beschloss sie, das Gerät mit Hilfe einer Leasinggesellschaft zu beschaffen. Die «All You Need is Lease AG» (L) in Bern bot dazu Hand.

Am 19. Mai 2017 schloss die L mit D (vertreten durch ihren Agenten F) schriftlich einen Kaufvertrag über das Gerät zum Preis von Fr. 32 000.–. Das Vertragsdokument weist unter anderem eine Gerichtsstandsklausel auf, der zufolge für Streitigkeiten die Gerichte am Sitz der L zuständig sind. Unter dem Titel «Anwendbares Recht» ist im Vertrag festgehalten: «Der Kaufvertrag unterliegt schweizerischem Recht.»

Am gleichen Tag unterzeichneten M und L für das Analysegerät einen Leasingvertrag mit einer Laufzeit von vier Jahren. In der Vertragsurkunde wurden die (der M ausgehändigten) separaten Allgemeinen Leasingbedingungen der L ausdrücklich zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt. Diese Allgemeinen Leasingbedingungen bestimmen unter anderem:

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern. Ich danke meinem Assistenten Herrn Marius Stucki, MLaw, Rechtsanwalt, für die tatkräftige Unterstützung bei der Ausarbeitung des Prüfungsfalls und der Lösungsskizze sowie für die Durchsicht des definitiven Textes. Das Typoskript wurde am 23. Februar 2018 abgeschlossen.

«5. Die Leasinggeberin übernimmt keine Gewähr für das korrekte Funktionieren des Leasinggegenstandes.

6. ...

7. Die Leasinggeberin tritt dem Leasingnehmer/der Leasingnehmerin sämtliche Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten ab. Der Leasingnehmer/die Leasingnehmerin ist verpflichtet, diese Ansprüche wirksam geltend zu machen.»

Ende Juni 2017 wurde das Gerät geliefert und von M in Betrieb genommen. Ende Juli 2017 teilte M dem F mit, dass der Apparat falsche, inkohärente oder mit den pathologischen Befunden nicht vereinbare Analyseergebnisse («des résultats d'analyses erronés, incohérents ou incompatibles avec les pathologies en présence») liefere. Daraufhin versuchten Techniker der P im Auftrag der D mehrfach, jedoch ohne Erfolg, das Problem zu beheben. Dies führte zu verschiedenen Debatten zwischen M und F. Über all diese Vorgänge hielt M die L mit cc ihrer E-Mails auf dem Laufenden.

Nachdem D weiterhin erfolglos versucht hatte, die Probleme beheben zu lassen, setzte ihr M via F anfangs Dezember 2017 eine letzte Frist für die Mängelbeseitigung bis zum 18. Dezember 2017, welche die D jedoch unbenutzt verstreichen liess. Daraufhin hatte M endgültig genug. Am 20. Dezember 2017 teilte sie D via F (mit cc des E-Mails an L) mit, dass sie den Vertrag über das Gerät auflöse. Zudem behielt sie sich vor, D für den ihr entstandenen Schaden haftbar zu machen. Der L gegenüber erklärte sie, sie löse den Leasingvertrag auf.

Sowohl D als auch L bestritten ein Recht von Frau M zur Auflösung des Kaufvertrages (D) bzw. des Leasingvertrages (L) und lehnten sämtliche von ihr geltend gemachten Forderungen ab. D wies die Schadenersatzforderung unter anderem mit dem Argument zurück, sie sei blosser Zwischenhändlerin und daher für allfällige Fehlfunktionen des von P (also der Paracelse Production SA) hergestellten Geräts nicht verantwortlich.

Sie absolvieren im Anwaltsbüro, das von Frau Dr. Gloria Mundi konsultiert wird, ein Praktikum. Im Hinblick auf eine demnächst bevorstehende Besprechung mit der Klientin übergibt Ihnen Ihre Chefin heute das Dossier und ersucht Sie um Abklärung der folgenden Fragen. Beachten Sie dabei, dass das Dossier zurzeit noch «dürftig» ist, viele Aspekte des Sachverhalts also noch offen sind. Erörtern Sie

bei der Bearbeitung der Fragen bei Bedarf, was Sie für eine definitive Beantwortung an zusätzlichen Informationen benötigen würden.

Für Ihre Chefin ist klar, dass der Fall etliche weitere Fragen aufwirft, die später (vertieft) abzuklären sein werden. Insbesondere wird im Verlauf der weiteren Abklärungen auch interessieren, welches die Auswirkungen einer allfällig wirksamen Auflösung des Kaufvertrages auf den Leasingvertrag wären. Für heute aber sollen Sie sich auf die Beantwortung der folgenden Fragen beschränken.

Frage 1:

Belgien ist Vertragsstaat des UN-Kaufrechts. Unterliegt der zwischen L und D geschlossene Kaufvertrag dem UN-Kaufrecht?

5 Punkte

Frage 2:

Angenommen, der Vertrag unterliegt dem UN-Kaufrecht: Besteht im vorliegenden Fall ein Rücktrittsrecht der Käuferin? (Bitte hier noch nicht auf die Frage eingehen, ob M anstelle von L ein solches Recht ausüben kann.)

12 Punkte

Frage 3:

Angenommen, der Vertrag unterliegt dem UN-Kaufrecht: Kann sich D gegen einen Schadenersatzanspruch der Käuferin mit dem Einwand entlasten, sie sei nur Zwischenhändlerin (bitte hier noch nicht auf die Frage eingehen, ob M anstelle von L einen solchen Anspruch hat)? Gehen Sie dabei für heute von der Annahme aus, dass der Schaden als solcher, die Kausalität zwischen (allfälliger) Vertragsverletzung und Schaden sowie die Voraussehbarkeit erstellt sind.

2 Punkte

Frage 4:

Angenommen, der Vertrag unterliegt dem schweizerischen Obligationenrecht: Besteht im vorliegenden Fall ein Recht zur Vertragsauflösung? (Bitte hier noch nicht auf die Frage eingehen, ob M anstelle von L ein solches Recht ausüben kann.)

7 Punkte

Frage 5:

Angenommen, der Vertrag unterliegt dem schweizerischen Obligationenrecht und es steht die Auflösung des Kaufvertrages zur Debatte: Kann sich D

gegen einen Schadenersatzanspruch der Käuferin mit dem Einwand entlasten, sie sei nur Zwischenhändlerin (bitte hier noch nicht auf die Frage eingehen, ob M anstelle von L einen solchen Anspruch hat)? Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage angesichts des noch dürftigen Dossiers vorsichtshalber davon aus, dass nicht ein «unmittelbarer Schaden» zur Debatte steht. Sollte sich später zeigen, dass alle Schadenposten «unmittelbarer Schaden» sind, so würde sich die Rechtslage ja stark vereinfachen. Gehen Sie zudem für heute von der Annahme aus, dass der Schaden als solcher und die Kausalität zwischen (allfälliger) Vertragsverletzung und Schaden erstellt sind.

5 Punkte

Frage 6:

Ist die Freizeichnung der L gegenüber M in Ziff. 5 der Allgemeinen Leasingbedingungen inhaltlich zulässig (bitte nur eine Inhaltskontrolle, nicht aber eine Einbezugs- und eine Auslegungskontrolle vornehmen)?

4 Punkte

Frage 7:

Angenommen, der Einbezug der AGB in den Leasingvertrag ist vom Konsens der Parteien gedeckt: Sind die von M gegen D geltend gemachten Gewährleistungsansprüche der L wirksam an M abgetreten worden?

6 Punkte

Frage 8:

Angenommen, der von M erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag und die Abtretung der Ansprüche an M ist grundsätzlich wirksam: Was sind die Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen M und D in Bezug auf das Gerät einerseits und den Kaufpreis andererseits (bitte hier noch keine Ausführungen zum Schadenersatz)?

4 Punkte

Frage 9:

Angenommen, D ist grundsätzlich zu Schadenersatz verpflichtet, die Abtretung dieses Anspruchs an M ist wirksam, ebenso die Freizeichnung von L gegenüber M in den Allgemeinen Leasingbedingungen, und M habe wegen der Fehlfunktion des Geräts einen Schaden erlitten: Kann M diesen Schaden gegen D geltend machen? Untersuchen Sie bei der Beantwortung dieser Frage in der Lehre diskutierte

(auf nationalem Recht basierte) dogmatische Konzepte, wobei Sie offenlassen können, ob diese dogmatischen Konzepte auch zum Tragen kommen können, wenn der Kaufvertrag dem UN-Kaufrecht unterliegt.

9 Punkte

Frage 10:

Welches Gericht wäre für eine Klage von M gegen D bezüglich der Auflösung des Kaufvertrages sachlich zuständig? Gehen Sie bei der Beantwortung dieser Frage davon aus, dass die Gerichtsstandsklausel im Kaufvertrag wirksam ist und sich auch M auf diese Gerichtsstandsklausel berufen kann.

5 Punkte

(Vorbemerkungen/Allgemeines zu den Fragen 2 bis 9)

2 Punkte

Total

61 Punkte

Anhang

Art. 36 Abs. 1 und Abs. 4 HRegV (vgl. auch Art. 934 OR):

«¹ Natürliche Personen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben und während eines Jahres Roheinnahmen von mindestens 100 000 Franken (Jahresumsatz) erzielen, sind verpflichtet, ihr Einzelunternehmen ins Handelsregister eintragen zu lassen. Gehören einer Person mehrere Einzelunternehmen, so ist deren Umsatz zusammenzurechnen.

...

⁴ Natürliche Personen, die ein Gewerbe betreiben und die nicht zur Eintragung verpflichtet sind, haben das Recht, ihr Einzelunternehmen eintragen zu lassen.»

B. Lösungsskizze

Frage 1

In casu liegt ein *Kaufvertrag über Waren* vor. Die am Kaufvertrag beteiligten Parteien (d.h. die Verkäuferin D und die Leasinggesellschaft L) haben ihre *Niederlassung in verschiedenen Staaten*, die Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts sind. Das UN-Kaufrecht wäre daher grundsätzlich anwendbar (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG). Der Umstand, dass die Verkäuferin beim Vertragsschluss durch einen Abschlussagenten

in der Schweiz vertreten wurde, spielt keine Rolle; massgebend ist die Niederlassung des Vertretenen,¹ hier also der D. Ein Ausschlussgrund in sachlicher Hinsicht (Art. 2 und Art. 5 CISG) ist nicht gegeben.

Nun können allerdings die *Kaufvertragsparteien die Anwendung des UN-Kaufrechts ausschliessen* (Art. 6 CISG). Zu prüfen ist, ob in der im Vertragsdokument enthaltenen Rechtswahlklausel «Der Kaufvertrag unterliegt schweizerischem Recht» ein solcher Ausschluss erblickt werden kann. Die Tragweite der fraglichen Rechtswahlklausel ist durch *Auslegung* zu ermitteln. Massgebend wäre in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien. Aufgrund des zurzeit sehr dürftigen Sachverhalts lässt sich dieser aber noch nicht ermitteln. Vorerst kann daher für die Auslegung nur auf die wenigen bekannten äusseren Umstände bzw. auf in Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassungen abgestellt werden.

Korrekturbemerkung: Für die Auslegung der Rechtswahlklausel ist Art. 8 CISG und nicht das vom IPR berufene nationale Recht massgebend.² Dies auch dann, wenn das Auslegungsergebnis zur Abwahl des UN-Kaufrechts führt. Von den Studierenden konnte aber nicht erwartet werden, dass sie das wissen.

Die heute herrschende Lehre nimmt an, dass eine Rechtswahlklausel, die auf das Recht eines Vertragsstaates des UN-Kaufrechts verweist, für sich genommen im Zweifel noch nicht als Abwahl des CISG zu interpretieren ist.³ Begründet wird dies damit, dass das UN-Kaufrecht Bestandteil der gewählten Rechtsordnung ist. Zudem ergibt die Wahl des Rechts eines Vertragsstaates auch dann Sinn, wenn dies nicht als Abwahl des CISG verstanden wird. Denn viele Fragen, die sich im Zusammenhang mit einem internationalen Kaufvertrag stellen, sind im

UN-Kaufrecht nicht geregelt (vgl. dazu nur etwa Art. 4 CISG). Für einen Ausschluss des UN-Kaufrechts müssten zur Rechtswahlklausel nach dieser Auffassung präzisierende Ergänzungen hinzukommen, wie z.B. «Anwendbar ist das schweizerische Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts» oder «Anwendbar ist das schweizerische Obligationenrecht». Folgt man dieser Lehre, so liegt hier keine Abwahl des CISG vor. Die Parteien haben mit schweizerischem Recht das Recht eines Vertragsstaates gewählt, ohne einen ergänzenden Hinweis auf einen Ausschluss des UN-Kaufrechts.

Ob die Gerichte dieser Lehre folgen werden, ist offen. Offen bleiben muss auch, ob der Umstand, dass am Vertragsschluss auf Seiten der D ein Abschlussagent in der Schweiz beteiligt war, bei der Auslegung der Rechtswahlklausel von Relevanz sein könnte. Dieser Umstand könnte allenfalls als (wohl aber eher schwaches) Indiz dafür gedeutet werden, dass die Anwendung internationalen Rechts auf den Kaufvertrag ausgeschlossen werden sollte.

Korrekturbemerkung: Welche Auffassung von den Studierenden vertreten wurde, war für die Korrektur nicht von Bedeutung. Erwartet wurde jedoch ein Hinweis auf die herrschende Lehre. Denn diese zu kennen, ist (für die Formulierung von Rechtswahlklauseln) wichtig, und im Unterricht wurde diese Lehre stets mit aller Deutlichkeit dargestellt.

Vorbemerkungen zu den Fragen 2 bis 9

Massgebend für die Beantwortung dieser Fragen sind in erster Linie die Vereinbarungen im Kaufvertrag bzw. im Leasingvertrag. Diese haben sowohl nach UN-Kaufrecht als auch nach schweizerischem Obligationenrecht grundsätzlich Vorrang vor den gesetzlichen Regelungen, soweit diese dispositives Recht bilden. Daher müssten an sich zuerst die Verträge entsprechend geprüft werden. Dass die beiden Verträge wirksam zustande gekommen sind, ist offenkundig und wird von keiner beteiligten Partei bestritten. Da momentan aber ausser den beiden Ziffern aus den Allgemeinen Leasingbedingungen (sowie der Gerichtsstands- und der Rechtswahlklausel im Kaufvertragsdokument) keine vertraglichen Regelungen bekannt sind, werden die Fragen gestützt auf die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen beantwortet.

¹ ULRICH MAGNUS, Art. 1 CISG Rz. 68, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2018, Berlin 2018 (im Folgenden: STAUDINGER/MAGNUS).

² STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 6 CISG Rz. 20; FRANCO FERRARI, Art. 6 CISG Rz. 18, in: PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. München/Basel 2013.

³ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 6 CISG Rz. 24; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI (Fn. 2), Art. 6 CISG Rz. 22.

Frage 2

Falls wie hier der Kaufgegenstand geliefert worden ist, kann der Käufer die Aufhebung des Vertrages nur erklären, wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder dem UN-Kaufrecht obliegenden Pflicht eine *wesentliche Vertragsverletzung* darstellt (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG). Wesentlich ist eine Vertragsverletzung, wenn sie für die andere Partei solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat oder eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte (Art. 25 CISG).

In casu steht als Vertragsverletzung der Verkäuferin die *Lieferung nicht vertragsgemässer Ware* zur Debatte (Art. 35 ff. CISG). Das Gerät «Paracelse» ist nicht vertragsgemäss i.S.v. Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG. Es liefert falsche, inkohärente oder mit den pathologischen Befunden nicht vereinbare Analyseergebnisse und eignet sich damit für den Zweck nicht, für den es gewöhnlich gebraucht wird. Daher kann insoweit offenbleiben, ob F im Rahmen der Vertragsverhandlungen namens der D Qualitätszusagen gemacht hat, welche im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 CISG zu prüfen wären. Soweit ersichtlich handelt es sich um einen Fehler in der Herstellung des Geräts. Die Verkäuferin D scheint dies auch so zu sehen, beruft sie sich doch zu ihrer Entlastung auf ihre Stellung als Zwischenhändlerin. Damit bestand die Vertragswidrigkeit bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Art. 36 Abs. 1 CISG).

Ansprüche aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware stehen dem Käufer nur zu, wenn er der Prüfungs- und der Rügeobliegenheit gemäss Art. 38 f. CISG genügt hat. In Bezug auf die *Prüfungsobliegenheit* trifft dies im vorliegenden Fall ohne weiteres zu. M hat das Gerät nach der Lieferung Ende Juni 2017 in Betrieb genommen. Im Verlauf des Betriebes hat sie die erwähnten Vertragswidrigkeiten festgestellt. Damit hat sie die Ware gemäss Art. 38 Abs. 1 und 2 CISG nach deren Eintreffen am Bestimmungsort innerhalb einer so *kurzen Frist* untersucht, wie es die Umstände erlauben. Heikler ist allenfalls die Frage, ob M auch der *Rügeobliegenheit* fristgerecht nachgekommen ist. Die Anzeige der Vertragswidrigkeit muss innerhalb einer

angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Käufer sie festgestellt hat oder hätte feststellen können (Art. 39 Abs. 1 CISG). Die Beanstandung des Gerätes «Paracelse» durch M erfolgte Ende Juli 2017. Wann genau M mit hinreichender Sicherheit entdeckt hat, dass der Apparat falsch funktioniert (blosse erste Verdachtsmomente reichen dazu nicht aus)⁴, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Da die heute herrschende Lehre jedenfalls bei nicht verderblichen Waren als Faustregel annimmt, eine Rügefrist von rund vier Wochen bzw. einem Monat sei noch angemessen i.S.v. Art. 39 Abs. 1 CISG,⁵ kann man aber wohl so oder anders von der Wahrung der Anzeigefrist ausgehen. Denn die Anzeige erfolgte rund einen Monat nach der Lieferung. Zudem hat die D mehrere Nachbesserungsversuche unternehmen lassen. Das weist darauf hin, dass wohl auch D die Rügefrist als gewahrt betrachtete.

Keine Probleme ergeben sich aus dem Umstand, dass die Anzeige der Vertragswidrigkeit nicht von der Käuferin L ausging und dass sie nicht direkt an die Verkäuferin D gerichtet war, sondern an deren Abschlussagenten F in der Schweiz. Die Anzeige muss nicht durch den Käufer selbst erfolgen, sondern kann auch durch einen Dritten (sei es als Stellvertreter, sei es als Bote) erhoben werden. Ob F als Abschlussagent zur Entgegennahme der Anzeige bevollmächtigt war,⁶ kann offenbleiben. Denn die Anzeige ist der D unbestrittenermassen zugegangen und zudem wird man die Übermittlung der Anzeige an die Verkäuferin über den am Vertragsschluss als Vertreter beteiligten Agenten zumindest als nach den Umständen geeignetes Übermittlungsmittel (Art. 27 CISG) auffassen dürfen.⁷

⁴ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 39 CISG Rz. 32.

⁵ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 39 CISG Rz. 41; INGEBORG SCHWENZER, Art. 39 CISG Rz. 17, in: PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. München/Basel 2013.

⁶ Nach schweizerischem Recht wäre er es (Art. 418e OR).

⁷ In diesem Sinne auch etwa SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (Fn. 5), Art. 39 CISG Rz. 14 (zum Handelsvertreter nach deutschem Recht); a.M. demgegenüber STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 39 CISG Rz. 53 (zum Handelsvertreter, allerdings mit der Ausnahme für den Fall, dass dieser die Rüge fristgerecht an den Verkäufer weiterleitet).

Die Vertragswidrigkeit des Geräts «Paracelse» dürfte sodann eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen. Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung wird zwar gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht leichthin angenommen. Erforderlich dafür ist – vereinfacht ausgedrückt – *eine relativ schwere Verletzung einer Pflicht*. In casu sprechen gewichtige Argumente für die notwendige Schwere. Ein für eine Tierarztpraxis bestimmtes Gerät, das falsche, inkohärente oder mit den pathologischen Befunden nicht vereinbare Analyseresultate liefert, ist kaum brauchbar. Hinzu kommt, dass es der D trotz mehrfacher Versuche nicht gelungen ist, die Vertragswidrigkeit zu beheben bzw. beheben zu lassen. Die Käuferin wird den Apparat auch kaum weiterveräußern können (ausser allenfalls zu einem «Schrottpreis»). Damit dürfte der Käuferin im Wesentlichen entgangen sein, was sie vom Vertrag hätte erwarten dürfen, und für die Lieferantin war auch voraussehbar, dass im Falle einer solchen Vertragswidrigkeit das Gerät für die Erwerblerin letztlich nutzlos ist. Sollten weitere Abklärungen ergeben, dass F der M im Rahmen der Vertragsverhandlungen konkrete Qualitätsversprechen abgegeben hat, welche sich nun nicht bewahrheiten, so wäre das ein zusätzliches Argument, das für die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung sprechen würde.

Zu prüfen ist im Weiteren, ob die Vertragsaufhebung fristgerecht erklärt worden ist (Art. 49 Abs. 2 CISG).

D war grundsätzlich zur Nachbesserung bereit und hat diese auch über Monate hinweg (mit Technikern der P) versucht, allerdings erfolglos. Die Nachbesserung war somit zumutbar (Art. 46 Abs. 3 CISG). Zur Erfüllung der Pflicht der Verkäuferin zur Nachbesserung setzte ihr M anfangs Dezember eine letzte Frist bis 18. Dezember 2017 (d.h. eine Frist von gut zwei Wochen). Im Hinblick auf die zahlreichen und über Monate andauernden Versuche der D zur Nachbesserung war die Länge dieser Nachfrist sicher angemessen i.S.v. Art. 47 Abs. 1

CISG. Nach Ablauf dieser Nachfrist bestand das Recht des Käufers zur Vertragsaufhebung, sofern die Aufhebung binnen angemessener Frist nach Ablauf dieser Nachfrist erklärt wurde.⁸ Die Vertragsaufhebung erfolgte nur zwei Tage nach Fristablauf; das kann problemlos als angemessen bezeichnet werden (Abs. 49 Abs. 2 lit. b ii CISG).

Auch hier spielt es keine Rolle, dass die Vertragsaufhebung nicht direkt der D, sondern dem F zuhanden der D erklärt wurde. Es gelten dazu dieselben Überlegungen wie bei der Mängelanzeige. Ob M befugt war, anstelle der L die Vertragsaufhebung zu erklären, ist bei Frage 7 zu untersuchen.

Frage 3

Nach UN-Kaufrecht führt grundsätzlich jede Vertragsverletzung des Verkäufers zu einem Schadenersatzanspruch des Käufers (Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG). Allerdings steht ihm die Entlastung gemäss Art. 79 CISG offen (vgl. dazu Art. 79 Abs. 5 CISG). Für eine erfolgreiche Entlastung müsste der Verkäufer indessen geltend machen können, die Vertragsverletzung beruhe auf einem *ausserhalb seines Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund* (Art. 79 Abs. 1 CISG). Daran gebricht es hier. Zwar versucht sich D mit dem Einwand zu entlasten, sie habe das Gerät nicht hergestellt, sondern sei bloss Zwischenhändlerin. *Für eine Entlastung gemäss Art. 79 CISG reicht dies aber nicht aus.* Bei Handelsketten ist die Herstellerin eines Produkts dem Einflussbereich des Verkäufers zuzurechnen.⁹ Damit schuldet D grundsätzlich Schadenersatz.

Zwischenbemerkung: *Massgebend ist hier Art. 79 Abs. 1 und nicht Abs. 2 CISG.¹⁰ Art. 79 Abs. 2 CISG kommt zur Anwendung, wenn die Erfüllung einer Pflicht auf einen Dritten übertragen wurde. Der Produzent einer Ware ist aber nicht anstelle des Verkäufers mit der Erfüllung betraut.*

Frage 4

Massgebend sind hier die Art. 197 ff. OR. Dass das Gerät «Paracelse» einen Mangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR aufweist, ist offenkundig. Da es falsche, inkohärente oder mit den pathologischen Befunden nicht vereinbare Analyseresultate liefert, ist es zum *vorausgesetzten Gebrauch* nicht tauglich. Ob F im Rahmen der Vertragsverhandlungen namens der D entsprechende Qualitätszusagen ge-

⁸ MARKUS MÜLLER-CHEN, Art. 49 CISG Rz. 32, in: PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. München/Basel 2013.

⁹ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 79 CISG Rz. 26; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (Fn. 5), Art. 79 CISG Rz. 29.

¹⁰ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 79 CISG Rz. 40; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (Fn. 5), Art. 79 CISG Rz. 37.

macht hat, braucht in diesem Zusammenhang daher nicht abgeklärt zu werden. Da es sich soweit ersichtlich um einen Fehler in der Herstellung des Geräts handelt,¹¹ bestand die Vertragswidrigkeit bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

Fraglich ist jedoch, ob die Voraussetzungen von Art. 201 OR erfüllt sind. Von einer hinreichenden Untersuchung des Kaufgegenstandes wird man zwar ohne weiteres ausgehen können. M hat das Gerät unmittelbar nach der Lieferung in Gebrauch genommen und dabei den Mangel festgestellt. *Heikler sieht es bei der Wahrung der Rügefrist aus.* Gemäss Art. 201 Abs. 1 OR hat der Käufer anders als nach UN-Kaufrecht nicht binnen angemessener Frist nach Entdecken des Mangels, sondern «sofort» zu rügen. Um eruieren zu können, ob diese kurze Rügefrist eingehalten wurde, müsste man wissen, *wann M den Mangel hinreichend zweifelsfrei¹² festgestellt hat bzw. hätte feststellen können.* Auf wesentlich mehr als eine Woche wird sich wohl die Frist für die Rüge nach Entdecken des Mangels kaum belaufen.¹³ Immerhin wird man annehmen dürfen, dass die D die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge anerkannt hat. Denn sie hat ja Nachbesserungsversuche (mit Hilfe von Technikern der P) unternommen, und zwar soweit ersichtlich ohne Vorbehalte anzubringen (etwa im Sinne von «ohne Anerkennung einer Rechtspflicht» oder dergleichen).

Auch hier ergeben sich keine Probleme aus dem Umstand, dass die Mängelrüge nicht von der Käuferin L ausging und dass sie nicht direkt an die Verkäuferin gerichtet war, sondern an deren Abschlussagenten in der Schweiz. Die Mängelrüge muss nicht durch den Käufer selbst erfolgen, sondern kann auch durch einen Dritten (sei es als Stellvertreter, sei es als Bote) erhoben werden. Ebenso kann auch hier offenbleiben, ob F als Abschlussagent zur Entgegennahme der Anzeige bevollmächtigt war.¹⁴ Denn die Mängelrüge wurde von F an D weitergeleitet.

Falls die Fristen nicht verpasst worden sind, steht dem Käufer grundsätzlich ein *Wandelungsanspruch* zu (Art. 205 Abs. 1 OR). Anders als das UN-Kaufrecht setzt das schweizerische Obligationenrecht für die Wandelung keine wesentliche Vertragsverletzung voraus. Allerdings riskiert der Käufer, dass der Richter im Falle einer Wandelungsklage bloss auf Minderung erkennt, wenn die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen

(Art. 205 Abs. 2 OR). Bei einem Gerät, das falsche, inkohärente oder nicht mit den pathologischen Befunden vereinbare Analyseresultate liefert, ist es allerdings eher unwahrscheinlich, dass ein Gericht nur den Minderwert zusprechen und damit dem Käufer zumuten würde, das Gerät weiter zu verwenden.

Zusätzlich ist zu beachten, dass die D zuerst – wenn auch nicht erfolgreich – Nachbesserungsversuche unternommen liess. Worauf sich diese rechtlich stützten, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht. Wahrscheinlich wurde im Vertrag ein Nachbesserungsrecht ausbedungen, möglicherweise erfolgten diese Versuche aber auch freiwillig (und wurden von M vorerst akzeptiert). Ein solches Nachbesserungsrecht schliesst aber nicht per se eine Wandelung aus. Wer als Käufer vorerst Nachbesserungsversuche des Verkäufers hinnimmt, kann – wie das Bundesgericht im Rambler-Fall zutreffend entschieden hat¹⁵ – nach dem Scheitern solcher Versuche immer noch die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, gegebenenfalls also auch die Wandelung, geltend machen.¹⁶

Anders als gemäss UN-Kaufrecht muss der Käufer nach OR die Wandelung nicht binnen angemessener Frist geltend machen. Eine zeitliche Schranke findet sich nur in Art. 210 OR. Die dort aufgeführte Zweijahresfrist ist in casu indessen noch lange nicht abgelaufen.

Ob M anstelle der L befugt war, die Wandelung zu erklären, ist bei Frage 7 zu untersuchen.

Frage 5

Falls der Käufer den Kaufvertrag wandelt, stützt sich sein Schadenersatzanspruch für den weiteren (d.h. nicht unmittelbaren) Schaden auf Art. 208

¹¹ Dazu schon vorn bei Frage 2.

¹² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der Mangel erst mit dessen zweifelsfreier Feststellung als entdeckt (BGE 117 II 425 E. 2 S. 427 und 107 II 172 E. 1a S. 175, je zum Werkvertrag).

¹³ In diesem Sinne wohl auch JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, OR BT – Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016, N 361; vgl. auch HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. Bern 2017, S. 101.

¹⁴ Nach schweizerischem Recht wäre er es (Art. 418e OR).

¹⁵ BGE 91 II 344.

¹⁶ HONSELL (Fn. 13), S. 115 f.

Abs. 3 OR. Gemäss dieser Bestimmung kann der Verkäufer den Schadenersatzanspruch abwenden, wenn ihm die *Exkulpation* gelingt. In casu macht die Verkäuferin D geltend, sie sei bloss Zwischenhändlerin; die Mangelhaftigkeit des Geräts sei von der Herstellerin P verursacht worden. Nach herrschender (wenn auch nicht unumstrittener) Lehre wird im Rahmen einer Händlerkette die *Lieferantin bzw. Herstellerin nicht als Hilfsperson der Verkäuferin betrachtet*.¹⁷ Die herrschende Lehre zum schweizerischen Kaufrecht macht hier einen deutlichen Unterschied zur Regelung, wie sie im UN-Kaufrecht in Art. 79 CISG festgehalten ist. Geht man von dieser Annahme aus, so wird der Fehler, den die Herstellerin bei der Produktion der Geräte verursacht hat, der Verkäuferin nicht zugerechnet. Damit würde die Exkulpation an sich gelingen.¹⁸

Nun sind allerdings Ausnahmen denkbar. Zum einen liesse sich die Auffassung vertreten, dass eine *Zwischenhändlerin unter gewissen Umständen zur Prüfung der Ware verpflichtet sei*, bevor sie diese weiterliefert. Hätte sie bei einer gehörigen Prüfung die Mängel entdecken können und hat sie die Prüfung unterlassen, so könnte dies als Pflichtverletzung gegenüber der Käuferin gewertet werden. Dann würde die Exkulpation scheitern. Ob in einem Fall wie dem vorliegenden von den Gerichten eine derartige Prüfungspflicht angenommen wird, lässt

sich schwer beurteilen. Ausgeschlossen ist es nicht, aber die Erfolgchancen sind wohl eher gering.¹⁹ Zum andern wird in der Lehre eine Ausnahme diskutiert, *wenn eine Konzerntochter Zulieferantin der Konzernmutter ist*.²⁰ Ob diese Konstellation in casu gegeben ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Immerhin lässt die Namensähnlichkeit zwischen der Produzentin und der Verkäuferin eine Konzernverbindung vermuten. Wie eine solche genau aussieht – wenn sie überhaupt gegeben ist –, ist ebenfalls offen. Denkbar ist es auch, dass die beiden Gesellschaften Konzernschwestern sind oder dass es sich bei der Verkäuferin um eine Konzerntochter der Produzentin handelt. Es wäre wohl sachgerecht, die Ausnahme auch auf diese Konstellationen auszudehnen. Aber es ist völlig offen, ob dem die Gerichte folgen würden.²¹

Frage 6

Beim Leasingvertrag, wie hier einer vorliegt, handelt es sich um einen Innominatkontrakt, d.h. er ist gesetzlich nicht geregelt. Dementsprechend existieren keine zwingenden Normen im Besonderen Teil des OR, die direkt anwendbar wären. Die fragliche Freizeichnungsklausel könnte aber dennoch inhaltlich scheitern, falls sich die sinngemässe Anwendung einer zwingenden Norm eines gesetzlich geregelten Vertragstyps aufdrängen würde.

Denkbar wäre eine analoge Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, einer zwingenden Norm aus dem Mietrecht, auf Leasingverträge. Denn das Leasing hat eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Mietvertrag und gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung *als (entgeltliche) Gebrauchsüberlassung sui generis*.²² Gemäss Mietrecht ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Von dieser Bestimmung kann zum Nachteil des Mieters in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht abgewichen werden (Art. 256 Abs. 2 lit. a OR). Würde man diese mietrechtliche Norm auf den hier zur Debatte stehenden Leasingvertrag anwenden, so wäre die Freizeichnung in Ziff. 5 der Allgemeinen Leasingbedingungen nichtig.

Gegen eine solche analoge Anwendung sprechen aber gute Gründe. Das Leasing ist ein Finanzierungsgeschäft. Die Leasingnehmerin ist am «Er-

¹⁷ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014, N 3067 f.; sinngemäss wohl auch INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Bern 2016, Rz. 23.08.

¹⁸ Dem wäre dann nicht so, wenn man der These folgen würde, den Gattungsverkäufer treffe nicht nur eine Beschaffungspflicht, sondern darüber hinaus (jedenfalls im gewerbmässigen Handel) *auch eine Einstandspflicht für die mängelfreie Beschaffenheit der Ware*. Das wird von der herrschenden Lehre jedoch nicht vertreten (YEŞİM M. ATAMER, Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR 2011 I 449 ff., S. 469 f., m.Nw.).

¹⁹ Dazu auch SCHWENZER (Fn. 17), Rz. 23.08, welche zumindest der «einfachen» Zwischenhändlerin (was auch immer darunter zu verstehen ist) keine Pflicht zur eingehenden Untersuchung der Ware auferlegen will.

²⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3068.

²¹ Vgl. zum ganzen Problemkreis einlässlich auch ATAMER (Fn. 18), S. 449 ff.

²² BGE 118 II 150 E. 6 S. 156 f.

werb» des Leasinggegenstandes (wenn auch aus finanzierungstechnischen Gründen nicht zu Eigentum, sondern nur zur Nutzung) interessiert. Meist – so auch hier – sucht sich die Leasingnehmerin (und nicht die Leasinggeberin) im Vorfeld des Vertragsschlusses den Leasinggegenstand und den Lieferanten aus. Dass anschliessend die Leasinggesellschaft formal als Käuferin auftritt, ist eine Folge des hinter dem Leasing stehenden Finanzierungskonzepts. *Die Leasingnehmerin steht bei dieser Konstellation, die hier gegeben ist, der Verkäuferin näher als die Leasinggeberin, und sie hat auch eine engere Beziehung zum Leasinggegenstand.* Daher ist es (jedenfalls beim Investitionsleasing, wie es vorliegend zur Debatte steht) sachlich vertretbar, dass die Leasinggeberin für das korrekte Funktionieren des Leasinggegenstandes nicht einstehen und das entsprechende Risiko auf die Leasingnehmerin abwälzen will. Wie die Gerichte entscheiden würden, ist offen. Man wird aber mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon ausgehen dürfen, dass die Gerichte die Freizeichnung als zulässig qualifizieren werden.²³

Diese Überlegungen treffen natürlich noch viel mehr zu, wenn berücksichtigt wird, dass die Leasingnehmerin in casu im Gegenzug zur Freizeichnung der Leasinggesellschaft deren Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer zediert erhalten hat. Dieses Argument sticht allerdings nur, wenn diese Abtretung ihrerseits wirksam ist. Darauf ist bei Frage 7 zurückzukommen.

Korrekturbemerkung: Welche Auffassung die Studierenden in der Klausur vertraten, war für die Bewertung nicht relevant. Wichtig war, dass die Problematik diskutiert wurde.

Theoretisch denkbar wäre es auch, die Frage unter dem Gesichtspunkt der übermässigen sittenwidrigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB zu diskutieren. Allerdings dürfte eine solche Freizeichnungsklausel kaum gegen das Übermassverbot verstossen, denn die Generalklausel von Art. 27 ZGB kann nur in besonders schwerwiegenden Fällen zum Tragen kommen. Die Frage der analogen Anwendung der konkreten mietrechtlichen Norm ist daher wesentlich naheliegender.

Frage 7

Zur Debatte stehen im vorliegenden Fall Schadenersatzansprüche einerseits sowie die Vertragsaufhebung gemäss Art. 49 CISG bzw. die Wandelung nach Art. 208 OR andererseits.

Zwischenbemerkung: Die Frage der Abtretbarkeit von Gewährleistungsansprüchen beurteilt sich auch dann nach nationalem Recht, wenn diese Ansprüche auf UN-Kaufrecht beruhen.²⁴ Von den Studierenden wurde nicht erwartet, dass sie sich zu dieser Frage ausdrücklich äusserten. Es genügte, dass sie sich mit der Abtretbarkeit der Ansprüche nach schweizerischem Recht auseinandersetzen.

Dem Schriftformerfordernis von Art. 165 Abs. 1 OR ist vorliegend Genüge getan. Der Leasingvertrag wurde von beiden Parteien (damit auch von der Zedentin L) unterzeichnet. Der Umstand, dass die Allgemeinen Leasingbedingungen, in denen die Zessionsklausel enthalten ist, nicht unterzeichnet sind, spielt keine Rolle. Es ist hinreichend, dass in der (unterzeichneten) Vertragsurkunde diese Leasingbedingungen zum Vertragsbestandteil erklärt werden. Zu prüfen ist aber die *Abtretbarkeit* der in Frage stehenden Ansprüche.

Schadenersatzansprüche sind gewöhnliche Forderungen. *Ihre Zedibilität ist unbestritten.*²⁵ Die L hat daher allfällige Schadenersatzansprüche gegenüber D wirksam an M abgetreten. Welche Ansprüche M gegen D unter diesem Titel geltend machen kann, ist bei Frage 9 näher zu untersuchen.

Problematisch ist hingegen die Abtretung des Rechts auf Vertragsaufhebung bzw. Wandelung. Dabei handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung an sich nicht zedibel ist.²⁶ Abtretbar wäre demgemäss nur die Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises, die sich im Anschluss an die Ausübung des Vertragsaufhebungs- bzw. Wandelungsrechts ergibt. Das Recht zur Vertragsaufhebung bzw. Wandelung selbst würde dagegen bei der Käuferin bleiben. Selbstredend könnte dieses Recht durch eine Dritte, hier die

23 In diesem Sinne etwa HONSELL (Fn. 13), S. 466 f.; MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN, Einl. vor. Art. 184 ff. OR N 83, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 6. Aufl. Basel 2015 [im Folgenden: BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN]; kritisch dagegen SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 13), N 2568.

24 THOMAS MURMANN/MARIUS STUCKI, Art. 4 CISG, Rz. 34 ff., in: CHRISTOPH BRUNNER (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl. Bern 2014.

25 CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 3779.

26 BGE 114 II 239 E. 5c aa S. 247 (zum Werkvertrag).

Leasingnehmerin, grundsätzlich als Stellvertreterin der Leasinggeberin ausgeübt werden. Die Abtretungsklausel in Ziff. 7 der Allgemeinen Leasingbedingungen liesse sich wohl auch problemlos als Ermächtigung zur stellvertretenden Ausübung dieses Rechts interpretieren. M nützt dies allerdings nichts, da sie die Erklärung im eigenen Namen und nicht als Stellvertreterin abgegeben hat. Bei der Wandelung könnte eine solche Erklärung als Stellvertreterin der L im Nachhinein noch erfolgen, nicht mehr aber bei der Vertragsaufhebung gemäss UN-Kaufrecht, da die Frist für eine solche (erneute) Erklärung gemäss Art. 49 Abs. 2 CISG nun wohl abgelaufen sein wird.

Korrekturbemerkung: Es liesse sich allenfalls auch die Auffassung vertreten, D hätte – da ihr das Leasingverhältnis bekannt war – nach Treu und Glauben selbst dann auf ein Handeln der M als Stellvertreterin der L bei der Abgabe der Willenserklärung auf Vertragsaufhebung schliessen müssen, wenn M diese Erklärung nicht ausdrücklich im Namen der L abgab. Für die Beurteilung wesentlich war es, zu erkennen, dass es einen Unterschied ausmacht, ob die Erklärung auf Vertragsaufhebung bzw. Wandelung kraft eigenen Rechts oder kraft Stellvertretung abgegeben wird.

In der Lehre wird allerdings die Auffassung vertreten, bei Leasingverträgen sei es sachgerecht, von der Abtretbarkeit sämtlicher Gewährleistungsrechte auszugehen, jedenfalls wenn diese Zession nicht bloss einzelne Gewährleistungsrechte, sondern die Gewährleistungsrechte insgesamt («im Bündel») umfasst.²⁷ Massgebend für diese Auffassung sind zum einen Praktikabilitätsüberlegungen. Zum anderen können hier die gleichen Gründe ins Feld geführt werden, welche die Freizeichnung des Leasinggebers gegenüber der Leasingnehmerin als sachlich vertretbar erscheinen lassen. Die Leasingnehmerin, die beim indirekten Investitionsgüterleasing (so auch hier) den Leasinggegenstand und den Lieferanten ausgewählt hat, steht dem Risiko näher, dass die Sache Mängel aufweist. Dann ist es auch vertretbar, ihr und nicht der Leasinggeberin die Last

der Auseinandersetzung mit dem Verkäufer zuzuweisen. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche wäre dann gleichsam das Korrektiv zur Freizeichnung der Leasinggeberin.

Welcher These die Gerichte folgen werden, ist offen.

Zwischenbemerkung 1: Im Urteil 4A_28/2017 vom 28. Juni 2017 ging das Bundesgericht stillschweigend davon aus, dass der Leasingnehmer berechtigt ist, in seiner Eigenschaft als Zessionar die Wandelung geltend zu machen. Auseinandergesetzt hat es sich in diesem Fall bloss mit dem Einwand der Verkäuferin, die Zession sei unwirksam, weil die Unterschrift der Käuferin und Leasinggeberin fehle, und diesen Einwand hat es verworfen. Mit der grundsätzlichen Frage, ob das Recht zur Wandelung zedibel sei oder nicht, befasste sich das Bundesgericht nicht. Die Tragweite dieses (nicht zur amtlichen Publikation bestimmten) Urteils ist schwer abschätzbar. Von den Studierenden konnte selbstverständlich nicht erwartet werden, dass sie dieses Urteil kennen.

Zwischenbemerkung 2: Überlegenswert wäre im vorliegenden Zusammenhang, ob die Frage der Zedibilität des Wandelungsrechts offengelassen und der Leasingnehmerin mit der Rechtsfigur des echten Vertrages zugunsten Dritter geholfen werden könnte. Der Vertrag zwischen der Lieferantin und der Leasinggeberin könnte allenfalls als (echter) Vertrag zugunsten der Leasingnehmerin interpretiert bzw. beim Vertragsabschluss von den Parteien ausdrücklich so ausgestaltet werden. Da das Eigentum am Leasinggegenstand nach dem Willen der Beteiligten nicht auf die Leasingnehmerin, sondern auf die Leasinggesellschaft übergehen soll, müsste sich dabei der Erfüllungsanspruch der Leasingnehmerin gegenüber der Verkäuferin allerdings auf die Verschaffung des Besitzes an der Kaufsache beschränken. Das würde dann die Frage aufwerfen, ob der Leasingnehmerin als Dritter nicht nur ein solcher (beschränkter) Erfüllungsanspruch gegenüber der Lieferantin zustünde, sondern bei mangelhafter Lieferung auch alle Sachmängelgewährleistungsrechte unter Einschluss der Wandelung. Eine Zession der Gewährleistungsansprüche wäre diesfalls nicht erforderlich. In der Lehre ist diese Frage nicht geklärt.²⁸ In der Klausur war darauf indessen nicht einzugehen, da ausdrücklich gefragt wurde, ob die Gewährleistungsansprüche der L gegen die D wirksam an M abgetreten worden seien.

²⁷ HONSELL (Fn. 13), S. 467 f.; zustimmend HUGUENIN (Fn. 25), Rz. 3763.

²⁸ Tendenziell eher zustimmend SCHWENZER (Fn. 17), Rz. 86.25; ablehnend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3896.

Frage 8

M ist verpflichtet, der Verkäuferin D den Kaufgegenstand zurückzugeben (Art. 81 Abs. 2 CISG; Art. 208 Abs. 1 OR). Darüber hinaus schuldet sie

den Gegenwert aller Vorteile, die sie aus der Ware gezogen hat (Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG) bzw. – was wohl auf dasselbe hinauslaufen wird – den bezogenen Nutzen (Art. 208 Abs. 1 OR).

Im Gegenzug schuldet D an sich die *Rückerstattung des Kaufpreises* samt Zinsen (Art. 81 Abs. 2 und Art. 84 Abs. 1 CISG; Art. 208 Abs. 2 OR). Fraglich ist nun allerdings, wer Gläubiger dieser Rückerstattungsforderung ist. Formal müsste dies M sein, an die das Recht zur Vertragsaufhebung bzw. Wandelung abgetreten wurde und die damit an sich auch Gläubigerin der Rückerstattungsforderung geworden ist. Allerdings ist zweifelhaft, ob dies von den Parteien des Leasingvertrages so gewollt sein konnte. Bei einer Rückerstattung des Kaufpreises an die Leasingnehmerin fällt das ganze Konstrukt des indirekten Leasings zusammen. Bezahlt wurde der Kaufpreis von der Leasinggeberin, nicht von der Leasingnehmerin. Der Leasinggegenstand war im Eigentum der Leasinggeberin; dieses Eigentum diente ihr wirtschaftlich gesehen als Sicherheit für den Fall, dass die Leasingnehmerin ihren Verpflichtungen nicht nachkommen sollte. Mit der Rückgabe des Leasinggegenstandes an den Verkäufer verliert die Leasinggeberin diese Sicherheit. Durch eine Auszahlung des Kaufpreises an die Leasingnehmerin wird diese Sicherheit nicht ersetzt, im Gegenteil. Dem (zumindest hypothetischen) Willen der Parteien kann ein solches Ergebnis kaum entsprechen. Man könnte sich daher fragen, ob die Abtretung des Rechts auf Vertragsaufhebung bzw. Wandelung hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs als Ermächtigung von Frau M zum Einzug des Kaufpreises (samt Zinsen) zugunsten der L zu interpretieren ist.²⁹ M müsste dann wohl auf Zahlung dieser Beträge an L klagen. Wie die Gerichte entscheiden würden, ist offen.

Zwischenbemerkung: Im Fall, der dem Urteil des Bundesgerichts 4A_28/2017 vom 28. Juni 2017 zugrunde lag, wurde diese Frage nicht problematisiert. Soweit ersichtlich haben die Vorinstanzen die Verkäuferin zur Zahlung an den Leasingnehmer verpflichtet, und vor Bundesgericht wurde dies für sich nicht mehr in Frage gestellt.

Frage 9

Die Abtretungsklausel im Leasingvertrag umfasst unter anderem allfällige (hier gemäss Aufgabenstellung als grundsätzlich gegeben zu unterstellende)

Schadenersatzansprüche aus der Lieferung nicht vertragsgemässer bzw. mangelhafter Ware der L als Käuferin gegenüber der D als Verkäuferin. Für Frau M sind solche Ansprüche an sich nicht von Nutzen. M wäre daran interessiert, von D Ersatz für den von ihr erlittenen Schaden zu erhalten. Im Ergebnis wäre dies dann ohne weiteres möglich, wenn L Frau M aus dem Leasingvertrag grundsätzlich für den erlittenen Schaden einstehen müsste. L würde dadurch ihrerseits einen Schaden erleiden, für den sie von D Ersatz verlangen könnte. Diesen Anspruch auf *Ersatz des Haftungsinteresses* könnte M gestützt auf die *Zession* gegen D geltend machen. Die (hier als wirksam unterstellte) Freizeichnung im Leasingvertrag verhindert jedoch, dass ein solches Haftungsinteresse entsteht.³⁰

Damit Frau M von D für den von ihr erlittenen Schaden Ersatz verlangen kann, müsste ihre Anwältin auf eine der beiden folgenden dogmatischen Hilfskonstruktionen zu greifen versuchen, die in der Lehre diskutiert werden:³¹

1. Denkbar ist einmal die sogenannte *Dritt-schadensliquidation*.³² In der Regel kann ein Vertragspartner von seinem Kontrahenten aus einer Vertragsverletzung nur Ersatz des *Eigenschadens* verlangen. In gewissen Fallkonstellationen soll dem Vertragspartner gemäss Lehre darüber hinaus ausnahmsweise auch Anspruch auf Ersatz des Schadens zustehen, den eine bestimmte Drittperson erlitten hat, und zwar dann, wenn es stossend wäre, dass der Schädiger deshalb nicht haftet, weil der Schaden «zufällig» auf einen Dritten verlagert wird.³³ Wird dieser Anspruch an die Drittperson zediert, so kann diese gegenüber dem Schädiger faktisch den selbst erlittenen Schaden unter dem Titel Drittschaden geltend machen. Diskutiert werden in der Lehre verschiedene Fallkonstellationen, so die obligatorische Gefahrentlastung, die mittelbare Stellvertretung, Treuhandverhältnisse und gewisse Obhuts-

²⁹ HONSELL (Fn. 13), S. 468.

³⁰ HUGUENIN (Fn. 25), Rz. 3779.

³¹ Dazu HUGUENIN (Fn. 25), Rz. 3781 f.

³² HUGUENIN (Fn. 25), Rz. 3781; HONSELL (Fn. 13), S. 469; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 23), Einl. Vor Art. 184 ff. OR N 83.

Zur Drittschadensliquidation generell einlässlich etwa SCHWENZER (Fn. 17), Rz. 14.23 ff., und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 17), N 2881 ff.

³³ SCHWENZER (Fn. 17), Rz. 14.25.

fälle. Die schweizerische Lehre ist der Rechtsfigur der Drittschadensliquidation gegenüber eher skeptisch eingestellt. Das Bundesgericht hat soweit ersichtlich noch nie ausdrücklich dazu Stellung genommen. Immerhin scheint zumindest die Fallgruppe der mittelbaren Stellvertretung in der schweizerischen Lehre anerkannt zu sein.

Diese Fallgruppe liesse sich vielleicht für das Leasing fruchtbar machen. Der Leasinggeber schliesst den Kaufvertrag mit dem Lieferanten zwar in eigenem Namen, aber im Interesse der Leasingnehmerin ab. Das hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der mittelbaren Stellvertretung³⁴ («Handeln für fremde Rechnung», wobei allerdings streng genommen die Leasinggeberin nicht auf Rechnung der Leasingnehmerin tätig wird³⁵). Akzeptiert man dies, so könnte M als Leasingnehmerin gegenüber der D ihren Schaden unter dem Titel «Drittschaden der L» einklagen.³⁶

2. Ebenso denkbar wäre aber auch ein *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*.³⁷ In der schweizerischen Lehre wird diese Denkfigur diskutiert und

nicht grundsätzlich abgelehnt. Das Bundesgericht hat bisher offengelassen, ob es diese Konstruktion akzeptieren würde.³⁸

Korrekturbemerkung: *Diskutabel wäre allenfalls auch ein (echter) Vertrag zugunsten Dritter.³⁹ Da bei Frage 9 nur Schadenersatzansprüche zur Debatte stehen, ist die Unterscheidung zwischen dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und dem (echten) Vertrag zugunsten Dritter hier jedoch nicht von praktischer Bedeutung.*

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geht von der Idee aus, dass der Schuldner nicht nur gegenüber seinem Vertragsgläubiger vertragliche Schutzpflichten hat, sondern ausnahmsweise auch gegenüber einem Dritten. Gemäss Lehre müssten für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter drei Kriterien erfüllt sein⁴⁰: (1.) Der Dritte muss sich bezogen auf die Hauptleistungspflicht in Leistungsnähe befinden. (2.) Der Gläubiger muss für das «Wohl und Wehe» des Dritten verantwortlich sein. (3.) Der Schuldner muss diese beiden Tatsachen erkennen können.

Das erste Kriterium ist bei einem indirekten Leasing offenkundig erfüllt. Die Leasingnehmerin steht der Hauptleistung aus dem zwischen dem Lieferanten und der Leasinggesellschaft geschlossenen Kaufvertrag sehr nahe. Der Kaufvertrag wird ja von der Leasinggeberin nur mit Blick auf das Leasing geschlossen. Insoweit ist auch das dritte Kriterium erfüllt, wenn sich – wie hier – die Leasingnehmerin im Vorfeld selber mit dem Lieferanten in Verbindung setzt und die Vertragsverhandlungen aufnimmt. Der Lieferant weiss, dass der Kaufvertrag von der Käuferin letztlich im Interesse der Leasingnehmerin abgeschlossen wird. Heikel ist dagegen das zweite Kriterium. Die «Wohl-und-Wehe-Beziehung», wie sie in der Lehre aufgeführt wird, setzt im Grunde nicht nur eine Nähe zwischen dem Vertragsgläubiger und dem Dritten voraus, sondern auch eine gewisse «Verantwortlichkeit» des Vertragsgläubigers für das Wohlergehen des Dritten. Ob man das für den Leasinggeber im Verhältnis zur Leasingnehmerin – einer reinen Finanzierungsbeziehung ohne weiter gehende Verantwortlichkeiten – annehmen kann, ist fraglich, aber immerhin nicht ganz ausgeschlossen. Erachtet man auch dieses Kriterium als erfüllt, so hat der Verkäufer auch für den Schaden einzustehen, den die Leasingnehmerin aus der Lie-

³⁴ HUGUENIN (Fn. 25), Rz. 3781 in fine.

Die in der Lehre ebenfalls als mögliche Fallgruppe der Drittschadensliquidation aufgeführte obligatorische Gefahrentlastung passt hier weniger gut (Beispiele für diese Fallgruppe finden sich etwa bei SCHWENZER [Fn. 17], Rz. 14.24).

³⁵ So aber z.T. ausdrücklich die deutsche Lehre, gemäss der dem Leasingvertrag ein Element der Geschäftsbesorgung innewohnt (MARKUS STOFFELS, Rz. 236 in fine, m.Nw., in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Leasing [Leasingrecht], Neubearbeitung 2014, Berlin 2014).

³⁶ In der Literatur wird allerdings z.T. bestritten, dass beim Leasing das Kriterium der Zufälligkeit der Schadenverlagerung erfüllt ist (Hinweise dazu bei HONSELL [Fn. 13], S. 469, und HUGUENIN [Fn. 25], Rz. 3781 Anm. 80).

³⁷ HUGUENIN (Fn. 25), Rz. 3782.

Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter generell einlässlich etwa SCHWENZER (Fn. 17), Rz. 87.01 ff., und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3910 ff.

³⁸ BGE 130 III 345 E. 1 S. 347 f.

³⁹ Vgl. dazu die Zwischenbemerkung 2 oben bei Frage 7.

⁴⁰ In der deutschen Lehre wird z.T. als viertes Kriterium die Schutzbedürftigkeit des Dritten erwähnt. Allerdings ist dieses Kriterium umstritten. In den schweizerischen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts wird auf dieses Kriterium soweit ersichtlich nicht oder kaum eingegangen.

ferung nicht vertragsgemässer bzw. mangelhafter Ware erleidet. Das Klagerecht stünde der Leasingnehmerin diesfalls direkt zu; eine Zession von Schadenersatzansprüchen wäre nicht erforderlich.

Korrekturbemerkung: Gemäss ausdrücklicher Aufgabenstellung war nicht zu prüfen, ob die dogmatischen Konzepte der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch zum Tragen kommen, wenn der Kaufvertrag dem UN-Kaufrecht unterliegt. In der (deutschsprachigen) Lehre wird tendenziell die Auffassung vertreten, diese Konzepte seien unter UN-Kaufrecht nicht anwendbar. Allerdings werden zum Einbezug von Dritten in das Schadenrecht durchaus differenzierte Meinungen aufgeführt.⁴¹ Von den Studierenden konnte nicht erwartet werden, dass sie dies wissen, geschweige denn, dass sie diese Problematik diskutieren. Bei Abklärungen zu einem «echten» Fall dürfte diese Thematik aber selbstredend nicht ausgeblendet werden.

Frage 10

Zwischenbemerkung: Gemäss Aufgabenstellung ist davon auszugehen, dass die Gerichtsstandsklausel im Vertrag zwischen L und D auch im Verhältnis zwischen M und D wirksam ist. Das ist effektiv so. Denn Gerichtsstandsvereinbarungen gehen als Nebenrechte i.S.v. Art. 170 OR auf den Zessionar über, sofern sie nicht mit besonderer Rücksicht auf die Person des Zedenten abgeschlossen wurden⁴² (was hier nicht der Fall sein wird). Da nicht erwartet werden konnte, dass die Studierenden dies wissen, wurde die Aufgabenstellung entsprechend formuliert.

Zur Debatte steht, ob das Handelsgericht des Kantons Bern zuständig ist oder der gewöhnliche Instanzenzug (Regionalgericht Bern-Mittelland/Obergericht des Kantons Bern) zum Tragen kommt. Geregelt ist die Zuständigkeit der Handelsgerichte (für den Fall, dass der betreffende Kanton – wie hier Bern – ein Handelsgericht kennt [Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ]) in Art. 6 Abs. 2 ZPO.

Keine Probleme bieten in casu Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO. Betroffen ist die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien (lit. a). Auch die Möglichkeit der Beschwerde an das Bundesgericht (lit. b) ist gegeben. Der Streitwert beträgt Fr. 32'000.–. Damit steht die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Kritisch ist dagegen Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO. Zwar wird die Verkäuferin D als Aktiengesellschaft in

Belgien wohl ohne weiteres in einem dem schweizerischen Handelsregister vergleichbaren Register eingetragen sein. Fraglich ist aber, wie dies bei M aussieht. Bei ihr muss abgeklärt werden, ob sie im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Eine solche Eintragung ist auf freiwilliger Basis möglich, wenn keine Eintragungspflicht besteht (Art. 934 Abs. 2 OR; Art. 36 Abs. 4 HRegV). Ob M eintragungspflichtig ist oder nicht, kann offenbleiben. Den erforderlichen Mindestumsatz von Fr. 100'000.– pro Jahr wird sie als Tierärztin mit grosser Wahrscheinlichkeit erreichen; aber ob bei einer Tierarztpraxis von einem kaufmännischen Gewerbe auszugehen ist, mag fraglich sein. Massgebend gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO ist indessen nicht die Eintragungspflicht als solche, sondern der effektive (freiwillige oder obligatorische) Eintrag.⁴³

Sollte M im Handelsregister eingetragen sein, wären alle Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt. Damit wäre das Handelsgericht des Kantons Bern sachlich zwingend zuständig.⁴⁴ Fehlt dagegen ein Eintrag, so sind an sich die ordentlichen Gerichte (d.h. das Regionalgericht Bern-Mittel-

⁴¹ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 74 CISG Rz. 14; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG Rz. 15 f.; weitergehend NILS SCHMIDT-AHRENDTS/MARK CZARNECKI, Art. 74 CISG Rz. 4, in: CHRISTOPH BRUNNER (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl. Bern 2014; HERBERT SCHÖNLE/THOMAS KOLLER, Art. 74 CISG Rz. 11, in: HEINRICH HONSELL (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2010.

⁴² BGE 123 III 35 E. 3c S. 46; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3459; DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, Art. 170 OR N 8, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 6. Aufl. Basel 2015.

⁴³ MEINRAD VETTER, Art. 6 ZPO N 26, in: THOMAS SUTTERSOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016; BERNHARD BERGER, Art. 6 ZPO N 18, in: HEINZ HAUSHEER/HANS PETER WALTER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012; DOMINIK VOCK/CHRISTOPH NATER, Art. 6 ZPO N 14, in: KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Basel 2017.

⁴⁴ Ein Schlichtungsverfahren würde entfallen (Art. 198 lit. f ZPO).

land⁴⁵/anschliessend das Obergericht des Kantons Bern) zuständig. Allerdings hätte M die Möglichkeit, gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO wahlweise auch vor dem Handelsgericht gegen die D vorzugehen.

Korrekturbemerkung: Keine Rolle spielt es, dass im Verhältnis zwischen der L und der D das Handelsgericht auf

45 Da die beklagte Partei ihren Sitz im Ausland hat, könnte die klagende Partei auf ein vorgängiges Schlichtungsverfahren verzichten (Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO).

46 SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER / VETTER (Fn. 43), Art. 6 ZPO N 28, m.Nw.

47 Beim Sachverhalt liess ich mich vom Urteil des Bundesgerichts 4A_28/2017 vom 28. Juni 2017 inspirieren. In diesem Fall ging es um das Leasing von zwei Analysegeräten für eine Tierarztpraxis, eines mit dem Namen «Paracelse», das andere mit dem Namen «Pasteur». Um den Fall nicht zu überladen, habe ich im Prüfungsfall das Gerät «Pasteur» weggelassen. Das Gerät «Paracelse» wies im echten Fall genau die Mängel auf, die im Prüfungsfall aufgeführt wurden.

Der echte Fall war in kaufrechtlicher Hinsicht einfacher als der Prüfungsfall. Der Kaufvertrag hatte keinen Auslandsbezug, beurteilte sich also nur nach schweizerischem Obligationenrecht. Auch war dort nicht davon die Rede, dass die Verkäuferin die Apparate nicht selber hergestellt, sondern bloss vertrieben hat. Die beiden in den Prüfungsfall eingebauten «Zusätze» (Ansässigkeit der Verkäuferin in Belgien und Absatz des Geräts im Rahmen einer Händlerkette) sind meiner Phantasie entsprungen.

Auch im echten Fall waren die Gewährleistungsrechte der Leasinggeberin an den Leasingnehmer (der Tierarzt war – heute schon fast eine Seltenheit – männlichen Geschlechts) abgetreten worden. Und auch im echten Fall hatte der Leasingnehmer, nicht die Leasinggeberin, die Wandelung des Kaufvertrages erklärt. Seltsamerweise wurde aber im Bundesgerichtsentscheid die Frage, ob das Recht zur Wandelung zediert werden kann, überhaupt nicht thematisiert. Die Zedibilität dieses Rechts wurde stillschweigend unterstellt. Warum dies so ist, muss offenbleiben. Vielleicht wurde dieses Problem von der beklagten Verkäuferin (bzw. ihrer Anwältin) nicht in den Prozess eingebracht, sodass die Gerichte keinen Anlass hatten, dazu Stellung zu nehmen. Vielleicht handelt es sich beim besagten Bundesgerichtsentscheid aber auch erneut um ein nicht über alle Zweifel erhabenes Urteil. Die Qualität unserer höchstrichterlichen (französischsprachigen) Entscheide in vertragsrechtlichen Streitigkeiten hat nach meiner Einschätzung in den letzten Jahren ja leider nachgelassen (dazu THOMAS KOLLER, Einmal mehr: Fragwürdiges im Mietrecht vom Mon-Repos, in: Jusletter vom 20. November 2017). Wie auch immer: Es ist bedauerlich, dass das Bundesgericht die Gelegenheit nicht benutzt hat, um die interessante Frage zu klären.

jeden Fall zuständig wäre, weil L als Aktiengesellschaft zwingend im Handelsregister eingetragen ist. Geht eine Forderung vor Prozesseinleitung auf eine Person über, die nicht im Handelsregister eingetragen ist, so entfällt die Zuständigkeit des Handelsgerichts.⁴⁶ Von den Studierenden wurde nicht erwartet, dass sie dies wissen.

C. Bemerkungen

I. Allgemeines

Die Bachelorklausur vom 8. Januar 2018 hatte einen Fall zum Gegenstand, der einem Praktikanten bzw. einer Praktikantin in einer gut geführten Anwaltskanzlei begegnen könnte. Die Chefin betraut die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter mit der Abklärung verschiedener Aspekte eines neuen Falles im Hinblick auf eine erste Besprechung mit der Klientin. Das Dossier ist, wie dies bei einem neuen Fall am Anfang oft vorkommen wird, vorerst noch «dünn». Weitere Abklärungen werden daher für eine verlässliche Beurteilung erforderlich sein. Die erste rechtliche Beurteilung dient unter anderem auch (aber nicht nur) dazu, zu eruieren, was an zusätzlichen Informationen noch erforderlich ist.

Da die Chefin mit Arbeit stark ausgelastet sein wird, ist sie auf fundierte und konzise Ausführungen angewiesen. Abschweifungen sind für sie Zeitverschwendung, Ungenauigkeiten und Fehler ein Ärgernis. Gleichzeitig will die Chefin aber auch ihrem Ausbildungsauftrag nachkommen. Daher lässt sie gewisse Fragen abklären, deren Antworten sie selbstverständlich bereits kennt, um die Praktikantin bzw. den Praktikanten zu schulen.

Mit dem Fall⁴⁷ wurden verschiedene Fähigkeiten getestet, über die ausgebildete Juristinnen und Juristen verfügen sollten, nämlich gewisse Grundkenntnisse im Schuldrecht (konkret im schweizerischen Kaufrecht, im UN-Kaufrecht, im Recht der Innominatkontrakte [illustriert anhand des Leasingvertrages] und im allgemeinen Obligationenrecht [Zedibilität von Gestaltungsrechten, Drittschadensliquidation, etc.) sowie im Prozessrecht, sodann die Fähigkeit, einen Fall unter Zuhilfenahme der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen zu bearbeiten, und schliesslich – ganz essentiell – die Fähigkeit zur Subsumtion und zur juristischen Argumentation. Ob sich bei «echten» Leasingfällen effektiv alle

Fragen so wie hier stellen würden, kann offenbleiben. Es ist anzunehmen, dass in der Praxis in den Leasingverträgen, allenfalls auch in den mit ihnen verknüpften Kauf- oder Werkverträgen, etliche heikle Aspekte ausdrücklich geregelt werden. Nur: Bevor man sachgerechte Regelungen in Verträge einbauen kann, muss man die ohne solche Regelungen bestehenden rechtlichen Probleme kennen. Es war daher im Rahmen einer universitären Prüfung gerechtfertigt, die Aufgabenstellung unter Verzicht auf die Wiedergabe detaillierter vertraglicher Vereinbarungen auf Grundstrukturen zu reduzieren.

In den letzten Jahren wurden in den Privatrechtlichen Übungen in verschiedenen Fällen zahlreiche Probleme thematisiert, die in den Klausuraufgaben enthalten waren. Zudem wurden solche Rechtsfragen immer wieder in den Vorlesungen behandelt. Die Aufgaben waren daher nach einem regelmässigen Veranstaltungsbesuch und bei seriöser Prüfungsvorbereitung ohne weiteres lösbar. Dies schlug sich denn auch in der Notenstatistik nieder. Erfreulich ist, dass über 36% der Studierenden eine gute oder sehr gute Leistung erbracht haben. Die rund 37% der Studierenden mit den Noten 4 und 4,5 haben den Ausweis über einige vorhandene Kenntnisse im materiellen Privatrecht und im Prozessrecht erbracht, müssen sich aber bewusst sein, dass ihr juristisches Handwerk noch klar verbesserungsbedürftig ist. Die Studierenden mit einer ungenügenden Note (d.h. etwas mehr als 26%) wären dagegen (noch) nicht geeignet, in der Praxis entsprechende Fälle selbständig zu bearbeiten.

Die Angabe der pro Frage erzielbaren maximalen Punktezahl war 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 bei der einzelnen Klausur nicht ein mathematisch präziser Vorgang ist, sondern stets – wie es bei Prüfungen nicht anders sein kann – nach pflichtgemässen 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 Gegen-

zug 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 weniger als die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktezah erforderlich.

Im Folgenden sollen die häufigsten Fehler, die sich in den 148 korrigierten Klausuren fanden, aufgelistet und besprochen werden.

II. Häufigste Fehler

a) Bei Frage 2 haben relativ viele Studierende die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung (Art. 25 CISG) geprüft, bevor sie sich mit der Vertragsverletzung als solcher auseinandergesetzt haben. Diese Reihenfolge war nicht zweckmässig (wurde aber nicht mit einem Punkteabzug sanktioniert). Denn bevor man untersuchen kann, ob eine Vertragsverletzung die qualifizierenden Kriterien von Art. 25 CISG erfüllt, muss dargelegt werden, ob überhaupt eine Vertragsverletzung – in casu die Lieferung vertragswidriger Ware gemäss Art. 35 ff. CISG – vorliegt. Nicht wenige dieser Studierenden haben es dann gar unterlassen, sich zur Vertragsverletzung als solcher und/oder zur Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Art. 38 f. CISG) zu äussern. Solche Unterlassungen hatten selbstverständlich einen Punkteverlust zur Folge.

b) Bei Frage 2 wurde bei der Prüfung des Problems, ob die Vertragswidrigkeit des Geräts «Paracelse» wesentlich i.S.v. Art. 25 CISG sei, das Kriterium der *Voraussehbarkeit* von etlichen Studierenden falsch verstanden. Die vertragsbrüchige Partei muss nicht (wie gelegentlich behauptet wurde) die Vertragsverletzung vorausgesehen haben können, sondern die *Folgen einer allfälligen Vertragsverletzung*. Massgebend ist also nicht, ob die D mit den Fehlfunktionen des Apparats rechnen musste, sondern ob sie hätte voraussehen müssen, dass der Käuferin im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, wenn die von M geltend gemachten Fehlfunktionen auftreten.

c) Die Fragen 3 und 5 wurden von vielen Studierenden falsch verstanden. Bei diesen Fragen ging es nicht darum abzuklären, ob P statt D Verkäuferin

des Geräts sei. Aufgrund des Sachverhalts kann kein Zweifel daran bestehen, dass D Vertragspartnerin der L ist, schloss doch die D, handelnd durch ihren Agenten F, schriftlich den Kaufvertrag mit der L. Offenkundig liegt eine Absatzkette vor, wie sie in der Praxis sehr weit verbreitet ist: Eine Unternehmung stellt ein Produkt her, eine andere Unternehmung vertreibt dieses Produkt (wobei die Absatzketten in der Praxis oft länger sind). Ob es sich dabei um dieselgetriebene Volkswagen (hergestellt in Wolfsburg, in der Schweiz abgesetzt durch die AMAG und allenfalls durch weitere Glieder in der Absatzkette) handelt oder um Analysegeräte für Tierarztpraxen, spielt keine Rolle. Das Problem ist immer dasselbe: Kann der Endverkäufer Schadensersatzansprüche des Käufers wegen der Lieferung vertragswidriger Ware mit dem Einwand abwenden, es liege ein Fehler in der Herstellung vor und dafür sei er nicht verantwortlich?

d) Im UN-Kaufrecht (Frage 3) ist die Antwort einfach. Fehler, die im Bereich des Herstellers oder Lieferanten passieren, liegen gemäss Art. 79 Abs. 1 CISG im Risikobereich des Verkäufers. Der Hersteller oder Lieferant gilt dabei nicht als Dritter i.S.v. Art. 79 Abs. 2 CISG. Im schweizerischen Recht (Frage 5) dagegen fällt die Antwort differenziert aus. Falls der Käufer den Kaufvertrag wandelt (nicht aber, wenn er bloss Minderung verlangt), haftet der Verkäufer für den unmittelbaren Schaden kausal (Art. 208 Abs. 2 OR). Da es somit nicht auf sein Verschulden ankommt, hat er für unmittelbaren Schaden auch bei allfälligen Herstellerfehlern einzustehen. Gemäss Aufgabenstellung war in casu indessen (vorerst, d.h. für die Prüfung) von einem *weiteren Schaden* auszugehen. Das eröffnet dem Verkäufer die Möglichkeit zur *Exkulpation* (Art. 208 Abs. 3 OR). Bei Herstellerfehlern würde ihm diese Exkulpation nicht gelingen, wenn ihm der *Hersteller als Hilfsperson* zugerechnet werden könnte. Das wird

nun aber von der herrschenden Lehre in der Schweiz verneint. Hersteller und Lieferanten fallen mithin insoweit (anders als nach UN-Kaufrecht) nicht in die Risikosphäre des Verkäufers. Die meisten Studierenden haben dies nicht gesehen.

Ebenfalls generell ausgeschlossen wäre die Exkulpation für Herstellerfehler beim Gattungskauf (wie hier einer vorliegen dürfte⁴⁸), wenn man der These folgt, den Verkäufer treffe nicht nur eine Beschaffungs-, sondern darüber hinaus auch eine Einstandspflicht für die mängelfreie Beschaffenheit der Ware. Das wird von der herrschenden Lehre jedoch nicht vertreten.⁴⁹ Im Einzelfall könnte die Exkulpation der Verkäuferin scheitern, wenn man annimmt, sie hätte den Apparat *vor der Weiterveräußerung prüfen* müssen und dabei hätte sie die Fehlfunktionen feststellen können. Scheitern würde die Exkulpation aber auch, wenn man in casu im Sinne einer Ausnahme die Herstellerin doch als Hilfsperson der Verkäuferin qualifizieren würde. Eine solche Ausnahme liesse sich allenfalls mit einem *Konzernverhältnis* begründen, das möglicherweise – wie die Namensähnlichkeit suggeriert – zwischen der D und der P besteht. Dazu wären weitere Sachverhaltsabklärungen erforderlich. Ob man mit dieser Argumentation bei den Gerichten durchdringen würde, ist jedoch sehr unsicher. Dazu geäußert haben sich nur relativ wenige Studierende.

Die Risikozuweisung bei Absatzketten nach schweizerischem Recht unterscheidet sich mithin deutlich vom UN-Kaufrecht. Ob das durchwegs sachgerecht ist, kann man füglich bezweifeln. Denn man muss sich im Klaren sein: Werden Hersteller und Lieferanten nicht der Risikosphäre des Verkäufers zugewiesen, wird auch der sonst (zumindest theoretisch) mögliche *Händlerregress* abgeschnitten.⁵⁰ Das schafft für Produzenten einen (zusätzlichen) Anreiz, Händlerketten zu schaffen. Offenbleiben muss hier, ob dieser Nachteil ausgeglichen werden könnte, indem man Absatzketten als weitere Fallgruppe der Drittschadensliquidation qualifiziert. An der Prüfung gefragt war dies nicht.

e) Bei Frage 5 haben Studierende verschiedentlich geprüft, ob die D Hilfsperson der P i.S.v. Art. 101 OR sei. Das war sinnlos. Zwischen L und P besteht offenkundig kein Vertrag. Daher kann sich die Frage, ob D Hilfsperson der P im Verhältnis zu L sei, gar nicht stellen.

⁴⁸ Dazu unten lit. g.

⁴⁹ Vgl. dazu vorn Fn. 18.

⁵⁰ In der Praxis kann natürlich ein theoretisch an sich bestehender Händlerregress an zahlreichen Problemen scheitern, so etwa wenn der Zwischenhändler Fristen verpasst hat, die Absatzverträge Freizeichnungsklauseln enthalten oder Vorlieferanten bzw. Produzenten insolvent geworden sind.

f) Viele Studierende haben sich bei Frage 5 sehr einlässlich zur Abgrenzung zwischen unmittelbarem und weiterem Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 und 3 OR geäußert. Das war überflüssig und hat unnötig Zeit gekostet. Gemäss Aufgabenstellung war davon auszugehen, dass nicht ein unmittelbarer Schaden vorliegt.

g) Ganz vereinzelt haben Studierende bei Frage 4 geprüft, ob sich die Käuferin auf einen Willensmangel, konkret auf einen *Grundlagenirrtum* gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, berufen könne. Das war aus verschiedenen Gründen nicht zielführend. Zur Debatte steht nicht nur die Vertragsauflösung, sondern auch Schadenersatz. Ein Grundlagenirrtum bietet aber für den Irrenden *keine Grundlage für einen Schadenersatzanspruch*. Sodann könnte sich die Käuferin in casu nicht mehr auf einen Irrtum berufen. Sie (bzw. an ihrer Stelle die M) hat Nachbesserungsversuche akzeptiert, gar eine letzte Frist für die Nachbesserung gesetzt, und zudem Schadenersatzansprüche angemeldet. Damit wurden vertragliche Ansprüche geltend gemacht. Das setzt einen gültigen Vertrag voraus. Wer solche Ansprüche erhebt, *genehmigt* nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung den allenfalls willensmängelbehafteten Vertrag und kann sich daher nicht mehr auf Willensmängel berufen.⁵¹ Schliesslich dürfte im vorliegenden Fall auch die Art des Vertrages einer Berufung auf einen Grundlagenirrtum im Weg stehen. In Frage stehen wird mit grosser Wahrscheinlichkeit ein *Gattungskauf*. Man kann sich kaum vorstellen, dass bei einem grenzüberschreitenden Kauf eines neuen Analysegeräts für eine Tierarztpraxis ein Speziaikauf vorliegt. Das wäre nur möglich, wenn ein konkretes Einzelstück Vertragsgegenstand wäre. Handelt es sich aber um einen Gattungskauf, so ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Lieferung mangelhafter Ware eine Berufung auf einen Grundlagenirrtum nicht möglich, ausser der Käufer hätte sich über eine Gattungseigenschaft geirrt.⁵²

h) Bei Frage 4 haben etliche Studierende ausgeführt, bei einem verdeckten Mangel sei eine Rügefrist von einem Monat nach schweizerischem Kaufrecht noch zugänglich. Es wäre hochriskant, in der Beratungspraxis diesen Standpunkt einzunehmen. Dass das Bundesgericht bei einem Kaufvertrag über ein Investitionsgut eine derart lange Rügefrist im

Rahmen von Art. 201 OR akzeptieren würde, ist kaum anzunehmen. Von dem Moment an, in dem der Mangel (mit hinreichender Sicherheit) entdeckt wurde bzw. hätte entdeckt werden können, darf man vorsichtshalber mit der Rüge bei weitem nicht so lange zuwarten, wenn der Vertrag dem schweizerischen Obligationenrecht unterliegt.

i) Bei Frage 6 haben etliche Studierende die Freizeichnungsklausel der Leasinggeberin einlässlich unter Art. 8 UWG geprüft. Das war sinnlos. Art. 8 UWG findet gemäss ausdrücklichem Wortlaut nur auf *Verbraucherverträge* Anwendung. Wie auch immer Verbraucherverträge im Einzelnen umschrieben werden: In casu liegt offenkundig kein Konsumentenvertrag vor. Denn die Leasingnehmerin verwendet das Gerät für berufliche Zwecke. In der Lehre wird zwar ganz vereinzelt postuliert, der geltende Art. 8 UWG müsse auch zum Schutz von KMU zum Tragen kommen. Aber dieses Postulat verträgt sich – so gut es gemeint ist – nicht mit dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung.

j) Bei Frage 10 haben viele Studierende die Zulässigkeit und Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung geprüft. Das war überflüssig, denn gemäss Aufgabenstellung war von einer wirksamen Gerichtsstandsklausel auszugehen. Zu prüfen war nicht die örtliche, sondern bloss die sachliche Zuständigkeit.

k) Ganz wenige Studierende haben bei Frage 10 geschrieben, sie wüssten nicht, ob der Kanton Bern ein Handelsgericht habe oder nicht. Das war krass und wurde mit einem Punkteabzug sanktioniert. Selbstverständlich muss man dies bei einer Ba-

⁵¹ Grundlegend dazu BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f.; bestätigt in BGE 129 III 18 E. 2.3 S. 22 f.

⁵² BGE 94 II 26 E. 1 S. 29; Urteil des Bundesgerichts 4C.300/2006 vom 19. Februar 2007, E. 5.3 («Fensterglas-Fall», in BGE 133 III 335 nicht publiziert); HEINRICH HONSELL, Vor Art. 197–210 OR N 9 in fine, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 6. Aufl. Basel 2015; THOMAS KOLLER, S. 513 f. (Kommentierung von BGE 133 III 335), in: THOMAS KOLLER/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/IVO SCHWANDER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2015.

chelorprüfung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (anders als bei der Anwaltsprüfung im Kanton Bern) nicht auswendig wissen. Aber man hätte es herausfinden können. Dass der Kanton Bern über ein Handelsgericht verfügt, ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ, und das EG ZSJ musste gemäss ausdrücklichem Hinweis auf der Website des Zivilistischen Seminars an die Prüfung mitgenommen werden!

III. Zu guter Letzt

Ganz vereinzelt – «leider viel zu wenig», wäre man geneigt zu sagen – fanden sich in den Klausuren Äusserungen, die zu einer gewissen Erheiterung des Korrektors beigetragen und so einen guten Zweck erfüllt haben.

Sprachliche Missgeschicke gab es ab und zu. Die meisten dürften der Hitze des Gefechts zuzuschreiben sein und waren harmlos, insbesondere wenn man die Stresssituation mitberücksichtigt, in der

sich die Studierenden an der Prüfung befunden haben werden. Am besten gefallen hat mir (bei Frage 2) «Die verstreichte Frist der Mängelhebung ...». Immerhin weiss man, was gemeint ist.

Zum Schmunzeln angeregt hat mich die Wendung «... und es [= das Gerät «Paracelse»] wird allenfalls noch als Staubfänger zu gebrauchen sein.» Diese schöne, geradezu bildhafte Wendung könnte man als Anwältin oder Anwalt der Käuferin bzw. der Leasingnehmerin direkt in ein Plädoyer oder in eine Rechtsschrift einbauen.

Interessant war der folgende Appell an die Psychologie des Korrektors. Nach einem Hinweis auf den «Papageienfall» stand in einer Klausur: «Dies mag hier nicht relevant sein, doch hofft der Prüfling mit dem Beweis der Kenntnis besagten BGEs den Korrektor zu beglücken.» Der Hinweis war in der Tat nicht relevant. Und die vorkorrigierenden Assistenten ebenso wie den Korrektor hätte man mit einer besser leserlicheren Schrift deutlich mehr beglücken können. Aber jeder versucht es eben auf seine Weise.
