

der fall

«Gurken, die keiner will, eine Wohnung, die mehrere wollen, und etliche Fragen ...»

Bachelorprüfung im Privatrecht

Thomas Koller*

Die nachfolgenden beiden Prüfungsfälle waren anlässlich der Bachelorklausur im Privatrecht vom 11. Januar 2013 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern zu lösen. Zudem waren die anschliessenden zwölf Fragen durch Ankreuzen zu beantworten. Für die Bearbeitung der Fälle und die Beantwortung der Fragen hatten die Studierenden fünf Stunden Zeit. Erlaubte Hilfsmittel waren die persönlichen Gesetze der Studierenden, welche mit Randnotizen versehen sein durften. Insgesamt haben 166 Studierende die Klausur geschrieben. Davon waren 117 Arbeiten (70,5%) genügend und besser (Note 4 und höher) sowie 49 Arbeiten (29,5%) ungenügend (Note 3,5 und tiefer). Erfreulicherweise haben 30,7% der Studierenden (51 Arbeiten) eine gute oder sehr gute Leistung (Note 5 und höher) erbracht.

A. Aufgabenstellung: Fälle

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 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!).

Beachten Sie im Weiteren, dass zusätzlich zu den beiden Fällen noch 12 Fragen durch blosses Ankreuzen einer der zur Auswahl gestellten Varianten auf den vorgegebenen Aufgabenblättern zu beantworten sind (unten Lit. C).

Fall 1: «Saure Gurken ...»

Die A AG ist eine Gemüseimporteurin mit Sitz in der Schweiz. Seit einiger Zeit steht sie unter anderem auch in geschäftlichem Kontakt mit der Socie-

dad Cooperativa B in Andalusien, einer Genossenschaft nach spanischem Recht, welche Gemüse aller Art exportiert, das von ihren Genossenschafftern (einer Reihe von grösseren Gemüseproduzenten) gezüchtet wird. Die Geschäfte (Bestellungen, Lieferungen, Zahlungen) wurden jeweils ohne Probleme telefonisch oder per E-Mail abgewickelt, wobei sich die Beteiligten stets der englischen Sprache bedienten.

Anfangs Mai 2011 bestellte die A AG per E-Mail bei der B «50 Tonnen Bio-Salatgurken, DAP Domicil der A AG (Incoterms 2010), zahlbar mit bestätigtem Akkreditiv» zu einem Preis von Fr. 61 950.—,

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern. Ich danke meinen Assistentinnen Frau Eylem Demir, lic. iur., und Frau Esther Scheitlin, lic. iur., Rechtsanwältin, für die konstruktiv-kritische Mithilfe bei der Ausarbeitung der Prüfungsfälle, sowie meinen Kolleginnen und Kollegen vom Departement für Privatrecht an unserer Fakultät für die Unterstützung bei der Ausarbeitung der Fragen, welche durch Ankreuzen zu beantworten waren.

die in der zweiten Maihälfte zu liefern waren. Wie gewohnt übermittelte sie dabei der B im Anhang des E-Mails ihre (englischsprachigen) Einkaufs-AGB, welche (übersetzt) die folgende Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel enthielten: «Dieser Vertrag unterliegt schweizerischem Recht unter Einschluss des UN-Kaufrechts. Zuständig für die Beurteilung aller Streitigkeiten aus diesem Vertrag sind die Gerichte am Sitz der A AG.» Die B bestätigte die Bestellung noch am gleichen Tag ebenfalls per E-Mail. Daraufhin liess die A AG das besagte Akkreditiv durch ihre schweizerische Hausbank zu Gunsten der B eröffnen und durch die spanische Hausbank der B bestätigen.

Die Salatgurken wurden am Morgen des 25. Mai 2011 in Südspanien auf zwei Lastwagen verladen. Die Lieferung traf am Abend des 26. Mai 2011 am Bestimmungsort in der Schweiz ein und wurde von der A AG an Lager genommen. Die Hausbank der B honorierte das von ihr bestätigte Akkreditiv noch am 25. Mai 2011, nachdem ihr die B die im Vertrag näher bezeichneten Dokumente vorgelegt hatte. Die Hausbank der A AG belastete deren Konto am 27. Mai 2011.

Im Verlauf des Frühlings 2011 trat in Deutschland eine Epidemie auf, welche zu schweren Durchfallerkrankungen mit etlichen Todesfällen führte. Ursache für diese Erkrankung war ein EHEC-Bakterium. Während längerer Zeit wurde von zahlreichen involvierten Stellen nach dem Träger dieses Bakteriums gesucht. Nachdem mittels Analysen des Hamburger Hygiene-Instituts in einem Hamburger Grossmarkt auf drei Gurken aus Südspanien EHEC-Bakterien gefunden worden waren, gab das Robert-Koch-Institut in Deutschland am 25. Mai 2011 eine Mitteilung aus, in der vor dem Verzehr von Salatgurken, Blattsalaten und rohen Tomaten gewarnt wurde. Daraufhin haben in Deutschland viele Supermarktketten alle spanischen Salatgurken (auch Bio-Salatgurken) aus den Läden entfernt. In der Schweiz, in der wegen des grossen inländischen Angebots nur noch wenige spanische Gurken zum Verkauf standen, verfügte z.B. der Grossverteiler Coop einen sofortigen Verkaufsstopp.

Am 26. Mai 2011 wurde in zahlreichen Medien (insbesondere auch in Zeitungen) in ganz Europa darüber berichtet. Schon bald stellte sich indessen heraus, dass es sich bei dem auf den drei Gurken in

Hamburg gefundenen Erreger um einen anderen Typ des EHEC-Bakteriums handelte als um denjenigen, welcher die Durchfallerkrankung verursachte. Am 9./10. Juni 2011 hoben die deutschen Behörden daher die Warnung vor dem Verzehr von Tomaten, Gurken und Blattsalaten wieder auf. Trotzdem hatte die Falschmeldung zur Folge, dass die Umsätze an Salatgurken unter anderem auch in der Schweiz während einiger Zeit drastisch zurückgingen. Dieser «Zusammenbruch des Gurken- und Tomatenmarktes» (so der Ausdruck des schweizerischen Bundesrates in einer Medienmitteilung vom 23. September 2011) führte dazu, dass grosse Mengen dieses Gemüses vernichtet werden mussten.

Auch der A AG blieb dieses Schicksal nicht erspart, musste sie doch die 50 Tonnen Salatgurken, die von der B geliefert worden waren, am 15. Juni 2011 vernichten, weil sie unverkäuflich waren und verdarben. Die A AG teilte dies der B am 24. Juni 2011 mit und löste den Vertrag auf. Gleichzeitig verlangte die A AG von B die Rückzahlung des Kaufpreises. Die B remonstrierte umgehend und wies jegliche Verantwortung von sich. Die gelieferten Gurken seien einwandfrei gewesen. Für die Folgen der Falschmeldung deutscher Behörden habe man in Südspanien nicht einzustehen. Zudem habe die A AG zu spät reagiert. Und schliesslich habe die A AG allfällige Forderungen an den Produzenten C zu richten, aus dessen Betrieb die Gurken stammen würden. Denn nicht sie sei Verkäuferin der Gurken, sondern ihr Genossenschafter C, in dessen Namen sie gehandelt habe.

Die A AG wies ebenso umgehend alle Behauptungen der B zurück. Die B sei sehr wohl verantwortlich, denn die gelieferten Gurken seien nicht verkäuflich gewesen und hätten daher vernichtet werden müssen. Die Wiederverkäuflichkeit (Handelbarkeit) der Ware gehöre im internationalen Grosshandel zur Vertragskonformität, wie in der Lehre heute allgemein anerkannt werde. Besonders erstaunt äusserte sich die A AG darüber, dass die B ihre Stellung als Verkäuferin bestreite. Es sei doch sonnenklar, dass die B und nicht der C, den die A AG gar nicht kenne, ihre Vertragspartnerin sei.

B stellte sich erneut auf den Standpunkt, die Gurken seien in Ordnung und damit vertragskonform gewesen. Es sei das Marktrisiko des Käufers, wenn eine gekaufte Ware aufgrund eines Verdachts auf Verseuchung nicht verkauft werden könne und sich

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

nachher herausstelle, dass dieser Verdacht unberechtigt gewesen sei. Im Weiteren führte sie aus, auf ihrer Website, wo sie sich nach aussen präsentiere, sei dargelegt, dass es sich bei ihr um eine Selbsthilfeorganisation der ihr angeschlossenen Genossenschafter handle. In diesem Selbstportrait werde dargelegt, dass sie den Vertrieb der von ihren Genossenschaftern hergestellten Gemüse bezwecke, dass sie aber nur als Vermittlerin auftrete und die Geschäfte im Namen ihrer Genossenschafter abschliesse.

Dagegen verwahrte sich die A AG mit dem Argument, das sei für sie als Kundin nicht erkennbar gewesen und sie sei daher stets der Meinung gewesen, mit der B Geschäfte zu tätigen, zumal die Bestellungen und Zahlungen immer über die B gelaufen seien und in all diesen Unterlagen nie der Name eines Genossenschafter der B erwähnt worden sei. Die Website müsse sie sich nicht entgegenhalten lassen, sei diese doch in spanischer Sprache abgefasst. Die B hielt an ihrem gegenteiligen Standpunkt fest und wies dabei insbesondere darauf hin, dass bei allen Lieferungen auf der Verpackung der Name des jeweiligen Produzenten angeschrieben sei.

Im März 2012 reichte die A AG (nach vorgängigem erfolglosem Schlichtungsverfahren) beim erstinstanzlichen Gericht ihres Sitzkantons gegen die B Klage ein und beantragte, B sei zur Rückzahlung des Kaufpreises von Fr. 61 950. — zu verurteilen. Die B beantragte in der Klageantwort die Abweisung der Klage. In erster Linie bestritt sie ihre Passivlegitimation. In der Sache selbst stellte sie sich vorsorglich auf den Standpunkt, die vertraglichen Pflichten seien korrekt erfüllt worden und zudem habe die A AG ohnehin ihre Beanstandung zu spät vorgebracht.

Anfangs November 2012 fällte das erstinstanzliche Gericht einen Zwischenentscheid, in dem es befand, die B sei passivlegitimiert, da die A AG habe davon ausgehen dürfen, mit der B den Vertrag zu schliessen. Dass die B sich nur als Vermittlerin verstehe, sei zwar so auf der Website in spanischer Sprache festgehalten, könne der A AG aber nicht entgegengehalten werden.

Das begründete Urteil wurde vom Gericht am 28. November 2012 mit eingeschriebener Sendung versandt und vom Schweizer Anwalt der B am 29. November 2012 bei der Post behändigt. Kurz darauf erkrankte dieser Anwalt schwer und musste für einige Wochen ins Spital. Zwar versuchte er immer

wieder, seine hängigen Fälle so gut als möglich weiter zu betreuen. Nach den Neujahrsfeiertagen musste er jedoch feststellen, dass er für einige Zeit nur noch in höchst reduziertem Umfang berufstätig sein kann. Daher machte er von der im Anwaltsvollmachtformular aufgeführten Substitutionsmöglichkeit Gebrauch und gab den Fall am 10. Januar 2013 an das Büro ab, in dem Sie als Praktikantin/Praktikant arbeiten.

Ihre Chefin möchte sich ein verlässliches Bild über die Rechtslage und über die Chancen der neuen Klientin im Prozess machen. Daher übergibt sie Ihnen heute (11. Januar 2013) den Fall und bittet Sie um Abklärung folgender Fragen (vgl. dazu auch die im Anschluss an die Fragen folgenden Hinweise):

- a) *Kann gegen den Zwischenentscheid des erstinstanzlichen Gerichts ein Rechtsmittel an die obere kantonale Instanz ergriffen werden und welcher Rügegrund wäre vorzubringen?* **5 Punkte**
- b) *Erachten Sie die Voraussetzungen für die Fällung eines solchen Zwischenentscheids durch das erstinstanzliche Gericht als erfüllt (oder anders gefragt: War es korrekt, dass das Gericht einen Zwischenentscheid gefällt hat)?* **2 Punkte**
- c) *Wie beurteilen Sie die Frage der Passivlegitimation?* **5 Punkte**

Hinweis: Die Frage der Passivlegitimation beurteilt sich ebenso wie der ganze Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht. Nicht zu prüfen ist hier das Innenverhältnis zwischen der B und den Gemüseproduzenten, das nationalem spanischem Recht untersteht.

Bei der Beantwortung der folgenden Fragen (welche Ihre Chefin vorsorglich analysiert haben möchte) ist davon auszugehen, dass die Passivlegitimation Ihrer Klientin B bejaht wird:

- d) *Hat die A AG die Vertragswidrigkeit (falls eine vorliegen sollte) zu spät gerügt?* **4 Punkte**
- e) *Angenommen, die A AG habe nicht zu spät gerügt: Hat Ihrer Einschätzung nach die B vertragswidrige Ware geliefert?* **5 Punkte**
- f) *Angenommen, es liege eine Vertragswidrigkeit vor und die A AG habe diese rechtzeitig gerügt:*

Kann sie die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen? **5 Punkte**

Hinweise: Spanien ist wie die Schweiz dem UN-Kaufrecht beigetreten. Der Vertrag würde sich also auch ohne die Rechtswahlklausel nach UN-Kaufrecht beurteilen. Aus der Sicht der A AG macht die Rechtswahlklausel in ihren Einkaufs-AGB dennoch Sinn, weil sie möglicherweise auch aus Ländern Ware importiert, die dem UN-Kaufrecht nicht beigetreten sind. Dass im vorliegenden Fall das UN-Kaufrecht anwendbar ist, ist unter den Parteien unbestritten.

DAP (Incoterms 2010) bedeutet «Delivered at Place» bzw. «Geliefert benannter Ort». Der Verkäufer trägt gemäss dieser Klausel die Gefahr bis zur Lieferung. Die Lieferverpflichtung wird wie folgt umschrieben: «Der Verkäufer hat die Ware zu liefern, indem er sie dem Käufer auf dem ankommenden Beförderungsmittel entladebereit am benannten Bestimmungsort an der gegebenenfalls vereinbarten Stelle zum vereinbarten Zeitpunkt oder innerhalb des vereinbarten Zeitraums zur Verfügung stellt.»

Um allfällige Unklarheiten zu vermeiden: Die gelieferten Salatgurken waren nicht mit dem schädlichen EHEC-Bakterium verseucht und es gab auch kein behördliches Verkaufsverbot. Sie mussten vernichtet werden, weil sie wegen des «Zusammenbruchs des Gurken- und Tomatenmarktes» als Folge des Verdachts auf Verseuchung unverkäuflich waren und daraufhin verderben.

Gehen Sie im Sinne einer Übungsannahme (zum Zweck der Vereinfachung der Prüfungsaufgabe) davon aus, dass die Gurken wegen des Verdachts auch in Spanien nicht mehr verkäuflich gewesen wären. Ob dies in der Realität so war, sei dahingestellt.

Fall 2: «Ade, du schöne Wohnung ...?»

Frau S ist Mieterin einer schönen Fünzimmerwohnung, in der sie seit Mietbeginn zusammen mit ihrem Ehemann und den beiden Kindern lebt. Vermieterin ist die T AG. Der Mietvertrag ist auf fünf Jahre fest abgeschlossen und läuft bis Ende Juli 2016. Gemäss Vereinbarung verlängert er sich um weitere fünf Jahre, wenn nicht eine der Parteien auf Ende Juli 2016 unter Einhaltung einer Frist von einem Jahr die Kündigung ausspricht.

Mit Vertrag vom 18. Dezember 2012 veräusserte die T AG das Haus an Herrn U. Der Kaufvertrag

wurde vom beurkundenden Notar am 20. Dezember 2012 beim Grundbuchamt angemeldet und im Tagebuch eingetragen. Mit an Frau S gerichtetem eingeschriebenem Brief vom 27. Dezember 2012 kündigte Herr U (unter Beilage des vom Kanton genehmigten und korrekt ausgefüllten Formulars) den Mietvertrag auf Ende März 2013 unter Berufung auf dringenden Eigenbedarf. Der Postbote versuchte, die eingeschriebene Sendung Frau S am 28. Dezember 2012 auszuhändigen, traf aber niemanden an, weil sich Frau S mit ihrer Familie auf einem Tagesausflug in den Bergen befand. Daher hinterliess er ihr im Briefkasten den üblichen gelben Abholzettel, auf dem er festhielt, dass die Sendung in der Zeit vom 29. Dezember 2012 (Samstag) bis 4. Januar 2013 bei der Poststelle behändigt werden könne. Da Frau S über die Neujahrstage den Kopf bei andern Dingen hatte, holte sie den eingeschriebenen Brief erst am 3. Januar 2013 bei der Post ab (Hinweis: Die Poststelle hatte am Samstag, 29. Dezember 2012 und am Montag, 31. Dezember 2012, die Schalter am Vormittag geöffnet).

Frau S war über die Kündigung gar nicht glücklich, möchte sie doch die schöne Wohnung nicht aufgeben müssen, und wandte sich an die mit ihr befreundete Anwältin, bei der Sie ein Praktikum absolvieren, um Rat. Immerhin hat sie einen Hoffnungsschimmer, hat sie doch einmal in einer Konsumentenzeitschrift gelesen, eine eingeschriebene Sendung gelte erst an dem Tag zugestellt, an dem man sie bei der Post abhole. Dann wäre ja, so ihre Hoffnung, die Kündigung verspätet.

Ihre Chefin, die sich im Mietrecht nicht besonders auskennt, ist verunsichert über das, was die Klientin in der Konsumentenzeitschrift gelesen hat. Denn auch sie glaubt sich zu erinnern, dass für den Zugang einer Kündigung die Sieben-Tage-Regel gilt, wie sie im Prozessrecht ausdrücklich verankert ist (vgl. etwa Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 44 Abs. 2 BGG), d.h. dass die Zustellung der Kündigung mit der effektiven Abholung der Sendung, spätestens aber am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt gilt. Sicher ist sich Ihre Chefin allerdings nicht. Auch sonst besteht für sie in verschiedenen Punkten Unklarheit. Daher bittet sie Sie heute Morgen (11. Januar 2013) als Vorbereitung für die nächste Besprechung mit der Klientin um schriftliche Beantwortung der folgenden Fragen:

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

- a) *Hat Herr U mit seiner Kündigung eine Frist verpasst?* **4 Punkte**
- b) *Hat Herr U bei der Kündigung einen Formfehler begangen und was wären die Folgen?* **2 Punkte**
- c) *Angenommen, Herr U habe bei der Kündigung einen Formfehler begangen: Auf welchen Termin könnte er den Mietvertrag frühestens auflösen, wenn ihm der Formfehler heute bewusst würde?* **2 Punkte**
- d) *Könnte Frau S von jemandem Schadenersatz verlangen, wenn die Kündigung gültig sein sollte, und was wären mögliche Schadenposten?* **2 Punkte**

Übungsannahmen: Die ortsüblichen Kündigungsstermine seien Ende März, Ende Juni und Ende September. Der dringende Eigenbedarf von Herrn U sei nachgewiesen.

B. Lösungsskizze zu den Fällen

Fall 1: «Saure Gurken ...»

a) Zwischenentscheide unterliegen ebenso wie Endentscheide der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

In einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, wie sie hier zur Diskussion steht, ist die Berufung nur zulässig, wenn der *Streitwert* der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, war doch vor der ersten Instanz die Rückzahlung des Kaufpreises von Fr. 61 950.— strittig¹.

Mit der Berufung kann unter anderem die *unrichtige Rechtsanwendung* geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a ZPO). Auf diesen Berufungsgrund würde sich die B im Falle einer Berufung stützen, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, die erste Instanz habe ihre Passivlegitimation zu Unrecht bejaht. Denn dabei steht nicht eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts, sondern eine (behauptete) unrichtige rechtliche Würdigung des unbestrittenen Sachverhalts zur Diskussion.

Möglich ist eine Berufung allerdings nur, wenn die *Rechtsmittelfrist* noch nicht abgelaufen ist. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen. Im vorliegenden Fall erfolgte die Zustellung des begründeten erstinstanzlichen Urteils mit eingeschriebener Sendung mit der Abholung der Sendung durch den vormaligen Anwalt der B bei der Post am 29. November 2012 (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO e contrario). Die dreissigtägige Rechtsmittelfrist begann daher am 30. November 2012 zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO), stand aber vom 18. Dezember 2012 bis und mit 2. Januar 2013 still (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO), und läuft mithin erst am 14. Januar 2013 ab². Gewahrt ist die Frist, wenn die Eingabe, hier also die Berufung, spätestens am Abend des 14. Januar 2013 (vor Mitternacht) entweder beim oberinstanzlichen Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben wird (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Eine Berufung ist somit noch möglich; allerdings verbleibt von heute Freitag (11. Januar 2013) bis Montagabend nicht mehr viel Zeit.

b) Ein Zwischenentscheid kann getroffen werden, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann (Art. 237 Abs. 1 ZPO). Mit dem Zwischenentscheid über die *Passivlegitimation* ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt: Verneint die obere Instanz die Passivlegitimation von B, *so ist die Klage abzuweisen und damit ein Endentscheid zu fällen*. Nicht erfüllt ist in casu dagegen die Voraussetzung der bedeutenden Zeit- oder Kostenersparnis. Im Streit steht bloss die Rückzahlung des Kaufpreises nach einer Vertragsaufhebung. Zu beurteilen sind

¹ Bei Zwischenentscheiden bestimmt sich der Streitwert nach den Begehren, die vor der Instanz strittig sind, an der die Hauptsache hängig ist (vgl. dazu Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG, der auch auf die ZPO angewandt werden kann [MARTIN H. STERCHI, Art. 308 ZPO N 28, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012]).

² Vom 30. November bis 17. Dezember 2012 verstreichen 18 Tage; die restlichen 12 Tage der Frist laufen somit vom 3. bis 14. Januar 2013.

praktisch ausschliesslich Rechtsfragen. Der Sachverhalt ist klar, ein aufwändiges Beweisverfahren somit nicht erforderlich. Das erstinstanzliche Gericht hätte daher ohne grossen Aufwand diese Rechtsfragen mitentscheiden können. Der selbständig anzufechtende Zwischenentscheid führt nur zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung sowie zu überflüssigen Kosten³.

c) Die B bestreitet ihre Passivlegitimation mit der Begründung, nicht sie sei Partei des Kaufvertrages, sondern der C, als dessen Stellvertreterin sie gehandelt habe. Die Frage, wen die A AG als ihre Vertragspartnerin in Spanien auffassen durfte, beurteilt sich – wie in der Aufgabenstellung erwähnt – nach UN-Kaufrecht⁴.

Ob jemand bei einem dem UN-Kaufrecht unterstehenden Kaufvertrag als Partei auftritt oder nicht, beurteilt sich *in erster Linie nach dessen Willen*. Denn nach Art. 8 Abs. 1 CISG sind Erklärungen

und das sonstige Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen. Allerdings gilt dies nur, wenn die Gegenpartei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Andernfalls sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei so auszulegen, wie eine *vernünftige Person in gleicher Stellung wie die andere Partei* sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte (Art. 8 Abs. 2 CISG). Dabei sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Handelsbräuche und das spätere Verhalten der Parteien (Art. 8 Abs. 3 CISG).

Im vorliegenden Fall hat zwar offenbar die B den effektiven Willen gehabt, nicht selber als Verkäuferin, sondern nur als Vermittlerin und Stellvertreterin für die ihr angeschlossenen Gemüseproduzenten und Genossenschafter aufzutreten. Jedenfalls stellt sie dies – wie die erste Instanz festgehalten hat – auf ihrer Website so dar. Zu prüfen ist aber, ob dies für die A AG hinreichend erkennbar war. Dagegen sprechen verschiedene Punkte. So haben in der *Vergangenheit* ebenso wie im jetzigen Fall die geschäftlichen Kontakte stets nur zwischen der A AG und der B stattgefunden, ohne dass die Frage des Stellvertretungsverhältnisses je thematisiert worden wäre. Dazu bestand auch nie ein Anlass, weil die Geschäfte jeweils in jeder Hinsicht ohne Probleme abgewickelt werden konnten. *Insbesondere hat die B bei allen bisherigen Geschäften ebenso wie im hier streitigen Geschäft nie die Namen irgendwelcher Genossenschafter erwähnt, für die sie angeblich gehandelt haben wollte*. Sodann wurden offenbar auch alle *Zahlungen stets über die B abgewickelt*. Im hier strittigen Fall wird dies besonders deutlich, wurde doch das Akkreditiv zu Gunsten der B und nicht zu Gunsten eines bestimmten Gemüseproduzenten eröffnet und von deren Hausbank bestätigt. Das sind sehr starke Indizien dafür, dass die A AG die B und nicht einen ihrer Genossenschafter als ihre Vertragspartei betrachten durfte. Denn eine vernünftige Person in der gleichen Stellung wie die A AG hätte unter diesen Umständen das Verhalten der B auch so deuten dürfen, dass diese *im eigenen Namen* als Verkäuferin auftritt und nicht als blosser Stellvertreterin für einen ihrer Genossenschafter. Das in spanischer Sprache abgefasste Selbstportrait der B auf ihrer Website tritt unter diesen Umständen in den Hintergrund,

³ Zwischenentscheide sind nur mit Zurückhaltung zu fällen (vgl. dazu etwa PAUL OBERHAMMER, Art. 237 ZPO N 5, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. von Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, Basel 2010: «... ist der «Rest» des Verfahrens einfach und rasch zu erledigen, hätte die Erlassung eines Zwischenentscheids durchaus keine besondere positive, sondern eher eine negative prozessökonomische Wirkung.»). Die Anfechtung von Zwischenentscheiden ist unter den Aspekten der Verfahrensdauer und der Prozessökonomie «zumindest ambivalent» (so zutreffend das Bundesgericht im Urteil 2C_571/2011 vom 12. Oktober 2011 E. 2.4.1). Da der Unterlegene innerkantonale zur selbständigen Anfechtung eines Zwischenentscheids gezwungen ist (Art. 237 Abs. 2 ZPO), rechtfertigt sich ein solcher Zwischenentscheid daher nur in Ausnahmefällen.

⁴ CHRISTOPH BRUNNER, UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2004, Art. 4 CISG N 33, m.Hw.; FRANCO FERRARI, Art. 4 CISG N 34 in fine, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 5. Aufl. München 2008 («Ob eine Erklärung überhaupt auf eine andere Person als möglichen Vertragspartner zielt, muss jedoch zunächst anhand der im Übereinkommen festgelegten Auslegungsregeln entschieden werden.»). Vgl. als Beispiele etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.103/2003 vom 4. August 2003, E. 4 (CISG-online Nr. 804, dort betreffend Aktivlegitimation), und das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 26. September 1990 5 O 543/88 (CISG-online Nr. 21, dort betreffend Passivlegitimation).

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

zumal die Parteien sich im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen stets nur der englischen Sprache bedient haben. Völlig bedeutungslos ist der Umstand, dass auf den Verpackungen der Name des jeweiligen Gemüseproduzenten angeschrieben ist. Aus der Angabe eines Produzentennamens auf einer Ware kann nicht geschlossen werden, dass dieser Produzent auch der Verkäufer ist.

Korrekturhinweis: Hier geht es um eine Frage der Auslegung des Verhaltens der B. Das gegen-teilige Auslegungsergebnis wäre vielleicht eben-falls vertretbar, auch wenn mir persönlich das hier skizzierte Ergebnis naheliegender erscheint. Für die Korrektur wesentlich war nur, dass das Auslegungsproblem als solches erkannt wurde und dass die Studierenden ihr Ergebnis begrün-deten.

d) Rechte aus der allfälligen Lieferung vertragswid-riger Ware im Sinne von Art. 35 ff. CISG stehen der A AG nur zu, wenn sie ihrer Prüfungs- und Rügeob-liegenheit nach Art. 38 f. CISG gehörig nachgekom-men ist.

Gemäss Art. 38 Abs. 1 CISG hat der Käufer die Ware *innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände er-lauben*. Erfordert der Vertrag eine Beförderung der Ware, so kann die Untersuchung bis nach dem Ein-treffen der Ware am Bestimmungsort aufgeschoben werden (Art. 38 Abs. 2 CISG). Nach Art. 39 Abs. 1 CISG verliert der Käufer das Recht, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer *angemessenen Frist* nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet. Nach heute herrschender Lehre wird man als gro-ben Richtwert eine Rügefrist von rund einem Mo-nat in der Regel noch als «angemessene Frist» im Sinne von Art. 39 Abs. 1 CISG betrachten können⁵. Aufgrund der Umstände des Einzelfalls können sich indessen auch andere Rügefristen ergeben, insbe-sondere kürzere Fristen bei leicht verderblicher Ware⁶.

Die von der A AG behauptete Vertragswidrigkeit der Gurken bestand nicht in einer Verseuchung durch Bakterien, sondern im Umstand, *dass die Gurken wegen des Verdachts auf Verseuchung und*

des damit zusammenhängenden Zusammenbruchs des Gurkenmarktes nicht verkäuflich, d.h. nicht han-delbar waren. Eine Untersuchung der Gurken durch die A AG z.B. auf Bakterien (sofern eine solche überhaupt hätte erwartet werden können) steht da-her nicht zur Diskussion. Massgebend ist einzig, wann genau die fehlende Handelbarkeit feststellbar war. Die ist indessen schwer beurteilbar. Zwar dürfte der Absatz an spanischen Salatgurken auch in der Schweiz nach dem in Deutschland aufgekom-menen Verdacht auf Verseuchung sofort rasch und stark zurückgegangen sein. Das heisst indessen noch nicht, dass damit schon deren Unverkäuflichkeit feststand. Denn es wäre durchaus möglich gewesen, dass der Verdacht binnen weniger Tage wieder da-hingefallen wäre und sich der Markt noch rechtzei-tig erholt hätte, bevor die Gurken verdarben und vernichtet werden mussten. Geht man davon aus, so wird man der A AG kaum vorhalten können, sie v-habe die fehlende Handelbarkeit nicht binnen an-gemessener Frist gerügt. Denn die Rüge erfolgte neun Tage, nachdem die Gurken vernichtet wurden, womit erst definitiv feststand, dass sie nicht verkäuf-lich waren.

Man wird aber diese Frage wohl auch offen lassen können. Denn selbst wenn angenommen wird, die A AG hätte die Unverkäuflichkeit schon kurz nach der Lieferung feststellen können, hat sie wohl nicht verspätet gerügt. Die Rüge erfolgte 29 Tage nach der Lieferung. Das liegt noch im Rahmen des erwähnten groben Richtwertes von rund einem Monat.

Dem liesse sich entgegenhalten, dass für ein Ge-müse wie Gurken wegen ihrer Verderblichkeit eine wesentlich kürzere Rügefrist angebracht sei. Es ist jedoch fraglich, ob für die hier in Frage stehende be-hauptete Vertragswidrigkeit der fehlenden Verkäuf-lichkeit der Ware dieses Argument stichhaltig ist. Bei leicht verderblicher Ware ist oft schon nach kur-zer Zeit nicht mehr feststellbar, in welchem Quali-

⁵ BRUNNER [Fn. 4], Art. 39 CISG N 13; ULRICH MAGNUS, Art. 39 CISG N 41, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbei-tung 2013, Berlin.

⁶ BRUNNER [Fn. 4], Art. 39 CISG N 13; STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 39 CISG N 43.

tätzustand die Ware im massgebenden Zeitpunkt des Gefahrübergangs war, und es besteht schon nach kurzer Zeit ein hohes Risiko, dass ein behaupteter «Mangel» aus der Sphäre des Käufers stammt⁷; die verkürzte Rügefrist will derartige Streitigkeiten verhindern. In casu steht indessen nicht ein eigentlicher Qualitätsmangel der Gurken (wie fehlende Frische etc.) zur Diskussion, sondern deren Unverkäuflichkeit wegen des Verdachts auf Verseuchung. Diese behauptete Vertragswidrigkeit hat einen wesentlich anderen Bezug zur Verderblichkeit der Gurken als eigentliche Qualitätsmängel; zu Unsicherheiten, aus welcher Sphäre die «Mangelhaftigkeit» stammt, kann es diesbezüglich nicht kommen. Ein schützenswertes Interesse der B an einer raschen Rüge ist daher nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen kann der A AG nicht vorgehalten werden, sie hätte binnen kürzerer Frist rügen müssen.

Korrekturbemerkung: *Ob schweizerische Gerichte dies auch so sehen würden, ist offen. Es wäre durchaus möglich, dass schweizerische Gerichte unter dem Einfluss der relativ strengen*

⁷ STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 39 CISG N 43.

⁸ INGBORG SCHWENZER, Art. 35 CISG N 14, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 5. Aufl. München 2008, m.Hw.; ULRICH MAGNUS, Art. 35 CISG N 13, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, hrsg. von Heinrich Honsell, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2010; BRUNNER [Fn. 4], Art. 35 CISG N 8.

⁹ So die wohl herrschende Lehre in der Schweiz zumindest für das schweizerische Recht (dazu etwa ARNOLD F. RUSCH, Verdacht als Mangel, AJP 2012 44 ff., spez. 44 f., m.Nw.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. Bern 2010, 84). Für Deutschland ähnlich auch PETER SCHLECHTRIEM, JZ 2005 844 ff., spez. 847 (Besprechung des unten in Fn. 13 zitierten BGH-Urteils im «belgischen Schweinefleisch-Fall»). Für das UN-Kaufrecht einlässlich ULRICH MAGNUS, Mangelverdacht als Mangel im CISG?, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hrsg. von Andreas Heldrich et al., München 2007, Band II, 257 ff. Der blosser Verdacht auf Gesundheitsschädlichkeit allein wird allerdings kaum ausreichen, sonst könnte z.B. ein Käufer die Ware schon dann als vertragswidrig ablehnen, wenn nur er selber einen schweren Verdacht äussert (STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 35 CISG N 25). Der Verdacht muss auf jeden Fall – wie hier – derart allgemein bekannt sein, dass die Ware überhaupt nicht mehr verkäuflich ist (dazu einlässlich MAGNUS, Mangelverdacht als Mangel, 262 f.).

Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtzeitigkeit der Rüge nach Art. 201 OR (die an sich nicht auf das UN-Kaufrecht übertragen werden dürfte), die Anzeige der A AG als verspätet erachten würden.

Welche Auffassung hier vertreten wurde, war für die Bewertung nicht relevant. Massgebend war die Gedankenführung.

e) Die Vertragsverletzung will die A AG darin sehen, dass die gelieferten Gurken nicht vertragsgemäss gewesen seien, weil sie wegen des Verdachts auf Bakterien-Belastung nicht verkäuflich gewesen seien.

Gemäss Art. 35 Abs. 1 CISG hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich der Verpackung oder Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspricht. Haben die Parteien wie in casu über eine bestimmte Eigenschaft der Ware (hier die Wiederverkäuflichkeit) keine Abrede im Vertrag getroffen, so kommen hilfsweise die Kriterien von Art. 35 Abs. 2 CISG zum Tragen. Im vorliegenden Fall steht Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG zur Debatte: Nach dieser Bestimmung hat sich die Ware für die Zwecke zu eignen, für die Ware der gleichen Art gebraucht wird (*gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit*). Folgt man der in der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung, so gehört die *Wiederverkäuflichkeit bzw. Handelbarkeit der Ware*, die wie hier zum Weiterverkauf bestimmt ist, zu deren gewöhnlichen Gebrauchstauglichkeit⁸. Ist die Ware auch *bloss aufgrund eines Verdachts der Gesundheitsschädlichkeit* nicht verkäuflich, so könnte ihr somit eine Eigenschaft fehlen, die sie gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG haben sollte⁹. Ob dies indessen sachgerecht ist, ist diskutabel. Die Handelbarkeit bezieht sich in erster Linie auf die üblicherweise zu erwartende Qualität der Ware (und an der Qualität der Salatgurken gebrach es im vorliegenden Fall nicht). Fraglich ist demgegenüber, ob unter «Handelbarkeit» im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG auch die Marktgängigkeit der Ware zu subsumieren ist. Blosser Nachfrageeinbrüche – etwa weil sich die Vorliebe der Verbraucher verändert hat und diese lieber andere Waren (z.B. Tomaten) zu kaufen wünschen – könnten nicht als fehlende Verkäuflichkeit qualifiziert werden, welche eine Vertragswidrigkeit zu begründen vermöchten. Ist die fehlende Verkäuflichkeit allerdings

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

auf den Verdacht eines Qualitätsmangels zurückzuführen, lässt sich dies als Vertragswidrigkeit interpretieren¹⁰, auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der Verdacht unbegründet war.

Korrekturbemerkung: In der Lehre werden zur Frage, ob der blosser Verdacht einer Verseuchung von Lebensmitteln als Vertragswidrigkeit gilt, unterschiedlich beantwortet. Die wohl h.L. nimmt aber zumindest bei einem schwerwiegenden Verdacht, der die Handelbarkeit aufhebt, eine solche Vertragswidrigkeit an¹¹. Zum Teil wird allerdings ausgeführt, ein Verdacht begründe keinen Sachmangel, wenn er sich im Nachhinein als unbegründet erweise¹², wobei es dem Verkäufer obliege, den Verdacht zu entkräften¹³.

Welche Auffassung die Studierenden vertreten haben, war für die Korrektur nicht von Belang. Massgebend war die Gedankenführung, insbesondere die Auseinandersetzung mit Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG.

Nicht erforderlich waren Ausführungen zur (heiklen) Frage, ob der Verkäufer für eine Verdachtslage im Käufer- bzw. Bestimmungsland einzustehen hat oder ob es nur auf die Verdachtslage im Land seiner Niederlassung ankommt¹⁴. Denn gemäss Aufgabenstellung waren die Gurken weder in der Schweiz noch in Spanien verkäuflich.

Für die allfällige Vertragswidrigkeit der Ware hat der Verkäufer allerdings nur einzustehen, wenn diese schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand (Art. 36 Abs. 1 CISG). Dies trifft hier zu. Gemäss der von den Parteien vereinbarten Incotermklausel DAP geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn die Ware diesem am Bestimmungsort innerhalb des vereinbarten Zeitraums zur Entladung angeboten wird. Die Gurken standen der A AG am Abend des 26. Mai 2011 zur Entladung zur Verfügung. Zu diesem Zeitpunkt bestand der Verdacht der gesundheitsschädlichen Verseuchung bereits, hatte doch das Robert-Koch-Institut in Deutschland schon am 25. Mai 2011 eine Warnung erlassen, und die Medien berichteten bereits am 26. Mai 2011 (darunter Zeitungen, die am Vormittag erschienen sein dürften) ausführlich über den Verdacht. Damit waren die Salatgurken zum Zeitpunkt des Gefahrüber-

gangs nicht mehr verkäuflich. Dass diese Unverkäuflichkeit in diesem Zeitpunkt möglicherweise noch nicht offenbar war bzw. noch nicht mit hinreichender Sicherheit feststand, ändert daran nichts¹⁵.

Hinweis: Unter diesen Umständen kann die (heikle) Frage offen bleiben, ob es genügt, dass in einem Fall wie dem vorliegenden der erst nach dem Gefahrübergang entstandene Verdacht auf Verseuchung auf Tatsachen beruht, die bereits vor Gefahrübergang gegeben waren¹⁶.

f) Die A AG kann die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, wenn sie den Kaufvertrag wirksam aufgehoben hat (Art. 81 Abs. 2 CISG). Die von der A AG erklärte Aufhebung des Vertrages ist wirksam, wenn der B eine wesentliche Vertragsverletzung vorgehalten werden kann (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG) und wenn die A AG die Vertragsaufhebung der B binnen angemessener Frist mitgeteilt hat, nachdem sie die Vertragsverletzung kannte oder kennen musste (Art. 49 Abs. 2 lit. b i CISG).

¹⁰ Siehe dazu etwa STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 35 CISG N 25, der den blossen Mangelverdacht an sich nicht für eine Vertragswidrigkeit genügen lassen will, eine Ausnahme aber für den Fall macht, dass ein sehr schwerwiegender Mangelverdacht besteht, der durch klare Anhaltspunkte belegt ist, und die Ware relativ rasch weiterveräußert werden muss. Noch deutlicher MAGNUS [Fn. 8], Art. 35 CISG N 13 («Das ist sie aber etwa dann, wenn sie wegen dieses Verdachts nicht mehr handelbar ist.»), und DERS., Mangelverdacht als Mangel [Fn. 9], 262 f., dort mit differenzierter Begründung.

¹¹ Vgl. dazu oben Fn. 9.

¹² Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. vom 29. Januar 2004 3 U 84/03 (CISG-online Nr. 822), 6 (vorinstanzliches Urteil zum in Fn. 13 zitierten BGH-Urteil im «belgischen Schweinefleisch-Fall»), unter Berufung auf die frühere Rechtsprechung des BGH.

¹³ A.a.O., 7; Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005 VIII ZR 67/04 (CISG-online Nr. 999), E. II. 3d («belgischer Schweinefleisch-Fall»). Zur Beweislastumkehr (d.h. zur Möglichkeit für den Verkäufer, den Verdacht zu entkräften) siehe auch MAGNUS, Mangelverdacht als Mangel [Fn. 9], 262 oben und 263 unten.

¹⁴ Siehe zu möglichen Lösungen, wenn der Verdacht nur in einem Land besteht, etwa SCHLECHTRIEM [Fn. 9], 847 f.

¹⁵ Vgl. dazu Art. 36 Abs. 1 CISG in fine.

¹⁶ Vgl. zu dieser Problematik etwa das in Fn. 13 zitierte BGH-Urteil im «belgischen Schweinefleisch-Fall», E. II. 3c und dazu SCHLECHTRIEM [Fn. 9], 847.

Wenn die fehlende Handelbarkeit der Salatgurken als Vertragswidrigkeit betrachtet wird, *so ist die darin begründete Vertragsverletzung auch wesentlich*¹⁷. Eine Vertragsverletzung ist wesentlich, 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 und eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte (Art. 25 CISG). Kann ein Importeur die gelieferte Ware nicht weiterveräußern, weil der Verdacht besteht, sie könnte gesundheitsschädlich sein, und muss die Ware vernichtet werden, so wird der Kaufvertrag seines Sinnes beraubt. Dem Käufer entgeht damit das Wichtigste, was er aus dem Vertrag erwarten durfte, und diese Folge einer solchen Vertragsverletzung war für die Verkäuferin auch voraussehbar¹⁸.

Wird wie in der Aufgabe unterstellt die Rechtzeitigkeit der Rüge bejaht, so hat die A AG auch rechtzeitig die Vertragsaufhebung erklärt. Die Vertragsaufhebungserklärung kann zusammen mit der Rüge der Vertragswidrigkeit abgegeben werden, muss aber nicht, d.h. sie kann auch noch etwas später er-

folgen¹⁹. Die zusammen mit einer fristgerecht erhobenen Mängelrüge erfolgte Vertragsaufhebung liegt damit stets innerhalb der angemessenen Frist.

Die Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung sind mithin grundsätzlich erfüllt. Probleme bieten könnte aber allenfalls noch Art. 82 CISG. Nach Art. 82 Abs. 1 CISG verliert der Käufer das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, wenn es ihm unmöglich ist, die Waren im Wesentlichen in dem Zustand zurückzugeben, in dem er sie erhalten hat. Die A AG ist zur Rückgabe der Salatgurken nicht in der Lage, da sie diese vernichten liess, und keiner der in Art. 82 Abs. 2 CISG aufgeführten Ausnahmefälle ist in casu erfüllt. Dennoch würde es sich nicht rechtfertigen, der A AG das Recht zum Rücktritt vom Vertrag zu verweigern. Denn sie hat die Gurken vernichten lassen, weil sie verdarben und damit wertlos geworden waren. Es wäre völlig sinnlos gewesen, das verdorbene Gemüse aufzubewahren, um der B die Rücknahme (die ja mit hohen Kosten verbunden gewesen wäre) zu ermöglichen. Wird wertlose Ware entsorgt, liegt mithin ebenfalls ein Fall vor, der – analog zu den in Art. 82 Abs. 2 CISG aufgeführten Fällen – den Vertragsrücktritt nicht ausschliesst²⁰.

Hinweis: *In der Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, der Käufer sei auch zur Minderung «auf Null» berechtigt (womit er den gesamten bereits bezahlten Kaufpreis zurückfordern kann), wenn er die Ware wegen Wertlosigkeit nicht zurückgeben könne. Damit könne er eine ähnliche Wirkung erzielen wie mit der Vertragsaufhebung, und zwar auch dann, wenn er die Aufhebungsfrist nach Art. 49 Abs. 2 CISG verpasst habe*²¹.

Fall 2: «Ade, du schöne Wohnung ...?»

a) Zur Diskussion steht eine *ausserordentliche Kündigung eines Mietvertrages gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR*. Nach dieser Bestimmung kann der Erwerber einer vermieteten Liegenschaft bei Wohn- und Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen *dringenden Eigenbedarf* für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte geltend macht.

¹⁷ So generell für die Verdachtsfälle MAGNUS, Mangelverdacht als Mangel [Fn. 9], 264.

¹⁸ Nicht erforderlich ist nach Art. 25 CISG, dass die vertragsbrüchige Partei die Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder voraussehen konnte. Es genügt, dass diese Partei die Wirkung voraussehen konnte, welche ein Vertragsbruch für die Gegenpartei hat (STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 25 CISG N 14).

¹⁹ BRUNNER [Fn. 4], Art. 49 CISG N 12; STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 49 CISG N 38.

²⁰ RAINER HORNING/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Art. 82 CISG N 24, in: PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 5. Aufl. MÜNCHEN 2008; STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 82 CISG N 27a.

²¹ ANTON K. SCHNYDER/RALF MICHAEL STRAUB, Art. 50 CISG N 45 f., in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, hrsg. von Heinrich Honsell, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2010; BRUNNER [Fn. 4], Art. 50 CISG N 11; MARKUS MÜLLER-CHEN, Art. 50 CISG N 13, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzler, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 5. Aufl. München 2008; STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 5], Art. 50 CISG N 23.

Der nächste gesetzliche Kündigungstermin ist der 31. März 2013²². Die gesetzliche Frist beträgt für die Kündigung von Wohnungen drei Monate (Art. 266c OR). Im vorliegenden Fall musste somit die Kündigung für die Wohnung spätestens Ende Dezember 2012 erfolgen. Das Kündigungsschreiben musste Frau S somit vor Jahresende zugegangen sein.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt für den Zugang von privatrechtlichen Willenserklärungen, wie die Kündigung eines Mietvertrages, die sogenannte *absolute Empfangstheorie*²³. Nach dieser Theorie ist die Kündigung zugegangen, sobald sie in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt ist und dieser vernünftigerweise von ihr Kenntnis nehmen konnte. *Nicht massgebend ist der Zeitpunkt der effektiven Kenntnisaufnahme. Ebenso wenig relevant ist die aus dem Prozessrecht bekannte Sieben-Tage-Regel*²⁴. Frau S hätte die eingeschriebene Sendung grundsätzlich am 29. oder 31. Dezember 2012 abholen können, d.h. ihr wäre es vernünftigerweise möglich gewesen, von der Kündigung an einem dieser Tage Kenntnis zu nehmen. Nicht relevant ist der Umstand, dass sie an diesen Tagen den Kopf bei andern Dingen hatte und daher vergass, sofort zur Post zu gehen. Das lag in ihrem Risikobereich und es wäre ihr auch ohne weiteres möglich gewesen, jemanden zu bitten, für sie die Sendung bei der Post zu behändigen. Die Kündigung des Mietvertrages ist ihr somit (nach der absoluten Empfangstheorie) noch fristgerecht zugegangen. Für den Zugang der Kündigung nicht massgebend ist der Tag der effektiven Abholung, d.h. der 3. Januar 2013.

b) Gemäss Art. 266l OR muss der Vermieter von Wohn- und Geschäftsräumen schriftlich unter Verwendung eines vom Kanton genehmigten Formulars kündigen. Das hat Herr U gemäss Sachverhalt getan.

Da Frau S (seit Mietbeginn) zusammen mit ihrem Ehemann und zwei Kindern in der Wohnung lebt, handelt es sich allerdings um eine *Familienwohnung*. Bei einer Familienwohnung muss der Vermieter die Kündigung der Mieterin und ihrem Ehegatten *separat zustellen* (Art. 266n OR). Erforderlich sind mithin zwei Kündigungsschreiben, je gerichtet an einen Ehegatten²⁵. Diesem Erfordernis hat Herr U nicht genügt, da er die Kündigung nur an Frau S, nicht jedoch an deren Ehemann gerichtet hat. Die Kündigung des Mietvertrages ist daher infolge eines Formmangels nichtig (Art. 266o OR).

c) Die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR steht dem Erwerber des Grundstückes nur auf den *nächsten gesetzlichen Kündigungstermin* offen. Verpasst er den ersten auf den Erwerb folgenden gesetzlichen Termin, so kann er den Mietvertrag nicht mehr ausserordentlich kündigen²⁶. *Es steht ihm nur noch das Recht zur Vertragsauflösung nach den vertraglichen Regeln zu.*

In casu besteht keine Möglichkeit zur ausserordentlichen Kündigung des Mietvertrages mehr. Eine solche hätte nur auf Ende März 2013 unter Wahrung der gesetzlichen Frist von drei Monaten erfolgen können und dazu ist es im heutigen Zeitpunkt (d.h. am 11. Januar 2013) zu spät. Herr U kann somit nur noch eine ordentliche Kündigung auf Ende Juli 2016 unter Wahrung der vertraglichen Frist von einem Jahr aussprechen.

d) Kündigt der neue Eigentümer gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR das Mietverhältnis früher, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter ge-

²² Massgebend für den Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 Abs. 1 OR und für die Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR ist der Zeitpunkt des Eintrags des Erwerbers der Liegenschaft im Tagebuch (BGE 118 II 119; zu Recht kritisch dazu ROGER WEBER, Art. 261 N 3, m.Nw., und N 6, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I [Art. 1 – 529 OR], hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 5. Aufl. Basel 2011 [im Folgenden: BSK OR I-WEBER]).

²³ BGE 137 III 208 E. 3 S. 212 ff. und dazu etwa THOMAS KOLLER, ZBJV 2013 21 ff., spez. 38 ff.

²⁴ Nach dieser sogenannten *relativen Empfangstheorie* erfolgt der Zugang entweder mit der effektiven Zustellung an den Adressaten oder an dem Datum, an welchem der Adressat die Sendung während der Abholfrist von sieben Tagen bei der Post behündigt. Holt der Adressat die Sendung während der ihm gesetzten Frist nicht ab, so greift am letzten Tag der Abholfrist die Zustellfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 44 Abs. 2 BGG).

²⁵ Nicht massgebend ist hingegen, ob die beiden (separaten) Schreiben je vom Adressaten bzw. von der Adressatin persönlich entgegengenommen werden. Wohnen Ehegatten gemeinsam in einer Wohnung, so ist dem Zugangsprinzip auch dann Genüge getan, wenn ein Ehegatte beide Kündigungsschreiben entgegen nimmt (BGE 118 II 42).

²⁶ BGE 108 II 190 E. 3 S. 193 f. (noch zu altArt. 259 Abs. 2 OR); BSK OR I-WEBER [Fn. 22], Art. 261 N 6 in fine.

stattet hätte, so haftet dieser (d.h. der Veräusserer²⁷) dem Mieter für allen daraus entstehenden Schaden (Art. 261 Abs. 3 OR). Der Vertrag hätte ordentlich erst auf Ende Juli 2016 gekündigt werden können. Wenn Herr U wirksam auf Ende März 2013 gekündigt hätte, müsste Frau S die Wohnung drei Jahre und vier Monate früher verlassen als bei einer ordentlichen Kündigung. Für den aus dieser vorzeitigen Kündigung erwachsenden Schaden hätte die T AG einzustehen.

Als möglicher Schadenposten käme *in erster Linie eine Mietzinsdifferenz* bis Ende Juli 2016 in Frage, wenn Frau S gezwungen wäre, eine (vergleichbare) teurere Wohnung zu mieten²⁸. Aufgrund der heutigen Situation auf dem Wohnungsmarkt – bei Neuvermietungen erzielen Vermieter zurzeit in aller Regel einen höheren Mietertrag als bei laufenden Mietverhältnissen – ist dieses Risiko relativ hoch. Ersatzfähig wären im Weiteren auch Kosten für die Wohnungssuche, Umzugskosten etc²⁹.

C. Fragen

Die folgenden 12 Fragen sind durch blosses *Ankreuzen* einer der zur Auswahl gestellten Varianten auf den folgenden Seiten zu beantworten (auf separate Blätter geschriebene Antworten werden bei der Korrektur nicht berücksichtigt). Begründungen sind nicht erforderlich. Beachten Sie, dass jeweils nur eine der zur Auswahl stehenden Antworten richtig ist.

Für jede richtige Antwort erhalten Sie einen Punkt. Wird keine Antwort angekreuzt, so gibt es keinen Punkt. Für jede falsche Antwort wird ein Punkt abgezogen (Minuspunkt), ebenso wenn Sie bei einer Frage mehr als eine Antwort ankreuzen. Raten ist also riskant!

²⁷ HONSELL [Fn. 9], 226; BSK OR I-WEBER [Fn. 22], Art. 261 N 10 (vorangestellte Titelüberschrift); Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2008 (im Folgenden: SVIT-Kommentar), Art. 261 N 25 f.; MAJA BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge, Schweizerisches Privatrecht Band VII/3, Basel 2012, Rz. 892 ff.

²⁸ SVIT-Kommentar [Fn. 27], Art. 261 N 25; BLUMER [Fn. 27], Rz. 893.

²⁹ SVIT-Kommentar [Fn. 27], Art. 261 N 25; BLUMER [Fn. 27], Rz. 893.

Wenn Sie eine zuerst gegebene Antwort nachträglich noch ändern wollen, so geben Sie bitte klar und deutlich bekannt, welche Antwort gelten soll. Im Falle von Zweideutigkeiten wird angenommen, dass sie mehr als eine Antwort angekreuzt haben (was zu einem Minuspunkt führt).

Frage 1

Die dreizehnjährige E hat sich bei einem Reitunfall am Steissbein verletzt. Ihre Hausärztin empfiehlt eine Behandlung durch einen Chiropraktiker. Allerdings könne man auch auf eine solche Behandlung verzichten und abwarten. Die Beschwerden würden dann einfach etwas länger dauern und während dieser Zeit könne E ihr Hobby (= das Reiten) nicht ausüben. Daraufhin begeben sich E und ihre Mutter zu einem Chiropraktiker. Dieser beginnt mit der Behandlung, die in sehr schmerzhaften mechanischen Manipulationen an Rücken und Gesäss besteht. E fängt zu schreien und zu weinen an und ruft: «Je ne veux pas, je ne veux pas.» Der Chiropraktiker unterbricht die Behandlung und schaut zur Mutter. Diese verlangt die Fortsetzung der Behandlung, und zwar auch dann, als E weiter schreit und ruft: «Je ne veux pas.» Darf der Chiropraktiker die Behandlung fortsetzen?

- Ja, denn die Mutter will es so und sie kann bestimmen.*
- Nein, ausser der Vater stimme (z.B. am Telefon) der Fortsetzung der Behandlung ebenfalls zu.*
- Nein, denn gegen den Willen eines Kindes jeglichen Alters darf in keinem Fall eine Heilbehandlung durchgeführt werden.*
- Die Behandlung darf nicht gegen den Willen von E fortgesetzt werden, wenn diese in der Lage ist, sich über die Folgen des von ihr gewünschten Behandlungsabbruchs einen vernunftgemässen Willen zu bilden. Das dürfte bei einer normal entwickelten Dreizehnjährigen in einem Fall wie dem vorliegenden zutreffen.*

Frage 2

Der Medienkonzern K führt gegen Frau X, eine prominente Sportlerin, über mehrere Wochen hin-

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

weg eine Pressekampagne, in welcher ausführlich und mit grossen Schlagzeilen über das bewegte Liebesleben von X (mit viel Hass und Intrigen), ihre Beziehungen zu Personen aus Sektenkreisen etc. berichtet wird. Frau X klagt gegen K aus Persönlichkeitsverletzung und verlangt die Herausgabe des Gewinnes, den die K mit der Kampagne erzielt habe. K widersetzt sich der Klage unter anderem mit den Argumenten, es bestehe grundsätzlich kein Herausgabeanspruch und zudem habe sie mit der Kampagne gar keinen Gewinn erzielt.

Angenommen, das Gericht bejaht die Persönlichkeitsverletzung: Kann Frau X gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen Gewinn herausverlangen?

- a) Grundsätzlich ja, aber es kann allenfalls schwierig sein, den herauszugebenden Gewinn zu ermitteln.
- b) Nein, ein solcher Anspruch besteht nur, wenn der Verletzte selber eine Gewinnmöglichkeit gehabt hätte, die ihm entgangen ist, und das ist hier nicht denkbar, weil Frau X nicht eine Pressekampagne gegen sich selber hätte führen können.
- c) Nein, für eine Gewinnherausgabe ist eine Geschäftsführung ohne Auftrag erforderlich, und wer jemanden mit einer Pressekampagne in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt, führt nicht dessen Geschäfte, sondern im Gegenteil ein eigenes Geschäft.
- d) Nein, denn ein solcher Anspruch würde gegen die durch die Bundesverfassung garantierte Medienfreiheit (Art. 17 BV) verstossen.

Frage 3

Die Bank P gewährt der Q AG ein Darlehen von 1 Million Franken. Zur Sicherung dieses Darlehens schliessen die Parteien einen schriftlichen Pfandvertrag, dem zufolge die Q AG der Bank P 100 Orientteppiche verpfändet. Die Teppiche befinden sich in einem Zollfreilager in einem Separatverschlag. Dieser Separatverschlag besteht aus vier vom Boden bis zur Decke reichenden Wänden und kann nur durch eine Tür betreten werden. Die Tür ist mit einem Doppelschloss versehen, zu dem zwei Schlüssel bestehen, von denen jeder nur in eines der beiden

Schlösser passt. Der Zutritt zum Separatverschlag ist somit nur durch gemeinsames Aufschliessen dieser Tür möglich. Einen der Schlüssel übergibt die Q AG der Bank P, während sie den andern behält. Ist das Pfandrecht zu Gunsten der Bank P wirksam bestellt worden?

- a) Nein, denn die wirksame Bestellung eines Fahrnispfandrechts setzt voraus, dass der Pfandgläubiger allein Zugang zu den Pfandobjekten hat. Die Q AG hätte somit der Bank P beide Schlüssel übergeben müssen.
- b) Nein, denn ein Fahrnispfandrecht kann nur an Wertpapieren und Edelmetallen bestellt werden.
- c) Ja, ein Mitverschluss, wie er hier vorliegt, genügt.
- d) Nein, denn zur wirksamen Bestellung eines Fahrnispfandrechts ist eine physische Übergabe der Pfandobjekte an den Gläubiger erforderlich; die blosser Übergabe von Schlüsseln genügt nicht. Das Pfandrecht wäre somit auch dann nicht gültig bestellt worden, wenn die Bank P beide Schlüssel erhalten hätte.

Frage 4

In einem Festschriftenbeitrag analysieren zwei Autoren die Entstehungsgeschichte von Art. 210 Abs. 1^{bis} OR bisherige Fassung (bzw. Art. 210 Abs. 3 OR in der ab 1. Januar 2013 geltenden Fassung) und kommen zum Schluss, dass die dreissigjährige Verjährungsfrist für Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung bei Kulturgütern nur bei sogenannten rechtlichen Sachmängeln Anwendung finden könne (z.B. wenn der Herkunftsstaat des Kulturgutes vom Käufer gestützt auf sein öffentliches Recht die Herausgabe verlangt), nicht aber bei andern Sachmängeln (also z.B. nicht bei physischen Mängeln wie Farbschäden etc.). Mit welcher methodologischen Denkfigur argumentieren diese Autoren?

- a) Mit der Billigkeit nach Art. 4 ZGB.
- b) Mit der teleologischen Reduktion.
- c) Mit einer Entscheidfindung modo legislatoris (Art. 1 Abs. 2 in fine ZGB) zur Füllung einer Regelungslücke.
- d) Keine dieser Varianten trifft zu.

Frage 5

T übergibt seinen VW Golf GTI dem U zum Weiterverkauf an einen Dritten mit der Abrede, U solle ihm entweder den Wagen binnen 48 Stunden zurückbringen oder ihm den Verkaufserlös von Fr. 22.500.— aushändigen. Am andern Tag veräussert U das Auto an den Occasionshändler Z zum Preis von Fr. 19.000.—. Den Erlös händigt U dem T nie aus. Im Nachhinein stellt sich heraus, dass U dasselbe Spiel schon mit verschiedenen Autobesitzern getrieben hat und dass er nie die Absicht hatte, dem T den Verkaufserlös zu übergeben. In der Folge wird U wegen gewerbsmässigen Betrugs zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt.

T fühlt sich von U getäuscht. Er hätte U den Wagen nicht zum Verkauf übergeben, wenn er gewusst hätte, dass dieser nie die Absicht hatte, ihm den Verkaufserlös auszuhändigen. Er verlangt von Z die Herausgabe des Autos. Steht ihm dies nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu?

- a) *Ja, denn der Wagen ist dem T wider seinen Willen abhandengekommen, weil er von U getäuscht wurde.*
- b) *Nein, er kann den Wagen auf keinen Fall von Z herausverlangen.*
- c) *Er kann den Wagen von Z herausverlangen, es sei denn, dieser beweise, dass er beim Kauf gutgläubig war.*
- d) *Er kann den Wagen von Z nur herausverlangen, wenn er beweist, dass dieser beim Kauf nicht gutgläubig war.*

Frage 6

C und D (beide 54-jährig) sind seit dreissig Jahren verheiratet und unterstehen dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Ehemann C ist in einer Kaderposition tätig und bei der Berufsvorsorgeeinrichtung X sehr gut versichert. Ehefrau D war während Jahren als Sekretärin zeitbeschäftigt und hat daneben den Haushalt geführt. Seit drei Jahren ist sie invalid und bezieht eine IV-Rente sowie eine kleine Rente ihrer Berufsvorsorgeeinrichtung Y. Über wesentliches Vermögen verfügen die Eheleute nicht.

Ehemann C legt sich eine über zwanzig Jahre jüngere attraktive Freundin zu. Daraufhin verlangt D die Scheidung. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens macht sie geltend, sie habe jahrelang den Haushalt geführt, während ihr Ehemann, der sie nun wegen einer Jüngerer verlasse, beruflich habe Karriere machen und sich eine sehr hohe künftige Pension habe sichern können. An dessen Ansprüchen gegen die Pensionskasse X wolle sie teilhaben. Besteht diese Möglichkeit?

- a) *Ja, denn die von C während der Ehe erworbenen Ansprüche auf künftige Altersrenten fallen in seine Errungenschaft, an welcher D partizipiert.*
- b) *Gegenüber der Pensionskasse X hat Frau D keine Ansprüche. Aber ihr steht gegenüber ihrem Ehemann C ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zu.*
- c) *Frau D hat Anspruch auf Übertragung der Hälfte der dem Ehemann gegenüber seiner Pensionskasse zustehenden Austrittsleistung.*
- d) *Die hier in Frage stehende Problematik lässt sich nur über die Alimentenbemessung gestützt auf Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB lösen.*

Frage 7

Das Ehepaar L wohnt mit zwei Kindern in einer Vierzimmerwohnung in Bern. Mieter der Wohnung ist Ehemann L. Gemäss Vertrag kann das Mietverhältnis unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten jeweils auf Ende April und Ende Oktober gekündigt werden.

Im Rahmen des Scheidungsverfahrens verlangt Ehefrau L, dass der Mietvertrag auf sie übertragen werde. Vermieter M ist damit nicht einverstanden, während Ehemann L, der die Wohnung längst verlassen hat, nichts dagegen einzuwenden hat. Muss sich Vermieter M das gefallen lassen?

- a) *Ja.*
- b) *Nein, denn Verträge sind persönlicher Natur und keine Vertragspartei muss sich gegen ihren Willen einen Parteiwechsel gefallen lassen.*
- c) *Ja, aber nur, wenn Ehefrau L in der Lage ist, hinreichende Sicherheiten für die Zahlung künftiger Mietzinse zu leisten.*

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

- d) *Ja, aber er kann den Mietvertrag auf jeden Fall unter Einhaltung der gesetzlichen Frist von drei Monaten auf den nächsten gesetzlichen Termin ausserordentlich kündigen.*

Frage 8

G ist stolzer Eigentümer eines kostbaren Gemäldes, das er dem Museum Y für eine längere Ausstellung leihweise zur Verfügung gestellt hat. Eines Tages schliesst er mit H einen Kaufvertrag über dieses Bild. Die Kaufvertragsparteien vereinbaren, dass das Bild ab sofort im Eigentum des H stehe, aber bis zur Ende der Ausstellung im Museum verbleiben soll. G teilt dies dem Museum Y mit.

Nach Ende der Ausstellung verlangt H vom Museum Y die Herausgabe des Gemäldes, was Y jedoch verweigert. Denn G sei in der Zwischenzeit bedauerlicherweise in Konkurs gefallen und die Konkursverwaltung mache geltend, das Bild gehöre der Konkursmasse. Hat H Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes?

- a) *Nein, denn er ist nicht Eigentümer geworden, weil keine physische Besitzübergabe stattgefunden hat.*
- b) *Ja, denn beim Speziaukauf geht mit Abschluss eines Kaufvertrages das Eigentum am Kaufgegenstand immer sofort auf den Käufer über.*
- c) *Ja, aber nur wenn er den Kaufpreis schon bezahlt hat.*
- d) *Ja, denn in diesem Fall hat mit Hilfe eines zulässigen Besitzübertragungssurrogats eine Besitzübertragung ohne Sachübergabe stattgefunden.*

Frage 9

J und K sind in einen Zivilprozess verwickelt, der heftig geführt wird. J behauptet, von K gestützt auf einen Vertrag den Betrag von Fr. 50 000.— zugut zu haben. K bestreitet, dass ein Vertrag zustande gekommen sei. Das erstinstanzliche kantonale Gericht vernimmt zu dieser Frage verschiedene Zeugen ein, die zum Teil sich widersprechende Aussagen machen. Aufgrund einer Abwägung der verschiedenen Aussagen kommt das Gericht zum Schluss, dass ein Vertragsschluss nachgewiesen sei. Daher heisst es

die Klage von J gut. Die zweite kantonale Instanz bestätigt dieses Urteil. K, der die von J benannten Zeugen als völlig unglaubwürdig einschätzt, findet sich mit der Prozessniederlage nicht ab und legt Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein. Sein Anwalt macht eine Verletzung der Beweislastregel von Art. 8 ZGB geltend. Ist das methodisch korrekt?

- a) *Nein, denn wenn das Gericht Beweise abgenommen und gewürdigt hat und so zu einem Beweisergebnis gekommen ist, stellt sich die Frage der Beweislastverteilung nicht.*
- b) *Ja, denn wenn ein Gericht unglaubwürdigen Zeugen Glauben schenkt, verletzt es Art. 8 ZGB.*
- c) *Ja, denn sonst wäre K vor Bundesgericht schutzlos, weil er keine andere Bundesrechtsverletzung rügen könnte.*
- d) *Keine dieser Varianten trifft zu.*

Frage 10

K klagt gegen B auf Feststellung, dass er dem B aus dem Werkvertrag vom 20. Januar 2012 nichts schulde. Das Gericht findet, ein ausreichendes Feststellungsinteresse des K sei vorliegend nicht gegeben. Wie lautet sein Entscheid?

- a) *Auf die Klage wird nicht eingetreten.*
- b) *Die Klage wird abgeschrieben.*
- c) *Die Klage wird abgewiesen.*

Frage 11

Kläger X beantragt im Rahmen eines hängigen Gerichtsverfahrens vor dem Berner Handelsgericht über eine Forderung von Fr. 50 000.— gegen den Beklagten Y eine vorsorgliche Massnahme. In welchem Verfahren beurteilt das Gericht die vorsorgliche Massnahme?

- a) *Im ordentlichen Verfahren.*
- b) *Im vereinfachten Verfahren.*
- c) *Im summarischen Verfahren.*

Frage 12

Gläubiger G wird in der Betreuung gegen Schuldner S Rechtsöffnung für Fr. 14000.— erteilt. Mit welchem Rechtsmittel kann sich S gegen den Rechtsöffnungsentscheid wehren?

- a) *Berufung.*
- b) *Beschwerde.*
- c) *Revision.*

D. Lösungsskizze zu den Fragen

Vorbemerkung: Die folgenden Hinweise dienen der näheren Erklärung der Antworten. An der Prüfung selber waren – wie in der Aufgabenstellung erwähnt – Begründungen nicht erforderlich. Verlangt wurde nur das Ankreuzen der richtigen Antwort.

Frage 1

Korrekt ist Antwort d). Gemäss Art. 19c Abs. 1 ZGB üben urteilsfähige handlungsunfähige Personen die Rechte, die ihnen *um ihrer Persönlichkeit willen* zustehen, selbständig aus. Darunter fällt auch die *Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung* (welche ohne entsprechende Einwilligung nicht vorgenommen werden darf). Im vorliegenden Fall sind keine medizinischen Nachteile zu befürchten, wenn die Behandlung durch den Chiropraktiker unterbleibt. E muss bloss ein wenig länger auf die Ausübung ihres Hobbys verzichten. Von einem normal

entwickelten dreizehnjährigen Mädchen kann man daher erwarten, dass es in der Lage ist, über diese (harmlose) Folge der von ihm nicht gewünschten Heilbehandlung einen vernunftgemässen Willen (vgl. Art. 16 ZGB) zu bilden. Sie ist somit berechtigt, die Einwilligung in die Heilbehandlung zu verweigern³⁰.

Frage 2

Korrekt ist Antwort a). Wer widerrechtlich in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt ist, kann gegen den Verletzer *grundsätzlich auf Herausgabe des Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag klagen* (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 OR). Dies ist insbesondere auch dann möglich, wenn ein Medienunternehmen gegen eine Person, die im Rampenlicht der Öffentlichkeit steht, eine Pressekampagne führt, um die Auflagenzahl zu halten oder gar zu steigern³¹. Im Einzelfall kann es allerdings schwierig sein, den herauszugebenden Gewinn zu ermitteln. In analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR kann daher dieser Gewinn nach Ermessen des Gerichts geschätzt werden³².

Frage 3

Korrekt ist Antwort c). Der Mitverschluss genügt für eine Bestellung eines Fahrnispfandes³³. Erforderlich ist bloss, *dass der Verpfänder nicht mehr die ausschliessliche Gewalt über die Sache hat* (Art. 884 Abs. 3 ZGB). Mit der Übergabe eines Schlüssels wird der Besitz wirksam übertragen, denn dabei handelt es sich um ein Mittel, das dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschafft (Art. 922 Abs. 1 zweite Variante ZGB).

Frage 4

Korrekt ist Antwort b). Die Autoren des Festschriftenbeitrags³⁴ ermitteln aufgrund einer historischen Auslegung den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der Bestimmung von Art. 210 Abs. 1^{bis} OR in der bis Ende 2012 geltenden bzw. Art. 210 Abs. 3 OR in der seither geltenden Fassung. Aufgrund ihrer Analyse kommen sie zum Schluss, *dass der Text dieser Bestimmung zu weit (gleichsam «überschiessend») gefasst ist*, indem er generell von Sachmängeln und nicht bloss von rechtlichen Sachmängeln spricht. Die vom Wortlaut umfassten Fälle widersprechen

³⁰ Vgl. dazu insgesamt BGE 134 II 235.

³¹ Vgl. dazu einlässlich BGE 133 III 153 (Fall Willy Schnyder), dem die Frage 2 nachgebildet ist.

³² Dazu ausführlich BGE 133 III 153 E. 3 S. 160 ff., m.Nw.

³³ Vgl. dazu auch das Bundesgerichtsurteil 5C.172/2000 vom 1. November 2000, dem die Frage 3 nachgebildet ist.

³⁴ Beim besagten Festschriftenartikel handelt es sich um THOMAS KOLLER/ALAIN MUSTER, Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Kauf von Kulturgütern nach schweizerischem Recht, in: *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, hrsg. von Franco Lorandi und Daniel Staehelin, Zürich/St.Gallen 2011, 339 ff. Für die Beantwortung der Frage war es selbstverständlich nicht notwendig, diesen Festschriftenbeitrag zu kennen. Geprüft wurde mit dieser Frage methodologisches Grundwissen, wie es in der Vorlesung «Privatrecht II: Einleitungstitel zum Zivilgesetzbuch» vermittelt wird.

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

daher (im «überschiessenden» Teil) der inneren Teleologie des Gesetzes. Die Rechtsnorm verlangt somit – so die Verfasser – eine engere Interpretation als vom Text vorgegeben, eben eine *teleologische Reduktion*³⁵.

Frage 5

Korrekt ist Antwort d). Der Wagen ist dem T nicht abhandengekommen, sondern war dem U trotz der Täuschung *anvertraut*; denn die Täuschung bezog sich nicht auf die Besitzübertragung, sondern auf das dieser Übertragung zugrundeliegende Rechtsgeschäft³⁶. Z ist daher grundsätzlich in seinem Erwerb geschützt, wenn er gutgläubig war (Art. 933 ZGB). Da *der gute Glaube vermutet* wird (Art. 3 ZGB), kann T das Auto von Z nur herausverlangen, wenn er beweist, dass Z beim Erwerb nicht gutgläubig war.

Frage 6

Korrekt ist Antwort b). Die hier in Frage stehende Problematik ist in Art. 122 ff. ZGB geregelt. Da bei Frau Dv *bereits ein Vorsorgefall eingetreten ist* (bezieht sie doch von ihrer Vorsorgeeinrichtung eine Invalidenrente), findet Art. 124 ZGB Anwendung. Ihr steht daher gegen ihren Ehemann ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zu. Ein Anspruch auf Vorsorgeausgleich gemäss Art. 122 ZGB ist damit ausgeschlossen. Güterrechtlich sind Anwartschaften aus der beruflichen Vorsorge nicht zu berücksichtigen; in die Errungenschaft fallen nur bereits ausgerichtete Leistungen von Personalvorsorgeeinrichtungen (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB).

Frage 7

Korrekt ist Antwort a). Art. 121 Abs. 1 ZGB gibt unter den dort aufgeführten Voraussetzungen dem betroffenen Ehegatten ein Recht auf eine solche Vertragsübertragung durch das Gericht, *und zwar auch gegen den Willen des Vermieters*³⁷. Ein ausserordentliches Kündigungsrecht steht diesem deswegen nicht zu. Die Leistung von Sicherheit kann er nicht verlangen. Es genügt, dass ihm der frühere Mieterehegatte, hier also Ehemann C, gemäss Art. 121 Abs. 2 ZGB weiterhin solidarisch für den Mietzins haftet.

Frage 8

Korrekt ist Antwort d). Beim hier in Frage stehenden Traditionssurrogat handelt es sich um eine *Besitzanweisung* im Sinne von Art. 924 ZGB³⁸. Durch blossen Konsens dagegen (wie in Antwort b) unterstellt) könnte das Eigentum nach schweizerischem Recht nicht übergehen; für den Eigentumsübergang erforderlich ist entweder eine *traditio* oder zumindest – wie hier – ein anerkanntes Traditionssurrogat.

Frage 9

Korrekt ist Antwort a). Kommt ein Gericht aufgrund einer Würdigung von Beweisen (hier von Zeugenaussagen) zu einem Beweisergebnis, so stellt sich die Frage der Verteilung der Beweislast nicht mehr³⁹.

Frage 10

Korrekt ist Antwort a). Das Feststellungsinteresse ist eine *Prozessvoraussetzung* (Art. 59 Abs. 2 lit. a

³⁵ Siehe zur teleologischen Reduktion einlässlich etwa SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 392 ff., in: Berner Kommentar Band I (Einleitung und Personenrecht) 1. Abteilung (Einleitung, Art. 1–9 ZGB), Bern 2012. Die teleologische Reduktion wird dort treffend als «... die teleologisch motivierte Verringerung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm auf weniger als die innere Wortlautgrenze» umschrieben (a.a.O., N 392).

³⁶ Vgl. dazu BGE 121 III 345, dem Frage 5 nachgebildet ist.

³⁷ Statt aller etwa PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, 236 Rz. 11, in: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2009.

³⁸ Vgl. zur Besitzanweisung etwa BGE 132 III 155 E. 4.1 S. 158 f. Anders als im dort zu beurteilenden Fall anerkennt hier der unmittelbare Besitzer (d.h. das Museum) einen andern (d.h. den G) als mittelbaren Besitzer an. Daher ist die Besitzanweisung in casu möglich.

³⁹ Vgl. dazu statt aller etwa BGE 137 III 226 E. 4.3 S. 235 und STEPHANIE HRUBESCH/MARTINA BOSSHARDT, Rz. 08.84 f., in: Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer, Einleitungstitel und Personenrecht, 2. Aufl. Bern 2012, sowie HANS PETER WALTER, Art. 8 ZGB N 29, in: Berner Kommentar Band I (Einleitung und Personenrecht) 1. Abteilung (Einleitung, Art. 1–9 ZGB), Bern 2012, je m.Nw.

ZPO)⁴⁰. Auf eine Klage wird nur eingetreten, wenn alle Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

Frage 11

Korrekt ist Antwort c). Vorsorgliche Massnahmen sind im *summarischen Verfahren* zu treffen (Art. 261 ff. i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO). Ist ein Handelsgericht in der Hauptsache zuständig, so ist es auch für vorsorgliche Massnahmen zuständig (Art. 13 lit. a ZPO), und dies selbst vor Eintritt der Rechtshändigkeit (Art. 6 Abs. 5 ZPO). Besondere Verfahrensregeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch ein Handelsgericht bestehen nicht. Daher richtet sich dieses Verfahren nach den allgemeinen Bestimmungen (Art. 261 ff. ZPO).

Frage 12

Korrekt ist Antwort b). Gegen Rechtsöffnungsentscheide ist die Berufung nicht zulässig (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Bei einem Rechtsöffnungsentscheid handelt es sich somit um einen nicht berufungsfähigen Entscheid, der nur mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 319 lit. a ZPO).

⁴⁰ Vgl. dazu statt aller etwa DANIEL FÜLLEMANN, Art. 88 ZPO N 7, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, Zürich/St.Gallen 2011.

⁴¹ Der Miet-Fall (Fall 2) ist frei erfunden, könnte sich aber ohne weiteres so in der Praxis abspielen. Der Gurken-Fall basiert auf realen Vorkommnissen im Frühling und Sommer 2011. Die Parteien und der in Frage stehende Kaufvertrag sind zwar (ebenfalls) frei erfunden, aber der Hintergrund des Falles ist echt: Spanische Gurken gerieten damals – zu Unrecht, wie sich im Nachhinein herausstellte – in Verdacht, bakterienverseucht zu sein. Daraufhin wollte in vielen Ländern Europas kaum noch jemand solche Gurken konsumieren, weshalb Tausende von Tonnen Salatgurken vernichtet werden mussten.

E. Bemerkungen

I. Allgemeines

Die Bachelorklausur vom 11. Januar 2013 hatte zum einen zwei Fälle zum Gegenstand, die einem Praktikanten bzw. einer Praktikantin in einer gut geführten Anwaltskanzlei begegnen können. Die Chefin betraut die Praktikantin bzw. den Praktikanten mit der Abklärung verschiedener Aspekte der Fälle, damit sie sich rasch ein Bild über die Rechtslage und die allenfalls zu unternehmenden Schritte machen kann. Da sie mit Arbeit stark ausgelastet sein wird, ist sie auf fundierte und konzise Ausführungen des Praktikanten bzw. der Praktikantin angewiesen. Abschweifungen sind für sie Zeitverschwendung, Ungenauigkeiten und Fehler ein Ärgernis.

Mit den beiden Fällen⁴¹ wurden verschiedene Fähigkeiten getestet, über die ausgebildete Juristinnen und Juristen verfügen sollten, nämlich gewisse Grundkenntnisse im Prozessrecht und im Schuldrecht, sodann die Fähigkeit, Fälle unter Zuhilfenahme der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen zu bearbeiten, und schliesslich – ganz essentiell – die Fähigkeit zur Subsumtion und zur juristischen Argumentation.

Der Zweck der Fragen war teilweise anders gelagert. Die Bachelorprüfung im Privatrecht deckt einen grossen Stoffumfang ab. Dieser Stoffumfang kann bei den zur Lösung gestellten Fällen zwangsläufig nicht hinreichend berücksichtigt werden; die beschränkte Zeit lässt es nicht zu, aus vielen verschiedenen Bereichen des Prüfungsstoffs Fälle bearbeiten zu lassen. Die Fragen wurden unter Mithilfe von sowie in Absprache mit mehreren Fachkolleginnen und -kollegen ausgearbeitet. Sie zielten darauf ab, den in der Klausur unmittelbar abgeprüften Stoff etwas zu verbreitern und so den Studierenden zu ermöglichen, nicht nur ihre Kenntnisse und Fertigkeiten in den von den beiden Fällen umfassten Stoffgebieten, sondern auch in andern Bereichen des Privatrechts zu präsentieren.

In den letzten Jahren wurden in den Privatrechtlichen Übungen in verschiedenen Fällen zahlreiche Probleme thematisiert, die in den Klausuraufgaben (d.h. in den beiden Fällen sowie in den 12 Fragen) enthalten waren. Zudem wurden solche Rechtsfragen immer wieder in den Vorlesungen behandelt. Die Aufgaben waren daher nach einem regelmäs-

sigen Veranstaltungsbesuch und bei seriöser Prüfungsvorbereitung ohne weiteres lösbar. Dies schlug sich denn auch in der Notenstatistik nieder, die sich im üblichen Rahmen bewegt. Erfreulich ist, dass über 30% der Studierenden eine gute oder sehr gute Leistung erbracht haben. Die rund 40% der Studierenden mit den Noten 4 und 4,5 haben den Ausweis über einige vorhandene Kenntnisse im Prozessrecht und im materiellen Privatrecht 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 29%) wären dagegen (noch) nicht geeignet, in der Praxis entsprechende Fälle selbständig zu bearbeiten.

Bei den Fällen war die Angabe der pro Frage erzielbaren maximalen Punktezahl 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 bei den beiden zu lösenden Fällen 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 pflichtgemäßem 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 ganz die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktzahl erforderlich.

Im Folgenden sollen die häufigsten Fehler, die sich in den 166 korrigierten Klausuren fanden, aufgelistet und besprochen werden.

II. Häufigste Fehler bei den Falllösungen

1. Allgemeines

a) Zum Teil fanden sich in den Klausuren längere Wiedergaben oder Zusammenfassungen des Sach-

verhalts. Das war überflüssig und hat unnötig Zeit gekostet.

b) Vielfach waren die Begründungen zu den verschiedenen Aspekten sehr knapp. Erstaunlicherweise haben aber im Gegenzug auch etliche Studierende in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit äusserst ausführlich (in der Regel dann allerdings viel zu ausführlich und zum Teil zu nicht relevanten Problemen) argumentiert.

2. Bei Fall 1

a) Nur sehr wenige Studierende haben nicht erkannt, dass der Zwischenentscheid berufungsfähig ist. Ganz vereinzelt wurde die Berufungsfähigkeit mit dem Argument verneint, es liege eine *handelsrechtliche Streitigkeit* vor, weshalb es innerkantonal keine zweite Instanz gebe. Das wäre zutreffend, wenn sich der Prozess in einem der vier Handelsgerichtskantone der Schweiz abspielen würde. *In der Aufgabenstellung steht indessen kein Wort von einem Handelsgericht*, sondern von einem «vorgängigen erfolglosen Schlichtungsverfahren» (das nicht zur Anwendung käme, wenn ein Handelsgericht zuständig sein sollte [Art. 198 lit. f ZPO]) und von einer ersten kantonalen Instanz. Es ist kaum denkbar, dass weder die Schlichtungsbehörde noch die erste kantonale Instanz noch eine der betroffenen Parteien die offenkundig fehlende sachliche Zuständigkeit bemerkt hätten, wenn im betroffenen Kanton ein Handelsgericht existieren würde. Es war daher nicht naheliegend anzunehmen, der Fall spiele sich in einem der vier Handelsgerichtskantone und nicht in einem der 22 übrigen Kantone ab.

b) Als Rügegrund wurde vielfach die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gemäss Art. 310 lit. b ZPO genannt. Das ist nicht zutreffend. Die für die Beurteilung der Passivlegitimation relevanten Fakten (Sprache der Website, Sprache des Vertragsabschlusses, bisherige Geschäftsbeziehungen, Zahlungsabwicklung, Anschrift auf der Verpackung etc.) sind unbestritten. In Frage steht die rechtliche Würdigung dieser Fakten durch das erstinstanzliche Gericht. Indem die B ihre Passivlegitimation bestreitet, macht sie eine *unrichtige Rechtsanwendung* (Art. 310 lit. a ZPO) geltend.

c) Gelegentlich wurde die Passivlegitimation als Prozessvoraussetzung bezeichnet. Auch dies ist unzutreffend. *Die Frage der Passivlegitimation ist materiellrechtlicher Natur.*

d) Der Ablauf der Rechtsmittelfrist wurde oft falsch errechnet. Zwar haben erfreulicherweise die meisten Studierenden den Friststillstand über die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) erkannt. Aber die Fristberechnung selbst hat vielfach Mühe bereitet. Viele Studierende kamen zum (unzutreffenden) Ergebnis, dass die Frist am 13. Januar 2013 ablaufe (wobei dann zum Teil zutreffend darauf hingewiesen wurde, dass sich die Frist gemäss Art. 142 Abs. 3 ZPO bis 14. Januar verlängere, weil der 13. Januar 2013 ein Sonntag sei); für diesen Rechnungsfehler gab es – auch wenn in Anwendung der Regel von Art. 142 Abs. 3 ZPO am Ende das korrekte Datum resultierte – einen halben Punkt Abzug. Andere Studierende errechneten den 15. Januar 2013 als letzten Tag der Frist. Das wäre in der Praxis ein fataler Fehler, weil die Rechtsmittelfrist verpasst würde, wenn die Berufung erst an diesem Tag eingereicht würde. Dementsprechend erfolgte hier ein ganzer Punkt Abzug.

Die korrekte Fristberechnung geschieht wie folgt: Fristauslösend ist der Zugang des begründeten Ent-

scheids beim Schweizer Anwalt am 29. November 2012. Die Rechtsmittelfrist beginnt am folgenden Tag, d.h. am 30. November 2012 zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Dieser Tag ist der «Tag Nr. 1» (und damit ist der Tag des Zugangs des Urteils der «Tag Nr. Null») der dreissigtägigen Frist. Bis zum Friststillstand am 18. Dezember 2012 laufen somit 18 Tage. Die restlichen 12 Tage der Frist laufen demgemäss vom 3. bis 14. Januar 2013⁴².

e) Bei der Frage, ob es sachgerecht war, dass das erstinstanzliche Gericht einen Zwischenentscheid gefällt hat, wurde oft ohne nähere Begründung ausgeführt, dass mit der sofortigen Herbeiführung eines Endentscheides durch die obere Instanz *ein bedeutender Zeit- und Kostenaufwand gespart werden könne*. Das trifft hier jedoch nicht zu. Der Sachverhalt ist weitgehend klar. Es stellen sich neben der Frage der Passivlegitimation ausschliesslich weitere Rechtsfragen (wie die Rechtzeitigkeit der Rüge, die Vertragswidrigkeit der Ware und das Recht der Käuferin zur Aufhebung des Vertrages), welche die erste Instanz ohne grossen Aufwand hätte mitbeurteilen können. Mit der Fällung eines Zwischenentscheids, der selbständig mit Berufung anzufechten ist (Art. 237 Abs. 2 ZPO), wird nicht nur kein bedeutender Zeit- und Kostenaufwand gespart, *sondern es wird im Gegenteil das Verfahren verlängert und verteuert*.

Ein Zwischenentscheid über die Passivlegitimation könnte sich z.B. in einem komplexen Haftpflichtprozess rechtfertigen, in welchem teure Gutachten über die Schadenhöhe eingeholt werden müssten. Ein solches aufwändiges Beweisverfahren erübrigt sich, wenn die obere Instanz die Passivlegitimation verneint und die Klage daher abzuweisen ist.

f) Die Frage der Passivlegitimation haben etliche Studierende nicht nach UN-Kaufrecht, sondern nach nationalem schweizerischem Recht (insbesondere nach Art. 32 Abs. 2 OR) bearbeitet, obwohl in der Aufgabenstellung ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass sich die Beantwortung dieser Frage nach UN-Kaufrecht richtet. *Massgebend für die Beurteilung dieses Problems ist Art. 8 CISG*, was erfreulicherweise viele Studierende erkannt haben.

⁴² Praktische Beispiele zur Fristrechnung finden sich in Literatur und Judikatur sehr viele. Siehe dazu aus neuerer Zeit statt aller etwa das Urteil des Bundesgerichts 2C_1122/2012 vom 13. November 2012 (Zustellung des Entscheids am 10. Oktober 2012, Fristbeginn am 11. Oktober 2012 und Fristende am 9. November 2012) oder NINA J. FREI, Art. 145 ZPO N 6, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (Zustellung des Entscheids am 15. Dezember, Beginn des Fristenlaufs am 16. Dezember, d.h. vor dem Friststillstand am 18. Dezember laufen zwei Tage der Frist). Einlässlich zu Fristfragen insgesamt neuerdings WOLFGANG ERNST/SERAFIN OBERHOLZER, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/St.Gallen 2013; zum hier interessierenden Problem spez. Rz. 78. 1 Bei Zwischenentscheiden bestimmt sich der Streitwert nach den Begehren, die vor der Instanz streitig sind, an der die Hauptsache hängt ist (vgl. dazu Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG, der auch auf die ZPO angewandt werden kann [MARTIN H. STERCHI, Art. 308 ZPO N 28, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012]).

«GURKEN, DIE KEINER WILL, EINE WOHNUNG, DIE MEHRERE WOLLEN, UND ETLICHE FRAGEN»

g) Bei der Frage der rechtzeitigen Mängelrüge haben verschiedene Studierende der A AG vorgehalten, sie habe die Gurken nach der Lieferung nicht hinreichend untersucht (Art. 38 CISG). Dann müsste man sich allerdings auch mit der Frage auseinandersetzen, woraufhin denn die Käuferin die Gurken hätte untersuchen (lassen) müssen. Die Gurken waren ja nicht mit Bakterien verseucht (wie in der Aufgabenstellung ausdrücklich festgehalten wurde). Die behauptete Vertragswidrigkeit bestand vielmehr in der fehlenden Verkäuflichkeit wegen des europaweit verbreiteten Verdachts auf Bakterienverseuchung, der zum Zusammenbruch des Gurkenmarktes führte. Im Übrigen wäre es wohl auch nicht sehr realistisch, von einer gewöhnlichen Gemüseimporteurin eine Untersuchung der Gurken auf Bakterien zu fordern, wenn ein renommiertes Institut wie das Robert-Koch-Institut zuerst eine Falschmeldung herausgibt und anschliessend die deutschen Behörden rund zwei Wochen benötigen, um die vorsorglich ausgesprochene Warnung vor dem Verzehr von Gurken wieder aufzuheben.

h) Bei der Frage nach der Vertragswidrigkeit der Gurken haben verschiedene Studierende nicht mit der gewöhnlichen Gebrauchstauglichkeit gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG, sondern mit dem besonderen Gebrauchszweck nach Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG argumentiert. Das ist methodisch nicht korrekt. Die Frage der Handelbarkeit von Waren, die generell zum Weiterverkauf bestimmt sind, *ist unter dem Gesichtspunkt der gewöhnlichen Gebrauchstauglichkeit zu prüfen*. Die besonderen Voraussetzungen für die Haftung des Verkäufers, die in Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG vorgesehen sind, kommen daher nicht zum Tragen.

i) Vereinzelt wurde die Vertragswidrigkeit der Gurken als «rechtlicher Mangel» i.S.v. Art. 41 CISG bezeichnet. Das ist unzutreffend. Art. 41 CISG beschlägt nur Rechte und Ansprüche Dritter, nicht aber behördliche Verbote, Verkaufseinschränkungen etc. Zudem wurde hier – wie in der Aufgabenstellung ausdrücklich steht – gar kein behördliches Verbot erlassen. Die Gurken hätten ohne weiteres verkauft werden dürfen; nur wollte sie niemand kaufen.

k) Oft hat das in Art. 25 CISG aufgeführte Tatbestandsmerkmal der Vorhersehbarkeit bei der Frage,

ob die A AG den Vertrag auflösen könne, Schwierigkeiten bereitet. Für die vertragsbrüchige Partei muss nicht die Vertragsverletzung vorhersehbar sein, *sondern vorhersehbar müssen die Nachteile sein, welche für den Vertragspartner mit einer allfälligen Vertragsverletzung verbunden sein können*.

l) Einige Studierende haben sich bei der letzten Frage zu Fall 1 einlässlich mit Art. 79 CISG auseinandergesetzt. Das war nicht zielführend. Art. 79 CISG regelt nur, unter welchen Voraussetzungen sich die vertragsbrüchige Partei entlasten kann, *wenn sie auf Schadenersatz belangt wird*. Ein Schadenersatzanspruch steht in casu jedoch nicht zur Diskussion. *Die ändern Rechte des Vertragspartners, wie z.B. sein Recht auf Rücktritt, sind von Art. 79 CISG nicht betroffen* (vgl. dazu Art. 79 Abs. 5 CISG).

3. Bei Fall 2

a) Bei der Frage nach dem rechtzeitigen Zugang der Kündigung haben viele Studierende das *klare und eindeutige Bekenntnis des Bundesgerichts zur absoluten Empfangstheorie* im materiellen Privatrecht, insbesondere im Mietrecht, nicht gekannt. Das ist im Grunde erstaunlich, wurde auf diese wichtige Rechtsprechung doch mehrfach in Übungen und in der Vorlesung hingewiesen.

b) Vereinzelt haben Studierende auf die in Frage stehende Kündigung des U nicht Art. 261 Abs. 2 lit. a OR, sondern Art. 266g OR (Kündigung aus wichtigem Grund) angewandt. Das ist nicht sinnvoll. Das Recht des Grundstückserwerbers zur ausserordentlichen Kündigung wegen Eigenbedarfs ist in Art. 261 Abs. 2 lit. a OR als *Spezialnorm* geregelt. Ein Rückgriff auf die Generalklausel von Art. 266g OR ist daher ausgeschlossen.

c) Bei der Frage, auf welchen Zeitpunkt U den Vertrag kündigen könne, wenn ihm heute (d.h. am 11. Januar 2013) zum Bewusstsein käme, dass er bei seiner ersten Kündigung einen Formfehler begangen hat, haben etliche Studierende übersehen, dass dem Erwerber eines Grundstücks das Recht zur ausserordentlichen Kündigung mit der gesetzlichen Frist von drei Monaten nur auf den ersten gesetzlichen Termin zusteht. Auf einen späteren Termin kann der Erwerber nicht mehr gestützt auf Art. 261

Abs. 2 lit. a OR ausserordentlich kündigen. Es bleibt ihm nur die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung gemäss Vertrag (soweit nicht vorher ein anderer Grund zur ausserordentlichen Kündigung eintritt, wie z.B. ein Zahlungsverzug des Mieters). U kann daher nicht gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR den Vertrag bereits auf Ende Juni 2013 auflösen.

d) Erstaunlich viele Studierende haben bei der letzten Frage ausgeführt, der vorzeitig kündigende Erwerber werde dem Mieter gestützt auf Art. 261 Abs. 3 OR für den Schaden haftbar. Das ist nicht zutreffend. *Haftbar wird nicht der Erwerber, sondern der Veräusserer.* Gegen ein solches Risiko kann (und sollte) sich der bisherige Vermieter absichern, indem er z.B. in den Kaufvertrag eine Überbindungsklausel aufnimmt, mit welcher der Erwerber auf das Recht zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR verzichtet. Das war hier indessen nicht gefragt.

e) Bei der letzten Frage wurden in aller Regel zahlreiche mögliche Schadenposten aufgeführt. Einige wenige Studierende haben dabei den in der Praxis heute wichtigsten Schadenposten allerdings übersehen: Wer eine neue Wohnung bezieht, muss – wie allgemein bekannt ist – mit einem deutlich höheren Mietzins für eine vergleichbare Wohnung rechnen. Bei einem Mietvertrag, der wie hier erst in etwas mehr als drei Jahren auslaufen würde, kann eine solche Mietzinsdifferenz eine ganz beträchtliche Summe ausmachen. Das wurde bei der Punkteverteilung berücksichtigt: Wer die (mögliche und wahrscheinliche) Mietzinsdifferenz nicht erwähnte, erhielt nicht die volle Punktezahl.

III. Zu guter Letzt

Ganz vereinzelt – «leider zu wenig», wäre man geneigt zu sagen – fanden sich in den Klausuren gewisse Kuriositäten, die der Hitze des Gefechts zuzuschreiben sein dürften, die Note selbstverständlich nicht beeinflussten, aber immerhin zu einer gewissen Erheiterung des Korrektors beigetragen und so einen guten Zweck erfüllt haben.

So haben zwei Studierende gemeint, die Gurken seien gemäss Sachverhalt nicht «versäucht» gewesen. Jemand anders hat bei den prozessualen Fragen vom «Berufungsführer» gesprochen, immerhin ein interessanter Ausdruck, der vielleicht einmal allgemein ins Prozessrecht eingeführt wird. In einer Klausur fanden sich die kuriosen Wendungen «... da eine Behebung der Unverkäuflichkeit sich nicht einfach beheben lässt» und «Dies war der Zeitpunkt, als die Histerie seinen Gang machte ...».

Besonders ans Herz gewachsen ist mir aber die folgende Umschreibung: «Der schreckhafte Konsument meidet wie der Teufel das Weihwasser gefährliche Lebensmittel.» Muss man daraus schliessen, dass der nicht schreckhafte Konsument gefährliche Lebensmittel frohen Herzens – gleichsam nach dem Motto «Mutig, mutig, liebe Brüder ...» – genießt? Wo waren dann im Frühling und Sommer 2011 die beherzten Konsumentinnen und Konsumenten, als man in ganz Europa aus Tausenden von Tonnen an sich essbarer (dann aber vernichteter) Gurken einen herrlichen Gurkensalat hätte anrichten und geniessen können ...?