

## Free from Care with Lease-a-Car?

Bachelorklausur im Privatrecht

Thomas Koller\* / Michael S. Graber\*\*

Der nachfolgende Prüfungsfall war anlässlich der Bachelorklausur im Privatrecht vom 9. Januar 2009 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern zu lösen. Für die Fallbearbeitung hatten die Studierenden fünf Stunden Zeit. Erlaubte Hilfsmittel waren die persönlichen Gesetze der Studierenden, welche mit Randnotizen versehen sein durften. Insgesamt haben 129 Studierende die Klausur geschrieben. Davon waren 86 Arbeiten (66,7%) genügend und besser (Note 4 und höher) sowie 43 Arbeiten (33,3%) ungenügend (Note 3,5 und tiefer). Erfreulicherweise haben über 22% der Studierenden (29 Arbeiten) eine gute oder sehr gute Leistung (Note 5 und höher) erbracht.

### A. Aufgabenstellung

Die Bauunternehmung AEDIFICIA schloss am 16. April 2003 mit der LEASE-A-CAR AG schriftlich einen Finanzierungsleasingvertrag mit einer vierjährigen unkündbaren Laufzeit. Gegenstand des Vertrages bildete ein einjähriger Occasion-Lieferwagen, der im geschäftlichen Einsatz der AEDIFICIA für den Transport der Arbeiter und des Werkzeugs auf die verschiedenen Baustellen dienen sollte. Der Preis für das Auto betrug CHF 47790.–. Auf Veranlassung der AEDIFICIA kaufte die LEASE-A-CAR AG den Wagen zu diesem Preis beim Garagisten EISENRING, welcher das Fahrzeug am 30. April 2003 direkt an die AEDIFICIA lieferte. Im Kaufvertrag wurde von EISENRING ausdrücklich zugesichert, dass es sich beim Lieferwagen nicht um ein Unfallfahrzeug handle.

Die monatlich zu entrichtende Leasinggebühr wurde auf CHF 1000.– festgesetzt, zahlbar jeweils am ersten des Monats, erstmals am 1. Mai 2003. Sämtliche Lasten aus dem Betrieb des Fahrzeuges (Motorfahrzeugsteuern, Versicherungsprämien, Unterhalt usw.) wurden der Leasingnehmerin überbunden. Gemäss der fettgedruckten Ziff. 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der LEASE-A-CAR AG, welchen die AEDIFICIA im Rahmen des Vertragsabschlusses ausdrücklich zugestimmt hatte, wurde jede Gewährleistung der LEASE-A-CAR AG für Mängel am Leasingobjekt mit eindeutiger Formulierung wegbedungen. Im Gegenzug trat die Leasinggeberin

in Ziff. 8 sämtliche ihr – allenfalls auch zukünftig – gegen den Lieferanten zustehenden Gewährleistungsrechte an die AEDIFICIA ab.

Der Hersteller des Fahrzeugs hatte bereits am 15. Februar 2003 alle Vertragshändler – inklusive EISENRING – per E-Mail darauf hingewiesen, dass bei einigen Lieferwagen des Typs, der später auch an die AEDIFICIA geliefert wurde, das Getriebe fehlerhaft eingebaut worden sei. Aus Diskretionsgründen erfolge kein formeller Rückruf, zumal der Fehler nur geringfügig sei und leicht behoben werden könne. Man bitte aber alle Händler, den Kunden entsprechende Mitteilung zu machen und noch nicht verkaufte Fahrzeuge zu kontrollieren. Da EISENRING gerade stark beschäftigt war, hatte er sich indessen nicht weiter darum gekümmert; er hatte keinerlei Nachricht an seine Abnehmer erstattet und es auch unterlassen, die Wagen zu überprüfen, die bei ihm zum Verkauf bereitstanden.

Am 28. Februar 2004 verunfallte Polier RENGGLI auf der Fahrt zu einer Baustelle beinahe mit dem Fahrzeug, weil während der Fahrt plötzlich das Getriebe ausfiel. Nur dank seines Reaktionsvermögens

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern.

\*\* lic. iur., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bern.

wurde ein Unfall verhindert. Da EISENRING gerade Betriebsferien hatte, liess die AEDIFICIA den Wagen durch einen anderen Garagisten abschleppen, der den Getriebedefekt im Rahmen der noch laufenden Fabrikgarantie binnen drei Tagen unentgeltlich beseitigte. In seinem «Reparaturrapport» machte der Garagist die AEDIFICIA darauf aufmerksam, dass es sich beim Lieferwagen zweifelsohne um einen Unfallwagen handle; allerdings sei der Schaden damals fachmännisch einwandfrei behoben worden und es bestehe keinerlei Zusammenhang mit dem erneuten Vorfall. Auf Nachfrage der AEDIFICIA erklärte der Garagist, der Verkehrswert des Fahrzeuges müsse nach seiner Schätzung trotz der fachgerechten Behebung der seinerzeitigen Unfallschäden um ca. CHF 7000.– niedriger angesetzt werden. Zwei Tage später meldete die AEDIFICIA den Vorfall sowohl der LEASE-A-CAR AG als auch EISENRING, je unter Beilage einer Kopie des Rapports.

Wegen des defekten Getriebes hatte die AEDIFICIA eine wichtige Terminzusage auf einer Baustelle nicht einhalten können. Daher mache das entsprechende Baukonsortium gegenüber der AEDIFICIA eine vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 24000.– geltend.

Am 5. April 2004 verlangte die AEDIFICIA von der LEASE-A-CAR AG «volle Schadloshaltung». Mit Schreiben vom 13. April 2004 bestritt der Rechtsvertreter der LEASE-A-CAR AG sämtliche Ansprüche der AEDIFICIA gegenüber seiner Mandantin, da alle Gewährleistungsansprüche vollumfänglich und rechtswirksam wegbedungen worden seien. Zudem «empfahl» er der AEDIFICIA, sich an EISENRING zu halten. Der inzwischen eingeschaltete Anwalt der AEDIFICIA forderte daraufhin unverzüglich mit eingeschriebenem Brief (unter Angabe der Geschehnisse) bei EISENRING CHF 31000.–. EISENRING reagierte auf dieses Schreiben nicht, worauf der Anwalt der AEDIFICIA am 28. April 2004 die Betreibung gegen ihn einleitete. Nachdem EISENRING Rechtsvorschlag erhoben hatte, reichte die AEDIFICIA beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht Klage ein. Den Betrag von CHF 7000.– machte die AEDIFICIA unter dem Titel «Minderung», die restlichen Fr. 24000.– unter dem Titel «Schadenersatz» geltend. In der Klageantwort bestritt der nunmehr ebenfalls anwaltlich vertretene EISENRING die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung, Gewährleistungsansprüche seien nicht zedibel. Weiter

brachte der Anwalt von EISENRING vor, wenn schon sei ein Schadenersatzanspruch der LEASE-A-CAR AG gegenüber dem Beklagten zediert worden; die LEASE-A-CAR AG habe aber keinen Schaden erlitten, da sie sich gegenüber dem Kläger im Leasingvertrag freigezeichnet habe. Im Übrigen sei es aber auch sonst nicht Sache seines Klienten, der AEDIFICIA eine Konventionalstrafe zu ersetzen. Und der geltend gemachte Minderwert sei gar nicht vorhanden, weil das Fahrzeug nach dem früheren Unfall ja sachgerecht repariert worden sei.

Das Gericht beschränkte das Verfahren auf den Gesichtspunkt der von EISENRING bestrittenen Aktivlegitimation der Klägerin. Den die Sachlegitimation der AEDIFICIA bejahenden Entscheid zog der Beklagte ans Obergericht weiter, welches den erstinstanzlichen Entscheid bestätigte und festhielt, die Klägerin sei grundsätzlich legitimiert, sowohl Gewährleistungs- als auch Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten geltend zu machen. Ob bzw. welche Ansprüche bestünden und gegebenenfalls deren genaue Höhe sei in einem späteren Verfahrensabschnitt zu bestimmen.

Der Entscheid des Obergerichts wurde den Anwälten der Parteien per Post eröffnet. Dem Anwalt des Beklagten EISENRING legte die entsprechende Poststelle die Abholungseinladung am Morgen des 18. November 2008 in sein Postfach. Da der Anwalt sich aus Kostengründen kein Sekretariatspersonal leistet und er selber Mitte November 2008 erkrankt war, holte er die Gerichtsurkunde erst nach seiner Genesung am 28. November 2008 ab. Die Post hatte die Sendung noch nicht an das Obergericht zurückgesandt, weil ihr der Anwalt einen Zurückbehaltungsauftrag erteilt hatte. Seinen Klienten setzte der Anwalt über den Entscheid erst am 5. Januar 2009 in Kenntnis. Die Verzögerung erklärte er damit, er habe EISENRING die Adventszeit und die Festtage nicht verderben wollen. EISENRING, der seinem Anwalt schon seit einiger Zeit nicht mehr richtig vertraute, war über dessen Verhalten empört und entzog ihm mit sofortiger Wirkung das Mandat.

Neu betraut er die Anwaltskanzlei, in der Sie als Praktikantin/Praktikant tätig sind, mit der Wahrung seiner Interessen. Ihre mit bedeutenden Wirtschaftsmandaten stark belastete Chefin, die den «kleinen» Fall nur übernommen hat, weil EISENRING ihr Nachbar ist und sie dringend um Hilfe gebeten hat, beauftragt Sie mit der Abklärung folgender Fragen:

1. Kann der obergerichtliche Entscheid mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden? Was wäre dabei gegebenenfalls verfahrensrechtlich zu beachten? (vgl. dazu unbedingt hinten Punkt 2 bei den Informationen)

**(10 Punkte)**

2. Wie wäre materiellrechtlich zu argumentieren und wie beurteilen Sie die Erfolgsaussichten?

**(7 Punkte)**

Bei den folgenden Fragen wird unterstellt, dass die Aktivlegitimation der AEDIFICIA gegeben ist (z.B. weil das Bundesgericht eine Beschwerde des EISENRING – sofern sie denn prozessual überhaupt möglich sein sollte – abweist) und dass daher die kantonalen Instanzen im nächsten Verfahrensabschnitt noch die weiteren Aspekte des Falles zu beurteilen haben.

3. Wie beurteilen Sie bei der Fortsetzung des Verfahrens die Prozesschancen Ihres Klienten in Bezug auf die von der AEDIFICIA unter dem Titel «Minderung» geltend gemachten CHF 7000.–?

**(8 Punkte)**

4. Wie beurteilen Sie bei der Fortsetzung des Verfahrens die Prozesschancen Ihres Klienten in Bezug auf die Schadenersatzforderung der AEDIFICIA von CHF 24000.–?

**(21 Punkte)**

Bei der Beantwortung dieser Fragen können Sie von folgenden Informationen ausgehen:

- Alle Betroffenen sind in der Schweiz ansässig.
- Bei Frage 1 sind gemäss Auftrag Ihrer Chefin keine allgemeinen Ausführungen zur Form der Rechtsschrift (Art. 42 BGG) und zur Parteivertretung (Art. 40 BGG) zu machen, da ihr diese Bestimmungen bekannt seien. Ebenfalls nicht erforderlich sind Ausführungen über den Streitwert (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), die Vorinstanz (Art. 75 BGG) und die Beschwerdelegitimation (Art. 76 BGG), weil diese Beschwerdevoraussetzungen offensichtlich erfüllt seien. Hingegen erwartet die Chefin Ausführungen über kritische Punkte.
- Ihre Chefin macht Sie darauf aufmerksam, dass in den AGB von EISENRING die Gewährleistung für Sachmängel verkaufter Fahrzeuge auf die Nach-

besserung beschränkt und Wandelung, Minderung sowie Schadenersatz ausdrücklich ausgeschlossen werden. EISENRING habe diese AGB aber aus Nachlässigkeit weder der LEASE-A-CAR AG noch der AEDIFICIA ausgehändigt und er habe im Rahmen der Vertragsverhandlungen auch nicht auf seine AGB hingewiesen. Daher seien diese für die Beantwortung der Fragen nicht weiter zu beachten.

Bearbeitungshinweise:

- Argumentieren Sie wo immer möglich unter Nennung der einschlägigen Gesetzesartikel.
- Bei der Prüfung von Ansprüchen sind jeweils sämtliche Voraussetzungen abzuhandeln, gleichgültig, ob Sie eine davon allenfalls als nicht erfüllt erachten.
- Konzentrieren Sie sich auf das Wesentliche, die Zeit ist knapp! Unproblematisches ist daher nur kurz, Problematisches dagegen einlässlich zu behandeln.
- Beachten Sie die Punkteangaben. Diese sind ein Indiz für die relative Gewichtung der Fragen und damit für die Zeiteinteilung.

## B. Lösungsskizze<sup>1</sup>

### Frage 1

Wie in der Aufgabenstellung erwähnt, sind mehrere Voraussetzungen für eine Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) ohne Weiteres erfüllt. Keine Probleme bietet zudem der ins Auge gefasste *Beschwerdegrund*. Die Sachlegitimation ist eine Frage des materiellen Zivilrechts. Will EISENRING geltend machen, das Obergericht habe die Aktivlegitimation der AEDIFICIA zu Unrecht bejaht, so rügt er daher eine *Verletzung von Bundesrecht* (Art. 95 lit. a BGG).

Kritisch und daher näher zu prüfen sind aber das *Anfechtungsobjekt* und die *Rechtsmittelfrist*.

### 1. Das Anfechtungsobjekt

Beim in Frage stehenden Urteil handelt es sich *nicht* um einen Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG, da es das

<sup>1</sup> Die folgenden Fussnoten sind als Hinweise für Interessierte gedacht. In den Klausuren wurden selbstverständlich keine solchen Nachweise erwartet.

Verfahren nicht abschliesst, sondern um einen *selbständig* eröffneten *Vorentscheid*<sup>2</sup>, der nicht über eine Frage der Zuständigkeit oder über ein Ausstandsbegehren ergangen ist. Eine Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind. Näher zu prüfen ist, ob mit der Gutheissung der Beschwerde sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden kann und damit ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG).

Das erste Tatbestandsmerkmal (*Herbeiführung eines Endentscheids*) durch die Gutheissung der Beschwerde) ist hier eindeutig erfüllt. Tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde ein und verneint es die (umstrittene) Aktivlegitimation der AEDIFICIA, so wird die Klage abgewiesen und damit das Verfahren abgeschlossen. Heikel ist dagegen das zweite Tatbestandsmerkmal. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, ob die Ermittlung des geltend gemachten Minderungsbetrages und des Schadens besonders zeit- oder kostenaufwändig ist. Da es sich vorliegend um einen, was den Sachverhalt betrifft, eher einfachen Fall zu handeln scheint, *dürfte der mit einem sofortigen Endentscheid zu erzielende Zeitgewinn oder die Kostenersparnis wohl gering sein*. Das Bundesgericht beurteilt diese Frage nach freiem Ermessen und praxisgemäss sehr restriktiv<sup>3</sup>. Die *Chancen*, dass das Bundesgericht auf eine Beschwerde eintreten würde, sind daher gering. Zudem müsste in der Beschwer-

deschrift dargelegt werden, weshalb hier ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten eingespart werden könnte. Denn dies liegt in casu nicht klar auf der Hand. *Wird diese Frage in der Beschwerdeschrift nicht thematisiert, tritt das Bundesgericht schon aus diesem Grund auf das Rechtsmittel nicht ein*<sup>4</sup>.

**Zwischenbemerkung:** *Aus der Sicht der nunmehrigen Anwältin von EISENRING dürfte sich eine Beschwerde im Hinblick auf die erwähnte Unsicherheit und unter Berücksichtigung des nicht sehr hohen Streitwerts kaum lohnen. Aus einem Verzicht auf die Beschwerde erwächst ihrem Klienten kaum ein Nachteil, da der Vorentscheid später durch Beschwerde gegen den vom Obergericht (allenfalls) noch zu fällenden Endentscheid mitangefochten werden kann (Art. 93 Abs. 3 BGG).*

## 2. Rechtsmittelfrist

Die Beschwerde müsste innert *30 Tagen* nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids beim Bundesgericht eingereicht werden (Art. 100 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdefrist beginnt am Tag nach der Urteilszustellung zu laufen (Art. 44 Abs. 1 BGG). Wird eine Mitteilung wie im vorliegenden Fall nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht, so gilt sie spätestens am siebten Tag nach dem ersten Zustellversuch als erfolgt (Art. 44 Abs. 2 BGG).

Der erste Zustellversuch geschah hier am Morgen des 18. November 2008, als die Poststelle die Abholungseinladung in das Postfach des vom Beklagten bevollmächtigten Anwalts legte. Da der Anwalt die Sendung nicht binnen der siebentägigen Frist abholte (sondern erst später, nämlich am 28. November 2008), wird somit eine Zustellung am 25. November 2008 fingiert. Der Umstand, dass der Anwalt krankheits halber nicht in der Lage war, die Sendung früher abzuholen, spielt keine Rolle. Auch der der Post vom Anwalt erteilte Zurückbehaltungsauftrag ist unerheblich<sup>5</sup>. Die dreissigtägige Frist wäre daher an sich am 25. Dezember 2008 abgelaufen.

Nun stehen allerdings vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar gesetzlich nach Tagen bestimmte Fristen still (Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG), d.h. der Fristenlauf wird für diese Zeit unterbrochen und ab 3. Januar wieder fortgesetzt. In casu sind zu Beginn des Frist-

<sup>2</sup> Von einem *Vorentscheid* spricht man in der Regel, wenn ein Urteil einen materiellrechtlichen Einzelpunkt, von einem *Zwischenentscheid* dagegen, wenn es eine prozessrechtliche Frage zum Gegenstand hat (BGE 130 III 76 E. 3.1.3 S. 79, m.Nw.; FELIX UHLMANN, Art. 92 N 3, in: Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, hrsg. von Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger, Basel 2008, [im Folgenden zitiert mit BSK BGG-AUTORIN]). Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich (gerade umgekehrt als hier z.B. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. Bern 1984, S. 179). Die Unterscheidung, die ohnehin nur in der deutschen Sprache gemacht wird, ist rechtlich bedeutungslos (BGE 130 III 76 E. 3.1.3 S. 79).

<sup>3</sup> BGE 118 II 91 E. 1b S. 92 (zu Art. 50 OG, der Vorgängernorm von Art. 93 BGG).

<sup>4</sup> BGG-UHLMANN [Fn. 2], Art. 93 N 9, m.Nw.

<sup>5</sup> BGE 127 I 31 E. 2b S. 35; 123 III 492 E. 1 S. 493 (noch zum OG); BGG-AMSTUTZ/ARNOLD [Fn. 2], Art. 44 N 37, m.Nw.

stillstandes am 18. Dezember 2008 noch acht Tage der Beschwerdefrist nicht abgelaufen. Somit «verlängert» sich im vorliegenden Fall die Frist bis am 10. Januar 2009. Da dieser Tag auf einen Samstag fällt<sup>6</sup>, endet die Frist erst am nächstfolgenden Werktag (Art. 45 Abs. 1 BGG), d.h. am Montag, 12. Januar 2009.

Die Frist ist eingehalten, wenn die Beschwerde am letzten Tag beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben wird (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die von EISENRING beauftragte Anwältin hat somit noch – das Wochenende eingerechnet – den laufenden Tag sowie drei volle Tage Zeit, um die Beschwerde einzureichen.

**Zwischenbemerkung:** *Gemäss Aufgabenstellung ist nur zu prüfen, ob eine Beschwerde in Zivilsachen möglich ist oder nicht. Für den Fall, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht eintreten sollte, könnte zwar theoretisch noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Betracht gezogen werden (Art. 113 ff. BGG). Im vorliegenden Fall wäre dies indessen überflüssig. Denn die Frage des Eintretens auf eine Beschwerde gegen einen Vorentscheid stellt sich bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde in gleicher Weise wie bei der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 117 i.V.m. Art. 93 BGG). Erachtet das Bundesgericht die Eintretensvoraussetzungen von Art. 93 BGG als nicht erfüllt, so wird es daher auch auf eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eintreten. Damit kann auch offen bleiben, ob es unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsaussichten überhaupt sinnvoll wäre, eine solche Beschwerde zu erheben. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden (Art. 116 BGG). In casu käme nur eine Willkürriüge nach Art. 8 BV in Frage. Die Bejahung der Aktivlegitimation der Klägerin durch die kantonalen Instanzen könnte aber wohl kaum als geradezu unhaltbar bezeichnet werden.*

### Frage 2

In der Beschwerdeschrift könnte etwa wie folgt argumentiert werden: Nach allgemeiner Lehre und Rechtsprechung sind schuldverhältnisbezogene Ge-

staltungsrechte *nicht zedibel*. In Frage stehen hier Gewährleistungsrechte aus Kaufvertrag, die grundsätzlich dem Käufer zustehen. Gewährleistungsrechte wie z.B. das Minderungsrecht sind Gestaltungsrechte und können daher nicht abgetreten werden. Im vorliegenden Fall wäre daher nur die Käuferin des Lieferwagens, d.h. die LEASE-A-CAR AG, berechtigt gewesen, allfällige Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer EISENRING geltend zu machen, nicht aber die Leasingnehmerin AEDIFICIA. Die entsprechende Abtretungsklausel im Leasingvertrag ist somit unwirksam. Indem das kantonale Obergericht die Sachlegitimation der Klägerin dennoch bejaht, verletzt es Bundes(privat)recht i.S.v. Art. 95 lit. a BGG.

Die Erfolgsaussichten einer so begründeten Beschwerde sind differenziert zu beurteilen.

- In Bezug auf den von der AEDIFICIA geltend gemachten *Schadenersatzanspruch* ist die Beschwerde aussichtslos. Ein Schadenersatzanspruch ist eine «gewöhnliche» Forderung i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR, die zediert werden kann. Gemäss Sachverhalt ist das Erfordernis der Schriftform (Art. 165 Abs. 1 OR) gewahrt, sodass eine gültige Zession vorliegt. An der grundsätzlichen Abtretbarkeit ändert der Umstand nichts, dass im vorliegenden Fall der in Frage stehende Schadenersatzanspruch im Zusammenhang mit einem Sachmangel der Kaufsache steht; er wird dadurch nicht zum Gestaltungsrecht. Die Zedibilität wäre nur dann ausgeschlossen, wenn das im Kaufvertrag so vereinbart worden wäre (Art. 164 Abs. 1 OR in fine). Im Sachverhalt findet sich dazu aber nichts.

Eine ganz andere Frage ist es, welchen Schaden die AEDIFICIA als Zessionarin gegenüber dem EISENRING geltend machen kann (vg. dazu hinten Frage 4).

- Etwas anders verhält es sich mit dem *Minderungsanspruch*. Mit der Minderung wird der Kaufpreis durch einseitige Willenserklärung des Käufers herabgesetzt und so das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verändert. Sie ist somit ein Gestal-

<sup>6</sup> Der 9. Januar 2009, an dem die Bachelorklausur geschrieben wurde, war ein Freitag. Daher mussten die Studierenden auch ohne Agenda merken, dass das berechnete Fristende auf einen Samstag fällt.

tungsrecht und als solches gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung an sich nicht abtretbar. Zedibel ist nur (aber immerhin) die *Forderung auf teilweise Rückerstattung des Kaufpreises*<sup>7</sup>, die sich aus der Minderung ergibt. Eine solche Forderung setzt jedoch vorgängig eine gültige Minderungserklärung voraus, die nur vom Berechtigten, nicht aber von einer Zessionarin ausgehen kann. Zwar könnte diese Erklärung von der «Zessionarin» als Stellvertreterin der «Zedentin» abgegeben werden (wobei die Zessionserklärung als Vollmachterteilung zur Abgabe einer solchen Erklärung gedeutet werden könnte), doch würde dies ein Handeln in fremdem Namen voraussetzen. Daran gebricht es im vorliegenden Fall.

In der Lehre wird nun allerdings geltend gemacht, vom Grundsatz der Nichtabtretbarkeit von Gestaltungsrechten sei im Rahmen von Leasingverhältnissen aus praktischen Gründen eine Ausnahme zu machen<sup>8</sup>. Es sei legitim, dass sich jedenfalls beim Finanzierungsleasing die Leasinggesellschaft gegenüber der Leasingnehmerin freizeichne, da in aller Regel die Leasingnehmerin den Verkäufer bzw. Hersteller auswähle und die Leasinggesellschaft als reines Finanzierungsinstitut mit der Qualität der Sache nichts zu tun habe. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche, die der Leasinggesellschaft gegen den Verkäufer zustünden, an die Leasingnehmerin sei gleichsam das Gegengewicht zu dieser Freizeichnung und liege im Interesse der Leasingnehmerin. Benachteiligt werde der Verkäufer durch die Abtretung nicht. Mit diesen (oder ähnlichen) Überlegungen werden in casu wohl die kantonalen Vorinstanzen die Zedibilität des Minderungsrechts

bejaht haben. Ob das Bundesgericht dem folgen oder an seiner vorne erwähnten Rechtsprechung festhalten würde, ist mangels Präjudizien zum Leasingvertrag nicht prognostizierbar. Es besteht aber doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das Bundesgericht diesen (sachlich einleuchtenden) Standpunkt teilen würde. Daher muss EISENRING auch in diesem Punkt mit einer Abweisung einer allfälligen Beschwerde rechnen.

**Zwischenbemerkung:** *Wird die Abtretbarkeit des Minderungsrechts bejaht, so wird man problemlos die AEDIFICIA auch als berechtigt ansehen dürfen, den Minderungsbetrag klageweise geltend zu machen, obwohl nicht sie, sondern die Leasinggeberin den Kaufpreis bezahlt hat. Formal lässt sich dies damit begründen, dass die Zession auch die Forderung auf teilweise Rückerstattung des Kaufpreises mit umfasst (siehe dazu vorne). Materiell ist das Ergebnis gerechtfertigt, weil die Leasingnehmerin als Folge der (hier als gültig unterstellten) Freizeichnung der Leasinggeberin im Leasingvertrag weiterhin die vollen Leasingraten zu bezahlen hat, obwohl der Leasinggegenstand weniger Wert hat. Wirtschaftlich gesehen stellt der Minderungsbetrag einen Ausgleich dafür dar, dass wegen des Minderwerts des Fahrzeuges die Leasingraten eigentlich zu hoch sind.*

Ob die AEDIFICIA allenfalls gestützt auf den Leasingvertrag auch verpflichtet sein könnte, den Minderungsbetrag an die LEASE-A-CAR AG weiterzuleiten und dafür im Gegenzug Anspruch auf eine Herabsetzung der Leasingraten hätte<sup>9</sup>, kann hier offen bleiben. Denn EISENRING könnte aus solchen internen Verpflichtungen der Leasingvertragsparteien nichts für sich ableiten. Ebenso braucht nicht geprüft zu werden, was mit dem Leasingvertrag im Falle einer Wandelung des Kaufvertrages zu geschehen hätte<sup>10</sup>, da die AEDIFICIA nicht Wandelung verlangt.

## Vorbemerkungen zu den Fragen 3 und 4

Der Sachverhalt lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass der Leasingvertrag zwischen der AEDIFICIA und der LEASE-A-CAR AG und der Kaufvertrag zwischen der LEASE-A-CAR AG und EISENRING gültig zustande gekommen sind. Im Zentrum

<sup>7</sup> BGE 114 II 239 E. 5c aa S. 247.

<sup>8</sup> Vgl. dazu als Beispiel nur etwa HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. Bern 2006, S. 428, der bildhaft von der Zulassung der Abtretung dieser Ansprüche «im Bündel» spricht.

<sup>9</sup> Siehe zu dieser Frage etwa HONSELL [Fn. 8], S. 429, sowie MARC AMSTUTZ/WALTER SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff. N 103, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Aufl. Basel 2007 (im Folgenden zitiert mit BSK OR I-Autor).

<sup>10</sup> Siehe zu dieser Frage etwa HONSELL [Fn. 8], S. 429 f., sowie BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP [Fn. 9], Einl. vor Art. 184 ff. N 103.

des Interesses steht vorliegend neben dem Kaufvertrag ein Leasingvertrag über ein Fahrzeug, das zu gewerblichen Zwecken genutzt wird und somit nicht dem privaten Gebrauch dient<sup>11</sup>. Aus diesem Grund ist das Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) nicht anwendbar<sup>12</sup>.

### Frage 3

#### 1. Die Voraussetzungen der Kaufpreisminderung

Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen einer Kaufpreisminderung nach Art. 205 Abs. 1 OR hinsichtlich der fehlenden «Unfallfreiheit» des Lieferwagens erfüllt sind. Voraussetzungen für eine Kaufpreisminderung sind das Vorliegen eines *Sachmangels*, die *fristgerechte Rüge* und die *gültige Ausübung des Minderungsrechts als Gestaltungsrecht*.

##### a) Sachmangel

Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass EISENRING bei Vertragsabschluss die Unfallfreiheit des Fahrzeuges *ausdrücklich zugesichert* hat. Selbstredend ist der Begriff der Unfallfreiheit auslegungsbedürftig. Bagatellunfälle (die z.B. zu kleineren Beschädigungen an der Carrosserie geführt haben) dürften nach Treu und Glauben wohl kaum gemeint sein. Nicht mehr von Unfallfreiheit kann aber auf jeden Fall gesprochen werden, wenn – wie in casu von der AEDIFICIA behauptet – auch nach der fachgerechten Reparatur der Unfallschäden der Verkehrswert wesentlich beeinträchtigt ist. Sollte der Wagen aufgrund des Unfalls, in den er früher verwickelt war, effektiv einen Minderwert von mehreren Tausend Franken haben, so würde er daher einen Sachmangel aufweisen.

##### b) Mängelrüge

Das Minderungsrecht steht der AEDIFICIA nur zu, wenn sie die fehlende Unfallfreiheit i.S.v. Art. 201 OR *rechtzeitig gerügt* hat. In casu stellte erst der Garagist,

der das defekte Getriebe repariert hat, fest, dass es sich beim Lieferwagen entgegen der Zusicherung von EISENRING um ein Unfallfahrzeug handelt. Im Rahmen ihrer Prüfungsobliegenheit war diese Tatsache für die AEDIFICIA bei einer übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar. Damit liegt hier ein *versteckter Mangel* i.S.v. Art. 201 Abs. 3 OR vor. Ein solcher ist «sofort nach Entdeckung» anzuzeigen. Als entdeckt gilt ein verdeckter Mangel nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts erst mit seiner zweifelsfreien Feststellung<sup>13</sup>. Die Meldung zwei Tage später ist zweifelsohne als *rechtzeitig* i.S.v. Art. 201 Abs. 3 OR zu qualifizieren.

Inhaltlich muss eine Rüge sachgerecht *substantiiert* sein. Mit der Meldung des Getriebeschadens unter Beilage einer Kopie des «Reparaturrapports», in dem das Auto als *Unfallwagen* bezeichnet wird, ist dies wohl hinreichend geschehen.

**Korrekturbemerkung:** *Bei ganz strenger Betrachtungsweise könnte man das Gegenteil vertreten. Die Rüge muss zum Ausdruck bringen, dass der Käufer sich auf Gewährleistungsrechte beruft<sup>14</sup>. Das könnte bei einer blossen «Meldung» in Zweifel gezogen werden. Allerdings wäre das unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die AEDIFICIA seinerzeit juristisch noch nicht von einem Anwalt beraten wurde, äussert formalistisch.*

##### c) Minderungserklärung

Die Minderungserklärung muss nicht mit der Rüge verbunden werden; sie kann auch später erfolgen. Sie wurde hier vom Anwalt der AEDIFICIA spätestens im Prozess, wenn nicht schon im eingeschriebenen Brief vom April 2004, abgegeben.

#### 2. Berechnung des Minderwertes

Gemäss Rechtsprechung und einhelliger Lehre berechnet sich der Minderwert nach der so genannten

<sup>11</sup> Vgl. dazu BGE 118 II 150, der jedoch vor Inkrafttreten des KKG erging.

<sup>12</sup> Vgl. dazu Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG.

<sup>13</sup> BGE 117 II 425 E. 2 S. 427; 107 II 172 E. 1a S. 175 (je betreffend Werkvertrag).

<sup>14</sup> BSK OR I-HONSELL [Fn. 9], Art. 201 N 10.

relativen Methode<sup>15</sup>. Diese besagt, dass das Verhältnis zwischen dem herabgesetzten Preis und dem vereinbarten Preis dem Verhältnis zwischen dem objektiven Wert der Sache mit Mangel und ihrem Wert ohne Mangel entspricht<sup>16</sup>.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht eine natürliche Vermutung, dass der vereinbarte Preis dem objektiven Wert der Sache entspricht, wobei der Beweis des Gegenteils vorbehalten bleibt<sup>17</sup>. Mangels entsprechender Anhaltspunkte im Sachverhalt ist auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, sodass der Minderwert mit einer einfachen Differenzrechnung eruiert werden kann: Der Minderwert der Sache besteht diesfalls in der Differenz zwischen dem objektiven Wert der mangelfreien Sache und dem objektiven Wert der mangelhaften Sache<sup>18</sup>.

Gemäss Sachverhalt wurde der Minderwert vom Garagisten, der das Getriebe reparierte, auf Fr. 7000.– geschätzt. Im Prozess ist diese «private» Schätzung gegebenenfalls durch einen gerichtlich zu bestellenden Gutachter zu verifizieren.

**Zwischenbemerkung:** Man spricht in diesem Zusammenhang von einem merkantilen Minderwert, d.h. trotz ordnungsgemässer Reparatur und einwandfreier Funktionstauglichkeit verbleibt ein Minderwert der Sache, weil bei Wiederverkauf auf dem Markt nur ein geringerer Preis erzielt werden kann<sup>19</sup>. Dieser Minderwert ist unabhängig von einer künftigen Realisierung – beispielsweise durch Weiterverkauf – zu ersetzen<sup>20</sup>. Obschon die Grundsätze zum merkantilen Minderwert von Lehre und Gerichtspraxis im Zusammenhang mit dem Haftpflichtrecht entwi-

ckelt wurden, sind sie auch bei der Sachmängelgewährleistung anwendbar.

### 3. Verjährung

Die Durchsetzbarkeit der Minderungsforderung liesse sich verhindern, wenn EISENRING mit Erfolg die *Verjährungseinrede* erheben könnte. Das wird ihm jedoch nicht gelingen. Gemäss Art. 210 Abs. 1 OR verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung. Im vorliegenden Fall wurde der Wagen der Leasingnehmerin am 30. April 2003 übergeben. Noch vor Ablauf eines Jahres, nämlich am 28. April 2004, unterbrach die AEDIFICIA den Lauf der Verjährung durch *Schuldbetreibung* gegen den Verkäufer (Art. 135 Ziff. 2 OR).

**Zwischenbemerkung:** Denkbar wäre es theoretisch, dass die Verjährung später eingetreten ist. Mit der Unterbrechung beginnt die Verjährung von neuem (Art. 137 Abs. 1 OR). Dies hat zur Folge, dass – soweit Sachmängelwährleistungsrechte in Frage stehen – zwischen zwei verjährungsunterbrechenden Massnahmen nie mehr als ein Jahr liegen darf. Dies gilt es auch zu beachten, wenn ein Prozess angehoben wird, da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Forderungen auch *pendete lite* verjähren können<sup>21</sup>. Im Sachverhalt fehlen aber Anhaltspunkte dafür, dass im vorliegenden Fall irgendwann einmal zwischen zwei Prozesshandlungen mehr als ein Jahr verstrichen wäre. Da die Verjährung von der AEDIFICIA rechtzeitig unterbrochen wurde, kann offen bleiben, ob Art. 210 Abs. 3 OR zur Anwendung kommt. Dafür wäre eine absichtliche Täuschung des Käufers durch den Verkäufer erforderlich. Ob EISENRING gewusst hat, dass der Wagen nicht unfallfrei war, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

### 4. Fazit

Hinsichtlich des grundsätzlichen Minderungsanspruchs der AEDIFICIA sind die Erfolgsaussichten von EISENRING relativ schlecht. Eine gewisse Chance besteht in Bezug auf die Höhe des geltend gemachten Kaufpreisherabsetzungsanspruchs, kann es doch

<sup>15</sup> BGE 89 II 239 E. 11 S. 254; HANS GIGER, Art. 205 OR, N 17 ff., in: Berner Kommentar Band VI/2 1. Teilband 1. Abschnitt, Bern 1979.

<sup>16</sup> BSK OR I-HONSELL [Fn. 9], Art. 205 N 8.

<sup>17</sup> BGE 111 II 162 E 3b S. 163.

<sup>18</sup> BSK OR I-HONSELL [Fn. 9], Art. 205 N 9.

<sup>19</sup> INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bern 2006, N 18.08.

<sup>20</sup> Vgl. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. Zürich 1995, § 6 N 370.

<sup>21</sup> BGE 123 III 213 E. 3 S. 216.



sein, dass ein gerichtlich zu bestellender Experte diesen Wert tiefer ansetzt als CHF 7000.–.

### Frage 4

#### 1. Welche Schadenersatzansprüche wurden überhaupt zediert?

##### a) Allgemeines

Im Zusammenhang mit dem Getriebedefekt macht die AEDIFICIA nach der Reparatur durch einen Dritten weder Wandelung noch Minderung geltend, sondern bloss Ersatz für einen *Mangelfolgeschaden*. Das ist grundsätzlich zulässig. Ein solcher Schadenersatzanspruch stützt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (ausschliesslich) auf Art. 97 Abs. 1 OR, allerdings mit der Einschränkung, dass die Besonderheiten des Sachmängelgewährleistungsrechts nach Art. 197 ff. OR (Vorliegen eines Sachmangels nach Art. 197 OR; Rechtzeitigkeit der Mängelrüge gemäss Art. 201 OR; Beachtung der Fristen von Art. 210 OR) eingehalten werden müssen<sup>22</sup>.

An sich kann ein Gläubiger gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR vom Schuldner nur Ersatz eines *Eigen-schadens* beanspruchen. Demgemäss hätte in casu die LEASE-A-CAR AG eigentlich nur einen ihr selber aus der Lieferung des defekten Wagens erwachsenen Schadenersatzanspruch an die AEDIFICIA zedieren können. Die AEDIFICIA könnte bei dieser Betrachtungsweise den bei ihr angefallenen Schaden gegenüber EISENRING nicht (direkt) geltend machen.

Ein Schaden wäre der LEASE-A-CAR AG aus dem Getriebedefekt erwachsen, wenn sie aus diesem Vorfall ihrerseits der Leasingnehmerin haftbar geworden wäre. Da sich dieses *Haftungsinteresse* der Leasinggesellschaft betragsmässig in der Regel mit dem Schaden der Leasingnehmerin deckt, könnte Letztere in ihrer Eigenschaft als Zessionarin im Ergebnis (wenn auch nicht rechtlich) von Verkäufer – falls sämtliche weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – volle Schadloshaltung verlangen. Nun hat sich allerdings im vorliegenden Fall die Leasinggeberin im Leasingvertrag gegenüber der AEDIFICIA freigezeichnet. Gemäss Sachverhalt ist diese Freizeichnung in den ausdrücklich in den Vertrag einbezogenen AGB der LEASE-A-CAR AG fett hervorgehoben und klar formuliert, so dass an deren Wirksamkeit unter dem Gesichtspunkt der Ungewöhnlichkeitsre-

gel und der Unklarheitsregel nicht zu zweifeln ist. Problematisch ist einzig die Inhaltsschranke von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR. Gemäss dieser Bestimmung ist in AGB eine Schlechterstellung des Mieters im Verhältnis zu den gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen aus Mietrecht nicht zulässig. In der Lehre wird nun allerdings überwiegend die Auffassung vertreten, dass gewerbliche Finanzierungsleasingverträge Innominatkontrakte seien, die sich von Mietverträgen deutlich unterscheiden würden, und dass daher Art. 256 Abs. 2 lit. a OR auf solche Verträge nicht anwendbar sei<sup>23</sup>. Nach wohl h.L. ist eine Freizeichnung der Leasinggesellschaft – unter Vorbehalt der hier nicht interessierenden Art. 100, 101 und 199 OR – zulässig<sup>24</sup>. Folgt man dieser These, so liefe die – grundsätzlich mögliche – Zession von Schadenersatzansprüchen der Leasinggesellschaft an die Leasingnehmerin im Endeffekt ins Leere.

##### b) Drittschadensliquidation

Dieses Ergebnis wäre unbefriedigend: Der für den Sachmangel grundsätzlich verantwortliche Lieferant würde nur deshalb von seiner Pflicht zur Leistung von Schadenersatz entlastet, weil sich die

<sup>22</sup> Die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR kommt nur bei der Wandelung zum Tragen. Das Bundesgericht hat eine analoge Anwendung dieser Bestimmung (ebenso wie von Art. 208 Abs. 3 OR) auch auf Fälle, in denen der Käufer keine Wandelung verlangt, abgelehnt (BGE 133 III 335 E. 2.4.1 S. 338, m.Nw.; 107 II 161 E. 7a S. 165 f. [Fall «Kilinträ»]; vgl. dazu auch THOMAS KOLLER, Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung [Besprechung von BGE 133 III 335], AJP 2007 S. 1183 ff.).

<sup>23</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP [Fn. 9], Einl. vor Art. 184 ff. N 103, m.Nw.; HONSELL [Fn. 8], S. 427 f. Beim (hier nicht zur Diskussion stehenden) Konsumgüterleasing würde sich demgegenüber die Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR durchaus rechtfertigen (vgl. dazu etwa MARLIS KOLLER-TUMLER/THOMAS KOLLER/RAOUL DIAS, Indirektes Konsumgüterleasing: Die Rechtsstellung des Leasingnehmers gegenüber der Leasinggesellschaft bei verspäteter oder mangelhafter Lieferung des Leasinggegenstandes, in: Droit de consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum für Bernd Stauder, hrsg. von Luc Thévenoz und Norbert Reich, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 157 ff., spez. S. 165 ff.).

<sup>24</sup> HONSELL [Fn. 8], S. 427 f., m.Nw.

Käuferin ihrerseits gegenüber der Leasingnehmerin rechtswirksam von der Haftung befreit hat. In der Lehre wird daher die Auffassung vertreten, hier liege ein Fall der so genannten *Drittschadensliquidation* vor<sup>25</sup>. Nach dieser Theorie kann ein Gläubiger gegenüber seinem Schuldner nicht nur Ersatz des Eigenschadens, sondern ausnahmsweise auch Ersatz eines *Drittschadens* verlangen<sup>26</sup>. Wird dieser Anspruch an den geschädigten Dritten zediert, so kann dieser den bei ihm entstandenen Schaden als «Drittschaden» gegenüber dem Schuldner geltend machen.

Das indirekte Finanzierungsleasing mit wirksamer Freizeichnung der Leasinggeberin im Leasingvertrag wäre – wenn überhaupt – der in der Lehre zur Drittschadensliquidation diskutierten *Fallkonstellation der obligatorischen Gefahrenentlastung* zuzuordnen<sup>27</sup>. Folgt man dieser Theorie, so kann im vorliegenden Fall die AEDIFICIA grundsätzlich – sofern sämtliche weiteren Voraussetzungen erfüllt sind (dazu sogleich) – von EISENRING Schadenersatz verlangen. Denn die LEASE-A-CAR AG hat ihr im schriftlich abgeschlossenen Leasingvertrag sämtliche Gewährleistungsansprüche, somit auch einen allfälligen Anspruch auf Ersatz eines Drittschadens, der aus der Lieferung eines mangelhaften Fahrzeugs entsteht, wirksam abgetreten. Ob die Gerichte dieser Theorie allerdings folgen würden, lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit prognostizieren. Denn eine höchstrichterliche Rechtsprechung dazu fehlt in der Schweiz noch.

**Korrekturbemerkung:** Die AEDIFICIA könnte stattdessen auch versuchen, sich auf die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zu berufen, da mit ihr im vorliegenden Fall ein wirtschaftlich identisches Ergebnis erreicht werden kann wie bei Annahme eines An-

spruchs aus Drittschadensliquidation und Abtretung desselben. Bei der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter kann ein am Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner unbeteiligter Dritter gegenüber einer vertragsbrüchigen Partei (Schuldner) selbst vertragliche Ansprüche geltend machen<sup>28</sup>. Die Schutzwirkung des Vertrages soll somit gleichsam auf den Dritten erstreckt werden. Nach der deutschen Rechtsprechung gibt es im Wesentlichen zwei Voraussetzungen, damit diese Rechtsfigur angenommen wird: Zum einen muss für den Schuldner erkennbar sein, dass ein Dritter mit seiner Leistung in Berührung kommt, was im vorliegenden Fall unzweifelhaft gegeben ist, hat doch EISENRING den Lieferwagen direkt an die AEDIFICIA geliefert. Zum andern wird postuliert, dass der Gläubiger gegenüber dem Dritten fürsorge- bzw. obhutspflichtig ist, was vorliegend kaum gegeben sein dürfte.

Das Bundesgericht hat den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter bis anhin (noch) nicht ausdrücklich anerkannt. Zudem bezogen sich die Fälle aus der deutschen Rechtsprechung in der Regel auf ganz andere Konstellationen, die zumeist einen Körperschaden oder einen Sachschaden einer natürlichen Person betrafen. Vorliegend geht es um eine Unternehmung, welche einen reinen Vermögensschaden erlitten hat bzw. behauptet. Ob eine allfällige Argumentation der AEDIFICIA mit der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter eher zum Erfolg führen würde als eine Argumentation mit der Drittschadensliquidation, ist daher höchst fraglich.

Von den Studierenden wurde erwartet, dass sie das Problem des «Drittschadens» erkennen und sich mit der einen oder andern Rechtsfigur (Drittschadensliquidation oder Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter) auseinandersetzen.

<sup>25</sup> HONSELL [Fn. 8], S. 430; siehe auch BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP [Fn. 9], Einl. vor Art. 184 ff. N 103, m.Nw.

<sup>26</sup> PETER REETZ/MICHAEL S. GRABER, Art. 112 OR N 41, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, hrsg. von Marc Amstutz et al., Zürich/Basel/Genf 2007 (im Folgenden: CHK-REETZ/GRABER).

<sup>27</sup> Siehe zu den verschiedenen Fallkonstellationen der Drittschadensliquidation etwa CHK-REETZ/GRABER [Fn. 26], Art. 112 OR N 41.

<sup>28</sup> CHK-REETZ/GRABER [Fn. 26], Art. 112 OR N 36.

## 2. Die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches im Einzelnen

Der Schadenersatzanspruch der AEDIFICIA gestützt auf Art. 97 i.V.m. Art. 197 OR besteht, wenn ihr eine *Vermögenseinbusse* erwachsen ist, welche die *natürlich und adäquat kausale Folge* eines rechtzeitig ge-

rügten *Sachmangels* am gelieferten Fahrzeug ist, sofern sich EISENRING *nicht exkulpieren kann*.

### a) *Rechtzeitig gerügter Sachmangel*

Der Getriebedefekt stellt offenkundig einen Sachmangel i.S.v. Art. 197 OR dar. Denn wer einen erst rund einjährigen Gebrauchtwagen kauft, darf erwarten, dass er nicht aufgrund eines Fabrikationsfehlers nach rund einem weiteren Jahr nicht mehr fahrtüchtig ist. Im vorliegenden Fall ist dies denn wohl auch unbestritten. Auch die Rechtzeitigkeit der Rüge dürfte in casu kein Problem sein. Beim fehlerhaft montierten Getriebe handelt es sich um einen verdeckten Mangel, den die AEDIFICIA dem EISENRING fünf Tage nach Entdecken mitteilte<sup>29</sup>. EISENRING wird kaum mit Erfolg geltend machen können, dass dies nicht «sofort» i.S.v. Art. 201 Abs. 3 OR gewesen sei.

### b) *Schaden*

Als Schaden gilt eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens, d.h. eine Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (so genannte *Differenztheorie*)<sup>30</sup>. Ein Schaden kann z.B. darin bestehen, dass der Gläubiger wegen der vom Schuldner zu vertretenden Vertragsverletzung seinerseits einer vertraglichen Pflicht nicht nachkommen kann und daher einem Dritten ersatzpflichtig wird (so genanntes *Haftungsinteresse*). Daher kann der Gläubiger grundsätzlich auch eine Konventionalstrafe, die er einem Dritten schuldet, als Schaden geltend machen.

Dies setzt allerdings voraus, dass die Konventionalstrafe effektiv geschuldet ist. Die AEDIFICIA hat daher zu beweisen, *dass sie eine solche vertragliche Pflicht eingegangen ist*. Nicht erforderlich ist aber, dass sie die Konventionalstrafe bereits bezahlt hat; die blossе Schuldpflicht genügt<sup>31</sup>. Im Weiteren muss die Klägerin nachweisen, dass die Voraussetzungen für das Bezahlen der Konventionalstrafe erfüllt sind. Eine Konventionalstrafe wird in der Regel für die Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung einer vertraglichen Pflicht vereinbart. Die AEDIFICIA macht geltend, dem Baukonsortium die Konventionalstrafe zu schulden, weil sie als Folge des defekten Getriebes eine wichtige Terminzusage

nicht habe einhalten können. Sie müsste daher beweisen, *dass die Konventionalstrafe der Sicherung einer Terminzusage gedient hat und dass sie wegen des nicht mehr fahrtüchtigen Wagens gegenüber dem Konsortium in Verzug geraten ist*. Ob ihr diese Nachweise gelingen werden, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Schwer dürften der AEDIFICIA die Beweise allerdings nicht fallen, falls ihre Behauptungen zutreffen.

Schwierigkeiten bereitet aber ein anderer Punkt. Nach wohl h.L. ist Voraussetzung der Geltendmachung einer Konventionalstrafe nicht nur bei der Nichterfüllung, sondern in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 2 OR auch bei der Schlechterfüllung und beim Verzug *ein Verschulden des in die Pflicht Genommenen* (bzw. genau genommen das Misslingen des Exkulpationsbeweises)<sup>32</sup>. Die AEDIFICIA oder eine ihrer Hilfspersonen müsste daher an der Nichteinhaltung des Termins ein Verschulden treffen, es sei denn, sie hätte mit dem Baukonsortium vereinbart, dass die Konventionalstrafe verschuldensunabhängig (gleichsam im Sinne einer Garantiezusage) zu zahlen sei. Letzteres hätte die AEDIFICIA nachzuweisen. Die Fahrzeugpanne selbst gereicht der AEDIFICIA und ihren Angestellten sicher nicht zum Verschulden. Von einem zu vertretenden Verschulden könnte nur die Rede sein, wenn EISENRING im Verhältnis zwischen dem Baukonsortium und der AEDIFICIA gestützt auf Art. 101 OR als *Hilfsperson* der Letzteren betrachtet würde (und ihm zudem im Sinne der hypothetischen Vorwerfbarkeit ein Fehlverhalten vorgehalten werden könnte). Wer wie EISENRING einer Bauunternehmung ein Fahrzeug liefert, lässt sich aber kaum als *Erfüllungsgelhilfe* der Bauunternehmung gegenüber deren Bauherrn qualifizieren. Sollte die AEDIFICIA oder einer ihrer Angestellten den Verzug sonstwie verschuldet haben, so dürfte der Getriebedefekt wohl nicht mehr kausal für die Nichteinhaltung der

<sup>29</sup> Die Reparatur dauerte gemäss Sachverhalt drei Tage, und zwei Tage nach Beendigung der Reparatur orientierte die AEDIFICIA den EISENRING.

<sup>30</sup> BGE 116 II 441 E. 3 a aa S. 444.

<sup>31</sup> BGE 116 II 441 E. 3 a aa S. 444 f.

<sup>32</sup> BSK OR I-EHRAT [Fn. 9], Art. 160 N 14, m.Nw.; CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Zürich 2006, N 1218.

Terminzusage gewesen sein (vgl. dazu hinten lit. c). Für EISENRING stehen auf Grund dieser Überlegungen die Chancen nicht schlecht, dass er der AEDIFICIA keinen Schadenersatz schuldet, weil diese selber gar keinen Schaden erlitten hat.

**Korrekturbemerkung:** Welchen Standpunkt die Studierenden hier einnahmen, war für die Bewertung nicht von Belang. Wesentlich war nur, dass das Problem der Verschuldensabhängigkeit der Konventionalstrafe thematisiert wurde.

Hervorzuheben ist schliesslich noch, dass die AEDIFICIA gemäss Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR eine *Schadenminderungsobliegenheit* trifft. Sie kann nicht einfach eine Konventionalstrafe gegen EISENRING geltend machen, wenn sie es versäumt hat, anderweitig ein entsprechend geeignetes Fahrzeug zu organisieren – oder dies wenigstens ernstlich versucht hat – um den Termin doch noch irgendwie einhalten und so die Konventionalstrafe abwenden zu können. Zudem wäre auch zu prüfen, ob der Betrag der Konventionalstrafe *übermässig hoch* i.S.v. Art. 163 Abs. 3 OR ist und daher vom Richter herabzusetzen wäre. Selbst wenn EISENRING der AEDIFICIA die Konventionalstrafe grundsätzlich zu ersetzen hätte, ist somit noch längst nicht gesagt, dass er für den vollen Betrag von CHF 24000.– geradestehen müsste.

#### c) Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang

Ein *natürlicher Kausalzusammenhang* liegt vor, wenn der haftungsbegründende Umstand nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der Schaden entfällt (sog. *Conditio-sine-qua-non-Formel*)<sup>33</sup>. Die AEDIFICIA muss daher beweisen, dass sie die Terminzusage wegen des Fahrzeugdefekts (und nicht aus einem ganz andern Grund) nicht einhalten konnte. Dieser Beweis dürfte ihr, die Wahrheit ihrer Behauptung unterstellt, nicht schwer fallen.

Gemäss Gerichtspraxis liegt ein *adäquater Kausalzusammenhang* vor, wenn eine Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allge-

meinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen<sup>34</sup>. Die Adäquanz des geltend gemachten Haftungsinteresses ist heikel. Im gewerblichen Bereich müssen Lieferanten zwar damit rechnen, dass die verzögerte oder schlechte Erfüllung ihres Vertrages Vertragsverletzungen des Abnehmers gegenüber Dritten zur Folge haben können und dass daher der Abnehmer diesen Dritten gegenüber ersatzpflichtig werden kann. Grundsätzlich ist es nicht ungewöhnlich, dass eine solche Ersatzpflicht auch eine Konventionalstrafe umfasst. Fraglich ist aber, mit welchem Umfang des Haftungsinteresses der Lieferant vernünftigerweise rechnen muss. Gerade bei relativ hohen Konventionalstrafen ist es ohne Weiteres denkbar, dass ein Schuldner im Rahmen der Adäquanz nicht für einen Schaden in diesem Umfang einzustehen hat.

In casu stellt sich konkret die Frage, ob EISENRING bei der Lieferung eines mangelhaften Lieferwagens, der bei einer Baufirma für gewerbliche Zwecke eingesetzt wurde, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung mit der Möglichkeit rechnen musste, dass die AEDIFICIA einen Schaden in Form der in Frage stehenden Konventionalstrafe erleiden würde. Da Fälle wie der vorliegende in der Praxis wohl nicht selten sein dürften, liesse sich das durchaus bejahen. Fraglich ist allerdings, ob dies zu einer *vernünftigen Beschränkung der Haftung*, wie sie mit der Adäquanztheorie an sich angestrebt wird, führen würde. Unter dem Gesichtspunkt einer angemessenen Risikoverteilung unter den Parteien wäre die Bejahung der Adäquanz auf jeden Fall problematisch. Die Prozesschancen von EISENRING sind in diesem Punkt schwer abschätzbar; gewisse (wohl nicht geringe) Erfolgsaussichten dürften durchaus bestehen.

**Korrekturbemerkung:** Welchen Standpunkt die Studierenden hier vertraten, spielte für die Bewertung keine Rolle. Wesentlich war nur, dass die Problematik der adäquaten Kausalität thematisiert wurde.

Sollte die AEDIFICIA die Konventionalstrafe schulden, weil sie oder einen ihrer Angestellten ein eigenes Verschulden am Nichteinhalten der Terminzusagen trifft, so dürfte dies ein kausalitätsunterbrechendes Selbstverschulden darstellen (vgl. vorne lit. b).

<sup>33</sup> BGE 129 V 402 E. 4.3.1 S. 406; 119 V 335 E. 1 S. 337.

<sup>34</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 m.w.Nw.

### d) Misslingen des Exkulpationsbeweises

Als weitere, negativ umschriebene Voraussetzung sieht Art. 97 Abs. 1 OR das Misslingen des Exkulpationsbeweises durch den Schuldner vor. Diesem steht es somit frei, in Umkehrung der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB den Beweis zu erbringen, dass ihn kein Verschulden trifft. In casu wird sich EISENRING allerdings nicht entlasten können, weil er es trotz der Benachrichtigung durch den Hersteller unterlassen hat, das Fahrzeug vor dem Verkauf daraufhin zu überprüfen, ob es einen Getriebefehler hat. Das gereicht ihm zum Verschulden.

**Zwischenbemerkung:** Ein Verschulden verlangt zudem an sich auch Urteilsfähigkeit des Handelnden. Darunter versteht man die Fähigkeit eines Menschen, das Unrecht seines Verhaltens zu erkennen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln<sup>35</sup>. Dabei ist jeweils auf die konkreten Umstände abzustellen<sup>36</sup>. Der Sachverhalt enthält indessen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass EISENRING urteilsunfähig (gewesen) wäre. Zudem wird bei Erwachsenen die Urteilsfähigkeit vermutet. Ausführungen über die Urteilsfähigkeit EISENRINGS waren daher nicht erforderlich.

Ob EISENRING allenfalls sogar den Sachmangel hinsichtlich des fehlerhaften Getriebes arglistig verschwiegen hat, braucht nicht geprüft zu werden. Arglist ist nicht leichthin anzunehmen, da EISENRING vor Vertragsschluss ja keine Kenntnis vom Getriebefehler, sondern bloss von der Möglichkeit eines Getriebefehlers hatte. Sein Verhalten deutet eher auf blosser Nachlässigkeit hin (was ihn allerdings nicht zu entlasten vermag).

### e) Verjährung

Die Sachmängelgewährleistungsansprüche aus dem Getriebefehler und damit auch der allfällige Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens sind nicht verjährt. Für die Einzelheiten kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Haftung EISENRINGS für die fehlende Unfallfreiheit verwiesen werden (vgl. Ziff. 3 bei Frage 3).

### 3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der von der AEDIFICIA geltend gemachte Schadenersatzan-

spruch unter verschiedenen Gesichtspunkten – vorab wegen der zweifelhaften grundsätzlichen Anerkennung der Figur der Drittschadensliquidation durch das Gericht überhaupt – problematisch ist und dass daher unser Klient EISENRING durchaus Chancen hat, insoweit den Prozess zu gewinnen. Am besten stehen seine Erfolgsaussichten in Bezug auf die Frage der Verschuldensabhängigkeit der Konventionalstrafe: Da die AEDIFICIA mit hoher Wahrscheinlichkeit dem Baukonsortium die Konventionalstrafe mangels eigenen Verschuldens nicht wird bezahlen müssen, dürfte es ihr an einem Schaden fehlen, den EISENRING zu ersetzen hätte.

## C. Bemerkungen

### I. Allgemeines

Die Bachelorklausur vom 9. Januar 2009 hatte eine Aufgabe zum Gegenstand, der ein Praktikant bzw. eine Praktikantin in einer gut geführten mittelgrossen oder grösseren Anwaltskanzlei begegnen kann. Die mit bedeutenden Wirtschaftsmandaten ausgelastete Chefin sah sich aus privaten Gründen «gezwungen», ein kleines Mandat zu übernehmen, für dessen Bearbeitung sie nur wenig Zeit erübrigen kann. Daher betraut sie die Praktikantin bzw. den Praktikanten mit der Abklärung verschiedener Aspekte des Falles, damit sie sich rasch ein Bild über die Rechtslage und die allenfalls zu unternehmenden Schritte machen kann. Da sie mit Arbeit stark ausgelastet ist, ist sie auf zwar fundierte, aber auch knappe und konzise Ausführungen des Praktikanten bzw. der Praktikantin angewiesen. Abschweifungen sind für sie Zeitverschwendung, Ungenauigkeiten und Fehler ein Ärgernis.

In den beiden vor der Prüfung liegenden Semestern wurden in den Privatrechtlichen Übungen in verschiedenen Fällen mehrere Probleme thematisiert, die in der Klausuraufgabe enthalten waren (Leasingvertrag; Abtretbarkeit von Gewährleistungsrechten; Anfechtbarkeit von Vorentscheiden usw.). Zudem wurden solche Rechtsfragen in den letzten Jahren immer wieder in den Vorlesungen be-

<sup>35</sup> SCHWENZER [Fn. 19], N 22.04.

<sup>36</sup> SCHWENZER [Fn. 19], N 22.06.

handelt. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wies die Aufgabenstellung im Grunde bloss einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Eigentlich hätte somit eine nicht allzu hohe Zahl von ungenügenden Arbeiten erwartet werden dürfen, was aber leider nicht zutraf. Gemäss Notenstatistik bewegen sich die Ergebnisse wiederum (trotz vorangegangener zielgerichteter Vorbereitung im Unterricht) in etwa im üblichen Rahmen. Erfreulich ist immerhin, dass über 22 % der Studierenden eine gute oder sehr gute Leistung gezeigt haben. Die rund 45 % 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, und das sind immerhin genau ein Drittel, wären eindeutig (noch) nicht geeignet, in der Praxis einen entsprechenden Fall selbständig zu bearbeiten.

Bei der Aufgabenstellung 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 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 129 korrigierten Klausuren fanden, aufgelistet und besprochen werden.

## II. Häufigste Fehler

### 1. Allgemeines

- Relativ viele Klausuren enthielten – z.T. umfangreiche – Ausführungen, die überflüssig oder nicht sinnvoll waren. So äusserten sich z.B. etliche Studierende zur Frage, ob die Leasingnehmerin den Kaufvertrag *wandeln* könne, obwohl die AEDIFICIA den Kaufvertrag gar nicht wandelt, sondern nur Minderung und Schadenersatz beansprucht. Überflüssig waren auch Erwägungen, ob sich die AEDIFICIA auf *Grundlagenirrtum* berufen könne. Denn sie macht keinen Irrtum geltend und könnte dies im heutigen Zeitpunkt auch gar nicht mehr, weil sie zum einen die Frist von Art. 31 OR verpasst und zum andern mit der Beanspruchung von Minderung und Schadenersatz den allenfalls irrtumsbehafteten Vertrag genehmigt hat. Nicht sinnvoll war schliesslich (bei Frage 4) die Prüfung eines allfälligen *Deliktsanspruchs*, weil es sich beim behaupteten Schaden um einen reinen Vermögensschaden handelt und damit das Kriterium der Widerrechtlichkeit in Ermangelung einer entsprechenden (besonderen) Schutznorm (zumindest nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung) offenkundig nicht erfüllt ist. Mit entsprechenden Ausführungen haben die Studierenden wertvolle Prüfungszeit verschwendet.
- Überflüssig, weil nicht gefragt, war es auch, zu prüfen, wie die Leasingnehmerin gegen die Leasinggeberin vorgehen kann. Das Verhältnis zwischen diesen beiden Parteien ist in casu nur insoweit von Interesse (und daher vorfrageweise zu prüfen), als es Auswirkungen auf den Prozess zwischen der AEDIFICIA und EISENRING hat. Das betraf zum einen die Frage der Zedibilität der Gewährleistungsansprüche und zum andern die Gültigkeit der Freizeichnung der LEASE-A-CAR AG.
- Ebenso überflüssig waren schliesslich Ausführungen dazu, ob EISENRING Schadenersatzansprüche gegen seinen früheren Anwalt (aus schlechter Mandatsführung) oder gegen den Hersteller des Fahrzeuges (wegen des Getriebefehlers) hatte. Beides war nicht gefragt und konnte zur Beantwortung der gestellten Fragen nichts beitragen.

### 2. Beim prozessualen Teil der Aufgabenstellung (Frage 1)

- Viele Studierende haben das Urteil des Obergerichts als *Teilentscheid* gemäss Art. 91 BGG qualifiziert. Ein das Verfahren nicht abschliessendes Urteil, in dem über die Sachlegitimation einer Partei befunden wird, stellt aber nicht einen Teil-, sondern einen Vorentscheid dar<sup>37</sup>.
- Mehrere Studierende haben das Urteil des Obergerichts als Endentscheid bezeichnet, weil innerkantonale kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehe. Dies ist jedoch eine Frage der *Letztinstanzlichkeit* nach Art. 75 Abs. 1 BGG und hat nichts mit der Problematik des Endentscheids zu tun. Bei einem Endentscheid handelt es sich vielmehr um Entscheide, die das Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG).
- Verschiedentlich wurde behauptet, die Frage der Aktivlegitimation sei eine Frage des Prozessrechts. Dementsprechend wurde (konsequenterweise, wenn auch falsch) ausgeführt, EISENRING müsse in einer allfälligen Beschwerde eine verfassungswidrige Anwendung kantonalen Prozessrechts rügen. *Die Sachlegitimation ist jedoch eine Frage des materiellen Zivilrechts*, weshalb EISENRING geltend machen müsste, das Obergericht habe mit der Bejahung der Aktivlegitimation der AEDIFICIA einfaches Bundesrecht, konkret das Obligationenrecht, verletzt.
- Die Sieben-Tage-Regel von Art. 44 Abs. 2 BGG war – erstaunlicherweise – vielen Studierenden nicht bekannt, was im Allgemeinen zur Folge hatte, dass diese Studierenden die Beschwerdefrist (konsequenterweise) als abgelaufen betrachteten. Vielfach wurde im Anschluss daran die Möglichkeit einer *Fristerstreckung* nach Art. 47 BGG oder der *Fristwiederherstellung* nach Art. 50 BGG diskutiert (und oft auch bejaht). Beides war indessen nicht sinnvoll. Eine Fristerstreckung ist hier ausgeschlossen, weil eine gesetzlich bestimmte Frist in Frage steht und eine solche nicht erstreckt werden kann (Art. 47 Abs. 1 BGG). Eine Fristwiederherstellung scheidet aus, weil der frühere Anwalt EISENRINGS gar nicht abgehalten worden war, fristgerecht zu handeln. Seine Erkrankung hatte zwar zur Folge, dass die Beschwerdefrist bereits während drei Tagen lief, als er das Urteil des Obergerichts am 28. November 2008 bei der Post abholte. Von da an hätte er aber für

das Einreichen einer Beschwerde noch mehrere Wochen Zeit gehabt.

- Ein besonders krasser Fehler bestand darin, dass zum Teil eine Fristwiederherstellung nach Art. 50 BGG mit der Begründung bejaht wurde, EISENRING sei *unverschuldet* von der Fristwahrung abgehalten worden. Wenn die Frist verpasst worden wäre, so wäre dies auf ein Fehlverhalten des früheren Anwalts von EISENRING zurückzuführen, und ein solcher Fehler würde dem Klienten zugerechnet.

### 3. Beim materiellen Teil der Aufgabenstellung (Fragen 2 bis 4)

- Auffällig oft haben die Studierenden die beiden im vorliegenden Fall in Frage stehenden Mängel des Fahrzeugs (die fehlende Unfallfreiheit einerseits und den Getriebefehler andererseits) nicht auseinandergelassen. Die beiden Mängel haben gemäss Sachverhalt nichts miteinander zu tun und waren daher separat zu prüfen. Klausuren, in denen dies nicht so gemacht wurde, waren in aller Regel ausserordentlich unübersichtlich und schwer korrigierbar.
- Viele Studierende haben EISENRING in Bezug auf einen oder gar beide Sachmängel Arglist unterstellt. Beides ist heikel. Es mag sein, dass EISENRING vom früheren Unfall, in den der Wagen verwickelt war, Kenntnis hatte und seine Zusicherung der Unfallfreiheit daher eine bewusste Lüge war. Dem Sachverhalt lässt sich dies allerdings nicht entnehmen. Auch hinsichtlich des Getriebefehlers wird man nicht leichthin Arglist annehmen können. EISENRING wurde ja vom Hersteller nur auf die *Möglichkeit einer Fehlmontage des Getriebes* hingewiesen; ob der in Frage stehende Wagen effektiv einen Getriebefehler hatte, wusste er damit nicht. Das Unterlassen der Untersuchung des Fahrzeuges ist eher als Nachlässigkeit zu betrachten (die ihn aber selbstverständlich nicht zu entlasten vermag). Jedenfalls dürfte es der AEDIFICIA nicht leicht fallen, EISENRING Arglist nachzuweisen. Das hat sie aber auch gar nicht nötig, weil sie

<sup>37</sup> OSKAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. Bern 2006, § 7 N 95.

mit der Betreibung die Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR rechtzeitig unterbrochen hat und auch eine Berufung auf Art. 203 OR nicht erforderlich ist, da sie beide Mängel ohnehin fristgerecht rügte.

- Etliche Studierende haben bei Frage 4 eine Nebenpflichtverletzung von EISENRING angenommen. Das wäre für die AEDIFICIA eine gefährliche Schiene, denn sie macht einen Ersatzanspruch aus einem Schaden geltend, der aus einem Sachmangel (nämlich dem Getriebefehler) resultiert. Zwar beruht ein solcher Schadenersatzanspruch ebenfalls (wie ein Ersatzanspruch aus einer Nebenpflichtverletzung) auf Art. 97 OR, wenn der Käufer keine Wandelung verlangt, aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht dieser Anspruch nur, wenn der Käufer die gewährleistungsrechtlichen Regeln beachtet hat. Insbesondere stünde der AEDIFICIA – anders als bei einer eigentlichen Nebenpflichtverletzung – der Ersatzanspruch nicht zu, wenn sie den Mangel nicht fristgerecht gerügt hätte. Daher musste in casu unbedingt geprüft werden, ob die gewährleistungsrechtlichen Besonderheiten von der AEDIFICIA beachtet worden waren<sup>38</sup>.
- Verschiedentlich wurde die *Abtretung* der *Gewährleistungsansprüche* im Leasingvertrag nach den Kriterien der AGB-Kontrolle einlässlich geprüft. Das war nicht sinnvoll. Die AGB-Kontrolle dient grundsätzlich dem Schutz des Gegners des AGB-Verwenders (auch wenn sie selbstredend nicht immer zum Ziel führen kann), hier also dem Schutz der AEDIFICIA. Der debitor cessus kann die Klage des Zessionars nicht mit der Begründung abwehren, die Zession sei unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten nicht wirksam. In Bezug auf das *Verfügungsgeschäft* darf ihn nur interessieren, ob die Schriftform gewahrt ist; wenn nicht, fehlt es an einer gültigen Zession. In casu ist das aber kein

Problem, da der Leasingvertrag gemäss ausdrücklichem Hinweis im Sachverhalt schriftlich abgeschlossen wurde. Auf die angeblich fehlende Wirksamkeit des *Verpflichtungsgeschäfts* kann sich EISENRING nicht berufen; sei es, weil man wie das Bundesgericht und ein Teil der Lehre die Zession ohnehin als abstrakt auffasst, sei es (wenn man die Zession als kausales Geschäft betrachtet), weil die AEDIFICIA selbst von einer wirksamen Zession ausgeht (sonst würde sie nicht klagen) und damit den Schutz der AGB-Kontrolle gar nicht beansprucht. *Sinnvoll war dagegen eine (kurze) AGB-Kontrolle in Bezug auf die Freizeichnung der Leasinggeberin.* Denn die Freizeichnung der LEASE-A-CAR AG war als Vorfrage im Zusammenhang mit dem abgetretenen Schadenersatzanspruch von zentraler Bedeutung (vgl. dazu die Einzelheiten in der Lösungsskizze unter Frage 4).

- Zentral gewesen wären dagegen Ausführungen zur *Zedibilität von Gewährleistungsansprüchen* bei der Beantwortung der Frage 2, d.h. Ausführungen zum Problem, ob solche Ansprüche überhaupt abgetreten werden können. Dazu ist keine AGB-Kontrolle erforderlich. Viele haben das nicht gesehen.
- Die Rechtsfigur der *Drittschadensliquidation* wurde nicht von allen richtig verstanden. Der AEDIFICIA nützt diese Rechtsfigur nur, wenn zwei Schritte miteinander verknüpft werden. Zunächst muss begründet werden, dass der Käuferin, d.h. der Leasinggesellschaft, nicht nur ein Anspruch auf Ersatz des Eigenschadens zusteht, sondern ausnahmsweise auch ein Anspruch auf Ersatz eines Drittschadens (hier des Schadens der Leasingnehmerin). Die Leasingnehmerin kann dann gegen den Verkäufer aber nur einen Anspruch geltend machen, wenn ihr dieser Drittschadensliquidationsanspruch abgetreten worden ist. Es war daher unzutreffend auszuführen, der AEDIFICIA könne mit der Zession *oder* der Drittschadensliquidation geholfen werden; erforderlich ist Drittschadensliquidation *und* Zession, wenn die AEDIFICIA klagt. In der Literatur wird das allerdings auch nicht immer ganz klar gesehen<sup>39</sup>.
- Zu guter Letzt sei noch auf ein paar Schnitzer hingewiesen, die der Hitze des Gefechts zuzuschreiben sein dürften. Jemand hat den armen EISENRING zwischendurch zum RINGEISEN gemacht. Eine solche Namensänderung dürfte den eigenen Klienten

<sup>38</sup> Vgl. zur Abgrenzung zwischen Sachmängelgewährleistung und Nebenpflichtverletzung etwa BGE 96 II 115 und dazu THOMAS KOLLER, S. 313 ff. Bemerkung 4, in: Bundesgerichtsurteile zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, hrsg. von Thomas Koller/Ivo Schwander, St. Gallen 2004.

<sup>39</sup> Vgl. dazu etwa BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP [Fn. 9], Einl. vor Art. 184 ff. N 103 in fine.



ten nicht so glücklich machen. Jemand hat den Ausdruck vom «Peius-Mangel» geprägt. Eine schöne Tautologie! Und verschiedene Studierende haben sich einer Kalenderreform verschrieben. Offenbar nahmen sie an, die AEDIFICIA habe EISENRING zwei Tage nach dem Unfall vom 28. Februar 2004 den Reparaturreport zugestellt (gemäss Sachverhalt kann das zwar nicht zutreffen, denn den Reparaturbericht erhielt die AEDIFICIA ja erst nach der Reparatur des Getrie-

bes, die ihrerseits drei Tage in Anspruch nahm). Jedenfalls führten sie aus, die Mängelrüge sei am 30. Februar erfolgt! Gewiss: Das Jahr 2004 war ein Schaltjahr. Aber gleich zwei Schalttage hatte es dann doch nicht. Solche (für die Bewertung selbstverständlich bedeutungslosen) kleinen Ausrutscher waren – neben den verschiedenen sehr guten Prüfungen und einer geradezu brillanten Arbeit – Aufheller im sonst bisweilen etwas grauen Korrektorenalltag...

Schulthess §

Die Buchhandlung zu Recht  
www.schulthess.com  
Tel. 044 200 29 29

**Begegnung**  
Kompetente Beratung in Fachbuchhandlungen in Zürich und Basel

**Vorsprung**  
Effiziente Versandbuchhandlung und Online-Katalog mit über 7000 Fachtiteln

**Wissen**  
Regelmässige Informationen zu den Novitäten im gewünschten Fachgebiet

**Zeitgewinn**  
Umfassender Abbonementservice für Zeitschriften