

der fall

«Hundepralinés zum einen, Inkassoprobleme zum andern!»

Thomas Koller*

Die nachfolgende Aufgabenstellung war an der Fachprüfung im Privatrecht I vom 21. August 2017 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern zu bearbeiten. Diese Fachprüfung ist von den Jusstudierenden am Ende des Einführungsstudiums abzulegen. Der vorgängig in der zweisemestrigen Vorlesung und in den begleitenden Übungen behandelte Stoff umfasst den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (inkl. Art. 41 und Art. 55 OR), den Mobiliarkauf und eine kurze Einführung in das Handlungsfähigkeitsrecht. Die Prüfungsdauer beträgt zwei Stunden. Erlaubte Hilfsmittel waren die persönlichen Gesetze der Studierenden, welche mit Randnotizen versehen sein durften. Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Reglements über das Bachelor- und Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 (RSL RW) vermittelt das Einführungsstudium die Grundlagen der Rechtsordnung und dient dazu, die Eignung der Studierenden zu juristischem Denken und Arbeiten abzuklären. Zu diesem Zweck vermittelt das Einführungsstudium insbesondere Grundkenntnisse auf den Gebieten des Privatrechts, des Strafrechts und des öffentlichen Rechts (Fachmodule Privatrecht I, Strafrecht I und öffentliches Recht I; Art. 10 Abs. 2 RSL RW). Dementsprechend wird diese Studienphase am Ende des zweiten Semesters mit je einer zweistündigen Leistungskontrolle in jedem dieser Fächer abgeschlossen (Art. 12 Abs. 1 RSL RW). Anschliessend folgt das Hauptstudium, welches zum Bachelor of Law (BLaw) führt (Art. 13 ff. RSL RW). Für die ordentlichen Jusstudierenden ist der Augusttermin an unserer Fakultät ein Wiederholungstermin: Wer beim ersten Versuch im Juni durchgefallen ist, hat im August die Möglichkeit eines zweiten Versuchs (Art. 12 Abs. 4 RSL RW). Wer zu diesem zweiten Versuch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht antritt, wird definitiv vom Weiterstudium an der Fakultät ausgeschlossen (Art. 12 Abs. 5 RSL RW), ebenso wer zum zweiten Mal durchfällt. Die meisten Jusstudierenden dürften somit zum zweiten Mal zur Prüfung erschienen sein. Einen ersten Versuch hatten nur diejenigen, welche im Juni aus einem wichtigen Grund die Prüfung nicht absolvieren konnten. Insgesamt haben 89 ordentliche Jusstudierende und 14 «Nebenfächler» die Klausur geschrieben. 73 der 103 Klausuren (70,9%) waren genügend und besser (Note 4 und höher) sowie 30 Arbeiten (29,1%) ungenügend (Note 3,5 und tiefer). Erfreulicherweise haben über 24% der Studierenden (25 Arbeiten) eine gute oder sehr gute Leistung (Note 5 und höher) erbracht.

A. Aufgabenstellung

Beide nachfolgenden Fälle sind (nach schweizerischem Obligationenrecht) 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 vernünftigen Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt

erachten, sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen trotzdem zu prüfen.

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern. Ich danke meinem Assistenten Herrn Manfred Strik, MLaw, Rechtsanwalt, für die Mit Hilfe bei der Ausarbeitung der Prüfungsaufgabe und eines Teils des vorliegenden Textes sowie meinem Assistenten Herrn Marius Stucki, MLaw, Rechtsanwalt, für die Durchsicht des fertigen Typoskripts. Das Typoskript wurde am 12. September 2017 abgeschlossen.

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

Fall 1: «Auf den Hund gekommen ...»

Bei der «Au Chien Gâté SA» (A) handelt es sich um ein von jungen Enthusiastinnen gegründetes Start-Up-Unternehmen, welches in der Schweiz und im umliegenden Ausland luxuriöses Hundefutter vermarktet. Die experimentierfreudigen Jungunternehmerinnen haben unter anderem hochwertige Hundepralinés entwickelt. Dabei werden in Hohlformen aus Hundeschokolade spezielle Massen wie «Leber-Cassis», «Pistazie-Rind mit Rosenduft» oder «Wild-Trüffel» abgefüllt.

Um diese und weitere Köstlichkeiten besser vermarkten zu können, hat die A bei der Invecio Mercurium AG (I) mit Vertrag vom 3. Oktober 2016 eine Maschine zur Herstellung von Schokoladehohlformen, zu liefern per Mitte November 2016, gekauft, und zwar zum Preis von Fr. 120000.–, zahlbar binnen 10 Tagen nach der Lieferung. Gemäss technischem Beschrieb hätte die Maschine eine Taktzeit von 12 Formen pro Minute aufweisen müssen. Als die Maschine nach der Lieferung von der A in Betrieb genommen wurde, stellte sich jedoch heraus, dass die Maschine nur mit 8 Formen pro Minute gefahren werden konnte. Die A teilte dies der I am folgenden Tag mit. Die I reagierte mit Bedauern, wies aber jegliche Verantwortung von sich. Sie sei bloss Importeurin der Maschine. Die (ausländische) Herstellerin habe die Konstruktion der Maschine aus technischen Gründen Mitte Oktober 2016 ändern müssen (Verkürzung der Formenhalter; Entfernung von Hubelementen bei den Endstapelplätzen), was zur Verringerung der Taktzeiten geführt habe.

Die A gab sich mit dieser Erklärung nicht zufrieden. Da sie für die Produktion ihrer Hundepralinés im Hinblick auf das bevorstehende Weihnachtsgeschäft

auf die Maschine nicht verzichten konnte, wollte sie die Maschine behalten, allerdings nur zu einem stark reduzierten Preis. Die I wies dieses Ansinnen von sich und beanspruchte die volle Bezahlung des Kaufpreises. Als die A dies verweigerte, verlangte die I die Bezahlung der Fr. 120000.– bis am 4. Dezember 2016. Sollte die Bezahlung bis zu diesem Zeitpunkt nicht erfolgen, so behalte sie sich sämtliche Rechte vor, insbesondere den Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz.

Anfangs November 2016 hatte die A mit verschiedenen Tierhandlungen Verträge über die Lieferung von Hundepralinés in der Vorweihnachtszeit geschlossen, so auch mit der in Norditalien tätigen Tierbedarfhandelskette Cocco Animale SA (C). Im Vertrag mit der C wurde auf deren ausdrücklichen Wunsch festgehalten: «Zu liefern am 22. November 2016».¹ Obwohl die A die neue Maschine auf Hochtouren laufen liess, konnte sie wegen der verringerten Taktzeiten nicht rechtzeitig genügend Pralinés für die Belieferung aller Abnehmer herstellen. Infolge eines Versehens in der Administration (Büroarbeiten sind ja bekanntlich nicht die Stärke von Start-Up-Unternehmen) wurden zuerst Abnehmer beliefert, mit denen keine genaue Lieferzeit vereinbart war, während die Lieferung an die C am 22. November 2016 mangels Ware unterblieb. Am 23. November 2016 teilte die C der A mit, an den Pralinés nicht mehr interessiert zu sein, weshalb man den Vertrag aufhebe. Umgehend antwortete A, das könne man nicht akzeptieren. Man werde intern umdisponieren und in zwei Tagen die Pralinés vorbeibringen. Ebenso umgehend antwortete die C, sie verzichte definitiv auf die Lieferung. Der Grund dafür war rasch klar: Am 19. November 2016 war in einer in Italien weit verbreiteten Zeitung ein Aufsehen erregender Artikel mit dem Titel «Zynismus pur: Viele Menschen hungern, aber unsere Luxus Hunde werden mit Pralinés verwöhnt» (hier auf Deutsch übersetzt) erschienen. Die C befürchtete daher, die Hundepralinés würden sich auf dem Markt in Norditalien kaum noch absetzen lassen. Zudem rechnete die C mit einem Image-Schaden, wenn sie derartige Köstlichkeiten im Sortiment führt. Obwohl die A weiterhin auf der Abnahme der Pralinés und deren Bezahlung beharrte, blieb die C standhaft.

Der deutlich geringere Ausstoss führte zu weiteren Produktionsengpässen mit unangenehmen Fol-

¹ Der Vertrag enthielt eine Rechtswahlklausel, nach welcher er dem schweizerischen Recht (unter ausdrücklichem Ausschluss des UN-Kaufrechts) unterstellt sein sollte. Gehen Sie davon aus, dass diese Rechtswahlklausel (samt Ausschluss des UN-Kaufrechts) wirksam ist, der Vertrag sich also nach schweizerischem Obligationenrecht beurteilt.

gen. Um den Markt für luxuriöses Hundefutter in Norddeutschland im Hinblick auf das Weihnachtsgeschäft zu erschliessen, hatte die A Mitte Oktober 2016 begonnen, in Zusammenarbeit mit lokalen Tierbedarfhandlungen für Ende November 2016 auf Weihnachtsmärkten in verschiedenen Städten (Hamburg etc.) Promotionsveranstaltungen zu organisieren. Da sie nicht rechtzeitig genügend Hundepralinés für die Belieferung ihrer Kunden einerseits und für diese Promotionsveranstaltungen andererseits herstellen konnte, liess die A die Promotionsveranstaltungen ausfallen. Die betroffenen Tierbedarfhandlungen machen daher gegenüber der A Schadenersatzforderungen geltend.

Die A orientierte die I über diese Vorfälle, betonte nochmals, dass sie für die Maschine auf einer Preisreduktion beharre, und behielt sich einen Schadenersatzanspruch für den Fall vor, dass sie ihrerseits den Tierbedarfhandlungen in Norddeutschland für den Ausfall der Promotionsveranstaltungen haftbar werden sollte. Diesen Anspruch werde man zur Verrechnung bringen (hier machte sich der Rechtskundeunterricht bemerkbar, den eine der Jungunternehmerinnen am Gymnasium vor ein paar Jahren genossen hatte ...). Gegen all dies verwahrte sich die I ausdrücklich.

Die A unterbreitet in den ersten Dezembertagen 2016 die ganze Angelegenheit dem Anwaltsbüro, in dem Sie ein Praktikum absolvieren. Demnächst soll eine Besprechung mit der Klientin stattfinden. Ihre Chefin bittet Sie im Hinblick auf diese Besprechung um Abklärung der folgenden Fragen. Beachten Sie dabei, dass das Dossier zurzeit noch sehr «dürftig» ist. Ihre Chefin ist daher daran interessiert zu erfahren, was für eine bessere Einschätzung der Rechtslage allenfalls an weiteren Informationen benötigt wird.

Übungsannahme: Gehen Sie bei der Beantwortung der folgenden Fragen davon aus, dass Sie den Fall in den ersten Dezembertagen 2016 bearbeiten.

Frage 1: Muss die C die Hundepralinés entgegennehmen und bezahlen?

6½ Punkte

Frage 2: Hat die A gegenüber der I grundsätzlich einen Anspruch darauf, die Maschine zu einem reduzierten Preis behalten zu dürfen? Ausführungen zur Höhe einer allfälligen Preisreduktion sind nicht erforderlich.

4½ Punkte

Frage 3: Angenommen, die Schadenersatzforderungen der Tierbedarfhandlungen in Norddeutschland gegenüber der A seien berechtigt (was noch näher zu prüfen wäre, hier aber unterbleiben muss): Kann A dafür bei der I Regress nehmen? Beantworten Sie die Frage gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Von dieser Rechtsprechung abweichende Postulate der Lehre sind für Ihre Chefin zu riskant.

8 Punkte

Frage 4: Angenommen, die A habe gegen I einen Anspruch darauf, die Maschine zu einem reduzierten Preis behalten zu dürfen, und der zur Debatte stehende allfällige Schadenersatzanspruch der A gegen I belaufe sich auf rund Fr. 10000.-: Welche Rechte stehen der I gegen die A zu?

5 Punkte

Fall 2: «Inkassoprobleme bei einem Handy-Vertrag»

Sie absolvieren ein Praktikum bei einem erstinstanzlichen Gericht. Die Gerichtspräsidentin übergibt Ihnen in einem Fall, der nächste Woche verhandelt werden soll, das Dossier, damit Sie sich vorbereiten können.

Klägerin ist die Per-Fides-Inkasso AG (P), bei der Beklagten handelt es sich um Frau Jessica Debitora (D). P verlangt von Frau D Fr. 1500.- samt Verzugszinsen. Zur Begründung führt P aus, Frau D habe verschiedene Handy-Rechnungen des Telekommunikationsunternehmens Moonset AG (M) nicht bezahlt. Die M habe ihr, so die P, die Forderungen abgetreten. Als Beleg reicht die P einen zwischen der M und ihr geschlossenen «Inkassovertrag» ein, der detailliert regelt, wie die P auf Rechnung der M ausstehende Kundenforderungen einzutreiben hat. Das (unterschiedene) Dokument enthält unter anderem folgende Klausel: «Hiermit tritt die Moonset AG der Per-Fides-Inkasso AG sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen gegenüber ihren Kundinnen und Kunden aus Telekommunikationsverträgen ab.»

Frage 1: Angenommen, Sie selber haben seit einiger Zeit ebenfalls ein Handy-Abonnement bei der M. Die M stellte Ihnen periodisch Rechnungen (jeweils samt Einzahlungsschein, lautend auf ein Konto der M) zu, die Sie stets pünktlich bezahlt haben. Als Sie am Abend nach einem anstrengenden Tag am Gericht nach Hause kommen, finden Sie in der Post die

nächste Rechnung der M (wiederum mit einem Einzahlungsschein, lautend auf das bekannte Konto der M). Können Sie sicher sein, dass Sie mit befreiender Wirkung leisten, wenn Sie diese Rechnung wie gewohnt (also an die M) bezahlen?

4 Punkte

In ihrer schriftlichen Stellungnahme macht die anwaltlich nicht vertretene Frau D unter anderem geltend, die P sei mit mehreren Mahnungen in aggressivem Ton an sie herantreten. Mit einer solchen ungehobelten Firma wolle sie nichts zu tun haben. Da sie nie gefragt worden sei, ob sie mit der Abtretung der Forderungen an die P einverstanden sei, könne die P sie nicht einklagen.

Frage 2: Ist dieser Einwand relevant?

1 Punkt

Im Weiteren führt Frau D in ihrer schriftlichen Stellungnahme aus, sie sei mit gewissen Leistungen der M (Netzverfügbarkeit; Geschwindigkeit des Datenverkehrs; Kundendienst) während der Rechnungsperioden gar nicht zufrieden gewesen. Sie schulde daher auf jeden Fall nicht den vollen Preis. P stellt sich auf den Standpunkt, dass sie solche Dinge nichts angehen würden, sondern dass sich Frau D diesbezüglich ausschliesslich an die M zu wenden habe.

Frage 3: Kann Frau D solche Vorbringen grundsätzlich der P entgegenhalten oder muss sie sich diesbezüglich ausschliesslich an M wenden?

1 Punkt

B. Lösungsskizze

Fall 1: «Auf den Hund gekommen ...»

Frage 1

Zwischen der A und der C ist ein *Kaufvertrag* über die Lieferung der Hundepralinés zustande gekommen.

² BGE 116 II 436 E. 1 S. 438 («... en matière de vente commerciale, le terme de livraison est présumé être un «Fixgeschäft» ...»); THOMAS KOLLER, S. 427 Ziff. 2a, in: Thomas Koller/Frédéric Krauskopf/Ivo Schwander, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2015 (Kommentierung von BGE 116 II 436 [«Pistazien-Fall»]).

³ ALFRED KOLLER, Art. 190 OR N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl. Basel 2015.

men. Daher wäre die C an sich zur Entgegennahme der Ware und zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Gegenteiliges gilt, falls die C wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist.

Zwischenbemerkung: Da die Kaufvertragsparteien ihre Niederlassungen in zwei verschiedenen Staaten haben, die dem UN-Kaufrecht (CISG) beigetreten sind, würde dieser Vertrag an sich dem UN-Kaufrecht unterliegen (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG). Weil die Parteien jedoch den Vertrag wirksam dem schweizerischen Recht unter ausdrücklichem Ausschluss des UN-Kaufrechts (Art. 6 CISG) unterstellt haben, beurteilt er sich nach dem schweizerischen Obligationenrecht.

In der (einleitenden) Aufgabenstellung wurde sicherheits halber ausdrücklich betont, dass die Fälle nach schweizerischem Obligationenrecht zu lösen sind. Das UN-Kaufrecht ist nicht Prüfungsstoff im Einführungsstudium.

Die Parteien haben mit dem 22. November 2016 einen *Verfalltag* vereinbart. Da die A an diesem Tag nicht lieferte, geriet sie ohne Mahnung in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Die übrigen Verzugs Voraussetzungen (Fälligkeit, Leistung noch möglich, keine verzugs hindernde Einrede der A) sind evident erfüllt.

Die Verzugsfolgen beurteilen sich nach Art. 190 OR. Mit dem Verfalltag wurde *ein bestimmter Liefertermin* verabredet. *Kaufmännischer Verkehr* liegt ebenfalls vor, wollte doch die Käuferin die Ware in für die Verkäuferin erkennbarer Weise für den gewerbmässigen Weiterverkauf in ihrer Ladenkette verwenden. Damit sind die beiden im Gesetz aufgeführten Tatbestandselemente von Art. 190 OR erfüllt. Das genügt allerdings für die Anwendung von Art. 190 OR noch nicht. Gemäss Lehre und Rechtsprechung begründet die Vereinbarung eines bestimmten Liefertermins im kaufmännischen Verkehr die *Vermutung eines relativen Fixgeschäfts*.² Die Verkäuferin A, welche ein Interesse daran hat, dass der Vertrag weiterhin gilt, kann demgemäss versuchen, diese Vermutung zu widerlegen und nachzuweisen, dass in casu kein relatives Fixgeschäft vorliegt.³ Dazu müsste die Klientin indessen weitere Informationen über den Fall liefern können: Was war der Grund, weshalb die C – anders als die andern Abnehmerinnen – auf der Vereinbarung eines Liefertermins bestand? Spielt beim Absatz von Luxushundefutter die Weihnachts- bzw. Vorweihnachtszeit eine wichtige Rolle oder ist das eher belanglos? Erst wenn das Anwaltsbüro über solche

weiteren Informationen verfügt, kann besser abgeschätzt werden, ob sich die Vermutung eines relativen Fixgeschäfts umstossen lässt oder nicht. Vorerst muss davon ausgegangen werden, dass Art. 190 OR anwendbar ist.

Gemäss Art. 190 Abs. 1 OR wird vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche. Zieht der Käufer die Lieferung vor, so hat er dies dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Termins anzuzeigen (Art. 190 Abs. 2 OR). In casu hat die Käuferin indessen ausdrücklich die Aufhebung des Vertrages erklärt. Das ist in Art. 190 OR an sich nicht vorgesehen. Nach Rechtsprechung und Lehre steht dem Käufer jedoch auch im Rahmen von Art. 190 OR das Recht zu, statt von der Vermutung nach Art. 190 Abs. 1 OR zu profitieren, ohne Nachfristansetzung den Rücktritt vom Vertrag zu erklären.⁴ Die Rücktrittserklärung der C ist somit – falls die A die Vermutung des relativen Fixgeschäfts nicht widerlegen kann – wirksam. Die C schuldet bei dieser Sachlage weder die Abnahme der Ware noch die Bezahlung des Kaufpreises.

Sollte dagegen die A die Vermutung eines relativen Fixgeschäfts widerlegen können, so wäre Art. 107 OR anwendbar. Die C hätte der A zuerst eine angemessene Nachfrist ansetzen müssen, bevor sie vom Vertrag hätte zurücktreten können. Da sie dies nicht getan hat, wäre diesfalls ihr Rücktritt unwirksam. Demgemäss wäre die A befugt gewesen, nachträglich noch anzubieten. Das hat sie denn auch getan, wenn auch bloss durch Benachrichtigung, man werde in zwei Tagen liefern. Diese Verbaloblation müsste aber genügen, kann man doch von der A eine effektive Lieferung (Realoblation) nicht erwarten, nachdem die C klar zum Ausdruck gebracht hatte, dass sie auf die Lieferung verzichte. C wäre zur Abnahme der Ware und zur Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet.

Korrekturbemerkungen: Art. 190 OR erwähnt die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag nicht. In unseren Vorlesungsunterlagen Privatrecht I (Herbstsemester 2016/ Frühlingssemester 2017, S. 101) wird allerdings auf diese Möglichkeit hingewiesen. Zudem findet sich ein entsprechender Hinweis im für das Kaufrecht gängigen Lehrbuch Schmid/Stöckli/Krauskopf.

Aus dem Umstand, dass Art. 190 OR die Möglichkeit des Rücktritts nicht erwähnt, hätten die Studierenden ableiten können, dass diese Bestimmung den Rücktritt nicht zu-

lässt, der Gläubiger also auf die allgemeinen Verzugsregeln verwiesen ist, wenn er vom Vertrag zurücktreten will. Wer dies tat, musste prüfen, ob die Voraussetzung von Art. 108 Ziff. 3 OR erfüllt ist. Dabei hätte erkannt werden müssen, dass die Käuferin die Beweislast für das Vorliegen eines relativen Fixgeschäfts trägt, d.h. dass die Verfalltagsabrede für sich allein nicht genügt, um ein Fixgeschäft anzunehmen. Dieser Beweis dürfte aufgrund der jetzigen Aktenlage schwer zu führen sein. Wer über Art. 108 Ziff. 3 OR argumentierte, erhielt nur die volle Punktezahl, wenn sie/er auch begründete, warum Art. 190 OR nicht geprüft wurde.

Nicht einschlägig ist hier Art. 108 Ziff. 2 OR. Zwar mag die Leistung für die Käuferin nutzlos geworden sein (falls sich ihre Befürchtung bewahrheiten sollte, dass die Pralinés kaum noch verkäuflich seien), aber die Nutzlosigkeit wäre nicht die Folge des Verzugs, sondern die Folge der Medienkampagne, die bereits vor dem vereinbarten Liefertermin stattgefunden hat.

Frage 2

Zwischen A und I ist ein *Kaufvertrag* über die fragile Maschine zustande gekommen. Die A hat gegenüber der I einen Anspruch darauf, die Maschine zu einem reduzierten Preis behalten zu dürfen, wenn die Voraussetzungen der Minderung erfüllt sind.

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 Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Die bei Vertragsschluss im technischen Beschrieb aufgeführte Taktzeit von 12 Formen pro Minute bildet eine *zugesicherte Eigenschaft* im Sinne dieser Bestimmung. Da die Maschine bloss eine Taktzeit von 8 Formen pro Minute aufweist, fehlt ihr diese zugesicherte Eigenschaft. Für diesen Sachmangel hat die I grundsätzlich einzustehen. Der Umstand, dass die ausländische Herstellerin, von welcher sie die Maschine bezog, die Konstruktionsweise abgeändert hat, vermag die I nicht zu entlasten. Als Verkäuferin hat sie auch für Mängel einzustehen, die sie nicht gekannt (und auch nicht verursacht) hat (Art. 197 Abs. 2 OR).

⁴ BGE 41 II 672 E. 7 S. 679 f.; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016, N 239, m.Nw.

Mängelrechte stehen der Käuferin nur zu, wenn sie den Kaufgegenstand sobald nach dem üblichen Geschäftsgang üblich geprüft und einen dabei feststellbaren Mangel sofort gerügt hat (Art. 201 Abs. 1 OR). Das ist hier der Fall, hat doch A die I am Tag nach der Lieferung über die zu geringe Taktzeit orientiert.

Liegt ein Sachmangel vor, so kann die Käuferin nach ihrer Wahl den Kaufvertrag wandeln oder mit der Minderung eine Herabsetzung des Kaufpreises geltend machen (Art. 205 Abs. 1 OR). Von diesem Wahlrecht hat hier die A Gebrauch gemacht. Der Minderungsanspruch ist somit grundsätzlich berechtigt.

Zwischenbemerkung: Interessant und heikel wäre sodann die Frage, in welchem Umfang der Kaufpreis gemindert werden kann. Das war hier gemäss Aufgabenstellung aber nicht zu prüfen.

Frage 3

Für den Fall der Minderung sieht das Gesetz – anders als für den Fall der Wandelung – nicht ausdrücklich einen Schadenersatzanspruch der Käuferin vor. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Käuferin aber dennoch grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch geltend machen. *Dieser stützt sich jedoch nicht auf Art. 208 OR, sondern auf Art. 97 OR*, verbunden mit der Besonderheit, dass der Anspruch nur besteht, wenn die kaufrechtlichen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten eingehalten und die Verjährungsfrist des Sachmängelgewährleistungsrechts gewahrt wurden⁵ (was hier jedoch kein Problem ist).

Korrekturbemerkung: In der Lehre wird weit überwiegend postuliert, der Schadenersatzanspruch bei der Minderung sei in analoger Anwendung von Art. 208 OR zu beurteilen. Das Bundesgericht hat dies jedoch abgelehnt. In der Aufgabenstellung wurde ausdrücklich verlangt, dass die Frage gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und nicht gestützt auf allfällige Postulate in der Lehre zu beantworten sei. Wer sich auf Art. 208 OR berief, erhielt dafür somit keinen Punkt.

Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR hat der Schuldner *bei nicht gehöriger Erfüllung* der Verbindlichkeit Ersatz für den daraus entstehenden Schaden zu leisten, so-

fern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Der Schadenersatz geht auf das *positive Interesse*, d.h. die Gläubigerin ist so zu stellen, wie sich ihr Vermögen präsentieren würde, wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre.

Die nicht gehörige Erfüllung besteht hier in der *Mangelhaftigkeit der gelieferten Maschine*. Unter *Schaden* versteht man eine *unfreiwillige Vermögenseinbusse*. Eine solche Einbusse erleidet A, wenn sie den Geschäften in Norddeutschland für die ausgefallenen Promotionsveranstaltungen Schadenersatz leisten muss. Dieses sogenannte *Haftungsinteresse* ist typischer Bestandteil des positiven Interesses. *Natürliche Kausalität* ist gegeben, wenn die nicht gehörige Erfüllung eine *notwendige Bedingung* für den eingetretenen Schaden darstellt (Conditio-sine-qua-non-Formel). Falls die A darlegen kann, dass sie genügend Hundepralinés für die Erfüllung aller Lieferverpflichtungen einerseits und für die Bedürfnisse der Promotionsveranstaltungen andererseits hätte produzieren können (die Promotionsveranstaltungen also nicht hätte ausfallen lassen müssen), wenn die im technischen Beschrieb aufgeführte Taktzeit von 12 Formen pro Minute erreicht worden wäre, so ist das Haftungsinteresse die natürlich kausale Folge der Mangelhaftigkeit der Maschine. Auch das Kriterium der *adäquaten Kausalität* wäre diesfalls erfüllt, ist doch der geringere Produktionsausstoss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, Lieferverzögerungen und damit auch vertragsrechtliche Probleme mit den Abnehmern der Ware herbeizuführen.

Der A könnte allenfalls eine Verletzung ihrer *Schadenminderungsobliegenheit* vorgehalten werden. Mit den andern Abnehmern (als der C) wurden offenbar keine genauen Liefertermine vereinbart. Die A hätte Hundepralinés für die Promotionsveranstaltungen in Norddeutschland bereitstellen und dafür Lieferverzögerungen bei diesen Abnehmern in Kauf nehmen können. Diese Abnehmer hätten (anders als die C) ihre Verträge nicht sofort aufheben können, sondern hätten zuerst eine Nachfrist ansetzen müssen. Möglicherweise hätte die A binnen dieser Nachfrist alle Abnehmer beliefern können. Das hätte zwar vielleicht Ansprüche auf Ersatz des Verzugschadens ausgelöst, aber ob ein solcher überhaupt entstanden wäre, ist nicht sicher. Denkbar ist auch, dass solche Verzugschäden geringer gewesen wären als die von den Geschäften in Nord-

⁵ Siehe dazu BGE 133 III 335 («Fensterglas-Fall»), m.Hw., einlässlich besprochen von TH. KOLLER (Fn. 2), S. 502 ff.

deutschland geltend gemachten Schadenersatzansprüche. All das bleibt aber höchst ungewiss.

Korrekturbemerkung: Ob von einem Gläubiger erwartet werden kann, im Interesse des vertragsbrüchigen Schuldners gegenüber seinen Abnehmern diejenigen Verträge zuerst zu erfüllen, bei welchen die grössten Vertragsverletzungsfolgen entstehen, und die Kunden zu benachteiligen, bei welchen die geringeren Verletzungsfolgen eintreten, ist heikel und müsste vertieft geprüft werden. Gerade im vorliegenden Fall wäre das besonders problematisch. Lieferverzögerungen bei den bereits bestehenden Kunden hätten zu einem (kaum quantifizierbaren) Rufschaden führen können, d.h. das Vertrauensverhältnis bei bestehenden Kundenbeziehungen hätte stark gestört werden können. Diese Kunden zugunsten von Veranstaltungen für die Erschliessung neuer Märkte zu benachteiligen, könnte eventuell unzumutbar sein.

Im Rahmen dieser Prüfung konnte eine Vertiefung dieser Frage nicht erwartet werden. Hier ging es nur darum, ob das Problem der Schadenminderungsobliegenheit als solches erkannt wurde.

Von der Schadenersatzpflicht befreien könnte sich die I, wenn sie nachweist, dass ihr kein Verschulden zur Last fällt. Die Beantwortung der Frage, ob der I ein solcher *Exkulpationsbeweis* gelingt, ist heikel. Es war nicht die I, sondern die Herstellerin (und damit die Zulieferantin der I), welche die technischen Spezifikationen der Maschine nach Abschluss des Kaufvertrages abänderte. Nach herrschender Lehre wird im schweizerischen Recht die Zulieferantin (ausser in ganz besonderen Konstellationen) nicht als Hilfsperson der Verkäuferin qualifiziert.⁶ Das Verhalten der Herstellerin könnte daher der Verkäuferin nicht über Art. 101 OR zugerechnet werden. Der Verkäuferin selbst kann im vorliegenden Fall aber kein Fehlverhalten vorgeworfen werden.

Korrekturbemerkung: Vorhalten könnte man der I allenfalls, dass sie die A nicht schon vor der Lieferung über die Änderung der Konstruktionsweise orientiert hat. Immerhin fand diese Änderung rund einen Monat vor der Lieferung der Maschine an die A statt. Vielleicht hätte die A den Schaden verhindern können, wenn sie rechtzeitig vom reduzierten Ausstoss der Maschine erfahren hätte. Das ist allerdings unsicher, begann sie doch mit der Organisation der Promotionsveranstaltungen ungefähr im gleichen Zeitraum, in dem die Herstellerin die Konstruktion änderte. Die Unterlassung der rechtzeitigen Orientierung müsste wohl als Nebenpflichtverletzung interpretiert werden. Ausführungen dazu wurden von den Studierenden nicht erwartet.

Allerdings könnte auch ein anderer Standpunkt eingenommen werden. In Frage steht hier ein *Gattungskauf*. Den Gattungsverkäufer trifft eine Beschaffungspflicht. Es liesse sich nun die Auffassung vertreten, den Gattungsverkäufer treffe darüber hinaus auch eine *Einstandspflicht für die mängelfreie Beschaffenheit der Ware*.⁷ Der Umstand, dass die Herstellerin nach dem Abschluss des Vertrages zwischen I und A die Maschine aus technischen Gründen ändern musste, vermöchte dann die I nicht zu entlasten. Faktisch würde damit allerdings dem Gattungskäufer die Möglichkeit zur Exkulpation abgeschnitten. Ob man damit vor Gericht durchdringen würde, ist fraglich.

Korrekturbemerkung: Von den Studierenden konnte eine einlässliche Auseinandersetzung mit der Problematik nicht erwartet werden. Für die Bewertung massgebend war bloss, ob die Frage der Exkulpation erkannt und diskutiert wurde.

Zwischenbemerkung: Bewusst nicht gefragt wurde im Rahmen dieser Prüfung, ob die A gegenüber I einen Schadenersatzanspruch für den entgangenen Gewinn aus dem geplatzten Geschäft mit der C hat. Das wird man wohl verneinen müssen. Wird der mangelhafte Kaufgegenstand für die gewerbliche Herstellung von Produkten verwendet, so sind die geringeren Erträge der Grund für die Wertebusse des Kaufobjekts. Sie werden daher (zwar nicht zahlenmässig, aber strukturell) bereits durch den Minderungsanspruch gedeckt. Entgehende Erträge können mithin nicht als Schadenersatz zusätzlich zur Minderung geltend gemacht werden.⁸ BGE 82 II 136 steht dem nach meinem Dafürhalten nicht entgegen. In diesem Fall ging es nicht um entgangenen Gewinn aus der verminderten Produktion, sondern um entgangenen Gewinn aus unter-

⁶ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014, N 3067 f., m.Nw.

Einlässlich dazu YEŞİM M. ATAMER, Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR 2011 I 449 ff.

Das Bundesgericht hat diese Frage bisher soweit ersichtlich nicht beantwortet, sondern ausdrücklich offen gelassen (BGE 82 II 136 E. 2 S. 138 f.).

⁷ ATAMER (Fn. 6), S. 469 f.

⁸ BGH, Urteil vom 27. Mai 2011 – V ZR 122/10, NJW 2011 2953 ff., 2955; ähnlich auch URS SCHENKER, Unternehmenskauf – Rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016, S. 439 Fn. 1803.

bliebenen Folgegeschäften (die Kunden des Käufers sahen wegen der mangelhaften Produkte davon ab, ihm weitere Erzeugnisse des Verkäufers abzunehmen). Eine Diskussion dieser interessanten Problematik wäre für eine Anfängerprüfung zu schwer gewesen.

Frage 4

Ob die Parteien hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises einen Verfalltag («zehn Tage nach der Lieferung») vereinbart haben, kann offen bleiben. Falls die A der I Geld schuldet, befindet sie sich spätestens ab 5. Dezember 2016 im Zahlungsverzug, hat ihr doch die I für die Bezahlung eine Frist bis 4. Dezember 2016 gesetzt.

Zahlungsverzug tritt selbstredend aber nur ein, wenn A der I effektiv etwas schuldet. Da A ein Minderungsanspruch zusteht, schuldet sie nicht den ganzen Kaufpreis, immerhin aber einen Teil davon. Sollte ihr gegen I auch ein Schadenersatzanspruch (in der Grössenordnung von Fr. 10 000.–) zustehen, so könnte sie diesen zudem gegen die noch bestehende Kaufpreisforderung zur Verrechnung bringen. Dennoch würde so aber eine Restschuld der A gegen die I verbleiben. Damit ist A auf jeden Fall, wenn auch nicht im Umfang des vollen Kaufpreises, im Zahlungsverzug.

Korrekturbemerkung: Gemäss Art. 120 Abs. 1 OR setzt die Verrechnung voraus, dass beide Forderungen fällig sind. Gemäss Lehre genügt es allerdings, dass die Verrechnungsforderung – hier also die Schadenersatzforderung der A – fällig ist.⁹ Das würde die Frage aufwerfen, wann diese Schadenersatzforderung fällig wird. Der geltend gemachte Schadenersatz ist strukturell verwandt mit einem Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung. Gemäss (umstrittener) bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird der Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung mit der Vertragsverletzung fällig.¹⁰ Damit wäre die

⁹ WOLFGANG PETER, Art. 120 OR N 4, m.Nw., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl. Basel 2015.

¹⁰ BGE 137 III 16 E. 2.4.1 S. 21.

¹¹ WOLFGANG WIEGAND, Art. 102 OR N 6, m.Nw., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl. Basel 2015; ROLF H. WEBER, Art. 102 OR N 72, in: Berner Kommentar Band VI/1/5, Art. 97–109 OR, Bern 2000.

¹² Siehe zu einem der seltenen Ausnahmefälle BGE 46 II 77 E. 2 S. 84 ff.

Schadenersatzforderung der A fällig. Die Fälligkeit liesse sich aber wohl auch anders begründen. Die Schadenersatzansprüche der Tierbedarfshandlungen in Norddeutschland gegenüber der A werden jetzt gestellt. Damit wird auch der Regressanspruch der A gegenüber der I fällig. Eine einlässliche Diskussion der Frage der Fälligkeit der Schadenersatzforderung in den Klausuren wurde nicht erwartet.

Fraglich könnte höchstens sein, ob die Mahnung der I wirksam ist, obwohl sie die Zahlung einer zu hohen Summe gefordert hat. Wird mit einer Mahnung zu viel verlangt, so ist sie nach herrschender Lehre und Rechtsprechung für den effektiv geschuldeten Betrag wirksam, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Gläubiger die Annahme der effektiv geschuldeten Leistung nicht verweigern würde.¹¹ Das ist bei Geldschulden regelmässig (wenn auch nicht durchwegs¹²) anzunehmen.

A ist somit spätestens ab 5. Dezember 2016 für einen (noch offenen) Betrag im Zahlungsverzug. Damit sind für sie aber keine grossen Risiken verbunden. Sie hat auf dem effektiv geschuldeten Betrag einen Verzugszins von 5% zu entrichten (Art. 104 Abs. 1 OR). Ein höherer Verzugszins, wie er unter Kaufleuten geschuldet sein kann (Art. 104 Abs. 3 OR), ist im heutigen Zinsumfeld wenig wahrscheinlich. Darüber hinaus könnte die A der I Ersatz weiteren Schadens schulden (Art. 106 OR). Dass die I einen solchen Schaden erlitten hat (den sie behaupten und beweisen müsste), ist zwar nicht ausgeschlossen, aber ebenfalls nicht sehr wahrscheinlich.

Ohne Basis ist die Rücktrittsdrohung der I. Ist der Kaufgegenstand wie hier vor der Zahlung in den Besitz der Käuferin übergegangen, so kann die Verkäuferin im Zahlungsverzug der Käuferin nur dann vom Vertrag zurücktreten, wenn sie sich dieses Recht (im Vertrag) ausdrücklich vorbehalten hat (Art. 214 Abs. 3 OR). Das ist hier nicht der Fall.

Fall 2: «Inkassoprobleme bei einem Handy-Vertrag»

Frage 1

Zur Debatte steht eine *Globalzession von Debitorenforderungen*. Diese umfasst nicht die Abtretung einer einzelnen, konkret bezeichneten (gegenwärtigen oder künftigen) Forderung, sondern sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der

Zedentin, hier der M, gegenüber ihren Kunden aus erbrachten Leistungen (hier aus den Telekommunikationsverträgen). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung¹³ stellt eine solche Zessionsklausel nicht bloss ein *pactum de cedendo* dar, sondern bildet gleichzeitig auch das *Verfügungsgeschäft*, d.h. die Zession selbst. Voraussetzung dafür ist zum einen die *Schriftform* (Art. 165 Abs. 1 OR), die in casu gewahrt ist. Zum andern müssen die abgetretenen (künftigen) Forderungen *im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Dokuments hinreichend bestimmbar sein*. Dazu genügt es, dass die abgetretene Forderung in dem Moment bestimmt werden kann, in dem sie entsteht. Bei einer Klausel, welche wie hier sämtliche künftigen Forderungen aus den von der Zedentin erbrachten Leistungen gegenüber Kunden umfasst, trifft dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu.¹⁴

Die P ist somit Gläubigerin sämtlicher Forderungen der M gegenüber ihren Kunden aus den Telekommunikationsverträgen geworden. Das betrifft nun nicht bloss die Forderung gegenüber Frau D, sondern eben alle Forderungen der M gegenüber all ihren Kunden, so auch die Forderung aus der Handy-Rechnung gegenüber der Rechtspraktikantin bzw. dem Rechtspraktikanten (R).

Weder M noch P haben nun allerdings die Abtretung ihren Kunden (mit Ausnahme der von Inkasso betroffenen Kunden) *angezeigt*. Daher konnten all diese andern Kunden, so auch R, bisher mit befreiender Wirkung an M leisten. In Zukunft ist dies aber für R nicht mehr möglich. Denn gemäss Art. 167 OR ist darüber hinaus für eine Zahlung mit befreiender Wirkung an den früheren Gläubiger erforderlich, dass der Schuldner *in gutem Glauben* handelt. In dem Moment, in welchem R von der Globalzession Kenntnis erhält, wird ihr/sein guter Glaube zerstört. R kann also (theoretisch) nicht mit befreiender Wirkung leisten, wenn sie/er den in Rechnung gestellten Betrag an M zahlt.

Korrekturbemerkung: Diese Betrachtungsweise ist sehr formal. Man könnte auch (und m.E. gar überzeugender) den Standpunkt vertreten, nach dem Willen von M und P solle die Zession nur für das Inkasso gegenüber säumigen Kundinnen und Kunden gelten, weshalb den pünktlich zahlenden Kundinnen und Kunden die Zession ja auch nicht notifiziert wird. Gemäss übereinstimmendem Willen von M und P sollen daher diese Kundinnen und Kunden weiterhin mit befreiender Wirkung an die M bezahlen

können. Eine derart differenzierte Argumentation wurde von den Studierenden nicht erwartet (wurde aber natürlich, wenn sie erfolgte, bepunktet).

Zwischenbemerkungen: Unter praktischen Gesichtspunkten ist das Risiko, dass P die bzw. den R ebenfalls noch belangen würde, äusserst gering. Zum einen wird P nur gegen Kunden der M vorgehen, welche die Rechnungen nicht bezahlen. Denn das ist ja Inhalt des Inkassovertages. Faktisch kann P nur dann Kunden der M belangen, wenn sie von der M die notwendigen Informationen (Name, Adresse, ausstehender Rechnungsbetrag) erhalten hat. Zum andern müsste P behaupten und beweisen können, dass R bei Bezahlung der Rechnung nicht mehr im guten Glauben war, wird doch der gute Glaube vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Damit P die Bösgläubigkeit von R behaupten könnte, müsste sie zuerst wissen, dass R von der Zessionsklausel Kenntnis erhalten hat. P wird aber kaum realisieren, dass R als Praktikantin/Praktikant mit dem Fall am Gericht befasst war.

Dass Art. 167 OR die befreiende Wirkung an den guten Glauben des debitor cessus anknüpft, ist – wie das hier behandelte Beispiel zeigt – problematisch. Sachgerechter wäre es, dem debitor cessus die Zahlung mit befreiender Wirkung an den Zedenten bis zur Notifikation zu ermöglichen. Art. 172 OR 2020 sieht dies ausdrücklich so vor; ob der Schuldner vor der Notifikation anderweitig Kenntnis von der Abtretung erhalten hat, wäre nach dieser (vorge schlagenen) Bestimmung belanglos.¹⁵

Frage 2

Der Einwand von Frau D ist nicht relevant. Für die Wirksamkeit einer Forderungsabtretung ist gemäss Art. 164 Abs. 1 OR die Zustimmung des debitor cessus nicht erforderlich.

Frage 3

Nach Art. 169 Abs. 1 OR kann die Schuldnerin gegenüber der Zessionarin Einreden (und auch Einwendungen) geltend machen, die der Forderung der Zedentin entgegenstehen. Voraussetzung dafür ist, dass die Einreden und Einwendungen schon zu der Zeit vorhanden waren, als die Schuldnerin von der

¹³ Grundlegend: BGE 113 II 163; dazu Th. KOLLER (Fn. 2), S. 604 ff.

¹⁴ Siehe dazu BGE 113 II 163 E. 2d S. 167 f.

¹⁵ Siehe dazu DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, Art. 172 OR 2020 N 3, in: Claire Huguenin/Reto M. Hilty, Schweizer Obligationenrecht 2020, Zürich/Basel/Genf 2013.

Abtretung Kenntnis erhielt. Das trifft hier zu. Frau D kann also grundsätzlich der P gegenüber entgegenhalten, sie schulde wegen Schlechterfüllung des Vertrages durch M nicht den vollen Rechnungsbetrag.

Korrekturbemerkung: Nicht zu prüfen war hier, ob die Einwendungen von Frau D materiell berechtigt sind. Denn gefragt wurde bloss, ob solche Einwendungen gegenüber der P grundsätzlich möglich sind.

C. Bemerkungen

I. Allgemeines

1. Was wurde mit der Aufgabenstellung bezweckt?

Die Anfängerklausur vom 21. August 2017 hatte mehrere Problemkreise zum Gegenstand, die in den ersten beiden Semestern des Jusstudiums an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern in den Vorlesungen und Übungen einlässlich behandelt wurden. Mit den verschiedenen Aufgaben wurde bezweckt, den Stoff des Einführungsstudiums im Privatrecht I angemessen abzudecken. Bei den einzelnen Aufgaben ging es (aus didaktischen Gründen) darum, *gezielt bestimmte Problemkreise* (Verkäuferverzug; Sachmängelgewährleistung; Zahlungsverzug des Käufers; Zession) abzuprüfen, indem die Studierenden zeigen sollten, ob und inwieweit sie in der Lage sind, das vermittelte Basiswissen auf konkrete Fälle anzuwenden.

Die Prüfung wies insgesamt keinen besonders hohen Schwierigkeitsgrad auf. Dass die Quote der ungenügenden Arbeiten bei 29,1% lag, ist nicht erstaunlich. Viele Studierende sind bei einem ersten Versuch im Juni 2017 durchgefallen und haben nun die Wiederholungsprüfung absolviert. Bei einer solchen Wiederholungsprüfung ist eine derartige Quote an ungenügenden Klausuren nicht überraschend, sondern liegt im Rahmen bzw. ist sogar eher niedrig. Im Gegenzug zeigen die vielen genügenden und guten, zum Teil auch sehr guten Arbeiten, dass

die Aufgaben zu bewältigen waren. Wer in den Vorlesungen und Übungen regelmässig (nicht nur physisch, sondern auch geistig) anwesend war und wer sich jeweils angemessen vorbereitet hat, konnte ohne Weiteres eine gute Note erzielen.

Bei der Aufgabenstellung war die Angabe der pro Frage maximal erzielbaren Punkte ein wichtiger Hinweis für die relative Gewichtung der Probleme und damit für die Zeiteinteilung (vgl. dazu auch die entsprechende Bemerkung auf dem Aufgabenblatt). Die Verteilung der Punkte innerhalb der einzelnen Aufgaben im Rahmen der Prüfungskorrektur erfolgte nach einem relativ fein ausgearbeiteten Korrekturraster. Dabei muss man sich indessen bewusst sein, dass die Punkteverteilung im Einzelfall nicht ein mathematisch präziser Vorgang ist, sondern stets – wie es bei Prüfungen nicht anders sein kann – nach 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. Bei der Punktevergabe wurde auf Verschiedenes geachtet (Konsistenz der Gedankenführung; Begründungsdichte; Erwähnung der massgebenden gesetzlichen Normen; juristische Ausdrucksweise; Subsumtion etc.). Blosser Hinweise oder knappe Ausführungen konnten bei den einzelnen Problemen daher nicht zum Punktemaximum führen.¹⁶ Selbstverständlich wurde aber bei der Korrektur nicht erwartet, dass die Klausuren die gleiche Begründungsdichte aufweisen wie die Lösungsskizze. Ebenso wurde für eine sehr gute Note nicht erwartet, dass sich die Studierenden zu allen Aspekten im Detail äussern. All dies schlägt sich denn auch in der Punkte-/Notenskala nieder: Für das Erreichen einer genügenden Note war nicht einmal die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktzahl erforderlich.

2. Zum Hintergrund der Fälle

Bei Fall 1 liess ich mich vom Urteil des Bundesgerichts 4A_232/2011 vom 20. September 2011 inspirieren. In diesem Fall ging es effektiv um eine Maschine für die Herstellung von Schokoladehohlformen. Soweit ersichtlich sollten die mit dieser Maschine angefertigten Hohlformen indessen nicht für die Produktion von Hundepralinés, sondern wohl für die Herstellung «gewöhnlicher» Schokolade, be-

¹⁶ Diese Aspekte werden von Studierenden oft übersehen, die zum Teil – vor allem wenn die Note ungenügend ist – in Gesprächen mehr Punkte mit der Begründung «herbeidiskutieren» möchten: «Aber ich habe das hier doch geschrieben ...»

stimmt z.B. für «Schokoholics» wie mich, dienen. Jedenfalls steht im Bundesgerichtsentscheid nichts von Hundepralinés. Den Sachverhalt musste ich allerdings adaptieren und vor allem vereinfachen. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall ging es um einen Werkvertrag, und das Werkvertragsrecht ist nicht Stoff im Anfängerstudium. Daher habe ich dem Fall einen Kaufvertrag zugrunde gelegt. Das Problem mit den zu geringen Taktzeiten aber habe ich – wenn auch mit veränderten Zahlen – dem echten Fall entnommen.

Auf die Idee, die Käuferin der Maschine Hundepralinés auf den Markt bringen zu lassen, haben mich Internetrecherchen gebracht. Die im Fall erwähnten Geschmacksrichtungen werden tatsächlich zum Kauf angeboten. Ob derartige Hundepralinés allerdings in grossen Mengen maschinell hergestellt werden, weiss ich nicht. Die doch eher hohen Endverkaufspreise, die ich gefunden habe (z.B. Euro 9.50 für eine Dreierpackung), lassen mich vermuten, dass solche Köstlichkeiten von Hundehaltern nicht tonnenweise gekauft werden. Aber da man das nicht mit Sicherheit sagen kann, habe ich mir einmal mehr erlaubt, meiner (gelegentlich überbordenden) Phantasie freien Lauf zu lassen.

Den Lieferverzug nach Norditalien, den Presseartikel «Zynismus pur» und die ausgefallenen Promotionsveranstaltungen in Norddeutschland habe ich frei erfunden. Alles könnte in der Realität aber vorkommen. Dass sich eine Zwischenhändlerin aus einem Vertrag zu befreien versucht, wenn – z.B. infolge einer Medienkampagne – der Markt für ein bestimmtes Produkt zusammengebrochen ist, dürfte kein so seltener Fall sein. Da kommt der Käuferin ein Lieferverzug wahrscheinlich gerade recht (was noch lange nicht heisst, dass sie sich deswegen rechtswirksam vom Vertrag lösen kann). Und wenn man sieht, was auf Weihnachtsmärkten (nicht nur im Norden Deutschlands) alles angeboten wird, gerade auch um allenfalls neue Märkte zu erschliessen, würde es einen nicht wundern, dort gelegentlich auch Hundepralinés vorzufinden. Wer will schliesslich nicht an Weihnachten seine Lieblinge verwöhnen ...

Fall 2 lehnt sich an das an, was die Gerichte in Inkassofällen offenbar gelegentlich antreffen. Globalzessionen bei Inkassofällen sind nach meinem Dafürhalten ein Unding. In der Praxis mögen sich daraus für nicht säumige Kunden keine Probleme

ergeben. Aber zumindest in der Theorie lässt einen die Vorstellung schaudern, dass ein Unternehmen nicht bloss Inkassoforderungen an ein Inkassobüro abtritt, sondern zumindest dem Wortlaut der Vereinbarung nach auch alle Forderungen gegenüber seinen nicht säumigen Kunden. Daraus ergäben sich keine theoretischen Probleme, wenn die Vereinbarung nur als Verpflichtungsgeschäft interpretiert würde, der noch die eigentlichen Abtretungen der Inkassoforderungen (als jeweilige Einzelzessionen) folgen müssten. Aber das Bundesgericht lässt halt nun mal (leider) die Globalzession als Verfügungsgeschäft gelten, wenn das Kriterium der hinreichenden Bestimmtheit der abgetretenen Forderungen erfüllt ist.

Zugegeben: Frage 1 bei Fall 2 ist ein reines Gedankenspiel. Ich wollte damit bloss prüfen, ob die Studierenden Grundfragen der Zession erkennen und diskutieren können. Vielen ist das nicht bzw. nicht sehr gut gelungen. Die Fragen 2 und 3 bei Fall 2 waren bewusst einfach gehalten, um den Studierenden am Schluss der Prüfung noch die Gelegenheit zu bieten, leicht Punkte zu holen. Das haben die meisten geschafft. Offenbar hat es sich unter den Studierenden herumgesprochen, dass es sich lohnt, zuerst einmal alle Prüfungsfragen diagonal anzuschauen, bevor man mit der Bearbeitung beginnt. Das war früher nicht immer so, was zur Folge hatte, dass damals etliche Studierende am Ende keine Zeit mehr hatten, die leichten Fragen noch zu beantworten.

II. Häufigste Fehler

1. Allgemeines

a) Viele Klausuren enthielten wirre und zum Teil widersprüchliche Ausführungen. Es war nicht immer leicht, sich als Korrektor im Dschungel solcher Äusserungen einigermaßen zurechtzufinden. Teilweise wurde auch sehr lückenhaft und un schlüssig argumentiert, vielfach ohne Angabe der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen. Das ist allerdings nichts Neues, insbesondere für Anfängerprüfungen.

b) Oft fanden sich lange Ausführungen zu Aspekten, die unproblematisch oder nicht relevant waren, so etwa bei Fall 1/Frage 1 zum Aspekt der Vertragstehung, den man kurz hätte abhandeln können. Teilweise haben Studierende auch den Sachverhalt

zusammengefasst, was vollkommen überflüssig war. All dies führte zwar nicht zu einem Abzug, hat aber Zeit gekostet, die für die Bearbeitung von Fragen gefehlt hat, welche hätten beantwortet werden müssen.

2. Bei Fall 1

a) Bei Fall 1/Frage 1 haben viele Studierende Art. 190 OR nicht diskutiert, obwohl der kaufmännische Verkehr ins Auge springen müsste. Das ist erstaunlich, wird doch diese Sonderregel beim Verkäuferverzug in der Vorlesung und in den Übungen immer wieder thematisiert.

b) Etliche Studierende haben die Begriffe «Verfalltagsgeschäft» und «Fixgeschäft» durcheinandergebracht. So wurde verschiedentlich ausgeführt, der Verzug trete ohne Mahnung ein, weil ein Fixgeschäft vorliege. Oft wurde auch im Zusammenhang mit Art. 108 Ziff. 3 OR ohne Begründung aus der Vereinbarung des Liefertermins auf das Vorliegen eines (relativen) Fixgeschäfts geschlossen. Diesen Studierenden war offenbar nicht bewusst, dass das Verfalltagsgeschäft den *Verzugseintritt* betrifft, das Fixgeschäft aber die *Verzugsfolgen*, und dass nicht jedes Verfalltagsgeschäft gleichzeitig ein Fixgeschäft gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR ist, sondern dazu qualifizierte Voraussetzungen erforderlich sind.

c) Sehr viele Studierende, die mit Art. 190 OR argumentierten, haben übersehen, dass diese Bestimmung die Vermutung beinhaltet, der Liefertermin sei auch eine Fixgeschäftabrede. Wer ein Interesse daran hat, dass Art. 190 OR im konkreten Fall nicht zur Anwendung gelangt (in casu ist dies die A), kann versuchen, diese Vermutung zu widerlegen. Dass dieser Aspekt oft nicht beachtet wurde, ist bis zu einem gewissen Grad verständlich, denn aus dem Gesetzestext ergibt sich dies nicht unmittelbar. In der Vorlesung, in den Vorlesungsunterlagen und in den Übungen wurde dieser Gesichtspunkt aber thematisiert.

d) Nur sehr wenige Studierende haben realisiert, dass die Beantwortung von Fall 1/Frage 1 am Ende unterschiedlich ausfallen kann, je nachdem ob Art. 190 OR oder Art. 108 Ziff. 3 OR angewandt wird. Art. 190 OR ist in casu für die A (die weiterhin liefern und den Kaufpreis erhalten möchte) ungünstiger, denn sie müsste die Vermutung eines relativen Fixgeschäftes mit dem Beweis des Gegenteils zu

widerlegen versuchen. Ob ihr dies gelingt, ist bei der zurzeit noch dürftigen Aktenlage offen. Beurteilt man dagegen den Fall (weniger naheliegend) nach Art. 108 Ziff. 3 OR, so wäre es an der C, darzulegen und zu beweisen, dass nicht nur ein Verfalltagsgeschäft, sondern gleichzeitig auch ein relatives Fixgeschäft vorliegt. Auch hier ist momentan noch offen, ob ihr das gelingen würde.

e) Fall 1/Frage 2 war relativ einfach zu beantworten. Hier haben die meisten Studierenden brauchbare oder gute Antworten geliefert. Oft wurde hier darüber hinaus aber auch Überflüssiges ausgeführt. Dem Sachverhalt lässt sich entnehmen, dass die ausländische Herstellerin die Konstruktion der Maschine Mitte Oktober, d.h. nach Abschluss des Vertrages zwischen der A und der I, aus technischen Gründen geändert hat. I hat daher die A bei Vertragsschluss nicht über die Taktzeiten getäuscht, wie zum Teil behauptet wurde. Und A konnte zwangsläufig bei Vertragsabschluss nicht i.S.v. Art. 200 Abs. 1 OR Kenntnis vom Mangel gehabt haben, sodass entsprechende (wenn auch im Ergebnis richtige) Ausführungen unnötig waren.

f) Nicht weiter erstaunlich haben etliche Studierende bei Fall 1/Frage 3 als gesetzliche Grundlage für den Schadenersatzanspruch der A gegen die I Art. 208 OR aufgeführt. Das war falsch. In der Lehre wird zwar eine analoge Anwendung von Art. 208 OR auf die Fälle der Minderung postuliert. Das Bundesgericht ist dem aber nicht gefolgt, und gemäss Aufgabenstellung war die Frage nicht gestützt auf Postulate in der Lehre, sondern gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beantworten. Daher haben sich auch sämtliche Diskussionen über den Papageien-Fall (BGE 133 III 257), die sich in vielen Klausuren fanden, erübrigt.

3. Bei Fall 2

a) Bei Fall 2/Frage 1 haben einige Studierende übersehen, dass nur zu beurteilen war, ob die *neue Rechnung* mit befreiender Wirkung an die M bezahlt werden kann. Dass *die alten Rechnungen* wirksam beglichen worden sind, ist offenkundig, denn die Rechtspraktikantin bzw. der Rechtspraktikant hatte zum Zahlungszeitpunkt ja noch keine Kenntnis von der Zession.

b) Anders verhält es sich mit der neuen Rechnung. Nun weiss die Praktikantin bzw. der Prakti-

kant, dass M (zumindest nach dem Wortlaut der Zessionsklausel) alle Kundenforderungen an P abgetreten hat. Daher war zu diskutieren, ob die Praktikantin bzw. der Praktikant noch gutgläubig ist oder nicht. Kenntnis von der Zession, auch wenn keine Notifikation durch den Zedenten oder die Zessionarin erfolgte, zerstört an sich den guten Glauben.¹⁷ Fragen kann man sich aber in der Tat, ob das auch gilt, wenn jemand diese Information aus (vertraulich zu behandelnden) Gerichtsakten erhält, wie einige wenige Studierende kritisch angeführt haben.

c) Alternativ hätte man hier, wie in der Lösungsskizze dargelegt, vorbringen können, der Wortlaut der Zessionsklausel sei gleichsam «überschiessend»; nach dem Willen von M und P seien nur die Forderungen gegenüber säumigen Kunden abgetreten. Damit wäre M immer noch Gläubigerin der Forderung gegenüber der Praktikantin bzw. dem Praktikanten. In diese Richtung haben einige wenige Studierende argumentiert.

d) Sehr viele Studierende waren der Ansicht, der debitor cessus könne bis zur Notifikation mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten. Gemäss dem Wortlaut von Art. 167 OR trifft dies nicht zu. Der gute Glaube, dass der ursprüngliche Gläubiger immer noch Forderungsinhaber ist, kann wie erwähnt durch anderweitig erlangtes Wissen über die Zession zerstört werden.

e) Etliche Studierende haben gemeint, die Praktikantin bzw. der Praktikant sei gutgläubig i.S.v. Art. 167 OR, weil weiterhin die M eine Rechnung samt Einzahlungsschein zustellt. Das ist ein falscher Ansatz. Wenn jemand (wie hier die M) behauptet, Inhaberin einer Forderung zu sein, begründet dies für sich allein noch keinen guten Glauben der zur Zahlung aufgeförderten Person in die Richtigkeit dieser Behauptung (genauso wie die blosser Behauptung einer Person, zur Vertretung befugt zu sein, nicht genügt, beim Dritten den guten Glauben in die Vertretungsbefugnis zu wecken). Richtig ist, dass jeder Schuldner solange davon ausgehen kann, der ursprüngliche Gläubiger sei immer noch Gläubiger, bis er Kenntnis von der Zession erhält. Von dem Zeitpunkt an aber, in dem der Schuldner von der Forderungsabtretung weiss, kann die Rechnungstellung durch die Zedentin den (früheren) guten Glauben des debitor cessus nicht wieder herstellen.

f) Fall 2/Frage 3 wurde von etlichen Studierenden nicht richtig verstanden. Frau D behauptet, sie schulde nicht den vollen Preis, da sie mit den Leistungen der M nicht voll zufrieden war. P dagegen macht geltend, das gehe sie grundsätzlich nichts an; Frau D müsse sich an M wenden. Mit Nebenrechten i.S.v. Art. 170 OR, wie dies von mehreren Studierenden behauptet wurde, hat dies nichts zu tun. Massgebend ist Art. 169 Abs. 1 OR. Die Einwendung, die Schuld bestehe nicht vollumfänglich, weil die Gegenleistung schlecht erbracht worden sei, kann die Schuldnerin gemäss dieser Bestimmung auch der Zessionarin entgegenhalten.

III. Zu guter Letzt

Wie stets fanden sich in verschiedenen Klausuren Kuriositäten, verunglückte Redewendungen und Schreibfehler. Die Note beeinflusst haben diese Absonderlichkeiten selbstverständlich nicht. Hier zwei Münsterchen:

a) Jemand sprach bei Fall 1/Frage 3 im Zusammenhang mit der adäquaten Kausalität von der «allgemeinen Lebenserwartung» statt von der «allgemeinen Lebenserfahrung». Das war ein sicher verzeihlicher Verschieb in der Hitze des Gefechts. Zu hoffen bleibt bloss, dass das Bundesgericht seine berühmte (wenn auch nichtssagende) Adäquanzformel nicht in diesem Sinne neu umschreiben wird.

b) Jemand anders sprach bei Fall 2/Frage 1 von einem «Präsidentenstreit». Man stutzt: Das ist doch falsch, korrekt heisst es doch «Prätendentenstreit». Aber man findet diesen Begriff tatsächlich beim «Googlen», wenn auch äusserst selten. Sogar der Österreichische OGH hat ihn in einem Urteil vom 15. Dezember 2010 (Geschäftsnummer 1Ob168/10b) verwendet. Das würde die Frage aufwerfen: Fehler oder Austriazismus in der Klausur? Wir wollen dies hier offen lassen.

¹⁷ DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, Art. 167 OR N 6, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl. Basel 2015.