



## Lösungsskizze Fall 1: „Frostiges Fotoshooting“

Sachverhaltsabschnitt 1: Korrespondenz zwischen Nora und PP AG	Punkteanzahl
<p><b>Vertragsschluss, Art. 1 OR</b></p> <p><b>1. Konsens</b></p> <p>Für das Zustandekommen eines Vertrages ist nach <u>Art. 1 Abs. 1 OR</u> ein <u>Konsens</u>, d.h. der <u>Austausch gegenseitiger Willenserklärungen</u>, welche <u>tatsächlich oder normativ übereinstimmen</u>, erforderlich. Die Parteien müssen dabei einen Rechtsbindungswillen haben (Abgrenzung zur Gefälligkeit).</p> <p><b>a) Austausch gegenseitiger Willenserklärungen (Antrag und Annahme)</b></p> <p>Die zeitlich erste Willenserklärung wird als <u>Antrag (Offerte)</u> und die zeitlich zweite Willenserklärung als <u>Annahme (Akzept)</u> bezeichnet. Der Antrag hat alle <u>objektiv wesentlichen Vertragspunkte (essentialia negotii)</u> sowie alle <u>subjektiv wesentlichen Vertragspunkte</u> zu enthalten und muss grundsätzlich mit einem <u>schlichten „Ja“</u> angenommen werden können (HUGUENIN, § 2 N 206 f.).</p> <p>Die Willenserklärungen werden erst wirksam, wenn sie dem Empfänger zugegangen sind, d.h. in seinem Machtbereich eingetroffen sind (<u>Zugangsprinzip</u>, vgl. Art. 3 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 OR). Im Sinne der gesetzlichen (in Abgrenzung zur gewillkürten) Stellvertretung handeln die Organe einer juristischen Person kraft ihrer Stellung mit direkter Wirkung für dieselbe (Art. 55 Abs. 2 ZGB, Art. 718a Abs. 1 OR).</p> <p>In casu ist Jean-Luc Grenouille als Leiter der Marketingabteilung ein <u>Organvertreter der PP AG und verpflichtet diese mit seinem Handeln (Art. 55 OR)</u>. Der von ihm verfasste Brief, welcher am 03.01.2014 bei der Post aufgegeben wurde, stellt als zeitlich erste Willenserklärung einen Antrag dar. Er enthält alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte (zu erbringende Leistung, Entlohnung, Datum, Zeit, Ort) und kann mit „Ja“ angenommen werden. Aufgrund des Zugangsprinzips ist der Antrag im Zeitpunkt wirksam geworden, in welchem der eingeschriebene Brief bei der Post zum Abholen bereit lag, d.h. – da Nora gemäss Sachverhalt den Brief noch gleichentags bei der Poststelle abholt – noch am gleichen Tag, an welchem der vergebliche Zustellungsversuch erfolgte (vgl. HUGUENIN, § 2 N 186). Durch die Antwort („Gerne nehme ich am bevorstehenden Shooting</p>	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>1</p>



teil“) von Nora am 6.01.2014, erklärte sie ausdrücklich die Annahme des Antrags von Jean-Luc Grenouille (in Organvertretung der PP AG).

**Zwischenfazit:** Die Willenserklärungen von Nora und Jean-Luc Grenouille (in Organvertretung der PP AG) wurden gegenseitig ausgetauscht.

0.5

**b) Übereinstimmung der Willenserklärungen (tatsächlicher oder normativer Konsens)**

Tatsächlicher (natürlicher) Konsens liegt vor, wenn die Willenserklärungen dem tatsächlichen inneren Willen der Parteien entsprechen und von der Gegenseite richtig verstanden worden sind (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 123 III 35, E. 2b). In casu geht Nora – anders als die PP AG – davon aus, dass das Fotoshooting nicht auf dem Jungfrauoch, sondern auf dem Üetliberg stattfindet. Die abgegebene Willenserklärung von Jean-Luc Grenouille (in Organvertretung der PP AG) wurde von Nora nicht richtig verstanden. Noras Willenserklärung stimmt somit nicht tatsächlich mit der Willenserklärung von Jean-Luc Grenouille (in Organvertretung der PP AG) überein. Es fehlt daher an einem tatsächlichen Konsens über den Ort der Leistungserbringung (als objektiv wesentlicher Vertragspunkt).

2

Bei Fehlen eines tatsächlichen Konsenses kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung, gemäss welchem die Erklärung einer Partei so auszulegen ist, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Dabei wird auf den objektiven Sinn des Erklärungsinhaltes abgestellt, d.h. darauf, wie eine vernünftige und redlich urteilende Person mit den gleichen Kenntnissen wie der Empfänger die Erklärung verstehen durfte und musste. Führt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu einer Übereinstimmung der Willenserklärungen, liegt ein normativer Konsens vor (vgl. zum Ganzen HUGUENIN, § 2 N 249).

1.5

In casu antwortet Nora auf den Brief der PP AG, obwohl sie dessen Inhalt nicht genau versteht. Da sie jedoch auf den Brief reagiert, ohne ihre Verständnisprobleme zu erläutern, darf die PP AG nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass Nora in das Fotoshooting auf dem Jungfrauoch einwilligt, zumal im Brief auch unmissverständlich steht, Nora solle sich ausdrücklich äussern, falls sie eine Verschiebung des Shootings auf den Üetliberg wünsche (was sie jedoch unterlässt). Zwar könnte eingewendet werden, dass die PP AG aufgrund der in deutscher Sprache verfassten Antwort Verdacht hätte schöpfen müssen. Nora hätte aber aufgrund ihres ungenügenden Verständnisses des Briefes weitere Abklärungen treffen

1.5



müssen. Schreibt sie eine Annahmeerklärung, so darf die PP AG, selbst wenn jene in deutscher Sprache verfasst ist, annehmen, dass Nora den Brief verstanden hat; so wäre aus Sicht der PP AG beispielsweise vorstellbar, dass Nora den Brief von einer mit der französischen Sprache vertrauten Person übersetzen liess und danach die Antwort selbst verfasste. Gemäss dem Vertrauensprinzip liegt somit ein normativer Konsens über die Durchführung eines Fotoshootings auf dem Jungfrauoch gegen eine Entlöhnung in der Höhe von CHF 5000.- vor.

**Zwischenfazit:** In casu ist ein rechtlicher Konsens zu bejahen. Es ist somit zwischen Nora und Jean-Luc Grenouille (in Organvertretung der PP AG) ein Vertrag über die Durchführung eines Fotoshootings auf dem Jungfrauoch gegen eine Entlöhnung in der Höhe von CHF 5000.- zustande gekommen.

0.5

### 2. Rechts- und Handlungsfähigkeit:

Die Vertragsparteien müssen rechts- und handlungsfähig (Art. 11, 12 f. und 52 ff. ZGB) sein (HUGUENIN, § 2 N 141 ff.) Es ist in casu davon auszugehen, dass Nora und Jean-Luc Grenouille (in Organvertretung der PP AG) rechts- und handlungsfähig sind.

0.5

### 3. Gültigkeit:

#### a) Willensmangel

Als Ungültigkeitsgrund kommt namentlich ein Willensmangel (Art. 23-31 OR) in Frage. Von einem Willensmangel spricht man, wenn ein Mangel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in der Willensbildung (Motivirrtum) oder in der Willenserklärung (Erklärungsirrtum) vorliegt (HUGUENIN, § 2 N 464). Die Ungültigerklärung eines Vertrages aufgrund eines Willensmangels setzt einen Irrtum, die Wesentlichkeit des Irrtums und eine fehlende Verwirkung des Rechtes auf Ungültigerklärung voraus (HUGUENIN, § 2 N 475).

1.5

#### i) Irrtum

Ein Erklärungsirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR, Art. 27 OR) entsteht, wenn die Erklärung einer Partei nicht ihrem wirklichen Willen entspricht (BSK-SCHWENZER, Art. 24 N 2). Es wird dabei zwischen einem Erklärungsirrtum (Irrtum im Erklärungsakt) und einem Inhaltsirrtum (Irrtum über den Inhalt der Erklärung) unterschieden (HUGUENIN, § 2 N 490).

0.5

Dagegen liegt ein Motiv- bzw. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)



vor, wenn der Wille zum Vertragsschluss auf einer falschen oder fehlenden Vorstellung über die tatsächliche Sachlage beruht. In casu stimmt die nach dem Vertrauensprinzip ausgelegte Erklärung von Nora, dass sie am Fotoshooting auf dem Jungfrauoch teilnehmen werde, nicht mit ihrem tatsächlichen Willen überein, geht sie doch davon aus, dass das Shooting auf dem Üetliberg stattfinden wird. Es liegt somit ein Erklärungsirrtum vor, konkret ein Inhaltsirrtum (Nora irrt sich über die Bedeutung der von ihr abgegebenen Erklärung).

1

### ii) Wesentlichkeit

In den in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR genannten Fällen (*error in negotio, error in corpore vel in persona, error in quantitate*) wird die Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums vermutet.

0.5

In casu ist keiner der in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR genannten Fälle einschlägig. Die Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend (BSK-SCHWENZER, Art. 24 N 1). Vielmehr ist ein Erklärungsirrtum immer dann wesentlich, wenn die Diskrepanz zwischen dem Erklärungswillen und der Erklärung so wesentlich ist, dass angenommen werden kann, dass der Irrende seine Erklärung bei Kenntnis des Sinnes nicht abgegeben hätte (ZEHNDER, S. 185). Subjektiv wesentlich ist der Irrtum, wenn der Irrende dem Vertrag mit der fälschlicherweise zum Ausdruck gekommenen Erklärung nicht zugestimmt hätte (ZEHNDER, S. 187). Objektive Wesentlichkeit ist gegeben, wenn aus der Sicht der Gegenpartei und eines loyalen, korrekten Vertragspartners die Diskrepanz zwischen dem objektiven Sinn der Erklärung und dem tatsächlichen Willen des Irrenden so erheblich ist, dass sich dessen Bindung an den Vertrag nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht rechtfertigt (ZEHNDER, S. 188).

2.5

In casu kann angenommen werden, dass Nora den Antrag der PP AG auch angenommen hätte, wenn sie gewusst hätte, dass das Fotoshooting auf dem Jungfrauoch stattfinden soll. Allenfalls wäre denkbar, dass sie diesfalls vom Angebot der PP AG Gebrauch gemacht hätte, das Fotoshooting auf dem Üetliberg durchzuführen. Selbst wenn die subjektive Wesentlichkeit bejaht wird, muss jedoch die objektive Wesentlichkeit verneint werden, rechtfertigt doch ein Irrtum über den Erfüllungsort nicht die Unverbindlichkeit des Vertrages.

1

**Zwischenfazit:** Noras Erklärungsirrtum ist nicht wesentlich. Andere Ungültigkeitsgründe sind nicht ersichtlich. Der Vertrag zwischen Nora und



<p>Jean-Luc Grenouille (in Organvertretung der PP AG) ist somit gültig zustande gekommen.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p><b><u>Sachverhaltsabschnitt 2: Organisation der Reise</u></b></p>	
<p><b>I. Anspruch von Willi gegen Nora auf Zahlung des Preises für Pferdepaket „deluxe“ aus Nichterfüllung, Art. 97 OR (Transportvertrag)</b></p>	
<p><b>1. Vertragsschluss, Art. 1 OR</b></p>	
<p><b>a) Konsens</b></p>	
<p>Gemäss <u>Art. 1 Abs. 1 OR</u> entsteht ein gültiger Vertrag durch gegenseitige übereinstimmende Willensäusserungen der Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte mittels Antrag und Annahme. Zudem muss ein tatsächlicher oder ein normativer Konsens vorliegen (HUGUENIN, N 140).</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p>Versucht eine Vertragspartei ohne definitiven Rechtbindungswillen durch Kundgabe zur Bereitschaft zum Vertragsabschluss Verhandlungen herbeizuführen, handelt es sich nicht um einen Antrag, sondern um eine <u>Einladung zur Offertstellung nach Art. 7 OR (invitatio ad offerendum)</u> (HUGUENIN, N 211) . In casu unterbreitet Nora dem Willi mittels Telefonanruf nach Art. 7 Abs. 1 OR eine Offertstellung, indem sie ihren Wunsch nach einer Reise zum Üetliberg äussert und Willi so zu Vertragsverhandlungen anregt.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p>Willi stellt Nora sogleich per Telefon einen Antrag i.S.v. Art. 4 Abs. 2 OR, welcher mit der Nennung des Preises von CHF 200.- und des Angebots die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte enthält (<i>essentialia negotii</i>). Nora nimmt den Antrag ausdrücklich an. Der Antrag wurde somit <u>unter anwesenden Personen</u> geschlossen. Noras innerer Wille bezieht sich auf eine Kutschfahrt und Willis innerer Wille auf einen Ausritt. Deshalb besteht zwischen Nora und Willi <u>kein tatsächlicher Konsens</u>. Die Willenserklärungen müssen demnach gemäss dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Willi durfte und musste nach Treu und Glauben Noras Erklärung so verstehen, dass sich ihre Anfrage auf seine alltägliche Arbeit als Reitlehrer bezieht und er einen Ausritt auf den Üetliberg durchführen soll. Es liegt somit ein normativer Konsens über das <i>Pferdepaket Deluxe</i> in der Höhe von CHF 200.- vor.</p>	<p><b>1</b></p>
<p><b>b) Entstehungsmangel: Voraussetzungen Grundlagenirrtum, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR</b></p>	



**i) Irrtum**

Liegt ein Mangel des Vertragsabschlusses bei der Willensbildung (Motivirrtum) oder bei der Willenserklärung (Erklärungsirrtum) vor, so spricht man von einem Willensmangel (HUGUENIN, N 464). Ein Erklärungsirrtum besteht, wenn die Erklärung einer Partei nicht ihrem wirklichen Willen entspricht (BSK-SCHWENZER, Art. 24 N 2). Ein Motivirrtum (allenfalls ein Grundlagenirrtum) liegt vor, wenn der Wille zum Vertragsschluss auf einer falschen oder fehlenden Vorstellung über die tatsächliche Sachlage beruht (BSK-SCHWENZER, Art. 23 N 2).

1

In casu irrt sich Nora nicht über den Inhalt ihrer Erklärung. Sie will das *Pferdepaket Deluxe* tatsächlich buchen. Es liegt daher kein Erklärungsirrtum vor. Sie bildete sich jedoch durch das Angebot auf der Homepage eine falsche Vorstellung über die Tatsache, dass Willi nur Reitausflüge und keine Kutschfahrten anbietet. Es liegt ein Motivirrtum vor.

0.5

**ii) Wesentlichkeit**

Grundsätzlich ist ein Motivirrtum unwesentlich (Art. 24 Abs. 2 OR). Ein Irrtum ist nach Art. 23 OR deshalb nur von Beachtung, wenn er wesentlich ist. Ein Vertrag ist demnach nur für denjenigen unverbindlich, welcher sich zur Zeit der Willensbildung in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Bei Wesentlichkeit liegt ein qualifizierter Motivirrtum vor (sog. Grundlagenirrtum).

1

Die Wesentlichkeit weist eine subjektive und eine objektive Komponente auf (BSK-SCHWENZER, Art. 23 N 4). Zudem ist die Erkennbarkeit für den Erklärungsgegner zu prüfen (str. ob Erkennbarkeit ein Prüfkriterium darstellt: Weite Definition der objektiven Wesentlichkeit vgl. SCHWENZER, N 37.27, enge Definition der objektiven Wesentlichkeit vgl. KOLLER OR AT, §14 N 49ff.).

1

• *Subjektive Wesentlichkeit*

Der Irrende muss den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als eine notwendige Vertragsgrundlage erachten. (GAUCH/SCHLUEP, N 779). Der Sachverhalt muss für den Irrenden conditio sine qua non für den Vertragsabschluss sein (BGE 95 II 409). In casu ist es für Nora von hoher Bedeutung, dass sie mit einer Kutsche auf den Üetliberg gefahren wird, da sie den Berg nicht mit Absatzschuhen besteigen kann. Für Nora ist die Fahrt mit der Kutsche unabdingbar für den Vertragsschluss. Sie hätte den Vertrag nicht geschlossen, wenn sie um das Fehlen der Kutsche Bescheid

1



gewusst hätte.

- *objektive Wesentlichkeit*

Der Irrende darf den sich vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Vertragsgrundlage erachten (BGE 118 II 62 und 301). In casu kann aufgrund der Fotos auf der Homepage aus Treu und Glauben objektiv darauf geschlossen werden, dass Willi auch Kutschen und nicht nur Pferde besitzt. Zudem kann es aufgrund der Umstände des Geschäftsverkehrs für ein Model in so einer Situation als objektiv notwendig erachtet werden, nicht mit Absatzschuhen auf ein Pferd zu steigen.

1

- *Erkennbarkeit*

Das Erfordernis der Erkennbarkeit hängt davon ab, wie weit oder eng die objektive Wesentlichkeit definiert wird. Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass der Irrtum der anderen Vertragspartei erkennbar gewesen sein muss; in diesem Fall ist die Definition der objektiven Wesentlichkeit weit gefasst und die Bedeutung des Sachverhalts, über den sich der Irrende geirrt hat, muss für die andere Partei erkennbar gewesen sein. Wird die Definition der objektiven Wesentlichkeit eng gefasst, ist die Voraussetzung der Erkennbarkeit obsolet. In casu ist es für Willi erkennbar, dass er auf seiner Website auch Fotos von Kutschen abgebildet sind, so dass auch diese verschärfende Bedingung erfüllt ist

1

### iii) **Geltendmachung verstösst nicht gegen Treu und Glauben**

Die Geltendmachung des Irrtums darf nicht gegen Treu und Glauben verstossen (Art. 25 OR). In casu verstösst die Geltendmachung durch Nora nicht gegen Treu und Glauben.

0.5

### iv) **Keine Verwirkung**

Gemäss Art. 31 OR verwirkt der Irrende sein Recht auf Geltendmachung der Ungültigkeit des Vertrages, wenn er den Vertrag innerhalb eines Jahres genehmigt oder innerhalb dieser Zeitspanne die Entdeckung des Irrtums nicht geltend macht. Die Verwirkungsfrist beginnt nach Art. 31 Abs. 2 OR mit der Entdeckung des Irrtums zu laufen. In casu entdeckt Nora den Irrtum am 13.01.2014. Die Geltendmachung des Irrtums verjährt demnach am 13.01.2015. Nora hat den Irrtum auch nicht genehmigt, da sie die Leistung

1



von Willi unter diesen Umständen nicht in Anspruch nehmen will.

**v) Rechtsfolge: Ungültigkeit des Vertrages**

Wenn der Irrende den Willensmangel geltend macht, so ist der Vertrag in der Regel ex tunc ungültig (HUGUENIN, N 562). Für die Ungültigkeit haben sich in Lehre und Rechtsprechung folgende Theorien entwickelt:

- **Ungültigkeitstheorie (BGer)**

Bei der Ungültigkeitstheorie liegt die Ungültigkeit bereits von Anfang an vor. Der Vertrag ist ex tunc ungültig (aufschiebend bedingter Vertrag) (HUGUENIN, N 565).

- **Anfechtungstheorie (Mehrheit der Lehre)**

Der mangelbehaftete Vertrag muss mittels Ungültigkeitserklärung angefochten werden (auflösende Bedingung) (HUGUENIN, N 566).

- **Theorie der geteilten Ungültigkeit**

Folgt man dieser Theorie, so ist der Vertrag für die irrende Partei von Anfang an ungültig und für die andere bleibt er bis zur Ungültigkeitserklärung wirksam (HUGUENIN, N 567).

**Fazit:** Zwischen Willi und Nora ist kein gültiger Vertrag zustande gekommen und Willi hat keinen vertraglichen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Da sich Nora bei Abschluss des Vertrages in einem Grundlagenirrtum befand, kann sie bei entsprechender Anfechtungserklärung und wirksamer Anfechtung des Vertrages ihre Anzahlung in Höhe von CHF 50,- aus Art. 62 OR i.V.m. Art. 63 Abs. 1 OR zurückfordern (Kondiktionsanspruch). Macht Nora die Ungültigkeit des Vertrages geltend, kann Willi den fahrlässigen Irrtum aus Art. 26 OR geltend machen.

**II. Willi gegen Nora aus Art. 26 Abs.1 OR**

Da aufgrund des Grundlagenirrtums der Nora kein gültiger Vertrag zwischen Nora und Willi zustande gekommen ist, könnte Willi ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gem. Art. 26 Abs. 1 OR zustehen.

Dieser Norm zufolge ist der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, wenn er den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, verpflichtet dem Vertragspartner den Schaden zu ersetzen, den dieser aus dem Dahinfallen des Vertrages erleidet. Dieser gesetzlich geregelte Fall einer

0.5

1.5P für  
Aufzählung  
der Theorien

0.5

0.5

1





*culpa in contrahendo* ist nur dann ausgeschlossen, wenn der andere Teil den Irrtum gekannt hat oder hätte kennen müssen (Art. 26 Abs. 2 OR).

Bei der Lektüre der Internetseite hat Nora sich von den aufgeschalteten Bildern stärker leiten lassen als vom Text und hat sich nicht die Frage gestellt, ob die Bilder auch repräsentativ für Willis Tätigkeit waren; auch im Gespräch mit Willi hat sie nicht nachgefragt, was dieser konkret anbietet. Dagegen hätte eine sorgfältige Person in Noras Situation die genaueren Bedingungen von Willis Leistungen geprüft, also die Angaben auf der Internetseite gelesen und ggfls. bei Willi nachgefragt. Indem Nora hierauf verzichtet, hat sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt. Da diese Verletzung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Irrtum in seiner konkreten Gestalt entfiere, ist diese Fahrlässigkeit auch kausal für Noras Grundlagenirrtum gewesen. Damit ist sie grundsätzlich zum Ersatz des negativen Interesses gegenüber Willi verpflichtet.

Art. 26 Abs. 1 OR schliesst die Ersatzpflicht aber aus, wenn der andere Teil den Irrtum gekannt hat oder hätte kennen sollen. Diese Kenntnis bzw. das Kennenmüssen ist zu bejahen, wenn der Vertragspartner selbst Anlass hatte, an der Fehlerfreiheit der Willensbildung (bzw. der Erklärung) zu zweifeln oder wenn sein Verhalten für den Irrtum (mit-) ursächlich war. Hier ist einerseits zu berücksichtigen, dass auf Willis Homepage Bilder mit Kutschen aufgeschaltet sind, die Noras fehlerhafte Vorstellung von Willis Leistungsangebot begründeten; andererseits ist zugunsten des Willi zu berücksichtigen, dass er angesichts Noras Anfrage, keinerlei Anlass hatte zu glauben, sie habe sich eine falsche Vorstellung von seinen Leistungen gemacht. Da seiner Homepage zudem die genauen Leistungen zu entnehmen waren, die er anbot und im redlichen Geschäftsverkehr mit der Kenntnisnahme der aufgeschalteten Informationen zu rechnen ist, gab es für ihn mithin keinen Anlass, bei Nora nachzufragen, so dass nicht von einem Kennenmüssen auszugehen ist. [A. A. ist ggfls. vertretbar]

**Fazit:** Da zwischen Willi und Nora kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, kann Willi von Nora nicht aus Vertrag (Art. 97 OR) das Erfüllungsinteresse fordern. Aus der Rechtsfolge des wirksam angefochtenen ungültigen Vertrags kann Nora jedoch die Anzahlung in der Höhe von CHF 50,- von Willi zurückfordern. Willi kann einen Schadenersatzanspruch aus OR 26 geltend machen. Nora wäre demnach verpflichtet Willi das negative Interesse zu ersetzen. Die Forderung von Nora bzgl. CHF 50,- und Willi bzgl. des negativen Interesses stünden sich gegenüber und könnten bei entsprechender



<p>Verrechnungserklärung verrechnet werden (Art. 120 OR). (Da der Sachverhalt bzgl. eines konkreten Schadens von Willi illiquid ist, dienen die vorangehenden Ausführungen lediglich der Vollständigkeit).</p>	
<p><b><u>Sachverhaltsabschnitt 3: Der kleine Konrad</u></b></p> <p><b>Ansprüche des Konrad (vertreten durch seine Mutter Fiona) gegen Willi</b></p> <p>Der kleine Konrad ist mit seinen 4 Jahren weder urteils- noch handlungsfähig im Sinne von Art. 16 bzw. 13 ZGB. Er ist damit auch nicht prozessfähig im Sinne von Art. 67 ZPO. Er kann deshalb einen allfälligen Anspruch gegen Willi nicht selber geltend machen. Dieser wird vielmehr von seinen <u>gesetzlichen Vertretern</u>, d.h. von seinen Eltern (u.a. von seiner Mutter Fiona) in seinem Namen geltend gemacht (Art. 19c ZGB).</p> <p><b>1. Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR iVm Art. 394 Abs. 1 OR (Vertragsverletzung)</b></p> <p><b>a. Konsens</b></p> <p>Für das Zustandekommen eines Vertrages ist nach Art. 1 Abs. 1 OR ein rechtserheblicher Konsens erforderlich. In Abgrenzung zur Gefälligkeit müssen die Parteien dabei einen <u>Rechtsbindungswillen</u> haben (HUGUENIN, § 1 N 78). So liegt es bei der Gefälligkeit in der Entscheidungsgewalt des Gefälligkeitserbringers, ob er leistet oder nicht, wohingegen beim Auftrag (Art. 394 Abs. 1 OR) eine Verpflichtung des Beauftragten (Mandatar) entsteht, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste im Interesse des Auftraggebers (Mandanten) zu besorgen.</p> <p><b>b. Gefälligkeit</b></p> <p>Eine Gefälligkeit liegt bei einer <u>unentgeltlichen und uneigennützigen Leistung</u> ohne Vorliegen eines Vertrages vor. Entscheidend für die Abgrenzung – welche nach Massgabe des Vertrauensprinzips erfolgt – ist das <u>Fehlen eines Rechtsbindungswillens</u> und die <u>nicht erkennbare Bedeutung</u> des Geschäfts für die Gegenseite: Ist die Bedeutung eines Geschäfts und somit das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens für den Leistungserbringer ersichtlich, kann die Gegenseite nach Vertragsrecht vorgehen (HUGUENIN, § 1 N 78 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. 1, N. 353a/b). Wird der Leistungserbringer in einem beruflichen Kontext tätig, darf daraus grundsätzlich auf den Rechtsbindungswillen geschlossen werden (BGE 129 III 181 E. 3; 116 II 695 E. 2).</p>	<p>1ZP</p> <p>1</p> <p>2</p>



Ob ein Rechtsgeschäft oder eine Gefälligkeit vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei die Art der Leistung, ihr Grund und Zweck, ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung, die Umstände, unter welchen sie erbracht wird und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen sind (HUGUENIN, 1 17 N 1514). Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse der leistungserbringenden Person an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten an einer fachkundigen Beratung oder Unterstützung (BGE 129 III 181 E. 3.2; BGE 116 II 695 E. 2b/bb S. 697 f.).

2

In casu ist dieser Rechtsbindungswille zu verneinen, da der Anlass zu unbedeutend und die Leistung des Willi von zu kurzer Dauer ist, als dass von der Übernahme einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung auszugehen sein könnte: Willi hat lediglich der Mutter helfen wollen; seine Handlung überschreitet aber nicht die Schwelle von einem blossen sozialen Kontakt zum Rechtsgeschäft. Das Interesse an der Pferdebesteigung lag dabei auf Seiten des kleinen Konrads bzw. seiner Mutter Fiona, ohne dass ein direktes eigenes Interesse Willis erkennbar wäre. Es könnte zwar argumentiert werden, dass Willi als Reitlehrer im beruflichen Kontext tätig geworden ist. Willi war zwar in seiner Position als Reitlehrer unterwegs, aber er erklärte sich nur bei Gelegenheit dazu bereit, den kleinen Konrad auf das Pferd zu heben.

1

**Fazit:** Ein Vertrag, aus dem sich Ansprüche der Fiona gegen Willi ergeben könnten, fehlt.

0.5

## 2. Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR)

Ein Anspruch auf Schadenersatz wegen der Verletzung des Konrads könnte sich auch aus

Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben, Art. 419ff. OR.

Entscheidendes Merkmal der GoA ist die Auftragslosigkeit, d.h. das Fehlen eines vertraglichen Bindungswillens bzw. eines rechtserheblichen Konsenses (HUGUENIN, § 17 N 1506). Aus Art. 424 OR e contrario wird abgeleitet, dass eine Bitte, eine Erlaubnis oder eine nichtvertragliche Abrede die Geschäftsführung ohne Auftrag ausschliessen; entscheidendes Abgrenzungskriterium ist somit die Eigenmacht des Geschäftsführers (SCHMID, N 1141 ff.). In casu stellt Willis Hilfeleistung, mit welcher er den kleinen Konrad auf das Pferd hebt, eine unentgeltliche und uneigennützig Leistung dar. Da Fiona Willi ausdrücklich um diese Leistung bittet, scheidet

2



eine Geschäftsführung ohne Auftrag aus. Willi erklärte sich bei Gelegenheit eines heranrennenden und quengelnden Kindes aufgrund der kurzfristig entstandenen Situation bereit, den kleinen Konrad auf das Pferd zu heben.

**Fazit:** Eine Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet in casu aus.

## II. Vorgehen beim Prüfen von Ansprüchen aus Gefälligkeit

Im sog. „Menzi-Muck-Rundholzfall“ (in welchem der Kläger bei Besichtigung eines Kalbes auf dem Bauernhof des Beklagten auf dessen Bitte hin, eine Leiter bestieg, eine Kette um ein Rundholz zu legen, woraufhin er von der Leiter fiel und sich schwer verletzte) wandte das Bundesgericht Art. 419 ff. OR analog auf ein Gefälligkeitsverhältnis an (BGE 129 III 181 E. 4.1). Im „Glatt-Kind-Fall“ (in welchem ein Kind, welches die Beklagte im fraglichen Zeitpunkt hütete, beim Spielen in einen Fluss fiel) hingegen hielt das Bundesgericht fest, dass die eine Gefälligkeit erbringende Person grundsätzlich aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) hafte und nur sinngemäss nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn sie aus der Gefälligkeit einen Nutzen ziehe (BGE 137 III 539 E. 5.1). Beiden Fällen liegt das Prinzip zu Grunde zu grunde, dass das Risiko gefährlicher Tätigkeiten von derjenigen Person zu tragen ist, in dessen Interesse sie ausgeführt wird, wohingegen die Erbringung einer altruistischen Gefälligkeitsleistung dem Gefälligkeitserbringer nicht nachteilig sein soll (vgl. auch BGE 48 II 487 E. 3): So soll der Gefälligkeitserbringer nicht auch noch selber für den Schaden aufkommen müssen, den er selbst bei der Gefälligkeitsleistung erlitten hat. Ein solches Ergebnis lässt sich durch die analoge Anwendung der in Art. 419 ff. OR vorgesehenen Kausalhaftung des Empfängers der Gefälligkeitsleistung einfacher erreichen, als durch die Verschuldenshaftung aus Art. 41 ff. OR. Erleidet hingegen nicht der Gefälligkeitserbringer, sondern der Gefälligkeitsempfänger einen Schaden, so soll die altruistisch eine Gefälligkeit leistende Person nicht für diesen Schaden aufkommen müssen. Diesfalls bildet die Voraussetzung des Verschuldens eine zusätzliche Hürde für die Haftung des Gefälligkeitserbringers, weshalb das Bundesgericht hier Art. 41 ff. OR anwendet.

Wird dieser Grundsatz auf den vorliegenden Fall angewendet – in welchem der Gefälligkeitsempfänger (der kleine Konrad) und nicht der Gefälligkeitserbringer (Willi) den Schaden erleidet – und bedenkt man, dass Willi aus dem Hinaufheben des kleinen Konrads auf das Pferd keinen Nutzen

0.5

3 ZP



zieht, so ist eine Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) zu prüfen.

### III. Anspruch auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung (Tierhalterhaftung, Art. 56 Abs. 1 OR)

Ein Anspruch auf Schadenersatz aus Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR besteht, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

#### 1. Schaden

Der Schaden wird definiert als eine unfreiwillige Vermögenseinbusse (Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder entgangener Gewinn) und besteht gemäss Differenztheorie des BGer in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (HUGUENIN, § 24 N 1844 ff.). In casu besteht der Schaden in den Behandlungskosten der Gehirnerschütterung (d.h. einer Körperverletzung im Sinne von Art. 46 Abs. 1 OR), die sich der kleine Konrad beim Sturz zugezogen hat.

1

#### 2. Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und Schaden

Der entstandene Schaden muss auf die schädigende Handlung zurückzuführen sein (conditio sine qua non). In casu wäre der kleine Konrad mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht vom Pferd gefallen und hätte somit keine Hirnerschütterung erlitten, hätte Willi ihn nicht auf das Pferd gesetzt. Die schädigende Handlung muss weiter auch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Das Hinaufheben eines kleinen Kindes auf ein Pferd ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den Sturz und damit eine Verletzung des Kindes herbeizuführen.

1

#### 4. Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit des schädigenden Verhaltens setzt nach der vorherrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie die Verletzung eines absoluten Rechts des Geschädigten (Erfolgsunrecht) oder den Verstoss gegen eine qualifizierte Schutznorm (Verhaltensunrecht) voraus (HUGUENIN, § 24 N 1942). In casu erlitt der kleine Konrad eine leichte Gehirnerschütterung. Dies stellt eine Verletzung der physischen Integrität und damit eines von den

1



absoluten Rechten umfassten Persönlichkeitsrechts dar.

### 5. Spezielle Voraussetzungen des Art. 56 OR

Art. 56 OR setzt ferner voraus, dass ein Tier, welches dem Risikobereich des Tierhalters zuzuordnen ist, aus eigenem Antrieb einen Schaden verursacht hat. Als Tiere im Sinn von Art. 56 OR gelten Lebewesen, die dem Willen eines Menschen unterworfen werden können, worunter auch Pferde zu subsumieren sind (HUGUENIN, § 24 2051). Die Schädigung muss durch instinktives Verhalten des Tieres (in Abgrenzung zum Verhalten auf Anweisung des Tierhalters) entstanden sein. Subjekt der Haftung ist dabei der Tierhalter, d.h. diejenige Person, die die tatsächliche Gewalt über das Tier ausübt (HUGUENIN, § 24 N 2046). Ein Teil der Doktrin verlangt zudem, dass die betreffende Person ein wirtschaftliches oder affektives Interesse an der Haltung des Tieres hat (BK OR-BREHM, Art. 56 N 15 ff.). Gemäss Sachverhalt hat sich das Pferd, welches dem Willen eines Menschen unterwerfbar und somit ein Tier im Sinne von Art. 56 OR ist, aus eigenem Antrieb aufgrund der Aufregung aufgebäumt. Die tatsächliche Gewalt über das Pferd übt in casu Willi aus.

2

### 6. Entlastungsbeweis

Gemäss Art. 56 Abs. 1 OR kann sich der Tierhalter von der Haftung befreien, wenn er beweist, dass er in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (sog. Sorgfaltsbeweis). Mit anderen Worten muss der Tierhalter Vorkehrungen treffen, um zu verhindern, dass das Tier Dritte schädigt, wobei sich die Anforderungen an die Schutzmassnahmen an der Gefährlichkeit des Tieres ausrichten (HUGUENIN, § 24 N 2953). Gemäss Sachverhalt hat Willi das Pferd an den Zügeln gehalten und damit die im Verkehr übliche Sorgfalt angewendet. Dass sich ein Pferd aufbäumt, kann ein Tierhalter auch durch Festhalten nicht verhindern. Willi kann sich folglich mit Hilfe des Sorgfaltsbeweises von der Haftung befreien.

1

**Fazit:** Willi kann sich mit Hilfe des Sorgfaltsbeweises von der Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR befreien.

0.5

[Ein Anspruch auf Genugtuung aus unerlaubter Handlung **gem. Art. 47 OR** scheidet damit ebenfalls aus, weil er die Erfüllung des Art. 56 OR voraussetzte.]

0.5



**Sachverhaltsabschnitt 4: Im Restaurant „Gmüetliberg“**

**I. Zustandekommen eines gültigen Vertrages:**

**1. Konsens**

Für das Zustandekommen eines Vertrages ist nach Art. 1 Abs. 1 OR ein Konsens, d.h. der Austausch gegenseitiger Willenserklärungen, welche tatsächlich oder normativ übereinstimmen, erforderlich. Die Parteien müssen dabei einen Rechtsbindungswillen haben (vgl. SVA I).

0.5

**a) Austausch gegenseitiger Willenserklärungen (Antrag und Annahme)**

Nachdem er Nora erklärt hat, dass der von ihr gewünschte Champagner ausgegangen ist, haben sich Nora und Mario übereinstimmend drüber geeinigt, dass er ihr ein Glas des teureren Champagners *Pommery Wintertime Blanc* zum Preis von CHF 30,- pro Glas serviert; Nora hat dem zugestimmt.

0.5

**b) Stellvertretung des Wirtes des „Gmüetlibergs“ durch Mario gem. Art. 32 OR**

Mario hat eine eigene Willenserklärung abgegeben; da er nur der Kellner im Gmüetliberg ist, ist offenkundig, dass er nicht sich selbst, sondern dadurch den Inhaber des Restaurants verpflichten will. Als Angestellter ist von einer Vertretungsmacht des Mario, das heisst der Einwilligung des Wirtes des Gmüetlibergs zum Auftreten des Mario in seinem Namen, auszugehen. Damit liegen die Voraussetzungen des Art. 32 OR vor und die Willenserklärung des Mario wird dem Wirt des Gmüetlibergs zugerechnet.

1.5

**c) Übereinstimmung der Willenserklärungen (tatsächlicher oder normativer Konsens)**

Nora und Mario haben sich übereinstimmend über den teureren Champagner *Pommery Wintertime Blanc* zum Preis von CHF 30,- pro Glas geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt. Zwischen ihnen besteht gemäss Art. 18 OR ein tatsächlicher Konsens. Aufgrund des Austausches der Willenserklärungen und dem tatsächlichen Konsens, ist zwischen Nora und dem Wirt des Gmüetlibergs ein Vertrag über die Leistung des Champagner *Pommery Wintertime Blanc* zum Preis von CHF 30,- pro Glas zustande gekommen.

0.5



<p><b>2. Rechts- und Handlungsfähigkeit</b></p> <p>Die Vertragsparteien müssen rechts- und handlungsfähig (Art. 11, 12 f. und 52 ff. ZGB) sein (HUGUENIN, § 2 N 141 ff.). Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist in casu davon auszugehen, dass Nora und Mario (als Stellvertreter des Inhabers des Restaurants „Gemüetliberg“, Art. 32 Abs. 1 OR) rechts- und handlungsfähig sind.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p><b>3. Gültigkeit</b></p> <p>Als Ungültigkeitsgrund kommt namentlich ein <u>Willensmangel</u> (Art. 23-31 OR) in Frage.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p><b>a) Absichtliche Täuschung, Art. 28 OR</b></p> <p>Die getäuschte Vertragspartei befindet sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einem <u>Motivirrtum</u>, der <u>absichtlich</u> und damit <u>widerrechtlich</u> durch den Vertragspartner ausgelöst oder aufrechterhalten wurde und den Getäuschten <u>zum Vertragsabschluss oder zur Vereinbarung eines bestimmten Vertragsinhalts bewegt</u> (HUGUENIN, § 5 N 532).</p>	<p><b>1</b></p>
<p>Der Tatbestand des Art. 28 Abs. 1 OR setzt voraus, dass die irrende Partei den Vertrag auf Grund eines Motivirrtums, der kausal auf der absichtlichen Täuschung beruht, eingeht und dass sich die andere Partei absichtlich täuschend verhält. Die täuschende Partei darf ausserdem keinen Rechtfertigungsgrund für ihr Handeln haben.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p><b>i) Täuschendes Verhalten</b></p> <p>Die Täuschungshandlung muss sich auf <u>Tatsachen</u> beziehen und nicht nur auf subjektive Werturteile und Meinungsäusserungen. Tatsachen sind objektiv feststellbare, tatsächliche oder rechtliche Zustände oder Ereignisse gegenwärtiger oder vergangener Art, die dem Beweis zugänglich sind (BSK-SCHWENZER, Art. 28 N 4).</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p>Das täuschende Verhalten kann entweder <u>aktiv</u>, durch Vorspiegeln von Tatsachen, Vorgeben falscher Tatsachen, unrichtige Beantwortung von Fragen oder <u>passiv</u> durch Verschweigen vorhandener Tatsachen, sofern die Partei eine <u>Aufklärungspflicht</u> trifft, erfolgen (BSK-SCHWENZER, Art. 28 N 6ff.). Die Aufklärungspflicht kann sich aus Vertrag, gesetzlichen Bestimmungen, nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 2) und der herrschenden Anschauung ergeben (BGE 116 II 431 E. 3a). In casu gibt der Kellner Mario Nora falsche</p>	<p><b>1</b></p>





Informationen über den von ihr bestellten Champagner *Pommery brut*. Er lügt Nora gezielt an, dass der *Pommery brut* ausverkauft ist. Sie willigt daraufhin ein, den teureren Champagner *Pommery Wintertime Blanc* zu bestellen. Seine Täuschungshandlung bezieht sich auf die aktive Kundgabe falscher Informationen bezüglich des Vorhandenseins des *Pommery brut*.

#### ii) Absicht

Die Täuschungshandlung muss absichtlich erfolgen. Der Täuschende muss um die Unrichtigkeit seines Verhaltens wissen; *dolus eventualis* reicht dabei aus (BSK-SCHWENZER, Art. 28 N 11). In casu handelt der Kellner Mario mit Vorsatz. Er weiss um die Unrichtigkeit seiner Aussage, dass der von Nora bestellt Champagner *Pommery brut* ausverkauft ist.

1

#### iii) Kein Rechtfertigungsgrund/Widerrechtlichkeit

Aus der historischen Auslegung des Art. 28 schliesst die herrschende Lehre, dass der Gesetzgeber die absichtliche Täuschung per se für widerrechtlich hält (KOLLER, OR AT, § 14 N 164). Die Voraussetzung für eine absichtliche Täuschung ist somit das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes seitens der täuschenden Vertragspartei. In casu sind keine Rechtfertigungsgründe für Marios Verhalten ersichtlich.

1

#### iv) Irrtum

Die absichtliche Täuschungshandlung muss bei der anderen Vertragspartei einen Irrtum hervorrufen. Dieser wird in der Regel ein Motivirrtum sein. Anders als in Art. 23 OR wird die Wesentlichkeit nicht vorausgesetzt (BSK-SCHWENZER, Art. 28 N 13). Ein Motivirrtum ist gemäss Art. 24 Abs. 2 OR ein Irrtum über den Beweggrund des Vertragsabschlusses. Eine Partei bildet dabei ihren Willen aufgrund einer falschen oder fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt (HUGUENIN, § 5 N 507). Vorliegend hat Nora eine fehlerhafte Vorstellung über den Champagner, den sie trinkt. Aufgrund der Aussage des Kellners, glaubt sie, sie trinke *Pommery Wintertime Blanc*. Nora hat damit eine falsche Vorstellung über den Sachverhalt, denn tatsächlich trinkt sie den billigeren Champagner *Pommery brut*.

1.5

#### v) Kausalität des Irrtums

Der Täuschende muss seinen Vertragspartner zum Abschluss des Vertrages verleitet haben. Mit anderen Worten darf der Getäuschte den richtigen Sachverhalt nicht kennen. Die Kausalität wird regelmässig bejaht, wenn der



Getäuschte die Willenserklärung gar nicht (sog. dolus causam dans) oder nicht in der Weise (sog. dolus incidens) abgegeben hätte (BSK-SCHWENZER, Art. 28 N 14). Es muss sowohl der natürlicher als auch der adäquate Kausalzusammenhang gegeben sein. Natürliche Kausalität liegt vor, wenn das schädigende Verhalten eine notwendige Bedingung darstellt, d.h. nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass das eingetretene Ereignis entfielen (conditio-sine-qua-non-Formel). Ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung das Ereignis an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen (Adäquanzformel) (BGE 4A\_169/2010 E. 3.2). In casu wusste Nora nicht, dass sie nicht jenen Champagner trinkt, den sie bestellt hat. Ohne Marios Täuschungshandlungen hätte sie nicht für den *Pommery brut* den Preis des *Pommery Wintertime Blanc* gezahlt. Seine Täuschungshandlungen war allgemein dazu geeignet Nora zu viel zu berechnen.

1

**Fazit:** Das Verhalten des Kellners Mario erfüllt in casu alle Tatbestandselemente der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR.

0.5

#### vi) Rechtsfolgen

Eine absichtliche Täuschung zieht die einseitige Unverbindlichkeit für den Getäuschten nach sich (Ungültigkeitstheorien siehe oben SVA II). Wenn die Parteien den Vertrag auch in Kenntnis der wahren Sachlage zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätten, führt dies zu einer analogen Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR. Zudem darf das Recht auf Erklärung der Ungültigkeit nicht verwirkt sein (Art. 31 OR) (zum Ganzen BSK-SCHWENZER, Art. 28 N 18). In casu ist für Nora der Vertrag mit dem Kellner Mario als Stellvertreter des Inhabers des Restaurants „Gmüetliberg“ einseitig unverbindlich. Die Ungültigkeitserklärung, als Gestaltungserklärung, muss sie selbst abgeben. Ihre Erklärung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. In jedem Fall muss sie fristgerecht, innerhalb eines Jahres, geschehen.

1

## II. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung Art. 62 OR der Nora gegen den Wirt des Gmüetlibergs

### 1. Bereicherung

Die Bereicherung stellt eine Vermögensdifferenz (Vermögensvorteil) zwischen dem tatsächlichen, gegenwärtigen und dem hypothetischen



Vermögensstand, welcher ohne das bereichernde Ereignis vorliegen würde, dar (sog. Differenzhypothese; HUGUENIN, § 23 N 1776). **1**

Die Bereicherung kann in einer Vergrößerung des Vermögens (lucrum emergens), d. h. in einer Erhöhung der Aktiven, einer Abnahme der Passiven oder in einer Nichtverminderung des Vermögens (damnum cessans) bestehen. In casu hat der Wirt über seinen Mitarbeiter Mario die Zahlung des Champagners erhalten. Der dafür gezahlte Betrag bedeutet einen Vermögenszuwachs beim Wirt. **1**

## 2. Entreicherung (str.)

Bei der Voraussetzung der Entreicherung ist strittig, ob zwischen der Be- und Entreicherung ein Kausalzusammenhang zu bestehen hat. Nach traditioneller Auffassung hat eine Vermögensverschiebung zwischen den Beteiligten zu erfolgen; d. h., dass die Vermögensvermehrung des Bereicherten mit der Vermögensverminderung des Entreicherten kongruent sein muss. **1**

Nach der neueren Auffassung kann auf die Konnexität verzichtet werden. Bei der Leistungskondition stammt die Bereicherung immer aus dem Vermögen des anderen (Art. 62 Abs. 1 OR) (KOLLER, OR AT § 31 N 1). Bei der Eingriffskondition muss die Bereicherung auch dann herausgegeben werden, wenn ihr keine entsprechende Entreicherung aufseiten des Anspruchsberechtigten entgegensteht (SCHWENZER OR AT N 55.09). Nach SCHULIN muss bei der Eingriffskondition aber zumindest ein Sachzusammenhang zwischen der Bereicherung und der Entreicherung vorhanden sein (BSK-SCHULIN, Art. 62 N 9). Vorliegend hat Nora die Zahlung an den Wirt geleistet, weshalb die Frage der Konnexität bei der Eingriffskondition hier ohne Belang ist. **1**

## 3. In „ungerechtfertigter Weise“ (d.h. ohne Rechtfertigungsgrund).

Es gibt drei Gründe, aufgrund deren Zuwendungen vorgenommen werden: **1.5**

- Um eine Verpflichtung zu erfüllen (causa solvendi);
- Um mit der Zuwendung an den anderen eine Zuwendungen von diesem als Äquivalent zu erhalten (wichtigste Fälle sind die Verträge mit Austauschverhältnissen) (causa credendi);
- Um dem Empfänger einen Vorteil zuzuwenden, ohne dafür ein Äquivalent zu erhalten (Hauptanwendungsfall: Schenkung) (causa



<p><u>donandi</u>).</p> <p>Fehlt es an einem der oben genannten Gründe, ist die <u>Zuwendung ohne Rechtsgrund</u> (<i>sine causa</i>) erfolgt und somit ungerechtfertigt (BSK-SCHULIN, Art. 62 N 10). Weiter bestimmt sich die Frage, ob eine Leistung ungerechtfertigt war, nicht nach Billigkeit, sondern es muss an einem objektiv rechtfertigenden Grund fehlen. Nora unterlag bei Abschluss des Vertrages der absichtlichen Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) durch den Kellner Mario. Der Vertrag zwischen ihm und Nora <u>leidet an einem Entstehungsmangel</u> und ist daher nie gültig zustande gekommen. Noras Zuwendung erfolgte somit ohne gültigen Rechtsgrund (<i>sine causa</i>).</p> <p><b>4. Verschuldensunabhängigkeit</b></p> <p>Der Kondiktionsanspruch ist verschuldensunabhängig (BGE 129 III 425).</p> <p><b>Fazit:</b> Vorliegend sind im Verhältnis von Nora zum Wirt alle Tatbestandselemente der ungerechtfertigten Bereicherung (Leistungskondiktion) nach Art. 62 Abs. 1 OR erfüllt.</p> <p><b>5. Leistungskondiktion (rechtsgrundlose Leistung des Entreicherten)</b></p> <p>Die Bereicherung entsteht bei der Leistungskondiktion durch die <u>ungerechtfertigte Leistung des Entreicherten an den Bereicherten</u> (HUGUENIN, § 23 N 1784). Es werden dabei die Leistung ohne gültigen Grund (<u>condictio sine causa</u>), die Leistung aus einem nicht verwirklichtem Grund (<u>condictio ob causam futuram</u> oder <u>condictio causa data causa non secuta</u>) und die Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund (<u>condictio ob causam finitam</u>) unterschieden.</p> <p>In casu handelt es sich um eine Leistung ohne gültigen Grund (<i>sine causa</i>). (Dies ist unabhängig davon, ob man der Ungültigkeits- oder der Anfechtungstheorie folgt, weil nach beiden der Vertrag von Anfang an als ungültig angesehen wird)</p> <p><b>6. Wirkungen</b></p> <p><b>a) Gegenstand des Bereicherungsanspruchs</b></p> <p>Grundsätzlich ist die Bereicherung zurück zu erstatten. Soweit dies <i>in natura</i> nicht mehr möglich ist, wird die Rückerstattung <u>monetär</u> (Geld oder Wertersatz) geleistet. Der Vindikationsanspruch geht dem Bereicherungsanspruch vor (HUGUENIN, § 23 N 1802). In casu muss die</p>	<p>1</p> <p>0.5</p> <p>1</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p>
---	--



Rückerstattung in Geldform erfolgen.

**b) Umfang des Bereicherungsanspruch**

Die Bereicherung bemisst sich anhand der Differenzhypothese (siehe oben). Sie ist grundsätzlich im vollen Umfang zu leisten (HUGUENIN, § 23 N 1803 ff.).

0.5

Kann der Ersatz nicht *in natura* geleistet werden, sondern wird stattdessen der Wertersatz entrichtet, bemisst sich dieser nach dem Verkehrswert (Marktwert). Bei der Rückabwicklung von synallagmatischen Verträgen folgte die frühere herrschende Lehre der Zweikondiktionstheorie. Dabei „ist bei zwei sich gegenüberstehenden Bereicherungsansprüchen jede Forderung für sich alleine zu betrachten“ (HUGUENIN, N 1816). Die heute von der herrschenden Lehre vertretene Saldotheorie versucht dies zu korrigieren. Die Leistungen sind im Gesamtzusammenhang zu betrachten; bereichert ist danach derjenige, der nach Saldierung mehr erhalten hat (HUGUENIN, § 23 N 1817).

2

Im vorliegenden Fall stellt sich bei der Berechnung das Problem, dass Nora den getrunkenen Champagner nicht mehr ersetzen kann; nach der Zweikonditionenlehre wäre sie mithin entreichert; nach der sog. Saldotheorie muss sie dennoch Wertersatz leisten. Dieser Wertersatz ist objektiv zu bestimmen, richtet sich also nach dem Marktwert der Bereicherung. Da sie – wie sich nach der Aufklärung des Irrtums herausstellt – nur einen minderwertigen Champagner für CHF 15 getrunken hat, muss sie auch nur diesen erstatten. Dagegen schuldet der Wirt die von Nora gezahlten CHF 30. Entsprechend ergibt sich, dass nach Saldierung der Forderungen von Nora und dem Wirt des Gmüetlibergs dieser noch um CHF 15 in ungerechtfertigter Weise bereichert ist.

1

**c) Konditionssperre (Art. 63 und 66 OR)**

Art. 63 Abs. 1 OR statuiert, dass derjenige, der eine Nichtschuld freiwillig bezahlt hat, sie nur dann zurückfordern kann, wenn er sich über seine Schuldpflicht in einem Irrtum befand. Abs. 2 der gleichen Bestimmung sieht für Leistungen, die aufgrund einer sittlichen Pflicht oder einer verjährten Schuld erbracht wurden, ebenfalls den Ausschluss der Rückforderung vor. In casu hat Nora die CHF 15,- ohne gültigen Grund (Art. 62 Abs. 2 OR) bezahlt und damit eine Nichtschuld beglichen. Gemäss Art. 63 Abs. 1 OR muss Nora beweisen, dass sie sich über ihre Schuldpflicht im Irrtum befand. Da der Tatbestand der absichtlichen Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) die

1.5



<p>Voraussetzung des Motivirrtum beinhaltet, ist dies vorliegend nicht problematisch und Nora wird der Beweis gelingen.</p>	
<p><b>d) Verjährung</b></p> <p>Die <u>relative Verjährungsfrist</u> nach <u>Art. 67 OR</u> beläuft sich auf ein Jahr ab Kenntnis des Anspruchs. In jedem Fall verjährt er nach 10 Jahren seit seiner Entstehung (<u>absolute Verjährungsfrist</u>). Nora muss ihren Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung innerhalb eines Jahres ab Kenntnis des Anspruches geltend machen. Unabhängig der Kenntnis verjährt der Anspruch in jedem Fall mit dem Ablauf von 10 Jahren.</p>	<p><u>1</u></p>
<p><b>f) Konkurrenzen</b> (BSK-SCHULIN, Art. 62 N 37ff.)</p> <p>In casu steht der Kondiktionsanspruch in keiner Konkurrenz zu einem anderen Anspruch.</p>	<p><u>0.5</u></p>
<p><b>Fazit:</b> Nora kann den Vertrag über die Bewirtung wegen absichtliche Täuschung anfechten und CHF 15 vom Wirt des Gmüetlibergs zurückverlangen.</p>	<p><u>0.5</u></p>
<p><b>[III. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zwischen dem Wirt und Mario aus Art. 62 OR</b></p>	
<p><b>1. Bereicherung</b></p>	
<p>Die Bereicherung stellt eine Vermögensdifferenz (Vermögensvorteil) zwischen dem tatsächlichen, gegenwärtigem und dem hypothetischen Vermögensstand, welcher ohne das bereichernde Ereignis vorliegen würde, dar (s.o.). In casu ist Mario zu Lasten des Wirtes, seinem Arbeitgeber, um CHF 15 bereichert, <u>weil er die Zuvielzahlung der Nora angenommen hat, ohne sie an den Wirt herauszugeben</u>. Da die Zahlung der Nora an Mario selbst eine Leistung zugunsten des Wirtes darstellt, kommt durch das „Einstecken“ des Geldes durch Mario nur eine Eingriffskondiktion in Betracht.</p>	<p><u>1 für Def. und Subs.</u></p>
<p><b>2. Eingriffskondiktion</b></p>	
<p>„Bei der Eingriffskondiktion entsteht die Bereicherungslage durch ein Verhalten des Bereicherten, eines Dritten oder durch einen Zufall“ (HHUGUENIN, § 23 N 1796). Gemäss der <u>Widerrechtlichkeits- bzw. Eingriffstheorie</u> (BGer und kleinerer Teil der Lehre) ist die Bereicherung ungerechtfertigt, wenn die Aktivität oder Passivität des Anspruchsgegners</p>	<p><u>1.5 für Def. und Subs.</u></p>



rechtswidrig war. Es genügt dabei jede Verletzung fremder subjektiver Rechte (BGE 129 III 422 E. 4). Die Zuweisungstheorie (h. L.) besagt, dass zu prüfen ist, ob ein Recht einem Inhaber zur konkreten Nutzung, Ausübung und Verwertung ausschliesslich zugewiesen ist (HUGUENIN, § 23 N 1798). Die Bereicherung ist ungerechtfertigt, wenn ein solches Recht durch die Handlung des Anspruchsgegners verletzt wurde. In casu ist nach beiden Theorien eine Eingriffskondition zu bejahen, denn dem Arbeitnehmer ist es untersagt, Geld zu unterschlagen, das er im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit für den Arbeitgeber erhält. Vielmehr ist der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verpflichtet, dieses Geld herauszugeben; verstösst er gegen diese Pflicht, ist er auch strafrechtlich verantwortlich. Somit ist Marios Verhalten einerseits widerrechtlich, verletzt aber andererseits auch den Zuweisungsgehalt des Rechts des Wirtes.

### 3. Berechnung des Anspruchs

Mario muss grundsätzlich in Natur herausgeben, müsste dem Wirt also die Münzen, die er von Nora erhalten hat, an diesen auskehren. Ist ihm die Leistung in Natur nicht mehr möglich, hat er Wertersatz in Höhe von CHF 15 zu leisten.

**Fazit:** Der Wirt des Gmüetlibergs kann von Mario CHF 15 als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen.]

Ansprüche aus dem OR-BT (und damit aus dem Arbeitsrecht) waren nicht zu prüfen.

0.5

0.5

### Sachverhaltsabschnitt 5: Vergebens auf dem Jungfrau Joch

#### I. PP AG gegen Nora aus Konventionalstrafe, Art. 160 OR

Zunächst ist zu prüfen, ob die AGB durch den Vertragsschluss und somit die darin enthaltene Vertragsstrafe (s. SVA I) gültig übernommen wurden.

Bei der Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die Voll- und die Globalübernahme zu unterscheiden, wobei die Globalübernahme vermutet wird. Bei der Globalübernahme übernimmt die Partei die AGB ohne von deren Inhalt genau Kenntnis genommen zu haben (BGE 4C.282/2003 E.3.1). Bei der Vollübernahme übernimmt die Partei die AGB nachdem sie die Bestimmungen gelesen und zur Kenntnis genommen hat (Koller, § 23 N 23). In casu ist der Sachverhalt illiquide was die Kenntnisnahme durch Nora anbelangt. Es wird daher der Vermutung der Globalübernahme

0.5

1



nachgegangen.

### 1. AGB - Geltungskontrolle

AGB müssen überhaupt Vertragsbestandteil geworden sein, um Wirkungen entfalten zu können. Daher muss der Kunde bei Vertragsschluss auf die AGB hingewiesen werden und muss zudem die Möglichkeit haben, in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen.

Da die Princesse Parfum AG in ihrem Brief in Fettschrift auf ihre AGB hingewiesen hat und diese auch beigelegt hat, sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt. Damit sind die AGB wirksam einbezogen, es sei denn, dass die Bestimmungen so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihnen zu rechnen hatte. In casu erscheint eine Vertragsstrafe für zu spätes Eintreffen bei Terminvereinbarungen mit der PP AG als nicht vollkommen ungewöhnlich für die Bestimmung eines Shootingtermins. Damit sind die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen worden.

### 2. AGB – Auslegungskontrolle

Die AGB können dem Vertragspartner nur dann entgegengesetzt werden, wenn es keine abweichende Individualabrede gibt, die den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgeht. In casu liegt keine derartige Individualabrede vor, so dass nach dem Verständnis der Klausel zu fragen ist.

#### a) Vertragsauslegung, Art. 18 OR

Wenn zwischen den Parteien ein Konsens hinsichtlich des Vertragsschlusses besteht, der Inhalt aber nicht klar ist, so ist der Inhalt des Vertrages mittels Vertragsauslegung zu ermitteln. Der Inhalt von AGB ist grundsätzlich nach den allgemeinen Vertragsauslegungsregeln zu ermitteln (BGE 122 II 118 E. 2a). In casu ist nach der Wortlausauslegung der Dienst von Fotoshootings unter das Wort „Leistung“ i.S.v. Art. 5 AGB zu subsumieren. Zudem bringt die systematische Auslegung innerhalb der Normen der AGB Klarheit, da die Leistungsarten, die bei der PP AG zu erbringen sind, in Art. 3 definiert werden. Noras Dienst fällt somit unter den Begriff der Leistung und Art. 5 AGB erlangt Geltung auf den vorliegenden Fall.

#### b) Unklarheitenregel

Wenn die Auslegung nicht zu einer eindeutigen Lösung gelangt, kommt die

1

1 Def. und Subs.

0.5

0.5

1





Unklarheitenregel zum Zuge (HUGUENIN, N 629). Danach muss der Verfasser einer unklaren Bestimmung für diese einstehen (in dubio contra stipulatorem). In casu hat die Vertragsauslegung ein eindeutiges Ergebnis des Wortes „Leistung“ ergeben. Die Unklarheitenregel kommt somit nicht zum Zuge.

### 3. AGB-Inhaltskontrolle

Gemäss Art. 8 UWG dürfen Geschäftsbedingungen nicht missbräuchlich sein. Vorliegend ist in Art. 5 der AGB keine missbräuchliche Klausel zu erkennen.

0.5

**Zwischenfazit:** Durch die Globalübernahme am 6.1.2014 erlangen die AGB Geltung.

0.5

### 4. Voraussetzungen Konventionalstrafe

Eine Konventionalstrafe (Vertragsstrafe) ist eine Leistung, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld nicht oder nicht richtig erfüllt (BGE 122 III 420, E 2.a). Eine Konventionalstrafe wird vertraglich oder statutarisch begründet.

0.5

Laut Art. 163 Abs. 2 OR kann die Konventionalstrafe geltend gemacht werden, wenn die Bedingung eintritt, welche die Parteien in der Klausel vereinbart haben und die zu zahlende Partei ein Verschulden trifft. Die Konventionalstrafe ist schadensunabhängig (Art. 161 Abs. 1 OR), sollte der Schaden aus der Leistungsstörung jedoch höher sein, kann er durch Art. 97 OR trotzdem noch geltend gemacht werden (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 74). Da Constantin mit seiner Equipe zur PP AG gehören, handelt er für die PP AG.

1

#### a) Bedingung

Die Konventionalstrafe verfällt mit dem Eintritt der Bedingung (Handkommentar-ZIEGLER, OR 161 N 1). Es ist strittig, ob die Konventionalstrafe bei Fälligkeit oder erst bei Verzug geschuldet wird. EHRAT spricht sich für ein Erfordernis des Verzugs bei Leistungspflichten und Fälligkeit bei Unterlassungspflichten aus (BSK-EHRAT, Art. 160 N 15). In casu ist die Bedingung das Nichterscheinen an Terminen mit der PP AG. Diese wurde dispositiv abgemacht. Da das einmalige Geschäft am 13.1.2014 ein Verfalltagsgeschäft i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR darstellt, ist keine Mahnung durch die PP AG notwendig und Nora befindet sich direkt im Verzug. Durch Noras Nichterscheinen zur abgemachten Zeit tritt somit die Bedingung der

2



Konventionalstrafe sogleich ein.

### **b) Verschulden**

Den Schuldner muss gemäss Art. 163 Abs. 2 i.V.m Art 160 Abs. 1 OR bei Unmöglichkeit und nach weiter Wortlautauslegung auch bei Verzug und Schlechterfüllung ein Verschulden nach Art. 97 OR treffen (HUGUENIN, N 1262). Dies drückt den pönalen Charakter der Konventionalstrafe aus (BSK-EHRAT, Art. 160 N 14). In casu handelt Nora zumindest fahrlässig, wenn sie den Vertrag einfach annimmt ohne alles genau verstanden zu haben. Es kann auch von Inkaufnehmen (*dolus eventualis*) gesprochen werden, wenn sie nur ein paar Wörter aufschnappt.

1

### **5. Höhe der Konventionalstrafe**

Die Vertragsstrafe kann in beliebiger Höhe bestimmt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Dies resultiert aus der Vertragsfreiheit (BGE 114 II 264, E.1.a). In casu ist die Höhe der Vertragsstrafe in Art. 5 AGB aufzufinden. Sie lässt sich aufgrund der Leistungsvergütung mit der Prozentangabe von 5 % bestimmen. Noras Salär wäre 5000.- gewesen. Die Konventionalstrafe weist damit eine Höhe von CHF 250.- auf.

1

### **6. Grundsatz der Alternativität, Ausnahme der Kumulation**

Der Gläubiger kann mangels anderer Abrede (Kumulationsvereinbarung) entweder die Konventionalstrafe oder die Erfüllung der Hauptleistung verlangen (Art. 160 Abs. 1). Art. 160 Abs. 2 OR erfasst die Fälle der Konventionalstrafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsorts. In casu geht es um Verzug bei Terminvereinbarungen mit der PP AG. Es liegt nach Art. 160 Abs. 2 OR eine Kumulation von Erfüllung und Vertragsstrafe vor.

1

**Fazit:** Art. 5 AGB enthält eine gültige Konventionalstrafe, welche Nora zur Zahlung von CHF 250.- verpflichtet. Somit kann die PP AG kann gestützt auf Art. 5 AGB i.V.m Art. 163 Abs. 1 OR die Konventionalstrafe in Höhe von CHF 250.- nebst Schadenersatz wegen Nichterfüllung von Nora verlangen.

0.5

## **II. PP AG gegen Nora auf Schadenersatz aus Art. 103 Abs. 1 OR**

### **1. Zustandekommen eines gültigen Vertrages**

Wie dargelegt ist ein gültiger Vertrag zwischen Nora und der PP AG zustande

0.5



gekommen.

## 2. Voraussetzungen des Anspruchs auf Verspätungsschaden

### a) Schaden

Der Verspätungsschaden erfasst sowohl den Mehraufwand, der der PP AG durch die erneute Vorbereitung eines Fotoshootings entsteht als auch den entgangenen Gewinn, welchen die PP AG durch den Verlust zahlreicher Kunden vor dem Valentinstag erfahren hat. Die PP AG ist so zu stellen, wie wenn rechtzeitig erfüllt worden wäre; ihr ist somit das positive Vertragsinteresse zu ersetzen.

0.5

### b) Inzidente Prüfung des Verzugs, Art. 102 OR

Dieser Schaden muss auf dem Verzug der Nora beruhen. Verzug bedeutet Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit, Fälligkeit der Forderung, Mahnung oder bestimmter Verfalltag und kein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners ( Art. 102 Abs. 1 OR). In casu war die Leistung, das heisst der Erscheinen der Nora am Jungfrauoch am 13.1.2014 fällig. Es wäre Nora auch möglich gewesen, an diesem Termin auf dem Jungfrauoch zu erscheinen. Allerdings fehlt es an einer Mahnung, das heisst einer unzweifelhaften und ernsthaften Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner nunmehr die Leistung zu erbringen.

1

Die Mahnung ist freilich gem. Art. 102 Abs. 2 OR entbehrlich, wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag vereinbart worden ist. In diesen Fällen kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Verfallstages in Verzug. In casu war im Vertrag zwischen der PP AG und der Nora der 13.1.2014 für das Fotoshooting angesetzt; die Leistung sollte also an diesem Tag erbracht werden, was als Verfallstagsabrede zu verstehen ist. Indem Nora an diesem Tag nicht erscheint, kommt sie daher auch ohne Mahnung gem. Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug.

1

### c) Kausalität des Verzugs für den Schaden

Nach Art. 103 Abs. 1 OR kann der Gläubiger nur den Schaden vom Schuldner ersetzt verlangen, der durch den Verzug verursacht wurde. Nach der natürlichen Kausalität darf der Verzug daher nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Gestalt entfiel. Wenn als Schaden der doppelte Aufwand, das heisst die erneute Ausführung eines Fotoshootings sowie der Verlust von Kunden zum Valentinstag geltend

1



gemacht wird, so ist in der Tat zu sagen, dass der Mehraufwand wie der Ausfall nicht entstanden wären, wenn sich Nora zum Fotoshooting am Jungfrauoch am 13.1.2014 eingefunden hätte. Die natürliche Kausalität ist damit zu bejahen.

Die natürliche Kausalität genügt im Zivilrecht jedoch nicht; vielmehr muss der Schaden auch adäquat kausal durch den Verzug verursacht sein. Adäquat kausal ist ein Verhalten für einen Erfolg dann, wenn das Verhalten den Erfolg nach allgemeiner Lebenserfahrung verursacht hat, also vorhersehbar war und die Zurechnung an den Schuldner nicht unbillig erscheint. 1

In der Tat ist es als vorhersehbar zu betrachten, dass das Verpassen eines Fotoshooting nicht nur zu Mehraufwand beim Vertragspartner, sondern auch durch die dadurch entstehenden Verzögerungen in der Werbekampagne auch zu Entgehen von Gewinn führt. Daher ist der Verzug auch als adäquat kausal für den Verspätungsschaden der PP AG anzusehen. 1

#### d) Verschulden

Das Verschulden des im Verzug befindlichen Schuldners wird gem. Art. 103 Abs. 1 OR vermutet; gem. Art. 103 Abs. 2 OR kann sich der Schuldner jedoch von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist. Dieser Nachweis kann Nora nicht gelingen, da sie das Vertragsdokument unsorgfältig gelesen hat und das Versäumen des Termins auf ihrer Nachlässigkeit beruht (s.o.). 0.5

**Fazit:** Die Voraussetzungen des Art. 103 Abs. 1 OR sind erfüllt. Die PP AG kann von Nora Ersatz des Verspätungsschadens verlangen. Dieser Anspruch ist durch die Konventionalstrafe nicht aufgebraucht, sondern kann mit ihr kumuliert werden, vgl. Art. 160 Abs. 2 OR. 0.5

#### III. PP AG gegen Nora aus Art. 107 Abs. 2 OR

Diese Sondervorschriften für den Verzug im zweiseitigen Vertrag (Art. 107f. OR), setzen zunächst den Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR) mit einer der synallagmatischen Pflichten voraus. Die zweite Voraussetzung von Art. 107 Abs. 1 OR, die Ansetzung einer angemessenen Nachfrist, ist in casu nicht gegeben. Die PP AG hat der sich in Verzug befindenden Nora keine angemessene Nachfrist gesetzt und kann damit ihr Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR nicht ausüben. 1

**Fazit:** Die PP AG kann keine Gläubigerwahlrechte aus Art. 107 Abs. 2 OR



ausüben, da sie Nora keine Nachfrist gesetzt hat.	<b><u>0.5</u></b>
	<b><u>105.5+4ZP</u></b>

**Mögliche Punkteverteilung:**

<b>6</b>	<b>5,5</b>	<b>5</b>	<b>4,5</b>	<b>4</b>	<b>3,5</b>	<b>3</b>	<b>2,5</b>	<b>2</b>	<b>1</b>
90.5-105.5	80.5-90	70.5-80	60.5-70	50.5-60	40.5-50	30.5-40	20.5-30	10.5-20	0-10