



Lösungsskizze Fall 2: „Wirren um einen Wohnungsbau“

Sachverhaltsabschnitt 1	Punkteanzahl
<p>I. G gegen B auf Zahlung des an Q mehr gezahlten Werklohns in Höhe von 1,8 Mio. CHF aus Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR</p> <p>G könnte von B Zahlung des von G an Q gezahlten Werklohns in Höhe von 1,8 Mio. CHF nach <u>Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR</u> verlangen. Dazu muss B dem G zur Werkleistung verpflichtet gewesen sein und G wirksam vom Vertrag zurückgetreten sein.</p> <p>1. Zustandekommen eines gültigen Vertrages</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.</p> <p>Der <u>Subunternehmervertrag</u> zwischen B und G, als Werkvertrag ausgestaltet (GAUCH, Der Werkvertrag, N 144), ist am 1.1.2008 wirksam zustande gekommen, da sich die Parteien über <u>die essentialia negotii des Werkvertrages im Sinne des Art. 363 OR</u>, d.h. die Werkleistung (Ausschachtung und Hochbau) und den Werklohn (1,2 Mio. CHF) geeinigt haben.</p> <p>2. Subjektive Unmöglichkeit</p> <p>Gemäss <u>Art. 119 Abs. 1 OR</u> erlischt die Leistungspflicht des Schuldners, wenn sie durch Umstände, die er nicht zu verantworten hat, unmöglich geworden ist. Es stellt sich mithin die Frage, ob der Herzinfarkt des Geschäftsführers C und das daraus resultierende Zusammenbrechen der Arbeitsorganisation bei B einen Umstand im Sinne des Art. 119 Abs. 1 OR darstellt. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Werkleistung ist (abweichend von Art. 68 OR) gemäss Art. 364 Abs. 2 OR eine <u>höchstpersönliche Pflicht</u>; sie muss daher grundsätzlich vom Unternehmer selbst und auch mit eigenen Leuten erfüllt werden. Erleidet der Geschäftsführer einen Herzinfarkt und ist daher nicht zur Organisation und Leitung der Arbeiten imstande, liegt damit eine Situation vor, in der dem Unternehmer die Leistung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Die vorübergehende Verhinderung des C führt nämlich im Verhältnis B – G dazu, dass B ausserstande ist, seine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen. Es liegt mithin <u>subjektive Unmöglichkeit</u> vor.</p>	<p>0.5</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>2</p>



<p>In der Lehre sind die <u>Rechtsfolgen</u> der subjektiven Unmöglichkeit <u>umstritten</u>. Während die <u>ältere Lehre Art. 97 Abs. 1 OR</u> (bei Verschulden) bzw. Art. 119 OR (bei fehlendem Verschulden des Schuldners) angewendet, geht die <u>neuere Lehre</u> von einem Anwendungsfall des <u>Schuldnerverzugs gemäss Art. 102 ff. OR</u> aus. Dieser Meinungsstreit ist i.c. indessen <u>irrelevant</u>, da man bei Vorliegen einer nur <i>vorübergehenden</i> subjektiven Unmöglichkeit auch bei Befolgung der älteren Lehre auf die Normen des Schuldnerverzugs zurückgreift (HUGUENIN, § 8 N 821; vgl. zum Ganzen: Beinbruch eines Heizungsinstallateur, BK-OR <u>WEBER, Art. 97 N 131 m.w.H.</u>). Es kommen somit die Regeln des Schuldnerverzugs nach Art. 102 ff. OR zum Zug.</p>	<p>2P für Aufzeigen der Lehrmeinungen und Subsumtion</p>
<p>3. Schuldnerverzug, Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 102ff. OR</p> <p>Fraglich ist, ob B gem. Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR wirksam vom Vertrag <u>zurückgetreten</u> ist, dafür muss sich B zunächst bezüglich seiner Leistung im <u>Verzug</u> befinden. Folgende Voraussetzungen müssen hierzu erfüllt sein:</p>	<p>0.5</p>
<p>a) Grundsätzlich: Fälligkeit der Forderung</p> <p>Grundsätzlich setzt der Eintritt des Schuldnerverzugs voraus, dass <u>die Forderung fällig ist</u>, d.h. dass der Gläubiger <u>die Erfüllung der Forderung verlangen darf</u> (HUGUENIN, N 917). Art. 366 Abs. 1 OR erweitert jedoch die in Art. 102 ff. OR vorgesehenen Rücktrittsmöglichkeiten des Bestellers auf die Zeit <u>vor der Fertigstellung</u> des Werkes, erlaubt also nicht erst bei Fälligkeit der Leistung, sondern schon dann einen Rücktritt, wenn absehbar ist, dass die Vollendung nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann. Da G und B vereinbart haben, dass die Arbeiten am <u>31.12.2008 abgeschlossen</u> sein sollten, der Betrieb von B aber durch den Herzinfarkt des Geschäftsführers C ab dem 1.3.2008 für 24 Monate zusammengebrochen ist, ist absehbar, dass die von B vorzunehmenden Ausschachtungs- und Hochbauarbeiten <u>nicht rechtzeitig zum Termin fertiggestellt</u> werden können.</p>	<p>2P für Nennung der Vss. und Subsumtion</p>
<p>b) Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit</p> <p>Art. 366 Abs. 1 OR setzt freilich wie jeder Verzug i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR voraus, dass die Leistung dem Schuldner <u>überhaupt noch möglich</u> ist¹. Wie oben festgestellt, ist die Leistungspflicht des B höchstpersönlich und deshalb</p>	<p>1.5</p>

¹ Art. 102 Abs. 1 OR knüpft diese Frage an den Zeitpunkt der Fälligkeit; entsprechend muss für den vorzeitigen Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR die Leistungsmöglichkeit für den Zeitpunkt untersucht werden, an dem der Besteller die zeitgerechte Fertigstellung des Werkes absehen kann.



aufgrund des Herzinfarktes des C vorübergehend unmöglich. Ist allerdings die höchstpersönliche Pflicht allein im Interesse des Gläubigers, kann er auf die Höchstpersönlichkeit verzichten und die persönliche in eine vertretbare Pflicht im Sinne einer Ersatzvornahme umwandeln (vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2511). Indem G erklärt hat, die Arbeiten an einen Dritten zu geben, hat er diese Wahl getroffen, so dass nicht von Unmöglichkeit auszugehen ist. Die Voraussetzung der Nichtleistung von B trotz Leistungsmöglichkeit ist somit erfüllt.

c) Kein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 83 OR

Mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) und der Einrede der Zahlungsunfähigkeit (Art. 83 OR) kann der Schuldner den Erfüllungsanspruch des Gläubigers vorläufig abwehren (HUGUENIN, § 8 N 928 ff.). I.c. ist kein Leistungsverweigerungsrecht ersichtlich.

1

d) Mahnung oder bestimmter Verfalltag

Zusätzlich ist eine Mahnung oder ein Verfalltagsgeschäft notwendig (HUGUENIN, § 8 N 919). I.c. ist keine Mahnung erfolgt. Ein Verfalltagsgeschäft liegt vor, wenn sich anhand des Vertrages genau bestimmen lässt, an oder bis zu welchem Tag die Leistung zu erbringen ist (HUGUENIN, § 8 N 925). I.c. haben G und B vereinbart, dass die Arbeiten bis zum 31.10.08 fertigzustellen sind. Es liegt somit ein Verfalltagsgeschäft vor und die Mahnung ist mithin nach Art. 102 Abs. 2 OR *nicht* erforderlich.

1.5

e) Sondervoraussetzung des Art. 366 Abs. 1 OR: Kein Verschulden des Bestellers

Ein Verschulden des Bestellers an der absehbaren Nichterfüllung des Unternehmers ist nicht ersichtlich. Damit lagen die Voraussetzungen eines vorzeitigen Rücktritts durch G gegenüber B nach Art. 366 Abs. 1 OR vor. Zu prüfen bleibt aber, ob der G dieses Rücktrittsrecht wirksam ausgeübt hat, ob also den durch Art. 366 Abs. 1 OR avisierten Voraussetzungen der Art. 102ff. OR genüge getan ist (a.A BSK - ZINDEL/PULVER Art. 366, N 25, die von einer präsumierten Rücktrittsvariante ausgehen).

1

4. Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR

Voraussetzung einer wirksamen Ausübung der Wahlrechte aus Art. 107 Abs. 2 OR ist zunächst die Setzung einer angemessenen Frist zur nachträglichen Erfüllung (Art. 107 Abs. 1 OR). Da G mit Schreiben vom 1.7.2008 nur erklärt

1.5



hat, „den Vertrag fristlos zu kündigen und sich einen anderen Unternehmer zu suchen“ ist eine Nachfristsetzung erkennbar nicht erfolgt. Die Fristsetzung ist freilich nach Art. 108 OR entbehrlich, wenn sie unnütz ist (Ziff.1), wenn die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist (Ziff. 2) oder wenn ein relatives Fixgeschäft vorliegt (Ziff. 3)

Eine Fristsetzung gilt als unnütz, wenn sich aus dem bisherigen Verhalten des Schuldners die Prognose ergibt, dass der Schuldner nicht mehr leisten wird (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2742). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schuldner die Leistung rundweg verweigert oder wenn der Rückstand schon so gross ist, dass auch mit einer angemessenen Frist nicht mit einer Leistung zu rechnen ist (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2743 f.). Da auch im hier untersuchten Fall keine Veränderung bei B zu erwarten ist und insbesondere keine rasche Genesung des C, könnte man auch das Unvermögen des Schuldners dieser Fallgruppe zurechnen. Denn aus Sicht des Gläubigers stellt es kein Unterschied dar, ob der Schuldner erklärterweise nicht leisten will oder ob er aufgrund fehlender Vorsorge seinerseits nicht in der Lage ist innerhalb der vereinbarten Zeit zu leisten².

1.5

[Art. 108 Ziff. 3 OR greift, wenn die Parteien ein Fixgeschäft vereinbart haben, also einen genauen Zeitpunkt für die Leistung bestimmt haben. Voraussetzung für ein Fixgeschäft sind eine Parteiabrede und eine genaue Zeitbestimmung. Zwar haben G und B sich hier auf einen Herstellungstermin geeinigt, indem sie bestimmten, dass die Arbeiten zum 31.10.2008 abschlossen sein sollen. Die Vereinbarung sieht aber keineswegs vor, dass eine Leistung nach dem Termin ausgeschlossen sein soll. Von daher ist Art. 108 Ziff. 3 OR nicht als erfüllt anzusehen.]

12P

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, ist die Fristsetzung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 OR aufgrund des Unvermögens der B hier gem. Art. 108 Ziff. 1 OR entbehrlich und die Wahlrechte können direkt nach dem Fall in den Verzug ausgeübt werden.

0.5

5. Zweites Wahlrecht, Art. 107 Abs. 2 OR

Daher genügt die im Schreiben vom 1.7.2008 enthaltene Rücktrittserklärung

² Art. 108 Ziff. 2 OR stellt auf die Nutzlosigkeit der verspäteten Leistung ab; dies bedeutet, dass dem Gläubiger nicht zuzumuten ist, die Spätleistung anzunehmen und dafür ihre Gegenleistung zu erbringen. In der Literatur wird dafür gefordert, dass die Unzumutbarkeit dem Schuldner tatsächlich oder vertrauensbedingt erkennbar war (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2745). Man wird nicht generell sagen können, dass die Erbringung der Bauleistung durch B nach der Krankheit des C für G vollkommen unnütz sei; von daher ist Art. 108 Ziff. 2 OR nicht als erfüllt anzusehen.



<p>des G den Voraussetzungen des Rücktritts nach Art. 107 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 366 Abs. 1 OR.</p>	0.5
<p>G kann mithin direkt vom Vertrag <u>zurücktreten</u>, ohne auf die nachträgliche bzw. die rückständige Leistung zu warten (Art. 107 Abs. 2 OR).</p>	0.5
<p>Gem. Art. 107 Abs. 2 OR, der als Rechtsfolge auch nach Art. 366 Abs. 1 OR Anwendung findet, hat der Gläubiger zu wählen, <u>ob er Ersatz des Nichterfüllungsschadens verlangt oder vom Vertrag zurücktritt</u>. Da G nicht die Worte des Gesetzes verwendet hat, sondern erklärt hat, „den Vertrag fristlos zu kündigen und einen anderen Unternehmer zu suchen“, ist sein Schreiben <u>auszulegen</u> (Art. 18 OR). Während die fristlose Kündigung dafür spricht, dass er vom Vertrag zurücktreten möchte, weist die Ersatzvornahme durch einen anderen Unternehmer auf die <u>Wahl von Schadenersatz</u> hin. Da indes davon auszugehen ist, dass G seinerseits nicht mehr zahlen will, also seine Leistungspflicht nicht mehr erbringen will und auch nicht erbracht hat, liegt die Annahme eines Rücktritts näher. Dies bedeutet, dass der <u>Vertrag zwischen G und B in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt</u> wird.</p>	1.5
<p>Dieses Abwicklungsverhältnis hat zunächst zur Folge, dass die gegenseitigen Leistungspflichten, d.h. die Verpflichtung von B, die Ausschachtungs- und Hochbauarbeiten vorzunehmen und die Verpflichtung von G, den Werklohn in Höhe von 1,2 Mio. CHF zu zahlen, <u>erlöschen</u> (Art. 109 Abs. 1 OR). Weiter hat jede Partei Anspruch auf <u>Rückgewähr des bereits Geleisteten</u> (Art. 109 Abs. 1 OR). Soweit B also schon Bauleistungen erbracht hat, hat G diese zu vergüten; soweit G eine Anzahlung geleistet hat, hat B diese zu erstatten. Dagegen besteht nach dem wirksamen Rücktritt durch G keine Grundlage für einen Ersatzanspruch des G gegen B für den an Q gezahlten Werklohn.</p>	1.5
<p>Ergebnis: Da G den Rücktritt gewählt hat, steht ihm kein Anspruch auf den Erfüllungsschaden gegen B nach Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR zu.</p>	0.5
<p>II. G gegen B auf 600.000 CHF als Differenz zwischen dem mit B vereinbarten Werklohn und dem an Q gezahlten Werklohn aus Art. 109 Abs. 2 OR</p>	
<p>Es bleibt aber zu erwägen, ob G von B die <u>Differenz</u> zwischen dem mit B vereinbarten Werklohn in Höhe von 1,2 Mio. CHF und dem an Q gezahlten Werklohn in Höhe von 1,8 Mio. CHF, also 600.000 CHF, verlangen kann. Als Grundlage ist aufgrund des <u>wirksamen Rücktritts</u> des G gegenüber B nur an Art. 109 Abs. 2 OR zu denken. <u>Art. 109 Abs. 2 OR</u> gewährt einen Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern</p>	1



der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

1. Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 109 Abs. 2 OR

Die Voraussetzungen des Anspruchs nach Art. 109 Abs. 2 OR liegen insoweit **0.5** vor, da – wie oben geprüft – B in den vorzeitigen Verzug nach Art. 366 Abs. 1 OR geraten ist.

2. Rechtsfolge: Ersatz des negativen Interesses

Fraglich ist aber, ob die Differenz zwischen den beiden Verträgen in Höhe von 600.000 CHF nach Art. 109 Abs. 2 OR ersatzfähig ist. Grundsätzlich ist Art. 109 Abs. 2 OR auf das sog. negative Interesse beschränkt, das heisst auf den Schaden, den der Gläubiger „aus dem Dahinfallen des Vertrages“ erleidet. Der Gläubiger ist mithin so zu stellen, als wenn der Vertrag nie zustande gekommen wäre (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2899). Anzustreben ist der Vermögensstand des Geschädigten, der bestünde, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Hierzu gehören zunächst Auslagen und Aufwendungen, die im Vertrauen auf den Vertragsschluss getätigt wurden, und ausnahmsweise auch ein entgangener Gewinn, wenn der Gläubiger im Vertrauen auf das abgeschlossene Geschäft auf ein anderes verzichtet hat. Nicht dem negativen Interesse zuzuordnen sind dagegen die Schadenposten, die dadurch entstehen, dass der Vertrag nicht korrekt erfüllt wurde, die also das Vertrauen in die Erfüllung schützen und daher dem positiven Interesse zuzuordnen sind. **1**

Das Ersatzgeschäft mit Q fällt vorliegend nicht unter das negative Interesse, da G nicht auf einen Vertragsschluss mit Q verzichtet hat, um mit B ein Geschäft einzugehen. Vielmehr hat G wegen des Scheiterns des Vertrages mit B den Q aufgeboten, so dass der dadurch entstandene Schaden ein Erfüllungsinteresse darstellt, das nicht nach Art. 109 Abs. 2 OR ersetzbar ist. **0.5**

Ergebnis: G kann die Mehrkosten in Höhe von 600.000 CHF, die die Beauftragung des Q verursacht hat, nicht nach Art. 109 Abs. 2 OR von B verlangen. **0.5**



III. G gegen B auf Schadenersatz in Höhe von 600.000 CHF gem. Art. 97 Abs. 1 OR.³

G könnte gegen B auf Schadenersatz in Höhe von 600.000 CHF nach Art. 97 Abs. 1 OR vorgehen, wenn das Unvermögen des B als Unmöglichkeit im Sinne dieser Vorschrift zu qualifizieren wäre.

0.5

Art. 97 Abs. 1 OR setzt voraus, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann und dem Gläubiger daraus ein Schaden entstanden ist; das Verschulden des Schuldners wird vermutet.

1. Schaden

Der Schaden wird definiert als eine unfreiwillige Vermögenseinbusse (Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder entgangener Gewinn) und besteht gemäss Differenztheorie 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.).

0.5

Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR ist das positive Vertragsinteresse zu ersetzen (HUGUENIN, § 8 N 873). Der Gläubiger ist mithin so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Hätte B seine Verpflichtung erfüllt, hätte der Gläubiger die Ausschachtungs- und Hochbauarbeiten zum vereinbarten Preis von 1,2 Mio. CHF erhalten und nicht zum höheren Preis von 1,8 Mio. CHF. Das positive Interesse ergibt sich mithin aus der Differenz zwischen dem ursprünglichen, von B verlangten und dem tatsächlich an Q gezahlten Preis und beträgt 600.000 CHF. Der Schaden der G fällt somit in den Schutzzweck des Art. 97 Abs. 1 OR.

1

2. Vertragsverletzung

Eine Vertragsverletzung kann u.a. in der Nichterfüllung wegen Leistungsunmöglichkeit bestehen. Unmöglichkeit ist gegeben, wenn die geschuldete Leistung dauerhaft nicht oder nicht mehr erbracht werden kann (HUGUENIN, § 8 N 814). Es wird unterschieden zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit, wobei erstere vorliegt, wenn die Leistung von niemandem mehr erbracht werden kann, und letztere, wenn nur die betreffende Schuldner die Leistung nicht mehr erbringen kann (HUGUENIN, § 8

1

³ Man könnte hiermit auch beginnen und den Verzug erst anschliessend prüfen. M.E. ist hier aber kein Raum für die Anwendung des Unmöglichkeitrechts.



<p>N 816 ff.). Grundsätzlich betrifft Art. 97 Abs. 1 OR die <u>objektive Unmöglichkeit</u>. Da die Vornahme der Bauleistungen nur dem B, nicht aber den übrigen Bauunternehmern unmöglich ist, liegt freilich keine objektive, sondern eine subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen) vor (s.o).⁴</p>	<p>0.5</p>
<p>Es ist umstritten, <u>ob das subjektive Unvermögen</u> nach den Regeln für den Schuldnerverzug (wie hier geschehen) oder nach den Regeln für die Unmöglichkeit zu behandeln ist.</p>	<p>0.5</p>
<p>Während sich die Mehrheit der Lehre und auch die Rechtsprechung (BGE 135 III 212, 218) für die Anwendung des Art. 97 Abs. 1 OR aussprechen, will eine Mindermeinung (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, § 24 N 2575) nur die Verzugsregeln anwenden. Von dieser <u>dogmatischen</u> Frage ist zunächst zu unterscheiden, welche Vorschriften in der <u>Praxis</u> Anwendung finden; da – wie auch im hier zu entscheidenden Fall – der Gläubiger oftmals nicht weiss, aus welchem Grund der Schuldner nicht leistet, ist es ihm in der Regel zu empfehlen nach den Regeln über den Schuldnerverzug vorzugehen, also eine Frist zu setzen und sodann das Wahlrecht auszuüben (SCHWENZER, 61.11).</p>	<p>12P</p>
<p>3. Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden</p>	
<p>Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn der entstandene Schaden auf die schädigende Handlung zurückgeführt werden kann (<u>conditio sine qua non</u>). Der adäquate Kausalzusammenhang hingegen ist gegeben, wenn die schädigende Handlung <u>nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen</u>.</p>	<p>1</p>
<p>Der <u>Kausalzusammenhang</u> zwischen dem bei G entstandenen Schaden und der Nichterfüllung zu bejahen: Dies gilt zunächst mit Blick auf die <i>sine-conditio-qua-non</i>-Formel: Hätte die B ihren Vertrag ordnungsgemäss erfüllt, wäre G</p>	<p>0.5</p>

⁴ Man könnte wegen der persönlichen Leistungspflicht des Werkunternehmers (Art. 364 Abs. 2 OR) zunächst erwägen, überhaupt von einer objektiven Unmöglichkeit auszugehen, wie sie etwa bei der Verhinderung eines berühmten Malers oder einer Sängerin angenommen wird, die krankheitsbedingt ausfallen. Indes würde diese Annahme dazu führen, dass im Werkvertragsrecht generell nur die Unmöglichkeitsregeln zur Anwendung kämen, wenn der Werkunternehmer nicht rechtzeitig erfüllen kann; dass dies nicht gewollt ist, zeigt schon die Regelung des Art. 366 Abs. 1 OR. Daher bedeutet das Unvermögen beim Werkvertrag nicht per se den Eintritt der Unmöglichkeit. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob die Leistung generell höchstpersönlich ist oder ob sie – aufgrund des Willens des Bestellers – in eine vertretbare umgewandelt werden kann (s.o.). Nur im ersten Fall sollte das Unmöglichkeitsrecht Anwendung finden; im zweiten dagegen – wie hier befürwortet – das Recht des Schuldnerverzugs.



nicht gezwungen gewesen, kurzfristig einen anderen Werkunternehmer zu suchen und diesen für einen höheren Preis anzustellen. Dieser Kausalzusammenhang entspricht auch der Adäquanz: Weder liegt es ausserhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass der Besteller einen anderen Unternehmer beauftragt, noch ist es nach allgemeiner Lebenserfahrung ungewöhnlich, dass eine kurzfristigere Beauftragung eines Werkunternehmers höhere Kosten verursacht, als eine langfristige Planung.

4. Verschulden (keine Exkulpation)

Das Verschulden wird bei Art. 97 OR grundsätzlich vermutet. Hinsichtlich dieser Exkulpation ist zunächst zu untersuchen, wie ein etwaiges Verschulden des Geschäftsführers C der B zuzurechnen ist. Ein Geschäftsführer, das heisst ein Organ einer juristischen Person oder Personenmehrheit, ist keine Hilfsperson im Sinne des Art. 101 Abs. 1 OR. Er verpflichtet die juristische Person vielmehr direkt durch sein Handeln, Art. 55 Abs. 2 ZGB⁵. Entsprechend ist umgekehrt zu fragen, ob C den Nachweis erbringen kann, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist (Art. 97 Abs. 2 OR).

Der Herzinfarkt selbst des C stellt einen Zufall dar, gegen den C machtlos ist; daran ändert auch nichts, dass sich die Krankheit ankündigt bzw. durch einen entsprechenden Lebenswandel evtl. verzögern oder verhindern lässt. Insoweit trifft den C als Organ der B mithin kein Verschulden. Versetzt man sich aber in die Lage eines Geschäftsführers eines Bauunternehmens, das sich für einen grösseren Auftrag verpflichtet hat, muss man sich weiter fragen, ob nicht die fehlende Organisation, insbesondere das Fehlen einer Vertretungsregelung, einen Sorgfaltspflichtverstoss des C begründet, das der B zugerechnet werden kann.

Zu diesem Zweck ist auf einen vernünftigen Geschäftsführer in der Situation des C abzustellen; es gilt das Mass der Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Werkunternehmer in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfts anzuwenden pflegt. Aus dieser Sicht ist zu sagen, dass ein gewissenhafter Unternehmer einen etwaigen Krankheitsfall eingeplant und durch entsprechende Vertretungslösungen geregelt hätte; jedenfalls für eine längerfristige Krankheit des Geschäftsführers wie sie hier vorlag, hätte eine

1

0.5

0.5

0.5

⁵ Art. 55 ZGB

1 Die Organe sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben.

2 Sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten.

3 Für ihr Verschulden sind die handelnden Personen ausserdem persönlich verantwortlich.



<p>Lösung vorgesehen sein müssen, um den Zusammenbruch des Unternehmens zu verhindern.</p>	
<p>Dass C diese Organisation unterlassen hat, bedeutet mithin einen <u>Sorgfaltspflichtverstoß</u>, der auch der B zuzurechnen ist. Eine Exkulpation im Sinne des Art. 97 Abs. 2 OR kommt daher nicht in Betracht.</p>	0.5
<p>5. Art. 97 Abs. 1 OR vs. Art. 107 Abs. 2 OR</p>	
<p>Fraglich ist aber, ob der Gläubiger anschliessend – etwa in einem Prozess – auf die Vorschrift des Art. 97 Abs. 1 OR ausweichen kann, wenn er im Rahmen des Art. 107 Abs. 2 OR den Rücktritt gewählt hat und dieser sich – wie in diesem Fall – <u>als nachteilig erweist</u>, weil er den Ersatz des positiven Interesses ausschliesst.</p>	0.5ZP
<p>Die Wahl gemäss <u>Art. 107 Abs. 2 OR</u> ist <u>grundsätzlich definitiv</u> und kann nicht wieder in Frage gestellt werden (BGE 123 III 16, 22). Allerdings kann ein Recht nicht verloren gehen, wenn seine Voraussetzungen ohnehin nicht vorlagen. Die Lösung des Problems liegt also in der Entscheidung, ob das Unvermögen als Unmöglichkeit zu behandeln ist oder als Schuldnerverzug.</p>	0.5
<p>Nach der <u>neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts</u> ist nur dann von Unmöglichkeit auszugehen, wenn das Leistungshindernis für den Schuldner geradezu unüberwindbar ist (BGE 135 III 212, 218). Solange also eine Chance besteht, dass der Schuldner zu einer Leistung imstande ist, soll das Geschehen als Schuldnerverzug und nicht als Unvermögen angesehen werden. Diese Überlegung liegt auch der <u>Mindermeinung</u> (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, § 24 N 2575 ff.) zugrunde, die dem Gläubiger grundsätzlich die Möglichkeiten des Schuldnerverzugs offenhalten will, insbesondere die <u>Ersatzvornahme</u> (Art. 98 OR) und auch <u>den Vertragsrücktritt</u>. Genau diese Möglichkeiten hat auch G hier genutzt; dass er im Ergebnis für eine nicht günstige Option votiert hat und mithin keinen Ersatz für den an Q gezahlten Mehrbetrag erhält, sollte nicht durch eine Überspielung der Regeln über den Schuldnerverzug mittels der Unmöglichkeitsregeln erkaufte werden.</p>	1.5
<p>Ergebnis: G kann nicht nach Art. 97 Abs. 1 OR von B Zahlung von 600.000 CHF verlangen.</p>	0.5
<p>Gesamtergebnis: G stehen gegen B keine Rechte aus dem gescheiterten Werkvertrag zu.</p>	



Sachverhaltsabschnitt 2	
<p>I. E gegen A auf Zahlung von 500.000 CHF aus Art. 55 Abs. 1 OR (Geschäftsherrenhaftung)</p> <p>E könnte gegen A auf Zahlung der 500.000 CHF Schaden gem. Art. 55 Abs. 1 OR vorgehen.</p> <p>1. Schaden</p> <p>Zur Schadensdefinition siehe oben (Sachverhaltsabschnitt 1).</p> <p>Indem E eine Wohnung zum Preis von 1,5 Mio. CHF erworben hat, welche in Wahrheit nur einen Wert von 1 Mio. CHF aufweist und welche sie auch nur zu diesem Preis an P weiterverkaufen kann, haben sich ihre Aktiven um 0,5 Mio. CHF vermindert. E hat somit einen Schaden erlitten.</p> <p>2. Handeln einer Hilfsperson in Ausübung dienstlicher Verrichtungen</p> <p>a) Subordinationsverhältnis</p> <p>Eine Haftung nach Art. 55 Abs. 1 OR setzt voraus, dass zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson ein <u>Subordinationsverhältnis</u> besteht, d.h. dass die Hilfsperson an die Weisungen des Geschäftsherrn gebunden ist und seiner Aufsicht unterstellt ist (HUGUENIN, § 24 N 2030).</p> <p>Zwischen dem Architekten A und seiner Sekretärin besteht ein tatsächliches Unterordnungsverhältnis, da diese als Arbeitnehmerin seinen Weisungen unterworfen ist.</p> <p>b) Geschäftliche Verrichtung</p> <p>Die Hilfsperson muss den Schaden <u>in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen</u> verursacht haben, d.h. es ist ein funktioneller Zusammenhang der Handlung der Hilfsperson mit der Geschäftstätigkeit des Geschäftsherrn erforderlich (HUGUENIN, § 24 N 2033). Eine schädigende Handlung der Hilfsperson „bei Gelegenheit“ der Geschäftsverrichtung ist nicht ausreichend.</p> <p>In casu ist der Sekretärin der Fehler, welcher zum Schaden geführt hat, bei der Erstellung des Gutachtens und damit in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen unterlaufen.</p> <p>3. Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln der Hilfsperson und dem</p>	<p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p>



<p>Schaden</p> <p>Zwischen der schädigenden Handlung der Hilfsperson und dem Schaden muss ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (zur Definition siehe oben, Sachverhaltsabschnitt 1).</p>	<p>0.5</p>
<p>In casu ist der Kausalzusammenhang zwischen dem bei E entstandenen Schaden und der fälschlicherweise fehlenden Berücksichtigung der Geruchsmissionen im Gutachten zu bejahen. Wäre der Sekretärin der betreffende Fehler nicht unterlaufen, so hätte E die Wohnung wohl kaum zum Preis von 1,5 Mio. CHF erworben (<i>conditio sine qua non</i>). Dieser Kausalzusammenhang ist auch adäquat: Ein fehlerhaftes Gutachten über ein Grundstück ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, den Käufer des Grundstückes zu veranlassen, einen Kaufpreis zu bezahlen, welcher nicht dem wirklichen Wert des Grundstückes entspricht.</p>	<p>0.5</p>
<p>4. Widerrechtlichkeit</p> <p>Nach der in der Schweiz vorherrschenden <u>objektiven Widerrechtlichkeitstheorie</u> ist eine Schadenszufügung nur dann widerrechtlich, wenn sie gegen geschriebenes oder ungeschriebenes Recht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht) (HUGUENIN, § 24 N 1942). Die im objektiven Normverstoss begründete Widerrechtlichkeit entfällt daher, wenn eine Schädigung reiner Vermögensrechte stattgefunden hat, dabei jedoch keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll.</p>	<p>1</p>
<p>Im Erwerb minderwertigen Wohneigentums ist keine Eigentumsverletzung zu erblicken, da eine solche nur in Frage kommt, wenn durch Zerstörung oder Beschädigung der Sache in deren Substanz eingegriffen wird (HUGUENIN, § 24 N 1947). Auch eine Verletzung eines anderen absoluten Rechts der E ist vorliegend nicht ersichtlich. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Schutznorm existiert, aus der sich die Widerrechtlichkeit des Vermögensschadens der E ergeben kann. Es sind keine <u>Schutznormen</u> ersichtlich, aus denen sich ergeben könnte, kein irrtümlich falsches Gutachten zu erstellen⁶.</p>	<p>1</p>

⁶ Art. 398 Abs. 2 OR kann nicht als Schutznorm herangezogen werden, weil es sich um eine vertragliche Norm, die ihren Anwendungsbereich zwischen den Vertragsparteien hat, handelt. Würde man Art. 398 Abs. 2 OR als



<p>5. Entlastungsbeweis</p> <p>a) Sorgfaltsbeweis</p> <p>Der Geschäftsherr kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er alle nach objektiven Kriterien und den konkreten Umständen zur Vermeidung des Schadens notwendigen Vorkehrungen getroffen hat (Art. 55 Abs. 1 OR). Damit dieser Sorgfaltsbeweis gelingt, muss der Geschäftsherr beweisen, dass er die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt (<i>cura in eligendo</i>), sorgfältig instruiert (<i>cura in instruendo</i>) und sorgfältig überwacht (<i>cura in custodiendo</i>) hat sowie dass er für eine zweckmässige Organisation des Betriebs und für die Verwendung des geeigneten Materials gesorgt hat (HUGUENIN, § 24 N 2035).</p> <p>Vorliegend finden sich im Sachverhalt keine detaillierten Angaben zur Auswahl, Instruktion und Überwachung der Sekretärin durch A. Da jedoch vom Geschäftsherrn erwartet wird, dass er auch die Arbeiten von erfahrenen Mitarbeitern periodisch überprüft (HUGUENIN, § 24 N 2038), kann davon ausgegangen werden, dass A seiner Kontrollpflicht nicht genügend nachgekommen ist. Er kann sich somit nicht mit Hilfe des Sorgfaltsbeweises von der Haftung befreien.</p> <p>b) Beweis des fehlenden Kausalzusammenhangs</p> <p>Gemäss Art. 55 Abs. 1 OR kann sich der Geschäftsherr ferner entlasten, sofern er nachweist, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er mit der nötigen Sorgfalt gehandelt hätte (rechtmässiges Alternativverhalten).</p> <p>Vorliegend hätte A bei genügend sorgfältiger Kontrolle den Fehler im Gutachten wohl bemerkt, sodass der Schaden der E entfallen wäre. A kann sich somit nicht durch den Beweis des fehlenden Kausalzusammenhangs von der Haftung befreien.</p> <p>Ergebnis: E hat aufgrund fehlender Widerrechtlichkeit keinen Anspruch aus Art. 55 Abs. 1 OR gegen A auf Zahlung von 500.000 CHF.</p>	<p>1.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p>
<p>II. E gegen A auf Zahlung von 500.000 CHF aus Art. 394 OR im Sinne eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</p> <p>Mangels eines deliktischen Anspruchs der E könnte man erwägen, ihr aus dem <u>Vertrag</u> zwischen I und A über die Gutachtenerstellung einen Anspruch auf</p>	

deliktische Schutznorm behandeln, würde man sich genau der Kritik aussetzen, die für die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geäussert wird.



Ersatz der 500.000 CHF zu gewähren.

Dazu ist zunächst zu prüfen, ob der Vertrag überhaupt geeignet wäre, eine entsprechende Haftung zwischen den Vertragsparteien zu begründen (1.); sodann bleibt zu klären, ob eine entsprechende Haftung ausnahmsweise auch zugunsten von Drittpersonen, die nicht unmittelbar am Vertragsschluss beteiligt sind, Anwendung finden kann (2.).

1. I gegen A auf Zahlung von 500.000 CHF aus Verletzung des Auftrags, Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR

Es stellt sich die Frage, ob I, wenn er einen der E vergleichbaren Schaden erlitten hätte, diesen von A ersetzt verlangen könnte. Als Anspruchsgrundlage kommt Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR in Betracht.

0.5

a) Zustandekommen eines gültigen Vertrages (Auftrag i.S.v. Art. 394 Abs. 1 OR)

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 (siehe oben, SVA 1).

Gemäss Sachverhalt haben sich A und I darüber geeinigt, dass A ein Wertgutachten über das Grundstück in der Nähe des Hauptbahnhofes „für Planungs- und Finanzierungszwecke“ erstellen soll. Es ist somit ein gültiger Vertrag zustande gekommen.

0.5

Dieser Vertrag ist als Auftrag i.S.v. Art. 394 Abs. 1 OR zu qualifizieren, welcher sich dadurch auszeichnet, dass der Beauftragte (in casu A) die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste im Interesse des Auftraggebers (in casu I) besorgt. Der Auftrag unterscheidet sich insofern vom Werkvertrag i.S.v. Art. 363 OR, als bei letzterem ein bestimmter Erfolg zu leisten ist, wohingegen der Beauftragte lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden schuldet (HUGUENIN, § 34 N 3133). Da die Erstellung eines Gutachtens eine an das Ermessen und die persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen gebundene Einschätzung verlangt, schuldet A der I-GmbH nur die sorgfältige und genaue Ausführung dieser Gutachtertätigkeit, nicht aber die Herstellung eines nach objektiven Massstäben beurteilbaren Werkes; es liegt mithin ein einfacher Auftrag vor.

1

b) Schadenersatzanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR

Art. 97 Abs. 1 OR gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadenersatz, so-



fern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

i) Schaden

Zur Schadensdefinition siehe oben (Sachverhaltsabschnitt 1).

Indem E eine Wohnung zum Preis von 1,5 Mio. CHF erworben hat, welche in Wahrheit nur einen Wert von 1 Mio. CHF aufweist und welche sie auch nur zu diesem Preis an P weiterverkaufen kann, haben sich ihre Aktiven um 0,5 Mio. CHF vermindert. E hat somit einen Schaden erlitten (zur Problematik betreffend die Tatsache, dass der Schaden bei E und nicht bei A entstanden ist, siehe unten bei „Schutzwirkung des Vertrages zwischen A und I zugunsten von E“).

0.5

ii) Vertragsverletzung

Eine Vertragsverletzung kann in der Nichterfüllung wegen Leistungsunmöglichkeit, in der Verletzung einer Unterlassungspflicht oder in einer positiven Vertragsverletzung (Schlechterfüllung oder Verletzung vertraglicher Nebenpflichten) liegen.

0.5

In casu kommt eine Schlechterfüllung des Auftrages in Frage, da A ein Gutachten erstellt hat, welches nicht den tatsächlichen Wert des Grundstückes widerspiegelt.

0.5

Gemäss Art. 394 Abs. 1 OR hat der Beauftragte den Auftrag „vertragsgemäss“ zu besorgen. Art. 398 Abs. 2 OR konkretisiert dies, indem er festhält, dass der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung der Geschäfte haftet. Den Sorgfaltsmassstab bestimmt Art. 398 Abs. 1 OR, welcher auf das Arbeitsrecht verweist (Art. 321e Abs. 2 OR). Je nach Art des Auftragsverhältnisses geht der Sorgfaltsmassstab sogar darüber hinaus, weil sich die Sorgfaltspflicht des Beauftragten am fachspezifischen Durchschnittsverhalten misst (objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff), wohingegen beim arbeitsrechtlichen Sorgfaltsmassstab auch rein subjektive Umstände berücksichtigt werden (HUGUENIN, § 35 N 3266).

1

Im vorliegenden Fall ist das Gutachten insoweit mangelhaft erstellt, als es die Beeinträchtigungen der Eigentümer und Mieter der Wohnungen auf dem neuen Areal durch eine nahe Chipsfabrik offenkundig nicht berücksichtigt hat. Dieses fehlerhafte Ergebnis ist freilich nur als Schlechterfüllung anzusehen, wenn es auf fehlender Sorgfalt beruht, d.h. wenn ein durchschnittlich sorgfältiger Beauftragter in der gleichen Situation wie der A die Chipsfabrik bemerkt

0.5



und in seine Überlegungen einbezogen hätte.

Laut Sachverhalt hat A die Chipsfabrik durchaus berücksichtigt; die nachteiligen Folgen der dadurch entstehenden Immissionen wurden daraufhin jedoch aufgrund eines Fehlers seiner Sekretärin nicht in das Gutachten eingebaut.

Fraglich ist mithin, ob das Verschulden der Sekretärin dem A zuzurechnen ist, d.h. ob er schon deshalb sorgfaltswidrig gehandelt hat, weil seine Mitarbeiterin einen Fehler begangen hat.

Gemäss Art. 398 Abs. 3 hat der Beauftragte die aufgetragenen Geschäfte vermuthungsweise persönlich zu besorgen (womit die Vermutung der unpersönlichen Leistungspflicht des Art. 68 OR umgekehrt wird). Eine Ausnahme hiervon besteht, wenn die Übertragung des Auftrags auf einer ausdrücklichen Ermächtigung beruht, infolge der Umstände notwendig wird oder Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird (HUGUENIN, § 35 N 3249). Von diesem nur ausnahmsweise zulässigen Beizug von Substituten – bei welchem Art. 399 Abs. 2 OR die Haftungsgrundlage darstellt – ist jedoch der Beizug von Hilfspersonen – bei welchem sich die Haftung nach Art. 101 Abs. 1 OR richtet – zu unterscheiden. Für die Abgrenzung werden dabei die Kriterien der Selbständigkeit eines Substituten gegenüber einer Hilfsperson und der Interessenlage (wobei ein Beizug im Interesse des Auftraggebers dafür spricht, dass es sich um einen Substituten handelt und ein Beizug im Interesse des Beauftragten auf eine Hilfspersonenhaftung schliessen lässt) herangezogen (HUGUENIN, § 35 N 3252 ff.).

Da sich die Sekretärin in einem Unterordnungsverhältnis zu A befindet und ihre Arbeit hauptsächlich im Interesse des Beauftragten (A) liegt, weil sie seiner Arbeitserleichterung dient, handelt es sich bei der Sekretärin um eine Hilfsperson i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR.

Gemäss Art. 101 Abs. 1 OR hat derjenige, der in Erfüllung einer Schuldpflicht eine Hilfsperson einsetzt, dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht. Entgegen des Wortlauts der Vorschrift handelt es sich dabei nicht um eine eigentliche Anspruchsgrundlage, sondern um eine Zurechnungsnorm, die mithin im Rahmen des Art. 97 Abs. 1 OR zwischen I und A zur Anwendung kommen kann.

Eine Zurechnung des Verhaltens der Hilfsperson nach Art. 101 Abs. 1 OR zulasten des Beauftragten setzt voraus, dass folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- **Qualifizierung als Hilfsperson:**

1

0.5

1



<p>Die schädigende Person muss Hilfsperson des Beauftragten sein. <u>Hilfsperson</u> ist, wer <u>mit Wissen und Willen des Schuldners an der Erfüllungshandlung beteiligt</u> ist (HUGUENIN, § 8 N 996). Da die Sekretärin dem A laut Sachverhalt bei der Ausführung seines Auftrages behilflich ist, ist ihre Eigenschaft als Hilfsperson zu bejahen.</p>	<p>1</p>
<p>- Beizug in Erfüllung einer Schuldpflicht oder zur Ausübung eines Rechts:</p> <p>Die Hilfsperson muss zur <u>Erfüllung einer Schuldpflicht oder zur Ausübung eines Rechts beigezogen</u> worden sein (HUGUENIN, § 8 N 1001). Vorliegend hat A die Sekretärin beigezogen, damit sie ihn bei der Erfüllung seiner Schuldpflicht zur Erstellung des Gutachtens unterstützen kann.</p>	<p>1</p>
<p>- Schadenszufügung im Zusammenhang mit der vertraglichen Verrichtung:</p> <p>Der Schaden muss <u>in Ausübung einer vertraglichen Verrichtung</u> entstanden sein, d.h. zwischen der schädigenden Handlung und der vertraglichen Pflicht muss ein funktioneller Zusammenhang bestehen (HUGUENIN, § 8 N 1003). In casu ist der Sekretärin der Fehler, welcher zum Schaden geführt hat, bei der Erstellung des Gutachtens und damit in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen unterlaufen.</p>	<p>1</p>
<p>- Hypothetische Vorwerfbarkeit:</p> <p>Das Verhalten der Hilfsperson muss dem Beauftragten <u>hypothetisch vorwerfbar</u> sein, d.h. der Beauftragte die entsprechende Handlung selbst vorgenommen hätte, müsste sie ihm vorwerfbar sein (HUGUENIN, § 8 N 1008). Vorliegend wäre das Übersehen der durch die Chipsfabrik entstandenen Immissionen A vorzuwerfen, weil dies nicht der sorgfältigen Ausübung des Auftrages zur Erstellung des Gutachtens entspricht. Ein durchschnittlich sorgfältiger Beauftragter in der gleichen Situation wie der A hätte den Immissionsfaktor in seine Überlegungen einbezogen.</p>	<p>1</p>
<p>Damit sind die Voraussetzungen der Zurechnungsnorm des Art. 101 Abs. 1 OR erfüllt.</p>	<p>0.5</p>
<p>Entsprechend ist aufgrund des Fehlers der Sekretärin <u>von einem Sorgfaltspflichtverstoss des A</u> im Verhältnis zu I und damit von einer</p>	



Vertragsverletzung auszugehen.

iii) Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden

Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (zur Definition siehe oben, Sachverhaltsabschnitt 1).

In casu ist der Kausalzusammenhang zwischen dem bei E entstandenen Schaden und der fälschlicherweise fehlenden Berücksichtigung der Geruchsimmissionen im Gutachten zu bejahen. Wären die Geruchsimmissionen im Gutachten berücksichtigt worden, so hätte E die Wohnung wohl kaum zum Preis von 1,5 Mio. CHF erworben (*conditio sine qua non*). Dieser Kausalzusammenhang ist auch adäquat: Ein fehlerhaftes Gutachten über ein Grundstück ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, den Käufer des Grundstückes zu veranlassen, einen Kaufpreis zu bezahlen, welcher nicht dem wirklichen Wert des Grundstückes entspricht.

1

iv) Verschulden (keine Exkulpation)

Das Verschulden setzt sich aus einer objektiven Komponente (vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Schädigers) und einer subjektiven Komponente (Urteilsfähigkeit des Schädigers) zusammen (HUGUENIN, § 24 N 1970 ff.). Die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) des Schädigers wird vermutet (HUGUENIN, § 24 N 1989).

1

Vorliegend kommt eine Exkulpation des A nicht in Betracht. Es kann diesbezüglich auf die Vertragsverletzung verwiesen werden (da die Sorgfaltspflichtverletzung sowohl bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit als auch des Verschuldens berücksichtigt werden muss, ergeben sich hier Überschneidungen, vgl. HUGUENIN, § 35 N 3263).

0.5

Zwischenergebnis: Wäre I der bei E eingetretene Schaden entstanden, hätte I von A nach Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR den Schaden ersetzt verlangen können.

2. Schutzwirkung des Vertrages zwischen A und I zugunsten von E

Fraglich ist nun, ob die Haftung des A ausnahmsweise auch zugunsten der E gelten kann, ob also der Vertrag zwischen A und I Schutzwirkung für E entfaltet. Dies hätte zur Folge, dass E als Vertragsfremde vertragliche Rechte aus



dem Verhältnis A-I herleiten kann und somit gestützt auf Art. 394 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz in Höhe von 500.000 CHF verlangen kann.

Es handelt sich um eine „Haftung aus erwecktem Vertrauen“, welche zwischen dem Vertrag und Delikt angesiedelt ist. Als Grundlage der Haftung zugunsten eines vertragsfremden Dritten gilt mithin das vom Vertragspartner erweckte Vertrauen, in casu in die Richtigkeit des erstellten Gutachtens (BGE 130 III 345, 349).

0.5

a) Voraussetzungen

Voraussetzungen dieser Haftung, die vor allem im deutschen Recht entwickelt worden ist, sind die Leistungsnähe des Dritten, weiter sein Schutzinteresse und letztlich die Erkennbarkeit des Schutzinteresses für den Schuldner.

i) Leistungsnähe

Das Kriterium der Leistungsnähe besagt, dass der Dritte bestimmungsgemäss mit dem Hauptleistung in Berührung kommen muss (HUGUENIN, § 19 N 1586). Es darf also nicht auf Zufall beruhen, dass überhaupt ein Dritter in den Bereich des Vertrages geraten ist.

0.5

Im konkreten Fall ist die Hauptleistung die Gutachtenerstellung für ein künftig zu bebauendes Grundstück. Da die Zielsetzung der I, das Grundstück zu bebauen, gerade Zweck des an A erteilten Gutachtens war, liegt es auf der Hand, dass E als Erwerber einer der später erstellten Wohnung bestimmungsgemäss auch mit dem Gutachten des A in Berührung kam.

0.5

ii) Schutzinteresse

Weitere Voraussetzung ist ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, d.h. der I, an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages (HUGUENIN, § 19 N 1587). Ursprünglich wurde dieses Interesse vor allem bei familienrechtlicher Verbundenheit bejaht, d.h., wenn der Dritte dem Gläubiger auf Wohl und Wehe ausgeliefert war. Die neuere (deutsche) Rechtsprechung lässt es dagegen genügen, wenn sich der Drittschutz der Auslegung des Vertrages entnehmen lässt.

0.5

Die Beauftragung des A durch I enthielt den etwas knappen Hinweis auf den Gutachtenzweck „für Planungs- und Finanzierungszwecke“. Hieraus lässt sich aber ablesen, dass das Gutachten nicht nur für I selbst, sondern auch im Ver-

0.5



hältnis zu Dritten eingesetzt werden sollte, indem es einerseits bei der Planung der Bauarbeiten und der Vermarktung der Wohnungen, andererseits zur Finanzierung des Vorhabens eingesetzt werden sollte. Daher ist dem Gutachtenvertrag ein Schutzinteresse des Gläubigers gegenüber den künftigen Kunden zu entnehmen.

iii) Erkennbarkeit

Ferner müssen die Leistungsnähe sowie das Interesse des Gläubigers (I) am Einbezug des Dritten für den Schuldner (A) erkennbar sein (HUGUENIN, § 19 N 1592). Auch diese Erkennbarkeit richtet sich nach dem Vertragstext bzw. der Auslegung des Gutachtenvertrags.

0.5

Da I den A darüber unterrichtete, das Gutachten für die weitere Planung und die Finanzierung verwenden zu wollen, musste es A klar sein, dass das Gutachten nicht nur intern für I, sondern auch gegenüber Dritten Verwendung finden würde. Stellt man auf einen redlichen und vernünftigen Gutachter ab, wird man angesichts der Zwecksetzung des Vertrages mit I auch die E als künftige Erwerberin einer der geplanten Wohnungen als für A erkennbaren Dritten mit Bezug zum Vertrag ansehen müssen.

0.5

iv) Haftungsvoraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR

Schliesslich müssen die übrigen in Art. 97 Abs. 1 OR genannten Voraussetzungen erfüllt sein. Der Schuldner muss mithin eine positive Vertragsverletzung begehen, welche adäquat kausal für den vom Dritten erlittenen Schaden ist; ferner muss den Schuldner ein Verschulden treffen, wobei dieses vermutet wird (HUGUENIN, § 19 N 1595).

1

Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, wurde bereits festgestellt (siehe oben): Durch die Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten durch A ist E ein adäquat kausaler Schaden, bestehend im Minderwert der Wohnung, der sich für E beim Weiterverkauf realisiert, entstanden (der Kaufpreis der Wohnung wäre von vornherein geringer gewesen bzw. E von dem Erwerb Abstand genommen, wenn sie über die Immissionen der Chipsfabrik im Bilde gewesen wäre).

0.5

Somit liegen die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor.

b) Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der



Schweiz

Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist jedoch, dass die in dieser liegende Ausweitung der vertraglichen Haftung *de lege lata* überhaupt möglich und zulässig ist. Die Meinungen hierzu sind im Schrifttum und in der Rechtsprechung gespalten.

Die wohl überwiegene Lehrmeinung spricht sich für die Anerkennung einer derartigen Figur aus (BUCHER, 485; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3915; BSK OR-GONZENBACH/ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 23; HUGUENIN, § 19 N 1573). Sie verweist darauf, dass es andernfalls zu Schutzlücken komme, die sich nicht rechtfertigen liessen und die gerade gegenüber Experten, wie es hier der Fall sei, anstössig seien, weil diese kein Interesse hätten, ihre Expertise unter Berücksichtigung aller Faktoren und aller Betroffenen vorzunehmen. Gerade der Gedanke des Vertrauensschutzes, der der Figur zugrunde liege, sei auch dem schweizerischen Recht nicht fremd, sondern finde seine deutlichste Ausprägung in der *culpa in contrahendo*, die ebenfalls unabhängig vom eigentlichen Vertragsschluss gewährt würde. SCHWENZER wendet sich indes gegen eine Übertragung des Konzeptes des Vertrages mit Schutzwirkung in das schweizerische Recht, weil die Fälle, die in Deutschland nach dem Gesichtspunkt der „Schutzwirkung zugunsten Dritter“ gelöst würden genuin deliktische Fragestellungen seien, die nicht durch eine Ausweitung der Vertragshaftung gelöst werden sollten (SCHWENZER, 87.05).

Die schweizerische Rechtsprechung hat das Konzept des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter jedoch bis anhin nicht explizit anerkannt. Das BGer hat die Schutzwirkung zugunsten Dritter zwar in einigen Entscheiden erwähnt (BGE 4C.296/1999 E. 3b; BGE 130 III 345 E. 3b), aber bisher noch nie als Haftungsbegründung herangezogen und diese Frage somit offen gelassen.

Entscheidend muss *de lege lata* nicht sein, ob die Anerkennung einer derartigen Figur gegen den Gesetzestext oder die gesetzliche Intention verstösst. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die deliktische Haftung im schweizerischen Recht – anders als im deutschen – von Gesetzes wegen nicht nach dem Enumerationsprinzip gestaltet ist, sondern – wie im französischen Recht – als Generalklausel. Dies weist darauf, dass der Gesetzgeber ursprünglich einen weiten Anwendungsbereich des Deliktsrechts gesehen hat und die Vertragshaftung auf die eigentlichen Vertragsbeziehungen beschränken wollte. Soweit man nicht davon ausgehen will, dass die Frage der Zuordnung einer Haftung zum Delikt oder zum Vertrag ohnehin der rechtswissenschaftlichen Lehrmei-

2

1

ZZP



<p>nung und Diskussion offensteht und vom Gesetzgeber nur in den Grundzügen bestimmt werden kann, wäre es daher m.E. richtiger, <u>die Frage des Drittschadens nicht im Rahmen einer ausgeweiteten Vertragshaftung, sondern im Rahmen des Art. 41 Abs. 1 OR (bzw. im konkreten Fall Art. 55 Abs. 1 OR) anzusiedeln</u>. Dies setzt aber freilich voraus, dass die Widerrechtlichkeitslehre aufzugeben oder für die reinen <u>Vermögensschäden</u> zu modifizieren ist. Solange die ganz überwiegende Literatur und Rechtsprechung an dieser festhalten, ist der Weg über den vom Wortlaut her durchaus passenden Art. 41 Abs. 1 OR versperrt und einzig der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Ausweg gegeben.</p> <p>Ergebnis: Nach der hier vertretenen Meinung sollte der E einen Anspruch aus Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR aufgrund des Vertrages zwischen A und I auf Zahlung von 500.000 CHF gewährt werden.</p>	<p>0.5</p>
<p>Sachverhaltsabschnitt 3</p>	
<p>E gegen P auf Zahlung von 20.000 CHF aus Grundstückkaufvertrag gemäss Art. 216 OR</p> <p>E kann von P Zahlung von 20.000 CHF aus dem am 1.5.2013 geschlossenen Grundstückkaufvertrag verlangen, wenn dieser wirksam zustande gekommen ist und P nicht wirksam die Verrechnung erklärt hat.</p> <p>1. Voraussetzungen Grundstückkaufvertrag, Art. 216 OR</p> <p>Für das Zustandekommen des Kaufvertrags zieht man die Voraussetzungen des Art. 184 OR aus dem Fahrniskauf herbei (SCHMID/STÖCKLI, N 495). Zunächst sind <u>übereinstimmende Willenserklärungen</u>, Antrag und Annahme i.S.d. Art. 1 Abs. 1 OR notwendig. Da laut Sachverhalt der P die Wohnung mit Kaufvertrag vom 1.5.2013 übernahm, ist hiervon auszugehen. Die <i>essentialia negotii</i> des Grundstückkaufes sind Verschaffung von Besitz und Eigentum an einem Grundstück durch den Verkäufer gegen Kaufpreiszahlung durch den Käufer (Idem, N 495). Die Parteien haben sich i.c. über den Preis in Höhe von einer Million CHF und die Liegenschaft als Grundstück i.S.v. Art. 655 Abs. 2 ZGB geeinigt.. Da es sich eben gerade um den Kauf einer Liegenschaft handelt, ist der Vertrag zusätzlich öffentlich zu beurkunden (Art. 216 Abs. 1 OR) und das erworbene Grundstück im Grundbuch einzutragen, wovon i.c. auszugehen ist.</p> <p>Die <u>Zahlungspflicht</u> des P gem. Art. 184 Abs. 1 OR ist in Höhe von 1 Mio. CHF <u>wirksam entstanden</u>. In Höhe von 750.000 CHF ist die Pflicht durch sofortige</p>	<p>1</p> <p>0.5</p>



Zahlung des P im Mai 2013 erfüllt worden (Art. 114 Abs. 1 OR). 230.000 CHF hat der P am 28.12.2013 gezahlt und damit die Schuld auch in dieser Höhe erfüllt. Somit stellt sich nur noch die Frage, ob auch die Verrechnung über die verbleibenden 20.000 CHF wirksam ist, das heisst, ob P die Restschuld gegenüber E getilgt hat.

2. Verrechnung, Art. 120 Abs. 1 OR

Die Verrechnung im Sinne des Art. 120 Abs. 1 OR setzt voraus, dass zwei Personen einander Geldsummen oder andere gleichartige Leistungen schulden, dass die Forderungen fällig sind und kein Verrechnungshindernis besteht und einer der Schuldner die Verrechnung erklärt.

Bestand zweier Forderungen

Wie oben festgestellt besteht die Kaufpreisforderung in Höhe von CHF 1 Mio. Fraglich ist aber, ob auch P gegenüber E eine Forderung zusteht, die er in der Verrechnung eingestellt haben könnte.

In Betracht kommt eine Forderung aufgrund möglicher Mangelhaftigkeit der von E verkauften Wohnung (schimmeliges Badezimmer/Konstruktion der Wände), d.h. für die Kosten, die P durch die Beseitigung des Mangels in Höhe von 20.000 CHF entstanden sind.

Voraussetzungen Sachgewährleistung, Art. 197 ff. OR

Der Verkäufer eines Grundstückes hat für die Mängel der Kaufsache nach den allgemeinen Regeln über den Fahrniskauf einzustehen (Art. 221 OR, SCHMID/STÖCKLI, N 644):

a) Vorliegen eines Sachmangels vor dem Zeitpunkt des Gefahrenübergangs Art. 197 OR

Ein Sachmangel ist ein Fehler oder ein Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (BSK-HONSELL, Art. 197 N 2) und somit eine ungünstige Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit (ähnlich KELLER/SIEHR, 76).

Ein Einzelbeispiel für Fehler und fehlende Eigenschaften stellt die Feuchtigkeit von Gebäuden dar (BGE 66 II 134 f.).

I.c. ist durch die fehlerhafte Konstruktion der Wände ein sog. Mangelfolgeschaden (Schimmelbefall als Sach- und auch evtl.

0.5

0.5

1

1

1ZP

1



Personenschaden) entstanden. Der Schimmelbefall einer Wohnung stellt somit einen Mangelfolgeschaden im Sinne des Art. 208 Abs. 2 OR dar, da dadurch die Tauglichkeit der Sache zu dem vorausgesetzten Gebrauch gemindert wird. Da Schimmel unästhetisch ist, schlecht riecht und zu gesundheitlichen Problemen führen kann, mindert er den Nutzungswert der gekauften Wohnung. Zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs lag der Mangel bereits vor, da dieser gemäss Sachverhalt auf die Konstruktion der Wände zurückzuführen ist.

Unkenntnis der Mängel auf Seiten des Käufers nach Art. 200 OR

Auf die Kenntnis der E von diesem Mangel kommt es gem. Art. 197 Abs. 2 OR nicht an. I.c hat E den Mangel nicht gekannt.

1

b) Erheben einer Mängelrüge nach Art. 201 OR

Gem. Art. 201 OR muss der Käufer den Verkäufer aber auf die Mängel hinweisen, das heisst die Mängelrüge erheben. Hier ist der Mangel offenkundig noch nicht bei der Übergabe der Wohnung erkennbar gewesen, so dass keine Anzeigepflicht im Sinne des Art. 201 Abs. 1 OR bestand. Den P könnte aber die Rügepflicht nach Art. 201 Abs. 3 OR für versteckte Mängel treffen. Gemäss Art. 201 Abs. 3 OR muss der Käufer dem Verkäufer einen späteren Mangel sofort nach dessen Entdeckung anzeigen, wenn er nicht will, dass dieser als genehmigt gilt.

1

Sofortig ist eine Anzeige, die ohne schuldhaftes Verzögern erfolgt. Laut Sachverhalt hat P mehrfach versucht, E zu kontaktieren, so dass von einer entsprechenden Anzeige auszugehen ist. Mangels gegenteiliger Angaben ist diese auch fristgerecht erfolgt. Es ist anzunehmen, dass diese im Rahmen der Laienkenntnisse des P der notwendigen genügenden Substantiierung Rechnung trägt.

1

c) Wahrung der Fristen nach Art. 210 OR bzw. Art. 219 Abs. 3 OR

Da es sich i.c. um einen Grundstückskauf handelt, verjährt die Frist mit dem Ablauf von 5 Jahren seit dem Erwerb des Eigentums. Die Frist ist i.c. noch nicht abgelaufen, da der P am 1.5.2013 die Wohnung zu Eigentum erwarb.

1

d) Keine Haftungsbeschränkung nach Art. 199 OR

Eine Haftungsbeschränkung i.S.v Art. 199 OR ist nicht ersichtlich.

1



Rechtsfolgen der Sachgewährleistung	
<p>Ist der Mangel damit zu bejahen, stehen dem P als Käufer der Wohnung die üblichen Mängelrechte zu, das heisst Wandelung und Minderung, Art. 205 Abs. 1 OR. Hier hat P offenkundig nicht die Wandelung gewählt, sondern sich entschieden, die Wohnung zu behalten und den Mangel zu beheben. <u>Die Minderungsklage im Sinne des Art. 205 Abs. 1 OR berechtigt ihn freilich nicht zum Ersatz von Aufwendungen, die er zur Beseitigung des Mangels vorgenommen hat, sondern zunächst nur zum Ersatz des Minderwertes.</u> Er könnte mithin von E die Verringerung des Kaufpreises verlangen, das heisst eine Anpassung des Kaufpreises an den durch den Konstruktionsfehler und damit den Schimmel verringerten Wert der Wohnung.</p>	2
<p><u>Nur bei der Wandelung</u> steht dem Käufer nach Art. 208 Abs. 2 und für den Mangelfolgeschaden insbesondere Abs. 3 OR <u>Schadenersatzansprüche</u> zu; diese sind nach <u>Bundesgericht</u> nicht auf die <u>Minderung</u> anzuwenden (BGE 63 II 401 ff (403 f.), E.2)., wobei die <u>h.L. diese Ansicht nicht teilt</u> und eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR zulässt; folgt man der hiesigen Rechtsprechung gilt daher für die Folge eines Mangelfolgeschadens bei Minderung die allgemeine Regelung des Art. 97 Abs. 1 OR.⁷</p>	2
c. Art. 97 Abs. 1 OR für Schadenersatz bei Minderung	
<p>Der Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften wird dem Käufer hier erlaubt; allerdings muss er die besonderen Vorschriften, die für die Geltendmachung der Mängelrechte gelten, einhalten, d.h. insbesondere die <u>Rügeobliegenheit</u> beachten und die kurze <u>Verjährungsfrist</u> beachten.</p>	1
Schaden	
<p>Zur Schadensdefinition siehe Sachverhaltsabschnitt 1.</p>	
<p>Durch den Schimmelbefall ist dem P auch ein Schaden entstanden, denn er musste diesen aufgrund der Belastungen, die mit dem Schimmelbefall</p>	0.5

⁷ In BGE 133 III 257 (Mülleramazonen Papageienfall) entschied das Bundesgericht in einem die Wandlung betreffenden Fall, dass die Erkrankung des gesamten Zuchtbestandes eines Papageienzüchters aufgrund eines Kaufes von mit dem Pacheco Virus infizierten Papageien einen unmittelbaren Schaden darstelle. Es hielt dabei fest, dass die Abgrenzung zwischen unmittelbarem Schaden – für welche der Verkäufer gemäss Art. 208 Abs. 2 OR verschuldensunabhängig haftet – und mittelbarem Schaden – für welchen der Verkäufer gemäss Art. 208 Abs. 3 OR nur bei Verschulden haftet – nach der Länge der Kausalkette vorzunehmen sei, sodass auch ein Mangelfolgeschaden unmittelbar sein kann. Der Verkäufer versteckter infizierter Papageien traf somit ein Schadenersatzausgleich trotz mangelndem Verschulden. I.c. geht es aber um die Minderung, bei der nach BGer die Folgen nicht nach Art. 208 abgewickelt werden, sondern nach Art. 97 OR.



verbunden sind, auf eigene Kosten entfernen lassen (s.o. Näheres zum Mangelfolgeschaden).

Vertragsverletzung

Die Vertragsverletzung kann u.a. in einer Schlechterfüllung bestehen. E verkauft P eine mangelhafte Wohnung. Dies stellt eine Vertragsverletzung dar.

0.5

Kausalzusammenhang

Die Schlechterfüllung (Verkauf der mangelbehafteten Wohnung) führt zu einem Schaden in Ps Eigentum. Der Verkauf und somit die Schlechterfüllung ist *conditio sine qua non* für den Schaden. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist eine Schlechterfüllung zur Herbeiführung eines Mangels geeignet.

0.5

Verschulden

Das Verschulden wird gemäss Art. 97 OR vermutet. Der E steht jedoch der Exkulpationsbeweis offen; denn anders als bei den Sachmängelrechten haftet E aus Art. 97 Abs. 1 OR nur, wenn sie ein Verschulden trifft.

0.5

Ein Verschulden ist hier nicht erkennbar, da E bei noch so genauer Prüfung den Mangel aufgrund ihrer Laienkenntnisse im Baubereich nicht entdecken konnte. Es ist ihr weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Insbesondere bestand für sie kein Anlass, die Wohnung auf Schimmelbefall o.ä. zu überprüfen. Die Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung wurden eingehalten, so dass sich P auch auf Art. 97 Abs. 1 OR berufen darf.

0.5

Aufgrund obiger Ausführungen fehlt es am Bestand einer verrechenbaren Gegenforderung des P und somit können die weiteren Voraussetzungen der Verrechnung nicht weiter geprüft werden (Gegenseitigkeit der Forderungen, Gleichartigkeit, Fälligkeit, Klagbarkeit, Verrechnungsverbot (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3208).

0.5

Die Verrechnung, die P gegenüber der noch ausstehenden Forderung der E aus dem Kaufvertrag erklärt hat, geht damit ins Leere.

Ergebnis: E kann von P noch 20.000 CHF aus dem Kaufvertrag i.S.v. Art. 216 i.V.m. Art. 221 i.V.m. 184 ff. OR verlangen.

0.5



Variante	
<p>P gegen Q auf Nachbesserung aus Art. 368 Abs. 2 OR</p> <p>P kann von Q Nachbesserung, das heisst die Sanierung der Wände inklusive der Schimmelbeseitigung, verlangen, wenn E dem P die Rechte wirksam abgetreten hat, die sie ihrerseits von I abgetreten erhielt und wenn diese Rechte das Recht auf Nachbesserung beinhalten und dessen Voraussetzungen vorliegen.</p> <p>1. Abtretung E an P</p> <p>Die Abtretung (Zession) stellt eine Übertragung einer Forderung mittels Verfügungsvertrag gegen einen Schuldner (<i>debitor cessus</i>) vom ursprünglichen Gläubiger (<i>Zedent</i>) auf einen neuen Gläubiger (<i>Zessionar</i>) dar (HUGUENIN, N 1322)</p> <p>Die Voraussetzung für eine wirksame Abtretung von E an P ist zunächst, dass E ihrerseits einen Anspruch wegen der Mängel der Wohnung gegenüber der I-GmbH zusteht.</p> <p>a) Forderung der E gegen die I-GmbH</p> <p>Der Anspruch der E kann sich nur <u>aus dem Kaufvertrag</u> mit I ergeben. Dabei ist zu beachten, dass die I-GmbH die <u>eigene Gewährleistung mittels Haftungsausschlussklausel i.S.v. Art. 199 OR</u> versucht hat, auszuschliessen; im Gegenzug hat sie der E die Rechte gegen Q abgetreten, welcher zu der I-GmbH in einem Subunternehmerverhältnis steht. Die Rechte der E aus ihrem Kaufvertrag mit I vom 15.7.2008 sind weder gesetzlich noch durch Vereinbarung in der Abtretbarkeit beschränkt; auch sind kaufvertragliche Rechtspositionen ihrer Natur nach grundsätzlich abtretbar.</p> <p>aa) Wirksamer Haftungsausschluss</p> <p>Es ist zu prüfen, <u>ob nebst der Abtretung die Gewährleistung wirksam ausgeschlossen</u> wurde. Nach Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistung ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel absichtlich verschwiegen hat. Hierfür gibt es keine Anzeichen. Auch nach Art. 8 UWG stellt die Freizeichnung kein Problem dar, wenn der Verkäufer dem Käufer anderweitige Möglichkeiten zur Gewährleistung bietet. Von daher ist der eigene, kaufvertragliche Anspruch der E gegen I wirksam ausgeschlossen worden.</p>	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p>



<p>bb) Wirksame Abtretung der Rechte aus Werkvertrag</p> <p>Fraglich ist sodann, ob die I-GmbH die eigenen Rechte gegen Q wirksam an E abgetreten hat. Auch hier gelten die Voraussetzungen der <u>Art. 164ff. OR über die Zession</u>. Die Forderung aus dem Werkvertrag wegen Mängeln ist weder durch Gesetz noch Vertrag noch ihrer Natur nach von der Abtretung ausgeschlossen; die Abtretung bedarf der schriftlichen Form, die – wie die Vereinbarung der Haftungsausschlussklausel zeigt – eingehalten wurde. Von daher liegt eine wirksame Abtretung von I an E vor, die wiederum ihre Rechte an P abgetreten haben könnte (nachfolgende Ausführungen).</p> <p>2. Forderung des P gegen Q</p> <p>Durch den wirksamen Gewährleistungsausschluss aus Kaufvertrag der I-GmbH gegenüber der Erwerberin E und der wirksamen Abtretung aller Rechte aus dem Subunternehmervertrag zwischen der I-GmbH und Q ist eine mögliche Abtretung derselben Ansprüche von E an P zu prüfen.</p> <p>Eine <u>Abtretung kann nach Art. 164 Abs. 1 OR</u> auch ohne Einwilligung des Schuldners erfolgen, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.</p> <p>Abtretbarkeit der Forderung</p> <p>Die <i>Gestaltungsrechte</i> aus der Gewährleistung im Werkvertrag sind grundsätzlich nicht abtretbar (str.) (ZK OR-BÜHLER, Art. 368 N 214ff.). Das BGer und die h.L sprechen sich jedoch für eine Abtretbarkeit des Nachbesserungsrechts aus (BGE 118 II 145, GAUCH, N 2439).⁸</p> <p>Die Abtretung ist am 8.5.2014 erklärt worden; die <u>Form des Art. 165 Abs. 1 OR</u> wurde eingehalten. Da P i.c. das Nachbesserungsrecht i.S.v. Art. 368 OR ausüben möchte ist die Abtretung möglich und auch durchsetzbar.</p> <p>Ist der P mithin der Rechtsnachfolger der E, die ihrerseits Rechtsnachfolgerin der I ist, kann P etwaige Mängelrechte, die I aus dem Werkvertrag mit Q hat, in eigenem Namen geltend machen.</p> <p>Hier ist die <u>Nachbesserung im Sinne des Art. 368 Abs. 2 OR</u> einschlägig.</p>	<p>1</p> <p>0.5</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p>
--	---

⁸ a.A HONSELL, welcher sich für eine Abtretung der Gestaltungsrechte „im Bündel“ ausspricht, SCHWENZER, welche sich grds. für die Abtretbarkeit der Gestaltungsrechte aufgrund Begriffsjurisprudenz ausspricht und weitere, welche sich für grundsätzliche Abtretung der Gestaltungsrechte aussprechen (KÄSER etc.).



2. Geltendmachung der Rechte wegen Mangels aus abgetretenem Nachbesserungsrecht, Art. 368 Abs. 2 OR

a. Die Nachbesserung nach Art. 368 Abs. 2 OR setzt voraus, dass ein Mangel des Werkes vorliegt, der minder erheblich ist. Mangel ist die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit, die die Tauglichkeit der Sache einschränkt. Eine fehlerhafte Konstruktion der Wände mit darauffolgendem Schimmelbefall einer errichteten Wohnung stellt einen solchen Mangel dar, da die Konstruktion zu Schimmelbefall und der Schimmel zu gesundheitlichen Gefährdungen der Bewohner führt und die Wohnqualität des Gebäudes mindert.

1

b. Weitere Voraussetzung der Geltendmachung des Mangels ist die Rüge im Sinne des Art. 370 Abs. 1 OR. Danach muss der Besteller bei Abnahme des Werkes die Mängel rügen, wenn er nicht will, dass sie als genehmigt gelten. Allerdings gilt die sofortige Rügeobliegenheit nicht für versteckte Mängel. Diese sind gem. Art. 370 Abs. 3 OR anzuzeigen, wenn sie entdeckt werden. Im vorliegenden Fall hat P den nach der Abnahme auftretenden Schimmelbefall innerhalb von zwei Tagen gerügt, so dass von einer unmittelbaren Anzeige auszugehen ist. Daher hat P die Mängelrechte nicht nach Art. 370 Abs. 2 OR verloren.

1

Allerdings beruft sich Q auf Verjährung der Mängelrechte, erhebt also die Verjährungseinrede gem. Art. 142 OR.

0.5

3. Verjährung der Mängelrechte, Art. 127 OR

a. Gem. Art. 127 OR verjähren alle Forderungen nach Ablauf von zehn Jahren, wenn nicht das Bundesrecht etwas anderes bestimmt.

Für die Verjährung der Mängelrechte aus dem Werkvertrag findet sich eine abweichende Bestimmung in Art. 371 Abs. 1 und 2 OR, wobei das Gesetz zudem auf Art. 210 OR für den Kaufvertrag verweist. Diese Verjährungsfristen gehen mithin dem allgemeinen Recht vor; sie bestimmen, dass die Mängelrechte nach *zwei* Jahren, bei unbeweglichen Werken nach *fünf* Jahren verjähren. Mithin ist die besondere Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR hier einschlägig, da es sich i.c um ein unbewegliches Werk (Wohnung) handelt. Die Rechte des P gegenüber Q verjähren mithin binnen fünf Jahren.

1

b. Die Verjährung beginnt grundsätzlich mit der Fälligkeit der Forderung (Art. 130 Abs. 1 OR). Auch hier sind aber die Sondervorschriften des Besonderen Teils des OR zu beachten. Insbesondere gilt für die kurze Verjährungsfrist der



<p>Mängelrechte ein besonderer Beginn: So bestimmen Art. 371 Abs. 1 und 2 OR, dass die Verjährung mit der „<u>Abnahme des Werkes</u>“ beginnt. Da Q das Werk laut Sachverhalt am 31.3.2009 fertiggestellt hat, ist mangels anderer Angaben auch zu diesem Zeitpunkt von einer Abnahme durch die I auszugehen.</p>									1
<p>Für die <u>Berechnung</u> der Verjährungsfrist gilt Art. 132 Abs. 1 OR: Danach ist der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitzuzählen. Dies bedeutet, dass die Verjährung nicht am 31.3.2009, sondern am <u>1.4.2009</u> begonnen hat. Für die Berechnung der Frist weist Art. 132 Abs. 2 OR auf die Regelungen der Erfüllungsfristberechnung, das heisst auf Art. 77 OR. Nach Art. 77 Abs. 1 Nr. 3 OR fällt das Ende der Frist, die nach Monaten bestimmt wird, auf denjenigen Tag des Monats, der durch seine Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht. Da als Verjährungsbeginn der 1.4.2009 ausgemacht wurde und die Verjährung fünf Jahre beträgt, ist Verjährungsende mithin der 1.4.2014. Aus diesem Grund ist die Forderung auf Nachbesserung wegen des Mangels der Wohnung mithin verjährt und P hat zu recht die Verjährungseinrede erhoben.</p>									1
<p>Ergebnis: P kann nicht mehr gegen Q vorgehen, weil die Forderung, die P aus abgetretenem Recht gegen Q zusteht, verjährt ist und Q die Verjährungseinrede erhoben hat.</p>									0.5
Punktetotal									100P+5.5 ZP
6	5,5	5	4,5	4	3,5	3	2,5	2	1
90.5-100	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