

Musterlösung zur schriftlichen Prüfung im Modul Privatrecht I (BA) vom 2. Juli 2021 (FS 21)

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Yeşim M. Atamer

Inhaltsverzeichnis

I.	Allgemeine Bemerkungen zur Korrektur und Bewertung.....	1
II.	Musterlösung Aufgabe 1 «Shooting Strangers».....	1
III.	Musterlösung Aufgabe 2 «Filmfreunde des Polziottesco».....	11
IV.	Musterlösung Aufgabe 3 « <i>Caiman latirostris</i> »	18
V.	Musterlösung Aufgabe 4 «The Godfather»	33

I. Allgemeine Bemerkungen zur Korrektur und Bewertung

Die nachfolgende Musterlösung diente als Grundlage für die Korrektur von ca. 690 Prüfungen. Sie ist entsprechend umfangreich ausgestaltet, um die einheitliche Korrektur sämtlicher Prüfungen zu ermöglichen. Eine solche Ausführlichkeit wurde von den Studierenden nicht erwartet. Vielmehr lag der Schwerpunkt auf dem Erkennen und Einordnen der rechtlichen Probleme und unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen. Insgesamt konnten 162,75 Punkte erreicht werden. Die Note 6 wurde bei einem Minimum von 79 Punkten, die Note 4 bei 39 Punkten vergeben.

Die unten angegebenen Punktezahlen sind als Höchstpunktezahlen ausgestaltet. Die Vergabe der vollen Punktzahl setzte einen systematischen Aufbau, eine korrekte Schwerpunktsetzung und eine saubere, sachverhaltsbezogene Subsumption des Sachverhaltes voraus. Subsumption und Argumentation standen aufgrund der Open Book-Form der Prüfung absolut im Vordergrund und wurden daher höher bewertet. Für von der Musterlösung abweichende (korrekte) Antworten wurden ebenfalls Punkte vergeben, sofern sie nachvollziehbar begründet wurden. Theoretische Ausführungen ohne Bezug zum Sachverhalt wurden nicht bepunktet.

II. Musterlösung Aufgabe 1 «Shooting Strangers»

A. Verletzung der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB)	Punkte
Vor der Prüfung der Rechtsbehelfe von J muss in erster Linie eruiert werden, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, die widerrechtlich ist.	
1. Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung	3
a. Eingriff in Art. 28 ZGB	
Zu den wichtigsten Persönlichkeitsgütern im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB gehören die physische Persönlichkeit (körperliche Integri-	

<p>tät und Bewegungsfreiheit), die affektive Persönlichkeit, die soziale Persönlichkeit, das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung sowie das Recht auf den Namen.¹</p>	
<p>Unter den Begriff der sozialen Persönlichkeit und damit unter den sozialen Schutzbereich fällt auch das Recht am eigenen Bild. Das Recht am eigenen Bild umfasst zwei verschiedene Rechte: i) einen Abwehranspruch gegen gezieltes, auf Identifikation und Ausforschung gerichtetes Erstellen von Fotos und Videoaufzeichnungen, und ii) die Selbstbestimmung bezüglich der Veröffentlichung des eigenen Bildes und seiner Verwendung.² Einerseits kann allein die fotografische Aufnahme eine Persönlichkeitsverletzung bedeuten, je nachdem, ob schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.³ Andererseits stellt die Veröffentlichung des individualisierenden Bildes eine Persönlichkeitsverletzung dar – unabhängig davon, ob die Aufnahme unrechtmässig erfolgte.⁴</p> <p>Eine Ausnahme von diesen Grundregeln kann begründen, dass das Abgebildete nur Teil der Landschaft, der Umgebung oder der Ereignisse ist und nur zufällig auf dem Bild erscheint (sog. Beiwerk/Stafage, Teil des Geschehens).⁵</p>	
<p>Vorliegend geht es in diesem Sachverhalt primär um das Recht am eigenen Bild. Es sind dabei drei Aktionen auseinanderzuhalten: Erstens die Aufnahme des Fotos in Luzern, zweitens die Veröffentlichung dieses Fotos in einem Video auf der Plattform «LookAtMeNow.us» und drittens die Veröffentlichung auf dem Cover des Buches «Street Life Pictures – An Influencer’s Guide». Sowohl die bloße Aufnahme des Fotos als auch die Veröffentlichung bzw. Weiterverbreitung stellen dabei eine Persönlichkeitsverletzung dar, womit alle drei Aktionen einen Eingriff in Art. 28 ZGB begründen. Da es sich um eine Aufnahme handelt, in welcher J nicht nur als Teil des Geschehens erscheint, ist keine Ausnahme vorhanden – sie wird bewusst inszeniert.</p>	
<p>b. Gewisse Intensität der Verletzung</p>	
<p>Nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit darf als rechtlich relevante Verletzung verstanden werden: Die Verletzung muss eine gewisse Intensität erreichen, um als verpöntes Eindringen in die Persönlichkeitssphäre zu erscheinen.⁶</p>	
<p>Diese Intensität ist sicherlich mit dem Abdruck auf dem Cover eines Buches, aber auch bereits mit der Veröffentlichung auf dem Video in einer Onlineplattform genügend; auch die Aufnahme dürfte bereits eine genügende Intensität aufweisen, da es sich um eine Portrait-Aufnahme handelt.</p>	

¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. A. 2020, N 581.

² BGE 138 II 346 E. 8.2.

³ AEBI-MÜLLER in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3.A. 2016, Art. 28 N 25; BGE 136 III 401 E. 5.2.1.; BGE 129 III 715 E. 4.1.

⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 702; BGE 138 II 346 E. 8.2.

⁵ Vgl. aber auch BGE 138 II 346 E. 8.3; MEILI, in Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. A. 2018, Art. 28 N 20.

⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 547.

2. Zwischenfazit	
Es liegt eine Persönlichkeitsverletzung (Verletzung des Rechts am eigenen Bild) in Bezug auf die Aufnahme des Portraits, die Veröffentlichung des Bildes auf «LookAtMeNow.us» sowie die Verwendung als Cover des Buchs «Street Life Pictures – An Influencer’s Guide» vor.	
Total Teil A	3 Punkte
B. Lässt sich die Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen?	0.75
Sanktioniert wird nur die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Da es sich bei der Persönlichkeit um ein absolutes Recht handelt, ist deren Verletzung grundsätzlich widerrechtlich . ⁷ Die Widerrechtlichkeit wird gesetzlich vermutet (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist die Widerrechtlichkeit aber dann zu verneinen, wenn die Persönlichkeitsverletzung durch i) Einwilligung des Verletzten; durch ii) ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch iii) Gesetz gerechtfertigt ist. M.a.W., wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt . Dem Urheber der Verletzung obliegt – der gesetzlichen Vermutung entsprechend – die Beweislast dafür, dass ein Rechtfertigungsgrund besteht. ⁸	
1. Einwilligung	7.25
Liegt eine gültige Einwilligung der Verletzten in die Persönlichkeitsverletzung vor, so entfällt die Widerrechtlichkeit .	
a. Voraussetzungen der Einwilligung	
Eine gültige Einwilligung setzt dabei einerseits die Urteilsfähigkeit der Betroffenen voraus (Art. 19c ZGB). ⁹ Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB ist die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, was sowohl eine intellektuelle (Erkenntnisfähigkeit) als auch eine voluntative Komponente (Willensumsetzungsfähigkeit) beinhaltet. Es gilt kein absoluter Massstab, vielmehr hat das Gericht die Urteilsfähigkeit nach den Umständen des Einzelfalls, d.h. in Bezug auf die konkrete Handlung zu betrachten (relativer Charakter). ¹⁰ Andererseits muss die Einwilligung hinreichend konkret sein, so dass der Betroffene deren Folgen abschätzen kann. ¹¹ Die Einwilligung kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen. ¹² Sie kann im Voraus oder auch nachträglich erteilt werden. ¹³	
J ist nach Sachverhalt einverstanden , dass U sie fotografiert und in seiner Videoserie auf der Videoplattform einblendet. Die Urteilsfähigkeit von J ist vorliegend zu bejahen: J ist bereits 17 Jahre alt , es handelt sich nicht um eine sehr komplexe Angelegenheit und zudem gibt der SV keine sonstigen Hinweise , welche an der Urteilsfähigkeit von J Zweifel verursachen würden. Die Einwilligung ist überdies genügend konkret: Sie beschränkt sie auf die Aufnahme der Bilder sowie auf die Einblendung der Bilder in	

⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 554.

⁸ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. A. 2016, N 893.

⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 559; HOFER, Grundkurs Personenrecht, 2019, N 211.

¹⁰ BGE 134 II 235 E. 4.3.2.

¹¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 559.

¹² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 560.

¹³ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 48.

<p>der Videoserie von U, womit J hinreichend genau abschätzen kann, welche die Folgen der Einwilligung sind. Die Willenserklärung (Einwilligung) erfolgt ausdrücklich und vor Aufnahme der Bilder.</p>	
<p>b. Umfang der Einwilligung</p>	
<p>Es bleibt zu prüfen, ob die Einwilligung alle begangenen Persönlichkeitsverletzungen umfasst.</p>	
<p>J gibt in casu nur die Einwilligung, dass sie fotografiert und ihr Bild in einem Video auf «<i>LookAtMeNow.us</i>» eingeblendet werden darf. Allerdings gab J keine (vorgängige oder nachträgliche) Einwilligung zur Veröffentlichung ihres Bilds auf dem Cover des Buchs «<i>Street Life Pictures – An Influencer’s Guide</i>».</p> <p>Fraglich ist dennoch, ob die Einwilligung hinsichtlich der Aufnahme und Veröffentlichung des Portraits auf «<i>LookAtMeNow.us</i>» sich auf die Abbildung auf dem Buchcover erstrecken kann:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Man könnte diesbezüglich aufführen, dass das Bild von J ohnehin für jeden im Video von U auf der Videoplattform «<i>LookAtMeNow.us</i>» sichtbar und zugänglich ist. Weiter kann argumentiert werden, dass heutzutage das eigene Bild aufgrund der Zunahme von <i>social media</i> ohnehin eines verminderten Schutzes bedürfe. • Gegen eine solche Argumentation spricht aber, dass es sich um eine komplett andere Intensität der Darstellung handelt: Die meisten Passanten würden wohl in die kurze Einblendung ihres Bildes in ein Video einwilligen; hingegen sicher nur die wenigsten, wenn es um die Abbildung ihres Bildes auf einem Buchcover geht. So hat auch das Bundesgericht vertreten, dass von einer Persönlichkeitsverletzung auszugehen ist, wenn «eine Aufnahme, die mit dem Einverständnis der abgebildeten Person gemacht wurde, ohne deren Einwilligung in einem nicht vorgesehenen Zusammenhang verwendet wird, insbesondere zur Bewerbung von fremden Erzeugnissen.»¹⁴ 	
<p>c. Zwischenfazit</p>	
<p>Vorliegend ist sowohl die Abbildung von J als auch die Einblendung im Video von U durch die Einwilligung von J umfasst, weshalb diese Verletzungen gerechtfertigt sind. Hingegen ist die Publikation auf dem Buch nicht von der Einwilligung von J umfasst und kann auch kaum so weit interpretiert werden. Die Verwendung des Bilds von J auf dem Cover bleibt weiter eine Persönlichkeitsverletzung.</p>	
<p>2. Überwiegende (private oder öffentliche) Interessen</p>	4
<p>a. Vorhandensein eines privaten oder öffentlichen Interesses</p>	
<p>Wenn der Verletzer in Wahrnehmung berechtigter privater oder öffentlicher Interessen handelt, entfällt die Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung. Ein privates Interesse ist dann vorhanden, wenn die Verletzung den Zweck hat, einer bestimmten Person (meist dem Verletzenden) einen Vorteil zu verschaffen.¹⁵ Dieser Vorteil kann bspw.</p>	

¹⁴ BGE 129 III 715 E. 4.1; siehe auch: HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 702; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 48.

¹⁵ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 904.

<p>in der Ausübung eines Grundrechts, wie der Meinungsäusserungs-, Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit,¹⁶ oder in einem rein wirtschaftlichen Interesse bestehen.¹⁷</p> <p>Ein öffentliches Interesse ist gegeben, wenn es um das allgemeine Interesse geht; hierzu zählen bspw. das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit.¹⁸</p>	
<p>Vorliegend könnte ein überwiegendes persönliches Interesse von U vorhanden sein, welches die Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen würde. Zu denken wäre primär an die Kunsthfreiheit (Art. 21 BV) sowie an seine wirtschaftlichen Interessen an der Buchveröffentlichung. Das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses dürfte hingegen verneint werden, da J keine Person des öffentlichen Lebens¹⁹ darstellt und somit auch kein allgemeines Informationsbedürfnis an ihr besteht.</p>	
<p>b. Interessenabwägung</p>	
<p>Ob diese überwiegenden Interessen als Rechtfertigung ausreichen, muss mittels Interessenabwägung eruiert werden, indem die Entfaltungsinteressen des Verletzers und die Integritätsinteressen der Verletzten einander gegenübergestellt werden.²⁰ Das Bundesgericht bejaht das überwiegende Interesse dabei nur zurückhaltend.²¹ Bei der Kunstfreiheit ist anzufügen, dass das Interesse des Verletzten gegen das Interesse des Verletzers an der künstlerischen Betätigung abzuwägen ist, wobei zu beachten ist, «dass auch der Kunstschaffende die Persönlichkeitsrechte anderer zu respektieren hat (...) und dabei zu berücksichtigen ist, welche Möglichkeiten dem Künstler offen gestanden hätten, sein Werk ohne die Persönlichkeitsverletzung zu schaffen».²²</p>	
<p>Wägt man die Interessen von U an der Veröffentlichung des Bildes von J mit deren Interessen an ihrem Persönlichkeitsschutz ab, so dürften die Interessen von J deutlich überwiegen. Einerseits handelt es sich bei dem Abdruck auf dem Cover des Buchs um einen erheblichen Eingriff in ihr Persönlichkeitsrecht. Andererseits ist das Interesse von U als weniger gewichtig zu sehen, da es ihm ohne weiteres möglich gewesen wäre, ein anderes Bild als Cover zu verwenden, bei welchem er auch die Einwilligung der betroffenen Person gehabt hätte. Zudem bejaht das Bundesgericht die Rechtfertigung der überwiegenden Interessen nur zurückhaltend.</p>	
<p>3. Andere Rechtfertigungsgründe</p>	0.5
<p>Zu den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen gehört bspw. Notwehr (Art. 52 Abs. 1 OR), erlaubte Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR) sowie die pflichtgemässe Ausübung eines Amtes.²³</p>	

¹⁶ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 904.

¹⁷ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 49; vgl. BGE 138 II 346 E. 10.3.

¹⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 566 u. 569.

¹⁹ HOFER, N 227 ff.

²⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 567.

²¹ BGE 136 II 508 E. 6.3.3.

²² BGE 135 III 145 E. 4.3.

²³ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 47.

Vorliegend ergeben sich aus dem Sachverhalt keine gesetzlichen Spezialnormen, welche den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte rechtfertigen würden.	
Total Teil B	12.5 Punkte
C. Zwischenfazit	
Vorliegend wurde durch die Fotografie von J, dem Einblenden ihres Bildes in einem Video auf der Plattform «LookAtMeNow.us» sowie dem Abdruck dieses Bildes auf dem Cover «Street Life Pictures – An Influencer’s Guide» in das Persönlichkeitsrecht von J eingegriffen. Zur Fotografie und der Veröffentlichung im Video hat J gültig ihre Einwilligung gegeben, womit für diese beiden Verletzungen ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Hingegen umfasste die Einwilligung von J nicht die Veröffentlichung auf dem Cover, weshalb dadurch die Persönlichkeit von J widerrechtlich verletzt worden ist. In Bezug auf das Coverbild liegt folglich eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor.	
D. Rechtsbehelfe	
Sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, kommen im vorliegenden Fall für J gegen U sowohl negatorische als auch reparatorische Rechtsbehelfe in Frage. Erstere umfassen insbesondere: <ul style="list-style-type: none"> • die Unterlassungsklage; • die Beseitigungsklage; und • die Feststellungsklage. <p>Als reparatorische Rechtsbehelfe kommen folgende in Frage:</p> <ul style="list-style-type: none"> • die Klage auf Schadenersatz; • die Klage auf Genugtuung; und • die Klage auf Gewinnherausgabe. 	
Bevor auf die verschiedenen Klagen eingegangen wird, muss zunächst die Aktiv- und Passivlegitimation von J und U in Bezug auf diese Klagen abgehandelt werden.	
1. Aktivlegitimation	3
Aktivlegitimiert ist jede Person, deren Persönlichkeitsrechte direkt verletzt worden sind oder von einer Verletzung bedroht werden. ²⁴ Nach Art. 19c Abs. 1 ZGB können urteilsfähige handlungsunfähige Personen die Rechte, die ihnen um ihre Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig ausüben. Unter diese höchstpersönlichen Rechte fällt auch die Geltendmachung der negatorischen Klagen im Sinne von Art. 28a Abs. 1 ZGB (Unterlassungs- Beseitigungs- und Feststellungsklage) sowie die Genugtuungsklage . ²⁵ Rechte zur Verfolgung von vermögensrechtlichen Interessen gelten grundsätzlich nicht als höchstpersönlich. Folglich bedarf es bei der Schadenersatzklage sowie der Gewinnherausgabeklage der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters . ²⁶	

²⁴ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 918.

²⁵ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 856 u. N 918.

²⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 302; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 856; vgl. BGE 127 IV 193, E. 5 b) ee).

<p>Vorliegend wurde nach Ziff. C das Persönlichkeitsrecht von J verletzt, womit sie grundsätzlich aktivlegitimiert ist. J ist mangels gegenteiliger Angaben und aufgrund ihres Alters (17 Jahre) in Bezug auf diese Klagen als urteilsfähig zu betrachten. Da sie aber noch nicht volljährig ist, ist sie beschränkt handlungsunfähig.</p> <p>Weil es sich beim Persönlichkeitsschutz um ein (relatives) höchstpersönliches Recht handelt, kann sie die negatorischen Klagen sowie den Genugtuungsanspruch selbständig geltend machen (und ist somit auch prozessfähig i.S.v. Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Für einen allfälligen Schadenersatzanspruch oder eine Gewinnherausgabe bedürfte es hingegen einer Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertretung.</p>	
2. Passivlegitimation	1
<p>Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht angerufen werden. Es sind somit alle (Mit-)Urheber der Verletzung, d.h. Allein- und Mittäter, Anstifter sowie Gehilfen, passivlegitimiert.²⁷</p>	
<p>In casu sind nach Fragestellung nur die Rechtsbehelfe von J gegen U zu prüfen. Da U als Autor des Buches als der primäre Urheber der Persönlichkeitsverletzung betrachtet werden kann, ist er passivlegitimiert.</p>	
3. Negatorische Klagen	
<p>Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1-3 ZGB sieht drei negatorische Klagen vor: die Unterlassungsklage, die Beseitigungsklage sowie die Feststellungsklage.</p>	
a. Unterlassungsklage	4
<p>Die Unterlassungsklage nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zielt darauf ab, es dem Beklagten gerichtlich zu verbieten, in der Zukunft ein bestimmtes Verhalten (erneut) vorzunehmen, das den Kläger widerrechtlich in seinen Persönlichkeitsrechten verletzen würde.²⁸ Das Verbot muss auf ein genau umschriebenes, ernstlich zu befürchtendes, künftiges Verhalten gerichtet sein. Deshalb bedarf es des Nachweises einer ernsthaften und nahe liegenden Gefahr der Verletzung und die richterliche Anordnung muss verhältnismässig sein.²⁹ Mit einer Unterlassungsklage kann bewirkt werden, dass die zukünftige Verbreitung eines Buches verboten wird oder dass Passagen gestrichen oder in einer Zweitaufgabe geschwärzt werden; eine Rückwirkung ist hingegen nicht möglich.³⁰ Aufgrund der präventiven Natur der Unterlassungsklage wird diese nur mit grosser Zurückhaltung gutgeheissen.</p>	
<p>Vorliegend ist die Persönlichkeitsverletzung bereits eingetreten, da das Buch von U schon veröffentlicht und an Bücherläden verkauft wurde. Es könnte damit höchstens (aber immerhin) erreicht werden, dass U keine weiteren Exemplare mit dem Umschlag produzieren bzw. verkaufen könnte. Überdies könnte J erzwingen, dass in einer</p>	

²⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 780.

²⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 787.

²⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 788.

³⁰ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28a N 2.

<p>Zweitaufgabe ihr Bild vom Cover des Buches entfernt wird. Ein gerichtliches Verbot der zukünftigen Produktion mit dem gleichen Cover dürfte der Verhältnismässigkeit kaum entgegenstehen, kann doch U das Cover für die neue Produktion mühelos ersetzen.</p> <p>Die Unterlassungsklage wird folglich in Bezug auf die Interessen von J, ihr Bild nicht mehr als Cover sehen zu wollen, erfolgreich sein, da sie immerhin eine zukünftige Produktion des Buchs ohne ihr Foto erreichen kann.</p>	
b. Beseitigungsklage	4.75
<p>Die Beseitigungsklage nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB hat zum Ziel, eine bestehende Verletzung zu beseitigen.³¹ Sie setzt voraus, dass i) eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung besteht; ii) diese im Zeitpunkt des Urteils noch vorhanden ist und; iii) behoben werden kann.³² Auch hier ist die Verhältnismässigkeit zu wahren.³³</p>	
<p>In casu hat U einen Viertel der Bücher noch nicht verkauft. Auf diesen Büchern befindet sich immer noch das Foto von J, womit die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Zeitpunkt des Urteils immer noch vorhanden ist. Zwar kann mit der Unterlassungsklage bereits erzielt werden, dass keine weiteren Exemplare produziert bzw. verkauft werden. Dennoch dürfte für J wichtig sein, dass das Cover der von U gehaltenen Bücher geändert oder geschwärzt wird, was im Vergleich zur Vernichtung sicherlich das mildere Mittel darstellen würde.</p>	
c. Feststellungsklage	1.5
<p>Mit der Feststellungsklage nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB soll die Widerrechtlichkeit einer beendeten Verletzung festgestellt werden, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Rechtsschutzinteresse in Gestalt des Feststellungsinteresses). Eine störende Auswirkung dürfte vorliegen, wenn Dritte von der Verletzung Kenntnis erhalten und deshalb einen falschen bzw. nachteiligen Eindruck bewahren oder wenn über die Rechtmässigkeit eine Unklarheit besteht.³⁴ Es ist in der Lehre umstritten, ob die Feststellungsklage subsidiär zu der Beseitigung- und der Unterlassungsklage ist.³⁵</p>	
<p>Im vorliegenden Fall kann vertreten werden, dass es der Feststellungsklage nicht bedarf, da die Unterlassungs- sowie die Beseitigungsklage die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung schon vornehmen müssen. Ebenso kann argumentiert werden, dass die Verletzung noch andauert und somit es wiederum einer Feststellungsklage nicht bedarf.</p>	
4. Reparatorische Klagen	
<p>Neben den negatorischen Klagen sieht Art. 28a Abs. 3 ZGB vor, dass Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie Klagen auf Heraus-</p>	

³¹ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 925.

³² BSK ZGB I-MEILI, Art. 28a N 4.

³³ Vgl. BGE 135 III 145 E. 5 ff.

³⁴ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 929.

³⁵ Für die Subsidiarität bspw. BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4.A. 2009, N 563. Für eine Kombination: HOFER, N 249 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 801 f.

gabe eines Gewinns vorbehalten bleiben (sog. reparatorische Klagen). Sie können damit gehäuft oder anstelle der Klagen nach Art. 28a Abs. 1 und 2 geltend gemacht werden. ³⁶	
a. Klage auf Schadenersatz	1
Die Klage auf Schadenersatz richtet sich nach Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 ff. OR und setzt Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden voraus.	
Vorliegend ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Hinweise auf einen allfälligen Schaden . Das Bild von J stellt diese nicht in einem schlechten Licht dar und dürfte daher insb. ihr berufliches Fortkommen nicht erschweren. Eine allfällige immaterielle Auswirkung wäre mit der Klage auf Genugtuung auszugleichen. Es besteht demnach kein Anspruch auf Schadenersatz.	
b. Klage auf Genugtuung	2.75
Es besteht auch die Möglichkeit der Klage auf Genugtuung nach Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR . Im Gegensatz zum Schadenersatz soll die Genugtuung nicht zum Vermögensausgleich führen, sondern eine immaterielle Unbill abgelenken. ³⁷	
Im Unterschied zum Schadenersatz, bei welchem bereits eine minimale Vermögenseinbusse zu einem Anspruch führt, genügt ein geringes Unbehagen noch nicht für die Zusprechung einer Genugtuung. ³⁸ Die objektive und subjektive Schwere der Verletzung muss die Zusprechung einer Geldsumme rechtfertigen. ³⁹ Die seelische Beeinträchtigung, die der Einzelne im zwischenmenschlichen Umfang normalerweise hinzunehmen hat, muss deutlich übertroffen werden (objektive Schwere). ⁴⁰ Diese objektiv schwere Verletzung muss zudem vom Betroffenen als seelischer Schmerz empfunden werden (subjektive Schwere). ⁴¹	
Vorliegend handelt es sich um ein Bild auf der Titelseite eines Buchs. Dies stellt einen relativ starken Eingriff in die Persönlichkeitsrechte von J dar; insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es in den Buchläden verkauft und damit wohl schweizweit erworben werden kann. Dennoch findet J das Bild schön und gelungen . Es zeigt sie weder in einer misslichen Situation oder sonst in negativer Weise. Von einem seelischen Schmerz auf Seiten von J kann folglich schwer gesprochen werden , weswegen auch ein Anspruch auf Genugtuung eher abgelehnt werden würde.	
c. Klage auf Gewinnherausgabe	2.5
Zuletzt könnte nach Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 OR ein Gewinn des Geschäftsführers herausverlangt werden, welcher dieser aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung erzielt hat. ⁴² Die Gewinnabschöpfung setzt i) eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung ;	

³⁶ BGer 5A_562/2018 E. 4.3.3.

³⁷ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28a N 17.

³⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 871.

³⁹ BGE 120 II 97 E. 2; BGE 129 III 715 E. 4.4.

⁴⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 871; BGer 6B_971/2019 E. 1.

⁴¹ BGE 120 II 97 E. 2b).

⁴² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 878.

<p>ii) einen erzielten Gewinn des Geschäftsführers und iii) einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Gewinnerzielung und der Persönlichkeitsverletzung voraus.⁴³ Es ist umstritten, ob ein Verschulden des Geschäftsführers notwendig ist.⁴⁴</p>	
<p>Vorliegend ist die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung zu bejahen (siehe II.C). Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass U durch sein Buch «<i>Street Life Pictures – An Influencer’s Guide</i>» einen Gewinn erwirtschaftet, da er hauptberuflich als Influencer tätig ist. Es fragt sich hingegen, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der Persönlichkeitsverletzung und dem Gewinn bejaht werden kann. Zur Kausalität hat sich das Bundesgericht primär bei persönlichkeitsverletzenden Artikeln in Zeitungen geäußert.⁴⁵ Es genügt hinsichtlich des Kausalzusammenhangs eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, soweit sich ein direkter Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht führen lässt.⁴⁶</p> <ul style="list-style-type: none"> • Für die Kausalität kann angeführt werden, dass das Cover eines Buchs – insb. im Bereich Fotografie – von sehr grosser Bedeutung für den Kaufentscheid sein kann. Menschen, die ihre Fotografie-Kenntnisse erweitern wollen, werden ein Buch nicht erwerben, welches ein ästhetisch wenig ansprechendes Bild als Cover aufweist. • Als Gegenargument kann vorgebracht werden, dass ein Buch in erster Linie von seinem Inhalt lebt und es bei einem Buch über Fotografie auch um die darin vermittelten Kenntnisse geht. Dass Personen nur aufgrund eines guten Coverbildes ein Buch kaufen, ist eher unwahrscheinlich. Zumal handelt es sich beim verwendeten Bild nicht um einen einzigartigen und flüchtigen Moment, der bei der «<i>Street</i>»-Fotografie primär angestrebt wird, sondern um ein «gestelltes» Portrait. 	
<p>Der Anspruch auf Gewinnherausgabe kann somit bei entsprechender Argumentation entweder bejaht oder verneint werden. Die Bezifferung kann nach dem Bundesgericht in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR durch eine Schätzung des Richters vorgenommen werden.⁴⁷</p>	<p>+ 0.5 ZP</p>
<p>Total Teil C-D</p>	<p>20.5 Punkte + 0.5 ZP</p>

<p>E. Fazit</p>	
<p>Zusammenfassend ist eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung in Bezug auf die Verwendung des Bildes von J auf dem Cover des Buchs «<i>Street Life Pictures – An Influencer’s Guide</i>» zu bejahen. Die Erfolgchancen bezüglich der Unterlassungs- und Beseitigungsklage, stehen gut. Ein Schadenersatzanspruch sowie ein Anspruch auf Genugtuung dürften hingegen aufgrund des fehlenden Schadens bzw.</p>	

⁴³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 879; vgl. BGE 133 III 153 E. 2.4. zum Inhalt des Verweises.

⁴⁴ Bejahend z.B. HÜRLIMANN-KAUF/SCHMID, N 953; verneinend z.B. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 881.

⁴⁵ BGE 133 III 153 E. 3.3 f.

⁴⁶ BGE 107 II 269 E. 1b).

⁴⁷ BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2.

fehlender immateriellen Unbill scheitern. Je nach Argumentation und Beweislage stünde J ein Anspruch auf Gewinnherausgabe offen.	
GESAMTPUNKTEZAHL AUFGABE 1	36 Punkte + 0.5 ZP

III. Musterlösung Aufgabe 2 «Filmfreunde des Polziottesco»

A. Zustandekommen des Vertrages	Punkte
Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist für einen Vertragsschluss die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien notwendig. Das Zustandekommen bedingt die Erfüllung folgender Voraussetzungen: ⁴⁸ <ul style="list-style-type: none"> ▪ Rechts- und Handlungsfähigkeit der Parteien; ▪ Gegenseitiger Austausch der Willenserklärungen; ▪ Rechtsbindungswille der Parteien; und ▪ Tatsächlicher oder normativer Konsens. 	
1. Rechts- und Handlungsfähigkeit	1.75
Die Parteien müssen rechts- und handlungsfähig sein. Nach Art. 11 ZGB ist jede natürliche Person rechtsfähig. Die Handlungsfähigkeit natürlicher Personen liegt laut Art. 13 ZGB vor, wenn i) Volljährigkeit i.S.v. Art. 14 ZGB (objektives Kriterium) vorliegt, und ii) die Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB (subjektives Kriterium) gegeben ist. ⁴⁹	
Dem Sachverhalt sind keine Hinweise auf eine mangelnde Rechts- und Handlungsfähigkeit von R zu entnehmen.	
Die Rechtsfähigkeit juristischer Personen richtet sich nach Art. 53 ZGB . Sie sind gemäss Art. 54 ZGB handlungsfähig, sobald die gesetzlich und statutarisch erforderlichen Organe bestellt sind.	
Bei den «Filmfreunden des Polziottesco» handelt es sich um einen Verein und damit um eine körperschaftlich organisierte Personenverbindung i.S.v. Art. 52 Abs. 1 ZGB , mithin um eine juristische Person . Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Vereins «Filmfreunde des Polziottesco» sowie von R anzunehmen.	
2. Zurechnung der Handlungen von V	2
Die juristische Personen handeln durch ihre Organe (Art. 55 Abs. 2 ZGB) – die Handlungen der Organe werden dem Verein als eigene zugerechnet. ⁵⁰ Vorausgesetzt ist einzig die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) der entsprechenden für den Verein handelnden natürlichen Person. ⁵¹	
V ist als Vorstandsvorsitzende ein Organ des Vereins «Filmfreunde des Polziottesco». Sie kann den Verein folglich aufgrund ihrer Organstel-	

⁴⁸ HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A. 2019, N 140.

⁴⁹ HUGUENIN, N 141 f.

⁵⁰ NIGGLI in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3.A. 2016, Art. 55 ZGB N 7; PHILIPP, Haftpflichtrechtkommentar, Art. 55 ZGB N 27.

⁵¹ PHILIPP, Haftpflichtrechtkommentar, Art. 55 ZGB N 32 f.

lung gestützt auf Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 69 ZGB durch den Abschluss eines Vertrages verpflichtet. Dem Sachverhalt sind keine Hinweise zu entnehmen, dass V nicht urteilsfähig i.S.v. Art. 16 ZGB wäre.	
3. Gegenseitiger Austausch der Willenserklärungen und Rechtsbindungswille	9.5
Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist die Gegenseitigkeit der Willenserklärungen in Bezug auf die wesentlichen Vertragspunkte (essentialia negotii) i.S.v. Art. 2 Abs. 1 OR Voraussetzung für den Vertragsschluss. Diese sind in Form von Antrag und Annahme i.S.v. Art. 3 ff. OR auszutauschen.	
Der Rechtsbindungswille besteht im Willensentschluss der Erklärenden, ein Rechtsverhältnis in bestimmter Weise zu gestalten bzw. einer Erklärung rechtliche Relevanz zukommen zu lassen und damit bestimmte Rechtsfolgen auszulösen . ⁵²	
Vorliegend ist zu prüfen, ob die Parteien die zum Vertragsschluss erforderlichen Willensäusserungen (Antrag und Annahme) ausgetauscht haben, wofür auf die einzelnen Willenserklärungen eingegangen wird.	
a. Qualifikation der Aussage von R beim Gespräch zwischen R und V am Vereinsanlass	
Der Antrag stellt die zeitlich erste Willenserklärung dar. Er beinhaltet alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte . Er muss hinreichend bestimmt sein, so dass er mit einem schlichten «ja» angenommen werden kann. ⁵³	
Vom Antrag zu unterscheiden ist die sog. Einladung zur Offertstellung (invitatio ad offerendum) i.S.v. Art. 7 Abs. 1 OR . Gibt eine Partei ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragsschluss – ohne definitiven Rechtsbindungswillen – kund, handelt es sich nicht um einen Antrag, sondern um eine Einladung zur Offertstellung. Ob ein Antrag oder eine <i>invitatio ad offerendum</i> vorliegt, ist im Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln. ⁵⁴	
Gemäss Sachverhalt möchte R die Mafia-Trilogie von Damiano Damiani erwerben. Am Vereinsanlass äussert er seine Suchbemühungen gegenüber V. Vorliegend bittet R V, ihm einen Preis für die Trilogie zu unterbreiten , falls der Verein das Werk auf Lager habe. Auch wenn es aufgrund seiner langen Suchbemühungen sehr wahrscheinlich ist, dass R ein allfälliges Angebot von V annehmen würde, kann seine Aufforderung zur Abgabe von einem Angebot noch nicht als Antrag betrachtet werden. Vielmehr kann angenommen werden, dass sich R trotzdem die Freiheit vorbehalten möchte, das daraufhin gemachte Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Dies insbesondere, da der Preis der Trilogie noch nicht bekannt ist. In diesem Fall fehlt es R an einem Rechtsbindungswillen . Es handelt sich bei der Aufforderung zur Preisunterbreitung um eine blosser <i>invitatio ad offerendum</i> i.S.v. Art. 7 Abs. 1 OR.	

⁵² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. A. 2020, N 171.

⁵³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 363.

⁵⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A. 2020, N 28.09 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 369.

b. Qualifikation der Aussage von V beim Gespräch zwischen R und V am Vereinsanlass	
Auch von der Seite von V ist nicht von einem Antrag auszugehen: Sie weiss nicht, ob der Verein die von R gewünschten Filme überhaupt an Lager hat. Indem sie R dies mitteilt, macht sie deutlich, dass sie ihm noch kein Angebot machen möchte. V fehlt ebenfalls der Rechtsbindungswille.	+ 0.5 ZP
c. Qualifikation der Chat-Nachricht von V um 10:14 Uhr	
Im vorliegenden Fall schreibt VV R via Chat-Applikation folgende Nachricht: «Habe die Trilogie gefunden. CHF 600.– das Exemplar, okay? Du kannst sie morgen im Vereinshaus abholen.» Der Nachricht ist der Kaufgegenstand (die Mafia-Trilogie) und ein bestimmbarer Preis (CHF 600.– das Exemplar) zu entnehmen. Folglich ist in der Chat-Nachricht von V um 10:14 Uhr ein Antrag zu sehen. Das Angebot enthält die wesentlichen Vertragselemente (Parteien, Kaufgegenstand, Kaufpreis) und ist so bestimmt , dass R diese mit einem einfachen «Ja» akzeptieren kann. Überdies möchte V für den Verein «Filmfreunde des Polziottesco» ein Rechtsverhältnis gestalten und Rechtsfolgen auslösen , namentlich den Verkauf der Mafia-Trilogie. Ein Rechtsbindungswille seitens V ist deshalb vorhanden.	
V versendet das Angebot mittels Chat-Applikation. Die Kommunikation per E-Mail, SMS und dergleichen gehört zum Antrag unter Abwesenden. ⁵⁵ Es handelt sich daher bei der Chat-Nachricht von V um 10:14 Uhr um einen Antrag unter Abwesenden ohne Annahmefrist i.S.v. Art. 5 Abs. 1 OR.	
d. Qualifikation der Chat-Nachricht um 10:55 Uhr	
Fraglich ist, ob die Chat-Nachricht von R um 10:55 Uhr als Annahme verstanden werden kann. Mit der Annahme teilt der Erklärende der Anbietenden mit, ihren Antrag anzunehmen, wobei sie dem Antrag zeitlich nachfolgt . ⁵⁶ Die Annahme muss mit den objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten des Angebots übereinstimmen . ⁵⁷	
Die Annahme muss rechtzeitig erfolgen. Beim Antrag unter Abwesenden ohne Annahmefrist bleibt der Antragssteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf (Art. 5 Abs. 1 OR). Bei der elektronischen Übermittlungsweise ist die Annahmefrist verhältnismässig kurz. ⁵⁸	
Vorliegend antwortet R bereits um 10:55 Uhr, also innert kürzester Zeit . Mit seiner Antwort «Super, nehme ich gerne.☺ Ich komme morgen um 13 Uhr vorbei.» nimmt er Vs Angebot ausdrücklich und rechtzeitig an. Rs Antwort um 10:55 Uhr ist folglich als Annahme zu qualifizieren.	

⁵⁵ SCHWENZER, N 28.20.

⁵⁶ HUGUENIN, N 221.

⁵⁷ KUT in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, 3.A. 2016, Art. 1 N 35.

⁵⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 412.

e. Zwischenfazit	
Es fand ein Austausch der Willenserklärungen statt. V machte R einen Antrag per Chat-Nachricht (10:14 Uhr); dieser Antrag wurde von R angenommen (10:55 Uhr). Fraglich ist nun, ob die Willenserklärungen der Parteien übereinstimmen, d.h. ob ein Konsens gegeben ist.	
4. Tatsächlicher oder normativer Konsens	4.5
Ein Konsens liegt vor, wenn die Willenserklärungen der Parteien hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte übereinstimmen. Es wird dabei zwischen tatsächlichem und normativem Konsens unterschieden.	
a. Tatsächlicher Konsens	
Tatsächlicher Konsens liegt vor, wenn die abgegebenen Willenserklärungen dem wirklichen inneren Willen der jeweiligen Partei entsprechen und diese von der Gegenpartei richtig verstanden wurde. ⁵⁹	
Vorliegend möchte V die Mafia-Trilogie für CHF 600.– pro Exemplar, d.h. für insgesamt CHF 1'800.– verkaufen . R will dagegen die gesamte Trilogie für insgesamt CHF 600.– erwerben . Der tatsächliche Wille von V stimmt folglich in Bezug auf den Kaufpreis nicht mit jenem von R überein. Es liegt kein tatsächlicher Konsens vor.	
b. Normativer Konsens	
Fehlt ein tatsächlicher Konsens, müssen die Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ausgelegt werden. Die Erklärung ist so auszulegen, wie sie von der Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstanden werden durfte und musste. ⁶⁰ Dabei wird auf den objektiven Sinn des Erklärungsinhaltes abgestellt, wie eine vernünftige Drittperson mit gleichen Kenntnissen wie der Empfänger die Erklärung hätte verstehen dürfen. Stimmen die nach dem Vertrauensprinzip ausgelegten Willenserklärungen überein, liegt ein sog. normativer Konsens vor. ⁶¹	
Als V R die Trilogie für «CHF 600.– das Exemplar» anbietet, geht R davon aus, sie meine ein Exemplar der Trilogie, d.h. alle drei Filme. Fraglich ist, ob er Vs Aussage auch wirklich so verstehen durfte und konnte: Gemäss Sachverhalt äussert R beim Vereinsanlass seine Suchbemühungen nach der äusserst seltenen Mafia-Trilogie von Damiano Damiani. Zu keinem Zeitpunkt äusserte er den Wunsch, nur eine der drei Videokassetten erwerben zu wollen. Nur schon deswegen konnte R nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass V mit «das Exemplar» die Mafia-Trilogie als Ganzes und nicht bloss eine Videokassette meinte. V weiss schliesslich, dass R die gesamte Trilogie kaufen möchte. Hinzukommt, dass V auch selbst ausdrückt, dass sie im Vereinslager schauen wird, ob der Verein «ein Exemplar der Trilogie» besitze. Ebenfalls als Indiz zu berücksichtigen ist der Marktwert , welcher laut Sachverhalt für die gesamte Trilogie CHF 500.– beträgt. Dass R V Aussage als «600.– für die gesamte Trilogie» verstehen konnte, liegt	

⁵⁹ HUGUENIN, N 245.

⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 316.

⁶¹ HUGUENIN, N 249.

dementsprechend nahe, würde der Preis ansonsten doch mehr als das Dreifache des Marktwertes betragen.	
Zusammenfassend konnte R nach Treu und Glauben Vs Aussage «Habe die Trilogie gefunden. CHF 600.– das Exemplar.» als insgesamt CHF 600.– für die gesamte Trilogie und nicht pro Videokassette verstehen dürfen. Demnach liegt ein normativer Konsens über den Verkauf der Mafia-Trilogie, sprich aller drei Filme, für insgesamt CHF 600.– vor. V muss sich auf ihr Erklärungsverhalten behaften lassen.	
[Hinweis: Andere Ansicht mit entsprechender Begründung vertretbar.]	
5. Zwischenfazit	0.25
Zwischen R und dem Verein «Filmfreunde des Poliziottesco» ist ein Vertrag über den Kauf der Mafia-Trilogie für insgesamt CHF 600.– zustande gekommen.	
Total Teil A	18 Punkte + 0.5 ZP
B. Ist der Vertrag gültig bzw. verbindlich?	1
Zwischen R und dem Verein «Filmfreunde des Poliziottesco» ist gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ein Vertrag über den Verkauf der Mafia-Trilogie für insgesamt CHF 600.– zustande gekommen. Zu prüfen ist, ob dieser auch gültig bzw. verbindlich ist.	
1. Form- und Inhaltsmängel	0.5
Der Vertrag darf einerseits keine Form und Inhaltsmängel enthalten. Nach Art. 11 Abs. 1 OR (Grundsatz der Formfreiheit) bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig.	
Dem Sachverhalt sind keine Hinweise auf allfällige Form- oder Inhaltsmängel zu entnehmen.	
2. Willensmängel	
a. Motivirrtum/Grundlagenirrtum	0.75
Der Motivirrtum ist ein Irrtum in der Willensbildung: Der Erklärende geht irrtümlich von einem falschen Umstand aus, der für seinen Geschäftswillen bedeutsam ist.	
V hat ihren Willen bezüglich des Kaufvertrages nicht falsch gebildet, weshalb ein Motivirrtum ausser Betracht fällt.	
b. Erklärungsirrtum	5.5
i. Begriff	
Zu prüfen ist aber, ob ein Erklärungsirrtum vorlag. Dabei ist ein allfälliger Erklärungsirrtum seitens V, wie die anderen Willenserklärungen, dem Verein zuzurechnen. Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn jemand an einer Erklärung behaftet wird, die nicht seinem wirklichen Willen entspricht . Der Irrtum betrifft dabei nicht die Willensbildung (Motivirrtum), sondern die Kundgabe des Willens . ⁶²	

⁶² SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 37.03; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 808.

<p>Vorliegend ist zwischen dem Verein «Filmfreunde des Poliziottesco» und R ein Vertrag i.S.v. Art. 1 ff. OR über den Verkauf von der Mafia-Trilogie für insgesamt CHF 600.– zustande gekommen. V, welche als Vorstandsvorsitzende für den Verein gehandelt hatte, wollte die Trilogie jedoch für insgesamt CHF 1'800.– verkaufen. Die Erklärung von V, wie sie nach Treu und Glauben verstanden werden darf (CHF 600.– für die gesamte Trilogie) weicht folglich von ihrem wirklichen Willen (CHF 1'800.– für die gesamte Trilogie) ab. Sie befindet sich in einem Erklärungsirrtum.</p>	
<p>ii. Art des Erklärungsirrtums</p>	
<p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 – 3 OR regeln den Irrtum über die Art des Geschäftes (<i>error in negotio</i>), den Irrtum über die Identität der Sache oder Person (<i>error in corpore vel in persona</i>) und den Irrtum über den Umfang der Leistung (<i>error in quantitate</i>).</p>	
<p>Die Erklärung von V wurde nach Treu und Glauben so verstanden, dass sie die Mafia-Trilogie für insgesamt CHF 600.– verkaufen würde. In Wirklichkeit wollte sie diese aber zu einem Preis von CHF 1'800.– veräussern. Der Irrtum bezieht sich folglich auf den Umfang der Gegenleistung i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR.</p>	
<p>iii. Wesentlichkeit</p>	
<p>Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. In den Fällen von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 – 3 OR wird die Wesentlichkeit vermutet.⁶³</p>	
<p>Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR ist der Irrtum ein wesentlicher, wenn der Irrende eine Leistung von erheblich grösserem Umfang versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfang sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war. Entscheidend ist dabei, ob zwischen gewollter und tatsächlich vereinbarter Leistung bzw. Gegenleistung eine erhebliche Differenz besteht.⁶⁴ Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR umfasst dabei sowohl die objektive als auch die subjektive Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums. Nicht auszuschliessen ist jedoch, dass ein Erklärungsirrtum im Einzelfall als objektiv oder subjektiv nicht wesentlich zu qualifizieren ist.⁶⁵</p>	
<p>Objektiv wesentlich ist ein Erklärungsirrtum, wenn die Differenz zwischen dem objektiven Sinn der Erklärung und dem wirklichen Willen des Irrenden tatsächlich von Bedeutung ist. Objektiv unbedeutend ist der Irrtum, wenn die Abweichung der Erklärung vom wirklichen Willen nach allgemeiner Verkehrsanschauung so geringfügig ist, dass es faktisch kaum einen Unterschied macht.⁶⁶</p>	
<p>Vorliegend irrt sich V über die Gegenleistung. Anstatt den erwarteten CHF 1'800.– muss R bloss CHF 600.– zahlen. Mit CHF 1'800.– betrug der angedachte Preis das Dreifache. Eine solche Differenz in der Höhe von CHF 1'200.– muss als objektiv wesentlich bezeichnet werden.</p>	

⁶³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, in Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. A. 2020, Art. 24 N 9.

⁶⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 37.16.

⁶⁵ HUGUENIN, N 480 f.; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 24 N 9.

⁶⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 827.

Ein Erklärungsirrtum ist dann subjektiv wesentlich , wenn der Irrende den Vertrag nicht mit dem von der anderen Vertragspartei vorgestellten Inhalt abgeschlossen hätte .	
Fraglich ist, ob V die Trilogie auch zu einem Preis von insgesamt CHF 600.– verkauft hätte. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass V am Preis von CHF 1'800.– festhält und die Trilogie auf keinen Fall günstiger verkaufen würde . Es ist folglich davon auszugehen, dass sie dem Verkauf der Trilogie für CHF 600.– nicht zugestimmt hätte. Der Erklärungsirrtum von V ist damit auch subjektiv wesentlich.	
iv. Zwischenfazit	
Es liegt ein wesentlicher Erklärungsirrtum seitens V i.S.v. Art. 23 und Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR vor.	
c. Keine Geltendmachung gegen Treu und Glauben (Art. 25 OR)	0.5
Gemäss Art. 25 Abs. 1 OR kann der Irrende sich nicht auf das Vorliegen eines wesentlichen Irrtums berufen, wenn dies gegen Treu und Glauben verstossen würde. Davon ist auszugehen, wenn eine unnütze Rechtsausübung oder ein krasses Missverhältnis der Interessen vorliegt. ⁶⁷	
Dem Sachverhalt sind keine Hinweise zu entnehmen , die auf ein Handeln wider Treu und Glauben schliessen lassen könnten. Art. 25 Abs. 1 OR steht der Berufung von V auf den Erklärungsirrtum nicht entgegen.	
d. Anfechtungserklärung	0.75
Der Irrende kann den Vertrag durch einseitige, ausdrückliche oder konkludente Gestaltungserklärung anfechten .	
Gemäss Sachverhalt hält V an dem Vertrag fest und teilt R mit, dass sie die Trilogie nicht unter CHF 1'800.– verkaufen werde . Darin ist zumindest eine implizite Anfechtungserklärung zu erblicken, welche R klar macht, dass V den Vertrag nicht zu den vereinbarten Bedingungen gegen sich gelten lassen will.	
e. Frist	1.25
Das Recht der betroffenen Partei, sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrages zu berufen ist befristet. ⁶⁸ Gemäss Art. 31 Abs. 1 OR muss der Irrende binnen Jahresfrist geltend machen, dass er den Vertrag nicht halte. Die Frist beginnt nach Art. 31 Abs. 2 OR in Fällen des Irrtums mit dessen Entdeckung. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist . ⁶⁹ Wird der Vertrag nicht innerhalb eines Jahres für unverbindlich erklärt, gilt er als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR).	
Vorliegend ficht V den Vertrag direkt am Tag nach dem Vertragschluss an. Die Anfechtungserklärung erfolgt folglich innert Frist .	
f. Rechtsfolge	1.25
Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich bei Vertragsschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Die Rechtsfolgen bestimmen sich in der Lehre nach der Ungültigkeitstheorie oder der Anfechtungstheorie .	

⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 846.

⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 901.

⁶⁹ BGE 114 II 141 E. 2b; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 31 N 11.

V beruft sich fristgerecht auf den Erklärungsirrtum. Der Vertrag ist folglich nach Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR unverbindlich bzw. ungültig.	
[Hinweis: Für Ausführungen betreffend Übervorteilung wurden Zusatzpunkte verteilt, sofern das Zustandekommen eines Vertrages über insgesamt CHF 1'800.– bejaht wurde und die Definitionen der Übervorteilung sorgfältig und nachvollziehbar subsumiert wurden.]	+ 1.5 ZP
Total Teil B	11.5 Punkte + 1.5 ZP
C. Fazit	
Der Vertrag zwischen R und dem Verein «Filmfreunde des Poliziotessco» ist aufgrund eines Erklärungsirrtums i.S.v. Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR ungültig bzw. unverbindlich. [Der Irrtende kann sich selbst dann auf den Irrtum berufen, wenn er diesen seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (vgl. Art. 26 Abs. 1 OR). Ob R ggf. einen Anspruch auf Schadenersatz aus fahrlässigem Irrtum hat, braucht nicht weiter ausgeführt werden, da sich die Frage nur auf die Gültigkeit bzw. Verbindlichkeit des Vertrags bezieht.]	
GESAMTPUNKTZAHL AUFGABE 2	29.5 Punkte + 2 ZP

IV. Musterlösung Aufgabe 3 «*Caiman latirostris*»

A. Ansprüche von J gegen den Zoo	Punkte
1. Anspruch von J gegen den Zoo auf Schadenersatz aus Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR)	1
a. Zustandekommen des Vertrages zwischen J und dem Zoo	1
Jean-Luc könnte einen vertraglichen Anspruch auf Schadenersatz gegen die Stiftung Zoo haben, weshalb in erster Linie zu prüfen ist, ob ein Vertrag zwischen Jean-Luc und dem Zoo zustande gekommen ist.	
Gemäss Sachverhalt löst Jean-Luc einen Tageseintritt in den Zoo zu einem Preis von CHF 29.–. Mit Bezahlung der Eintrittsgebühr schliesst Jean-Luc einen Vertrag mit der Stiftung Zoo i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR über den Besuch des Zoos. Anhaltspunkte, die gegen einen Rechtsbindungswillen oder die Rechts- und Handlungsfähigkeit von Jean-Luc respektive der Stiftung Zoo sprechen würden, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. [Anmerkung: Es handelt sich dabei um einen Vertrag sui generis, welcher dem Gastaufnahmevertrag nahesteht. ⁷⁰ Eine eingehende Prüfung des Zustandekommens des Vertrages ist mangels weiterer Hinweise im Sachverhalt nicht erforderlich.]	+0.5 ZP

⁷⁰ BGE 113 II 424 E. 1b).

[Für Ausführungen zu Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 ZGB wurden 0.5 Zusatzpunkte vergeben.]	
b. Gültigkeit des Vertrages	
Form-, Inhalts-, Willensmängel oder eine Übervorteilung können zu der Ungültigkeit bzw. Unverbindlichkeit des Vertrags führen.	
Dem Sachverhalt lassen sich keine Hinweise auf Form-, Inhalts- oder Willensmängel oder Übervorteilung entnehmen. Der Vertrag zwischen Jean-Luc und dem Zoo ist gültig zustande gekommen.	
c. Anspruch auf Schadenersatz aus Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR)	1
Die drei Hauptarten der Vertragsverletzung sind der Verzug, die Unmöglichkeit und die positive Vertragsverletzung .	
Vorliegend stellt sich die Frage, ob eine positive Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR vorhanden ist. Danach hat der Schuldner für den Schaden Ersatz zu leisten, der dadurch entsteht, dass er die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt, sofern er nicht beweist, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt.	
i. Positive Vertragsverletzung	4
Bei der positiven Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR wird die vertraglich geschuldete Leistung nicht gehörig erbracht . Unterschieden wird dabei zwischen einer Schlechterfüllung (Verletzung einer Hauptleistungspflicht) und der Verletzung einer sog. Nebenpflicht . ⁷¹	
Der Zoo ist primär verpflichtet, ihren Besuchern den Eintritt und Aufenthalt im Zoo zu ermöglichen. Mit Kauf des Tickets wurde Jean-Luc der Eintritt auf das Zoogelände gewährt. Die Hauptleistungspflicht wurde erfüllt .	
Nebenpflichten sollen die ordnungsgemässe Erfüllung der vertraglichen Leistung gewährleisten. ⁷² Darunter fallen insbesondere die sog. Obhuts- und Schutzpflichten . ⁷³ Danach sind die Parteien verpflichtet, die Rechtsgüter des Vertragspartners (Leib und Leben, Eigentum) zu schützen bzw. nicht zu gefährden . ⁷⁴ Die Anforderungen an die Sicherheit entsprechen in Bezug auf Absperrungen jenen der ausservertraglichen Werkeigentümerhaftung i.S.v. Art. 58 OR (vgl. dazu O.A.3). ⁷⁵	
Die Stiftung Zoo muss als Nebenpflicht geeignete Vorsichtsmassnahmen zum Schutz der körperlichen Integrität der Besucher treffen. Sie ist namentlich gehalten, den sicheren Aufenthalt im Zoo zu ermöglichen. Dies umfasst im Besonderen auch die Errichtung einer stabilen Absperrung zwischen Mensch und Tier, sodass von Tieren keinerlei Gefahr ausgehen kann. Der Zoo haftet für den mangelhaften Unterhalt der Absperrung, sofern dies zu einer Gefährdung der Sicherheit eines Besuchers führt.	

⁷¹ GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER, N 2619 und 2625; BGer 4A_494/2010 E. 4.1 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 67.07.

⁷² BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 32; WEBER/EMMENEGGER in Berner Kommentar, Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2.A. 2020, Art. 97 N 133.

⁷³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 67.07.

⁷⁴ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 N 135; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. A. 2020, N 2643.

⁷⁵ BGE 126 III 113 E. 2bb).

<p>Vorliegend kann das Geländer um das Gehege des Breitschnauzenkaimans aufgrund alter Schrauben die Stabilität nicht mehr gewährleisten. Als Jean-Luc sich über die Abschränkung lehnt, gibt diese dementsprechend prompt nach. Durch den mangelhaften Unterhalt der Abschränkung verletzt der Zoo eine ihm obliegende vertragliche Nebenpflicht, für die Sicherheit seiner Besucher zu sorgen und diese ausreichend vor den Tieren zu schützen.</p>	
<p>ii. Schaden</p>	<p>3.5</p>
<p>Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, welche in einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder einem entgangenen Gewinn bestehen kann.⁷⁶ Der Schaden entspricht nach der Differenztheorie der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.⁷⁷</p>	
<p>Der Schadenersatzanspruch von Art. 97 Abs. 1 OR richtet sich auf das positive Interesse, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre.⁷⁸ Körperverletzungen stellen sog. Personenschäden dar.⁷⁹ Für den Umfang des Schadenersatzes aus positiver Vertragsverletzung verweist Art. 99 Abs. 3 OR auf die Bestimmungen zur unerlaubten Handlung und damit auch auf Art. 45 – 47 OR.⁸⁰ (Gemäss Art. 46 Abs. 1 OR hat der Verletzte bei einer Körperverletzung Anspruch auf «Ersatz der Kosten». Gemeint ist damit der Schaden in Form eines <i>damnum emergens</i> (Verminderung der Aktiven / Erhöhung der Passiven). Dazu gehören sämtliche finanziellen Aufwendungen, welche infolge der Körperverletzung entstehen, wie etwa Transportkosten, Arzt- und Spitalbehandlungskosten, Therapiekosten etc.⁸¹</p>	
<p>Nach dem Unfall wird Jean-Luc sofort mit dem Krankenwagen ins Spital gefahren und entsprechend behandelt. Die Kosten belaufen sich dabei auf CHF 200.– für den Transport plus CHF 12'000.– für Behandlung und Therapie. In diesem Umfang (insgesamt CHF 12'200.–) vermindern sich die Aktiven bzw. vermehren sich die Passiven von Jean-Luc. Ein aus der Körperverletzung resultierender (seelischer) Schmerz stellt hingegen keinen Personenschaden dar. Dieser eröffnet dem Verletzten höchstens einen Genugtuungsanspruch (vgl. O.A.5).⁸²</p>	
<p>Kein Schaden aus positiver Vertragsverletzung stellt die Eintrittsgebühr von CHF 29.– dar. Diese wäre auch bei richtiger Erfüllung des Vertrages angefallen und wird daher nicht vom positiven Interesse des Art. 97 Abs. 1 OR erfasst. Insgesamt ist Jean-Luc folglich ein Schaden in der Höhe von CHF 12'200.– entstanden.</p>	

⁷⁶ HUGUENIN, N 867; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 18 f.

⁷⁷ BGE 144 III 155 E. 2.2.

⁷⁸ HUGUENIN, N 872 f.

⁷⁹ REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A. 2018, N 257.

⁸⁰ Vgl. BSK OR I-LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 99 N 20.

⁸¹ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 45; REY/WILDHABER, N 267.

⁸² SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 38.

iii. Kausalität	5
<p>Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Bei einer Pflichtverletzung durch Unterlassen ist dabei auf den sog. hypothetischen Kausalzusammenhang abzustellen (<i>conditio cum qua non</i>).⁸³ Ein hypothetischer Kausalzusammenhang liegt vor, wenn der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht eingetreten wäre, hätte der Schädiger die rechtlich gebotene Handlung vorgenommen.⁸⁴ Die Wertungspunkte des adäquaten Kausalzusammenhangs werden im Rahmen der hypothetischen Kausalität bereits berücksichtigt; eine Prüfung der Adäquanz erübrigt sich.⁸⁵</p>	
<p>Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass die Schrauben des Geländers vom Krokodilgehege so stark korrodiert sind, dass die Stabilität nicht mehr gewährleistet ist. Wäre der Zoo seiner Schutzpflicht nachgekommen, indem sie das Gelände stabilisiert hätte, wäre Jean-Luc nicht in das Alligatorengehege gefallen und der Breitschnauzenkaiman hätte ihm nicht ins Bein gebissen. Überdies entspricht es dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein unstabiles Gelände früher oder später menschlichem Druck nachgeben und der Sturz in das Krokodilgehege, insbesondere in dasjenige eines Breitschnauzenkaimans, zu Verletzungen der entstandenen Art führen würde. Die Transport- und Arztkosten wären folglich nicht eingetreten, hätte die Stiftung Zoo die Absperrung angemessen stabilisiert und damit ihre vertragliche Nebenpflicht erfüllt.</p>	
<p>Fraglich ist jedoch, ob der Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden unterbrochen wurde, indem sich Jean-Luc über die Abschränkung lehnte. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass ein adäquater Kausalzusammenhang unter anderem durch grobes Selbstverschulden des Geschädigten unterbrochen werden kann.⁸⁶ Das Bundesgericht ist bei der Annahme von grobem Selbstverschulden streng. Es verlangt, dass das Selbstverschulden derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, dass damit kaum gerechnet werden konnte.⁸⁷ Entscheidend ist die Intensität der beiden Ursachen.⁸⁸ Eine Unterbrechung wird grundsätzlich nur angenommen, wenn die Zusatzursache einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass die ursprüngliche Ursache als nicht mehr beachtlich erscheint.⁸⁹</p>	+ 1 ZP

⁸³ HUGUENIN, N 889a.

⁸⁴ HUGUENIN, N 889; BGE 124 III 155 E. 3d); BGE 121 III 358 E. 5.

⁸⁵ BGE 132 III 715 E. 2.3.

⁸⁶ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 20.01; REY/WILDHABER, N 668 ff.; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 117 ff.; BGer 4A_115/2014 E. 6.4.1.

⁸⁷ BGE 116 II 519 E. 4b.

⁸⁸ BGer 4A_115/2014 E. 6.4.1.

⁸⁹ REY/WILDHABER, N 669.

<p>[Alternativ: Die Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs durch schweres Selbstverschulden, Drittverschulden oder höhere Gewalt wird von einem Teil der Lehre abgelehnt. Es sei widersprüchlich von einer Unterbrechung eines an sich bereits als adäquat gewerteten Kausalzusammenhangs zu sprechen. Entweder liegt ein adäquater Kausalzusammenhang vor oder eben nicht.⁹⁰]</p>	
<p>In seiner Freude über den Breitschnauzenkaiman lehnte sich Jean-Luc über die Abschränkung, welche augenblicklich nachgab. Während das Übersteigen von Absperrungen und das Greifen in die Tieranlagen klar als grobes Selbstverschulden betrachtet werden könnte, erreicht ein reines Abstützen und Darüber-Lehnen die geforderte Intensität wohl nicht. Besonders im Zoo ist es nicht unüblich, dass sich Besucher über die Abschränkung lehnen, um sich einen besseren Überblick über die Tiere zu verschaffen. Es entspricht deshalb der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Geländer in einem Zoo eine gewisse Belastung aushalten muss. Ziel einer solchen Abschränkung ist schliesslich gerade, Sicherheit zwischen Tier und Mensch zu gewährleisten. Jean-Lucs Verhalten kann nicht als so schwer und unvernünftig aufgefasst werden, dass die mangelhafte Stabilität des Geländers in den Hintergrund gedrängt würde und nicht mehr als adäquate Schadensursache erschien.⁹¹ Nicht zuletzt war der Mangel am Geländer für Jean-Luc nicht erkennbar. Der Kausalzusammenhang wird folglich nicht aufgrund von Selbstverschulden seitens Jean-Luc unterbrochen. Die Kausalität ist gegeben.</p>	
<p>iv. Verschulden</p>	<p>1.75</p>
<p>Der Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung setzt weiter ein Verschulden seitens der schädigenden Person voraus. Dabei wird das Verschulden bei der vertraglichen Haftung i.S.v. Art. 97 OR vermutet. Die schädigende Person kann sich von der Haftung befreien, indem sie den Exkulpationsbeweis erbringt.⁹²</p>	
<p>Da es sich hier um eine juristische Person handelt, wird das Verschulden der Organe vermutet. Ein Verschulden der Organe (natürliche Personen) verlangt zunächst Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB (subjektive Komponente).⁹³ Juristische Personen werden durch ihre Organe verpflichtet (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Das Handeln der Organe wird der juristischen Person als eigene Handlung zugerechnet, sofern dieses in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen erfolgte.⁹⁴ Darunter fallen auch die von Art. 97 f. OR erfassten Vertragsverletzungen.⁹⁵ Das für die Zurechnung in Frage kommende Verhalten kann auch in einer Unterlassung beziehungsweise in einem Untätigbleiben bestehen.⁹⁶</p>	<p>+ 1 ZP</p>

⁹⁰ vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf, 2013, § 3 N 37.

⁹¹ Das Bundesgericht verneinte in BGer 6B_83/2012 die Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs durch Selbstverschulden zwischen einer fehlerhaften Baustellensicherung und dem Unfall eines Radfahrers, welcher die ungenügend signalisierte Baustelle auf der falschen Seite umfahren hatte und in die sich dort befindende Grube stürzte.

⁹² HUGUENIN, N 893.

⁹³ HUGUENIN, N 894.

⁹⁴ CHK-NIGGLI, Art. 55 ZGB N 7 und 12; PHILIPP, Haftpflichtrechtkommentar, Art. 55 ZGB N 27.

⁹⁵ BK-RIEMER, Art. 54/55 ZGB N 55; BGE 112 II 245 E. I.e.

⁹⁶ PHILIPP, Haftpflichtrechtkommentar, Art. 55 ZGB N 29.

[Für Ausführungen bezüglich Art. 55 Abs. 2 ZGB wurde 1 Zusatzpunkt verteilt.]	
Weiter setzt Verschulden Vorsatz oder Fahrlässigkeit (objektive Komponente) voraus. ⁹⁷	
Im vorliegenden Fall enthält der Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte, die gegen ein Verschulden seitens des Zoos in subjektiver oder objektiver Hinsicht sprechen und damit einen Exkulpationsbeweis begründen könnten. Der Zoo trägt die Verantwortung aus Art. 55 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 83 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR für das – zumindest fahrlässige – Untätigbleiben seiner Stiftungsorgane. Das Verschulden ist zu bejahen.	
v. Zwischenfazit	
Die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt, weshalb der Zoo für den entstandenen Schaden Ersatz zu leisten hat.	
d. Zwischenfazit	
Jean-Luc hat gegen die Stiftung Zoo einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Transport und die Behandlung in Höhe von insgesamt CHF 12'200.– aus Art. 97 Abs. 1 OR.	
Total Teil 1	17.25 Punkte + 2.5 ZP
2. Anspruch von J gegen den Zoo auf Schadenersatz aus Tierhalterhaftung (Art. 56 OR)	1
Jean-Luc könnte zusätzlich einen Anspruch auf Schadenersatz aus Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR haben.	
Art. 56 OR statuiert eine milde Kausalhaftung, wonach der Tierhalter für den von einem Tier angerichteten Schaden haftet. Neben den allgemeinen Haftpflichtvoraussetzungen (Schaden bzw. immaterielle Unbill, Kausalität, Widerrechtlichkeit) muss zusätzlich i) die Haltereigenschaft der verantwortlichen Person gegeben sein, und ii) die Schadensverursachung durch das Tier iii) aus eigenem Antrieb erfolgen.	
a. Haltereigenschaft	2
Subjekt der Haftpflicht nach Art. 56 OR ist der Tierhalter . Entscheidend für die Qualifikation des Tierhalters ist einzig, dass dieser in einem Gewaltverhältnis zum Tier steht, d.h. über das Tier verfügen kann. ⁹⁸ Unter Verfügung versteht man die Bestimmung darüber, wo ein Tier gehalten wird, wie, von wem und wozu es verwendet wird und wie es behandelt, überwacht und ausgestattet werden soll. ⁹⁹ Zentrales Indiz für die Halterstellung ist der Nutzen bzw. das Interesse am Tier . Daraus folgt, dass Halter ist, wer von den Vorteilen des Tieres profitiert, d.h. jene Person, für dessen Zwecke das Tier vorwiegend gehalten wird. ¹⁰⁰ Einzustehen nach Art. 56 OR ist nur für Tiere, welche auch tatsächlich gehalten werden können. Nicht erforderlich ist dabei, dass er seinem Halter auch gehorcht . So fällt beispielsweise auch die Haltung	

⁹⁷ HUGUENIN, N 894.

⁹⁸ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 251; BGE 115 II 237 E. 2c.; BGE 104 II 23 E. 2a.

⁹⁹ BSK OR I-KESSLER, Art. 56 N 11.

¹⁰⁰ BREHM in: Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. A. 2013, Art. 56 OR N 5.

von domizilierten Fischen, Vögeln und Bienen unter Art. 56 OR, nicht aber Jagdwild, welches in der Freiheit lebt. ¹⁰¹ Haftbar ist, wer im Zeitpunkt der Schädigung Halter ist. ¹⁰²	
Es kann davon ausgegangen werden, dass der Zoo entscheiden kann, wie und wo das Krokodil gehalten wird. Die Stiftung Zoo ist auch diejenige (juristische) Person, welche von den Vorteilen des Tieres profitiert. Unabhängig davon, wer Eigentümer des Tieres ist, steht der Zoo auch in einem Gewaltverhältnis zum Breitschnauzenkaiman und erfüllt folglich die Tierhaltereigenschaft nach Art. 56 OR. Im Gegensatz zu seinem Vorkommen in der Wildnis wird der Breitschnauzenkaiman im vorliegenden Fall im Krokodilgehege des Zoos gehalten. Es handelt sich daher um ein Tier, welches durch die Abschrankung des Geheges dem Willen des Menschen unterworfen werden kann. Dass er nicht den Befehlen des Tierhalters folgt, ist unerheblich. Der Zoo erfüllt folglich die Tierhaltereigenschaft nach Art. 56 OR in Bezug auf den Breitschnauzenkaiman.	
b. Schadensverursachung durch das Tier aus eigenem Antrieb	1.5
Der Schaden muss vom Tier aus eigenem Antrieb angerichtet worden sein. Es darf nicht als bloss willenloses Werkzeug des Menschen gedient haben. ¹⁰³ Typischerweise sind davon Schädigungen durch Ausschlagen, Beissen und Kratzen erfasst. ¹⁰⁴ Solange das Tier instinktiv handelt, kommt es nicht darauf an, ob es von einem Menschen oder durch äussere Ereignisse hierzu veranlasst wird. ¹⁰⁵	
Krokodile sind, was ihre Nahrung angeht, nicht wählerisch. Sie fressen mehr oder weniger alles, was sie erbeuten und überwältigen können. Dies ist ein klar instinktives Verhalten. Der Breitschnauzenkaiman handelte aus eigenem Antrieb. Der Sturz in das Krokodilgehege kann zwar als Anreiz für den Angriff angesehen werden, die Schadensverursachung aus eigenem Antrieb jedoch nicht widerlegen.	
c. Schaden	
Für die Voraussetzungen sowie die Subsumtion siehe 0.A.1.c.ii.	
d. Kausalität	0.5
Ein natürlicher Kausalzusammenhang liegt vor, wenn der entstandene Schaden auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen ist, also die conditio sine qua non für den eingetretenen Schaden gewesen ist. ¹⁰⁶ Adäquate Kausalität liegt vor, wenn das Verhalten des Schädigers nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung dazu geeignet war, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen. ¹⁰⁷	
Im vorliegenden Fall kann der Biss des Breitschnauzenkaimans nicht weggedacht werden, ohne dass auch der Schaden von Jean-Luc ent-	

¹⁰¹ BK OR-BREHM, Art. 56 N 5; BSK OR I-KESSLER, Art. 56 N 7.

¹⁰² BSK OR I-KESSLER, Art. 56 N 11.

¹⁰³ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N253a.

¹⁰⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 53.09.

¹⁰⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 53.09.

¹⁰⁶ BGer 4A_51/2012 E. 2.2.

¹⁰⁷ BGE 123 III 110 E. 3.

<p>fiel. Die natürliche Kausalität ist gegeben. Überdies erscheint ein Angriff von einem Krokodil unbestritten geeignet, einem Menschen einen schweren Schaden zuzufügen. Damit ist auch die adäquate Kausalität gegeben.</p>	
<p>Zur Diskussion betreffend Selbstverschulden siehe O.A.1.c.iii.</p>	
<p>e. Widerrechtlichkeit</p>	1.75
<p>Weiter muss die schädigende Handlung widerrechtlich sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre wird Widerrechtlichkeit angenommen, wenn das schädigende Verhalten gegen ein absolutes Recht des Geschädigten (Erfolgsunrecht) oder eine qualifizierte Schutznorm (Verhaltensunrecht) verstossen wird.¹⁰⁸ Zu den absolut geschützten Rechten zählen insbesondere Leib und Leben (physische und psychische Integrität).¹⁰⁹</p>	
<p>In casu wird Jean-Luc vom Breitschnauzenkaiman ins Bein gebissen. Er wird in seiner physischen Integrität und damit in einem absolut geschützten Rechtsgut beeinträchtigt. Die Widerrechtlichkeit ist gegeben.</p>	
<p>f. Entlastungsbeweis</p>	1.75
<p>Der Tierhalter kann sich gemäss Art. 56 Abs. 1 OR entlasten, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe (sog. Sorgfaltsbeweis) oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre (sog. Befreiungsbeweis).</p>	
<p>Vorliegend waren die alten Schrauben der Abschränkung seit längerer Zeit so stark korrodiert, dass die Stabilität nicht mehr gewährleistet war. Der Zoo hat folglich nicht die erforderliche Sorgfalt angewendet in Bezug auf die Verwahrung des Tieres. Der Sorgfaltsbeweis geht daher fehl.</p> <p>Zudem wäre Jean-Luc bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht ins Gehege gestürzt, da in einem solchen Fall die Abschränkung nicht nachgegeben hätte. Der Befreiungsbeweis scheitert ebenfalls.</p>	
<p>g. Zwischenfazit</p>	
<p>Jean-Luc hat gegen den Zoo einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens aus Art. 56 OR.</p>	
<p>Total Teil 2</p>	8.5 Punkte
<p>3. Anspruch von J gegen den Zoo auf Schadenersatz aus Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR)</p>	1.5
<p>Jean-Luc könnte einen Anspruch auf Schadenersatz aus Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR haben.</p>	
<p>Gemäss Art. 58 Abs. 1 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, den dieses infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung verursacht. Es handelt sich dabei um eine gewöhnliche Kausalhaftung, wobei der Werkeigentümer keine Möglichkeit hat, sich durch Erbringen eines Entlastungsbeweises zu befreien.¹¹⁰</p>	

¹⁰⁸ BGE 119 II 127 E. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1654 f.

¹⁰⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1655; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 150.

¹¹⁰ REY/WILDHABER, N 1205.

Neben den allgemeinen Haftpflichtvoraussetzungen (Schaden bzw. immaterielle Unbill, Kausalität, Widerrechtlichkeit) muss zusätzlich i) ein Gebäude oder anderes Werk bestehen ii) die verantwortliche Person Werkeigentümer sein und iii) ein Werkmangel vorliegen.	
a. Gebäude und andere Werke	2
Art. 58 Abs. 1 OR spricht von Gebäuden und anderen Werken. Als Werke bezeichnet man stabile, d.h. mit dem Erdboden direkt oder indirekt fest verbundene, Gegenstände , welche künstlich hergestellt, d.h. von Menschenhand geschaffen oder angeordnet wurden. Überdies muss das Werk vollendet sein, d.h. seiner zweckgemässen Bestimmung übergeben sein . ¹¹¹	
Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Abschränkung des Krokodilgeheges, die von Menschenhand hergestellt wurde. Gemäss Sachverhalt ist sie überdies mit dem Erdboden verschraubt, womit auch die Stabilität bejaht werden kann. Das Gelände befindet sich auch nicht im Umbau, sondern ist fertiggestellt. Das Gelände um das Krokodilgehege stellt damit ein Werk i.S.v. Art. 58 Abs. 1 OR dar. [Für Ausführungen zur sog. relativen Stabilität, d.h. dazu, dass die Verbindung mit dem Erdboden auch bloss vorübergehend sein kann, wie z.B. bei einem Baugerüst, wurde 1 ZP vergeben. (vgl. etwa BGE 96 II 355, 359).]	+ 1 ZP
b. Eigentümer eines Werkes	0.75
Subjekt der Haftpflicht ist gemäss Art. 58 Abs. 1 OR der Eigentümer des Werkes im Zeitpunkt des Schadenseintritts. Der Begriff Eigentümer ist nach den Bestimmungen des Sachenrechts zu konkretisieren. ¹¹²	
Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass die Stiftung Zoo Eigentümerstellung in Bezug auf sämtliche Anlagen und Bauten auf dem Gelände des Zoos innehat.	
c. Mangelhaftigkeit des Werkes	4
Ein Werkmangel liegt dann vor, wenn ein Werk die für den bestimmungsgemässen Gebrauch erforderliche Sicherheit nicht bietet. ¹¹³ Bestimmungswidrigem Gebrauch braucht das Werk grundsätzlich nicht gewachsen zu sein. ¹¹⁴ Ob ein Werk mit einem Mangel behaftet ist oder nicht, bestimmt sich sodann nach objektiven Gesichtspunkten . Es ist zu prüfen, was sich nach allgemeiner Lebenserfahrung am Ort, wo das Werk steht, ereignen könnte. ¹¹⁵ Als Mangelursache kommt fehlerhafte Anlage oder Herstellung sowie mangelhafter Unterhalt des Werks in Frage. ¹¹⁶	

¹¹¹ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 292; REY/WILDHABER, N 1221 f.; BGE 130 III 736 E. 1.1.

¹¹² SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 288.

¹¹³ REY/WILDHABER, N 1250.

¹¹⁴ Vgl. zu den Ausnahmen BGE 130 III 736 E. 1.5; das Werk muss auch bestimmungswidrigem Gebrauch standhalten, wenn i) «aufgrund ihrer Beschaffenheit augenfällig ist, dass Unvernunft und Unvorsicht zu schweren Schädigungen führen können», oder ii) wenn «es Kinder zu einer bestimmungswidrigen Benützung verleitet».

¹¹⁵ BGE 123 III 306 E. 3b.aa.; BGer 4A.382/2012 E. 3.

¹¹⁶ BSK OR I-KESSLER, Art. 58 N 14.

<p>Mangelhafter Unterhalt liegt vor, wenn sich ein Werk durch Benutzung oder Ablauf von Zeit in einem für Dritte gefährlichen Zustand befindet und dagegen keine oder nur ungenügende Massnahmen ergriffen werden.¹¹⁷ Zu beachten ist jedoch, dass Schranke der Sicherungspflicht die Selbstverantwortung der Benutzer bildet. Der Werkeigentümer darf mit einem vernünftigen, vorsichtigem Verhalten der Benutzer des Werks rechnen. Der Werkeigentümer hat demzufolge nicht jeder erdenklichen Gefahr vorzubeugen.¹¹⁸ Geringfügige Mängel, die normalerweise zu keiner Schädigung führen, müssen nicht beseitigt werden.¹¹⁹</p>	
<p>Die Abschränkung eines Zoogeheges ist dazu da, den Menschen vor den Tieren (bzw. umgekehrt) zu schützen. Es entspricht durchaus dem bestimmungsgemässen Gebrauch, dass Zoobesucher sich an und ggf. über das Zoogeländer lehnen. Besonders von einer Abschränkung zum Krokodilgehege – und insbesondere des Geheges des Breitschnauzenkaimans – ist zu erwarten, dass diese auch für solche Fälle genügend stabil ist. Gemäss Sachverhalt sind die alten Schrauben des Geländers seit längerer Zeit so stark korrodiert, dass die Stabilität nicht mehr gewährleistet ist. Das Werk befindet sich daher in einem gefährlichen Zustand, insbesondere da die korrodierten Schrauben für den normalen Besucher nicht erkennbar sind. Massnahmen zur Ersetzung der Schrauben wurden keine ergriffen. Ein Werkmangel ist daher zu bejahen.</p>	
<p>d. Schaden</p>	
<p>Für die Voraussetzungen sowie die Subsumtion siehe 0.A.1.c.ii.</p>	
<p>e. Kausalität</p>	0.5
<p>Zwischen Werkmangel und Schaden muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Zu den Definitionen von natürlicher und adäquater Kausalität siehe 0.A.2.d.</p>	
<p>Vorliegend haben die korrodierten Schrauben des Geländers dazu geführt, dass dieses unter dem Gewicht von Jean-Luc nachgegeben hat und dieser samt Abschränkung in das Alligatorengehege gestürzt ist, wo er schliesslich vom Breitschnauzenkaiman ins Bein gebissen wurde. Die Mangelhaftigkeit des Geländers kann folglich nicht weggedacht werden, ohne dass der Schaden entfielen. Die natürliche Kausalität ist gegeben.</p> <p>Überdies ist nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen, dass eine un stabile Abschränkung vor einem Alligatorengehege früher oder später dem Druck eines Besuchers nachgibt und dieser dann in das Gehege fällt. Die adäquate Kausalität ist ebenfalls gegeben.</p>	
<p>Zur Diskussion betreffend Selbstverschulden siehe 0.A.1.c.iii.</p>	
<p>f. Widerrechtlichkeit</p>	
<p>Für die Voraussetzungen sowie die Subsumtion siehe 0.A.2.e.</p>	

¹¹⁷ REY/WILDHABER, N 1264.

¹¹⁸ BGE 123 III 306 E. 3b.aa.

¹¹⁹ BGer 4A.382/2012 E. 3.1.

g. Zwischenfazit	
Jean-Luc hat gegen den Zoo einen Anspruch auf Ersatz der entstandenen Kosten aus Art. 58 OR.	
Total Teil 3	8.75 Punkte + 1 ZP
4. Anspruch von J gegen den Zoo auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR)	0.5
Art. 56 OR (Tierhalterhaftung) und Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) stellen leges speciales zu Art. 41 OR dar. ¹²⁰ Eine Prüfung von Art. 41 OR erübrigt sich deshalb. <i>[Wurde dennoch eine Prüfung von Art. 41 OR vorgenommen, wurden hierfür ebenfalls Punkte verteilt, sofern das Aufgeführte nicht bereits anderweitig in diesem Fall erläutert wurde.]</i>	
5. Anspruch von J gegen den Zoo auf Genugtuung (Art. 47 OR)	2.75
In Ergänzung zu einem Anspruch auf Schadenersatz könnte J auch Genugtuung nach Art. 47 OR verlangen.	
Voraussetzung für die richterliche Zusprechung einer Genugtuung nach Art. 47 OR ist die Erfüllung eines (Grund-) Haftungstatbestands (ohne dass es einen Schaden geben muss). Zudem muss eine Körperverletzung sowie eine immaterielle Unbill vorliegen. Immaterielle Unbill wird regelmässig bejaht bei starken oder langanhaltenden Schmerzen oder bleibenden Folgen der Verletzung. ¹²¹	
Vorliegend wird Jean-Luc vom Breitschnauzenkaiman ins Bein gebissen . Es handelt sich um einen Fall der Körperverletzung . Die Haftungsvoraussetzungen aus Vertrag (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. 47 OR) bzw. aus Tierhalter- und Werkeigentümerhaftung (Art. 56 bzw. 58 OR i.V.m. 47 OR) sind gegeben, d.h. als Haftungstatbestände erfüllt (vgl. oben). Er muss sich einer intensiven und schmerzhaften Behandlung und Therapie unterziehen. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass der Vorfall bei Jean-Luc sichtbare und bleibende Bissspuren hinterlässt. Damit ist die geforderte Intensität der immateriellen Unbill erreicht . Jean-Luc hätte folglich gute Chancen , eine Genugtuung gewährt zu bekommen. <i>[a.A. vertretbar]</i>	
6. Schadenersatzbemessung und Reduktionsgründe	2.75
Die Schadenersatzbemessung befasst sich mit dem Umfang , in welchem der Haftpflichtige tatsächlich für den Schaden aufzukommen hat. Die zentrale Bestimmung dafür findet sich in Art. 43 OR. ¹²² Nach Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter aber die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Ein solcher Reduktionsgrund kann das Selbstverschulden darstellen. ¹²³ Erreicht das Selbstverschulden nicht die geforderte Schwere für eine	

¹²⁰ BSK OR I-KESSLER, Art. 56 N 3.

¹²¹ REY/WILDHABER, N 509.

¹²² REY/WILDHABER, N 424 f.

¹²³ BSK OR I-KESSLER, Art. 44 N 7.

<p>Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, kann es gegebenenfalls noch im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden.¹²⁴ Somit ist in Fällen von leichtem Selbstverschulden durch den Richter im Einzelfall zu prüfen, ob allenfalls eine Reduktion des Schadenersatzanspruches denkbar ist. Die Herabsetzung des Schadenersatzes liegt dabei im Ermessen des Richters.</p>	
<p>Im vorliegenden Fall stützt sich Jean-Luc mit vollem Gewicht an der Abschränkung ab und lehnt sich darüber, um den Breitschnauzenkaiman besser betrachten zu können. Eine Abschränkung sollte durch ihre Höhe verhindern, dass Personen in ein Gehege fallen können. Mit seinem Darüberlehnen hat Jean-Luc eine Teilursache zum Schaden gesetzt. Auch wenn es sich dabei nicht um grobfahrlässiges Verhalten handelt – ein Darüberlehnen ist im Zoo wohl durchaus üblich und die Zoobesucher dürfen auf die Stabilität der Abschränkungen vertrauen. Dennoch könnte dieses leichte Selbstverschulden es rechtfertigen, den Schadenersatzanspruch von Jean-Luc in Anwendung von Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR (vertragliche Haftung) bzw. Art. 44 Abs. 1 OR (ausservertragliche Haftung) zu vermindern.</p>	
7. Konkurrenzen	1
<p>Nach h.L. und Rechtsprechung besteht zwischen vertraglichen und ausservertraglichen Ansprüchen sog. Anspruchskonkurrenz. Dies gilt sowohl für die unerlaubte Handlung (Art. 41 OR) als auch für «einfache» Kausalhaftungen (Art. 56 und 58 OR).¹²⁵ Die Ansprüche aus Art. 56 und 58 OR gehen dabei demjenigen aus Art. 41 OR vor.¹²⁶</p> <p>Ob Art. 56 und 58 miteinander konkurrieren hat in der Lehre wenig Beachtung gefunden¹²⁷, es ist aber sowohl Exklusivität als auch Alternativität vertretbar. Ein Teil ist der Meinung, dass Art. 56 die Anwendung von 58 ausschliesst, hingegen andere erlauben eine Konkurrenz. Der Schaden kann folglich sowohl aus Art. 97 OR (vertraglich) als auch aus Art. 56 und/oder Art. 58 OR (ausservertraglich) verlangt werden.</p>	
8. Fazit	
<p>Jean-Luc kann gegen den Zoo Anspruch auf Schadenersatz für die entstandenen Kosten von CHF 12'200.– aus Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR), Tierhalterhaftung (Art. 56 OR) und/oder Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR). Dieser Anspruch kann vom Gericht aufgrund eines leichten Selbstverschuldens gemindert werden. Überdies steht Jean-Luc ein Genugtuungsanspruch zu.</p>	
Total Teil 4-8:	7 Punkte

¹²⁴ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 121.

¹²⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2938 u. 2943.

¹²⁶ BSK OR I-KESSLER, Art. 56 N 3 und Art. 58 N 4.

¹²⁷ Siehe aber FELLMANN, Zivilrechtliche Haftung öffentlich zugänglicher Tiersammlungen für Schädigungen durch Tiere, 1984, S. 83 ff.

B. Ansprüche des Zoos gegen J	
1. Anspruch des Zoos gegen J auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR)	0.5
Die Stiftung Zoo könnte gegen Jean-Luc Anspruch auf Ersatz der Behandlungskosten für den Breitschnauzenkaiman in der Höhe von CHF 2'000.– aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) haben. <i>[Vorbemerkung: Von den Studierenden wurde nicht erwartet, dass sie die allfälligen vertraglichen Ansprüche des Zoos gegen Jean-Luc erkennen. Der Fokus liegt hier auf dem Schadenersatzanspruch aus Art. 41 OR, insbesondere der Diskussion der Widerrechtlichkeit. Wurde ein vertraglicher Anspruch geprüft, wurden hierfür ebenfalls Punkte bzw. ggf. auch Zusatzpunkte verteilt.]</i>	+ 1 ZP
a. Schaden	1
Für die Voraussetzungen siehe 0.A.1.c.ii.	
Der Breitschnauzenkaiman erleidet durch Jean-Lucs Befreiungsaktion eine leichte Verletzung. Die Behandlungskosten belaufen sich auf CHF 2'000.–. In diesem Umfang vermindern sich die Aktiven bzw. vermehren sich die Passiven von Jean-Luc. Es liegt ein Schaden von CHF 2'000.– vor.	
b. Kausalität	0.5
Zu den Definitionen von natürlicher und adäquater Kausalität siehe 0.A.2.d.	
Hätte Jean-Luc dem Breitschnauzenkaiman nicht ins Auge gestochen, wäre dieser nicht verletzt worden und es wären keine Behandlungskosten angefallen. Die natürliche Kausalität ist gegeben. Überdies ist ein gezielter Stich ins Auge geeignet, einen Schaden der entstandenen Art zu verursachen. Die adäquate Kausalität ist ebenfalls gegeben.	
c. Widerrechtlichkeit	9
Für die Voraussetzungen siehe 0.A.2.e.	
Im vorliegenden Fall sticht Jean-Luc dem Breitschnauzenkaiman ins Auge. Es kann davon ausgegangen werden, dass dieser das Eigentum der Stiftung Zoo ist. Somit liegt eine Verletzung von absoluten Rechtsgütern des Zoos vor.	
Fraglich ist jedoch, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, welcher die Widerrechtlichkeit ausschliessen würde. In Betracht kommt vorliegend möglicherweise Notwehr (Art. 52 Abs. 1 OR) und Notstand (Art. 52 Abs. 2 OR).	
Wer in berechtigter Notwehr einen Angriff abwehrt , hat den Schaden, den er dabei dem Angreifer in seiner Person oder in seinem Vermögen zufügt, nicht zu ersetzen (Art. 52 Abs. 1 OR). Bei Notwehr ist der Angriff gegen die Rechtsgüter des Angreifers gerichtet.	
Notstand ist hingegen ein vorsätzlicher Eingriff in fremdes Vermögen um einen drohenden Schaden von sich abzuwenden (Art. 52 Abs. 2 OR). Im Unterschied zur Notwehr, lässt Notstand die Widerrechtlichkeit	

jedoch nicht entfallen. Vielmehr wird die Person, die durch ihre Notstandshandlung einen Schaden zufügt, gemäss Art. 52 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen (Art. 4 ZGB) schadenersatzpflichtig. ¹²⁸	
Bei Angriffen von Tieren ist zu unterscheiden, ob dieses als Werkzeug des Menschen benutzt wurde oder aus eigenem Antrieb handelte. Während ersteres als rechtswidrige Handlung der dahinterstehenden Person betrachtet wird und Notwehr zulässt, sind die Meinungen in der Doktrin bezüglich des Handelns des Tieres aus eigenem Antrieb geteilt. ¹²⁹ <ul style="list-style-type: none"> • Die eine Auffassung vertritt, dass es sich dabei um Notstand nach Art. 52 Abs. 2 OR handelt und die Ersatzpflicht folglich nach dem Ermessen des Richters bemessen wird.¹³⁰ Die Lehre begründet dies damit, dass Notwehr stets einen menschlichen Angriff voraussetzt. • Von einem Teil der Lehre wird hingegen die analoge Anwendung der Notwehrbestimmungen postuliert,¹³¹ da die mit dem Notstand verknüpfte Rechtsfolge des Schadenersatzes als stossend empfunden wird. 	+1 ZP
i. Alternative Notwehr	
Notwehr setzt zunächst voraus, dass der Angriff rechtswidrig ist. Keine Notwehr liegt vor, wenn der Angriff zulässig war. ¹³² Weiter muss der Angriff gegenwärtig sein oder unmittelbar bevorstehen . ¹³³ Zuletzt muss das Abwehrmittel verhältnismässig sein. Der Abwehrende muss dasjenige Abwehrmittel wählen, welches die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten beeinträchtigt. ¹³⁴	
Vorliegend sind keine Hinweise im Sachverhalt ersichtlich , die den Angriff des Breitschnauzenkaimans rechtfertigen würden. Jean-Lucs Befreiungsversuch erfolgt, nachdem der Kaiman ihm ins Bein beisst. Der Angriff ist damit gegenwärtig. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit ist gemäss Sachverhalt ein gezielter Stich ins Auge ein wirkungsvolles Abwehrmittel gegen Krokodilangriffe. Mangels näherer Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um das mildeste Mittel handelt. Insbesondere mit Blick auf die in Gefahr stehenden Rechtsgüter von Jean-Luc (Leib und Leben), ist ein Gegenangriff, welcher bloss zu leichten Verletzungen des Tieres führt, klar verhältnismässig.	
Der Tatbestand der Notwehr ist erfüllt. Jean-Lucs Handeln ist daher gerechtfertigt.	
ii. Alternative Notstand	
Notstand setzt voraus, dass eine Rechtsgutsverletzung unmittelbar droht . ¹³⁵ Weiter muss der Grundsatz der Proportionalität gewahrt	

¹²⁸ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 183; BSK OR I-KESSLER, Art. 52 N 14.

¹²⁹ REY/WILDHABER, N 935; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 180.

¹³⁰ BK OR-BREHM, Art. 52 N 19.

¹³¹ BK OR-BREHM, Art. 52 N 19a; REY/WILDHABER, N 935.

¹³² REY/WILDHABER, N 932; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 179.

¹³³ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 178.

¹³⁴ REY/WILDHABER, N 934.

¹³⁵ BSK OR I-KESSLER, Art. 52 N 10.

werden. Es muss sich um einen angemessenen Eingriff handeln. Erlaubt sind nur Eingriffe in Rechtsgüter, die im Vergleich zum bedrohten Rechtsgut als gleichwertig oder weniger wertvoll eingestuft werden. ¹³⁶ Zuletzt muss das Subsidiaritätsprinzip gewahrt werden. Eine Notstandshandlung darf nur dann erfolgen, wenn kein anderer Ausweg möglich ist. ¹³⁷	
<i>In casu</i> erfolgt Jean-Lucs Befreiungsversuch nachdem der Kaiman ihm ins Bein beisst. Die Rechtsgutsverletzung ist folglich unmittelbar. Weiter stehen sich eine leichte Verletzung des Eigentums des Zoos und eine schwere Verletzung von Leib und potentiell Leben gegenüber. Ein Angriff zur Abwehr des Todes ist klarerweise angemessen. Das Proportionalitätsprinzip wurde eingehalten. Gemäss Sachverhalt ist ein gezielter Stich ins Auge ein wirkungsvolles Abwehrmittel gegen Krokodilangriffe. Mangels näherer Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um das mildeste Mittel handelt.	
Der Tatbestand der Notwehr ist erfüllt. Jean-Lucs Handeln ist zwar widerrechtlich, er hat gemäss Art. 52 Abs. 2 OR nur nach Ermessen des Richters (Art. 4 ZGB) Schadenersatz zu leisten.	
d. Verschulden (für Alternative Notstand)	0.5
Für die Voraussetzungen siehe 0.A.1c.iv.	
Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt kann von Jean-Lucs Urteilsfähigkeit ausgegangen werden. Der Stich in das Auge des Breit Schnauzenkaimans erfolgt in voller Absicht. Jean-Luc handelt folglich vorsätzlich und es trifft ihn ein Verschulden.	
<i>[Alternativ: Verletzt eine Person das Tier, um dieses angriffsunfähig zu machen und wehrt diese Person dadurch angemessen den Angriff des Tieres ab, so trifft ihn dadurch kein Verschulden, so dass ihm auch keine Ersatzpflicht obliegt.¹³⁸ Folgt man dieser Ansicht, so trifft Jean-Luc kein Verschulden an seiner Handlung.]</i>	
2. Zwischenfazit	
Bei Anwendung der Lehrmeinung, welche von einem Notstand ausgeht, hat die Stiftung Zoo einen Schadenersatzanspruch von höchstens CHF 2'000.– gegen Jean-Luc aus unerlaubter Handlung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR. Dem Richter kommt bei der Bemessung des Schadenersatzes gemäss Art. 52 Abs. 2 OR Ermessen zu. Er kann (und wird) diesen dementsprechend mindern. Wurde der Lehrmeinung, welche die analoge Anwendung der Notwehrbestimmungen oder der unverschuldeten Notstandshandlung befürwortet, gefolgt, hat der Zoo keinen Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von CHF 2'000.– aus unerlaubter Handlung i.S.v. 41 Abs. 1 OR.	
Total Teil B	11.5 Punkte + 2 ZP

¹³⁶ REY/WILDHABER, N 937; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 184.

¹³⁷ BSK OR I-KESSLER, Art. 52 N 13.

¹³⁸ Vgl. BK OR-BREHM, Art. 52 N 19.

C. Fazit	
<p>Vorliegend hat J gegen den Zoo einen Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe von maximal CHF 12'200.– aus Art. 97 Abs. 1 OR, Art. 56 OR und/oder Art. 58 OR sowie zusätzlich einen Anspruch auf Genugtuung.</p> <p>Der Zoo hat je nach Lehrmeinungen einen Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe von maximal CHF 2'000.– oder er hat keinerlei Ansprüche.</p>	
GESAMTPUNKTEZAHL AUFGABE 3	53 Punkte + 5.5 ZP

V. Musterlösung Aufgabe 4 «The Codfather»

A. Anspruch von B gegen Y auf CHF 850.– aus Art. 109 OR (Schuldnerverzug)	
Es fragt sich, ob Y dazu berechtigt ist, die Zahlung für das Grosssegel zu vermeiden und darüber hinaus einen Anspruch auf Schadenersatz für die Kosten von insgesamt CHF 850.– hat.	
1. Zustandekommen des Vertrages	0.5
Gemäss Sachverhalt ist ein gültiger Vertrag zustande gekommen .	
<p>Nach Art. 1 Abs. 1 OR ist für den Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.</p> <p>Gemäss Sachverhalt haben Boris und Yannik einen Vertrag über den Kauf eines Grosssegels für einen Preis von CHF 2'800.– abgeschlossen. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Inhalts- oder Formmängel und es liegen auch keine Hinweise für eine Übervorteilung oder Willensmängel vor. Es ist ein gültiger Vertrag zustande gekommen.</p> <p><i>[Eine detaillierte Prüfung des Zustandekommens und der Gültigkeit des Vertrags ist aufgrund der fehlenden Angaben im Sachverhalt nicht möglich und wird von den Studierenden deshalb nicht verlangt].</i></p>	
2. Vertragsverletzung: Schuldnerverzug	0.5
Die drei Hauptleistungsstörungstypen sind der Verzug, die Unmöglichkeit und die positive Vertragsverletzung.	
Vorliegend wurde der Vertrag nicht rechtzeitig erfüllt. Es stellt sich die Frage, ob ein Schuldnerverzug nach Art. 102 OR vorliegt.	
a. Voraussetzungen des Schuldnerverzugs	
i. Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit	1.5
Der Schuldnerverzug setzt voraus, dass der Schuldner noch nicht geleistet hat, obwohl die Leistung möglich wäre . Ist die Leistung objektiv unmöglich geworden, dann entfällt die Leistungsmöglichkeit. ¹³⁹	

¹³⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2658.

In casu wurde das bestellte Grosssegel nicht geliefert. Es handelt sich hierbei um eine Stückschuld , wo eine objektive Unmöglichkeit möglich wäre. Der Sachverhalt gibt aber keine Hinweise her, welche die Unmöglichkeit der Lieferung des Grosssegels nahelegen würden.	
ii. Fälligkeit der Forderung	2.25
Die Forderung muss zudem fällig sein. Für die Bestimmung der Fälligkeit gelten primär die vertraglichen Bestimmungen. Liegt keine vertragliche (oder anderweitige gesetzliche) Regelung vor, gilt dispositiv die Vermutung der sofortigen Fälligkeit nach Art. 75 OR.	
Vorliegend hat Y versprochen, das Grosssegel bis Ende Mai 2021 zu liefern, womit die Parteien eine vertragliche Vereinbarung über den Erfüllungszeitpunkt geschlossen haben.	
Art. 76 OR enthält materiale Auslegungsregeln zu einzelnen Begriffen, die im Rechtsverkehr typischerweise zur Bestimmung eines Termins eines Monats verwendet werden. ¹⁴⁰ Wird die Zeit auf Ende eines Monats festgesetzt , so ist nach Art. 76 Abs. 1 OR darunter der letzte Tag dieses Monats zu verstehen.	
Die Vereinbarung von Y und B (Ende Mai 2021) ist folglich so zu verstehen, dass das Segel bis zum 31. Mai 2021 geliefert werden muss. An diesem Tag tritt die Fälligkeit ein.	
iii. Mahnung oder bestimmter Verfalltag	2
Nach Art. 102 Abs. 1 OR wird die Schuldnerin einer fälligen Forderung durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Eine Mahnung ist nach Art. 102 Abs. 2 OR dann nicht erforderlich, wenn die Parteien einen bestimmten Verfalltag vereinbart haben. Ein Verfalltagsgeschäft liegt vor, wenn dem Vertrag genau zu entnehmen ist, an oder bis zu welchem Tag die geschuldete Leistung zu erbringen ist . ¹⁴¹ Die Bestimmung über Art. 76 OR reicht aus, um diesen Tag zu einem bestimmten Verfalltag nach Art. 102 Abs. 2 OR zu machen, weil eine Bestimmbarkeit mittels Auslegung hierfür genügt. ¹⁴²	
Die Parteien haben vereinbart, dass das Segel bis Ende Mai 2021 geliefert werden muss, womit nach Art. 76 Abs. 1 OR der 31. Mai 2021 verstanden werden muss. Da genau bestimmbar ist, bis zu welchem Tag das Segel zu liefern ist, liegt ein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vor . Es ist keine Mahnung notwendig.	
iv. Kein Leistungsverweigerungsrecht der Schuldnerin	4.25
Die Schuldnerin kann den Eintritt des Verzugs mittels berechtigter Leistungsverweigerung abwenden, namentlich mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR sowie mit der Einrede der Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 83 OR. ¹⁴³ Ebenfalls würde ein Gläubigerverzug einen allfälligen Schuldnerverzug ausschliessen. ¹⁴⁴	

¹⁴⁰ BSK OR I-SCHROETER, Art. 76 N 1.

¹⁴¹ HUGUENIN, N 924 ff.

¹⁴² BGer 5C.119/2004 E. 2.3.2; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 10.

¹⁴³ Vgl. BGE 68 II 220 E. 3; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 4, m.w.H.

¹⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2664.

(1) Einrede des nicht erfüllten Vertrags	
Nach Art. 82 OR kann der Schuldner eines zweiseitigen Vertrags die fällige Leistung verweigern, wenn der Gläubiger diese fordert, ohne dass er bereits selbst seine Gegenleistung erbracht oder ordnungsgemäss angeboten hat. Jedoch ist Art. 82 OR nicht anwendbar, wenn eine Partei nach dem Inhalt des Vertrags vorleistungspflichtig ist. ¹⁴⁵	
Im vorliegenden Fall haben die Parteien vereinbart, dass die Zahlung von B innert 30 Tagen nach der Lieferung des Segels zu erfolgen hat. Diese Regelung führt dazu, dass Y vorleistungspflichtig ist und deshalb die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht geltend machen kann.	
(2) Einrede der Zahlungsunfähigkeit	
Art. 83 Abs. 1 OR erlaubt es dem vorleistungspflichtigen Schuldner bei Zahlungsunfähigkeit der Gegenseite seine eigene Leistung so lange zurückzuhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wurde. Einerseits muss die Zahlungsunfähigkeit nachträglich, d.h. nach Vertragsabschluss eingetreten sein. ¹⁴⁶ Diese Zahlungsfähigkeit muss sich offenbaren, blasse Befürchtungen und Vermutungen reichen nicht aus. ¹⁴⁷ Das Gesetz nennt als Beispiele die Konkursöffnung oder die fruchtlose Pfändung.	
Vorliegend hat B eine Rechnung vom Januar nicht bezahlt; für eine Vermutung der Zahlungsunfähigkeit reicht dies jedoch nicht . Die Nichtbezahlung einer Rechnung ist nicht ungewöhnlich und lässt – insb. bei einem Betrag in dieser Höhe – kaum Rückschlüsse auf die persönliche Situation zu.	
(3) Gläubigerverzug	
Ein Gläubigerverzug liegt nicht vor, da keine Hinweise für eine fehlende Mitwirkung der Gläubigerin bei der Erfüllung vorhanden sind.	
v. Zwischenfazit	
Die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs sind erfüllt; es sind keine Leistungsverweigerungsrechte vorhanden. Dies hat zur Folge, dass B mit Ablauf des Verfalltags in Verzug ist, d.h. ab dem 1. Juni 2021 .	
b. Allgemeine Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff.)	1.75
Am Inhalt und der Erfüllbarkeit der Forderung ändert der Schuldnerverzug nichts. Der Erfüllungsanspruch bleibt bestehen. Dem Gläubiger werden aber zusätzliche Rechte gewährt : Er kann Ersatz des Verspätungsschadens verlangen (Art. 103 OR), der Schuldner haftet für den Zufall (Art. 103 OR) und bei Geldschulden sind Verzugszinsen zu zahlen (Art. 104 Abs. 1 OR).	
Probleme bezüglich der Haftung für Zufall ergeben sich aus dem Sachverhalt nicht. Verzugszinsen sind nicht geschuldet, da es sich nicht um eine Geldschuld handelt. Ein Verspätungsschaden könnte ggf. geltend gemacht werden, doch hat im vorliegenden Fall B auf die Leistung verzichtet (vgl. unten). Ein eventueller Verspätungsschaden wird diesfalls	

¹⁴⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 62.02 f.

¹⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2229.

¹⁴⁷ BSK OR I-SCHROETER, Art. 83 N 7.

im Rahmen vom positiven oder negativen Interesse von Art. 107 ff. OR berechnet.	
c. Besondere Rechtsfolgen bei synallagmatischen Verträgen	5.25
Art. 107 OR gibt dem Gläubiger bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen Wahlrechte.	
Neben der Voraussetzung des Schuldnerverzugs ist nach Art. 107 Abs. 1 OR für die Geltendmachung der Wahlrechte notwendig, dass es sich um einen synallagmatischen Vertrag handelt und dass eine angemessene Nachfrist angesetzt wurde, in welcher nicht erfüllt wurde.	
i. Vorhandensein eines synallagmatischen Vertrags	
Synallagmatische Verträge sind Verträge, bei denen die Leistungspflichten im Austauschverhältnis stehen, wozu sämtliche entgeltlichen Verträge wie bspw. Kauf oder Miete gehören. ¹⁴⁸	
Vorliegend handelt es sich um einen Kaufvertrag : Das Grossegegel wird für eine Gegenleistung von CHF 2'800.– verkauft. Es liegt ein synallagmatischer Vertrag vor.	
ii. Nachfristansetzung	
Nach Art. 107 Abs. 1 OR muss der Schuldner der Gläubigerin eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen. Das Ansetzen einer Nachfrist ist in den Fällen von Art. 108 OR nicht notwendig. Ist eine Nachfrist notwendig, so muss die Frist als Zeitraum oder als Termin bestimmt sein. Sie ist an keine besondere Form gebunden. ¹⁴⁹ Die Nachfrist muss sodann angemessen sein. Ob die Frist angemessen ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Art der Leistung und dem Interesse der Gläubigerin an der baldigen Erfüllung. Je grösser dieses Interesse ist und je leichter die Leistung erbracht werden kann, umso kürzer darf die Frist bemessen sein. ¹⁵⁰ Ist die Nachfrist unangemessen kurz, muss der Schuldner unverzüglich protestieren , da sonst seine Zustimmung in Bezug auf die Länge der Nachfrist angenommen wird. ¹⁵¹	
Vorliegend kontaktiert B am 2. Juni 2021 Y telefonisch. Sie teilt diesem mit, dass sie das Segel bis zwingend am Abend des 4. Juni benötigt. Ein Telefonanruf genügt zur Nachfristansetzung , da diese an keine besondere Form gebunden ist. Zudem ist der Termin – mit Festsetzung auf den Abend des 4. Juni – genügend bestimmt . Die Angemessenheit der Frist könnte diskutiert werden, da eine Frist von zwei Tagen eher kurz bemessen ist. In casu ist dies aber ohne Folgen, da Y nicht protestiert und sogar beteuert, dass er das Segel bis zu diesem Zeitpunkt liefern wird . Die Nachfristansetzung ist erfolgreich.	

¹⁴⁸ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 3.21.

¹⁴⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2735.

¹⁵⁰ Zum Ganzen: BGE 103 II 102 E. 1b.

¹⁵¹ BGer 4A_647/2015 E. 5.2.3.

iii. Ungenutztes Verstreichen der Nachfrist	
Zuletzt muss die gesetzte Nachfrist ungenutzt verstreichen , was der Fall ist, wenn der Schuldner innerhalb der gesetzten Nachfrist nicht leistet.	
In casu ist das Segel bis am Morgen des 5. Juni 2021 nicht bei B eingetroffen, somit keine Erfüllung innerhalb der Nachfrist erfolgt.	
Total Teil 1-2	18 Punkte
3. Die einzelnen Wahlrechte und deren Auswahl	3.75
<p>Art. 107 Abs. 2 OR gibt die Möglichkeit</p> <ul style="list-style-type: none"> • auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung zu klagen; • auf die nachträgliche Leistung zu verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen; oder • auf die nachträgliche Leistung zu verzichten, vom Vertrag zurückzutreten und Schadenersatz für das negative Interesse zu verlangen. 	
Zuerst hat die Gläubigerin zu erklären, ob sie am Erfüllungsanspruch festhält oder auf die nachträgliche Erfüllung verzichten möchte . ¹⁵² Ein Verzicht auf die Leistung hat dabei nach Art. 107 Abs. 2 OR unverzüglich zu geschehen, d.h. sobald es nach dem Geschäftsgang und den besonderen Umständen zugemutet werden kann. ¹⁵³ Die Verzichtserklärung ist an keine Form gebunden und kann auch zusammen mit der Nachfristansetzung erklärt werden . ¹⁵⁴ Es ist umstritten, ob mit der Verzichtserklärung gleichzeitig die Entscheidung mitgeteilt werden muss, ob der Vertrag beibehalten werden soll oder ob davon zurückgetreten wird. ¹⁵⁵	
Vorliegend erklärt B im selben Telefongespräch, an welchem sie die Nachfrist ansetzt, dass sie am Tag darauf Handwerker gebucht hat und dass Y das Segel bei Nichtlieferung «bei sich behalten könne» . Sie macht damit bereits mit der Nachfristansetzung deutlich, dass sie bei Nichtlieferung (innerhalb der Nachfrist) auf die Leistung verzichtet . Eine solche Kombination der Verzichtserklärung mit der Nachfristansetzung ist erlaubt. B hat folglich auf die Leistung verzichtet.	
Verzichtet die Gläubigerin auf die Leistung, hat sie – gemäss Art. 107 Abs. 2 OR die Möglichkeit, entweder den Vertrag beizubehalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung (positives Interesse) zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten und den Vertrauensschaden einzufordern (negatives Interesse).	
Es fragt sich nun noch, ob die Erklärung als Rücktritt oder als Festhalten am Vertrag gewertet werden kann. Indem B mitteilt, dass sie von Y «nichts mehr hören möchte» sowie die Kosten für die Stornierungs- und Vorbereitungskosten geltend macht, macht sie klar, dass sie nicht daran denkt, den Vertrag aufrechtzuerhalten, sondern gemäss Art. 109 OR zurückzutreten.	

¹⁵² SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 66.23.

¹⁵³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2760.

¹⁵⁴ BGE 116 II 436 E. 3; KOLLER, OR AT, 4. A. 2017, N 55.114 u. N 55.120.

¹⁵⁵ Zu den Lehrmeinungen siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2764 Fn. 146 f.; Offengelassen in BGE 123 III 16 E. 4b.

4. Rechtsfolgen des Rücktritts nach Art. 109 OR	8
a. Liquidationsverhältnis	
Der Rücktritt führt zu einem Liquidationsverhältnis (Art. 109 Abs. 1 OR). Die Parteien können ihre Leistungen jeweils verweigern bzw. bereits erbrachte Leistungen im Rahmen eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses zurückfordern (Umwandlungstheorie). ¹⁵⁶ Der Vertrag wird ex nunc aufgelöst, herzustellen ist aber der Zustand vor Vertragsschluss (Zustand ex tunc). ¹⁵⁷	
Im vorliegenden Fall hat keine der Parteien geleistet und es ist somit keine Rückerstattung notwendig. Vielmehr geht nun der Anspruch von B auf Lieferung des Grossegels unter ; gleichzeitig geht auch der Anspruch auf die Kaufpreiszahlung von Y unter. B muss somit die CHF 2'800.– nicht bezahlen und Y muss das Segel nicht mehr liefern.	
b. Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 109 Abs. 2 OR	
Nach Art. 109 Abs. 2 OR hat der in Verzug geratene Schuldner Schadenersatz zu leisten. Dieser Anspruch hat folgende Voraussetzungen:	
i. Verletzung einer vertraglichen Pflicht	
Vorliegend stellt der oben bejahte Verzug die vertragliche Pflichtverletzung dar.	
ii. Schaden	
Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung , welche in einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder einem entgangenen Gewinn bestehen kann. ¹⁵⁸ Der Schaden entspricht nach der Differenztheorie der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen hypothetisch ohne das schädigende Ereignis hätte. ¹⁵⁹	
Der Schadenersatzanspruch richtet sich auf das negative Interesse , d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre. ¹⁶⁰	
Vorliegend hatte B Vorbereitungskosten für die Montagearbeiten in Höhe von CHF 100.– . Zusätzlich musste B aufgrund der verspäteten Lieferung die Handwerker stornieren, wofür eine Stornierungsgebühr von CHF 750.– fällig geworden ist. Ihre Passiven wurden somit erhöht und es liegt ein Schaden im Sinne der Differenztheorie vor, da ihr Vermögen nun um CHF 850.– geringer ist. Dieser Schaden kann unter das negative Interesse subsumiert werden: Hätte B den Vertrag mit Y nie abgeschlossen, dann wären ihr auch keine Vorbereitungskosten für die Montagearbeiten in Höhe von CHF 100.– angefallen und sie hätte auch die Handwerker nicht beauftragen und daraufhin stornieren müssen, weshalb die Stornierungsgebühr von CHF 750.– nicht fällig geworden wäre. B hat folglich einen Schaden von CHF 850.– erlitten.	

¹⁵⁶ BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 4 ff.

¹⁵⁷ BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 5.

¹⁵⁸ HUGUENIN, N 867; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 18 f.

¹⁵⁹ BGE 144 III 155 E. 2.2.

¹⁶⁰ BGer 4A_232/2014 E. 14.2. Einige Autoren vertreten hingegen die Ansicht, dass auch beim Rücktritt das positive Interesse verlangt werden kann, was das Bundesgericht aber unter Berufung auf den Wortlaut explizit verneint, BGer 4C.286/2005 E. 2.4.

iii. Kausalität	
Bei einer Pflichtverletzung durch Unterlassen ist auf den sog. hypothetischen Kausalzusammenhang abzustellen (<i>conditio cum qua non</i>). ¹⁶¹ Ein hypothetischer Kausalzusammenhang liegt vor, wenn der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht eingetreten wäre, hätte der Schädiger die rechtlich gebotene Handlung vorgenommen . ¹⁶²	
Im vorliegenden Fall wären die Stornierungsgebühren nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht eingetreten, wenn Y das Grosssegel rechtzeitig geliefert hätte. Die Kausalität ist zu bejahen.	
iv. Verschulden	
Nach Art. 109 Abs. 2 OR hat die Verzugsgläubigerin nur dann Anspruch auf Schadenersatz, «sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle». Das Verschulden wird somit vermutet . Der Schuldner kann sich nur von der Haftung befreien, indem er den Exkulpationsbeweis erbringt. ¹⁶³ Ein Verschulden verlangt zunächst Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB (subjektive Komponente) . Weiter setzt Verschulden Vorsatz oder Fahrlässigkeit (objektive Komponente) voraus. ¹⁶⁴	
Vorliegend ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Hinweise, weshalb Y das Segel nicht rechtzeitig geliefert hat. Es ist deshalb mangels gegenteiliger Hinweise davon auszugehen, dass Y es nicht gelingen wird, sich zu exkulpieren.	
v. Zwischenfazit	
B hat einen Schadenersatzanspruch gegenüber Y in der Höhe von CHF 850.– aus Art. 109 Abs. 2 OR (Verzug).	
Total Teil 3	11.75 Punkte
B. Erlöschen des Schadenersatzanspruchs	0.5
In Art. 115 ff. OR werden mehrere Tatbestände aufgeführt, die zu einem Erlöschen von Obligationen führen können, wie die Aufhebung durch Übereinkunft (Art. 115 OR), die Novation (Art. 116 OR), die Vereinigung (Art. 118 OR), die Unmöglichkeit (Art. 119 OR) oder die Verrechnung (Art. 120 OR).	
Vorliegend ist zu prüfen, ob allenfalls eine Verrechnung zu einem Erlöschen bzw. einer Minderung des Anspruchs geführt hat.	
1. Voraussetzung der Verrechnung (Art. 120 OR)	6.5
a. Vorhandensein einer erfüllbaren Hauptforderung	
Es bedarf einer Hauptforderung , d.h. einer Forderung des Verrechnungsgegners gegenüber dem Verrechnenden. Entgegen dem Wortlaut von Art. 120 OR muss die Hauptforderung nicht fällig sein; es genügt die Erfüllbarkeit . ¹⁶⁵	

¹⁶¹ HUGUENIN, N 889a.

¹⁶² HUGUENIN, N 889; BGE 124 III 155 E. 3d); BGE 121 III 358 E. 5.

¹⁶³ HUGUENIN, N 893.

¹⁶⁴ HUGUENIN, N 894.

¹⁶⁵ HUGUENIN, N 760.

Vorliegend ist ein Schadenersatzanspruch von B gegenüber Y in Höhe von CHF 850.– vorhanden (s.o.). Forderungen aufgrund einer Vertragsverletzung sind nach Art. 75 OR sogleich mit Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig . ¹⁶⁶ Es ist deshalb sogar die Fälligkeit der Forderung zu bejahen, weshalb auch die Erfüllbarkeit gegeben ist.	
b. Vorhandensein einer klagbaren und fälligen Verrechnungsforderung	
Es bedarf zudem einer Verrechnungsforderung , d.h. einer Forderung des Verrechnenden gegenüber dem Verrechnungsgegner. Sie muss einerseits klagbar sein, d.h. es dürfen u.a. keine Einreden oder Einwendungen vorhanden sein. Andererseits muss die Verrechnungsforderung fällig sein. ¹⁶⁷	
In casu hat B im Januar 2021 bei Y eine Segelausrüstung für CHF 300.– gekauft und diese Rechnung noch nicht beglichen. Es ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Hinweise, welche gegen eine Klagbarkeit der Forderung sprechen würden . Die Fälligkeit der Forderung ist ebenfalls zu bejahen: Es wurde im Januar eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt, weshalb die Forderung spätestens Ende Februar fällig wurde.	
c. Gegenseitigkeit der Forderungen	
Um die Voraussetzung der Gegenseitigkeit zu erfüllen, muss sich die Gläubiger und Schuldnerstellung von zwei Obligationen derart auf zwei Personen verteilen, dass jeder der beiden gleichzeitig Gläubiger der einen und Schuldner der anderen ist . ¹⁶⁸	
In casu ist bei der Schadenersatzforderung (d.h. der Hauptforderung) B die Gläubigerin und Y der Schuldner. Bei der Kaufpreisforderung der Segelausrüstung ist B die Schuldnerin und Y der Gläubiger. Die Gegenseitigkeit ist damit vorhanden.	
d. Gleichartigkeit	
Die beiden Forderungen müssen gemäss Art. 120 Abs. 1 OR «ihrem Gegenstande nach gleichartig» sein. Verlangt ist dabei, dass sich die Forderungen auf inhaltlich gleichartige Leistungen richtet , bspw. auf Geld gleicher Währung oder anderer vertretbare Sachen der gleichen Art. ¹⁶⁹ Nicht notwendig ist, dass die Forderungen gleichwertig sind oder dass sie eine Konnexität aufweisen ; sie müssen nicht aus demselben Rechtsgrund (bspw. aus demselben Vertrag) entspringen. ¹⁷⁰	
Im vorliegenden Fall richten sich beide Forderungen auf Geld in der Währung Schweizer Franken (CHF) . Es ist unwesentlich, dass die Forderungen aus verschiedenen Verträgen sind, da eine Konnexität der Forderungen nicht verlangt wird. Ebenfalls unwesentlich ist, dass die Schadenersatzforderung auf CHF 850.– lautet und die Forderung aus Kaufvertrag CHF 300.–, da keine Gleichwertigkeit verlangt wird.	

¹⁶⁶ BSK OR I-SCHROETER, Art. 75 N 13.

¹⁶⁷ HUGUENIN, N 761.

¹⁶⁸ BGer 6B_362/2013 E. 1.4.1.

¹⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3217.

¹⁷⁰ BSK OR I-MÜLLER, Art. 120 N 15; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3220 und N 3222.

e. Fehlender Ausschlussgrund	
Die Verrechnung kann sowohl durch Vertrag (Art. 126 OR) als auch durch Gesetz (Art. 125 OR) ausgeschlossen sein.	
Vorliegend ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Hinweise für einen vertraglichen «pactum de non compensando». Die im Gesetz aufgeführten Fälle sind sodann nicht einschlägig.	
f. Zwischenfazit	
Die Voraussetzungen der Verrechnung sind erfüllt.	
2. Verrechnungserklärung	5
<p>Nach Art. 124 Abs. 1 OR tritt die Verrechnung nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen will (Verrechnungserklärung). Es handelt sich hierbei um ein Gestaltungsrecht.¹⁷¹ Dieses wird durch einseitige Willenserklärung des Verrechnenden ausgeübt, welche sich an die Verrechnungsgegnerin richten muss und empfangsbedürftig ist.¹⁷² Sie kann ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgen und muss den Willen des Verrechnenden in unzweideutiger Weise erkennen lassen. Es muss aus der Erklärung oder den Umständen auch hervorgehen, welches die Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos.¹⁷³</p> <p>Da es sich bei der Verrechnungserklärung um ein Gestaltungsrecht handelt, ist dieses bedingungsfeindlich.¹⁷⁴ Zugelassen wird aber eine sog. Eventualverrechnung im Prozess, bei welcher der Beklagte die Verrechnung für den Fall erklärt, das die von ihm bestrittene, gegen ihn gerichtete Forderung gestützt wird.¹⁷⁵</p> <p>Vorliegend erklärt Y telefonisch an B, dass er höchstens CHF 550.– schulde, da B die im Januar erworbene Segelausrüstung noch nicht bezahlt habe. Somit hat er ausdrücklich sowohl die Verrechnungsforderung als auch die Hauptforderung bezeichnet. Diese Erklärung ist sodann auch bei B angekommen.</p> <p>Problematisch könnte hingegen sein, dass Y die Verrechnung nur in dem Falle erklärt, dass er den Betrag auch schulde. Er bestreitet aber die Schadenersatzforderung generell; er erklärt, dass er sicherlich nichts schulde. Damit verrechnet Y die Forderung nur für den Fall, da der Schadenersatzanspruch wirklich besteht. Die Verrechnung sollte deshalb möglich sein: Die Parteien befinden sich zwar (noch) nicht im Prozess, doch wird erst ein Prozess Sicherheit über den Bestand der Forderung bringen. Aufgrund dessen sollte in diesem Fall auch die bedingte Verrechnung zugelassen werden <i>[Hinweis: Andere Ansicht mit entsprechender Begründung vertretbar.]</i></p>	

¹⁷¹ BSK OR I-Müller, Art. 124 N 1.

¹⁷² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3248.

¹⁷³ Zum Ganzen: BGer 4C.25/2005 E. 4.1.

¹⁷⁴ BGer 4C.90/2005 E. 4.

¹⁷⁵ BSK OR I-MÜLLER, Art. 124 N 3.

3. Wirkung der Verrechnung	0.75
Die Verrechnung führt zum Untergang von Verrechnungs- sowie Hauptforderung; allerdings nur bis zur Höhe des niedrigeren Forderungsbetrags. ¹⁷⁶	
Die Hauptforderung in der Höhe von CHF 850.– wird in der Höhe der Verrechnungsforderung, d.h. im Umfang von CHF 300.–, getilgt. Es bleibt folglich bei einer Hauptforderung in der Höhe von CHF 550.– .	
Total Teil B	12.75 Punkte
C. Fazit	
Vorliegend hat B einen Schadenersatzanspruch von CHF 850.– gegen Y aus Art. 109 OR. Allerdings wurde dieser Anspruch durch die erklärte Verrechnung von B im Umfang von CHF 300.– getilgt, weshalb die Forderung nun noch CHF 550.– beträgt.	
GESAMTPUNKTEZAHL AUFGABE 4	42.5 Punkte
GESAMTTOTAL	161 Punkte + 8 ZP

¹⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3250.