



Privatrecht I

9. Januar 2018

Dauer: 180 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst drei Seiten und fünf Aufgaben.

Hinweise:

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu:

Aufgabe 1	ca. 15% des Totals
Aufgabe 2	ca. 25% des Totals
Aufgabe 3	ca. 30% des Totals
Aufgabe 4	ca. 25% des Totals
Aufgabe 5	ca. 5% des Totals

Total	100%
-------	------

- Fragen des OR BT sind nicht zu prüfen.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!



Sanierungsprojekt «Casa Cresta»

Ladina Zanolli ist in Chur wohnhaft und im Kanton Graubünden als erfolgreiche Politikerin eine bekannte Persönlichkeit. Neben ihrer politischen Tätigkeit beschäftigt sich Ladina vor allem mit privaten Immobilienprojekten. Im Sommer 2017 ist dies das Ferienhaus Casa Cresta in Parpan, einer Ortschaft mitten im beliebten Skigebiet Lenzerheide. Ladina konnte die in die Jahre gekommene Liegenschaft im Frühjahr zu einem tiefen Preis erwerben. Die Casa Cresta befindet sich an bester Lage am Ende der Talabfahrt auf der Rothorn-Seite und kann, so hofft Ladina, nach einer Renovation zu attraktiven Mietpreisen an Feriengäste vermietet werden. Um bereits in der Wintersaison 2017/18 von der zusätzlichen Einnahmequelle profitieren zu können, beabsichtigt Ladina, bis Ende November 2017 eine Totalsanierung der Casa Cresta durchzuführen. Dabei sollen insbesondere die Böden neu verlegt, das Dach saniert und die defekte Heizung ersetzt werden.

Für die Bodenerneuerung in der Casa Cresta bestellt Ladina Prospekte von verschiedenen Parkettanbietern. Die Verlegungsarbeiten wird ihr 17-jähriger Sohn Flurin gemeinsam mit Freunden selber vornehmen. Sie entscheidet sich schliesslich für den preiswerten Parkett-Unternehmer Stefan Zürcher aus Dietikon im Kanton Zürich und ruft diesen am Mittwoch, 16. August 2017, an. Ladina teilt Stefan mit, dass sie in ihrem Haus in Parpan Eichenparkett verlegen möchte und dass ihr Sohn Flurin am nächsten Tag vorbeikommen werde, um ein passendes Parkett auszusuchen. Nach dem Telefonat instruiert Ladina Flurin, dass er für die 150 m² Boden einen zum Interieur passenden Eichenparkett zu einem Preis von maximal CHF 100.00 pro m² auswählen soll.

Am Folgetag führt Stefan Flurin durch seine Ausstellungshalle in Dietikon. Das rustikale Eichenparkett «Elephant Oak» passt in den Augen von Flurin perfekt zu den Möbeln, welche Ladina für die Casa Cresta bereits ausgesucht hat. Flurin ist überzeugt, dass seine Mutter dies genauso sieht, selbst wenn dieses Parkett mit einem Preis von CHF 130.00 pro m² etwas über der angegebenen Preislimite liegt. Er zögert deshalb nicht lange und bestellt für Ladina die für den Umbau erforderlichen Quadratmeter des Parketts «Elephant Oak». Stefan bestätigt die Bestellung umgehend per E-Mail. Zurück in Chur schwärmt Flurin Ladina vom bestellten «Elephant Oak» vor. Dieses Parkett kommt für Ladina aber überhaupt nicht in Frage.

Frage 1: Ist mit Stefan Zürcher ein Vertrag zustande gekommen und, falls ja, wann, mit wem und mit welchem Inhalt? (ca. 15%)

In der darauffolgenden Woche findet Ladina einen anonymen Brief im Briefkasten. Darin wird sie aufgefordert, das Parkett für die Casa Cresta bei der Allegra Parkett AG aus Chur zu bestellen, ansonsten das beiliegende Flugblatt schon morgen in allen Briefkästen von



Chur liegen werde. Auf dem Flugblatt ist unter einem Foto von Ladina der Titel «*Politikerin Ladina Zanoli lässt Bündner Geschäfte schon wieder unberücksichtigt*» zu lesen. Im Text wird Ladina als «*Halsabschneiderin*» und als «*knallharte Geschäftsfrau*» beschrieben, welche die Häuser in den Bündner Bergen aufkaufe, um diese zu wucherischen Preisen an Touristen zu vermieten, und bei ihren Auftragsvergaben erst noch die heimischen Geschäfte ausser Acht lasse. Ladina ist von den Anschuldigungen schockiert. Obwohl sie von der Korrektheit ihrer Vorgehensweise überzeugt ist, sieht sie ihren Ruf und den Rückhalt ihrer Wählerbasis gefährdet. Weil sie die Veröffentlichung des Flugblatts um jeden Preis verhindern will, fühlt sie sich gezwungen, dem anonymen Schreiben Folge zu leisten, worauf sie das Parkett für die Casa Cresta bei der Allegra Parkett AG bestellt. Dies, obwohl die Preise der Allegra Parkett AG jene der Konkurrenten bei Weitem übersteigen. Auf Aufforderung der Allegra Parkett AG leistet Ladina zudem eine Anzahlung von CHF 3'500.00.

Nachdem Ladina den ersten Schrecken über den anonymen Brief überwunden hat, bereut sie ihren Entscheid. Sie fragt sich, ob sie den Vertrag mit der Allegra Parkett AG irgendwie rückgängig machen kann und ob sie etwas unternehmen kann, um die Veröffentlichung des Flugblatts zu verhindern. Von einer verlässlichen Quelle hat sie mittlerweile erfahren, dass die Allegra Parkett AG selbst hinter dem Brief steckt.

Frage 2: Wie würden Sie als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin die Fragen von Ladina beantworten? (ca. 25%)

Für die Dachsanierung der Casa Cresta engagiert Ladina die Davaz Dach AG. Während der Herbstferien arbeitet unter anderem der 18-jährige Gymnasialschüler Dumeng für das Unternehmen. Dumeng ist Nachbar von Corsin Davaz, Gründer und Alleinaktionär der Davaz Dach AG, der sich altershalber bereits vor einigen Jahren aus sämtlichen Funktionen des Unternehmens zurückgezogen hat. Nachdem Dumeng in seinen bisherigen Schulferien stets im Archiv einer Anwaltskanzlei ausgeholfen hat, freut er sich, zur Abwechslung einmal einen handwerklichen Ferienjob zu haben.

An seinem ersten Arbeitstag, Freitag, 13. Oktober 2017, beginnt die Davaz Dach AG mit dem Verlegen der neuen Dachziegel auf der Casa Cresta. Am Abend verlässt Dumeng als letzter die Baustelle und ist in Gedanken bereits beim geplanten Nachessen mit Freunden. Erst als er später vor dem Restaurant steht, kommt ihm in den Sinn, dass er vergessen hat, die noch nicht befestigten Ziegel auf dem Dach entsprechend der am Nachmittag erhaltenen Instruktion zu sichern. Er überlegt sich kurz, seine Arbeitskollegen bei der Davaz Dach AG per SMS darüber zu informieren. In der Annahme, dass über das Wochenende ohnehin niemand auf der Baustelle sein wird, entscheidet er sich aber, nichts zu unternehmen. Am Samstagmorgen begibt sich Pirmin, Maler eines weiteren mit dem Sanierungsprojekt befassten Bauunternehmens, auf das Grundstück der Casa Cresta, da er dort am Vortag sein Portemonnaie vergessen hat. Plötzlich löst sich ein Ziegel vom Dach der Casa Cresta und fällt Pirmin auf den Hinterkopf. Pirmin kommt gerade noch glimpflich davon: Er erleidet eine mittelschwere Hirnerschütterung sowie eine kleine Platzwunde. Er wird vom Arzt für zwei Wochen krankgeschrieben.

Frage 3: Welche Ansprüche kann Pirmin gegen wen geltend machen? (ca. 30%)



Ende Oktober 2017 kontaktiert Ladina die Engel Heizung GmbH und lässt sich von Geschäftsführer Giachen in Bezug auf die defekte Ölheizung der Casa Cresta beraten. Da der vorhandene Heizöltank noch gebrauchsfähig ist und die Zeit etwas drängt, scheint ihr der Ersatz der Ölheizung die beste Variante zu sein. Sie bestellt bei der Engel Heizung GmbH die Heizung «Oil-in-one 3000» zum Preis von CHF 18'000.00. Ladina erläutert Giachen, dass sie das Haus ab Dezember 2017 vermieten möchte, und vereinbart mit ihm daher, dass die Lieferung der Heizung am Dienstag, 28. November 2017, zu erfolgen hat. So bleibe vor der Ankunft der ersten Gäste genügend Zeit für das Beheizen der Casa Cresta. Der Preis soll in zwei Raten bezahlt werden: CHF 8'000.00, zahlbar bis 5. November 2017, und CHF 10'000.00, zahlbar bis 31. Dezember 2017. Die Rechnung, mitsamt Kontoangaben, lässt Giachen Ladina noch gleichentags per Post zukommen. Bereits am 2. November 2017 geht auf dem Konto der Engel Heizung GmbH eine Zahlung von Ladina in der Höhe von CHF 8'000.00 ein. Nachdem nun auch die Heizungssanierung pünktlich fertiggestellt sein sollte, bietet Ladina die Casa Cresta auf verschiedenen Internetplattformen zur Vermietung an. Unter anderem kann sie die Casa Cresta ab Samstag, 2. Dezember 2017, für 14 Nächte zu einem Preis von CHF 200.00 pro Nacht an die Familie Krüger vermieten.

Am Dienstag, 28. November 2017, wartet Ladina vergeblich auf die Lieferung der Engel Heizung GmbH. Erst am Folgetag erhält sie einen Anruf von Giachen. Dieser erklärt ihr, dass er bei der Bestellung der Heizung bei seinem Lieferanten einen Fehler gemacht haben müsse. Bei der gestern bei ihm eingetroffenen Heizung handle es sich nämlich nicht um das von Ladina bestellte Modell, sondern um eine Gasheizung, die in der Casa Cresta nicht verwendet werden könne. Die Lieferung der von Ladina bestellten Heizung könne erst in zwei Wochen, am Freitag, 15. Dezember 2017, erfolgen.

Ohne funktionierende Heizung kann Ladina die Casa Cresta unmöglich an ihre Gäste vermieten. Die Familie Krüger, welche bereits bezahlt hat, muss Ladina deshalb in einer anderen Bleibe unterbringen. Aufgrund der kurzfristigen Buchung bleiben in Parpan nicht mehr viele Alternativen, welche dem Standard der Casa Cresta entsprechen. Ladina bucht für die Gäste schliesslich ein Familienzimmer im Hotel Enzian für CHF 250.00 pro Nacht inkl. Mahlzeiten. Ladina ist über die Situation alles andere als erfreut und fragt sich, wie sie nun vorgehen kann und ob ihr gegenüber der Engel Heizung GmbH Ansprüche zustehen.

Frage 4: Wie würden Sie als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin die Fragen von Ladina beantworten? (Hinweis: Gehen Sie davon aus, dass Giachen die Engel Heizung GmbH rechtsgültig vertreten kann.) (ca. 25%)

Sachverhaltsvariante: Gehen sie davon aus, dass Ladina am Freitag, 24. November 2017, einen Anruf von Giachen erhält. Dieser teilt Ladina mit, dass er mit der bestellten Heizung «Oil-in-one 3000» vor der Casa Cresta stehe. Da die übrigen Sanierungsarbeiten an der Casa Cresta noch nicht abgeschlossen seien und der Hauseingang mit Gerüsten versperrt sei, könne er allerdings die Heizung unmöglich in den Heizraum schaffen. Die Kosten der Engel Heizung GmbH für die Zwischenlagerung der Heizung und für die erneute Lieferung am Dienstag, 28. November 2017, belaufen sich auf CHF 650.00.

Frage 5: Wer muss für die Kosten von CHF 650.00 aufkommen? (ca. 5%)

Schriftliche Prüfung „Privatrecht I“ (BA) vom 9. Januar 2018 (HS 17)

Lösungsvorschlag

Inhaltsverzeichnis

Hinweise zur Korrektur und zur Notengebung.....	Seite 1
Frage 1.....	Seite 2
Frage 2.....	Seite 8
Frage 3.....	Seite 17
Frage 4.....	Seite 29
Frage 5.....	Seite 38

Hinweise zur Korrektur und zur Notengebung

Die vorliegende Musterlösung diene als Korrekturschema für knapp 150 Prüfungen und ist deshalb sehr ausführlich gehalten, um eine möglichst einheitliche Korrektur sämtlicher Prüfungen gewährleisten zu können. Es wurde selbstverständlich nicht erwartet, dass die Studierenden eine derart ausführliche Lösung präsentieren. Vielmehr wurde bei der Korrektur Wert darauf gelegt, dass die zentralen Probleme in den einzelnen Fällen erkannt und unter Anwendung der korrekten juristischen Methodik einer schlüssigen Lösung zugeführt wurden.

Die fett gedruckten Passagen machen i.d.R. den überwiegenden Teil des jeweiligen Punktes aus, sind jedoch nicht in jedem Fall ausreichend. Subsumtions- und (Zwischen-)Fazitpunkte wurden nur erteilt für saubere, d.h. begründete Ausführungen mit Bezug auf den Sachverhalt.

Bitte beachten Sie, dass für die Gewichtung der einzelnen Prüfungsaufgaben allfällige Zusatzpunkte (hiernach „ZP“) nicht mitberechnet wurden.

	Punktemaxima	Gewichtung
Frage 1	39	ca. 15%
Frage 2	62 (+ 28 ZP)	ca. 25%
Frage 3	78 (+ 7.5 ZP)	ca. 30%
Frage 4	59	ca. 25%
Frage 5	9	ca. 5%

	Frage 1: Ist mit Stefan Zürcher ein Vertrag zustande gekommen und, falls ja, wann, mit wem und mit welchem Inhalt?	39
	1. Voraussetzungen des Zustandekommens eines Vertrages (Überblick)	-
	Für den Vertragsschluss nach Art. 1 Abs. 1 OR müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Rechts- und Handlungsfähigkeit, gegenseitiger Austausch und Übereinstimmung der Willenserklärungen (tatsächlicher oder normativer Konsens) über die wesentlichen Vertragspunkte sowie Vorliegen eines Rechtsbindungswillens.	-
	2. Rechts- und Handlungsfähigkeit der Parteien	4
	<p>Beide Parteien müssen rechtsfähig (Art. 11 Abs. 1 ZGB für natürliche Personen und Art. 53 ZGB für juristische Personen) und handlungs- bzw. geschäftsfähig sein (Art. 12 f. ZGB für natürliche Personen bzw. Art. 54 f. ZGB für juristische Personen), um einen Vertrag abschliessen zu können. Natürliche Personen besitzen die Handlungsfähigkeit, wenn sie urteilsfähig (Art. 16 ZGB) und volljährig sind, d.h. das 18. Lebensjahr zurückgelegt haben (Art. 14 ZGB).</p> <p><i>Als Vertragsparteien kommen vorliegend Ladina (hiernach „L“), Flurin (hiernach „F“) und Stefan (hiernach „S“) in Frage.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – <i>Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt („SV“) ist davon auszugehen, dass L rechts- und handlungsfähig ist. Dem SV sind insbesondere keine Hinweise zu entnehmen, dass S nicht urteilsfähig wäre.</i> – <i>Sodann kann mangels entgegenstehender Angaben im SV angenommen werden, dass F rechtsfähig ist. F ist gemäss SV allerdings erst 17 Jahre alt, d.h. er ist noch nicht volljährig und entsprechend auch noch nicht handlungsfähig. Hingegen ist mangels gegenteiliger Angaben im SV davon auszugehen, dass F urteilsfähig ist. Als urteilsfähige handlungsunfähige Person kann F grundsätzlich nur mit Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter einen Vertrag abschliessen (vgl. Art. 19 f. ZGB).</i> – <i>Laut SV ist S Parkett-Unternehmer, wobei mangels anderweitiger Angaben davon auszugehen ist, dass es sich um ein Einzelunternehmen handelt, womit die Voraussetzungen für natürliche Personen zu prüfen sind. Mangels gegenteiliger Angaben kann angenommen werden, dass S rechts- und handlungsfähig ist. Dem SV sind insbesondere keine Hinweise zu entnehmen, dass S nicht urteilsfähig wäre.</i> 	
	3. Austausch übereinstimmender Willenserklärungen	10.5
	<p>Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR sind für den Vertragsschluss gegenseitige, übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien über die wesentlichen Punkte (<i>essentialia negotii</i>) i.S.v. Art. 2 Abs. 1 OR erforderlich. Die gegenseitigen Willenserklärungen werden mittels Antrag und Annahme ausgetauscht (Art. 3 ff. OR).</p> <ul style="list-style-type: none"> – Der Antrag ist die zeitlich erste Willenserklärung, mit welcher der Abschlusswille verbindlich erklärt wird (Art. 3 Abs. 1 OR). Der Antrag muss alle objektiv (und allenfalls subjektiv) wesentlichen Punkte enthalten. – Von einem Antrag zu unterscheiden ist die (unverbindliche) Einladung zur Offertstellung (<i>invitatio ad offerendum</i>, vgl. Art. 7 Abs. 1 OR). Bei dieser zeigt der Erklärende nur seine grundsätzliche Bereitschaft, Vertragsverhandlungen aufzunehmen, verfügt jedoch noch nicht über ei- 	

nen definitiven Rechtsbindungswillen. Ob es sich im Einzelfall um einen Antrag oder eine Einladung zur Offertstellung handelt, ist durch Auslegung zu ermitteln. **Art. 7 Abs. 2 OR** besagt als Auslegungsregel zudem, dass das **Versenden von Preislisten** – was auch Kataloge und Prospekte umfasst – **keinen Antrag** darstellt und folglich lediglich eine *invitatio ad offerendum* ist. Hingegen gilt die **Auslage von Waren mit Angabe des Preises i.d.R. als Antrag (Art. 7 Abs. 3 OR).**

- Die Annahme ist die **zeitlich zweite Willenserklärung** und muss mit dem Antrag übereinstimmen.

Der Zustand, der vorliegt, wenn die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags ausgetauscht haben, wird als **Konsens** bezeichnet. **Haben sich die Parteien übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt,** liegt ein **tatsächlicher** (auch: natürlicher) **Konsens** vor. Der Vertrag kann **unter Anwesenden (Art. 4 OR) oder unter Abwesenden (Art. 5 OR) geschlossen** werden.

*Beim Kauf des Parketts handelt es sich um einen Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 ff. OR. Die **objektiv wesentlichen Punkte** sind also der **Kaufgegenstand** – vorliegend **150 m² des Eichenparketts „Elephant Oak“** – und der **Kaufpreis** – i.c. **CHF 130 pro m²**. Die einzelnen Willenserklärungen sind i.c. wie folgt zu qualifizieren:*

- Weder Antrag noch Annahme:
 - Indem L bei S Parkettprospekte bestellt, gibt sie noch keine Einladung zur Offertstellung, geschweige denn einen Antrag ab.
 - Das **Zusenden des Prospekts durch S** stellt gemäss Art. 7 Abs. 2 OR eine *invitatio ad offerendum* dar.
 - Am 16. August 2017 teilt L dem S am Telefon mit, dass sie in der Casa Cresta „Eichenparkett“ verlegen will. Damit **bestimmt sie allerdings weder in hinreichender Weise die Kaufsache noch einen Preis.** Kaufsache und Preis sind zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht bestimmbar. Es **kann folglich noch kein Antrag** und auch noch kein Konsens zwischen L und S über die wesentlichen Vertragspunkte vorliegen. Entsprechend **kommt am 16. August 2017 noch kein Vertrag zustande.**
- Es wird noch zu zeigen sein, dass F seine Mutter L als deren direkter Stellvertreter verpflichtet (vgl. unten).
- Antrag und Annahme Variante 1:
 - Am 17. August 2017 **bestellt F bei S** in der Ausstellungshalle in Dietikon für L das Eichenparkett „Elephant Oak“ zu einem Preis von CHF 130.00 pro m². Diese Willenserklärung **enthält somit alle wesentlichen Punkte eines Kaufvertrags.** Sie kann daher als **Antrag** qualifiziert werden.
 - **S bestätigt die Bestellung umgehend per E-Mail.** Spätestens diese Willenserklärung von S ist als **Annahme** zu qualifizieren.
- Antrag und Annahme Variante 2:
 - **Antrag von S i.S.v. Art. 7 Abs. 3 OR** (Auslage von Waren mit Angabe des Preises).
 - **Annahme durch F** am 17. August 2017 **durch Bestellung des ausgestellten Parketts bei S.**

Somit liegen **gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen von F und S vor.** Mangels anderslautender Angaben im SV ist von einem **tatsächlichen Konsens** auszugehen, mithin davon, dass **sich S und F über die wesentlichen Vertragspunkte Kaufgegenstand (150 m² Eichenparkett „Elephant Oak“) und Kaufpreis (CHF 130.00 pro m²) tatsächlich geeinigt haben.**

	<i>Der Vertrag wurde unter Anwesenden i.S.v. Art. 4 OR abgeschlossen.</i>	
	4. Rechtsbindungswille	2
	<p>Ein Rechtsbindungswille liegt vor, wenn man seinen Handlungen rechtliche Relevanz zukommen lassen und damit bestimmte Rechtsfolgen auslösen will.</p> <p><i>F bestellt das Parkett gemäss SV „für Ladina“. Aus dem SV geht somit klar hervor, dass F selbst keinen Rechtsbindungswillen hat, um einen Vertrag mit S abzuschliessen. Zwischen ihm und S ist folglich kein Vertrag zustande gekommen. Hingegen weisen L und S den erforderlichen Rechtsbindungswillen auf, da sie sich dazu verpflichten wollen, das Parkett zu übergeben bzw. den Kaufpreis zu bezahlen. Ihr Wille richtet sich also darauf, konkrete Rechtsfolgen auszulösen und sich entsprechend rechtlich zu binden.</i></p>	
	5. Rechtsgültige Stellvertretung als besondere Voraussetzung	21.5
	a) Abgrenzungen	3.5
	aa) Stellvertretung und Botenschaft	2
	<p>Im Gegensatz zum Stellvertreter gibt der Bote nicht eine eigene Willenserklärung, sondern denjenige des Geschäftsherrn ab. Er ist bloss technischer Übermittlungsträger, d.h. übermittelt lediglich eine fremde Willenserklärung. Ob im Einzelfall ein Bote oder ein Stellvertreter vorliegt, ist aus den Umständen und nach dem Vertrauensprinzip aus Sicht des Erklärungsempfängers zu ermitteln.</p> <p><i>Dass F bei der Auswahl des konkreten Parketts über einen gewissen Spielraum verfügt (was S auch so verstehen durfte) ist ein wesentliches Indiz dafür, dass F nicht einfach als technischer Übermittlungsträger die Willenserklärung seiner Mutter L übermittelt, sondern eine eigene abgibt. Entsprechend liegt keine Botenschaft vor.</i></p>	
	bb) Direkte und indirekte Stellvertretung	1.5
	<p>Bei der direkten oder echten Stellvertretung handelt der Vertreter in fremdem Namen und auf fremde Rechnung. Die Wirkung der Rechtshandlung tritt direkt beim Vertretenen ein (Art. 32 Abs. 1 OR). Bei der indirekten oder unechten Stellvertretung handelt der Stellvertreter dagegen auf fremde Rechnung, aber in eigenem Namen (Art. 32 Abs. 3 OR). Die Wirkungen der Rechtshandlung treten zunächst nicht beim Vertretenen, sondern beim Stellvertreter selbst ein. Es ist ein zweites Rechtsgeschäft notwendig, um die erworbenen Rechte vom Stellvertreter auf den Vertretenen zu übertragen.</p> <p><i>Laut SV bestellt F das Parkett „für Ladina“. Selbst wenn er dies bei seinem Besuch in Dietikon gegenüber S nicht ausdrücklich kundgetan hätte, so hätte S aufgrund des Telefonats am Vortag gewusst, dass F für L handelt. F handelt folglich in fremdem Namen und auf fremde Rechnung. Es sind deshalb die Voraussetzungen der direkten Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) zu prüfen.</i></p>	
	b) Voraussetzungen der direkten Stellvertretung nach Art. 32 Abs. 1 OR	18
	aa) Überblick	-
	Damit die Rechtshandlungen des Vertreters den Vertretenen verpflichten,	

	müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (Art. 32 f. OR): <ul style="list-style-type: none"> – Handlungsfähigkeit der Vertretenen, – Urteilsfähigkeit des Vertreters, – Handeln in fremdem Namen, – fehlende Vertretungsfeindlichkeit und – Vertretungsmacht. 	
	aa) Handlungsfähigkeit der Vertretenen	0.5
	Die Vertretene, d.h. L , muss handlungsfähig sein. Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	bb) Urteilsfähigkeit des Vertreters	0.5
	Der Vertreter, d.h. F , muss nicht zwingend handlungsfähig sein. Urteilsfähigkeit genügt . Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	cc) Handeln in fremdem Namen	2
	Der Vertreter muss im Namen des Vertretenen handeln (Art. 32 Abs. 1 und 2 OR). Er muss den Dritten spätestens bei Vertragsschluss ausdrücklich oder stillschweigend über seine Stellvertretung informieren, d.h. zu erkennen geben, dass er kein Eigengeschäft abschliessen will. <i>L erklärt S am Telefon ausdrücklich, dass ihr Sohn F am nächsten Tag vorbeikommen werde, um das Parkett auszuwählen. Am nächsten Tag bestellt F das Parkett „für Ladina“. F gibt S folglich zu erkennen, dass er das Parkett nicht für sich bestellen will, sondern in fremden Namen bzw. im Namen von L handelt.</i>	
	dd) Fehlende Vertretungsfeindlichkeit	1
	Bei vertretungsfeindlichen Rechtsgeschäften ist die Stellvertretung nicht zulässig. <i>Die schuldrechtliche Vereinbarung über den (Ver-)Kauf eines Parketts (Kaufvertrag) ist kein vertretungsfeindliches Rechtsgeschäft.</i>	
	ee) Vertretungsmacht	13
	aaa) Im Allgemeinen	2.5
	Damit der Vertreter den Vertretenen direkt berechtigen und verpflichten kann, muss er über die Rechtsmacht verfügen, für den Vertretenen zu handeln (Vertretungsmacht). Diese Vertretungsmacht kann sich aus Gesetz, Rechtsgeschäft oder Organstellung ergeben. Die durch Rechtsgeschäft eingeräumte Vertretungsmacht wird als Vollmacht bezeichnet. Die Erteilung der Vollmacht (Bevollmächtigung) ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung , welche erst mit Zugang beim Vertreter wirksam wird und keiner Annahme durch den Vertreter bedarf . Die Erteilung einer Vollmacht kann grundsätzlich formfrei erfolgen (Art. 11 OR). <i>I.c. kommt lediglich eine rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht in Frage.</i>	

	bbb) Vertretungsbefugnis (interne Vollmacht)	5
	<p>Die Vertretungsbefugnis richtet sich nach dem Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen, wird also durch den Umfang der sog. internen Vollmacht bestimmt. Dieser ergibt sich aus dem Inhalt der Bevollmächtigung (Art. 33 Abs. 2 OR). Der Vollmachtgeber bestimmt somit den Umfang und kann die Vollmacht in verschiedener Hinsicht (zeitlich, örtlich, sachlich, persönlich) beschränken. Hat der Vertreter den Umfang der Vollmacht nicht tatsächlich so verstanden, wie der Vertretene (Vollmachtgeber) sie gemeint hat, ist die Bevollmächtigung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.</p> <p>L instruiert F, ein zum Interieur passendes Eichenparkett zu einem Preis von maximal CHF 100.00 pro m² auszuwählen (= Vertretungsbefugnis, interne Vollmacht). Es ist davon auszugehen, dass ihre Willenserklärung in den Machtbereich von F gelangt und somit wirksam zugeht. F als Vertreter wird somit von L als Vertretene dazu ermächtigt, sie gemäss der erteilten Vollmacht direkt zu berechtigen oder verpflichten. Mangels gegenteiliger Angaben im SV muss davon ausgegangen werden, dass F die Bevollmächtigung auch in diesem Umfang versteht bzw. zumindest so verstehen muss. Indem F das Eichenparkett «Elephant Oak» zu einem Preis von CHF 130.00 pro m² bestellt, überschreitet er den Umfang der ihm erteilten Vollmacht. Er handelt folglich ohne Vertretungsbefugnis und es liegt eine vollmachtlose Stellvertretung vor.</p>	
	ccc) Gutgläubensschutz (externe Vollmacht)	5.5
	<p>Rechtshandlungen, welche der Vertreter ohne entsprechende Vertretungsbefugnis bzw. interne Vollmacht vornimmt, binden den Vertretenen grundsätzlich nicht. Nach Art. 33 Abs. 3 OR kann sich der Dritte jedoch auf eine ihm kundgegebene Vollmacht (sog. externe Vollmacht) berufen, auch wenn die durch den Vertreter vorgenommenen Handlungen nicht von der internen Vollmacht gedeckt sind. Vorausgesetzt wird, dass sich der Dritte in gutem Glauben befindet. Dessen Dasein wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Die Mitteilung der (externen) Vollmacht gegenüber einem Dritten stellt eine blosser Wissensklärung dar. Es ist nicht erforderlich, dass sich der Vertreter dessen bewusst ist, dass er eine Vollmacht kundtut. Dies gilt zumindest dann, wenn der Vertretene hätte erkennen müssen, dass der Dritte die Mitteilung als Kundgabe einer Vollmacht verstehen darf.</p> <p>I.c. kündigt L gegenüber S telefonisch an, dass ihr Sohn F am nächsten Tag vorbeikommen werde, um für sie ein passendes Eichenparkett auszusuchen. Die Mitteilung von L ist als Kundgabe einer Vollmacht zu werten. Der Umfang dieser externen Vollmacht bestimmt sich nach dem Inhalt, der S mitgeteilt wurde. L hat gegenüber S weder das genaue Parkett noch einen Maximalpreis genannt, hingegen aber, dass F das „passende Parkett“ aussuchen werde, die externe Vollmacht war folglich zu umfangreich. Es ergeben sich keine Indizien dafür, dass S bösgläubig war, womit der gute Glaube von S zu vermuten ist. S durfte folglich davon ausgehen, dass F dazu befugt war, ein Eichenparkett seines Sortiments zu einem beliebigen Preis auszuwählen – insbesondere deshalb, weil L einen Prospekt von S bestellte und ihr die Preise der verschiedenen Eichenparkette vorliegen. Das Vertrauen des gutgläubigen S in den Bestand der unbeschränkten Vollmacht des F zum Kauf von Parkett vermag den Vollmachtsmangel somit zu heilen.</p>	

	Die Genehmigung nach Art. 38 Abs. 2 OR ist i.c. nicht zu prüfen. Eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn die Vertretungswirkung – wie i.c. – kraft Gutgläubenschutzes i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR eintritt.	-
	ff) Zwischenfazit	1
	<i>F handelt in Bezug auf die Bestellung des Parketts «Elephant Oak» zu einem Preis von CHF 130.00 pro m² beim Parkett-Unternehmer S folglich als direkter Stellvertreter von L. Entsprechend werden die Wirkungen der Rechtshandlungen von F seiner Mutter L zugerechnet.</i>	
	6. Gültigkeit des Vertrages	-
	<i>Hinweise auf Form- (Art. 11 f. OR), Inhalts- (Art. 19 f. OR) oder Willensmängel (vgl. Art. 23 f. OR) sind dem SV nicht zu entnehmen.</i>	
	7. Gesamtfazit	1
	<i>Zwischen S und L ist am 17. August 2017 ein Vertrag über 150 m² des Eichenparketts „Elephant Oak“ zu einem Preis von CHF 130.00 pro m² zustande gekommen.</i>	

	Frage 2: Wie würden Sie als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin die Fragen von Ladina beantworten?	62 + 28 ZP
	1. Ausgangslage: zustande gekommener Kaufvertrag	1
	<p>Gemäss Sachverhalt (hiernach „SV“) fragt sich Ladina (hiernach „L“) (1), ob sie den <i>Vertrag</i> mit der A AG irgendwie rückgängig machen kann und (2), ob sie etwas unternehmen kann, um die Veröffentlichung des Flugblatts zu verhindern.</p> <p>Aufgrund der ersten Fragestellung ist davon auszugehen, dass zwischen L und der A AG ein Kaufvertrag über den Erwerb des Parketts zustande gekommen ist. Fraglich ist allerdings, ob dieser Kaufvertrag gültig ist.</p>	
	2. Gültigkeit des Vertrages	32.5 + 24.5 ZP
	a) Allgemeines	4
	<p>Ein Vertrag kann aufgrund von Form- (Art. 11 f. OR), Inhalts- (Art. 19 f. OR) oder Willensmängel (Art. 23 ff. OR) ungültig sein. Der Begriff "Willensmängel" stammt aus der Lehre und umfasst die Tatbestände von Art. 23 ff. OR, welche im Gesetz unter dem Randtitel "Mängel des Vertragsabschlusses" zusammengefasst werden. Ein Willensmangel setzt voraus, dass der Wille der einen Vertragspartei falsch gebildet (basierend auf einer irrigen Vorstellung von einem SV), widerrechtlich beeinflusst oder nicht korrekt erklärt wurde.</p> <p>Hinweise auf Form- (Art. 11 f. OR) oder Inhaltsmängel (Art. 19 f. OR) sind dem SV nicht zu entnehmen. Hingegen ist zu prüfen, ob allenfalls ein Willensmangel aufgrund von Furchterregung (Art. 29 f. OR) oder eine Übervorteilung (Art. 21 OR) vorliegt.</p>	
	b) Furchterregung	19
	aa) Tatbestand	4
	<p>Ist ein Vertragschliessender von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für den Bedrohten unverbindlich (Art. 29 Abs. 1 OR). Wenn die Drohung von einem Dritten ausgegangen ist und der Vertragspartner nichts davon wusste und auch nichts wissen konnte, kommt eine Billigkeitshaftung des Bedrohten in Frage (Art. 29 Abs. 2 OR).</p> <p>Folgende fünf Voraussetzungen müssen bei einer Furchterregung i.S.v. Art. 29 f. OR kumulativ erfüllt sein:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Drohungshandlung 2. Drohungsabsicht 3. Widerrechtlichkeit 4. Gegründete Furcht 5. Kausalzusammenhang 	
	bb) Drohungshandlung	5
	Unter Drohung wird die Beeinflussung der Entschlussfreiheit einer Vertragsgegenpartei durch Inaussichtstellen eines ernsthaften Übels für den	

	<p>Fall, dass der Bedrohte die gewünschte Willenserklärung nicht abgebe, verstanden. Der Vertrag muss unter Ausübung von Druck zustande gekommen sein. Es kommt nur der psychische Zwang (vis compulsiva), nicht aber die Überwältigung durch physischen Zwang (vis absoluta) in Betracht. Das Übel muss dem Bedrohten ernsthaft in Aussicht gestellt werden, so dass dieser nach den Umständen mit seiner Verwirklichung rechnen muss. Ob eine Drohung vorliegt, ist nicht objektiv zu beurteilen, sondern aus dem subjektiven Standpunkt des Bedrohten, weshalb Alter, Geschlecht, Bildung etc. zu berücksichtigen sind. (a.M. vertretbar)</p> <p><i>Das ernsthafte Übel besteht i.c. in der Veröffentlichung des Flugblattes, dessen Inhalt Ls Ruf und den Rückhalt ihrer Wählerbasis gefährdet. Es handelt sich um eine Form psychischer Gewalt. L musste damit rechnen, dass der Absender des Briefes, die A AG, die Drohung wahr machen würde, sie musste mit der Verwirklichung der Drohung rechnen. Es liegt eine Drohungshandlung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 OR vor.</i></p>	
	cc) Drohungsabsicht	2.5
	<p>Der Drohende will die andere Partei durch Drohung zu einem Vertragsabschluss bestimmen. Beim Täter muss eine Drohungsabsicht (Handeln mit Wissen und Willen) bestehen, eine fahrlässige Furchterregung genügt nicht.</p> <p><i>Die A AG beabsichtigt, mit dem anonymen Brief wissentlich und willentlich die Entscheidung von L (mit ihr einen Vertrag abzuschliessen) durch Androhung eines Übels zu beeinflussen. Ob die A AG beabsichtigt, die Drohung tatsächlich auszuüben ist nicht bekannt, hat allerdings auch keinen Einfluss auf den Tatbestand der Furchterregung. Es liegt eine Drohungsabsicht vor.</i></p>	
	dd) Widerrechtlichkeit	2.5
	<p>Die Drohung muss gemäss Art. 29 Abs. 1 OR widerrechtlich sein. Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn das verwendete Mittel, der verfolgte Zweck oder die Zweck-Mittel-Relation widerrechtlich ist.</p> <p>Widerrechtlichkeit ist stets dann zu bejahen, wenn das in Aussicht gestellte Übel widerrechtlich ist, z.B. Bedrohen von Leben und Gesundheit oder das Androhen einer anderen unerlaubten Handlung oder eines Vertragsbruches.</p> <p><i>Vorliegend droht die A AG an, unwahre Tatsachenbehauptungen zu verbreiten, die geeignet sind, Ls Ehre zu verletzen. Würde die Drohung umgesetzt, also das Flugblatt tatsächlich in Umlauf gebracht werden, würde dies ein strafrechtlich relevantes Verhalten i.S.v. Art. 173 ff. StGB (Ehrverletzungen) darstellen, weshalb die Widerrechtlichkeit der Drohung zu bejahen ist. Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 29 Abs. 1 OR ist zu bejahen.</i></p>	
	ee) Gegründete Furcht	2.5
	<p>Gemäss Legaldefinition in Art. 30 Abs. 1 OR ist eine Furcht begründet, wenn der Bedrohte nach den Umständen annehmen muss, dass er oder eine ihm nahestehende Person an Leib und Leben, Ehre oder Vermögen mit einer nahen und erheblichen Gefahr bedroht sei.</p> <p><i>Bedroht wird vorliegend die Ehre von L. Die A AG stellt L in Aussicht, dass ein Flugblatt an die Bewohner von Chur verteilt wird, in welchem sie als Halsabschneiderin bezeichnet wird, die heimische Unternehmen bei der Auftrags-</i></p>	

	<i>vergabe unberücksichtigt lässt. Durch die Drohung wird L dazu verleitet, ein überteuertes Angebot der A AG anzunehmen, obwohl sie bereits ein preiswerteres Angebot von Stefan Zürcher angenommen hat. Dadurch wird auch das Vermögen von L beeinträchtigt. Gegründete Furcht i.S.v. Art. 29 Abs. 1 OR ist zu bejahen.</i>	
	ff) Kausalzusammenhang	2.5
	Zwischen der Drohung und dem Vertragsabschluss muss ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehen. Die Drohung muss Ursache dafür sein, dass überhaupt ein Vertrag oder ein Vertrag mit entsprechendem Inhalt abgeschlossen wurde (conditio sine qua non). <i>Vorliegend hat L die Bestellung des Parketts für die Casa Cresta bei der A AG einzig aufgrund der Drohung aufgegeben und eine Anzahlung von CHF 3'500.00 geleistet. Der Kausalzusammenhang ist zu bejahen.</i>	
	c) Übervorteilung	15.5 ZP
	aa) Tatbestand	2.5 ZP
	Art. 21 Abs. 1 OR: „Wird ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.“ Es müssen demnach folgende Voraussetzungen erfüllt sein: 1. Offenbares Missverhältnis 2. Schwächezustand 3. Ausnutzung der Notlage	
	bb) Offenbares Missverhältnis	3 ZP
	Ein offenbares Missverhältnis i.S.v. Art. 21 Abs. 1 OR besteht, wenn die Leistungsinäquivalenz jedermann „ ins Auge springt “. Massgeblich für die Beurteilung des Missverhältnisses ist der objektive Wert (Marktwert, falls vorhanden) der vereinbarten Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses . <i>Gemäss SV übersteigen die Preise bei weitem jene der Konkurrenten. Ob die Preisdifferenz ein offensichtliches Missverhältnis darstellt, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Es muss eine Annahme getroffen werden. Ein offenes Missverhältnis liegt (nicht) vor.</i>	
	cc) Schwächezustand	6 ZP
	Weiter muss sich der Übervorteilte in einer Schwächesituation bzw. subjektiven Ausnahmesituation befinden, welche seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt bzw. das freie Verhandeln des Vertrages verunmöglicht . Die in Art. 21 Abs. 1 OR genannten Beispiele (Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns) sind nicht abschliessend . Eine Notlage i.S.v. Art. 21 Abs. 1 OR besteht insbesondere dann, wenn sich die Übervorteilte bei Vertragsschluss in einer Zwangslage oder in starker Bedrängnis befindet. Dies ist regelmässig der Fall, wenn die übervorteilte Partei den Abschluss des unvorteilhaften Ver-	

	<p>trages im Vergleich zu den ihr aus der Notlage drohenden Nachteilen als das kleinere Übel empfindet. Ob eine Notlage vorliegt, bestimmt sich nach objektiven (a.M. subjektiven) Gesichtspunkten. Die Notlage muss nicht zwingend in wirtschaftlicher Hinsicht bestehen, vielmehr kann sie auch familiärer, persönlicher oder politischer Natur sein. Die Tatsache, dass sich der Übervorteilte die Übervorteilung leisten kann, schliesst die Notlage nicht aus.</p> <p><i>Vorliegend fürchtet sich L um ihre politische Zukunft. Sie ist auf das Vertrauen ihrer Wählerbasis angewiesen. Eine starke Bedrängnis und damit eine Notlage liegen vor. Ein Schwächezustand liegt vor.</i></p>	
	dd) Ausnutzung des Schwächezustands	2.5 ZP
	<p>Schliesslich muss die übervorteilende Partei die Schwächelage der übervorteilten bewusst ausbeuten, d.h. sich deren Schwäche bewusst zunutze machen, um sich durch den Vertragsschluss auf deren Kosten übermässige Vorteile zu verschaffen.</p> <p><i>Die A AG hat die Notlage von L selbst herbeigeführt. Einziges Ziel ihres Handelns war es, mit L einen für diese ungünstigen Vertrag abzuschliessen. Die A AG hat daher Ls Notlage absichtlich ausgenutzt. Die Ausnutzung eines Schwächezustands ist zu bejahen.</i></p>	
	d) Anspruchskonkurrenzen	1.5 ZP
	<p>Die Tatbestände der Drohung und Übervorteilung konkurrieren alternativ. Dem Bedrohten und Übervorteilten steht es daher frei, auf welche Anspruchsgrundlage er sich berufen will.</p>	
	e) Rechtsfolgen	8.5 + 1.5 ZP
	aa) Rechtsfolgen der Übervorteilung	1.5 ZP
	<p>Der Übervorteilte kann innerhalb eines Jahres seit Vertragsabschluss (Art. 21 Abs. 2 OR, Verwirkungsfrist) erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen (Art. 21 Abs. 1 OR). (Zu den allgemeinen Ausführungen über die Rechtsfolgen von Willensmängeln siehe sogleich.)</p>	
	bb) Rechtsfolgen der Furchterregung	8.5
	<p>Die Folge der (fristgerechten) Anfechtung ist das Dahinfallen des Vertrages mit Wirkung ex tunc, d.h. rückwirkend auf den Entstehungszeitpunkt. Vertretbar sind die Ungültigkeits-, Anfechtungs- und Theorie der geteilten Ungültigkeit. Nach der vom Bundesgericht vertretenen Ungültigkeitstheorie hat der Vertrag nie Gültigkeit erlangt. Erfolgt jedoch innerhalb der Frist von Art. 31 Abs. 1 OR keine Anfechtung oder wird der Vertrag genehmigt, tritt die Gültigkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein. Bis zur Genehmigung bzw. dem Verstreichen der Frist befindet sich der Vertrag in einem Schwebezustand. Der Vertrag ist suspensiv bedingt. Gemäss der in der Lehre vertretenen Anfechtungstheorie (wohl h.L.) ist der Vertrag trotz Willensmangel bis zur erfolgreichen Anfechtung gültig. Erst im Falle einer erfolgreichen Anfechtung fällt er mit Wirkung ex tunc (h.L., a.M. vertretbar) dahin. Der Vertrag ist somit resolutiv bedingt. Nach der Theorie der geteilten Ungültigkeit ist der Vertrag für die einem Willensmangel unterliegende Partei von Anfang an ungültig, für die andere jedoch gültig (in der Lehre vertretene Mindermeinung). Die Unverbindlichkeit muss innert Frist mittels Anfechtung</p>	

	<p>tung des Vertrages geltend gemacht werden, ansonsten der Vertrag als genehmigt gilt. Die Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrages erfolgt durch formfreie, ausdrückliche oder konkludente, empfangs- aber nicht annahmbedürftige Anfechtungserklärung.</p> <p>Frist: Gemäss Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR muss die Erklärung bei Drohung innerhalb eines Jahres ab Beseitigung der Furcht erfolgen.</p> <p>Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen: Im Rahmen eines ungültigen Vertrages bereits erbrachte Leistungen sind grundsätzlich zurückzuerstatten; es herrschen unterschiedliche Lehrmeinungen, welche Regeln anwendbar sein sollen:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Doktrin 1 (neuere Lehre, vom BGer jedoch abgelehnt): vertragliches Rückabwicklungsverhältnis - Doktrin 2 (BGer, herrschende Lehre): Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) für Sachleistungen und Kondiktion (Art. 62 ff. OR) für andere Leistungen. <p><i>Gemäss SV hat L „den ersten Schrecken überwunden“, es kann davon ausgegangen werden, dass die Furcht beseitigt ist und die Anfechtungsfrist entsprechend ab diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen hat (Art. 31 Abs. 2 OR). Die Erklärung muss der A AG zugehen, d.h. in ihren Machtbereich gelangen. In casu ging die Drohung nicht von einem Dritten sondern von der Vertragspartnerin (A AG) selber aus, die Billigkeitshaftung nach Art. 29 Abs. 2 OR kommt folglich nicht zur Anwendung.</i></p>	
	d) Summarische Prüfung des Kondiktionsanspruches nach Art. 62 ff. OR	1 + 7.5 ZP
	<p>Bereicherung: Eine Bereicherung besteht in der Erlangung eines Vermögensvorteils durch den Bereicherten. Der Vermögensvorteil kann in Form einer Vergrösserung (Erhöhung der Aktiven oder Verminderung der Passiven) oder einer Nichtverminderung des Vermögens (sog. Ersparnisbereicherung) bestehen. Die Bereicherung besteht in der Differenz zwischen dem jetzigen und demjenigen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge.</p> <p><i>Durch die Zahlung von L haben sich die Aktiven der A AG erhöht. Die Differenz zwischen dem jetzigen und demjenigen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge, beträgt CHF 3'500.</i></p>	
	<p>Entreicherung und Konnexität: Gemäss einem Teil der Lehre muss beim Entreicherten eine Entreicherung, d.h. eine Vermögenseinbusse vorliegen. Die traditionelle Lehre verlangt eine Vermögensverschiebung, wobei zwischen der Bereicherung und der Entreicherung ein Kausalzusammenhang im Sinn einer Konnexität vorliegen muss. Nach neuerer Lehre kann auf das Erfordernis der Entreicherung verzichtet werden.</p> <p><i>Durch die Überweisung der CHF 3'500 entsteht bei L eine Verminderung der Aktiven und somit eine Vermögenseinbusse. Die Ent- und Bereicherung resultieren aus derselben Handlung, nämlich der Überweisung. Durch diese Überweisung sind die Aktiven der A AG gestiegen und diejenigen von L gesunken. Es ist also zu einer Vermögensverschiebung gekommen und die Konnexität ist gegeben.</i></p> <p>Alternativ: Da nach neuerer Lehrmeinung auf dieses Erfordernis verzichtet werden kann, wird es hier nicht geprüft.</p>	
	Art. 63 OR hindert den Kondiktionsanspruch vorliegend nicht , da die Zah-	

	<i>lung von L aus Furcht bzw. einer Notlage erfolgte und damit nicht freiwillig im Sinne dieser Bestimmung.</i>	
	Fehlende Rechtfertigung: <i>Im SV sind weder Rechtfertigungsgründe aus Vertrag noch Gesetz ersichtlich.</i>	
	Art. 67 Abs. 1 OR sieht eine einjährige, relative und eine zehnjährige, absolute Verjährungsfrist vor.	
	L kann die an die A AG geleistete Anzahlung in Höhe von CHF 3'500 zurückverlangen.	
	3. Verhinderung der Veröffentlichung des Flugblatts – Unterlassungsklage aufgrund Persönlichkeitsverletzung	28.5 + 3.5 ZP
	a) Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB	21.5
	aa) Allgemeines	3.5
	<p>Der Schutz der Persönlichkeit ist in Art. 27 ff. ZGB geregelt.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Art. 27 ZGB: Schutz vor übermässiger Bindung; Verletzung von Persönlichkeitsrechten, die im Einverständnis mit dem Träger erfolgt (schützt Person vor sich selbst). – Art. 28 ff. ZGB: Schutz vor Verletzung durch Dritte: Verletzungen der Persönlichkeit, die gegen den Willen des Trägers erfolgen. <p>Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann jeder, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen. Voraussetzungen für eine Klageerhebung nach Art. 28a f. ZGB sind folglich:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Verletzung der Persönlichkeit 2. Widerrechtlichkeit 	
	bb) Verletzung der Persönlichkeit	13.5
	<p>Das Gesetz umschreibt nicht, was unter einer Persönlichkeitsverletzung zu verstehen ist; die geschützten Bereiche wurden von Lehre und Rechtsprechung mittels Fallgruppen präzisiert. Zu diesen Bereichen gehören die physische, affektive und soziale Persönlichkeit (insb. Verletzung der physischen und psychischen Integrität, des Rechts auf Freiheit, der Ehre, des Privatlebens, Recht am eigenen Bild). Vom Persönlichkeitsschutz umfasst ist grundsätzlich alles, was der Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zu den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint. Von der sozialen Persönlichkeit umfasst wird u.a. auch das Recht auf Ehre. Unter der Ehre versteht man die Geltung, auf die eine Person in der Gesellschaft Anspruch hat, insbes. den Geltungsanspruch, ein achtenswerter Mensch zu sein. Erfasst wird das gesellschaftliche, berufliche und wirtschaftliche Ansehen einer Person. Es wird sowohl die innere (Ehrgefühl; Bedürfnis, ein achtenswerter Mensch zu sein) als auch die äussere Ehre (gesellschaftlicher Ruf) geschützt. Eine Ehrverletzung kann durch Werturteile oder unwahre Tatsachenbehauptungen erfolgen. Werturteile sind bloss Meinungsäusserungen und aufgrund der Meinungsfreiheit grundsätzlich zulässig, ausser sie sind unnötig verletzend. Tatsachenbehauptungen beziehen sich hingegen auf in der Gegenwart oder</p>	

	<p>Vergangenheit liegende Ereignisse, die dem Beweis zugänglich sind.</p> <p>Nicht jede geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit genügt; es wird eine gewisse Intensität vorausgesetzt; massgebend ist ein objektiver Massstab eines Dritten in der Position des Betroffenen; übermässige subjektive Empfindlichkeit ist irrelevant. In politischen Belangen wird eine Ehrverletzung grundsätzlich zurückhaltender angenommen.</p> <p><i>Vorliegend wird L im Flugblatt als Halsabschneiderin bezeichnet, was ein ehrverletzendes Werturteil darstellt. Sodann finden sich im Text Tatsachenbehauptungen, wonach L heimische Geschäfte ausser Acht lasse und Immobilien in den Bündner Bergen „aufkauft“ und überteuert (zu wucherischen Preisen) vermietet. Diese Behauptungen sind unwahr und daher geeignet, Ls Ehre zu beeinträchtigen. Durch den Text des Flugblatts wird Ls gesellschaftliches Ansehen in Mitleidenschaft gezogen. Die unwahren Äusserungen der A AG dienen nicht dem politischen Diskurs, weshalb keine weitergehende Zurückhaltung bezüglich der Annahme einer Persönlichkeitsverletzung angezeigt ist.</i></p> <p>Vom Schutz der sozialen Persönlichkeit wird schliesslich auch das Recht am eigenen Bild erfasst. Jede Veröffentlichung eines Bildes stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar, sofern der Betroffene auf dem Bild subjektiv und objektiv erkennbar ist. Personen des öffentlichen Lebens geniessen grundsätzlich den gleichen Persönlichkeitsschutz. Jedoch ist in diesem Zusammenhang die mit der Veröffentlichung von Bildern verbundene Persönlichkeitsverletzung eher gerechtfertigt: Bezüglich des Lebens von Personen der Zeitgeschichte hat die Bevölkerung ein erhöhtes Informationsinteresse, welches die Persönlichkeitsverletzung unter Umständen rechtfertigt.</p> <p><i>L ist Politikerin und kann daher als Person des öffentlichen Lebens bezeichnet werden. Jedoch hat die Bevölkerung kein Interesse an der Verbreitung unwahrer Behauptungen, sodass die Veröffentlichung ihres Bildes im Flugblatt gegen ihren Willen eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Die Persönlichkeitsverletzung ist zu bejahen.</i></p>	
	<p>cc) Widerrechtlichkeit der Verletzung</p>	<p>4.5</p>
	<p>Jede Persönlichkeitsverletzung ist grundsätzlich widerrechtlich (Art. 28 Abs. 2, erster Teilsatz). Jedoch kann sie ausnahmsweise gerechtfertigt sein (Art. 28 Abs. 2 ZGB, zweiter Teilsatz): Ein Eingriff in die Persönlichkeit ist (nur dann) widerrechtlich, wenn er nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Die Verbreitung unwahrer persönlichkeitsverletzender Tatsachen gilt grundsätzlich immer als widerrechtlich.</p> <p><i>Vorliegend ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen. L hat weder in die Ehrverletzung eingewilligt noch besteht ein überwiegendes privates Interesse der A AG an der Veröffentlichung des Flugblatts oder eine gesetzliche Rechtfertigung. Der A AG geht es einzig darum, L durch das Flugblatt zu einem für sie wirtschaftlich ungünstigen Vertragsabschluss zu bewegen. Aus dem SV ist zudem ersichtlich, dass die Anschuldigungen unwahr sind. Der A AG geht es nicht um die Information der Bevölkerung. Es fehlt daher auch ein überwiegendes öffentliches Interesse. Die Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich.</i></p>	

	b) Ansprüche/Rechtsbehelfe	10.5
	aa) Übersicht	5.5
	<p>Wird jemand in seiner Persönlichkeit verletzt, stehen ihm gemäss Art. 28a ZGB folgende Rechtsbehelfe zur Verfügung:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Unterlassungsklage (Abs. 1 Ziff. 1): Mit der Unterlassungsklage kann der Beklagte gezwungen werden, von der Persönlichkeitsverletzung abzusehen. Voraussetzungen: <ul style="list-style-type: none"> • Eine Verletzung steht bevor („droht“) oder Wiederholungsgefahr besteht. Diese muss ernsthaft zu befürchten sein. • Ein schutzwürdiges Interesse besteht. – Beseitigungsklage (Abs. 1 Ziff. 2): Die Klage auf Beseitigung des betreffenden persönlichkeitsverletzenden Mittels kann unter folgenden Voraussetzungen erhoben werden: <ul style="list-style-type: none"> • Die Persönlichkeitsverletzung dauert noch an. • Die Verletzung kann behoben werden. – Feststellungsklage (Abs. 1 Ziff. 3): Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung, die sich weiterhin störend auswirkt (Verletzung ist bereits eingetreten aber nicht andauernd). Die Feststellungsklage ist gegenüber den anderen Klagen nach Art. 28a Abs. 1 ZGB subsidiär. – Berichtigung und Urteil (Publikationsanspruch, Abs. 2): Der Kläger kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird. Es handelt sich nicht um selbständige Rechtsbehelfe (gelangen nur mit den in Absatz 1 genannten Rechtsbehelfen zur Anwendung (i.d.R. verbunden mit Feststellungsklage nach Abs. 1 Ziff. 3)). – Vermögensrechtliche Klagen nach Abs. 3: Die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag bleiben vorbehalten. <p><i>Vorliegend steht im Falle einer tatsächlichen Verteilung des Flugblatts eine Persönlichkeitsverletzung bevor. Mit der Unterlassungsklage nach Art. 28 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB könnte die A AG gezwungen werden, von dieser Persönlichkeitsverletzung abzusehen. Dieser Rechtsbehelf ist folglich genauer zu prüfen. Die übrigen Abwehrklagen sind aufgrund der Fragestellung i.c. nicht zu prüfen (L fragt lediglich danach, ob sie etwas unternehmen kann, um die Veröffentlichung des Flugblatts zu verhindern, nicht aber, ob sie Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung feststellen oder eine bestehende Verletzung beseitigen kann). Sodann ist nur nach den Abwehrklagen gefragt und nicht danach, inwiefern L für die Handlung der A AG finanziell entschädigt werden könnte.</i></p>	
	bb) Unterlassungsklage	5
	aaa) Aktiv- und Passivlegitimation	2
	<p>Aktivlegitimiert ist, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird. Passivlegitimiert ist nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut in Art. 28 Abs. 1 ZGB jede Person, die an der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitwirkt.</p> <p><i>L ist aktivlegitimiert, da sie in ihrer Ehre verletzt wird. Die A AG ist für das Erstellen des Flugblatts und dessen Zustellung an L mit dem anonymen Brief</i></p>	

	verantwortlich und daher passivlegitimiert .	
	bbb) Rechtsschutzinteresse	3
	<p>Eine Unterlassungsklage setzt voraus, dass der Kläger ein schutzwürdiges Interesse (Rechtsschutzinteresse) hat und eine ernsthafte und nahe liegende Gefahr einer (zukünftige oder wiederholte) Persönlichkeitsverletzung droht.</p> <p><i>Vorliegend hat die A AG die Veröffentlichung des Flugblatts selbst angedroht. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Persönlichkeitsverletzung unmittelbar bevorsteht, falls L den Vertrag mit der A AG aufhebt. Ein Rechtsschutzinteresse liegt vor.</i></p>	

	Frage 3: Welche Ansprüche kann Pirmin gegen wen geltend machen?	78 + 7.5 ZP
	1. Vorwegprüfung von Schaden und Widerrechtlichkeit	10
	a) Schaden	5
	<p>Der Schaden entspricht nach der Differenztheorie der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Der Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens, die in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Als Personenschaden wird derjenige Schaden bezeichnet, welcher durch die Beeinträchtigung der Gesundheit einer natürlichen Person entsteht. Nach Art. 46 Abs. 1 OR hat der Verletzte Anspruch auf Ersatz der Kosten bei einer Körperverletzung. Zu den ersatzfähigen Kosten bei einer Verletzung gehören insbesondere Arztkosten sowie ein allfälliger Erwerbsschaden. Letzterer besteht in den wirtschaftlichen Auswirkungen der durch eine Körperverletzung bewirkten Arbeitsunfähigkeit.</p> <p><i>Gemäss Sachverhalt (hiernach „SV“) erleidet Pirmin (hiernach „P“) eine schwere Hirnerschütterung und eine Platzwunde. Neben Arztbesuch und ärztlicher Behandlung wird ggf. auch die Einnahme von Medikamenten nötig sein, was entsprechende Kosten nach sich zieht. Sodann wird der Schaden vorliegend auch im Lohnausfall bestehen, zumal P für zwei Wochen krankgeschrieben wird. Im Umfang der tatsächlich anfallenden Kosten der medizinischen Behandlung im Zusammenhang mit dem Unfall liegt eine Vermehrung der Passiven bzw. im Umfang des tatsächlichen Lohnausfalls ein entgangener Gewinn und folglich ein ersatzfähiger Schaden vor. P ist so zu stellen, wie wenn der Unfall nie passiert wäre, d.h. ohne Körperverletzung.</i></p>	
	b) Widerrechtlichkeit	5
	<p>Nach der von BGer und h.L. vertretenen objektiven Widerrechtlichkeitstheorie liegt dann Widerrechtlichkeit vor, wenn die Schadenszufügung gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verletzung einer einschlägigen Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Zu den absolut geschützten Rechtsgütern zählen u.a. Leib und Leben bzw. die physische Integrität. Widerrechtlichkeit setzt ferner voraus, dass keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können.</p> <p><i>I.c. erleidet P eine Gehirnerschütterung sowie eine Platzwunde. Er ist damit in seiner physischen Integrität beeinträchtigt. Folglich liegt eine Verletzung eines absoluten Rechts vor. Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Somit ist die Widerrechtlichkeit zu bejahen.</i></p>	
	2. Ansprüche von Pirmin gegen die Davaz Dach AG	30
	a) Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 55 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR	25.5
	aa) Voraussetzungen	1.5
	Art. 55 Abs. 1 OR (Geschäftsherrenhaftung) stellt im Verhältnis zu Art. 41 OR nach h.L. eine <i>lex specialis</i> dar. Es ist deshalb zuerst eine Haftung ge-	

	<p>stützt auf Art. 55 OR zu prüfen, bevor allenfalls Art. 41 OR in Betracht gezogen wird.</p> <p>Für eine Haftung gestützt auf Art. 55 OR müssen neben dem Subordinationsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson die allgemeinen Voraussetzungen einer jeden Haftpflicht erfüllt sein (insb. Schaden, Widerrechtlichkeit, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang).</p>	
	bb) Subordinationsverhältnis	4
	<p>Die Haftung aus Art. 55 Abs. 1 OR setzt ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson voraus. Subordination bedeutet, dass die Hilfsperson dem Geschäftsherrn untergeordnet, d.h., an seine Weisungen gebunden und seiner Aufsicht unterstellt ist. Massgebendes Kriterium ist der Grad der Entscheidungsfreiheit der Hilfsperson. Als Geschäftsherr kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Frage. Nicht erforderlich ist, dass zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson eine unmittelbare Beziehung besteht bzw. der Geschäftsherr der Hilfsperson direkt übergeordnet ist: Zwischen diesen können sich bei einer mehrstufigen Hierarchie weitere Hilfspersonen einschieben. Geschäftsherr ist immer die hierarchisch höchststehende Person, da die Hilfsperson deren Interessen und nicht diejenigen ihres direkten Vorgesetzten wahren muss.</p> <p><i>I.c. hat die Davaz Dach AG (hiernach „D AG“) für das Verlegen der Ziegel auf dem Dach der Casa Cresta den Schüler Dumeng (hiernach „D“) eingesetzt. Die D AG kann dem D Weisungen betreffend seine Arbeit erteilen und ihn diesbezüglich auch beaufsichtigen. Auch wenn D nur temporär bei der D AG als Arbeitnehmer beschäftigt ist, untersteht er während der Dauer des Ferienjobs in Bezug auf seine Tätigkeit auf der Baustelle der Casa Cresta ihrer Weisung und Aufsicht. Die D AG ist i.c. die hierarchisch höchststehende Person. Somit liegt ein Subordinationsverhältnis zwischen D und der D AG vor.</i></p>	
	cc) Handeln in Ausübung dienstlicher Verrichtungen	2.5
	<p>Die Hilfsperson muss den Schaden nicht nur bei Gelegenheit der Verrichtung verursacht, sondern in Ausübung ihrer dienstlichen bzw. geschäftlichen Verrichtungen gehandelt haben. Der Schaden muss in direktem Zusammenhang mit der vom Geschäftsherrn aufgetragenen Tätigkeit verursacht worden sein (funktionaler Zusammenhang).</p> <p><i>Die D AG hat D die Aufgabe der Sicherung der Dachziegel vor dem Verlassen der Baustelle zugeteilt. Der Schaden von P, welcher durch die Unachtsamkeit von D beim Verlassen der Baustelle entstanden ist, steht damit in einem direkten Zusammenhang mit der von der D AG übertragenen Tätigkeit des Verlegens der Ziegel bzw. von deren Sicherung. Der erforderliche funktionelle Zusammenhang zwischen auszuführender Verrichtung und Schädigung ist somit gegeben.</i></p>	
	dd) Schaden	-
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	ee) Widerrechtlichkeit	2.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	

	<p><u>Zur Widerrechtlichkeit des Unterlassens:</u></p> <p>Eine ausservertragliche Haftung aufgrund Unterlassens setzt zusätzlich, also auch bei Beeinträchtigung eines absoluten Rechts, ein Nichthandeln trotz Bestehen einer rechtlichen Handlungspflicht voraus. Widerrechtlichkeit durch Unterlassen kann daher nur dann entstehen, wenn eine Schutznorm ein Handeln zugunsten des Geschädigten ausdrücklich verlangt. Steht ein absolutes Recht auf dem Spiel, so ergibt sich nach einem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz eine Handlungspflicht für denjenigen, der den gefährlichen Zustand geschaffen oder sonst in einer rechtlich verbindlichen Weise zu vertreten hat (Gefahrensatz).</p> <p><i>Durch das Verlegen der Dachziegel ohne anschliessende Befestigung hat D als Hilfsperson der D AG einen gefährlichen Zustand geschaffen. Die D AG war somit gemäss dem Gefahrensatz verpflichtet, sämtliche zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen und zumutbaren Schutzmassnahmen zu treffen bzw. insb. für eine genügende Sicherung zu sorgen. Der D AG, welche für die Sicherung der Dachziegel verantwortlich ist, kommt eine Garantenstellung in Bezug auf den P zu. Indem D bei der Sicherung der Dachziegel unachtsam war, hat er die ihm und der D AG obliegende Sicherungspflicht verletzt.</i></p>	
ff) Kausalität		4
	<p>Im Falle einer Unterlassung ist die hypothetische Kausalität zu prüfen, d.h. ob die rechtlich gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfiel (<i>conditio cum qua non</i>). Die Adäquanz wird bei Unterlassungen nicht separat geprüft, da eine normative Relativierung bereits bei der Prüfung der natürlichen Kausalität stattfindet.</p> <p>Der Kausalzusammenhang kann durch höhere Gewalt unterbrochen werden, worunter allerdings nur aussergewöhnliche und mit unabwendbarer Kraft von aussen hereinbrechende Ereignisse zu zählen sind, wie z.B. Erdbeben oder aussergewöhnliche Gewitter. Der blasse Zufall wirkt hingegen nur ausnahmsweise unterbrechend, nämlich wenn der Zufall einen derart intensiven Wirkungsgrad aufweist, dass er die andere Teilursache gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt.</p> <p><i>Als P auf der Baustelle sein Portemonnaie sucht, löst sich aufgrund mangelnder Sicherung ein Ziegel vom Dach der Casa Cresta und fällt P auf den Hinterkopf. Das Unterlassen von D, welches der D AG zuzurechnen ist, führt zum Unfall von P: Hätte D die Ziegel vor dem Verlassen der Baustelle gesichert, hätte sich der Dachziegel nicht gelöst und wäre dem P nicht auf den Hinterkopf gefallen, womit P keine Verletzung erlitten hätte. Die Sicherung der Dachziegel kann nicht hinzugedacht werden, ohne dass die Verletzung von P entfiel. Die hypothetische Kausalität ist damit zu bejahen.</i></p> <p><i>Dass sich der Dachziegel ausgerechnet dann löst, als sich P am Samstagmorgen auf der Baustelle befindet und unter dem Dach der Casa Cresta steht, kann als Zufall qualifiziert werden. Jedoch bezweckt die Sicherung der Dachziegel gerade, sich auf der Baustelle befindliche Personen vor herunterfallenden Dachziegeln zu sichern. Es realisiert sich mithin gerade jenes Risiko, das durch die Sicherung hätte abgewendet werden sollen. Insgesamt vermag der Zufall den hypothetischen Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen.</i></p>	

	gg) Verschulden	1.5
	Da es sich bei Art. 55 Abs. 1 OR um eine einfache Kausalhaftung handelt, ist weder ein Verschulden der Hilfsperson noch ein Verschulden des Geschäftsherrn vorausgesetzt . Trifft die Hilfsperson ein eigenes Verschulden, so haftet sie neben dem Geschäftsherrn gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR (vgl. dazu unten).	
	hh) Misslingen des Entlastungsbeweises	6.5
	aaa) Sorgfaltsbeweis	4.5
	<p>Der Geschäftsherr kann sich von seiner Haftung befreien, indem er beweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten (Art. 55 Abs. 1 OR). Der Entlastungsbeweis besteht im Nachweis der gebotenen Sorgfalt, die sich in folgende Teilgehälte gliedert:</p> <p>(i) Sorgfalt bei der richtigen Auswahl der Hilfsperson (cura in eligendo), wobei das Mass der Sorgfalt in der Auswahl der Hilfsperson vom Schädigungspotenzial der übertragenen Arbeit abhängt;</p> <p>(ii) Sorgfalt bei der richtigen Instruktion der Hilfsperson (cura in instruendo); und</p> <p>(iii) Sorgfalt in der Überwachung (cura in custodiendo), wobei der Grad der Überwachung von den Qualitäten der Hilfsperson und vom Schädigungspotenzial der übertragenen Arbeit abhängt und</p> <p>[(iv) Sorgfalt in der Organisation (cura in organisando)].</p> <p>Eine Befreiung des Geschäftsherrn ist nur möglich, wenn er im konkreten Fall kumulativ alle Sorgfaltspflichten befolgt hat.</p> <p><i>(i) Die von D übernommene Aufgabe der Sicherung der Dachziegel ist anspruchsvoll und mit einem Risiko der Schädigung Dritter verbunden, weshalb es erhöhter Sicherheitsanforderungen bedarf. Entsprechend muss die D AG für die Auswahl ein höheres Mass an Sorgfalt anwenden. I.c. ist fraglich, ob D aufgrund seiner Fähigkeiten und bisherigen Erfahrungen in der Lage ist, die vorgesehene risikoreiche Aufgabe der Sicherung der Dachziegel auszuführen. Laut SV handelt es sich bei D um einen in der Arbeit auf Baustellen allgemein bzw. in der Verlegung von Dachziegeln gänzlich unerfahrenen Gymnasialschüler, was eher gegen eine sorgfältige Auswahl durch die D AG spricht. Sodann ist aus dem SV auch nicht ersichtlich, dass die D AG irgendwelche Bestätigungen eingeholt hätte, die belegen würden, dass sich D mit den erforderlichen Sicherungsmassnahmen auskennt.</i></p> <p><i>(ii) Aus dem SV ergibt sich immerhin, dass D am Nachmittag des 13. Oktobers 2017 bezüglich der Sicherung der Dachziegel von der D AG instruiert wurde. Ob diese Instruktion im Einzelnen ausreichend war, lässt sich dem SV nicht entnehmen, kann jedoch angenommen werden.</i></p> <p><i>(iii) Obwohl der D AG eine permanente Überwachung des D nicht zugemutet werden kann, muss sie ihn aufgrund seiner fehlenden Erfahrung stärker kontrollieren als z.B. einen Mitarbeiter mit langjähriger Erfahrung. Gerade an seinem ersten Arbeitstag hätte die D AG sicherstellen müssen, dass D nicht als letzter die Baustelle verlässt, bzw. ihn bei der Sicherung der Dachziegel überwachen müssen.</i></p>	

	<i>Somit wird der D AG der Sorgfaltsbeweis misslingen.</i>	
	bbb) Befreiungsbeweis	2
	<p>Dem Geschäftsherrn steht auch die Möglichkeit offen, sich durch den Nachweis, dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre, zu befreien (Art. 55 Abs. 1 OR).</p> <p><i>Hätte die D AG bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung der am Abend des 13. Oktobers 2017 für die Sicherung der Dachziegel verantwortlichen Person die nötige Sorgfalt aufgebracht und einen erfahrenen und professionell ausgebildeten Dachdecker verpflichtet, so wäre P nicht verletzt worden, da sich keine Ziegel gelöst hätten. Der Befreiungsbeweis misslingt somit ebenfalls.</i></p>	
	jj) Verjährung	2
	<p>Die relative Verjährungsfrist für einen Haftpflichtanspruch beträgt ein Jahr und beginnt in jenem Zeitpunkt, in welchem der Geschädigte von seinem Anspruch Kenntnis erhält (Art. 60 Abs. 1 OR). Die absolute Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre nach Entstehung des Haftpflichtanspruchs (Art. 60 Abs. 1 OR).</p> <p><i>Im Zeitpunkt der Beurteilung ist die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen. Es kann angenommen werden, dass P seinen Anspruch rechtzeitig geltend machen wird.</i></p>	
	gg) Zwischenfazit	1
	<i>P hat gegen die D AG Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 55 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR.</i>	
	b) Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR	1.5
	<p>Als subsidiäre Haftungsgrundlage findet Art. 41 OR nur Anwendung, wenn kein Kausalhaftungsstatbestand als <i>lex specialis</i> erfüllt ist.</p> <p><i>Der Anspruch von P gegenüber der D AG aus Art. 55 OR geht somit demjenigen aus Art. 41 OR vor. Obwohl Art. 41 OR, wie gesagt, nur subsidiär zur Anwendung kommt, ist i.c. dennoch eine Prüfung vorzunehmen, da es für die Frage der Solidarität (vgl. unten) relevant ist, ob die Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sind.</i></p>	
	<p>Eine Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 41 OR kommt i.d.R. nur dann in Betracht, wenn dieser seiner Hilfsperson rechtswidrige (absichtlich oder fahrlässig) Weisungen erteilt hat.</p> <p><i>Es ergeben sich i.c. keine Indizien, dass die D AG dem D rechtswidrige Weisungen erteilt hat, weshalb eine Haftung der D AG nach Art. 41 OR ausser Betracht fällt.</i></p>	
	c) Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR	3
	aa) Immaterielle Unbill	2.5
	Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände u.a. dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen (Art. 47 OR). Bei einer Körperver-	

	<p>letzung ist dann eine Genugtuung zuzusprechen, wenn der Verletzte dadurch eine immaterielle Unbill erfährt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn er unter starken Schmerzen leidet, aber auch, wenn er infolge der Verletzung längere Zeit im Krankenhaus zu verbringen hat oder sich mehreren Operationen unterziehen muss.</p> <p><i>Gemäss SV erleidet P eine mittelschwere Hirnerschütterung und eine kleine Platzwunde. Der Heilungsprozess bei diesen Verletzungen ist i.d.R. komplikationslos. Ein Genugtuungsanspruch von P ist daher zu verneinen (a.A. vertretbar).</i></p>	
	bb) Zwischenfazit	0.5
	<i>P hat gegen die D AG keinen Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR (a.A. vertretbar).</i>	
	3. Ansprüche von Pirmin gegen Dumeng	9.5
	a) Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 OR	9
	aa) Voraussetzungen	1
	<p>Unabhängig von der Haftung des Geschäftsherrn ist die persönliche Haftung der Hilfsperson selber nach Art. 41 Abs. 1 OR zu prüfen. Trifft die Hilfsperson ein Verschulden, haftet sie gestützt auf Art. 41 OR neben dem Geschäftsherrn solidarisch. Für eine Haftung gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR muss neben den allgemeinen Voraussetzungen einer jeden Haftpflicht (Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang) ein Verschulden der haftpflichtigen Person gegeben sein.</p>	
	bb) Schaden	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	cc) Widerrechtlichkeit	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	ee) Kausalität	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	ff) Verschulden	5
	<p>Verschulden bedeutet, dass das Verhalten dem Schädiger vorwerfbar ist. Im Gegensatz zur vertraglichen Haftung wird das Verschulden gemäss Art. 41 OR nicht vermutet. Das Verschulden hat eine subjektive und eine objektive Seite: Subjektiv schuldhaft ist das Verhalten einer urteilsfähigen Person, welche fähig ist, die schädigenden Auswirkungen ihres Verhaltens zu erkennen (Art 16 ZGB). Urteilsfähigkeit wird vermutet. Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich (Art. 19 Abs. 3 ZGB). Objektiv schuldhaft ist ein Verhalten, das vom unter den gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten abweicht. Dies kann in Form von Vorsatz, Eventualvorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben sein. Beim Vorsatz führt der Schuldner die widerrechtliche Handlung mit Wissen und Willen herbei. Fahrlässigkeit ist die Verletzung</p>	

	<p>der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Im Haftpflichtrecht gilt ein objektiver Begriff der Fahrlässigkeit. Der Mangel an Sorgfalt wird festgestellt durch den Vergleich des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Schädigers.</p> <p><i>D ist laut SV 18 Jahre alt. Mangels gegenteiliger Indizien ist seine Urteils- und somit auch seine Deliktsfähigkeit zu vermuten. D hat beim Verlassen der Baustelle aus Unachtsamkeit vergessen, die Ziegel zu sichern. Ein durchschnittlich sorgfältiger Dachdecker wäre aufmerksam gewesen und hätte die Dachziegel gesichert. D handelte indes nicht wissentlich und willentlich, womit Vorsatz ausscheidet. Aufgrund seiner bescheidenen Erfahrung und fehlenden Ausbildung im Bauwesen ist sein Verhalten nicht als grobfahrlässig zu qualifizieren. Jedoch ist wohl jedem – zumindest entsprechend instruierten – Gymnasiasten bekannt, dass man auf Baustellen aufgrund der erhöhten Unfallgefahr aufmerksam sein muss. Es ist offenkundig, dass von ungesicherten Ziegeln auf dem Dach eine erhöhte Gefahr ausgeht. Insgesamt kann somit von mittlerer Fahrlässigkeit ausgegangen werden (a.A. vertretbar). Als D abends jedoch vor dem Restaurant steht, fällt ihm ein, dass er vergessen hat, die Ziegel zu sichern, womit er um die Gefahr weiss und mit deren Verwirklichung rechnet. Indem er sich dagegen entscheidet, seine Arbeitskollegen darüber zu informieren, nimmt er diese in Kauf, handelt also letztlich (eventual-)vorsätzlich. D handelt somit schuldhaft.</i></p>	
	gg) Verjährung	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	hh) Zwischenfazit	1
	<i>P hat gegen D einen Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR.</i>	
	b) Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR	0.5
	aa) Immaterielle Unbill	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	bb) Zwischenfazit	-
	<i>P hat gegen D keinen Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR (a.A. vertretbar).</i>	
	4. Ansprüche von Pirmin gegen Corsin Davaz	3
	a) Haftungsbeschränkung der juristischen Person	3
	<p>Weil die juristische Person eine eigenständige Persönlichkeit hat, kann eine Forderung gegenüber der juristischen Person nur diese und nicht auch die dahinterstehende natürliche Person bzw. den Anteilsinhaber betreffen (Haftungsbeschränkung). Nur wo die wirtschaftliche Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) ist, kann „durch den Schleier der juristischen Person“ auf die dahinter stehende natürliche Person gegriffen werden (sog. Durchgriff).</p> <p><i>Laut SV handelt es sich bei Corsin Davaz (hiernach „CD“) um den Gründer</i></p>	

	<i>und Alleinaktionär der D AG, der indes in der Gesellschaft seit längerer Zeit keinerlei Funktionen (mehr) ausübt. Aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person D AG bzw. der Trennung von Anteilsinhaber und juristischer Person scheidet eine Haftung von CD von vornherein aus. Indizien für eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der D AG liegen keine vor.</i>	
	b) Zwischenfazit	-
	<i>Aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person D AG scheidet eine Haftung von deren Alleinaktionär CD von vornherein aus.</i>	
	5. Ansprüche von Pirmin gegen Ladina	16 + 7.5 ZP
	a) Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 58 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR	15.5
	aa) Voraussetzungen	1.5
	Gemäss Art. 58 Abs. 1 OR (Werkeigentümerhaftung) hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen.	
	bb) Gebäude und andere Werke	4.5
	Gebäude sind Bauten, die künstlich geschaffen und mit dem Erdboden fest verbunden sind. Als Werke gelten stabile , mit dem Erdboden direkt oder indirekt verbundene, künstlich hergestellte , d.h. von Menschenhand geschaffene oder angeordnete, Gegenstände. Es genügt eine relative Stabilität, d.h. es muss sich nicht um eine dauernde Verbindung handeln , so dass etwa auch Baugerüste als Werke zu betrachten sind. Nach der von BGer und der h.L. vertretenen Auffassung muss das Werk vollendet , d.h. seiner vorgesehenen Zweckbestimmung übergeben worden sein. Nur eine Minderheitsmeinung will Art. 58 Abs. 1 OR auch dann zur Anwendung bringen, wenn sich ein Werk noch im Umbau befindet. <i>Bei der Casa Cresta handelt es sich um ein Ferienhaus, also um ein Gebäude, welches mit dem Erdboden fest verbunden ist und künstlich hergestellt wurde. Allerdings befindet sich die Casa Cresta im Zeitpunkt der schädigenden Handlung noch im Umbau, womit sie noch nicht vollendet bzw. ihrer vorgesehenen Zweckbestimmung (Vermietung als Ferienhaus) übergeben worden ist. Somit fehlt es am Erfordernis eines (vollendeten) Gebäudes oder Werks i.S.v. Art. 58 Abs. 1 OR.</i>	
	cc) Subjekt der Haftung	1.5
	Für einen durch ein Gebäude oder anderes Werk verursachten Schaden haftet grundsätzlich die Person, die zum Zeitpunkt der Schädigung sachenrechtlicher Eigentümer ist. Das Eigentum ist ein formales Kriterium, das grundsätzlich nach den Bestimmungen des Sachenrechts zu konkretisieren ist. Unerheblich ist, ob der Eigentümer unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist. <i>Dem SV lässt sich entnehmen, dass Ladina (hiernach „L“) Eigentümerin der Casa Cresta ist, nachdem sie es im Frühjahr 2017 erworben hat.</i>	

	dd) Werkmangel	2.5
	<p>Ein Werk ist mangelhaft, wenn es nicht die für seinen bestimmungs- gemässen Gebrauch erforderliche Sicherheit bietet. Eine Schranke der Si- cherungspflicht bildet die Selbstverantwortung und Zumutbarkeit. Wird mit der Minderheitsmeinung trotz Umbaus vom Vorliegen eines Werks ausgegangen, so muss i.d.R. das Vorliegen eines Werkmangels verneint werden, da an unvollendete, noch nicht zum Gebrauch freigegebene Werke hinsichtlich der Mängelfreiheit geringere Anforderungen zu stellen sind als an voll- endete Werke.</p> <p><i>Zumal die Casa Cresta am Samstag, 14. Oktober 2017, noch nicht zum Gebrauch als Ferienhaus freigegeben wurde bzw. sich noch im Umbau befindet, sind an deren Mängelfreiheit geringe Anforderungen zu stellen. Das Vorliegen eines Werkmangels ist daher zu verneinen.</i></p>	
	ee) Schaden	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	ff) Widerrechtlichkeit	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	gg) Kausalität	2
	<p>Zwischen dem Schaden und dem Werkmangel muss ein natürlicher und adä- quater Kausalzusammenhang bestehen. Dies bedeutet, dass der Werkman- gel mit einer Unterlassung des Werkeigentümers in einem inneren Zu- sammenhang stehen muss (vgl. dazu oben).</p> <p><i>Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen Werkmangel (ungesicherte Dachziegeln) und Schaden ist gegeben, weil es nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus vorkommt, dass ungesicherte Ziegel vom Dach fallen und da- runter befindliche Personen verletzen.</i></p>	
	hh) Verschulden	1.5
	Da es sich bei Art. 55 Abs. 1 OR um eine einfache Kausalhaftung handelt, ist weder ein Verschulden der Hilfsperson noch ein Verschulden des Geschäftsherrn vorausgesetzt . Trifft die Hilfsperson ein eigenes Verschulden, so haftet sie neben dem Geschäftsherrn gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR (vgl. dazu oben).	
	ii) Zwischenfazit	1
	<i>P hat aus Art. 58 Abs. 1 OR gegen L mangels Vorliegens eines vollendeten Werks bzw. eines Werkmangels keinen Anspruch auf Schadenersatz.</i>	
	b) Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 55 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR	2 ZP
	aa) Subordinationsverhältnis	1.5 ZP
	Definition vgl. oben.	
	<u>Ergänzung</u> : An einer Unterordnung fehlt es, wenn die andere Person	

	<p>selbständig auftritt. Das ist insb. der Fall bei selbständigen Unternehmern. Keine Hilfsperson ist daher etwa der Bauunternehmer im Verhältnis zum Bauherrn.</p> <p><i>I.c. hat L für das Verlegen der Ziegel auf dem Dach der Casa Cresta die D AG engagiert. Die D AG ist gegenüber L keine Hilfsperson i.S.v. Art. 55 Abs. 1 OR, da erstere als Bauunternehmen gegenüber L in ihrer Funktion als Bauherrin selbständig auftritt. Es besteht kein Subordinationsverhältnis.</i></p>	
	bb) Zwischenfazit	0.5 ZP
	<i>P hat gegen L keinen Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 55 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR.</i>	
	c) Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR	5.5 ZP
	aa) Vorbemerkung	1 ZP
	Als subsidiäre Haftungsgrundlage findet Art. 41 Abs. 1 OR nur Anwendung, wenn kein Kausalhaftungstatbestand als <i>lex specialis</i> erfüllt ist. Zumal die Kausalhaftung von Art. 58 Abs. 1 OR i.c. nicht anwendbar ist, sind die Voraussetzungen der Verschuldenshaftung nach Art. 41 Abs. 1 OR zu prüfen.	
	bb) Schaden	0.5 ZP
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	cc) Widerrechtlichkeit	1 ZP
	<p>Definition und Subsumtion vgl. oben.</p> <p><i>Durch das Verlegen der Dachziegel ohne anschliessende Befestigung hat die D AG einen gefährlichen Zustand geschaffen. Fraglich ist, ob L eine Pflicht traf, entsprechende Schutzmassnahmen zu treffen. Dies ist zu verneinen, da die Schaffung des Gefahrenzustands L nicht zugerechnet werden kann bzw. sie für die Überwachung der D AG bei der Sicherung, geschweige denn konkret für die genügende Sicherung der Ziegel, keine Verantwortung trifft. Sie hat folglich keine Garantenstellung in Bezug auf P. Mangels Pflicht zum Handeln fällt die Widerrechtlichkeit durch Unterlassen ausser Betracht.</i></p>	
	dd) Kausalität	1.5 ZP
	<p>Definition und Subsumtion vgl. oben.</p> <p><i>Das Unterlassen von L führt i.c. zum Unfall von P: Hätte L am Freitagabend überprüft, ob die D AG die Ziegel gesichert hat, hätte sich der Dachziegel nicht gelöst und wäre P nicht auf den Hinterkopf gefallen, womit P keine Verletzung erlitten hätte. Die Kontrolle der Sicherung der Dachziegel kann nicht hinzugedacht werden, ohne dass die Verletzung von P entfielen. Die hypothetische Kausalität ist damit zu bejahen.</i></p> <p><i>Dass sich der Dachziegel ausgerechnet dann löst, als sich P am Samstagmorgen auf der Baustelle befindet und unter dem Dach der Casa Cresta steht, kann als Zufall qualifiziert werden. Jedoch bezweckt die Sicherung der Dachziegel gerade, sich auf der Baustelle befindliche Personen vor herunterfallenden Dachziegeln zu sichern. Es realisiert sich mithin gerade jenes Risiko, das durch die Sicherung hätte abgewendet werden sollen. Insgesamt vermag der</i></p>	

	Zufall den hypothetischen Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen.	
	ee) Verschulden	1 ZP
	Definition vgl. oben. <i>L trifft vorliegend kein Verschulden, da die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht verlangt, dass L als Eigentümerin der Casa Cresta die Ziegel auf dem Dach sichert. Diese Aufgabe obliegt vielmehr der Davaz Dach AG.</i>	
	ff) Zwischenfazit	0.5 ZP
	<i>P hat gegen L keinen Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR.</i>	
	d) Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR	0.5
	aa) Immaterielle Unbill	0.5
	Definition und Subsumtion vgl. oben.	
	bb) Zwischenfazit	-
	<i>P hat gegen L keinen Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR (a.A. vertretbar).</i>	
	6. Anspruchskonkurrenz/Solidarität	8.5
	a) Schuldnermehrheit	1
	Schuldnermehrheit ist gegeben, wenn mehrere Schädiger für denselben Schaden einzustehen haben. <i>P hat für seine Verletzung Anspruch auf Schadenersatz sowohl gegen die D AG als auch gegen D. Es liegt ein Fall von Schuldnermehrheit vor.</i>	
	b) Abgrenzung von Art. 50 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 OR	2.5
	Bei der echten Solidarität (Art. 50 Abs. 1 OR) haften mehrere Schädiger dem Schuldner gemeinsam, soweit sie den Schaden gemeinsam verursacht und gemeinsam verschuldet haben. Bei der unechten Solidarität (Art. 51 Abs. 1 OR) fehlt es an der gemeinsamen Verursachung bzw. am gemeinsamen Verschulden. Es werden die mehr- und die eintypische Solidarität unterschieden: Bei der mehrtypischen Solidarität haften mehrere Schädiger aus verschiedenartigen Rechtsgründen . Demgegenüber haften bei der eintypischen Solidarität mehrere Schädiger unabhängig voneinander aus dem gleichartigen Rechtsgrund . Art. 51 Abs. 1 OR wird auf diese Konstellation analog angewendet. <i>I.c. haben die D AG und D den Schaden nicht gemeinsam verursacht, womit unechte Solidarität vorliegt. Sie haften gegenüber P aus verschiedenen Rechtsgründen: Die D AG haftet aus Art. 55 OR. D haftet aus Art. 41 OR. Es liegt damit ein Fall der mehrtypischen Solidarität nach Art. 51 Abs. 1 OR vor.</i>	

	c) Aussenverhältnis	1.5
	<p>Im Aussenverhältnis bewirkt die mehrtypische Solidarität Anspruchskonkurrenz, d.h. der Geschädigte hat gegen die Ersatzpflichtigen konkurrierende Ansprüche. Jeder Ersatzpflichtige ist daher verpflichtet, die gesamte Leistung zu erbringen, welche der Geschädigte jedoch insgesamt nur einmal zugesprochen erhalten kann.</p> <p><i>P kann seinen Anspruch bei der D AG (gestützt auf Art. 55 OR) oder bei D (gestützt auf Art. 41 OR) oder aber bei beiden gemeinsam einklagen. Die D AG und D haften ihm beide für den gesamten Schaden.</i></p>	
	d) Innenverhältnis/Regress	3.5
	<p>Beim Regressanspruch gemäss Art. 51 Abs. 2 OR handelt es sich um einen Anspruch <i>ex iure proprio</i>. Er entsteht mit der Leistung des Regressberechtigten an den Geschädigten, und zwar unabhängig davon, ob der Zahlung ein dazu verurteilendes Gerichtsurteil vorangegangen ist. Gemäss Art. 51 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR bestimmt der Richter den Regress nach Ermessen. Art. 51 Abs. 2 OR gibt aber eine Kaskaden- bzw. Regressordnung vor: An erster Stelle trägt derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung schuldhaft verursacht hat. An zweiter Stelle trägt derjenige den Schaden, der aus Vertrag ersatzpflichtig ist. An letzter Stelle steht der aus Kausalhaftung Verantwortliche.</p> <p><i>I.c. haftet die D AG aus einfacher Kausalhaftung (Art 55 OR). D haftet demgegenüber aus Art. 41 OR, d.h. aus verschuldeter unerlaubter Handlung. D steht somit in der Kaskadenordnung an erster Stelle und muss den Schaden von P selber tragen. Falls die D AG von P belangt wird und die D AG die Forderung von P erfüllt, könnte sie Regress nehmen auf ihre Hilfsperson D (vgl. auch Art. 55 Abs. 2 OR).</i></p>	
	7. Gesamtfazit	1
	<p><i>P kann sowohl von der D AG aus Art. 55 OR als auch von D aus Art. 41 OR getrennt oder gemeinsam Schadenersatz für die Kosten der Behandlung und den Verdienstausfall verlangen. Im Innenverhältnis trägt D den gesamten Schaden. Falls die D AG von P belangt werden und an P Schadenersatz leisten würde, könnte die D AG intern Regress auf D nehmen.</i></p>	

	Frage 4: Wie würden Sie als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin die Fragen von Ladina beantworten? (Hinweis: Gehen Sie davon aus, dass Giachen die Engel Heizung GmbH rechtsgültig vertreten kann.)	59
	1. Zustandekommen des Vertrags zwischen Ladina und der Engel Heizung GmbH	4.5
	a) Voraussetzungen	4
	<p>Für den Vertragsschluss nach Art. 1 Abs. 1 OR müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Rechts- und Handlungsfähigkeit (Art. 11 ff. bzw. Art. 53 ff. ZGB), gegenseitiger Austausch und Übereinstimmung der Willenserklärungen (tatsächlicher oder normativer Konsens) über die wesentlichen Vertragspunkte sowie Vorliegen eines Rechtsbindungswillens. Bei einem Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR sind die objektiv wesentlichen Punkte (essentialia negotii) der Kaufgegenstand und der Kaufpreis.</p> <p><i>Als Vertragsparteien kommen i.c. Ladina (hiernach „L“) und die Engel Heizung GmbH (hiernach „E GmbH“) in Frage. Ob Geschäftsführer Giachen (hiernach „G“) die E GmbH rechtsgültig vertreten kann, ist gem. ausdrücklichem Bearbeitungshinweis nicht zu prüfen. Die E GmbH bietet der L an, ihr das Heizungsmodell „Oil-in-one 3000“ zu einem Preis von CHF 18'000 zu verkaufen (Antrag). Indem L dieses Modell bei der E GmbH bestellt, erklärt sie sich damit einverstanden (Annahme), wodurch sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte geeinigt haben. Als Liefertermin vereinbaren die Parteien ferner den 28. November 2017. Dadurch, dass sie sich dazu verpflichten wollen, die Heizung am 28. November 2017 zu übereignen bzw. den Kaufpreis zu bezahlen, richtet sich ihr Wille darauf, konkrete Rechtsfolgen auszulösen (Rechtsbindungswille). Mangels gegenteiliger Indizien im Sachverhalt (hiernach „SV“) ist davon auszugehen, dass sowohl L als auch die E GmbH rechts- und handlungsfähig sind. Darüber hinaus sind keinerlei Form-, Inhalts- oder Willensmängel ersichtlich.</i></p>	
	b) Zwischenfazit	0.5
	<i>Es ist zwischen L und der E GmbH ein Vertrag über den (Ver-)Kauf einer Heizung des Typs „Oil-in-one 3000“ gültig zustande gekommen. Der Liefer- und Installationstermin (28. November 2017) ist ebenfalls Vertragsbestandteil geworden.</i>	
	2. Schuldnerverzug	54
	a) Voraussetzungen	18
	aa) Abgrenzung zur Schlechterfüllung und Überblick	2
	Ist der Vertragsgegenstand der Gattung nach bestimmt, können sich bei der Abgrenzung von Schuldnerverzug und positiver Vertragsverletzung besondere Probleme ergeben, wenn der Schuldner zwar leistet, aber nicht vertragskonform. Weist die gelieferte Sache nicht die vereinbarten Gattungsmerkmale auf, liegt nicht die geschuldete, sondern eine andere Sache (sog. aliud) vor, womit die Regeln des Schuldnerverzugs zur Anwendung gelangen (Nichtleistung, Art. 102 ff. OR).	

	<p>Keine andere, sondern eine mangelhafte Sache (sog. peius) liegt dagegen vor, wenn die gelieferte Sache zwar der geschuldeten Gattung angehört, nicht aber die vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Qualität aufweist. Diesfalls sind die Regeln über die Schlechterfüllung anwendbar (Schlechtleistung, Art. 97 Abs. 1 OR).</p> <p><i>I.c. liefert die E GmbH die Gasheizung schon gar nicht erst an L, sondern behält sie – nachdem G erkennt, dass ihm bei der Bestellung ein Fehler unterlaufen ist – bei sich. Entsprechend liegt ein Fall der Nichtleistung vor, weshalb sich die Frage der Qualifikation der Gasheizung als aliud oder peius erübrigt und in jedem Fall die Regeln über den Schuldnerverzug Anwendung finden.</i></p> <p>Damit Schuldnerverzug i.S.v. Art. 102 ff. OR eintritt, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit; – Fälligkeit der Forderung; – Mahnung oder bestimmter Verfalltag; – kein Leistungsverweigerungsrecht der Schuldnerin. <p>Da Fragen des OR BT laut ausdrücklichem Bearbeitungshinweis nicht zu prüfen sind, können die besonderen Verzugsregeln des Kaufvertragsrechts (Art. 190 f. OR) ausser Betracht gelassen werden.</p>	
	bb) Nichtleistung trotz fortbestehender Leistungsmöglichkeit	5
	<p>Der Schuldnerverzug setzt zunächst voraus, dass der Schuldner noch nicht geleistet hat, obwohl die Leistung noch möglich wäre, mithin kein Fall der Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Ist die Leistung nicht (mehr) möglich, liegt kein Verzug vor, sondern es gelangen Art. 97 Abs. 1 und Art. 119 OR zur Anwendung.</p> <p>Unmöglichkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 1 und Art. 119 OR besteht, wenn eine geschuldete Leistung nicht oder nicht mehr erbracht werden kann. Im Gegensatz zur objektiven Unmöglichkeit, bei der die Leistung von niemandem mehr erbracht werden kann, ist bei der subjektiven Unmöglichkeit nur der betreffende Schuldner nicht mehr in der Lage, die geschuldete Leistung zu erbringen. Objektive Unmöglichkeit fällt bei Gattungsware i.d.R. von vornherein ausser Betracht (<i>genus perire non potest</i>). Weiter muss die Unmöglichkeit eine dauernde sein, d.h. die Erbringung muss für immer bzw. definitiv und unwiderruflich ausgeschlossen sein. Entsprechend führt eine bloss vorübergehende Leistungsunmöglichkeit zur Anwendung der Verzugsregeln von Art. 102 ff. OR.</p> <p><i>I.c. ist am 28. November 2017 nur die E GmbH nicht in der Lage, die Heizung zu liefern, womit ein Fall subjektiver Unmöglichkeit vorliegen könnte. Da die E GmbH die Heizung aber bereits am 15. November 2017 wieder liefern könnte, ist die Leistungsunmöglichkeit keine dauernde, womit i.c. von vornherein kein Fall von (subjektiver) Leistungsunmöglichkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR vorliegen kann. Die E GmbH hat damit noch nicht geleistet, obwohl die Leistung möglich wäre.</i></p>	
	cc) Fälligkeit der Leistung	3.5
	Die Fälligkeit beschreibt den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung	

	<p>verlangen kann. Art. 75 OR sieht vor, dass primär die Parteien durch Vertrag den Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit festlegen können. Nur wenn vertraglich nichts vereinbart wurde, ist die Schuld sofort fällig (Art. 75 OR). Die Leistung muss am vereinbarten Tag zur gewöhnlichen Geschäftszeit erfolgen (Art. 79 OR).</p> <p><i>I.c. haben die Parteien vereinbart, dass die Heizung am 28. November 2017 zu liefern ist. Dann tritt auch die Fälligkeit der Leistung ein. Somit ist die von der E GmbH geschuldete Leistung inzwischen zweifelsohne fällig.</i></p>	
	<p>dd) Mahnung oder bestimmter Verfalltag</p>	<p>4</p>
	<p>Die Folgen einer zu späten Erfüllung treffen den Schuldner grundsätzlich erst, wenn der Gläubiger ihn durch Mahnung in Verzug setzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Mahnung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung des Gläubigers, welche eine unmissverständliche Aufforderung zur Leistung enthält. Ist ein Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher aus einer Kündigung, gerät die Schuldnerin aber auch ohne Mahnung in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR; sog. Verfalltagsgeschäft). Dabei ist die Mahnung entbehrlich, ohne dass zugleich die Voraussetzungen des relativen Fixgeschäftes (vgl. Art. 108 Ziff. 3 OR sowie unten) erfüllt sein müssten.</p> <p><i>I.c. haben die Parteien ausdrücklich vereinbart, dass die Heizung am 28. November 2017 zu liefern ist. Folglich ist von einer Vereinbarung über einen Verfalltag i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR auszugehen, womit das Erfordernis der Mahnung entfällt. Da die Lieferung der Heizung nach dem 28. November 2017 immer noch möglich ist, ist von einem relativen Fixgeschäft auszugehen.</i></p>	
	<p>ee) Kein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners</p>	<p>3</p>
	<p>Bei zweiseitigen Verträgen stehen dem Schuldner die Einreden bzw. Leistungsverweigerungsrechte von Art. 82 (Einrede des nicht erfüllten Vertrags) und Art. 83 OR (Einrede der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers) zur Verfügung, mit denen er den Erfüllungsanspruch des Gläubigers vorläufig abwehren kann.</p> <p><i>I.c. ist L im Umfang der ersten Ratenzahlung (CHF 8'000.00, zahlbar bis 5. November 2017) vorleistungspflichtig. Diese Ratenzahlung ist bereits am 2. November 2017, also fristgerecht auf dem Konto der E GmbH eingegangen. Insofern kann sich die E GmbH also nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen. Die zweite Ratenzahlung muss L erst bis 31. Dezember 2017 begleichen, d.h. nach der Lieferung der „Oil-in-one 3000“. Auch insofern kann sich die E GmbH demnach nicht auf Art. 82 OR berufen. Ferner ergeben sich i.c. aus dem SV keine Indizien, dass L nach dem Vertragsschluss zahlungsunfähig i.S.v. Art. 83 OR geworden wäre.</i></p>	
	<p>ff) Zwischenfazit</p>	<p>0.5</p>
	<p><i>Die Voraussetzungen von Art. 102 ff. OR sind erfüllt. Die E GmbH befindet sich mit der Lieferung der Heizung „Oil-in-one 3000“ ab dem 28. November 2017 nach Ende der gewöhnlichen Geschäftszeit (Art. 79 OR) im Verzug.</i></p>	

b) Rechtsfolgen	36
aa) Leistung von Verzugszinsen (Art. 104 Abs. 1 OR)	1
<p>Sobald der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug gerät, hat er Verzugszinsen von vermutungsweise 5% zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Hierfür ist weder erforderlich, dass den Schuldner ein Verschulden am Verzug trifft, noch dass der Gläubiger einen Schaden erleidet.</p> <p><i>I.c. ist die E GmbH mit einer Sach- und nicht einer Geldleistung im Verzug. Entsprechend findet Art. 104 Abs. 1 OR von vornherein keine Anwendung. L kann also keine Verzugszinsen verlangen.</i></p>	
bb) Ersatz des Verspätungsschadens (Art. 103 OR)	11.5
<p>Nach Art. 103 Abs. 1 OR haftet der Schuldner für den Schaden, der dem Gläubiger aus der verspäteten Leistung entsteht. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn rechtzeitig erfüllt worden wäre (positives Vertragsinteresse). Im Gegensatz zur Regelung von Art. 97 Abs. 1 OR (Umwandlung des Primäranspruchs in einen Sekundäranspruch) tritt der Schadenersatzanspruch nach Art. 103 Abs. 1 OR nicht an die Stelle des Erfüllungsanspruchs, sondern kumulativ zu diesem hinzu.</p> <p>Die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs sind folgende:</p> <p>(i) Schaden: Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie). Der Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens, die in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Der Verspätungsschaden besteht in der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand bei rechtzeitiger Erfüllung und dem durch die Verspätung verursachten verminderten Vermögensstand im Zeitpunkt der Leistung.</p> <p>(ii) Vertragsverletzung: Diese besteht beim Verzug in der verspäteten Erfüllung (Vorliegen einer Verzugssituation).</p> <p>(iii) Kausalzusammenhang zwischen verspäteter Erfüllung und Schaden: Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn der entstandene Schaden auf die Vertragsverletzung zurückzuführen ist, diese somit conditio sine qua non für den Schaden ist. Der adäquate Kausalzusammenhang liegt vor, wenn die betreffende Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen.</p> <p>(iv) Verschulden: Wie bei Art. 97 Abs. 1 OR wird das Verschulden vermutet. Der Schuldner kann sich indes von der Ersatzpflicht befreien, wenn er nachweist, dass ihn kein Verschulden am Verzug trifft (sog. Exkulpationsbeweis). Ob sich der Exkulpationsbeweis aus Art. 103 Abs. 2 oder Art. 97 Abs. 1 OR ableitet, ist im Schrifttum umstritten.</p> <p><i>I.c. sind diese Voraussetzungen allesamt erfüllt:</i></p> <p>(i) Der Schaden von L setzt sich vorliegend wie folgt zusammen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Kosten für Unterkunft in der Casa Cresta (CHF 200.00 / Nacht x 14 Nächte = CHF 2'800), welche die Familie Krüger bereits bezahlt hat, aber L nunmehr für die Ersatzunterkunft im Hotel Enzian aufwenden 	

	<p><i>muss. Dabei handelt es sich um entgangenen Gewinn (lucrum cessans) von L.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Zusatzkosten für Ersatzunterkunft im Hotel Enzian (CHF 50.00 / Nacht x 14 Nächte = CHF 700), welche L für Familie Krüger bezahlen muss: Dabei handelt es sich um eine Vermehrung der Passiven von L (damnum emergens).</i> • <i>Total des Schadens: CHF 3'500.</i> <p><i>(ii) Die Vertragsverletzung besteht i.c. in der verspäteten Lieferung der „Oil-in-one 3000“ (zum Vorliegen einer Verzugssituation, vgl. oben).</i></p> <p><i>(iii) Ohne die Verspätung bei der Lieferung der „Oil-in-one 3000“ wäre die Casa Cresta beheizt worden, Familie Krüger hätte ihre Ferien nicht im Hotel Enzian verbringen müssen und im Vermögen von L wäre keine Vermögensverminderung eingetreten. Die Verspätung bei der Lieferung der „Oil-in-one 3000“ für ein Ferienhaus ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch geeignet, einen entgangenen Gewinn aus der Vermietung des Ferienhauses herbeizuführen. Der erforderliche Kausalzusammenhang ist somit gegeben.</i></p> <p><i>(iv) Das Verschulden der E GmbH wird vermutet, wobei letzterer der Exkulpationsbeweis offensteht. Nachdem G laut SV bei der Bestellung der Heizung einen Fehler gemacht hat, dürfte eine erfolgreiche Exkulpation ausgeschlossen sein.</i></p> <p><i>Folglich muss die E GmbH L den Verspätungsschaden im Umfang von CHF 3'500 ersetzen. Daneben kann L weiterhin die Lieferung der Heizung verlangen.</i></p>	
cc) Zufallshaftung		2
	<p>Sobald der Schuldner in Verzug gerät, trifft ihn gemäss Art. 103 Abs. 1 OR eine Zufallshaftung. Wird die Leistung nach Verzugsseintritt unmöglich, kann er sich somit nicht mehr auf Art. 119 Abs. 1 OR berufen. Von der Zufallshaftung kann sich der Schuldner nach Art. 103 Abs. 2 OR nur befreien, indem er beweist, dass der Verzug ohne Verschulden von seiner Seite eingetreten ist oder dass der Zufall, welcher zur Unmöglichkeit führte, auch bei rechtzeitiger Erfüllung eingetreten wäre.</p> <p><i>I.c. trägt die E GmbH ab Verzugsseintritt am 28. November 2017 die Gefahr für den zufälligen Untergang der geschuldeten Heizung „Oil-in-one 3000“. Der Exkulpationsbeweis dürfte der E GmbH hinsichtlich des Verzugs – wie bereits dargelegt (vgl. oben) – nicht gelingen. Ob ihr der Beweis, dass der Zufall, welcher zur Unmöglichkeit führte, auch bei rechtzeitiger Erfüllung eingetreten wäre, gelingt, muss im Einzelfall geprüft werden.</i></p>	
dd) Wegfall von Haftungsmilderungen		1
	<p>Obwohl in Art. 103 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich erwähnt, führt der von der Schuldnerin verschuldete Verzug nach h.L. auch dazu, dass allfällige Haftungsmilderungen, namentlich Art. 99 Abs. 2 OR, entfallen.</p> <p><i>I.c. kann sich die E GmbH somit nach Verzugsseintritt nicht mehr auf allfällige Haftungsmilderungen berufen.</i></p>	

	ee) Wahlrechte des Gläubigers	20.5
	aaa) Zusätzliche Voraussetzung: Vorliegen eines zweiseitigen Vertrags	1.5
	<p>Der Anwendungsbereich von Art. 107-109 OR beschränkt sich auf vollkommen zweiseitige (synallagmatische) Verträge. Dafür wird vorausgesetzt, dass mindestens zwei Erfüllungsleistungen als Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis stehen müssen.</p> <p><i>Im Vertragsverhältnis zwischen L und der E GmbH steht die Lieferung der Heizung in einem Austauschverhältnis mit den beiden Ratenzahlung von insgesamt CHF 18'000.00. Somit handelt es sich um einen vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag, und der Anwendungsbereich von Art. 107-109 OR ist eröffnet.</i></p>	
	bbb) Zusätzliche Voraussetzung: Nachfristansetzung	5
	<p>Neben dem Verzug setzt das Vorgehen nach Art. 107-109 OR weiter voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner eine Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung ansetzt. Dabei handelt es sich um eine empfangsbedürftige, ultimative Aufforderung an den Schuldner, innerhalb einer bestimmten Frist die Leistung zu erbringen. Nach Art. 108 Ziff. 3 OR ist die Nachfristansetzung entbehrlich, wenn sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (sog. relatives Fixgeschäft). Dabei handelt es sich um eine qualifizierte Form des Verfalltagsgeschäfts i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR (vgl. oben). Qualifizierend für das Fixgeschäft ist, dass die Einhaltung der Erfüllungszeit ein wesentlicher Vertragspunkt bildet: Der Schuldner darf daher nach dem vereinbarten Zeitpunkt gegen den Willen des Gläubigers nicht mehr leisten. Neben der ausdrücklichen Verabredung eines Fixgeschäfts kann sich ein solches auch aus der Natur des Rechtsgeschäfts oder aus den Umständen ergeben. Das relative Fixgeschäft ist sodann vom absoluten Fixgeschäft abzugrenzen, bei welchem nach Ablauf des Erfüllungsdatums die Erfüllung nicht mehr möglich ist (Lehrbuchbeispiel Hochzeitstorte), weshalb sich die Rechtsfolgen denn auch nach Art. 97 Abs. 1 OR bzw. Art. 119 OR bestimmen.</p> <p><i>I.c. vereinbaren L und die E GmbH, dass die Lieferung und Installation der Heizung am 28. November 2017 zu erfolgen hat. Aus den Vertragsverhandlungen ergibt sich, dass die Lieferung genau zu diesem Zeitpunkt erfolgen soll, da die Casa Cresta anschliessend, vor der Ankunft der ersten Gäste, noch beheizt werden muss. Entsprechend bildet die Einhaltung der Erfüllungszeit für L einen wesentlichen Vertragspunkt, was aufgrund ihrer diesbezüglichen Erläuterung auch für die E GmbH erkennbar war. Sodann verhält es sich i.c. nicht so, dass die Erfüllung nach Ablauf des Erfüllungsdatums unmöglich i.S.v. Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 119 OR wird, weshalb kein absolutes Fixgeschäft vorliegt. Insgesamt liegt daher ein relatives Fixgeschäft i.S.v. Art. 108 Abs. 1 OR vor, womit auf das Erfordernis der Nachfristansetzung verzichtet werden kann. L muss also keine Nachfrist ansetzen.</i></p>	
	ccc) Erstes Wahlrecht	3
	Der Gläubiger kann gem. Art. 107 Abs. 2 OR an seiner Forderung auf die geschuldete Leistung festhalten und Ersatz des Verspätungsschadens verlangen (Art. 103 ff. OR) oder, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die Leistung verzichten , was ihm das zweite Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR	

	<p>eröffnet (siehe sogleich). Gem. Art. 107 Abs. 2 OR hat der Gläubiger den allfälligen Verzicht nach Ablauf der Nachfrist unverzüglich, d.h. ohne weitere Verzögerung, zu erklären. In Art. 108 OR fehlt eine entsprechende gesetzgeberische Anordnung zur Notwendigkeit einer Verzichtserklärung. Ob die diesbezügliche Regelung von Art. 107 Abs. 2 OR auch im Fall des relativen Fixgeschäfts Anwendung findet, ist im Schrifttum umstritten. Nach h.L. muss der Gläubiger den Schuldner gleichzeitig mit der Verzichtserklärung über sein weiteres Vorgehen informieren, da es für ihn nicht zumutbar ist, längere Zeit über das weitere Schicksal des Vertrages und den Inhalt ihrer Pflichten im Ungewissen gelassen zu werden. Die Mitteilung kann auch konkludent erfolgen, z.B. indem der Gläubiger sein zweites Wahlrecht ausübt.</p> <p><i>I.c. kann L wählen, ob sie an der Lieferung der Heizung „Oil-in-one 3000“ am 15. Dezember 2017 festhalten oder aber darauf verzichten will. Je nach Lehrmeinung muss sie gegenüber der E GmbH entweder eine Verzichtserklärung oder eine Erklärung, dass sie weiterhin die Lieferung verlangt, abgeben. Zum Ersatz des Verspätungsschadens vgl. oben.</i></p>	
	<p>ddd) Zweites Wahlrecht</p>	<p>7.5</p>
	<p>Verzichtet der Gläubiger auf die nachträgliche Leistung, kann er gemäss Art. 107 Abs. 2 OR entweder den Vertrag aufrechterhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrag zurücktreten.</p> <p>(i) Entscheidet sich der Gläubiger für die Aufrechterhaltung des Vertrages nebst Schadenersatz wegen Nichterfüllung, sind dieselben Voraussetzungen zu prüfen wie bei Art. 97 Abs. 1 OR (vgl. oben). Zu ersetzen ist das positive Interesse, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Das positive Interesse setzt sich in erster Linie aus dem Wert der ausgebliebenen Leistung und dem Verspätungsschaden zusammen (vgl. Art. 103 Abs. 1 OR). Im Unterschied zum Festhalten an der Erfüllung (erstes Wahlrecht) wird die ausgebliebene Leistung im Rahmen des zweiten Wahlrechts in einen Schadenersatzanspruch umgewandelt (Sekundäranspruch). Obwohl in Art. 107 Abs. 2 OR nicht explizit erwähnt, ist der Schuldner nur bei Verschulden schadenersatzpflichtig, welches allerdings vermutet wird. Dem Schuldner steht der Exkulpationsbeweis offen.</p> <p>(ii) Erklärt der Gläubiger den Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR, wird der Vertrag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie auch nach h.L. in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Der Rücktritt bewirkt die inhaltliche Modifikation des Vertragsverhältnisses; es entstehen gegenüber den ursprünglichen Ansprüchen solche mit umgekehrten Vorzeichen. Sofern bereits Leistungen erbracht wurden, sind sie zurückerstatten (Art. 109 Abs. 1 OR). Ist die Rückerstattung von Geldleistungen geschuldet, sind diese ab Zahlung zu verzinsen. Überdies hat der Gläubiger nach Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, sofern dem Schuldner der Exkulpationsbeweis nicht gelingt. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn „vom Vertrag nie die Rede gewesen wäre“. Ersatzpflichtig sind beispielsweise Auslagen und Aufwendungen, die der Gläubiger im Hinblick auf den Vertrag getätigt hat. Auch entgangener Gewinn kann im Rahmen des negativen Interesses ersatzfähig werden, wenn der Gläubiger im Vertrauen auf den dahingefallenen Vertrag auf den Abschluss eines anderen konkreten Geschäfts verzichtet hat. Dem Gläubiger steht jedoch – anders als beim positiven Vertragsinteresse – kein Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens zu. Umgekehrt gehören Kos-</p>	

	<p>ten für die Erfüllung einer Ersatzpflicht gegenüber Dritten durchaus zum negativen Vertragsinteresse. Das Verschulden wird wiederum vermutet, und dem Schuldner steht entsprechend der Exkulpationsbeweis offen.</p> <p><i>(i) Sollte sich L i.c. für den Verzicht auf die Lieferung der „Oil-in-one 3000“ entscheiden, so könnte sie einerseits den Vertrag aufrechterhalten und das positive Vertragsinteresse fordern, welches i.c. in erster Linie den Wert der „Oil-in-one 3000“ und den Verspätungsschaden (zur Berechnung vgl. oben) umfasst. Ob sie die ausstehende Ratenzahlung bis am 31. Dezember 2017 noch bezahlen muss, ist im Rahmen des dritten Wahlrechts (Austausch- oder Differenztheorie, vgl. unten) zu prüfen.</i></p> <p><i>(ii) Andererseits könnte L auch vom Vertrag zurücktreten. Dabei würde der Vertrag mit der E GmbH aufgelöst bzw. in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Entsprechend hätte L einen vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung der bereits geleisteten Ratenzahlung von CHF 8'000.00.</i></p> <p><i>Sodann hat L einen Schadenersatzanspruch in der Höhe des negativen Vertragsinteresses: Die entgangenen Einnahmen aus der Vermietung der Casa Cresta in der Höhe von CHF 2'800 (CHF 200.00 / Nacht x 14 Nächte) stellen einen Verspätungsschaden i.S.v. Art. 103 Abs. 1 OR dar und sind daher im Rahmen des Rücktritts vom Vertrag nicht ersatzfähig. Zumal sich dem SV auch keine Hinweise darauf entnehmen lassen, dass L im Vertrauen auf den Bestand des Vertrags mit der E GmbH auf den Abschluss eines anderen konkreten Vertrags verzichtet hat, kann der entsprechende Schadensposten auch nicht als entgangener Gewinn im Rahmen des negativen Vertragsinteresses liquidiert werden. Die Zusatzkosten für die Übernachtung von Familie Krüger im Hotel Enzian stellen Kosten für die Erfüllung einer Ersatzpflicht gegenüber Dritten dar und sind daher im Rahmen des negativen Vertragsinteresses ersatzfähig.</i></p>	
	<p>eee) Drittes Wahlrecht</p>	<p>3.5</p>
	<p>Hat sich der Gläubiger für Schadenersatz wegen Nichterfüllung (positives Vertragsinteresse) entschieden, stellt sich die Frage, was mit der Gegenleistung geschehen soll. Obwohl in Art. 107 Abs. 2 OR nicht explizit geregelt, kann der Gläubiger nach h.L. wählen, ob er nach der Austausch- oder der Differenztheorie vorgehen will. Schuldet der Gläubiger eine Geldleistung, so führen beide Theorien zum gleichen Ergebnis. Nach der Austauschtheorie hat der Gläubiger gegen den Schuldner einen Anspruch auf Schadenersatz, bleibt aber seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet. Nach der Differenztheorie dagegen kann der Gläubiger den Wert seiner Gegenleistung an seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen und vom Schuldner die Differenz verlangen. Der Gläubiger darf sich im Einzelfall für eine der beiden Vorgehensweisen entscheiden. Ob der Schuldner auch nach der Differenztheorie vorgehen kann, wenn er bereits geleistet hat (sog. „strikte“ Differenztheorie), ist im Schrifttum umstritten.</p> <p><i>Sollte sich L i.c. für den Verzicht auf die Lieferung der „Oil-in-one 3000“ unter Aufrechterhalten des Vertrags nebst Schadenersatz wegen Nichterfüllung entscheiden, könnte sie einerseits nach der Austauschtheorie vorgehen und die zweite, noch ausstehende Ratenzahlung von CHF 10'000.00 bezahlen. Die E GmbH wäre zur Leistung der vollen Schadenersatzleistung im Umfang des positiven Interesses verpflichtet. Wählt sie die Differenztheorie, könnte L</i></p>	

	<p><i>zumindest die zweite, noch ausstehende Ratenzahlung von CHF 10'000.00 an ihren Schadenersatzanspruch anrechnen lassen und von der E GmbH die Differenz verlangen. Je nach Lehrmeinung könnte sie so dann auch die bereits geleistete Ratenzahlung von CHF 8'000.00 zurückfordern und an ihre Schadenersatzforderung anrechnen lassen.</i></p>	
	<p>3. Fazit</p>	<p>0.5</p>
	<p><i>Da sich die E GmbH mit der Lieferung der Heizung im Verzug befindet und ein synallagmatischer Vertrag zwischen ihr und L. vorliegt, kann L ihre Gläubigerrechte nach Art. 107 ff. OR ausüben.</i></p>	

	Frage 5: Wer muss für die Kosten von CHF 650.00 aufkommen?	9
	1. Gläubigerverzug	8.5
	a) Voraussetzungen	8.5
	aa) Abgrenzung zum Schuldnerverzug	0.5
	Je nachdem kann der Schuldner seine Leistung nur erbringen, wenn der Gläubiger bei der Erfüllung mitwirkt. Diese Mitwirkungshandlungen sind grundsätzlich nicht als Pflichten, sondern als Obliegenheiten zu qualifizieren. Wirkt der Gläubiger trotz gehörig angebotener Leistung der Schuldnerin nicht mit, liegt entsprechend keine Pflichtverletzung vor, jedoch muss er eine Verschlechterung seiner Rechtsstellung in Kauf nehmen, weil der Schuldner nach den Regeln über den Gläubigerverzug (Art. 91 ff. OR) vorgehen kann. Ist die fragliche Mitwirkungshandlung ausnahmsweise als vertragliche Pflicht des Gläubigers zu qualifizieren, so gelangen die Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) zur Anwendung.	
	bb) Gehöriges Angebot der Leistung	4
	<p>Gemäss Art. 91 OR muss der Schuldner die Leistung dem Gläubiger gehörig anbieten. Namentlich bei Bringschulden muss er sie tatsächlich anbieten („Realoblation“). Eine mündliche Zusicherung („Verbaloblation“) genügt also nicht. Ein gehöriges Leistungsangebot setzt voraus, dass die Leistung vertragsgemäss sowie am richtigen Ort und zur richtigen Zeit angeboten wird. Fälligkeit der Leistung wird für den Gläubigerverzug nicht vorausgesetzt, jedoch muss die Leistung zumindest erbring- bzw. erfüllbar sein. Gemäss Art. 81 Abs. 1 OR kann der Schuldner schon vor Fälligkeit erfüllen, wenn sich nicht aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrags oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien ergibt. Ein vertraglicher Ausschluss der vorzeitigen Erfüllung liegt insbesondere beim Fixgeschäft vor (zur Definition siehe oben).</p> <p><i>I.c. haben die Parteien vereinbart, dass die „Oil-in-one 3000“ in die Casa Cresta zu liefern und dort zu installieren ist. Entsprechend liegt eine Bringschuld vor, und es ist ein tatsächliches Anbieten der Leistung (Realoblation) erforderlich. Die E GmbH liefert die Heizung bis vor die Casa Cresta, womit sie in örtlicher Hinsicht vertragskonform leistet. Sodann ergeben sich aus dem Sachverhalt (hiernach „SV“) keine Indizien, dass die gelieferte „Oil-in-one 3000“ nicht vertragsgemäss beschaffen wäre. Mit der Abmachung, dass die „Oil-in-one 3000“ am Dienstag, 28. November 2017, zu liefern und installieren ist, haben die Parteien ein Fixgeschäft vereinbart (zur Subsumtion oben). Entsprechend ist die Leistung der E GmbH am 24. November noch nicht erbring- bzw. erfüllbar. Somit liegt in zeitlicher Hinsicht kein gehöriges Leistungsangebot vor.</i></p>	
	cc) Verhinderung der Erfüllung durch Umstände in der Risikosphäre des Gläubigers	3.5
	Die Erfüllung muss durch Umstände verhindert werden, die in die Risikosphäre des Gläubigers fallen. Das Gesetz unterscheidet zwischen der ungerechtfertigten Verhinderung durch den Gläubiger (Art. 91 OR) und der Verhinderung der Erfüllung „aus einem anderen in der Person des Gläu-	

	<p>bigers liegenden Grunde“ (Art. 96 OR). Ein Verschulden des Gläubigers ist in beiden Fällen nicht erforderlich. Entsprechend gerät etwa der Besteller eines Werkes in Annahmeverzug, der den zum Zwecke der Erbringung der Werkleistung vorsehenden Handwerker am Betreten der Räume hindert.</p> <p><i>I.c. obliegt es L als Gläubigerin, der E GmbH als Schuldnerin den Zugang zum Heizungskeller der Casa Cresta zu ermöglichen, andernfalls die E GmbH ihre Leistung nicht erbringen kann. Es gehört daher auch zu den Vorbereitungsmaßnahmen von L, sicherzustellen, dass der Zugang zum Heizungskeller nicht mit Gerüsten versperrt ist. Die Erstellung von Baugerüsten durch andere mit der Sanierung befasste Bauunternehmen vor dem Zugang zum Heizungsraum ist der Risikosphäre von L zuzurechnen.</i></p>	
	dd) Zwischenfazit	0.5
	<p><i>Mangels eines gehörigen Leistungsangebots in zeitlicher Hinsicht liegt kein Gläubigerverzug auf Seiten von L vor. Entsprechend sind die Kosten für die Zwischenlagerung und die erneute Lieferung der Heizung in der Höhe von CHF 650.00 von der E GmbH zu tragen.</i></p>	
	b) Rechtsfolgen	-
	<p><i>Da die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs nicht erfüllt sind, müssen auch dessen Rechtsfolgen nicht geprüft werden.</i></p>	
	2. Fazit	0.5
	<p><i>Die Kosten für Zwischenlagerung und erneute Lieferung der Heizung in der Höhe von CHF 650.00 sind von der E GmbH zu tragen.</i></p>	

* * * * *