



Musterlösung zur schriftlichen Prüfung «Privatrecht I» (BA) vom 11. Januar 2021 (HS20)

Gewichtungstabelle:

	Punktemaxima	Gewichtung
Frage 1	50	50%
Frage 2	30	30%
Frage 3	20	20%
Total	100	100%

Bemerkungen zur Punktevergabe

Die genaue Punkteverteilung findet man im Anhang der Musterlösung. Sofern nicht anders hingewiesen, bedarf es für die volle Punktevergabe der vollständigen Angabe der Theorie mit dazugehöriger Subsumtion. In der Musterlösung sind Ausführungen, die allein mit Zusatzpunkten honoriert werden in einer kleineren Schriftgrösse wiedergegeben.

Fall 2 – 90. Geburtstag mit Hindernissen: Lösungsskizze

Frage 1: Absage der Geburtstagsfeier aufgrund Covid-19

Wie ist die Rechtslage?

I. Rechtsverhältnis A & C – Muss A die von C geltend gemachten Kosten tragen?

C könnte einen Anspruch gegenüber A auf Zahlung der 1'500 CHF aus Vertrag haben.

A. Zustandekommen des Vertrags

Damit C gegenüber A einen vertraglichen Anspruch gemäss § 8 der AGB auf geltend gemachte Kosten von 1'500 CHF hat, muss zunächst ein gültiger Vertrag zustande gekommen sein.

Folgende Voraussetzungen müssen für das Zustandekommen des Vertrags gemäss **Art. 1 Abs. 1 OR** erfüllt sein:

1. Rechts- und Handlungsfähigkeit der Parteien

Vorliegend ist mangels anderer Angaben im Sachverhalt davon auszugehen, dass sowohl A als auch C rechts- und handlungsfähig sind.

Bemerkung: Vergabe eines Zusatzpunktes, wenn erkannt wird, dass C, mangels anderer Angaben im Sachverhalt, wohl die Einzelunternehmerin des Restaurants ist und daher zum Vertragsabschluss befugt ist.

2. Austausch übereinstimmender Willenserklärungen

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR müssen für den Vertragsschluss **gegenseitige, übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien** über die wesentlichen Punkte (**essentialia negotii**) nach **Art. 2 Abs. 1 OR** vorliegen.

Der **Antrag** ist die zeitlich erste Willenserklärung. Mit ihr wird der Wille zum Vertragsabschluss verbindlich erklärt (**Art. 3 Abs. 1 OR**). Der Antrag muss alle **objektiv (und allenfalls subjektiv) wesentlichen Punkte** enthalten.

Art. 5 OR kommt zur Anwendung, wenn zwischen den Parteien **keine direkte Kommunikation besteht und sie somit als nicht "unter Anwesenden"** i.S.v. **Art. 4 OR** gelten. Die Parteien kommunizieren i.d.R. mit Schriftstücken, welche unter anderem über moderne Kommunikationsmittel wie E-Mail, SMS etc. übermittelt werden können. Art. 5 OR regelt die Bindungsdauer solcher Willensäusserungen.

Ohne Vorliegen eines **definitiven Rechtsbindungswillens** kann eine Vertragspartei versuchen, Vertragsverhandlungen herbeizuführen, indem sie ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragsabschluss kundgibt. Dabei handelt es sich nicht um einen Antrag, sondern um eine Einladung zur Offerterstellung (*invitatio ad offerendum*, Art. 7 OR).

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

Das Ausfüllen und Absenden des **Buchungsformulars** auf der Webseite des Restaurants “Chrüsümüsi” durch A **stellt einen Antrag dar** (unter Abwesenden). Die **Bestätigungs-E-Mail** von C, die auf alle Wünsche der A eingeht, kann als **Annahme** gewertet werden.

Man könnte sich fragen, ob die Ausfüllung des Buchungsformulars lediglich als eine invitatio ad offerendum anzusehen ist. Dies ist zu verneinen. As Buchung, die alle wesentlichen Vertragspunkte bereits beinhaltet, richtet sich direkt an das Restaurant “Chrüsümüsi”. Dies im Gegenzug zu bspw. Preislisten, die wahllos an die Allgemeinheit gerichtet sind.¹ Damit liegt kein Fall des Art. 7 Abs. 2 OR vor und somit keine invitatio ad offerendum.

3. Zwischenfazit

Zwischen A und C ist ein zweiseitiger Vertrag nach Art. 1 Abs. 1 OR über die Durchführung eines Nachtessens am 22. März 2020 gegen Bezahlung von 5'000 CHF zustande gekommen.

Fraglich ist, ob die AGB, und insbesondere § 8, verbindlicher Teil des zustande gekommenen Vertrags geworden sind.

B. Gültigkeit des § 8 der AGB des Restaurants “Chrüsümüsi”

1. Vorbemerkung

Als AGB bezeichnet man die von einer Partei hinsichtlich des Abschlusses einer **Vielzahl gleichartiger Verträge vorformulierte Verträge**. Das schweizerische Recht kennt abgesehen von **Art. 8 UWG keine umfassenden Regelungen** zur AGB-Problematik. Dennoch können AGB nach der Rechtsprechung einer dreistufigen Kontrolle auf der Ebene des **Konsenses**, der **Auslegung** und der **Gültigkeit** unterzogen werden.

2. Geltungskontrolle (Konsensebene)

Die AGB werden nur dann verbindlicher Bestandteil der Vereinbarung, wenn sie von den Parteien **übernommen** wurden. Dies kann **ausdrücklich** oder **stillschweigend** (bspw. durch Verweis) erfolgt sein. Es genügt also, wenn die zustimmende Partei vor oder bei Vertragsabschluss auf Geltung und Inhalt der AGB **hingewiesen** wurde und die Möglichkeit für sie bestand, vom AGB-Inhalt in zumutbarer Weise **Kenntnis** zu nehmen. Zumutbar bedeutet dabei, dass der Kunde bzw. die Kundin ohne weiteres auf einzelne oder sämtliche AGB-Klauseln zugreifen kann.

¹ BSK OR-I ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 7 N 9.

Man spricht von einer **Globalübernahme**, wenn die zustimmende Partei den Inhalt der AGB nicht zur Kenntnis genommen, verstanden oder beachtet hat. Dies im Gegensatz zur Vollübernahme, bei der die zustimmende Partei tatsächlich Kenntnis vom Inhalt der AGB genommen hat.

*A musste durch Klick die Kenntnisnahme der online einsehbaren AGB vor dem Absenden des Buchungsformulars bestätigen. Damit konnte A bereits bei Abgabe ihrer Willenserklärung von den AGB des Restaurants "Chrüsümüsi" Kenntnis nehmen. In Tat und Wahrheit hat sie diese jedoch nicht gelesen. Es liegt folglich eine **Globalübernahme** vor.*

*Liegt eine Globalübernahme vor, so ist zu prüfen, ob die fraglichen AGB **ungewöhnlichen oder geschäftsfremden Inhalt** aufweisen.*

Mit der **Ungewöhnlichkeitsregel** wird überprüft, ob die global übernommenen AGB einen Inhalt aufweisen, mit dem die **geschäftsunerfahrene** zustimmende Partei nach den Umständen nicht gerechnet hat und vernünftigerweise nicht rechnen musste.

Das Bundesgericht bestimmt die Ungewöhnlichkeit nach **objektiven** und **subjektiven** Kriterien. Ersteres ist gegeben, wenn die AGB-Klausel objektiv **geschäftsfremden Inhalt** aufweist, sie also den Vertragscharakter wesentlich ändert oder den gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus in erheblichem Mass aushebelt. Letzteres liegt vor, wenn die zustimmende geschäftsunerfahrene Partei nicht auf die ungewöhnliche AGB-Klausel **hingewiesen** wurde.

Solche ungewöhnlichen AGB-Klauseln können (nach Treu und Glauben) **nicht Vertragsbestandteil** sein.

A ist eine normale Konsumentin. Bei der Bestellung in einem Restaurant für das Nachtessen einer Geburtstagsfeier handelt es sich nicht um ein kompliziertes Rechtsgeschäft, sondern einen alltäglichen Vertragsabschluss, wofür keine speziellen Kenntnisse nötig sind. A ist folglich nicht geschäftsunerfahren.

Mit § 8 der AGB werden die Kosten einer Stornierung aus Gründen, die "nicht in der Gewalt des Restaurants" liegen, auf den Kunden bzw. die Kundin abgewälzt. § 8 ändert also nicht den Vertragscharakter. Ebenso wenig ändert er etwas daran, dass jede Partei für ihre Leistungsbereitschaft einzustehen hat sowie an der Obliegenheit oder Pflicht zur Entgegennahme der Leistung der Gegenpartei. Ist dies nicht möglich, müssen Aufwendungen der anderen Partei getragen werden (vgl. Art. 91 ff. und Art. 119 OR).

§ 8 stellt somit keine ungewöhnliche AGB-Klausel dar.

3. Auslegungskontrolle (Auslegungsebene)

AGB werden nach denselben **allgemeinen Auslegungsprinzipien** überprüft wie individuell verfasste Abreden (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Massgeblich ist der tatsächliche, übereinstimmende Wille der

Parteien hinsichtlich des Vertrags. Dies führt bei AGB-Globalübernahmen zur Problematik, dass der wirkliche Wille sich in der Regel nicht mit den gängigen Auslegungsmitteln rechtsgenügend ermitteln lässt.²

Besonders bei der Auslegung von AGB zu beachten, sind insbesondere die **Unklarheitenregel** und das **Restriktionsprinzip**. Die die AGB verfassende Partei muss sich im Zweifel die ungünstige Auslegungsvariante gefallen lassen (*in dubio contra stipulatorem*). Des Weiteren werden AGB-Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen, im Zweifel restriktiv ausgelegt.

Bemerkung: Zwei Argumentationsvarianten möglich. Bepunktet wird nach Ausführlichkeit der Argumentationen.

Variante 1

§ 8 spricht von Absagen geplanter Anlässe aus Gründen “die nicht in der Gewalt des Restaurants” liegen. Die Schliessung des Restaurants lag nicht in dessen Gewalt. Die AGB sind dahingehend klar formuliert.

Variante 2

AGB müssen nach dem Transparenzgebot klar und verständlich formuliert sein. Ein Aspekt fordert deshalb **hinreichend bestimmte bzw. eindeutige** AGB-Klauseln. Ist eine AGB-Klausel nicht hinreichend bestimmt und lässt sich der Sinngehalt mit den gängigen Auslegungsmitteln nicht eindeutig eruieren, kommt subsidiär die Unklarheitenregel zum Zug. Die AGB-Klausel wird zu Ungunsten der Verfasserin bzw. des Verfassers ausgelegt.³

§ 8 spricht von Absagen geplanter Anlässe aus Gründen “die nicht in der Gewalt des Restaurants” liegen. Fraglich ist bei dieser Formulierung der tatsächliche Parteiwille. So kann hier das eigentliche Ziel verfolgt worden sein, das Risiko von kurzfristigen Stornierungen seitens der Kundinnen und Kunden minimieren zu wollen. Dafür spricht insbesondere die abgeschiedene Lage des Restaurants auf der Gummenalp und damit verbunden ein naturgemäss tieferes Aufkommen an Laufkundschaft und der niedrigen Wahrscheinlichkeit, dass C den Ausfall der Einnahme durch die kurzfristige Stornierung mit anderen Gästen ausgleichen kann. Weniger wahrscheinlich ist die Annahme, dass mit § 8 die Absicht verfolgt wurde, Fälle zu inkludieren, in denen die Stornierung – aus welchem Grund auch immer und selbst in Fällen, in denen das Restaurant kein Verschulden trifft – von Seiten des Restaurants kommt.

² KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRING ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rz. 238.

³ KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRING ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rz. 253 ff.

§ 8 der AGB ist somit nicht eindeutig und klar formuliert. Der tatsächliche Parteiwille lässt sich jedoch nicht ohne weiteres eruieren, da über das Ausfüllen des Bestellformulars und Bestätigungs-E-Mail hinaus keine Kommunikation zwischen A und C stattfand. Folglich muss sich C eine ihr gegenüber ungünstigere Auslegung gefallen lassen. Es wird somit angenommen, dass C nur die Fälle von § 8 erfasst haben wollte, bei denen Kundinnen bzw. Kunden geplante Anlässe kurzfristig absagen. Nicht davon inkludiert ist folglich der vorliegende Fall, bei dem C das Restaurant auf behördliche Anweisung schliessen musste und somit das Nachtessen nicht stattfinden konnte.

4. Inhaltskontrolle

Bemerkung: Nur als ZP bewertet.

Unterschieden wird die **verdeckte** und **offene Inhaltskontrolle**. Erstere wird bereits auf der Stufe der Geltungs- und Auslegungskontrolle vorgenommen. Insbesondere bei b2c-Verträgen findet jedoch auch die offene Inhaltskontrolle gestützt auf Art. 8 UWG und Art. 19 Abs. 2 OR statt.

Vorliegend lässt sich keine Missbräuchlichkeit der AGB feststellen. Wie oben (vgl. Subsumtion Geltungskontrolle) bereits gesagt, ändert § 8 nicht etwas daran, dass jede Partei für ihre Leistungsbereitschaft einzustehen hat sowie an der Obliegenheit oder Pflicht zur Entgegennahme der Leistung der Gegenpartei. Ist dies nicht möglich, müssen Aufwendungen der anderen Partei getragen werden (vgl. Art. 91 ff. und Art. 119 OR). Von einer missbräuchlichen Verwendung der AGB, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei sind, kann somit nicht die Rede sein.

5. Zwischenfazit

1. Variante:

Die AGB inklusive § 8 wurden übernommen und sind gültiger Bestandteil des Vertrags geworden.

2. Variante:

Die AGB inklusive § 8 wurden übernommen und sind gültiger Bestandteil des Vertrags geworden. Allerdings ergab die Auslegungskontrolle eine für C ungünstigere Auslegung des § 8. Der § 8 umfasst demnach nur die Fälle, in denen Konsumentinnen und Konsumenten kurzfristig geplante Anlässe absagen und dafür die Kosten verantworten müssen.

C. Gültigkeit des Vertrags: Kein Anspruch auf geltend gemachte Kosten bei ungültigem Vertrag aufgrund eines Grundlagenirrtums

Vorliegend könnte der Vertrag zwischen A und C aufgrund eines Grundlagenirrtums ungültig sein.

1. Grundlagenirrtum

Der qualifizierte Motiv- bzw. Grundlagenirrtum gemäss **Art. 24. Abs. 1 Ziff. 4 OR** liegt vor, wenn eine Partei ihren Vertragswillen aufgrund einer **falschen oder fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt** bildet, den sie jedoch als **notwendige Grundlage** des Vertrags betrachtet hat.

Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

1.1 Motivirrtum

Ein Motivirrtum liegt vor, wenn sich die getäuschte Vertragspartei ihren Vertragswillen aufgrund einer **falschen oder fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt** bildet.

Ein Teil der Lehre klammert **künftige Sachverhalte** von der Bestimmung eines Irrtums aus, da man sich nur über gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte irren kann, nicht jedoch über zukünftige. Die Zukunft beruhe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erst Möglichkeiten, die noch keine Sachverhalte seien.⁴

I.c. gehen A und C im Oktober 2019 davon aus, dass man am 22. März 2020 ein Nachtessen in einem Restaurant durchführen kann und bilden auf dieser Vorstellung ihren Vertrag. Dass aufgrund der Corona-Pandemie eine ausserordentliche Lage ausgerufen wird und die damit einhergehenden behördlichen Verbote die Schliessung der Restaurants zur Folge haben, wurde von niemanden erwartet.

*Fraglich ist damit, ob die Annahme des Nichteintritts der Corona-Pandemie und die damit verbundenen Massnahmen durch den Bundesrat Grundlage des Vertrages waren und ob der Wille der Parteien entsprechend fehlerhaft war. In der Tat besteht ein Auseinanderfallen zwischen der Vorstellung der A, ein Nachtessen durchführen zu können, und der Realität. Die Frage ist aber, ob aufgrund des Anfang 2020 erstmals eingetretenen Pandemiefalls von einem Fehler in der Willensbildung gesprochen werden kann. Zwar sind auch nicht bewusste oder unausgesprochene Voraussetzungen des Vertrages als Grundlage anzusehen; ein auch für Expertinnen und Experten nicht vorhersehbares und in seiner Singularität für alle staatlichen Akteure unbekanntes Ereignis wie die COVID-19-Pandemie, ist aber nicht als Teil der Willensbildung anzusehen. U.E. kann sich der Grundlagenirrtum nicht auf einen zukünftigen SV beziehen. Das Auseinanderfallen der menschlichen Vorstellungskraft der A und der Realität ist nicht als Grundlagenirrtum anzusehen, sondern als Fall der **force majeure**, weshalb die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausscheidet.*

Somit liegt kein Motivirrtum vor.

Bemerkung: Die Prüfung des Motivirrtums kann hier **mit dem Fazit der Nichtanwendung** abgebrochen werden. Vertritt man gegenteilige Ansicht prüft man weiter.

⁴ Siehe GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, N 800; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 521.

1.2 Wesentlichkeit

Der Irrtum im Beweggrund muss nach Art. 24 Abs. 2 OR **wesentlich** sein, um als Willensmangel qualifiziert zu werden. Die Wesentlichkeit besteht aus einer subjektiven und einer objektiven Komponente.

Subjektiv wesentlich ist ein irrtümlich vorgestellter Sachverhalt, wenn dieser für die Willensbildung der erklärenden Person *conditio sine qua non* und eine unerlässliche Voraussetzung für den Vertragsabschluss war.

A hätte den Vertrag mit C wohl nicht geschlossen, wenn sie gewusst hätte, dass die behördlichen Verbote aufgrund der Corona-Pandemie zur Schliessung der Restaurants führen. Problematisch ist jedoch, dass dies kein Irrtum über den Sachverhalt zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist, sondern ein Irrtum über den zukünftigen Sachverhalt.

Der dem Irrtum zu Grunde liegende Sachverhalt gilt als **objektiv wesentlich**, wenn er **nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr** als **notwendige Grundlage** angesehen werden kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Eine durchschnittliche Drittperson in der Position des Irrenden hätte den Vertrag in Kenntnis der **wahren Sachlage** ebenfalls nicht oder mit einem anderen Inhalt abgeschlossen.

Vorliegend problematisch ist die Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Oktober 2019 das Corona-Virus selbst in China noch nicht aufgetaucht (und vielleicht sogar inexistent) war, und damit die Kenntnis über eine «wahre Sachlage» gar nicht möglich war. Somit kann sich der mögliche Gegenstand eines Grundlagenirrtums auf keinen gegenwärtigen (oder vergangenen) Sachverhalt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses stützen.

1.3 Zwischenfazit

Es liegt kein Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vor.

D. Zwischenfazit

Zwischen A und C ist ein zweiseitiger Vertrag nach Art. 1 Abs. 1 OR über die Durchführung eines Nachtessens am 22. März 2020 gegen Bezahlung von 5'000 CHF gültig zustande gekommen. Ob § 8 der AGB dabei Vertragsbestandteil wurden ist je nach Argumentation anders (siehe oben).

Das geplante Nachtessen kann aufgrund der behördlich angeordneten Restaurantschliessung nicht stattfinden (Nichterfüllung). C verlangt jedoch die Zahlung der entstandenen Kosten von 1'500 CHF

von A. Da A diese Kosten nicht tragen will, ist zu überprüfen, ob C überhaupt einen Anspruch gegenüber A auf Zahlung der Kosten hat. Dieser könnte sich aus Art. 97 OR in der Höhe von 1'500 CHF ergeben. So könnte C Schadenersatz aus Art. 97 OR in der Höhe von 1'500 CHF von A verlangen. Liegt allerdings ein Fall vor, bei dem die Leistung des bzw. der Schuldner:in durch Umstände, die er bzw. sie nicht zu verantworten hat, unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Zu prüfen sind Art. 97 OR und Art. 119 OR.

E. Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung

Bei der positiven Vertragsverletzung aus Art. 97 OR wird die vertraglich geschuldete Leistung nicht gehörig erbracht (**Schlechterfüllung**) oder es wird eine **sekundäre Nebenpflicht** verletzt. Schlechterfüllung liegt vor, wenn der bzw. die Schuldner:in eine Hauptleistung **nicht in der vertraglich vereinbarten Qualität** erbringt.

Das Verschulden wird **vermutet**. Der bzw. die Schuldner:in kann sich jedoch von der Haftung durch einen Exkulpationsbeweis befreien.

Vorliegend konnte C – und auch A – die geschuldete Leistung überhaupt nicht erbringen. Grund dafür ist das behördliche Verbot zur Schliessung aller Restaurants. Es liegt somit kein Verschulden der Parteien vor. Zu prüfen ist somit die Frage der Unmöglichkeit der Leistung (Art. 119 OR).

F. Anspruch auf geltend gemachte Kosten aufgrund nachträglicher objektiver Unmöglichkeit

Unmöglichkeit gem. Art. 119 OR ist gegeben, wenn eine geschuldete Leistung **dauerhaft nicht** oder **nicht mehr** erbracht werden kann.

1. Abgrenzung zur *clausula rebus sic stantibus*

Da sich die Umstände, unter welchen A und C den Vertrag geschlossen hatten, im Nachhinein drastisch veränderten, stellt sich die Frage einer Anpassung des Vertrags an veränderte Umstände (d.h. clausula rebus sic stantibus).

Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein:

1.1 Nachträgliche Veränderung der Verhältnisse

Die Änderung der Verhältnisse muss **nach Vertragsschluss** erfolgen und vertragserhebliche Verhältnisse betreffen, d.h. Einfluss auf den Wert der Leistung haben.

<p><i>I.c. erfolgte die Änderung der Verhältnisse – sprich die Corona-Pandemie – klarerweise nach Vertragsschluss, da die Pandemie im Dezember 2019 noch nicht in Europa verbreitet war. Die mit der Pandemie einhergehenden behördlichen Massnahmen haben einen Einfluss auf den Wert der Leistung.</i></p>
<p>1.2 Gravierende Äquivalenzstörung</p>
<p>Es muss ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen.</p>
<p><i>I.c. liegt kein grobes Missverhältnis vor, da das Gleichgewicht der auszutauschenden Leistungen durch die Corona-Massnahmen nicht erheblich beeinträchtigt wurden. Dass A trotzdem 1'500 CHF für die Vorbereitungskosten des Nachtessens bezahlen muss, stellt eine geringfügige Äquivalenzstörung dar, die die Anwendung der clausula rebus sic stantibus ausschliesst.⁵</i></p>
<p>1.5 Zwischenfazit</p>
<p><i>Die clausula rebus sic stantibus kommt u.E. nicht zur Anwendung.</i></p>
<p>2. Das Vorliegen einer Unmöglichkeit</p>
<p>Die Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR setzt voraus:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nachträglichkeit • Objektive Unmöglichkeit (subjektiv umstritten) • Keine Verantwortung des Schuldners bzw. der Schuldnerin am Eintreten
<p>2.1 Nachträgliche Unmöglichkeit</p>
<p>Art. 119 Abs. 1 OR umfasst nur die Leistungsunmöglichkeit, die nach Vertragsschluss eintritt. Für die Anwendung des Art. 119 darf sie also nicht schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen.</p>
<p><i>Bei Vertragsschluss am 12. Oktober 2019 war die Erfüllung noch möglich, da die ausserordentliche Lage erst am 16. März 2020 ausgerufen wurde. Es liegt daher ein Fall nachträglicher Unmöglichkeit der Leistungserbringung vor.</i></p>

⁵ Vgl. BGE 128 III 428, E. 3c; BGE 127 III 300, E. 5b.

2.2 Objektive Unmöglichkeit

Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn **niemand** mehr die Leistung erbringen kann, wobei sowohl tatsächliche als auch rechtliche Hindernisse den Grund für die Unmöglichkeit bilden können. Eine Leistung kann gemäss Bundesgericht u.a. wegen **behördlicher Verbote** unmöglich sein.⁶

*Die Schliessung der Restaurants erfolgte auf behördliche Anordnung. C war an der Erbringung ihrer vertragsgemäss geschuldeten Leistung gehindert. Das Ausrufen der ausserordentlichen Lage am 16. März 2020 betraf die gesamte Schweiz, sodass niemand in der Schweiz in der Lage war, eine Bewirtung am 22. März 2020 erlaubterweise vorzunehmen. Es liegt damit eine **rechtliche Unmöglichkeit** vor.*

Die Unmöglichkeit **kann auch vorübergehend sein**, sofern die Leistung, die erbracht werden muss, zwingend in diesem Zeitraum stattfinden muss. In diesem Fall ist sie vom Verzug abzugrenzen. Hilfreich ist dabei die Unterscheidung zwischen **absolutem** und **relativem Fixgeschäft**. Bei letzterem, besteht eine Terminabrede, doch die Leistung kann an sich auch später erbracht werden. D.h. es treten die üblichen Verzugsfolgen ein (Art. 108 Ziff. 2 und 3 OR). Bei ersterem sind jedoch der Termin und die Leistung untrennbar miteinander verknüpft. D.h. die Leistung ist zwar auch nach Ablauf des Fixtermins erbringbar, stellt jedoch keine Vertragserfüllung mehr dar. Entsprechend sollen solche 'nicht nachholbaren' Leistungen den Regeln über die Unmöglichkeit unterstellt werden.⁷

Tritt gleichzeitig mit dem Ablauf des Fixtermins eine 'klassische' Unmöglichkeit ein, so werden die Verzugsregeln von den Regeln über die Leistungsunmöglichkeit abgelöst.⁸

*Wie lange das behördliche Verbot andauert weiss man nicht; dessen Ende ist aber sicher, wenngleich der genaue Zeitpunkt unklar. Gemäss Sachverhalt steht aber fest, dass das Versammlungsverbot nicht bis zum 22. März 2020 aufgehoben werden wird. Da eine Geburtstagsparty vorrangig am Geburtsdatum selbst stattfinden soll, liegt ein Fixgeschäft vor. Von einem absoluten Fixgeschäft kann indes nicht ausgegangen werden, da Termin und Leistung nicht untrennbar miteinander verknüpft sind. Zwar besteht eine Terminabrede, doch die Leistung («Bewirtung») kann an sich auch später erbracht werden. Somit liegt ein **relatives Fixgeschäft** vor. Da jedoch ein Fall einer 'klassischen' Unmöglichkeit (i.c. behördliches Verbot) mit dem Ablauf des Fixtermins zusammentritt, werden dennoch – wie bei der Figur des absoluten Fixgeschäfts – die Regeln über die Leistungsunmöglichkeit angewendet.*

Schliesslich ist noch zu fragen, ob es sich um einen Zweckfortfall (und damit Unmöglichkeit) oder um eine schlichte Verwendungsunmöglichkeit (und damit Verzug handelt):⁹

⁶ BGE 111 II 352, E. 2a.

⁷ GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, N 2749 m.w.H.

⁸ GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, N 2751 m.w.H.

⁹ GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, N 2566 f.

- Bei einem **Zweckfortfall** kann der mit der Leistung beabsichtigte Leistungserfolg nicht mehr eintreten. Obwohl die Leistung objektiv noch möglich ist, wird dies **wie ein Fall der Unmöglichkeit behandelt**.
- Bei einer **Verwendungsunmöglichkeit** kann der bzw. die Leistungsempfänger:in bzw. die Leistung nicht wie angedacht verwenden, er bzw. sie kann sie aber nach wie vor verwenden. Mit ihr greifen nicht die Rechtsfolgen von Art. 119 OR, sondern die Verzugsregeln nach Art. 107 ff. OR.

Das Restaurant kann nicht wie zum vorgesehenen Zweck genutzt werden. In Frage kommt somit ein Zweckfortfall. Vorliegend ist dieser jedoch zu verneinen. C könnte am 22. März 2020 zwar noch ein Nachtessen in ihrem Restaurant zubereiten. Das Restaurant kann jedoch nicht zum vorgesehenen Zweck verwendet werden, da die Benutzung als solches (i.c. Bewirtung von Gästen im Restaurant) durch das rechtliche Verbot unmöglich geworden ist.

2.3 Keine Verantwortung des Schuldners bzw. der Schuldnerin am Eintreten

Die eingetretene Unmöglichkeit darf nicht auf das Verschulden des Schuldners bzw. der Schuldnerin zurückzuführen sein.

Wie oben bereits dargelegt, ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass C nicht für den Ausbruch der Covid-19-Pandemie und der damit verbundenen Ausrufung der ausserordentlichen Lage und Schliessung der Restaurants in der Schweiz verantwortlich ist.

2.4 Zwischenfazit

Es liegt eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 Abs. 1 OR vor.

3. Abweichende Regelungen

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Gefahr vor der Erfüllung auf den bzw. die Gläubiger:in aufgrund einer **Gesetzesvorschrift** oder **vertraglichen Vereinbarung** durch die Parteien überging. Letzteres verlangt eine klare Vertragsbestimmung, welche die Nichtdurchführung des – im vorliegenden Fall – Nachtessens aufgrund Unmöglichkeit und die daraus resultierenden Rechtsfolgen regelt. In solchen Fällen ist die Regel nach Art. 119 Abs. 1/2 OR gemäss Art. 119 Abs. 3 OR **ausgenommen**.

Bemerkung: Je nach obiger Argumentation zu § 8 der AGB nachfolgend zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt:

1. Variante: Da § 8 der AGB, der eine abweichende Regelung darstellt, Bestandteil des Vertrags zwischen A und C geworden ist, kommt dieser hier zur Anwendung. Aufgrund dessen wird A zur Zahlung der 1'500 CHF verpflichtet.
2. Variante: § 8 der AGB stellt zwar eine abweichende Regelung dar, ist jedoch nicht Bestandteil des Vertrags geworden, womit Art. 119 Abs. 3 OR folglich keine Anwendung findet.

4. Rechtsfolge Unmöglichkeit

Die Partei der unmöglich gewordenen Leistung wird von ihrer Leistungspflicht befreit (**Art. 119 Abs. 1 OR**). Bereits empfangene Leistungen müssen zurückerstattet werden und die noch nicht erfüllte Gegenforderung gilt als erloschen (**Art. 119 Abs. 2 OR**). Bei **zweiseitigen Verträgen** haftet die freigewordene Partei für die bereits empfangene Gegenleistung aus **ungerechtfertigter Bereicherung** (Art. 119 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 62 OR).

Vorliegend wird C von ihrer Leistungspflicht befreit. Sie verliert den Anspruch auf die noch nicht erfüllte Gegenforderung aus Art. 119 Abs. 2 OR.

G. Fazit

Je nach dem wie § 8 verstanden wird, kommt man zu zwei verschiedenen Lösungen:

1. Variante: C wird von ihrer Leistungspflicht befreit. Sie verliert zwar den Anspruch auf die Gegenforderung gemäss Art. 119 Abs. 2 OR, aufgrund von § 8 der AGB hat A ihr jedoch die 1'500 CHF Vorbereitungskosten zu bezahlen (Art. 119 Abs. 3 OR).
2. Variante: C wird von ihrer Leistungspflicht befreit, kann jedoch nicht die 1'500 CHF Vorbereitungskosten von A einfordern.

II. Rechtsverhältnis A & B – Muss B die Anzahlung von 150 CHF an A zurückerstatten?

A könnte einen Anspruch auf Rückzahlung der 150 CHF aus Vertrag oder Art. 62 OR haben.

A. Zustandekommen des Vertrags

Damit A gegenüber B einen vertraglichen Anspruch auf die geltend gemachten Kosten von 150 CHF hat, muss zunächst ein gültiger Vertrag zustande gekommen sein.

Ausführliche Definitionen vgl. oben.

1. Rechts- und Handlungsfähigkeit der Parteien
Juristische Personen sind gemäss Art. 53 ZGB rechts- und gemäss Art. 54 f. ZGB handlungs-/geschäftsfähig.
<i>Vorliegend ist B ein Verein i.S.v. Art. 60 ff. ZGB.</i>
Gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB verpflichten die Organe die juristische Person durch Abschluss von Rechtsgeschäften. Art. 69 ZGB gibt dem Vorstand das Recht und die Pflicht, die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen und den Verein zu vertreten.
<i>Vorliegend übernimmt Vorstandsmitglied V die Verhandlung über die fragliche Vereinbarung mit A. Die Parteien sind folglich rechts- und handlungsfähig.</i>
2. Austausch übereinstimmender Willenserklärungen
Ausführlich siehe oben.
<i>Im Unterschied zum Vertrag zwischen A und C ist hier die invitatio ad offerendum gegeben, indem A telefonisch um einen Kostenvoranschlag für die 20 Extrafahrten am 22. März 2020 bittet. Dies wird mit der brieflichen Antragsstellung durch V erwidert. Diese briefliche Auskunft stellt einen Antrag (unter Abwesenden), die telefonische Bestätigung der A an V, die Annahme dar.</i>
B. Gültigkeit des Vertrags: Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung aus ungerechtfertigter Bereicherung aufgrund eines Grundlagenirrtums
A könnte von B die Herausgabe der 150 CHF verlangen, wenn der zugrunde liegende Vertrag durch Irrtum zustande kam und daher gemäss Art. 23 OR i.V.m. Art. 62 ff. OR anfechtbar ist.
Zu den Ausführungen und Definitionen zum Grundlagenirrtum siehe oben.
<i>I.c. wurde der Vertrag zwischen A und B am 18. September 2019 und damit noch früher als der Vertrag zwischen A und C geschlossen. Der Grundlagenirrtum ist auch hier klar zu verneinen.</i>

C. Zwischenfazit

Zwischen A und B ist ein zweiseitiger Vertrag nach Art. 1 Abs. 1 OR über die Durchführung von 20 Extrafahrten am 22. März 2020 gegen Bezahlung von 600 CHF und gegen Anzahlung von 150 CHF gültig zustande gekommen.

D. Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung aus ungerechtfertigter Bereicherung aufgrund objektiver Unmöglichkeit

Ausführungen und Definitionen siehe oben.

1. Abgrenzung zur *clausula rebus sic stantibus*

Siehe oben.

2. Das Vorliegen einer Unmöglichkeit

2.1 Nachträgliche Unmöglichkeit

Bei Vertragsschluss am 18. September 2019 war eine Erfüllung möglich, da die ausserordentliche Lage erst am 16. März 2020 ausgerufen wurde. Es liegt ein Fall nachträglicher Unmöglichkeit der Leistungserbringung vor.

2.2 Objektive Unmöglichkeit

Siehe oben.

2.3 Keine Verantwortung des Schuldners/der Schuldnerin

Siehe oben.

2.4 Zwischenfazit

Es liegt eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR vor.

3. Abweichende Regelungen
<i>I.c. sind keine abweichende Regelung im Sinne von Art. 119 Abs. 3 OR gegeben.</i>
4. Rechtsfolge Unmöglichkeit
<i>Vorliegend wird B von der Leistungspflicht befreit und verliert zudem den Anspruch auf die noch nicht erfüllte Gegenforderung. A hat Anspruch auf Rückerstattung der 150 CHF aus Art. 62 ff. OR.</i>
5. Bereicherungsrechtlicher Anspruch
A könnte einen Anspruch aus Art. 62 ff. OR auf Rückzahlung der 150 CHF haben.
Für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bedarf es gemäss Art. 62 Abs. 1 OR folgende Voraussetzungen: <ul style="list-style-type: none"> • Bereicherungsschuldner:in ist bereichert (Bereicherung) • Bereicherungsgläubiger:in ist entreichert (Entreicherung) • Bereicherung erfolgte in ungerechtfertigter Weise (fehlende Rechtfertigung)
5.1 Bereicherung
Die Bereicherung zeigt sich bei der bereicherten Person in einem Vermögensvorteil . Die Bereicherung kann demnach in einer Vergrösserung des Vermögens (Zunahme der Aktiven bzw. Abnahme der Passiven) oder in einer Nichtverminderung des Vermögens (sog. Ersparnisbereicherung) bestehen. Nach herrschender Auffassung berechnet sich dieser Vorteil als Differenz zwischen dem gegenwärtigen (tatsächlichen) und dem hypothetischen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorliegen würde (Differenztheorie).
<i>Die Bereicherung besteht im vorliegenden Fall aus der Anzahlung von 150 CHF der A gegenüber B.</i>
5.2 Entreicherung
Nach traditioneller Auffassung muss die Bereicherung aus dem Vermögen der entreicherten Person stammen. Zwischen Bereicherung und Entreicherung muss somit ein Zusammenhang bestehen (Kon-nexität).

Bs Bereicherung stammt aus dem Vermögen der A, womit die konnexe Vermögensverschiebung gegeben ist.

5.3 Fehlende Rechtfertigung

Ein Rechtfertigungsgrund kann sich aus **Vertrag** oder aus **Gesetz** ergeben. B könnte einen Rechtsgrund zum Behalten der Anzahlung haben, wenn die Anzahlung als Haftgeld nach Art. 158 Abs. 1 OR zu qualifizieren ist.

Vorliegend bezahlte A am 18. September 2019 via Twint eine "Anzahlung" von 150 CHF an B. Zu prüfen ist, ob es sich dabei um ein Haftgeld handeln könnte.

5.4 Anzahlung als Haftgeld?

Parteien können rechtsgeschäftlich zusätzliche **Sicherheiten** vereinbaren, um ihre Situation zu verbessern und das Erbringen der geschuldeten Leistungen abzusichern.

Wird bei Vertragsschluss eine Geldsumme bezahlt, ohne dass es dabei um die eigentliche Vertragserfüllung geht, ist zu unterscheiden, ob es sich um ein **Haft-** oder **Reugeld** handelt. Es gilt die gesetzliche Vermutung zu Gunsten des Haftgelds (**Art. 158 Abs. 1 OR**).

Haftgeld i.S.v. **Art. 158 OR** ist eine bei Vertragsabschluss erbrachte Leistung einer Partei, welche die Gegenpartei im Falle der Nichterfüllung behalten kann.

Man unterscheidet das **An-** und das **Draufgeld**. Beim Draufgeld **verbleibt** das Haftgeld der Gegenpartei zusätzlich zur Leistung. Wird das Haftgeld hingegen auf die Hauptleistung **angerechnet**, d.h. dient es mithin der Vertragserfüllung, spricht man von Angeld. Das Draufgeld wird vermutet (Art. 158 Abs. 2 OR).¹⁰

Der **Zweck** des Haftgelds ist, dass es der bzw. die Gläubiger:in behalten darf **im Fall der Nichterfüllung**. Ist der Vertrag aber ungültig oder wird er aufgehoben, kann das Haftgeld **zurückgefordert** werden, unabhängig davon, ob es als Drauf- oder Angeld zu qualifizieren ist.

Immerhin kann diese Regel im Fall der vom Geber des Haftgeldes zu vertretenden Nichterfüllung des Vertrages ihre Berechtigung verlieren.¹¹

*B verlangt beim Antrag eine "Anzahlung von 150 CHF, die verfällt, falls es nicht zur Buchung kommt". Damit gilt die Vermutung eines **Haftgelds** entgegen der gesetzlichen Vermutung i.S.v.*

¹⁰ BSK OR-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 158 N 5.

¹¹ BSK OR-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 158 N 8.

*Art. 158 OR. Eine Anzahlung stellt typischerweise eine Teilleistung der vereinbarten Leistung dar. Es handelt sich somit spezifischer um ein **Angeld**. A bezahlt dieses am Tag des Vertragsschlusses (18. September 2019) per Twint.*

*Da die Forderungen aus dem Vertrag aufgrund einer objektiven nachträglichen Unmöglichkeit nach Art. 119 OR erloschen sind – und es sich nicht um eine von A zu vertretende Nichterfüllung handelt – ist der **Zweck** des Angelds von 150 CHF **nicht tangiert**; somit besteht bei der Anzahlung kein Rechtfertigungsgrund aus Vertrag, um die 150 CHF zu behalten.*

6. Zwischenfazit

Da kein Rechtsgrund zum Behalten der Anzahlung vorliegt, ist ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus Art. 62 OR auf Rückzahlung der 150 CHF von B an A gegeben.

F. Fazit

A kann von B die 150 CHF herausfordern aus Art. 119 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 62 OR, da die Leistung unmöglich geworden ist und die Anzahlung zurückgefordert werden kann.

Frage 2: Absage der Geburtstagsfeier aufgrund Oberschenkelhalsbruchs

Sind die Forderungen von B und C berechtigt?

I. Rechtsverhältnis B & A – Forderung B gegen A

A verweigert die Annahme der Leistungserbringung durch B, indem sie vorher absagt. B könnte von A Ersatz des entgangenen Gewinns in der Höhe von 1'000 CHF wegen Gläubigerverzugs aus Art. 109 Abs. 2 OR in entsprechender Anwendung geltend machen. Hierfür muss zunächst ein Vertrag vorliegen.

Gemäss Angaben im Sachverhalt ist wieder ein gültiger Vertrag zwischen A und B zu gleichen Konditionen wie unter Fragestellung 1 zustande gekommen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR (siehe Details oben).

A. Vorher: Leistungsunmöglichkeit aufgrund nachträglicher objektiver Unmöglichkeit

Siehe Definitionen oben.

Vorliegend ist die objektive und subjektive Unmöglichkeit zu verneinen, da A zwar nicht mit der Seilbahn fahren kann, die eingeladenen Gäste hingegen schon. Es ist somit keine Leistungsunmöglichkeit nach Art. 119 OR gegeben.

Aufgrund des Oberschenkelhalsbruches und der Absage der Bahnfahrten stellt sich jedoch die Frage, ob sich A im Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR befindet.

B. Gläubigerverzug

1. Gehöriges Angebot der Leistung

Gemäss **Art. 91 OR** muss die Leistung **gehörig angeboten** werden, das heisst, die **richtige Person** bietet der **richtigen Leistungsempfängerin** zur **richtigen Zeit** am **richtigen Ort** die **richtige Leistung** an.

Das Angebot muss tatsächlich erfolgen (Realoblation). **Ausnahmsweise** genügt das wörtliche Leistungsangebot (**Verbaloblation**). Der sachliche Unterschied besteht darin, dass das tatsächliche Angebot die Erfüllungshandlung darstellt, während das wörtliche Angebot vor allem eine Bereitschaftsanzeige ist.¹²

Die Verbaloblation genügt, wenn der bzw. die Gläubiger:in die nach dem Vertrag oder der Natur des Rechtsgeschäftes zur Erfüllung notwendigen **Vorbereitungshandlungen** unterlässt. Vorbereitungshandlungen sind Handlungen der bzw. die Gläubiger:in, ohne die der bzw. die Schuldner:in zu erfüllen nicht imstande ist und die der **Erfüllungshandlung vorangehen müssen**.

B hat die Bereitschaft zur Leistung (20 Extrapahnfahrten) im Gespräch mit A zum Ausdruck gebracht. Somit handelt es sich um eine Verbaloblation. A unterlässt es, zum vereinbarten Termin der Bahnfahrten zu kommen (Vorbereitungshandlung), weshalb die Verbaloblation i.c. genügend ist.

2. Verhinderung der Erfüllung durch Umstände in der Risikosphäre des Gläubigers bzw. der Gläubigerin

Gemäss Art. 91 OR kommt der bzw. die Gläubiger:in **in Verzug**, wenn er bzw. sie die **Annahme** der gehörig angebotenen **Leistung** oder die **Vornahme** der ihm bzw. ihr obliegenden **Vorbereitungshandlungen**, ohne die der bzw. die Schuldner:in zu erfüllen nicht imstande ist, **ungerechtfertigterweise verweigert**.

«Ungerechtfertigt» bedeutet hier, dass ein **objektiver** (jede Person betreffenden) **Grund** für den Annahmeverzug fehlt. Zulasten des Gläubigers bzw. der Gläubigerin wirken sich somit sämtliche Gründe aus, die **in seiner bzw. ihrer Sphäre liegen** (Tod, Krankheit, Handlungsunfähigkeit, persönliche Interessen usw.), was deshalb gerechtfertigt ist, weil der bzw. die Schuldner:in darauf **keinen Einfluss** hat.¹³

A sagt kurzfristig aufgrund ihres Oberschenkelhalsbruches und Spitalaufenthalts ab. Dies stellt keinen objektiven Grund für die Annahmeverweigerung dar. A gerät in Gläubigerverzug.

3. Rechtsfolgen

3.1 Vorbemerkung

Das Gesetz knüpft an **unterschiedliche Folgen** des Gläubigerverzugs an, je nachdem, ob eine Sache oder andere Leistung geschuldet ist. Der **Wortlaut** des Art. 95 OR ist in Bezug auf den Fall, dass keine Sachleistung geschuldet ist, **zu eng**. Spricht dieser nur von «Rücktritt», wird Art. 95 OR **nach h.M. dahingehend ausgelegt**, dass der bzw. die Schuldner:in **alle Rechte erhält, die dem bzw. der**

¹² ZK OR-SCHRANER, Art. 91 N 75.

¹³ BK OR-WEBER, Art 91 N 21.

<p>Gläubiger:in nach Art. 107 Abs. 2 OR zustehen. Der bzw. die Schuldner:in kann folglich eine Nachfrist gem. Art. 108 OR ansetzen und erhält das Wahlrecht nach Art. 107 OR.¹⁴</p>
<p><i>Vorliegend handelt es sich um Bahnfahrten, womit keine Sachleistung vorliegt und die Regeln nach Art. 95 OR zum Zug kommen. D.h. es ist zu prüfen, ob eine Nachfrist gem. Art. 108 OR anzusetzen ist und welches Wahlrecht nach Art. 107 OR zum Zug kommt.</i></p>
<p><u>Achtung:</u> <i>Nachfolgend sind aufgrund des Gesetzeswortlauts mitunter umgekehrte Vorzeichen gegeben, d.h. A, welche eigentlich Gläubigerin ist, nimmt die Rolle der Schuldnerin ein, B, der eigentlich Schuldner ist, die Rolle des Gläubigers.</i></p>
<p>3.2 Nachfristansetzung</p>
<p>Unter Vorbehalt von Art. 108 OR muss der bzw. die Gläubiger:in (<i>i.c. B</i>) eine Nachfrist zur Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Das Verhalten des Schuldners bzw. der Schuldnerin (<i>i.c. A</i>) kann jedoch ein Ansetzen der Nachfrist als unnütz erscheinen lassen (Art. 108 Ziff. 1 OR).</p>
<p><i>As Absage zeigt bereits, dass sie die Leistung nicht vertragsgemäss beziehen will. Darüber hinaus wird eine Genesung wahrscheinlich lange dauern und der geplante Wanderausflug mit Nachtessen wird so schnell nicht stattfinden können. Das Ansetzen einer Nachfrist erweist sich als unnütz.</i></p>
<p>3.3 Wahlrecht</p>
<p>Der bzw. die Schuldner:in (<i>i.c. B</i>) kann nach Ausbleiben der Leistung des Gläubigers bzw. der Gläubigerin (<i>i.c. A</i>), an der Forderung auf die geschuldete Leistung festhalten oder darauf verzichten (1. Wahlrecht). Verzichtet er bzw. sie darauf, so kann entweder der Vertrag aufrechterhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt oder vom Vertrag zurückgetreten werden (2. Wahlrecht).</p>
<p><i>I.c. verzichtet V (im Namen von B) auf die geschuldete Leistung, macht jedoch den entgangenen Gewinn aus einem allfälligen Drittvertrag mit H geltend. Er verlangt somit einen entgangenen Gewinn im Rahmen des negativen Interesses. Es kommen theoretisch Rücktritt oder Nichterfüllung in Frage. Da V jedoch entgangenen Gewinn aus negativem Interesse will, wird er nach Art. 109 Abs. 2 OR vorgehen und vom Vertrag zurücktreten.</i></p> <p><i>Will V aber den entgangenen (hypothetischen) Gewinn geltend machen, den er erzielt hätte, wenn der Vertrag korrekt von A erfüllt worden wäre, dann müsste er den Vertrag aufrechterhalten, da ein hypothetischer Gewinn nur im Rahmen des positiven Interesses gefordert werden kann.</i></p>

¹⁴ BSK OR-I LEIMGRUBER, Art. 95 N 2 ff..

<p>a) Alternative: Verzicht unter Aufrechterhaltung des Vertrages</p>
<p>Entscheidet sich der bzw. die Gläubiger:in für die Aufrechterhaltung des Vertrages nebst Schadenersatz wegen Nichterfüllung, sind dieselben Voraussetzungen zu prüfen wie bei Art. 97 Abs. 1 OR.</p>
<p>(1) Vertragsverletzung</p>
<p>Die Vertragsverletzung besteht beim Schuldnerverzug in der verspäteten Erfüllung bzw. beim Gläubigerverzug in der ungerechtfertigten Verweigerung.</p>
<p><i>I.c. hat A die Leistung des Vereins B ungerechtfertigt verweigert (vgl. oben).</i></p>
<p>(2) Schaden</p>
<p>Zu ersetzen ist das positive Interesse, d.h. der bzw. die Gläubiger:in 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).</p>
<p><i>I.c. macht V (im Namen von B) entgangenen Gewinn in der Höhe von 1'000 CHF geltend, da der Verein durch die Buchung der A „eine sehr lukrative Anfrage von H“ nicht annehmen konnte. Die 20 Extrafahrten werden jedoch mit 600 CHF berechnet, die das positive Interesse bilden. V kann somit unter Aufrechterhaltung des Vertrags nur 600 CHF geltend machen.</i></p>
<p>(3) Kausalzusammenhang</p>
<p>Der entstandene Schaden muss auf die Vertragsverletzung zurückzuführen sein und somit <i>conditio sine qua non</i> für den Schaden sein (natürlicher Kausalzusammenhang).</p> <p>Darüber hinaus muss jedoch die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen (adäquater Kausalzusammenhang).</p>
<p><i>I.c. ist davon auszugehen, dass der entgangene Gewinn natürlich und adäquat kausal durch die Vertragsverletzung der A, durch ihre Verletzung und daher erfolgten kurzfristige Absage, verursacht worden ist.</i></p>
<p>(4) Verschulden</p>
<p>Der Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses besteht nur, wenn der Verzug vom bzw. von der Schuldner:in verschuldet ist.</p>

<p>Beim Gläubigerverzug handelt es sich aber nicht um ein eigentliches Verschulden, weshalb man darauf abstellen muss, ob der Gläubigerverzug unberechtigt war oder nicht bzw. ob den Gläubiger hierfür eine Verantwortlichkeit trifft. (<i>Bemerkung: ZP und siehe ausführlich unten</i>)</p>
<p><i>Der Verzug ist A zu verschulden, da sie unberechtigterweise die kurzfristige Absage vornahm (vgl. ausführlich unten).</i></p>
<p>(5) Zwischenfazit</p>
<p><i>B kann unter Aufrechterhaltung des Vertrags von A das positive Interesse in Höhe von 600 CHF aus dem Geschäft mit A aus Art. 107 Abs. 2 OR herausverlangen.</i></p>
<p>b) Rücktritt</p>
<p>(1) Rückforderung der Leistungen</p>
<p>Wer vom Vertrag zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern, wobei dies entgegen des Wortlauts des Art. 109 Abs. 1 OR für beide Parteien gilt. Der Vertrag wandelt sich in einem Rückabwicklungsverhältnis ab.</p>
<p><i>B macht entgangenen Gewinn geltend. Gleichzeitig muss B die Anzahlung von 150 CHF an A zurückbezahlen.</i></p>
<p>(2) Schadenersatz</p>
<p>Der bzw. die Gläubiger:in (<i>i.c. B</i>) hat Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der bzw. die Schuldner:in (<i>i.c. A</i>) nicht nachweist, dass ihm bzw. ihr keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 109 Abs. 2 OR).</p> <p>Bei Anwendung im Fall des Gläubigerverzugs hat der bzw. die Schuldner:in Anspruch auf das negative Interesse gegen den bzw. die Gläubiger:in. Die geschädigte Partei hat Anspruch auf die Herstellung derjenigen Vermögenslage, in der sie sich befände, wenn sie den Vertrag mit der Gegenpartei nicht abgeschlossen hätte.</p>
<p>(2.1) Verschulden</p>
<p>Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses besteht nur, wenn der Verzug vom bzw. von der Gläubiger:in (<i>i.c. A</i>) verschuldet ist. Die Vertragsverletzung muss dem bzw. der Gläubiger:in folglich vorwerfbar sein. Beim Gläubigerverzug stellt sich dabei das Problem, dass das Verhalten des bzw. der</p>

<p>Gläubigers:in üblicherweise kein Verschulden gegenüber Dritten, sondern nur ein (untechnisches Verschulden «gegen sich selbst» darstellt.</p>
<p><i>Es ist daher zu fragen, ob A die Absage hätte vermeiden können und ob ihr entsprechend das Verhalten vorzuwerfen ist. Hier ist zu berücksichtigen, dass sie einen Dritten – ihren Enkel – eingesetzt hat, um zu putzen.</i></p>
<p><i>Der Enkel vergass beim Wischen, die Seifenreste auf dem Küchenboden zu entfernen, weshalb A stürzte. Sie befindet sich aufgrund des Sturzes und ihrer daraus resultierenden Verletzung nach Art. 91 OR im Verzug, da sie die Annahme (= 20 Extrafahrten) verweigert. Aus Sicht des B ist es jedoch unerheblich, was der Grund für As Unfall war, da er so oder so keinen Einfluss auf solche, in der Sphäre der A liegenden Umstände hat (siehe oben). A muss sich den Unfall als selbstverschuldet zurechnen lassen. Ein Verschulden der A liegt somit vor.</i></p>
<p><i>Bemerkung: Möglich ist sich zu fragen, ob das Verhalten des Enkels der A nach Art. 101 OR (Hilfspersonenhaftung) ihr zuzurechnen ist.</i></p>
<p>Kumulativ müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Schädigende Person ist Hilfsperson der Schuldnerin (<i>i.c.</i> A) • Hilfsperson wurde zur Erfüllung einer Schuldpflicht bzw. zur Ausübung eines Rechts beigezogen • Schaden entstand in Ausübung einer vertraglichen Verrichtung • Verhalten der Hilfsperson ist der Schuldnerin (<i>i.c.</i> A) hypothetisch vorwerfbar
<p><i>Vorliegend ist E nicht an einer vertraglichen Erfüllungshandlung beteiligt, sondern wischt lediglich den Boden der A, was ausserdem keine Erbringung einer Schuldpflicht im Zusammenhang mit dem Vertrag zwischen A und B darstellt. E ist folglich keine Hilfsperson der A und sein Verhalten ihr nicht i.S.v. Art. 101 OR zurechenbar.</i></p>
<p style="text-align: center;">(2.2) Schaden</p>
<p>Der Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Gläubigervermögens (<i>i.c.</i> B), die in einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder in entgangenem Gewinn besteht. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenzhypothese).</p>
<p><i>B erlitt durch As kurzfristige Absage (=schädigendes Ereignis) eine Vermögenseinbusse in der Höhe von 1'000 CHF, da er die lukrative Anfrage Hs nicht annahm. Es liegt ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinns in der Höhe von 1'000 CHF vor.</i></p>

(2.3) Kausalzusammenhang

Der entstandene Schaden muss auf die Vertragsverletzung zurückzuführen sein und somit *conditio sine qua non* für den Schaden sein (**natürlicher Kausalzusammenhang**).

Darüber hinaus muss jedoch die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen (**adäquater Kausalzusammenhang**).

*Die Bahnfahrten finden aufgrund der abgesagten Geburtstagsfeier in Folge von As Verletzung nicht statt. Der Schaden ist auf die Vertragsverletzung zurückzuführen.
Das kurzfristige Absagen eines Angebots ist geeignet, dass andere lukrative Angebote zuvor abgelehnt wurden und somit Gewinn entgeht. Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang ist somit gegeben.*

C. Fazit

A befindet sich durch die kurzfristige Absage der Bahnfahrten in Verzug. B hat das zweite Wahlrecht ausgeübt. Ihm steht der Erlass seiner Leistungen unter gleichzeitiger Rückzahlung der Anzahlung von 150 CHF an A (Art. 109 Abs. 1 OR) sowie ein Schadenersatzanspruch in der Höhe von 1'000 CHF aus Art. 109 Abs. 2 OR zu.

II. Forderung C gegen A

C könnte einen Anspruch gegenüber A auf Zahlung von insgesamt 3'500 CHF (1'500 CHF Kosten + 2'000 CHF entgangener Gewinn) wegen Gläubigerverzugs aus Art. 109 Abs. 2 OR in entsprechender Anwendung haben. Hierfür muss zunächst ein Vertrag vorliegen.

Gemäss Angaben im Sachverhalt ist wieder ein gültiger Vertrag zwischen A und C zu gleichen Konditionen wie unter Fragestellung 1 im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR zustande gekommen (siehe Details oben).

A. Anspruch auf geltend gemachte Kosten aufgrund objektiver Unmöglichkeit

Ausführlich siehe oben.

<p><i>Vorliegend ist die objektive und subjektive Unmöglichkeit zu verneinen, da A zwar nicht zum Nachtessen gehen kann, die eingeladenen Gäste hingegen schon. Es ist somit keine Leistungsunmöglichkeit nach Art. 119 OR gegeben.</i></p>
<p><i>Aufgrund des Oberschenkelhalsbruches und der Absage des Nachtessens stellt sich jedoch die Frage, ob A im Gläubigerverzug nach Art. 91 OR ist.</i></p>
<p>B. Gläubigerverzug</p>
<p>1. Gehöriges Angebot der Leistung</p>
<p>Ausführlich siehe oben.</p>
<p><i>C hat die Bereitschaft zur Leistung (Nachtessen) im Gespräch mit A zum Ausdruck gebracht. Somit handelt es sich um eine Verbaloblation. A unterlässt es, zum vereinbarten Termin des Nachtessens zu kommen (Vorbereitungshandlung), weshalb die Verbaloblation i.c. genügend ist.</i></p>
<p>2. Verhinderung der Erfüllung durch Umstände in der Risikosphäre des Gläubigers</p>
<p>Ausführlich siehe oben.</p>
<p><i>A sagt kurzfristig aufgrund ihres Oberschenkelhalsbruches und Spitalaufenthalts ab. Dies stellt keinen objektiven Grund für die Annahmeverweigerung dar. A gerät in Gläubigerverzug.</i></p>
<p>3. Rechtsfolgen</p>
<p>3.1 Vorbemerkung</p>
<p>Ausführlich siehe oben.</p>
<p><i>Vorliegend handelt es sich um ein Nachtessen, womit keine (ausschliessliche) Sachleistung vorliegt und die Regeln nach Art. 95 OR zum Zug kommen.</i></p>

3.2 Nachfristansetzung
Unter Vorbehalt von Art. 108 OR muss der bzw. die Gläubiger:in (<i>i.c. B</i>) eine Nachfrist zur Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Das Verhalten des bzw. der Schuldners:in (<i>i.c. A</i>) kann jedoch ein Ansetzen der Nachfrist als unnütz erscheinen lassen (Art. 108 Ziff. 1 OR).
<i>Durch As Verletzung ist davon auszugehen, dass die Genesung länger dauern wird und der geplante Wanderausflug mit Nachtessen so schnell nicht stattfinden kann. Das Ansetzen einer Nachfrist erweist sich daher als unnütz.</i>
3.3 Wahlrecht
Ausführlich siehe oben.
<i>C möchte vorliegend sowohl die Vorbereitungskosten von 1'500 CHF gemäss § 8 ihrer AGB sowie eine Entschädigung für den entgangenen Gewinn von 2'000 CHF. Zur Frage der gültigen AGB siehe oben. Im Gegensatz zu Fragestellung 1 spielt hier die Auslegung des § 8 keine Rolle, da vorliegend eine Situation gegeben ist, die auf jeden Fall von § 8 gedeckt ist (Absage des Nachtessens durch Kundin). C macht somit Gebrauch von ihrem 2. Wahlrecht.</i>
a) Alternative: Verzicht unter Aufrechterhaltung des Vertrages (ZP, ausser wenn oben schon erhalten)
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).
(1) Vertragsverletzung
Ausführlich siehe oben.
<i>I.c. hat A die Leistung der C ungerechtfertigt verweigert (vgl. oben).</i>
(2) Schaden
Ausführlich siehe oben.
<i>I.c. macht C entgangenen Gewinn in der Höhe von 2'000 CHF und Kosten von 1'500 CHF geltend, da auch sie die Anfrage von H für seine Verlobungsfeier aufgrund von As geplanten Geburtstagsfeier abgesagt hat. Die eigentlichen Kosten für</i>

<p><i>das Nachlassen hätten sich auf 5'000 CHF belaufen. Dass C nur insgesamt 3'500 CHF von A verlangt ist wohl reine Kulanz. So oder so könnte C auch die 5'000 CHF aus dem Geschäft mit A als Schadensposition des Erfüllungsinteresses geltend machen.</i></p>
<p>(3) Kausalzusammenhang</p>
<p>Ausführlich siehe oben.</p>
<p><i>I.c. ist davon auszugehen, dass der Schaden natürlich und adäquat kausal durch die Vertragsverletzung der A, durch ihre Verletzung und daher erfolgten kurzfristige Absage, verursacht worden ist.</i></p>
<p>(4) Verschulden</p>
<p>Ausführlich siehe oben.</p>
<p><i>Der Verzug ist A zu verschulden, da sie unberechtigterweise die kurzfristige Absage vornahm (vgl. ausführlich oben).</i></p>
<p>(5) Zwischenfazit</p>
<p><i>C kann unter Aufrechterhaltung des Vertrags von A die gesamten Kosten von 5'000 CHF aus dem Geschäft mit A aus Art. 107 Abs. 2 OR herausverlangen.</i></p>
<p>b) Rücktritt</p>
<p>(1) Rückforderung der Leistungen</p>
<p>Ausführlich siehe oben.</p>
<p><i>C macht die Vorbereitungskosten und entgangenen Gewinn geltend. Es bestehen keine bereits geleisteten Leistungen.</i></p>
<p>(2) Schadenersatz</p>
<p>Ausführlich siehe oben.</p>

(2.1) Verschulden

Ausführlich siehe oben.

(2.2) Schaden

C erlitt durch *As* kurzfristige Absage (= schädigendes Ereignis) eine Vermögenseinbusse in Form eines entgangenen Gewinns in der Höhe von 2'000 CHF, da sie die lukrative Anfrage *Hs* nicht annahm. Des Weiteren entstanden ihr Vorbereitungskosten in der Höhe von 1'500 CHF (negatives Interesse). Es liegt ein Schaden in der Höhe von insgesamt 3'500 CHF vor.

(2.3) Kausalzusammenhang

*Das Nachtessen findet aufgrund der abgesagten Geburtstagsfeier in Folge von *As* Verletzung nicht statt. Der Schaden ist auf die Vertragsverletzung zurückzuführen.*

Das kurzfristige Absagen eines Nachtessens ist geeignet, dass andere lukrative Angebote zuvor abgelehnt wurden und somit Gewinn verloren geht.

C. Fazit

A befindet sich durch die kurzfristige Absage des Nachtessens in Verzug. C hat das zweite Wahlrecht ausgeübt. Ihr steht ein Schadenersatzanspruch in der Höhe von 3'500 CHF aus Art. 109 Abs. 2 OR zu.

Bemerkung: Zusatzpunkt, wenn man den Schadenersatzanspruch in der Höhe von 5'000 CHF aus Art. 107 Abs. 2 OR erkannt hat.

Frage 3: Tollpatschiger Enkel

Kann A von E die nicht von der Krankenversicherung übernommenen Kosten für die Genesung von der Körperverletzung in Höhe von 17'000 CHF, der posttraumatischen Belastungsstörung in Höhe von 3'000 CHF sowie Genugtuung in Höhe von 2'000 CHF verlangen?

A könnte vertragliche und/oder ausservertragliche Ansprüche gegenüber E auf Zahlung der Gesundheitskosten in Höhe von 17'000, 3'000 und 2'000 CHF haben.

Fraglich ist vorliegend die Anspruchsgrundlage, auf die A ihre Forderungen gegenüber E stützen kann. E übernimmt für A das Wischen des Bodens. In Frage könnten eine Haftung aus Vertrag nach Art. 97 Abs. 1 OR sowie Haftungen für Gefälligkeit nach Art. 41 sowie aus Art. 41 i.V.m. 46 OR und Art. 47 OR kommen.

A. Haftung Enkel aus Vertrag

A kann von E Ersatz für die Leistungen verlangen aus Art. 97 OR (Verletzung einer vertraglichen Pflicht). Es ist aber fraglich, ob ein Vertrag vorliegt. Als Sonderrechtsbeziehung könnte auch die GoA in Frage kommen.

1. Gefälligkeit oder Vertrag

Im Gegensatz zum Vertrag **fehlt** es bei der Gefälligkeit am Merkmal des **Rechtsbindungswillens** der Parteien. Die Beurteilung darüber, ob ein Rechtsbindungswille gegeben war, wird anhand der **Umstände des Einzelfalls** ermittelt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung spricht ein **eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden** an der gewährten Hilfe oder ein **erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten oder unterstützt** zu werden für einen Rechtsbindungswillen.¹⁵

Vorliegend half E freiwillig und ohne Gegenleistung beim Putzen mit. Es handelt sich um keine regelmässige Leistung. Aus dem Sachverhalt lässt sich nicht erkennen, dass A ihren Enkel um die Hilfe gebeten hat. Es ist somit kein Interesse des E, noch ein Interesse der A an fachmännischer Beratung oder Unterstützung ersichtlich. Ein Rechtsbindungswille von A und E ist zu verneinen und eine Gefälligkeit anzunehmen.

¹⁵ BGE 116 II 695, E. 2b.

2. Gefälligkeit oder GoA

Die GoA darf nur Leistungen betreffen, die nicht auf Veranlassung oder mit dem (konkludenten) Einverständnis des «Geschäftsherrn» erfolgt sind. D.h. sie sind aus eigener Initiative erfolgt (Eigenmacht).¹⁶ Der bzw. die Geschäftsführer:in haftet nach Art. 420 Abs. 1 OR für jede Fahrlässigkeit.

Auch wenn der Sachverhalt es nicht deutlich hervorhebt, kann davon ausgegangen werden, dass zumindest ein konkludentes Einverständnis der A vorlag, dass E beim Putzen hilft (etwa indem A dem E die Tür öffnete). Die GoA ist hier nicht gegeben.

3. Zwischenfazit

Da zwischen A und E kein Vertrag vorliegt und auch keine Sonderrechtsbeziehung im Sinne der GoA, kann A von E keinen Schadenersatz aus Art. 97 OR verlangen.

B. Ausservertragliche Haftung des Enkels

1. Haftung des Gefälligkeitserbringers

Indem E der A beim Putzen geholfen hat, erbrachte er eine Gefälligkeit. In Lehre und Rechtsprechung wird die Haftungsgrundlage des Gefälligkeitserbringers **diskutiert**. Die herrschende Lehre geht von einer **ausservertraglichen Haftung** aus. Die Haftung richtet sich folglich nach **Art. 41 OR**.

1.1 Schaden

Zur allgemeinen Definition siehe oben.

Man unterscheidet **Personen-, Sach- und übrige Schäden**. Der Personenschaden entsteht, wenn ein Mensch verletzt wird, wobei sowohl die **physische** als auch die **psychische Integrität erfasst** ist. Es sind die wirtschaftlichen Nachteile der Körperverletzung zu ersetzen. So hat bei Körperverletzung die geschädigte Person **Anspruch auf Ersatz der entstandenen Kosten** wie Rettungs-, Arzt-, Spital- und Therapiekosten.

¹⁶ HUGUENIN, Rz. 1493–1504.

Es ist vorliegend ein Personenschaden gegeben (Körperverletzung: Oberschenkelhalsbruch; posttraumatische Belastungsstörung). Es ist ein Schaden nach Differenztheorie gegeben. As Behandlungskosten in der Höhe von 17'000 und 3'000 CHF sind ersatzfähig.

Bemerkung: Zusatzpunkt, wenn Unterscheidung zwischen **mittelbarem** und **unmittelbarem Schaden** machen. Von unmittelbarem Schaden spricht man, wenn sich der Schaden in der Kausalkette unmittelbar an das schädigende Ereignis anschliesst. Mittelbarer Schaden liegt vor, wenn das Schadenserignis **im Verlauf der Kausalkette weitere Schäden herbeiführt**. Im Gegensatz zum Vertragsrecht spielt die Unterteilung in unmittelbare und mittelbare Schäden im ausservertraglichen Haftpflichtrecht keine bedeutende Rolle. Sowohl unmittelbare als auch mittelbare Schäden sind bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 OR ersatzfähig.

I.c. entwickelt sich bei A erst nach ihrem Oberschenkelhalsbruch aufgrund der Schmerzen, der Sorgen und der Enttäuschung über den Ausfall des Geburtstages eine posttraumatische Belastungsstörung, die mit Psychopharmaka behandelt werden müssen. A muss diese in der Höhe von 3'000 CHF selbst tragen. Diese Kosten stellen einen mittelbaren Schaden dar und sind ebenso ersatzfähig.

Der Schaden ist abzugrenzen von der **Genugtuung**. Diese ist eine Ausgleichsleistung für seelisches Leid (= **immaterielle Unbill**), welches aus einer qualifizierten Verletzung des Persönlichkeitsrechts resultiert, ohne dass dabei ein Schaden im Sinne der Differenzhypothese vorliegen muss. Die Rechtsgrundlage zur rechtlichen Anerkennung der immateriellen Unbill sind Art. 47 und 49 OR.¹⁷

Die geltend gemachten 2'000 CHF für As physisches und psychisches Leiden stellen einen Genugtuungsanspruch i.S.v. Art. 47 OR dar (siehe Prüfung unten).

1.2 Kausalzusammenhang

Ausführlich siehe oben.

Ist die pflichtwidrige Handlung ein Unterlassen, ist der **hypothetische Kausalzusammenhang** zu prüfen. Dabei ist als erstes festzustellen, ob eine **Pflicht** zum schadenverhindernden Handeln bestand. Diese kann sich aus besonderen Vorschriften ergeben oder dem **Gefahrensatz**. Danach muss die Person, die einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen ergreifen (Verkehrssicherungspflicht). Als zweites wird geprüft, ob die gebotene Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht hinzugedacht werden können, ohne dass ein Schaden der vorliegenden Art entfele (**conditio cum qua non-Formel**).

Vorliegend hat E vergessen, die Seife auf dem Boden wegzuwischen, womit eine Unterlassung vorliegt. Das Wischen an sich schafft einen gefährlichen Zustand. Gemäss des Gefahrensatzes hätte E

¹⁷ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rz. 74 f.

Sicherheitsvorkehrungen treffen müssen, bspw. indem er A warnt, dass der Boden in der Küche rutschig ist. Hätte E diese Warnung ausgesprochen, hätte A die Küche wohl nicht betreten und wäre folglich nicht gestürzt. Der hypothetische Kausalzusammenhang ist gegeben.

1.3 Widerrechtlichkeit

Nach der Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit ist ein Verhalten widerrechtlich, wenn es gegen ein **geschriebenes oder ungeschriebenes Verhaltensgebot oder -verbot der Rechtsordnung** verstösst, welches das betroffene Rechtsgut schützt. Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn **absolut geschützte Rechtsgüter** wie Leib, Leben und Besitz/Eigentum eingeschränkt werden. Diese wichtigen Rechtsgüter sind durch **Schutznormen in Verfassung und Gesetz** geschützt.

I.c. ist das Rechtsgut von Leib und Leben von A betroffen (Oberschenkelhalsbruch und posttraumatische Belastungsstörung). Dieses ist durch Art. 111 ff. StGB (i.c. Körperverletzung) geschützt.

1.4 Verschulden

Dem bzw. der Haftpflichtigen muss ein persönlicher Vorwurf für die Verursachung des Schadens gemacht werden können. Das Verschulden weist eine **subjektive und eine objektive Komponente** auf.

Die objektive Seite des Verschuldens kann in zwei Formen auftreten:

- **Vorsatz** bedeutet **Wissen und Wollen** des Erfolges, d.h. der Rechtsgutsverletzung. Eventualvorsatz (= jemand will zwar keinen direkten Schaden hinzufügen, nimmt einen solchen aber bewusst in Kauf) wird gleich gewertet wie direkter Vorsatz.
- **Fahrlässigkeit** definiert sich als Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Dabei wird auf die objektiv gebotene Sorgfalt und auf das Verhalten einer durchschnittlichen Person abgestellt.

Subjektiv wird **Urteilsfähigkeit** verlangt.

Zu beachten ist die Besonderheit bei der Haftung des Gefälligkeitserbringers, dass lediglich ein vermindertes Mass an Sorgfalt vorausgesetzt ist (*diligentia quam in suis*) in Anwendung von **Art. 99 Abs. 2 OR**. Danach habe der bzw. die Gefälligkeitserbringer:in nur **jenen Grad der Sorgfalt** walten zu lassen, den er bzw. sie auch **in eigenen Angelegenheiten beachte**. Ein Teil der Lehre spricht sich hingegen für die Anwendung der allgemeinen ausservertraglichen Herabsetzungstatbestände nach **Art. 43 f. OR** aus.

Vorliegend sind keine Angaben im Sachverhalt ersichtlich, die an Es Urteilsfähigkeit zweifeln lassen. Weiter sind keine Angaben im Sachverhalt ersichtlich, die darauf hinweisen, dass E böse Absichten

gegenüber A hegt. Beim eigenen Wochenputz kann das Wegwischen der Seife auf dem Boden vergessen gehen, allerdings putzt E gemäss Sachverhalt regelmässig bei seinen Eltern zu Hause und ist für seine Sorgfalt bekannt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Sorgfalt anzuwenden, die auch in eigenen Angelegenheiten angewendet wird (*diligentia quam in suis*).¹⁸ Das Vergessen des Entfernens der Seife auf dem Küchenboden stellt demnach Fahrlässigkeit dar.

1.5 Zwischenfazit

E haftet aus Gefälligkeit gemäss Art. 41 OR für den entstandenen Schaden von 17'000 und 3'000 CHF gegenüber A.

2. Haftung aus Art. 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR

1.1 Schaden

Allgemeine Definition zum (Personen)Schaden und Subsumtion ausführlich siehe oben.

Art. 46 OR umfasst nicht nur einen Anspruch auf Ersetzung der Behandlungskosten, sondern insbesondere auch einen Anspruch auf Ersetzung eines allfälligen **Erwerbsschadens**, welcher aus dem Erwerbsausfall infolge Arbeitsunfähigkeit entsteht.

Der bei Körperverletzung häufig resultierende seelische Schmerz (immaterielle Unbill) stellt indes nur dann einen Körperschaden dar, wenn das psychische Wohlbefinden **beeinträchtigt** ist und daraus **weitere Behandlungskosten** sowie Arbeitsunfähigkeit infolge einer nachhaltigen psychischen Gesundheitsschädigung resultieren. Ist das psychische Wohlbefinden hingegen nicht derart nachhaltig beeinträchtigt, kann sich immer noch ein Anspruch auf Leistung von Genugtuung gestützt auf Art. 47 OR ergeben.

Von einem Erwerbsausfall infolge Arbeitsunfähigkeit kann hier nicht ausgegangen werden, da mangels Angaben im Sachverhalt davon ausgegangen werden kann, dass A keine Erwerbstätigkeit ausübt. Die posttraumatische Belastungsstörung von A infolge des Sturzes (mittelbarer Schaden, vgl. oben) stellt überdies eine Beeinträchtigung ihres psychischen Wohlbefindens dar, die weitere Behandlungskosten in der Höhe von 3'000 CHF mit sich bringen. As Behandlungskosten in der Höhe von 17'000 und 3'000 CHF sind somit ersatzfähig.

¹⁸ BGE 137 III 539, E. 5.2.

1.2 Kausalzusammenhang
Definition und Subsumtion ausführlich siehe oben.
1.3 Widerrechtlichkeit
Definition und Subsumtion ausführlich siehe oben.
1.4 Verschulden
Definition und Subsumtion ausführlich siehe oben.
1.5 Zwischenfazit
<i>E haftet aus Art. 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 OR für den entstandenen Schaden von 17'000 und 3'000 CHF gegenüber A.</i>
3. Genugtuungshaftung
Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der bzw. die Richter:in unter Würdigung der besonderen Umstände u.a. dem bzw. der Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen (Art. 47 OR).
Bei einer Körperverletzung ist eine Genugtuung zuzusprechen, wenn die verletzte Person dadurch eine immaterielle Unbill erfährt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn sie unter starken Schmerzen leidet, aber auch, wenn sie infolge der Verletzung längere Zeit im Krankenhaus verbringen oder sich mehreren Operationen unterziehen muss. Eine Genugtuung bei Körperverletzung ist also geschuldet, wenn die unerlaubte Handlung zu einer erheblichen Störung des psychischen Gleichgewichts führt.
<i>I.c. bricht sich A den Oberschenkelhals, was angesichts ihres fortgeschrittenen Alters einen langen und schmerzhaften Heilungsprozess mit sich zieht. Ein Genugtuungsanspruch von A in der geltend gemachten Höhe kann bejaht werden.</i>

D. Konkurrenzen

Bei deliktsrechtlichen Ansprüchen gilt die Konkurrenzregel, dass eine **spezielle Haftungsnorm** Art. 41 OR als *lex specialis* (i.d.R.) **vorgeht**.

Vorliegend sind drei deliktsrechtliche Ansprüche gegeben: Art. 41 im Rahmen der Gefälligkeitshaftung, 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 und 47 OR. Keine der Ansprüche gehen Art. 41 OR vor, womit Anspruchskonkurrenz zwischen ihnen besteht. A kann ihre Ansprüche gegenüber E gestützt auf alle drei Grundlagen geltend machen.

E. Schadenersatzbemessung

Ist der Schaden berechnet, stellt sich die Frage der Schadenersatzbemessung. Es geht dabei um die Prüfung der Aufteilung des Schadens unter den Beteiligten, d.h. um die Ermittlung von Reduktionsgründen. Die Bemessung geht nach **Art. 43 Abs. 1 OR**. Es muss zudem geprüft werden, ob ein **Herabsetzungsgrund** nach **Art. 44 Abs. 1 OR** vorliegt (Einwilligung, Selbstverschulden usw.)

I.c. ist davon auszugehen, dass A wusste, dass E ihr beim Putzen behilflich ist (= muss E in die Wohnung gelassen haben, Sachverhalt hier aber nicht ganz deutlich). Es ist gut möglich, dass A aufgrund ihres fortgeschrittenen Alters nicht gut erkennen konnte, dass der Küchenboden noch nass war. So oder so schwer erkennbar dürfte jedoch gewesen sein, dass es sich um Seife auf dem Küchenboden handelte, die ein Ausrutschen umso mehr begünstigt. U.E. ist ein Selbstverschulden der A zu verneinen, a. A. (i.c. leichtes Selbstverschulden) ist jedoch möglich, was zu einer Reduktion des Schadenersatzes führt.

F. Verjährung

Die **relative Verjährungsfrist** für einen Haftpflichtanspruch beträgt drei Jahre und beginnt in jenem Zeitpunkt, in welchem der Geschädigte von seinem Anspruch und von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat (**Art. 60 Abs. 1 OR**). Die **absolute Verjährungsfrist** beträgt zehn Jahre nach Entstehung des Haftpflichtanspruchs (**Art. 60 Abs. 1 OR**). Ist jedoch ein Fall der **Körperverletzung** gegeben, beträgt die relative Verjährungsfrist ebenso drei Jahre (gleich zu Abs. 1), die absolute Verjährungsfrist hingegen zwanzig Jahre vom Tag an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte (**Art. 60 Abs. 1^{bis} OR**).

Im Zeitpunkt der Beurteilung ist die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen. A hat noch genügend Zeit, um ihren Anspruch geltend zu machen.

G. Gesamtfazit

A kann alle im Sachverhalt geltend gemachten Kosten von E verlangen. E haftet aus Art. 41, Art. 41 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 und 47 OR für die Gesundheitskosten in Höhe von 17'000, 3'000 und 2'000 CHF.

Punkteverteilung

Frage 1:

Mit * gekennzeichnete Punkte wurden jeweils nur einmal entweder bei A-C oder A-B vergeben. Beachten Sie die allfälligen Hinweise in der Tabelle dazu.

A-C

1)

Obersatz: Vertragsanspruch mit AGB auf Zahlung von 1'500 CHF	1
Zustandekommen Art. 1 I OR (1 ZP, wenn erkannte, dass C Einzelunternehmerin ist + 1 ZP für sauberes Prüfen des Zustandekommen des Vertrags, wenn nicht zwischen A-B schon gegeben)	1 + 1 ZP + 1 ZP*
Unter Abwesenden Art. 5 OR	1*
Buchungsformular keine invitatio ad off. Art. 7 OR (Subsumtion 1 und Definition 1, wenn letztere in Kombination mit Subsumtion erfolgte; für Definition keinen weiteren Punkt gab, wenn diese bei A-B bereits aufgeschrieben wurde)	1 + 1*
Fazit: Vertrag über Nachtessen	1
Gültigkeit § 8 AGB	1
Definition AGB	1
Geltungskontrolle (Globalübernahme)	2
Ungewöhnlichkeitsregel/Geschäftsfremd	2
Auslegungskontrolle (Mehrdeutigkeit; Auslegung contra proferentem; je nach Variante 1 oder 3 Punkte)	1 oder 3
Inhaltskontrolle	1 ZP
Fazit: AGB gültig/AGB ungültig (beides möglich)	1
Gültigkeit des Vertrages (Obersatz)	1*
Kein Grundlagenirrtum	2*
Motivirrtum (Zukünftige Sachverhalte)	2*
Wesentlichkeit	2*
Fazit: gültiger Vertrag über Nachtessen	1

2)

Anspruch auf SchE nach Art. 97 I OR/kein Verschulden der C (ZP, wenn in dieser Reihenfolge prüfte)	1 ZP*
Definition Unmöglichkeit i.S.d. Art. 119 I OR	1*
Abgrenzung <i>clausula rebus sic stantibus</i>	2*
Nachträgliche Unmöglichkeit	2*
Objektive Unmöglichkeit: rechtlich	2*
Zwar vorübergehend, aber Fixgeschäft (relativ), daher Verwendungsunmöglichkeit	2*
Verantwortung des Schuldners bzw. Zufall (Abgrenzung Art. 119 vs. Art. 97 OR)	1*
Keine abweichende Regelung nach Art. 119 III OR	1*
Fazit: Keine Leistungspflicht, kein SchE (ausser aus oben § 8 AGB)	1

A-B

1)

Obersatz: Rückerstattung der Anzahlung aus Art. 62 OR iHv 150 CHF	1
Zustandekommen Art. 1 I OR (1 ZP für sauberes Prüfen des Zustandekommen des Vertrags, wenn nicht zwischen A-C bereits gegeben)	1 + 1 ZP*
Verein: handlungs- und rechtsfähig (ZP für Art. 69 ZGB)	1 + 1 ZP
Unter Abwesenden Art. 5 OR (nur einmal bepunktet wurde, entweder bei A-C oder hier)	1*
Kostenvoranschlag per Telefon = <i>invitatio ad offerendum</i> (Subsumtion 1 und Definition 1, wenn letztere in Kombination mit Subsumtion erfolgte; für Definition keinen weiteren Punkt gab, wenn diese bei A-C bereits aufgeschrieben wurde)	1 + 1*
Fazit: Vertrag über Bahnfahrten	1
Gültigkeit des Vertrages (Obersatz)	1*
Kein Grundlagenirrtum	2*
Motivirrtum (Zukünftige Sachverhalte)	2*
Wesentlichkeit	2*

Fazit: gültiger Vertrag über Bahnfahrten	1
------------------------------------------	---

2)

Anspruch auf SchE nach Art. 97 I OR/kein Verschulden der C (ZP, wenn in dieser Reihenfolge prüfte)	1 ZP*
Definition Unmöglichkeit i.S.d. Art. 119 I OR	1*
Abgrenzung <i>clausula rebus sic stantibus</i>	2*
Nachträgliche Unmöglichkeit	2*
Objektive Unmöglichkeit: rechtlich	2*
Zwar vorübergehend, aber Fixgeschäft (relativ), daher Verwendungsunmöglichkeit	2*
Verantwortung des Schuldners bzw. Zufall (Abgrenzung Art. 119 vs. Art. 97 OR)	1*
Keine abweichende Regelung nach Art. 119 III OR	1*
Art. 119 II i.V.m. Art. 62 OR	2
Bereicherung: Vermögensvorteil	1
Entreicherung: Konnexität	1
Fehlende Rechtfertigung: Vertrag/ Gesetz	1
Art. 158 Abs. 1 OR Haftgeld? Hier: Angeld (1 Pkt. Unterscheidung/Definition Reugeld und Haftgeld, 1 Pkt. Unterscheidung/Definition Angeld und Draufgeld, 1 Pkt. Subsumtion + 1 ZP für saubere Subsumtion)	3 + 1 ZP
Fazit: B kann 150 CHF herausverlangen	1
Total Frage 1:	50

Frage 2:

Mit * gekennzeichnete Punkte wurden jeweils nur einmal entweder bei A-C oder A-B vergeben. Beachten Sie die allfälligen Hinweise in der Tabelle dazu.

A-B

Obersatz: B gegen A auf Zahlung von 1'000 aus Art. 109 Abs. 2 OR in entsprechender Anwendung	2
----------------------------------------------------------------------------------------------	---

Gläubigerverzug Art. 91 OR (nicht Unmöglichkeit)	2*
Angebot der Leistung (ZP für Verbaloblation)	1* + 1 ZP*
Keine objektiven Gründe für Annahmeverweigerung der Leistung (d.h. nicht nur in der Sphäre des Schuldners befindliche Gründe); hier: persönlicher Grund = Krankheit	2*
Rechtsfolgen Art. 95 OR, Auslegung: Rechtsgrundverweisung Art. 107 OR	1 ZP*
Voraussetzungen Art. 107 OR: Nachfrist entbehrlich Art. 108 Ziff. 1-3 OR	1
1. Wahlrecht: Verzicht	1
2. Wahlrecht: Rücktritt	1
Variante: Verzicht unter Aufrechterhaltung des Vertrages	3-4 ZP*
Rückforderung der Leistungen	1 ZP*
Rechtsfolge Art. 109 II OR: negatives Interesse (Definition)	2*
Gewinnausfall = neg. Interesse	1
„Verschulden“ = Gläubigerverzug	1*
Parallelwertung: Vorwerfbarkeit: Einsatz des Enkels / Ungerechtfertigter Gläubigerverzug (Argumente)	5*
Schaden = Konkreter entgangener Gewinn	1
Kausalität	1*
Fazit: SchE aus Art. 109 II i.V.m. Art. 62 OR besteht	1

A-C

C gegen A aus Art. 109 II OR in entsprechender Anwendung	2
Gläubigerverzug Art. 91 OR (nicht Unmöglichkeit)	2*
Angebot der Leistung (ZP für Verbaloblation)	1* + 1 ZP*
Keine objektiven Gründe für Annahmeverweigerung der Leistung (d.h. nicht nur in der Sphäre des Schuldners befindliche Gründe); hier: persönlicher Grund = Krankheit	2*
Rechtsfolgen Art. 95 OR, Auslegung: Rechtsgrundverweisung Art. 107 OR	1 ZP*

Voraussetzungen Art. 107 OR: Nachfrist entbehrlich Art. 108 Ziff. 1-3 OR	1
1. Wahlrecht: Verzicht	1
2. Wahlrecht: Rücktritt	1
Variante: Verzicht unter Aufrechterhaltung des Vertrages	3-4 ZP*
Rückforderung der Leistungen	1 ZP*
Rechtsfolge Art. 109 II OR: negatives Interesse (Definition)	2*
Gewinnausfall = neg. Interesse	1
„Verschulden“ = Gläubigerverzug	1*
Parallelwertung: Vorwerfbarkeit: Einsatz des Enkels / Ungerechtfertigter Gläubigerverzug (Argumente)	5*
Schaden = Konkreter entgangener Gewinn	1
Kausalität	1*
Fazit: C gegen A Anspruch besteht (ZP, wenn erkannte, dass Anspruch auf SchE in Höhe von 5'000 CHF aus OR 107 II besteht)	1 + 1 ZP
Total Frage 2:	30

Frage 3:

Mit * gekennzeichnete Punkte wurden jeweils nur einmal vergeben, entweder bei 1) oder 2). Beachten Sie die allfälligen Hinweise in der Tabelle dazu.

1)

Obersatz: A gegen E aus Art. 97 I OR	1
Einordnung Rechtsverhältnis A-E (Vertrag? Nein: Gefälligkeit)	2
SchE-Anspruch A gegen E aus GoA?	1 ZP
Keine GoA, weil Wissen und Wollen der A	1 ZP
A gegen E aus Art. 41 I OR (wenn Gefälligkeit erkannt wurde, die keine eigene Haftungsgrundlage hat)	1
Schaden (materieller Schaden)	2*
Hier: Körperverletzung und Folgeschaden (ZP, wenn erkennt, dass 3'000 CHF mittelbarer Schaden sind)	1 + 1 ZP*

Kausalität (Unterlassen; hypothetische; Gefahrensatz)	2*
Widerrechtlichkeit (absolutes Recht; Gesetz)	1*
Verschulden	1*
Art. 99 Gefälligkeit diligentia quam in suis	1
Fazit 17'000 und 3'000 CHF (wenn alles richtig geprüft)	1*

2)

Anspruch aus Art. 41 I i.V.m. 46 I OR	2
Schaden (materieller Schaden)	2*
Hier: Körperverletzung und Folgeschaden (ZP, wenn erkennt, dass 3'000 CHF mittelbarer Schaden sind)	1 + 1 ZP*
Kausalität (Unterlassen; hypothetische; Gefahrensatz)	2*
Widerrechtlichkeit (absolutes Recht; Gesetz)	1*
Verschulden	1*
Fazit 17'000 und 3'000 CHF (wenn alles richtig geprüft)	1*

3)

A gegen E auf Genugtuung Art. 47 OR	2
Körperverletzung + Immaterielle Unbill	1

Konkurrenz (ZP, wenn mind. 2 von den 3 möglichen Grundlagen genannt)	1 ZP
Schadenersatzbemessung	1 ZP
Verjährung	1 ZP
Fazit: Ersatzfähigkeit besteht	1
Total Frage 3:	20

Sprache/Struktur	1–3 ZP
------------------	--------