

## Lizentiat II-Klausur im Privatrecht II vom 14. Februar 2000

### I. Morgenstund hat Gold im Mund

S verschläft sich eines Morgens und ist darum sehr in Eile. Sie muss an ein geschäftliches Meeting in einem Hotel am Flughafen, bei dem sie, falls sie das ihr kürzlich gemachte befristete Angebot annimmt, mit Sicherheit ein lukratives Geschäft machen wird. Bedauerlicherweise hat sie aber den eigenen Wagen in der Werkstatt von R zur Reparatur. Mit einem öffentlichen Verkehrsmittel kann sie den Termin kaum einhalten.

Sie erinnert sich an Folgendes: Ein bestimmtes, nahegelegenes Hotel, betrieben durch Herrn H, setzt Shuttle-Busse ein, um Hotelgäste gratis vom Flughafen zum Hotel und zurück zu transportieren; andere Fahrgäste jedoch müssen für die Fahrt bezahlen. S steigt ein und setzt sich; dass sie etwas zahlen müsste, vergisst sie in der Aufregung völlig. Der Lenker L fährt los. Auf dem Pannestreifen der Autobahn bleibt das Fahrzeug stehen, denn der Tank ist leer. S kommt viel zu spät zum Treffen und verpasst die Frist; zum Abschluss des Geschäfts kommt es aus diesem Grunde nicht.

Variante: S hat errechnet, dass es generell viel günstiger ist, wenn man schwarzfährt und dies nur bei Fahrausweiskontrollen mit Bussen geahndet wird. Deshalb ersteht sie beim Fahrer L des Shuttle-Busses keine Fahrkarte. **(Der Rest des Sachverhalts bleibt identisch!!).**

**Prüfen Sie die Ansprüche von S.**

### II. Der Widerspenstigen Zähmung

S möchte ihren Wagen wie verabredet anderntags bei R in dessen Werkstatt abholen. Sie erscheint kurz vor Ladenschluss. Als S von R aufgefordert wird, die Rechnung für die Reparatur zu bezahlen, stellt sie fest, dass sie das Portemonnaie in ihrer anderen Handtasche vergessen und somit weder Kreditkarten noch Bargeld bei sich hat. R weist S auf ein Schild hin, das bei der Einfahrt zur Werkstatt montiert ist, auf dem steht: «Bargeldzahlung beim Abholen. 7%-iger Aufschlag bei Zahlung per Check oder Kreditkarte bzw. Verspätung». R, der S für etwas vergesslich hält, fürchtet zudem um die Erfüllung seiner Forderung.

S empfindet den für sie überraschenden Hinweis auf das Schild als unverschämt. Zudem findet sie R's Befürchtungen lächerlich und verlässt dessen Werkstatt nach Ladenschluss zu Fuss.

**Prüfen Sie die Ansprüche und Rechtsbehelfe von R.**

# Lösung

## I. Morgenstund hat Gold im Mund/ Grundsachverhalt

### A. Ansprüche der S gegenüber H

Es geht darum zu untersuchen, ob S einen **rechtlichen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber H** hat. **1 P**

#### 1. Mögliche Haftungsgrundlagen

- Prüfung: Liegt eine vertragliche Haftungsgrundlage vor? **1 P**
- Vertrag kommt durch den Austausch gegenseitig übereinstimmender Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 und 2 OR). Ohne Art. 1 OR 1/2 Punkt. **1 P**
- Kein Austausch gegenseitig übereinstimmender Willensäußerungen (vgl. Art. 1 OR). Eine Seite nimmt die entgeltliche Leistung der anderen in Anspruch, ohne dass den Handlungen vorgelagerte Erfüllungspflichten vorliegen, die durch stillschweigende Willenserklärungen entstanden sind. **Also: Kein Vertrag.** **2 P**
- Es gilt zu prüfen, ob hier eine **Situation besteht, die derjenigen unter einem Vertrag entspricht, sodass aufgrund identischer Interessenlage Vertragsrecht zur Anwendung gelangen muss («faktischer Vertrag»).** **3 P**
- Wann besteht eine der Vertragssituation identische Interessenlage? Womit rechtfertigen sich also die Unterschiede (erweiterter Kreis der geschützten Rechtsgüter, längere Verjährungsfristen (Art. 127 OR), schärfere Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR), Verschuldenspräsumtion) bei den Regelungen im vertraglichen und ausservertraglichen Haftpflichtrecht? **2 P**
- Grund für diesen Unterschied: **rechtliche Sonderverbindung.** **2 P**
- **Rechtliche Sonderverbindung:** wo soziale Kontakte qualifizierter Art, in tatsächlicher Hinsicht besondere, enge Beziehungen entstanden sind, und die Beteiligten ihre Interessen dem Vertragsbild entsprechend ausgleichen und koordinieren. **3 P**
- Besteht hier rechtliche Sonderverbindung? **1 P**
- Erforderliche, mit der Rechtsfigur des Vertrages ähnliche Interessenlage ist gegeben, analoge Anwendung von Vertragsrecht rechtfertigt sich. **3 P**
- **Bei Annahme von Vertrag zwischen H und S:** 1 Punkt für konkludenten (1/2) Vertragsschluss (1/2). 1 Punkt für Qualifikation nach Auftragsrecht. 1/2 Punkt für Erwähnung des Vertretungsverhältnisses. Weiterer 1/2 Punkt bei vollständigen Ausführungen zur Ermächtigung. Qualifizierung als Innominatvertrag, Anwendung von Auftragsrecht: 1 Punkt. Werkvertrag ohne Begründung: 1/2. Keine Ungültigkeitsgründe 1/2; Formlosigkeit 1/2. Konklusion: Vertrag ist deshalb zustande gekommen 1 Punkt.

## 2. Voraussetzungen

### 2.1 Schaden

- Schaden entstanden? **1 P**
- Schaden: unfreiwillige Vermögenseinbusse; **1 P**
- Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. **1 P**
- Unfreiwillig entgangener Gewinn (1/2) stellt, da ein Vermögenswert betroffen ist, einen rechtlich relevanten Schaden dar. Panne hat dazu geführt, dass S unfreiwillig weniger Aktiven hat, als wenn sie das laut Sachverhalt mit Sicherheit lukrative Geschäft hätte abschliessen können. Also Schaden zu bejahen. **1 P**
- Schadenersatz: Positives Interesse (1/2) mit Begründung (1/2). **1 P**

### 2.2 Kausalzusammenhang

#### a. Natürlicher Kausalzusammenhang **1 P**

- Frage der Kausalität einer Unterlassung; hypothetische Frage, ob bei ordnungsgemässer Handlung der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können. **1 P**
- Hätte L den Tank gefüllt, wäre das Auto normalerweise nicht mitten auf der Strecke stehen geblieben, A hätte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die ihr gesetzte Frist einhalten, das Angebot annehmen und einen Gewinn machen können. Somit steht fest, dass das Nichtfüllen des Tanks den Schadenseintritt bewirkt hat. **1 P**

#### b. Adäquater Kausalzusammenhang **1 P**

- Bei Unterlassungen macht eine erneute Prüfung, ob aufgrund der Unterlassung nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge der Eintritt des Schadens allgemein als begünstigt erscheint, keinen Sinn. (BGer. tut es aber nach wie vor) **1 P**
- Liegt bei S Selbstverschulden vor, das einen Unterbrechungsgrund darstellt? **2 P**
- Nur falls schweres Selbstverschulden des Geschädigten adäquate Ursache des Schadens darstellt, und dieses schwere Selbstverschulden aufgrund der konkreten Umstände einen hohen Intensitätsgrad aufweist, führt dies zum Ausschluss des präsumtiven Haftpflichtigen. **1 P**
- Im Normalfall wird der Kausalzusammenhang aber selbst dann nicht unterbrochen, wenn das Verschulden des Geschädigten grösser ist als dasjenige des Schädigers. **1 P**
- Es stellt sich also die Frage, ob das Verschlafen von S als schweres Selbstver-

- schulden aufgefasst werden kann. 1 P
- Verschulden = objektive und subjektive Komponente: Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit oder Urteilsfähigkeit. Da Bestehen der Urteilsfähigkeit anzunehmen ist (vgl. Art 16 ZGB), geht es lediglich darum festzustellen, ob die Handlung der S vorsätzlich oder fahrlässig geschehen ist. 2 P
  - Vorsatz ist dadurch gekennzeichnet, dass der Wille auf das Bewirken eines Schadens gerichtet ist; kein Vorsatz. 1/2 P
  - Fahrlässigkeit: Mangel an der unter den gegebenen Umständen erforderlichen Sorgfalt. Massstab für die erforderliche Sorgfalt: das in bestimmten Situationen übliche Verhalten. Sorgfaltsmassstab ist objektiviert. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn ausser acht gelassen wird, was jedem verständigen Menschen in der entsprechenden Situation und unter den konkreten Umständen hätte einleuchten müssen. Leichte Fahrlässigkeit liegt bei einer geringfügigen Verletzung der Sorgfalt vor; das Verhalten der betreffenden Person ist bei dieser Art der Fahrlässigkeit noch einigermaßen verständlich. Mittelschwere Fahrlässigkeit wird angenommen, wenn das Verschulden weder aussergewöhnlich schwer noch als leicht zu qualifizieren ist. 2 P
  - Da das Verschlafen etwas ist, das einem noch passieren kann, Selbstverschulden von S leicht, allenfalls mittelschwer, nicht aber grob. Kein Unterbrechungsgrund. 1 P

### 2.3 «Pflichtverletzung»

- Abklärung des Vorliegens einer «Pflichtverletzung». 1 P
- Obschon das Bestehen eines Vertrages und somit den Handlungen vorgelegte Erfüllungspflichten verneint wurden, ist zu beachten, dass im Zusammenhang mit dem Erbringen einer Transportleistung dennoch gewisse Pflichten existieren und verletzt werden können. 2 P
- Regeln, wie die Erfüllung durchzuführen sei; Vertragslosigkeit bedeutet keinen Freipass für regelwidriges Verhalten. Zum im Zusammenhang mit Transporthandlungen regelkonformen Verhalten gehört, dass der Transport ordnungsgemäss, d.h. wie üblich und erwartet durchgeführt werde und nicht aufgrund eines leeren Benzintanks (Unterlassung) plötzlich zu Ende gehe. 2 P
- Analoge Anwendung von Art. 398 Abs. 2 OR. 1 P
- **Lösungsvariante:** Beim Auftrag muss für getreue und sorgfältige Ausführung des Geschäfts gesorgt werden (Art. 398 Abs. 2 OR); zum im Zusammenhang mit Transporthandlungen regelkonformen Verhalten gehört, dass der Transport ordnungsgemäss, d.h. wie üblich und erwartet durchgeführt werde und nicht aufgrund eines leeren Benzintanks (Unterlassung) ein abruptes Ende finde. Pflicht ist verletzt worden. 1 P

## 5. Hilfspersonenhaftung oder Substitution

1 P

### 5.1 Abgrenzung

- Figur der Hilfspersonenhaftung: Der Vertragsgläubiger bedient sich bei der Erfüllung einer Hilfsperson, die dabei den Gläubiger schädigt. Da Sonderverbindung vorhanden, rechtfertigt sich die Überprüfung der Anwendbarkeit von Art. 101 OR (statt Art. 55 OR). 1 P
- Wird Substitution analog geprüft: Abgrenzung zu Hilfspersonenhaftung 1 Punkt. Selbst bei Annahme von Substitution entfällt Haftungsprivileg indes, sobald der Geschäftsherr im eigenen Interesse substituiert. Das ist hier der Fall (Erweiterung des Geschäftsvolumens). 1 P
- **Lösung nach Vertrag:**
- Wird das Bestehen eines Auftrages angenommen, liegt nahe, Substitution zu prüfen: 1 P
- Eine Abgrenzung zur Substitution ist insofern bedeutsam, als bei derselben nur für sorgfältige Auswahl und Instruktion des Substituten gehaftet wird. (Art. 399 Abs. 2 OR). 1 P
- Selbst bei Annahme von Substitution entfällt das Haftungsprivileg indes, sobald der Geschäftsherr im eigenen Interesse substituiert. 1 P
- Hier steht fest, dass H die Shuttle-Busse zur Vergrößerung der Attraktivität seiner Hotelunternehmung betreibt. Aus diesem Grunde braucht nicht geprüft zu werden, ob Substitution vorliegt. 1 P

### 5.2 Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung

#### a. Hilfsperson

1 P

- Hilfsperson kann Drittperson sein, die nach allgemeiner Weisung des Schuldners die Erfüllung erbringt. 1 P
- H bedient sich für den Transport des Fahrers L und wird ihn diesbezüglich wohl angewiesen haben, den Transport ordnungsgemäss auszuführen. Daher steht fest, dass es sich bei L um eine Hilfsperson handelt. 1 P

#### b. Schädigung in Ausübung der Verrichtung

1 P

- Die Hilfsperson muss den Gläubiger in Ausübung ihrer Verrichtungen schädigen. Die schädigende Handlung der Hilfsperson hat zugleich eine Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seiner rechtlichen Sonderverbindung mit dem Geschädigten darzustellen. 1 P
- Da der Bus auf der Autobahn wegen eines leeren Benzintanks stehen bleibt,

was S um einen Gewinn bringt, steht fest, dass die schädigende Handlung in Ausübung der Tätigkeit als Fahrer erfolgt ist. **1 P**

**c. Hypothetische Vorwerfbarkeit** **1 P**

- Befugter Beizug einer Hilfsperson begründet die Haftung des Geschäftsherrn, selbst wenn diesen kein Verschulden z.B. bezüglich Auswahl, Instruktion und Überwachung derselben trifft. Massgebend ist, ob der Schuldner verantwortlich wäre, wenn er sich wie die Hilfsperson verhalten hätte. **1 P**
- **Verschulden:** objektive und subjektive Komponente: Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit oder Urteilsfähigkeit. Da das Bestehen der Urteilsfähigkeit anzunehmen ist (vgl. Art 16 ZGB), geht es lediglich darum festzustellen, ob die Handlung des L vorsätzlich oder fahrlässig geschehen ist. **s. vorne**
- **Vorsatz:** Wille des Schädigers ist auf das Bewirken eines Schadens gerichtet; mangels Anhaltspunkte im Sachverhalt Vorsatz ausgeschlossen.
- **Fahrlässigkeit:** Mangel an der unter den gegebenen Umständen erforderlichen Sorgfalt. Massstab für die erforderliche Sorgfalt bildet das in einem bestimmten Berufszweig in bestimmten Situationen übliche Verhalten. Der Sorgfaltsmassstab ist objektiviert. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Schädiger ausser acht lässt, was jedem verständigen Menschen in seiner Situation und unter den konkreten Umständen hätte einleuchten müssen. Leichte Fahrlässigkeit liegt bei einer geringfügigen Verletzung der Sorgfalt vor; das Verhalten des Schädigers ist bei dieser Art der Fahrlässigkeit noch einigermaßen verständlich. Mittelschwere Fahrlässigkeit wird angenommen, wenn das Verschulden, ohne leicht zu sein, nicht einen solchen Grad der Schwere erreicht, dass es die Anwendung von Art. 44 Abs. 2 OR ausschliessen würde.
- Jedem verständigen Autofahrer und erst recht jedem professionellen Lenker ist klar, dass eine Fahrt nur stattfinden kann, wenn genügend Benzin vorhanden ist. Deshalb ist die Unterlassung L' s als grobfahrlässig einzustufen. Hätte H sich wie L verhalten, hätte er sich haftbar gemacht. **1 P**
- Folgerung: Hypothetische Vorwerfbarkeit ist gegeben. **1 P**
- Es wird für die gleiche Sorgfalt, wie es diejenige des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis ist, gehaftet: in Art. 398 Abs. 1 OR wird auf die Vorschriften im Arbeitsrecht verwiesen (Art. 321a Abs. 1 OR, 321e Abs. 1 und 2 OR). **1 P**

**d. Fazit**

- Die Haftungsgrundlage, gestützt auf welche H gegenüber S haftet, ergibt sich aufgrund von analoger Anwendung von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR (i.V.m. Art. 321a Abs. 1, 321 e Abs. 1 und 2 OR) i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR für den Schaden. Verjährung: Art. 127 OR analog. **1 P**

## 6. Reduktionsgründe

- Für Schadenersatzbemessung bildet Schadensberechnung den Ausgangspunkt. Schadenersatz ist bei Vorliegen von Reduktionsgründen geringer: Analoge Anwendung von Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR. **1 P**
- Da S in Eile ist, weil sie verschlafen hat, besteht leichtes, allenfalls mittelschweres Selbstverschulden. Hätte S nicht verschlafen, wäre sie zeitlich nicht so knapp dran gewesen und hätte möglicherweise nach einer alternativen Transportmöglichkeit suchen und die Frist einhalten können. **2 P**
- Deshalb Reduktion des Schadenersatzes (analoge Anwendung von Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR). **1 P**

### B. Ansprüche der S gegenüber L

- L ist bloss Ausführungsgehilfe im Sinne von Art. 101 OR analog (bei Schädigung) bzw. Vertreter gemäss Art. 32 Abs. 1 OR analog (bei der vertragsähnlichen Bindung). L ist immer nur zwischen S und H vermittelndes Glied. Eine rechtliche Sonderverbindung besteht mit S zu ihm gerade keine. **1/2 P**
- Hingegen kann kurz untersucht werden, ob L ausservertraglich gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR belangt werden kann. Dies scheitert, da es sich beim Schaden um einen reinen Vermögensschaden handelt, an der fehlenden Widerrechtlichkeit. **1 P**

Bei Prüfung der übrigen Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftungsgrundlage weiterer Punkt. **1 P**

### C. Ausservertragliche Ansprüche der S gegenüber H

Es ist zu prüfen, ob S gegen H gestützt auf eine ausservertragliche Haftungsgrundlage (Art. 55 OR) Schadenersatz erhalten kann. Dies scheitert, da es sich beim Schaden um einen reinen Vermögensschaden handelt, an der fehlenden Widerrechtlichkeit. **1 P**

### D. Ansprüche der S gegenüber R

- Auf Erfüllung des Werkvertrags (Art. 1 OR i.V.m. Art. 19 OR, Art. 363 OR). **1 P**

### Variante/ Ansprüche der S gegenüber H

- Aufgrund der Tatsache, dass S bewusst schwarzfährt, kann nicht davon gesprochen werden, es liege für sie eine in tatsächlicher Hinsicht besondere und enge Beziehung mit H vor. Es besteht **keine rechtliche Sonderverbindung**

- zu H. Das intensive Treue- und Näheverhältnis mit H ist sie gerade nicht eingegangen, und es ist für sie aus diesem Grunde nicht entstanden. 5 P
- Auf das Bestehen eines gegenüber der Situation im ausservertraglichen Haftpflichtrecht erweiterten Rechtsgüterschutzkreises kann sie sich deswegen nicht berufen. 2 P
- **Lösung nach Vertrag:**
- Auch hier ist ein Vertrag über eine Transportleistung, ein einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 Abs. 1 OR, durch schlüssiges Verhalten gültig zustande gekommen (Art. 1 Abs. 1 und 2 OR; Vertrauensprinzip). 1 P
- Wie im Grundsachverhalt bereits abgehandelt, schuldet H der S grundsätzlich Schadenersatz aus Vertragsverletzung. 1 P
- Da S' s Verhalten unredlich ist, ist zu überprüfen, ob ihr allenfalls eine Einrede entgegengehalten werden kann oder eine Reduktion des Schadenersatzes droht. 1 P
- Art. 2 Abs. 2 ZGB besagt, dass der offenbare Rechtsmissbrauch keinen Rechtsschutz finde. Es gilt daher zu untersuchen, ob hier ein offener Rechtsmissbrauch vorliegt, wodurch H eine Einrede gegenüber S' s Forderung auf Schadenersatz hat. Die Einrede des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB wird nicht gewährt. 1 P
- Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 43 Abs. 1 OR bestimmt, dass der Richter bei der Bemessung des Schadenersatzes die Umstände zu würdigen habe: Reduktion des Schadenersatzes. 1 P
- 3 P
- 2 P

## II. Der Widerspenstigen Zähmung: Ansprüche und Rechtsbehelfe des R

- A. Anspruch des R gegen S auf Bezahlung der Vergütung** 1 P
- Zwischen R und S ist ein Werkvertrag gültig zustande gekommen (Art. 1 OR i.V.m Art. 19 OR; Art. 363 OR). 1 P
- R hat Anspruch auf die Bezahlung des Werklohnes aus Werkvertrag (Art. 363 OR). 1 P
- B. Anspruch des R gegen S auf Zahlung des 7%-igen Aufschlages** 1 P
- Es ist zu prüfen, ob das Schild am Eingang Vertragsbestandteil geworden ist. 1 P
- Dabei ist zu unterscheiden, ob das Schild gross und gut sichtbar angebracht, oder ob es leicht zu übersehen ist. Der Sachverhalt schweigt darüber. Daher 1 P

sind Varianten zu bilden.

- Der Wortlaut des Schildes kann qualifiziert werden als:
  - AGB **1 P**
  - oder*
  - Vertragsabrede **1 P**
- Allgemeine Geschäftsbedingungen sind verbindlich, sofern sie von bestimmten Parteien übernommen worden sind. Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR) geschehen.
- Es ist streitig, ob die AGB Vertragsbestandteil geworden sind, denn S hat das Bestehen des Schildes vor dem ausdrücklichen Hinweis R's nicht wahrgenommen.

### *1. Variante: Gut sichtbares Schild*

- Durch die gute Sichtbarkeit ist nach dem Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass S das Schild hätte sehen müssen. Daher ist ein normativer Konsens anzunehmen bezüglich der Übernahme des Schildes als Vertragsbestandteil. **1 P**
- Soweit eine Seite den Inhalt der AGB bei Vertragsschluss nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder nicht versteht, liegt eine Globalübernahme vor: **1 P**
- Gültig ist die Globalübernahme indes nur dann, wenn die global zustimmende Seite eine Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der Allgemeinen Bedingungen in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen.
- Wenn das Schild unübersehbar montiert und entsprechend dimensioniert ist, liegt diese Möglichkeit vor.
- Es ist weiter zu prüfen, ob die Ungewöhnlichkeits- oder die Unklarheitenregel zur Anwendung gelangen. **2 P**
  - Zur Ungewöhnlichkeitsregel: Handelt es sich um eine für den konkreten Vertrag ungewöhnliche Bestimmung, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste, gilt sie nicht trotz Übernahme.
  - Bei blosser Vertragsfloskel, erübrigt sich die Frage nach der Ungewöhnlichkeit. Bei Floskeln gilt, dass sie keine Partei gewollt und keine sie zur Übernahme in den Vertrag vorgeschlagen hätte, wenn sie sich ihren Inhalt überlegt hätte. Es liegt jedoch keine blosser Floskel vor; R will die Geltung des Inhalts seiner AGB durchaus.
  - Falls feststeht, dass die Kenntnisnahme möglich war und somit die Übernahme nicht schon an diesem Punkt gescheitert ist, stellt sich die Frage, ob R aufgrund der Tatsache, dass S (wegen Fälligkeit zu m Zeitpunkt des Abholtermins [vgl. Art. 75 OR]) verspätet erfüllen wird, berechtigt ist, einen Aufschlag von 7% zu verlangen. Dazu muss geprüft werden, ob diese Bestimmung derart ungewöhnlich ist, dass mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen war.
- Der 7%-ige Aufschlag bei verspäteter Zahlung ist als Konventionalstrafe zu qualifizieren. Das Wort "Aufschlag" im Sachverhalt lässt darauf schliessen, dass nicht ein höherer Verzugszins i.S.v. Art. 104 Abs. 2 OR verabredet worden ist. **1 P**
- Der Aufschlag könnte auch als Schadenspauschalisierung qualifiziert werden. **1 ZP**

Konventionalstrafe oder Schadenspauschalisierung:

- Der Tatbestand der Konventionalstrafe besteht im Abschluss eines Schuldvertrages, worin der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld (Hauptverpflichtung) nicht oder nicht richtig erfüllt (Art. 160 Abs. 1 OR). Es handelt sich um ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen; die Bedingung besteht in der Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung der Hauptverpflichtung bei Fälligkeit. Die Konventionalstrafe ist zur Hauptforderung akzessorisch. Die Konventionalstrafe ist ein obligatorisches Sicherungsmittel.
- Bei Schadenspauschalisierung vereinbaren die Parteien, dass die eine Vertragspartei im Falle, dass die andere wegen Nicht- oder nicht richtiger Erfüllung von ihr Schadenersatz verlangen kann, einen bestimmten Betrag als "Schadenersatz" oder als keines Beweises bedürftigen "Mindestschaden" zahlen soll. Die Schadenspauschalisierung bezweckt damit, einen Streit und Beweiserhebungen über die Schadenshöhe zu verhindern und ist dort zweckmässig, wo diese langwierig wären. Schadenspauschalisierung liegt in der Regel dort vor, wo vorausgesetzt wird, dass überhaupt ein Schaden entstanden ist, bzw. wo es den Parteien darum geht, die Höhe des zu ersetzenden Schadens in Übereinstimmung mit dem in solchen Fällen typischerweise zu erwartenden Schaden zu fixieren.

Auf R's Schild steht nichts von der Voraussetzung des Vorliegens eines Schadens.

Hingegen steht fest, dass Autos, die nicht abgeholt werden oder wegen der Ausübung des Retentionsrechtes zurückbehalten werden, im Wege stehen und je nach Grösse des vorhandenen Platzes dazu führen können, dass R wegen Platzmangels keine neuen Werkverträge abschliessen kann oder Mietverträge für zusätzliche Abstellplätze abschliessen muss. Beides könnte dazu führen, dass R ein Schaden entsteht. Insbesondere der entgangene Gewinn ist schwer beziffer- und beweisbar, sodass hier ein Interesse an einer Schadenspauschalisierung bestehen kann. Zudem bedeutet auch das Schreiben von Mahnbriefen einen zusätzlichen Aufwand, der durch eine Schadenspauschalisierung abgedeckt würde. Dass die Schadenspauschale einen Bruchteil der Reparaturkosten ausmacht, spricht gegen eine Schadenspauschalisierung, da herumstehende Autos bei Platzmangel Kosten unabhängig von der Höhe der geschuldeten Reparaturkosten verursachen werden. Sie mag jedoch kundenfreundlicher und deshalb geschäftsfördernder wirken, indem jemandem, der nur eine kleine Reparatur hat, nicht das Entstehen übermässiger Kosten droht; hingegen dieses Defizit dann durch die Überentschädigung bei säumigen Schuldnern kostenträchtiger Reparaturen aufgehoben werden kann.

Es besteht keine Vereinbarung, wonach nur im Schadensfalle Bezahlung zu erwarten sei.

Vielmehr geht es R im Hinblick auf diese Fälle offenbar auch darum, gegenüber Schuldnern ein Druckmittel zu haben. Aus diesem Grunde ist hier das Bestehen einer Konventionalstrafe anzunehmen.

- Gemäss Art. 160 Abs. 2 OR kann die Konventionalstrafe neben der Vertragserfüllung gefordert werden. **1 P**
- Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt nicht zur Anwendung, da das Gesetz die Möglichkeit der Konventionalstrafe gerade vorsieht (vgl. Art. 160 Abs. 2 OR, 163 Abs. 1 OR; evtl. Hinweis auf Art. 163 Abs. 3 OR). **1 P**
- Die Ungewöhnlichkeitsregel käme evtl. zur Anwendung betreffend den 7%-igen Aufschlag bei Zahlung mit Check oder Kreditkarte. Das kann aber an dieser Stelle offenbleiben. **1 ZP**
- Die Unklarheitenregel kommt nicht zur Anwendung, da der Wortlaut auf dem **1 P**

Schild nicht unklar ist.

- Verstossen AGB gegen Art. 8 UWG, liegt eine unlautere Handlung vor. Dabei ist jedoch ungewiss, welche Konsequenzen dies für die Vertragsgeltung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» hat. Dieser Aspekt wird nicht geprüft.
- Art. 8 UWG kommt nicht zur Anwendung, da die Bestimmung nicht missbräuchlich ist und daher kein unlauteres Handeln des R vorliegt. **1 P**
- Fazit: R hat neben dem Anspruch auf Vertragserfüllung Anspruch auf Bezahlung des 7%-igen Aufschlages aus Vertrag. **1 P**

## 2. Variante: Schlecht sichtbares Schild

- Nach Vertrauensprinzip ist der Wortlaut auf dem Schild nicht Vertragsbestandteil geworden. **1 P**
- R hat somit keinen Anspruch auf den 7%-igen Aufschlag aus Vertrag. **1 P**

## C. Anspruch des R gegen S auf Leistung von Verzugszinsen **1 P**

- Die Forderung von R gegen S ist fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). **1 P**
  - R kann, da er selber erfüllt hat (kein Gläubigerverzug), S zur Erfüllung anhalten (Art. 82 OR).
  - Es liegt eine Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit von S vor.
- *Variante 1:* Art. 102 Abs. 1 OR bestimmt, dass der Schuldner einer fälligen Forderung durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt wird. **1 P**
- Aus diesem Grunde muss R die S mahnen, d.h. sie unmissverständlich dazu auffordern, die geschuldete Leistung an ihn zu erbringen. **oder**
- *Variante 2:* Keine Mahnung laut Abs. 2 des genannten Artikels ist notwendig bei Verabredung eines bestimmten Verfalltages. Ein Verfalltagsgeschäft liegt vor, wenn sich aus dem Vertrag klar ergibt, wann der Werklohn zu bezahlen ist. Es kann vertreten werden, es liege ein Verfalltag vor, da die Klausel "Bargeldzahlung beim Abholen" zusammen mit der Abmachung, dass der Wagen an einem bestimmten Tag zum Abholen bereit stehen soll, so zu verstehen sei. **1 P**
- Laut Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, 5% Zinsen zu zahlen.
- R hat somit gegen S Anspruch auf Verzugszinse von 5% aus Art. 363 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR. **1 P**
- Laut Art. 107 Abs. 1 OR muss R der Schuldnerin S eine Nachfrist ansetzen **1 P** oder durch die zuständige Behörde ansetzen lassen.
  - Das Ansetzen einer Nachfrist erübrigt sich laut Art. 108 OR, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Ziff. 1); das ist z.B. dann der Fall, wenn der Schuldner trotz Verzuges klar erklärt, er weigere sich zu

leisten. Hier kann nicht davon gesprochen werden, S weigere sich rundweg zu zahlen. Der Sachverhalt gibt dafür keine Anhaltspunkte.

- Ziff. 2 besagt, dass das Setzen einer Nachfrist nicht erforderlich ist, wenn für den Gläubiger das Erbringen der Leistung infolge des Verzuges sinnlos geworden ist; das ist hier nicht der Fall.
- Laut Ziff. 3 ist keine Nachfristansetzung nötig, wenn sich aus dem Verträge die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll. Dafür lassen sich dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte entnehmen. Es wurde lediglich abgemacht, dass der Wagen an einem bestimmten Tag zum Abholen bereit sei.

Die Nachfrist für die Erfüllung hat angemessen zu erfolgen. Im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich um eine gewöhnliche Geldforderung handelt und nicht um das Erbringen einer körperlichen Leistung, die irgendwelche Vorbereitungen erforderlich machen sollte, kann sie eher kurz sein.

Da noch nicht feststeht, ob S nach Mahnung erfüllen wird, erübrigt sich eine Behandlung der weiteren Vorgehensweise durch R gemäss Art. 107 Abs. 2.

- R kann S bezüglich der Werklohnforderung und bezüglich der Konventionals-  
strafe in Verzug setzen. Damit schuldet S dem R 5% Verzugszins pro Jahr für  
den Werklohn und 5% Verzugszins pro Jahr für den 7%-igen Aufschlag auf  
den Werklohn. **1 ZP**

#### **D. Retentionsrecht des R nach Art. 895 ff. ZGB zur dinglichen Sicherung seiner Forderungen**

- Laut Art. 895 ZGB kann der Besitzer einer Sache, die sich mit dem Willen des Schuldners dort befindet, diese bis zur Befriedigung seiner Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstande der Retention in Zusammenhang steht.

#### **Voraussetzungen und Subsumtion:**

- Es muss sich um eine verwertbare Sache handeln (Art. 896 Abs. 1 ZGB): **1 P**
  - Laut Art. 896 Abs. 1 ZGB ist die Retention an Sachen ausgeschlossen, deren Natur die Verwertung nicht zulässt. Bei einem Auto kann nicht davon gesprochen werden, dass seine Natur die Verwertung nicht zulässt. **1 P**
- Die zu sichernde Forderung muss fällig sein (Art. 895 Abs. 1 ZGB): **1 P**
  - Die Werklohnforderung ist fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). **1 P**
- Es muss ein Zusammenhang bestehen zwischen der Forderung und dem Retentionsrecht (Art. 895 Abs. 1 ZGB): **1 P**
  - Es handelt sich um ein sog. bürgerliches Retentionsrecht nach Art. 895 Abs. 1 ZGB, welches im Gegensatz zum sog. kaufmännischen Retentionsrecht nach Art. 895 Abs. 2 ZGB erhöhte Anforderungen an den Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Retentionsobjekt stellt.
  - Dieser Zusammenhang zwischen der Werklohnforderung und dem Auto ist gegeben, da am Auto die Reparatur vorgenommen worden ist, welche die Werklohnforderung begründet. **1 P**
- Es hat eine Besitzübertragung an der Sache stattgefunden (Art. 895 Abs. 1 ZGB): **1 P**

- Das Auto befindet sich mit dem Willen der S im Besitze des R, und er hat die tatsächliche Gewalt über die Sache (Art. 919 ZGB). **1 P**
  - Es liegt kein gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Retention vor i.S.v. Art. 896 Abs. 2 ZGB: **1 P**
    - Dem Retentionsrecht steht keine vom Gläubiger übernommene Verpflichtung, noch eine vom Schuldner erteilte Vorschrift noch der ordre public entgegen. **1 P**
- Fazit: Aus diesem Grunde kann R ein Retentionsrecht geltend machen und da Auto zurückbehalten. **1 P**
- R kann, wenn er nicht genügend sichergestellt wird, nach vorgängiger Benachrichtigung der S das Auto wie ein Faustpfand (vgl. Art. 891 ZGB) nach Art. 898 ZGB verwerten lassen. **1 P**

### Weitere Zusatzpunkte:

1. Einrede des nicht erfüllten Vertrages von R gegen S nach Art. 82 OR **1 ZP**
  - S müsste von R die Erfüllung verlangen, damit R die Einrede nach Art. 82 OR erheben kann. R hat aber durch die Reparatur bereits erfüllt. **1 ZP**
2. Gläubigerverzug der S nach Art. 91 ff. OR **1 ZP**
  - Ein Gläubigerverzug der S liegt nicht vor, da S nicht die Annahme des reparierten Autos verweigert. Sie geht in die Garage um das Auto abzuholen. **1 ZP**
3. Anspruch des R gegen S auf Schadenersatz wegen entgangenem Gewinn aus Art. 107 Abs. 3 i.V.m. Art. 103 Abs. 1 OR **1 ZP**
  - Obwohl es aus dem Sachverhalt nicht direkt hervorgeht, könnte dem R ein Schaden (lucrum cessans) dadurch entstehen, dass S das Auto nicht mitnimmt. **1 ZP**
  - Die Frage stellt sich bezüglich des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Schuldnerverzug und dem Schaden von R, da R selbst das Retentionsrecht geltend macht und daher das Auto in seiner Garage behält. Dies kann mit der entsprechenden Begründung bejaht oder verneint werden. **1 ZP**
4. Anspruch des R gegen S auf Schadenersatz wegen entgangenem Gewinn aus positiver Vertragsverletzung **1 ZP**
  - Das Abholen des Autos ist eine Obliegenheit und damit keine Vertragsverletzung. Daher können von R keine Ansprüche gegen S aus positiver Vertragsverletzung geltend gemacht werden. **1 ZP**

Je ein Zusatzpunkt (=ZP) wurde gegeben für Systematik, Sprache und Argumentation. In Einzelfällen wurden weitere Zusatzpunkte verteilt.