



Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone  
Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht

Zürich, 20. April 2001/HC/MA/HB/SG

## Musterlösung zur Lizentiatsklausur im Privatrecht II vom 19.02.2001

Die Skizze enthält vereinzelt weiter führende Hinweise sowie Zitate aus Lehre oder Rechtsprechung. Insofern handelt es sich um mehr als eine blosse „Musterlösung“. Die Prüfung wurde inhaltlich mit maximal 30 Punkten bewertet [vgl. die Hinweise auf die Punktzahlen in Klammern], hinzu traten ein bis fünf Punkte für Sprache, Aufbau und Gedankenführung.

<b>I. FRAGE 1</b> .....	<b>2</b>
1. <i>Finanzierungsmodell 1 [5 P.]</i> .....	2
a) Verhältnis der InnoTech zur Toolag.....	2
b) Verhältnis der Bank A zur InnoTech.....	2
(1) Vertrag.....	2
(2) Sicherung bis zur Besitzübertragung der Maschinen an die Bank A..	2
(3) Sicherung nach Besitzübertragung der Maschinen an die Bank A....	3
(4) Kontrolle über Know-how .....	3
c) Verhältnis der Bank A zu den Leiterplatten-Herstellern .....	4
(1) Vertragsqualifikation.....	4
(2) Sicherung.....	4
2. <i>Finanzierungsmodell 2 [5 P.]</i> .....	5
a) Verträge.....	5
b) Dingliche Sicherung.....	5
<b>II. FRAGE 2</b> .....	<b>7</b>
1. <i>Finanzierungsmodell 1 [8 P.]</i> .....	7
a) Haftung gegenüber den Leiterplatten-Herstellern.....	7
b) Haftung gegenüber Dritten.....	8
2. <i>Finanzierungsmodell 2 [1 P.]</i> .....	9
3. <i>Fazit [1 P.]</i> .....	9
<b>III. FRAGE 3 [2 P.]</b> .....	<b>9</b>
1. <i>Zulässigkeit einer Freizeichnung im Allgemeinen</i> .....	9
2. <i>Verantwortlichkeit aus obrigkeitlich konzessioniertem Gewerbe</i> .....	10
3. <i>Fazit</i> .....	11
<b>IV. FRAGE 4 [4 P.]</b> .....	<b>11</b>
1. <i>Art. 82 OR</i> .....	11

2. <i>Miete</i> .....	11
a) Überblick.....	11
b) Anfängliche erhebliche Mängel .....	12
c) Anfängliche geringfügige und kleine Mangel .....	12
d) Nachträglicher Mangel.....	13
3. <i>Pacht</i> .....	13
4. <i>Leasing</i> .....	13
<b>V. FRAGE 5 [4 P.].....</b>	<b>13</b>
1. <i>Verneinung eines Pfandrechts</i> .....	13
2. <i>Bejahung eines gültigen Pfandrechts</i> .....	14
a) Möglichkeit der Pfandverwertung .....	14
b) Auswirkungen auf Vertragsverhältnis .....	14

## **I. FRAGE 1**

### **1. Finanzierungsmodell 1 [5 P.]**

#### *a) Verhältnis der InnoTech zur Toolag*

Auf das Verhältnis zwischen der InnoTech und der Toolag wird nicht näher eingegangen. Es ist von einem Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR auszugehen.

#### *b) Verhältnis der Bank A zur InnoTech*

##### *(1) Vertrag*

Beim Verhältnis zwischen der Bank A und der InnoTech handelt es sich im Finanzierungsmodell 1 um einen Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR, genauer um einen Fahrnis-kauf gemäss Art. 187 ff. OR. Darauf weist bereits der Wortlaut des Sachverhalts hin.

##### *(2) Sicherung bis zur Besitzübertragung der Maschinen an die Bank A*

Gemäss Modell 1 erfolgt die Finanzierung der Maschinen durch die Bank A dadurch, dass sie der InnoTech den Kaufpreis bezahlt und Eigentum an den Maschinen erlangt. Aus praktischen Gründen ist anzunehmen, dass die Erfüllung nicht Zug um Zug erfolgt, sondern die Bank A finanzielle Mittel zur Verfügung stellt, während beziehungsweise *bevor* die Maschinen durch die Toolag produziert werden.<sup>1</sup> Darin liegt ein „Kredit“ der Bank A an die InnoTech. Letztere vermag so ihre Produktionsaufwendungen zugunsten der Toolag zu decken. Eine dingliche Sicherung dieser Geldleistung mittels Eigentümerstellung der Bank A ist jedoch ausgeschlossen, solange die Maschinen noch gar nicht produziert und ins Eigentum der Bank A übergegangen sind. Für den Eigentumsübergang ist gemäss Art. 714 Abs. 1 ZGB der Übergang des Besitzes

---

<sup>1</sup> Dass die Vorauszahlung ratenweise erfolgt (vgl. Art. 227a ff. OR), ist nicht anzunehmen.

erforderlich, wobei sämtliche Arten des Besitzeserwerbs nach Art. 922 ff. ZGB möglich sind. Praktisch wird die Bank A die Maschinen überhaupt nie zu sich nehmen, sondern direkt vom Maschinenproduzenten an die Leiterplatten-Hersteller liefern lassen. Denkbar wäre der folgende Ablauf: Die InnoTech erwirbt Besitz von der Toolag durch Besitzeskonstitut (Art. 924 Abs. 1 ZGB „Veräusserer“), das heisst, die Toolag behält die produzierten Maschinen aufgrund beispielsweise einer Hinterlegung bei sich; anschliessend Besitzübertragung von der InnoTech an die Bank A durch Besitzeanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB „Dritter“) gegenüber der Toolag, so dass diese nun für die Bank A besitzt, welche neue Eigentümerin wird; schliesslich physische Auslieferung der Maschine von der Toolag an die Leiterplatten-Hersteller, wodurch diese unmittelbaren, unselbständigen Besitz erlangen.

*(3) Sicherung nach Besitzübertragung der Maschinen an die Bank A*

In einer zeitlich späteren Phase, nämlich nach erfolgter Besitzesübertragung zugunsten der Bank A, wird die Bank Eigentümerin der Maschinen. In dieser Konstellation gibt es gegenüber der InnoTech nichts zu sichern, weil kein Anspruch mehr besteht: Die Bank A hat den Kaufpreis bezahlt und unterdessen den Kaufgegenstand erhalten.

Der Vertrag über die Maschinenbenutzung wird nach dem Modell 1 zwischen der Bank A und den Leiterplatten-Herstellern geschlossen. Die variable Benutzungsgebühr wird demzufolge an die Bank A und nicht an die InnoTech zu bezahlen sein. Für die InnoTech unerlässlich ist eine besondere Rechtsbeziehung zur Bank A, um an den Benutzungsgebühren partizipieren zu können, und zwar abhängig von der Auslastung der benutzten Maschinen. Dieser „Umweg“ über die Bank A dürfte für die InnoTech als Nachteil zu qualifizieren sein. Es besteht ein Bedürfnis nach einer Absicherung der InnoTech gegenüber der Bank A hinsichtlich des Anteils an den Benutzungsgebühren. Aus der Sicht der Anwältin beziehungsweise der von ihr vertretenen Interessen ist dieser Punkt allerdings ohne weitere Bedeutung.

*(4) Kontrolle über Know-how*

Der Verlust an Kontrolle der InnoTech über das für die Maschinenentwicklung aufgewendete Know-how sollte durch die Tatsache, dass die Bank A Eigentümerin der Maschinen ist, gering bleiben. Gemäss Sachverhalt liegt der InnoTech vor allem daran, dass die *Leiterplatten-Hersteller* die Maschinen nicht kaufen. Diese Forderung ist im Modell 1 zunächst erfüllt. Doch wird sich die InnoTech dahingehend absichern wollen, dass die Bank A als Eigentümerin die Maschinen nicht weiterverkauft, beispielsweise an die Leiterplatten-Hersteller. Denkbar wäre die Einräumung eines Rückkaufsrechts zugunsten der InnoTech beziehungsweise der Abschluss des Kaufvertrags zwischen InnoTech und der Bank A unter einer Resolutivbedingung für den Fall des Weiterverkaufs der Maschinen (vgl. Art. 154 OR).

c) *Verhältnis der Bank A zu den Leiterplatten-Herstellern*

(1) *Vertragsqualifikation*

Nach dem ersten Finanzierungsmodell werden die Benutzungsverträge zwischen der Bank A und den jeweiligen Leiterplatten-Herstellern abgeschlossen. Der diesem Verhältnis zugrunde liegende Vertragstyp lässt unterschiedliche Qualifikationen zu. Einmal kann argumentiert werden, die Bank A überlasse die Maschinen den Leiterplatten-Herstellern gegen Zins zum Gebrauch, weshalb eine *Miete* (Art. 253 ff. OR) vorliege. Weil die Maschinen der Herstellung von elektronischen Leiterplatten dienen, kann ebenso von einer nutzbaren Sache ausgegangen werden. Die Leiterplatten-Hersteller nutzen die Maschinen und vertreiben die damit produzierten Leiterplatten, welche insofern natürliche Früchte (Erträge) darstellen. Nach diesem Verständnis liegt *Pacht* (Art. 275 ff. OR) vor. Mit guten Gründen kann schliesslich das Bestehen eines Innominatkontraktes bejaht werden, nämlich eines *Leasingvertrags* (indirektes Investitionsgüterleasing). Der Leasingvertrag ist ein gemischter Vertrag mit Elementen aus Miete beziehungsweise Pacht, Kauf und beim indirekten Leasing zusätzlich Auftrag. Vorliegend überwiegen die mietrechtlichen Elemente diejenigen des Kaufrechts, da eine Kaufoption des Leasingnehmers gerade vermieden werden soll. Für die Qualifikation als Leasing spricht einerseits der Umstand, dass die Leiterplatten-Hersteller ihre Maschinen wohl bei der InnoTech auswählen und sich von ihr auch fachlich beraten lassen, andererseits das auslastungsabhängige Entgelt („pay as you earn“), wonach sich die Investition über die gesamte Einsatzdauer finanzieren soll. Eine wirtschaftliche Betrachtung legt daher die Annahme einer Einbindung der drei Parteien in ein Dreiecksverhältnis nahe. Die Bank A erwirbt von der verkaufenden InnoTech die Maschinen und überlässt diese als Leasinggeberin den Leasingnehmern, den jeweiligen Leiterplatten-Herstellern.

Zu verneinen ist das Vorliegen eines *Abzahlungsvertrags*, dessen gesetzliche Regelung auf weitere Verträge mit demselben wirtschaftlichen Zweck wie bei einem Kauf auf Abzahlung analog anwendbar wäre (vgl. Art. 226m Abs. 1 OR). Die Maschinen sollen gerade *nicht* den Leiterplatten-Herstellern verkauft werden beziehungsweise in dessen Eigentum übergehen. Davon abgesehen stellt sich beim Investitionsgüterleasing die Frage nach dem Verbraucherschutz nicht wie bei einem Konsumenten-Leasing.

(2) *Sicherung*

Werden die Maschinen den Herstellern von Leiterplatten zur Verfügung gestellt, hat die Bank A ein Interesse an einer Absicherung des entsprechenden Entgelts für den Fall der Zahlungsunfähigkeit der Leiterplatten-Hersteller. Massgebend ist, dass die vermietende Bank A Eigentümerin ist. Als Eigentümerin kann sie die Maschinen unter Umständen vindizieren. Die Vindikation gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB berechtigt den

nicht (unmittelbar) besitzenden Eigentümer, die Sache vom nichtberechtigten Besitzer herauszuverlangen. Dem Eigentum kommt wirtschaftlich die Funktion einer indirekten Sicherung des durch den jeweiligen Leiterplatten-Hersteller geschuldeten Entgelts zu. Diese Sicherung hängt umfangmässig ab vom Wert der Maschinen, welcher mit der Zeit abnimmt.

Weil die Bank A die Maschinen den jeweiligen Leiterplatten-Herstellern anvertraut hat, ist Art. 933 ZGB zu beachten. Der gesetzliche Schutz gutgläubiger Erwerber schränkt die dingliche Sicherung der Bank A ein. Ein Eigentumsvorbehalt gemäss Art. 715 ZGB ist hier nicht angebracht. Ein entsprechender Registereintrag beschlägt bei *Veräusserungen* den Eigentumsübergang<sup>2</sup> und würde ohnehin nicht über positive Rechtskraft verfügen.

## **2. Finanzierungsmodell 2 [5 P.]**

### *a) Verträge*

Nach der zweiten Finanzierungsform räumt die Bank A der InnoTech einen Kredit ein. Das Verhältnis zwischen der Bank A und der InnoTech ist als Darlehensvertrag nach Art. 312 OR zu qualifizieren. Art. 313 Abs. 2 OR sieht für den kaufmännischen Verkehr die Verzinslichkeit des Darlehens vor.

Zwischen der InnoTech und den jeweiligen Leiterplatten-Herstellern werden Verträge über die Maschinenbenutzung abgeschlossen. Zu prüfen sind auch hier Miete, Pacht oder Leasing. Der Vertrag ist verwandt mit dem Verhältnis zwischen der Bank A und den Leiterplatten-Herstellern gemäss Finanzierungsmodell 1, doch besteht hier bloss ein Zwei-Parteien-Verhältnis, weil die Bank A lediglich als Geldgeberin fungiert. Das hier in Frage kommende *direkte* Leasing liegt denn auch näher beim Mietverhältnis als das indirekte Leasing.

Zwischen InnoTech und Bank A besteht ein Pfandrechtsvertrag, der als Innominatkontrakt zu qualifizieren ist. Aus dem Pfandvertrag müssen insbesondere Pfandobjekt und die zu sichernde Forderung beziehungsweise deren Bestimmbarkeit ersichtlich sein.

### *b) Dingliche Sicherung*

Die mit finanziellen Mitteln der Bank A durch die Toolag produzierten Maschinen stehen im Eigentum der InnoTech, welche ihrerseits die Benutzungsverträge mit den Leiterplatten-Herstellern abschliesst. Die Kreditforderungen der Bank A gegenüber der InnoTech sollen gemäss Sachverhalt durch Pfandrechte an den Maschinen gesi-

---

<sup>2</sup> Im vorliegenden Fall wird eine Veräusserung (i.S.v. Eigentumsübergang) gerade nicht bezweckt.

chert werden. Vorliegend kommt ein Faustpfand in Betracht.<sup>3</sup> Für die gültige Bestellung eines Fahrnispfandrechtes werden vorausgesetzt: der Bestand einer zu sichernden Pfandforderung, ein gültiger Pfandvertrag (obligatorisches Verpflichtungsgeschäft), die Besitzübertragung am Pfandobjekt (dingliches Verfügungsgeschäft) (vgl. Art. 884 Abs. 1 und 3 ZGB) und die Verfügungsmacht des Verpfänders.<sup>4</sup>

Die Voraussetzung der Besitzübertragung bedarf im vorliegenden Zusammenhang näherer Überprüfung. Nicht möglich ist eine Absicherung durch Pfandrecht, wenn der Pfandgegenstand im ausschliesslichen Gewahrsam des Verpfänders verbleibt (Art. 884 Abs. 3 ZGB). Vielmehr muss dem Pfandgläubiger der Besitz an der Sache übertragen, sowie dem Verpfänder die Möglichkeit genommen werden, allein über die Sache zu verfügen.<sup>5</sup> Neben der eigentlichen Übergabe wird demgemäss die Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB, „Dritter“), nicht aber das Besitzeskonstitut (Art. 924 Abs. 1 ZGB, „Veräusserer“) als genügend betrachtet.

Näher zu prüfen sind die Voraussetzungen für eine gültige Besitzanweisung: Für die qualifizierte Besitzübertragung (Faustpfandprinzip) mittels Besitzanweisung werden mittelbarer Besitz des Verpfänders, Besitz des Dritten, ein Besitzanweisungsvertrag (welcher im Pfandvertrag enthalten sein kann) und die Anzeige an den Dritten vorausgesetzt. Der Anzeige kommt für die Entstehung des Pfandrechts konstitutive Wirkung zu.<sup>6</sup> Sie hat durch den Verpfänder zu erfolgen. Erst mit dem Empfang der Anzeige verliert der Verpfänder den ausschliesslichen Gewahrsam an der Sache.<sup>7</sup> Der Dritte erhält die Stellung eines Pfandhalters, da er nunmehr für den Pfandgläubiger besitzt. Nicht vorausgesetzt wird im Übrigen, dass der Pfandgläubiger allein über den Gegenstand verfügen kann.

Folglich bedarf es zur Errichtung des Pfandrechtes im vorliegenden Fall einerseits eines Pfandvertrags (mit Besitzanweisungsvertrag) zwischen InnoTech und Bank A zur Sicherung der Darlehensforderung und andererseits der Anzeige durch die InnoTech an die Leiterplatten-Hersteller, wonach sie nunmehr für die Bank A besitzen. Auf diese Weise verliert die InnoTech den ausschliesslichen Gewahrsam an den Maschinen, und die Leiterplatten-Hersteller können vielmehr als Pfandhalter betrachtet

---

<sup>3</sup> Wenig sinnvoll ist es, die Maschinen als Zugehör zu betrachten und von einem Grundpfandrecht auszugehen. Nach überwiegender Ansicht kann an Zugehör im Eigentum eines Dritten kein Grundpfand erworben werden (vgl. Art. 805 Abs. 3 ZGB). Die herrschende Lehre geht weiter davon aus, dass die Rechte des Eigentümers an Zugehör denjenigen des gutgläubiger Grundpfandgläubigers vorgehen. Vgl. insb. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 644/645 N 72 und 76.

<sup>4</sup> An die Stelle der Verfügungsmacht des Verpfänders kann der gute Glaube des Pfandgläubigers treten, Art. 884 Abs. 2 ZGB, was im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht relevant ist.

<sup>5</sup> BGE 89 II 300.

<sup>6</sup> Anders bei der Eigentumsübertragung mittels Besitzanweisung, wo die Anzeige nur für die Wirkung gegenüber dem Dritten von Bedeutung ist (Art. 924 Abs. 2 ZGB), auf den Eigentumsübergang als solchen aber keinen Einfluss hat.

<sup>7</sup> Vgl. ZOBL Berner Kommentar, Art. 884 N 698; BAUER, Basler Kommentar, Art. 884 N 71.

werden. Unzulässig wäre, wenn die InnoTech AG die Möglichkeit hätte, die Maschinen vom Benutzer einseitig zurückzuverlangen.

## II. FRAGE 2

### 1. Finanzierungsmodell 1 [8 P.]

#### a) *Haftung gegenüber den Leiterplatten-Herstellern*

Die Bank A ist Eigentümerin von Maschinen, deren Benutzer allenfalls fehlerhafte Leiterplatten herstellen, die zu einem Eisenbahn-Unfall führen könnten. Beruht der Schadenseintritt nicht auf einem Mangel an den Maschinen, sondern beispielsweise bloss auf einer falschen Art der Produktion oder auf mangelhaftem Einsatz der Maschinen, wird die Bank A nicht haftbar, weil sie keine Schadensursache gesetzt hat. Die folgenden Ausführungen stehen unter der Bedingung, dass bereits die Maschinen fehlerhaft gewesen sind.

Ein Abnehmer von Leiterplatten dürfte im Schadensfall in erster Linie aus dem jeweiligen Vertrag, wohl einem Kaufvertrag, gegen den Leiterplatten-Hersteller vorgehen. Dass bei einem Unfall die Leiterplatten als solche beschädigt werden, fällt wertmässig kaum ins Gewicht. Zur Diskussion steht vielmehr ein aus einem allfälligen Unfall resultierender Schaden als *Mangelfolgeschaden*. Kommt es nicht zu einer Haftung des Leiterplatten-Herstellers, ist auch das Haftungsrisiko der Bank A aus dem Vertragsverhältnis minimal. Wird hingegen ein Leiterplatten-Hersteller erfolgreich zur Haftung gezogen und erleidet er dadurch einen Schaden, muss die Ersatzmöglichkeit aus dem vertraglichen Verhältnis zur Bank A geprüft werden. Je nach Qualifizierung des Vertrags gelangt Miet- beziehungsweise Pachtrecht oder, als Ausfluss eines Leasingverhältnisses, auch Kaufrecht zur Anwendung. Im Mietrecht bestimmt Art. 259e OR, dass der Vermieter dem Mieter für den durch einen Mangel erlittenen Schaden Ersatz zu leisten hat. Die Bestimmung gilt aufgrund des Verweises in Art. 288 Abs. 1 OR sinngemäss auch bei Annahme eines Pachtvertrags.

Diese Haftungsgrundlagen setzen ein Verschulden der Bank A voraus, wie etwa in Art. 259e OR ausdrücklich erwähnt wird. Dass diese ein Verschulden trifft, ist allerdings unwahrscheinlich. Man müsste der Bank A etwa zum Vorwurf machen können, dass sie die Maschinen nicht überprüft und deshalb Mängel übersehen habe. Geht man von einem Leasingvertrag aus und entscheidet man sich für die Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Sachgewährleistungsbestimmungen,<sup>8</sup> so stösst man auf

---

<sup>8</sup> Auch wenn man von einem Leasingverhältnis ausgeht, liegt es näher, nicht Kaufrecht, sondern die Bestimmungen zur Miete oder Pacht analog anzuwenden. Kaufrecht gilt jedoch im Verhältnis zwischen der Bank A und der InnoTech, wobei unter Umständen eine Abtretung von kaufrechtlichen Ansprüchen der Bank A gegen die InnoTech auf den Leiterplatten-Hersteller für möglich gehalten wird (vgl. HONSELL BT, S. 392 ff.).

folgenden Streitpunkt: Nach HONSELL ist eine der mietrechtlichen ähnliche verschuldensabhängige Bestimmung anwendbar (Art. 208 Abs. 3 OR).<sup>9</sup> Nimmt man mit der herrschenden Lehre an, dass auch Mangelfolgeschäden unter die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR fallen, dann trifft die Bank A ein schwer abschätzbares Haftungsrisiko.<sup>10</sup>

Immerhin ist ein Verschulden der InnoTech oder der Toolag denkbar und zu prüfen, ob dieses der Bank A zugerechnet werden kann. Eine Zurechnung des Verschuldens liesse sich mit einer Hilfspersonenstellung von InnoTech und Toolag begründen. Eine derart begründete Haftung der Bank A ist eher zu verneinen, kann aber nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden. Eine an das Eigentum anknüpfende *verschuldensunabhängige* Haftung liegt der Werkeigentümerhaftpflicht zugrunde.<sup>11</sup>

### *b) Haftung gegenüber Dritten*

Direkt geschädigt werden praktisch Dritte ausserhalb des Vertragsverhältnisses zwischen der Bank A und den Leiterplatten-Herstellern. Zu fragen ist, ob solche Dritte direkt gegen die Bank A Ansprüche geltend machen können. Eine vertragliche Grundlage besteht nicht. Im Verhältnis zwischen der Bank A und den Leiterplatten-Herstellern einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der geschädigten Dritten zu erblicken, würde zu weit führen.. Eventuell besteht die Möglichkeit einer Drittschadensliquidation im Falle eines geschädigten Dritten, der zur Bank A nicht in einer vertraglichen Beziehung steht.<sup>12</sup> Gefordert wird aber für eine Drittschadensliquidation eine entsprechende Nähe des Dritten zum Gläubiger, was im vorliegenden Fall nicht gegeben sein dürfte. So oder so wird sich die Bank A entsprechend den obigen Ausführungen befreien können.

Je nach Schadensart könnte ausservertraglich vorgegangen werden. Ein Verschulden dürfte ebenso wenig vorliegen. Hinsichtlich einer ausservertraglichen Hilfspersonenhaftung wäre die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR zu prüfen, wofür ein Subordinationsverhältnis vorausgesetzt wird, das im diesem Fall nicht besteht.

---

<sup>9</sup> Vgl. HONSELL, Basler Kommentar, Art. 208 N 8 ff., wonach Mangelfolgeschäden unter die Verschuldenshaftung von Art. 208 Abs. 3 OR fallen.

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere GIGER, Berner Kommentar, Art. 208 N 34 ff.

<sup>11</sup> Die Werkeigentümerhaftpflicht nach Art. 58 OR wäre anwendbar, wenn es sich bei den Maschinen um stabile, das heisst mit dem Erdboden verbundene Gegenstände handeln würde. Am Boden befestigte, beispielsweise angeschraubte Maschinen stellen Werke im Sinne dieser Bestimmung dar. Haftbar wird in diesem Fall die Bank A als vermietende Eigentümerin der Maschine, nicht der Grundeigentümer. Dazu vgl. insb. BREHM, Berner Kommentar, Art 58 N. 9 ff und N 43 f.

<sup>12</sup> Hingegen ist der Fall einer Drittschadensliquidation im Rahmen des Verhältnisses zwischen der Bank A und der InnoTech für die Frage des Haftungsrisikos der Bank direkt nicht von Bedeutung und daher nicht weiter zu prüfen.

Das Produkthaftpflichtgesetz muss hier nicht näher behandelt werden. Als Herstellerin der Maschinen wäre die Toolag, als diejenige der Leiterplatten die jeweiligen Maschinen-Benutzer zu betrachten. Hinsichtlich der Produkthaftpflicht für Sachschäden müsste allerdings die Sache "nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden" sein (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG).

## **2. Finanzierungsmodell 2 [1 P.]**

Die Leiterplatten-Hersteller stehen nicht in einer vertraglichen Beziehung zur Bank A, ebenso wenig geschädigte Dritte. Sollte die InnoTech zur Verantwortung gezogen werden, berührt dies die Bank A nicht. Dass die mit dem Darlehen zur Verfügung gestellten Mittel zur Produktion mangelhafter Maschinen eingesetzt worden sind, stellt keine Vertragsverletzung der Bank A dar. Es ist nicht ersichtlich, wie die Bank A in schuldhafter Weise einen Schaden verursacht haben könnte, weshalb auch eine ausservertragliche Haftung nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Folglich ist unter der zweiten Finanzierungsart die Gefahr einer Haftung der Bank A so gut wie ausgeschlossen.

## **3. Fazit [1 P.]**

Sowohl unter der ersten als auch unter der zweiten Finanzierungsart ist die Gefahr einer Haftung der Bank A gering. Die beiden Modelle unterscheiden sich in haftungsrechtlicher Hinsicht wenig voneinander. Alles in allem ist das (Prozess-)Risiko einer Haftungsklage gegen die Bank A nach dem zweiten Modell aber doch kleiner.

# **III. FRAGE 3 [2 P.]**

## **1. Zulässigkeit einer Freizeichnung im Allgemeinen**

Zur Diskussion steht eine Haftung der Bank A gegenüber den Leiterplatten-Herstellern oder gegenüber Dritten. Gegenüber Dritten entfällt wohl eine Haftungsfreizeichnung von vornherein, weil keine vertragliche Beziehung besteht; gegenüber den Leiterplatten-Herstellern besteht nur nach Finanzierungsmodell 1 eine vertragliche Beziehung. Gemäss Modell 2 erübrigt sich die Frage nach der Freizeichnung aufgrund des bereits unter II. 2. Ausgeführten.

Vertragliche Haftungsausschlüsse oder –beschränkungen sind unter Beachtung der zwingenden Gesetzesvorschriften zulässig. Allgemein nicht möglich ist nach Art. 100 Abs. 1 OR der vorgängige Ausschluss der Haftung für Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit. Hinsichtlich leichter beziehungsweise gewöhnlicher oder mittlerer Fahrlässigkeit ist hingegen eine Freizeichnung grundsätzlich zulässig. Ein Ausschluss der Haftung

für jedes Verschulden wird von der herrschenden Lehre auf das erlaubte Mass reduziert und folglich bloss im Bereich von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit als ungültig betrachtet. Die zwingenden Schranken des Art. 100 Abs. 1 OR gelten auch für eine quantitative, das heisst summenmässige Beschränkung der Haftung anwendbar.<sup>13</sup>

Zu bemerken ist, dass auch eine ausservertragliche Haftung vertraglich wegbedungen werden kann, sofern keine anderslautenden Gesetzesbestimmungen dies ausschliessen.

Soweit man Mietrecht anwendet, ist zusätzlich Art. 256 Abs. 2 lit. a OR zu beachten. Danach kann die Verpflichtung des Vermieters, die Mietsache in einem tauglichen Zustand zu halten, nicht in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegbedungen werden. Eine vergleichbare Bestimmung enthält das Pachtrecht in Art. 288 Abs. 2 lit. a OR hinsichtlich Nichterfüllung und Mängel, wonach abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Pächters in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichtig sind.

Im Leasing wird häufig die Gewährleistung des Leasinggebers auf die Ansprüche gegen den Verkäufer beschränkt und diese an den Leasingnehmer abgetreten. Teilweise wird auf Art. 199 OR verwiesen, wonach eine Wegbedingung der Haftung des Verkäufers abgesehen vom Fall der Arglist möglich ist. Art. 256 Abs. 2 lit. a OR wird als nicht anwendbar betrachtet. Art. 199 OR geht als *lex specialis* der allgemeinen Regel von Art. 100 Abs. 1 OR vor.

Gemäss einer in der Lehre vertretenen Ansicht ist eine Freizeichnung für gewöhnliche oder leichte Fahrlässigkeit im Übrigen ungültig, wenn sie der Natur des betreffenden Rechtsgeschäfts widerspricht.<sup>14</sup> Es geht vor allem um Dienstleistungsberufe, speziell um Auftragsrecht. Für den vorliegenden Fall ist eine solche Erweiterung der Haftungsbeschränkung nicht anwendbar.

Weitere Schranken von Haftungsausschlüssen können sich aus Spezialgesetzen ergeben. So wird etwa eine Beschränkung oder Wegbedingung der Haftung im Bereich des Produkthaftungsgesetzes von Art. 8 PrHG ausgeschlossen.

## **2. Verantwortlichkeit aus obrigkeitlich konzessioniertem Gewerbe**

Eine nähere Prüfung verdient Art. 100 Abs. 2 OR, wonach der Richter einen Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden unter anderem dann als nichtig betrachten kann, wenn die Verantwortlichkeit „aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes“ folgt. Ob eine Bank ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe betreibt, ist umstritten. Nach der herrschenden Lehre fällt die von einer Bank benötigte

---

<sup>13</sup> Vgl. BGE 115 II 479, wonach eine summenmässige Beschränkung der Haftung nur im Bereich des leichten Verschuldens zum Tragen kommt.

<sup>14</sup> GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2810a und 2820; WIEGAND, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 100 OR.

Polizeierlaubnis unter den zivilrechtlich verstandenen Begriff der obrigkeitlichen Konzession.<sup>15</sup> Das Bundesgericht hat die Frage mangels Vorliegens einer fahrlässigen Sorgfaltspflichtverletzung in BGE 109 II 119 f. offen gelassen, in BGE 112 II 454 ff. dagegen bejaht. Eine vom Bundesgericht abweichende Meinung ist hier insbesondere deshalb vertretbar, weil die potentiellen Haftungsansprüche gegen die Bank A nicht der üblichen Banktätigkeit entspringen, weshalb man eine Subsumtion unter den Betrieb des obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes verneinen könnte.

### 3. Fazit

Die Bank A kann folglich ihre Haftung höchstens für leicht oder mittel fahrlässiges Verhalten ausschliessen beziehungsweise summenmässig beschränken. Doch selbst in diesem Bereich bleibt ein Haftungsrisiko bestehen, sofern sich die Freizeichnung in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen befindet und ein Gericht Miet- oder Pachtrecht anwendet oder falls der Richter gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR den Haftungsausschluss als nichtig betrachtet.

## IV. FRAGE 4 [4 P.]

### 1. Art. 82 OR

Grundsätzlich kann gemäss Art. 82 OR eine Partei ihre an sich fällige Leistung verweigern, wenn nicht auch die andere Partei ihre Leistung gehörig erbracht hat oder die Erfüllung zumindest anbietet. Voraussetzung ist, dass nicht die eine Vertragspartei erst später zu erfüllen hat.<sup>16</sup> Die Einrede von Art. 82 OR steht dem belangten Schuldner nicht nur bei Nicht-, sondern auch bei nicht gehöriger Erfüllung zu.

Es ist jedoch zu prüfen, ob die allgemeine Regel von Art. 82 OR auch bei den vorliegenden konkreten Vertragsverhältnissen zur Anwendung kommt oder als *lex generalis* von anderen Gesetzesbestimmungen verdrängt wird. Hat der Mieter die Mietsache übernommen, so wird er gegenleistungspflichtig und kann die Einreden aus Art. 82 OR dem Vermieter nicht mehr entgegenhalten.<sup>17</sup>

### 2. Miete

#### a) Überblick

Gemäss Art 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, den Mietgegenstand in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in einem solchen zu erhalten. Das Gesetz unterscheidet zwischen *ursprünglich* auftretenden

<sup>15</sup> Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2814.

<sup>16</sup> Dem Sachverhalt sind diesbezüglich keine Anhaltspunkte zu entnehmen.

<sup>17</sup> Vgl. HIGI, Zürcher Kommentar, Art. 258 N 84.

Mängeln (mangelhafte Erfüllung des Vertrags bei Übergabe der Mietsache, Art. 258 OR) und *nachträglich* auftretenden Mängeln (Mängel, die während der Mietdauer entstehen, Art. 259 ff. OR). Weiter wird unterschieden zwischen *erheblichen* Mängeln, bei denen der Gebrauch der Mietsache ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt wird (Art. 258 Abs. 1 und 259b lit. a OR), *geringfügigen* Mängeln, welche die Tauglichkeit der Sache zwar vermindern, aber nicht erheblich beeinträchtigen (Art. 258 Abs. 3 lit. a, Art. 259b lit. b und Art. 259d OR), und *kleinen* Mängeln, die durch kleine Ausbesserungen oder blosser Reinigung behoben werden können (Unterhaltungspflicht Art. 258 Abs. 3 lit. b und Art. 259 OR).

#### *b) Anfängliche erhebliche Mängel*

Leidet die Maschine schon bei der Übergabe an einem Mangel, welcher die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt, kann die Naasource nach den Artikeln 107 bis 109 OR vorgehen (Art. 258 Abs. 1 OR): Nach der Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR kann sie entscheiden, entweder auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung zu klagen oder auf die Leistung zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR). Im zweiten Fall kann sie einerseits den Mietvertrag aufrechterhalten und Ersatz für das positive Interesse unter Verrechnung der Mietzins verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Andererseits kann sie vom Mietvertrag zurücktreten und die Zahlung des Entgelts für die Benutzung verweigern.

Wenn hingegen die Naasource die mangelhafte Maschine übernimmt und auf gehöriger Erfüllung des Vertrags beharrt, so kann sie laut Art. 258 Abs. 2 OR nur die Ansprüche aus Art. 259a ff. OR geltend machen: Beseitigung des Mangels durch die Bank A (Art. 259a Abs. 1 lit. a OR), fristlose Kündigung bei unterlassener Beseitigung des Mangels durch die Bank A (Art. 259b lit. a OR) oder verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d OR). Für die Herabsetzung wird nach der relativen Methode vorgegangen, das heisst die durch den Mangel bewirkte Beeinträchtigung wird in Prozenten des mängelfreien Zustandes ausgedrückt und der Mietzins entsprechend reduziert. Taugt die Mietsache überhaupt nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch, rechtfertigt sich eine Herabsetzung auf null. In diesem Fall hätte die Naasource die Möglichkeit, die Zahlung des Mietzinses zu verweigern. Ist die Benutzung der Maschine ausgeschlossen, ist der Sockelbetrag ohnehin nicht geschuldet.

#### *c) Anfängliche geringfügige und kleine Mängel*

Ist der anfängliche Mangel an der Maschine kein erheblicher, dann kann die Naasource wiederum nur die Ansprüche aus Art. 259a ff. OR gegenüber der Bank A geltend machen: Anspruch auf Beseitigung des Mangels durch die Bank A (Art. 259a Abs. 1 lit. a OR), Ersatzmassnahme auf Kosten der Bank A bei unterlassener Mängelbeseiti-

gung (Art. 259b lit. b OR) oder Anspruch auf entsprechende Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d OR).

*d) Nachträglicher Mangel*

Ist hingegen der Mangel an der Maschine erst während der Mietdauer eingetreten, kann die Naasource AG wiederum die Ansprüche aus Art. 259a ff. OR geltend machen, wenn sie den entsprechenden Mangel nicht zu verantworten hat und wenn dieser nicht durch kleine Reinigungen oder Ausbesserungen i.S.v. Art. 259 OR behoben werden kann. Nicht erforderlich ist jedoch ein Verschulden des Vermieters.

### **3. Pacht**

Für das Pachtrecht wird auf die Ausführungen zur Miete verwiesen. Art. 288 Abs. 1 OR verweist auf die entsprechenden Bestimmungen im Mietrecht (Art. 258 und Art. 259a-i OR).

### **4. Leasing**

Die Frage, wen die Gefahrtragung beim Leasing treffen solle, ist in der Lehre umstritten.<sup>18</sup> Da im vorliegenden Fall ein Eigentumsübergang auf die Leasingnehmerin eben nicht bezweckt ist, ist auch eine dem Kaufrecht nachgebildete Regelung der Gefahrtragung nicht gerechtfertigt. Die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung des Leasinggegenstandes trifft demnach die Bank A.

Beim Leasingrecht wird die Ansicht vertreten, dass der Leasingnehmer, welcher nach Abnahme des Benutzungsobjekts Mängel bemerkt, nicht befugt ist, die Ratenzahlungen zu sistieren oder zu reduzieren, jedoch mittels Minderungsurteils das Entgelt analog Art. 259d OR herabsetzen lassen kann.<sup>19</sup>

Für den Fall der Wandelung des Kaufvertrags zwischen Verkäufer und Leasinggeber wird in der Regel die Auflösung des Leasingvertrags vorgesehen. Die Naasource als Leasingnehmerin kann sodann Schadenersatzansprüche gemäss Art. 208 OR, die sie von der Bank A abgetreten erhalten hat, gegenüber der InnoTech geltend machen.

## **V. FRAGE 5 [4 P.]**

### **1. Verneinung eines Pfandrechts**

Falls man die Zulässigkeit einer Verpfändung in Frage 1 verneint, kann die Bank A nicht direkt auf die sich im Besitz der Leiterplatten-Hersteller befindlichen Maschinen

---

<sup>18</sup> Für eine Gefahrtragung des *Leasinggebers* insbesondere SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 104; Honsell BT, S. 390 f. schreibt die Gefahrtragung dem *Leasingnehmer* zu.

<sup>19</sup> Vgl. die Hinweise bei SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 102.

greifen. Der Benutzungsvertrag wird im zweiten Finanzierungsmodell zwischen der InnoTech und den Leiterplatten-Herstellern abgeschlossen, eine vertragliche Beziehung zwischen der Bank A und der Naasource besteht nicht. Die Bank A kann bloss gegen die InnoTech vorgehen und die ihr aus dem Darlehensvertrag zustehenden Forderungen durchsetzen.

## 2. Bejahung eines gültigen Pfandrechts

### a) Möglichkeit der Pfandverwertung

Existiert hingegen ein gültiges Pfandrecht, greift, wenn die InnoTech ihre Verpflichtungen gegenüber der Bank A nicht mehr erfüllt, die entsprechende Sicherungsfunktion. Durch das vorliegende Fahrnispfandrecht wird die Rückzahlung des eingeräumten Kredites und die Bezahlung des geschuldeten Entgelts abgesichert (vgl. Art. 891 Abs. 2 ZGB). Bei Nichterfüllung kann die Bank A als Pfandgläubigerin die Pfandobjekte versteigern lassen und sich aus dem Erlös des Pfandes bezahlt machen (Art. 891 Abs. 1 ZGB). Auf die Versteigerung ist hier nicht näher einzugehen (vgl. Art. 151 bis 158 SchKG). Eine Vereinbarung einer Verfallklausel, die dem Pfandgläubiger das Eigentum am Pfandobjekt verschaffen würde, ist gemäss Art. 894 ZGB unzulässig.

Dass trotz Pfandbestellung eine persönliche Haftung der InnoTech besteht, ändert nichts an der Möglichkeit der Pfandverwertung. Abgesehen von der Tatsache, dass die finanziellen Verhältnisse der InnoTech eher ernüchternd aussehen dürften, könnte sie sich auf das sogenannte *beneficium excussionis realis* berufen und so zunächst einer persönlichen Haftung entgehen.

### b) Auswirkungen auf Vertragsverhältnis

Nach der Verwertung des Pfandgegenstandes ist die InnoTech nicht mehr in der Lage, den Vertrag über die Maschinenbenutzung zu erfüllen. Das Mietrecht sieht jedoch für den Eigentümerwechsel am Mietobjekt in Art. 261 OR eine besondere Regelung vor, wonach das Mietverhältnis grundsätzlich mit dem Eigentum auf den Erwerber übergeht ("Kauf bricht Miete nicht").<sup>20</sup> Erfasst ist dabei auch der Fall, bei welchem dem Vermieter die Sache wie vorliegend in einem Betreibungsverfahren entzogen wird.

Art. 261 Abs. 2 lit. b OR erlaubt dem neuen Eigentümer die Auflösung des Mietverhältnisses spätestens mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin. Für bewegliche Sachen sieht Art. 266f OR eine Kündigungsfrist von drei Tagen auf einen beliebigen Zeitpunkt vor. Der neue Eigentümer der Maschinen kann das Mietverhältnis mit der Naasource somit unter Beachtung der dreitägigen Frist jederzeit kündigen. Es ist anzunehmen, dass im ursprünglichen Vertrag zwischen

<sup>20</sup> Die Art. 261 bis 261b OR gelten sinngemäss beim Eigentümerwechsel im Rahmen eines Pachtvertrags, Art. 290 OR.

kündigen. Es ist anzunehmen, dass im ursprünglichen Vertrag zwischen InnoTech und Naasource – mit Rücksicht auf die Produktionsbedingungen der Naasource – eine längere als die dispositive Kündigungsfrist vorgesehen war. Falls der neue Eigentümer früher kündigt, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter erlaubt hätte, so gewährt Art. 261 Abs. 3 OR dem Mieter gegenüber dem ehemaligen Eigentümer einen Anspruch auf Ersatz des ihm daraus entstandenen Schadens.

Die Naasource kann gegenüber dem neuen Eigentümer nicht einwenden, sie selbst habe das für die Maschinenbenutzung geschuldete Entgelt der InnoTech bezahlt. Im Verlust der vertraglich vereinbarten längeren Kündigungsfrist liegt ein Nachteil dieses Finanzierungsmodells für denjenigen Leiterplatten-Hersteller, der seine Verpflichtungen ordnungsgemäss erfüllt hat.

---