

Lösungsvorschlag zu Fall 1

I.

1. Die Zuweisung der Wertschriften, des Bargelds und des Geldes auf den Konten der Kantonalbank ist eine Teilungsvorschrift gemäss Art. 608 Abs. 1 ZGB. Die Vermutung des Art. 608 Abs. 3 ZGB geht von einer Teilungsvorschrift aus und nicht von einem Vorausvermächtnis. Ein anderer Wille ist aus der letztwilligen Verfügung nicht erkennbar. Insbesondere wird alles aufgeteilt, wobei beide Erben wertmässig gleich viel erhalten. Dies spricht gegen die Annahme eines Vermächtnisses und für eine Teilungsvorschrift.

Der VW Golf gehört Anna und ist somit nicht Teil des Nachlasses. Tanner kann darüber folglich nicht verfügen. Gemäss Art. 484 Abs. 3 ZGB ist bei Gegenständen, die sich nicht im Nachlass befinden, der Vermächtnisbeschwerter nicht verpflichtet, es sei denn, ein anderer Wille aus der Verfügung sei ersichtlich. Es ist deshalb zu prüfen, ob es sich um ein *Verschaffungsvermächtnis* zugunsten von Emil handelt.¹ Beim Verschaffungsvermächtnis kann der Erblasser auch Sachen vermachen, die sich im Eigentum der mit dem Vermächtnis beschwerten Person selbst oder eines Dritten befinden.² Es handelt sich somit nicht um ein Vermächtnis zu Lasten des gesamten Nachlasses, sondern nur zu Lasten der Erbin Anna. Der Wortlaut des Testaments benützt eine eigenwillige Sprache, was den VW Golf angeht. Ein Wortlaut, wonach Anna den Golf ihrem Onkel vermachen müsse, würde direkter auf ein Vermächtnis deuten. Im Kontext zum nachfolgenden Satz, wonach Anna *überdies* ein Darlehen zu erlassen habe, wird klar, dass sie mit beiden Vermächtnissen belastet werden soll. Ein Verschaffungsvermächtnis hinsichtlich des VW Golf erscheint somit eindeutig als vertretbar. Der Wortlaut „Mein Bruder Emil erhält den VW Golf meiner Tochter Anna“ spricht gegen die Annahme einer Bedingung oder einer Auflage für den Erbteil Annas. Sie spricht auch gegen eine Erbeinsetzung Emils, denn sowohl Auto und Geld sind aus Annas Erbteil auszurichten.

Der Erlass der Darlehensrückzahlung ist als *Liberationsvermächtnis* (Liberationslegat) im Sinne von Art. 484 Abs. 2 ZGB („...oder ihn von Verbindlichkeiten zu befreien“) zu qualifizieren.³ Wiederum belastet dieses Vermächtnis nur Anna.

Der Wortlaut zur Klausel über die Kirchenangehörigkeit deutet klar auf eine Bedingung. Der Antritt des Vermächtnisses wird von einem Tun *abhängig* gemacht, ist also suspensiv bedingt: „Um das Geld und das Auto zu erhalten, muss er wieder der reformierten Kirche beitreten.“ Die Bedingung des Beitritts zur reformierten Kirche ist eindeutig sittenwidrig.⁴ Der Beitritt zu einer Konfession betrifft die höchstpersönliche Sphäre, die von Art. 27 ZGB geschützt ist. Diese soll nicht durch Geld beeinflusst werden und der freien Entscheidung der einzelnen Person überlassen sein.⁵ Die Folge ist die Ungültigkeit gemäss Art. 482 Abs. 2 ZGB.

2. Die Zuweisung der Sachen an Jakob ist wiederum eine Teilungsvorschrift im Sinne von Art. 608 Abs. 1 ZGB. Die Klausel über die Nichtveräusserung des Hauses ist eine Auflage im Sinne von Art. 482 ZGB. Sie soll 25 Jahre dauern. Die Abgrenzung zwischen einer Bedingung und einer Auflage erfolgt durch Auslegung. Vermutungen gibt es nicht.⁶ Vorliegend fehlt eine Frist zur Erfüllung der Verpflichtung, was für die Auflage und gegen eine Bedingung spricht.⁷ Die Zuteilung des Hauses scheint nicht von der Einhaltung des Veräusserungsverbot abhängig zu sein. Alles spricht somit für die Annahme einer erbrechtlichen Auflage.

Es stellt sich die Frage, ob der Erblasser die wirtschaftliche Freiheit Jakobs durch das Veräusserungsverbot unverhältnismässig beeinträchtigt, weil durch eine solche Anordnung seine wirtschaftliche Existenz bedroht werden könnte. Hier ist jedoch entgegenzuhalten, dass Grundeigentum mit Hypotheken belastet werden kann

¹ Zum Verschaffungsvermächtnis siehe BSK-Huwiler, ZGB 484 N 76 ff.

² BSK-Huwiler, ZGB 484 N 82 f.

³ Vgl. dazu ZK-Escher, ZGB 484 N 17.

⁴ Siehe die Beispiele bei BSK-Staehelin, ZGB 482 N 37.

⁵ Siehe BSK-Staehelin, ZGB 482 N 37.

⁶ Vgl. BGE 120 II 182 ff., 184 f.; vgl. auch Riemer, Jusletter 17. Juli 2000, Rz. 1.

⁷ BSK-Staehelin, ZGB 482 N 1.

und dass eine derartige Auflage nur schuldrechtlich wirkt. Die Auflage kann eine Veräusserung nicht verhindern; bei Zuwiderhandlung ist nicht einmal Schadenersatz geschuldet.⁸ Die Auflage betreffend das Veräusserungsverbot ist somit zulässig.

Die Klausel bezüglich der Rosen nützt niemandem etwas und ärgert Jakob. Gemäss Sachverhalt wusste Tanner dies. Die Klausel dient somit nur dem Ärger. Sie ist als Auflage ausgestaltet. Der Erwerb des Hauses ist nicht von der Bepflanzung mit Rosen abhängig. In der Lehre wird gefordert, dass die lästige Auflage auch anderen Leuten ausser dem Beschwerten lästig sei.⁹ Die Rosenbepflanzung dürfte vorliegend nur Jakob ärgern. Die Klausel könnte deshalb auch als *unsinnig* betrachtet werden, denn sie verfolgt keinen Zweck ausser dem Ärger Jakobs. Als *vexatorische* Auflage ist sie deshalb gemäss Art. 482 Abs. 3 ZGB zu streichen.

3. Dem Text nach handelt es sich um eine *Erbeinsetzung* Wotans (Art. 483 ZGB). Als Hund ist Wotan jedoch nicht rechtsfähig im Sinne von Art. 11 ZGB und kann deshalb nichts erben.¹⁰ Gemäss Art. 482 Abs. 4 ZGB gilt eine Zuwendung an ein Tier als Auflage, für das Tier tiergerecht zu sorgen. Belastet ist durch diese Auflage der gesamte Nachlass.

II.

4. Wäre die Bedingung gültig, würde Emil nichts bekommen, sofern er nicht der reformierten Kirche beiträgt. Die Klausel über den Beitritt zur reformierten Kirche ist jedoch eindeutig sittenwidrig (siehe oben, Ziff. 2).

Sittenwidrige Bedingungen und Auflagen machen die damit verbundene Verfügung gemäss dem Wortlaut des Art. 482 Abs. 2 ZGB ungültig. Fällt somit die Bedingung weg, ist auch die Verfügung hinfällig. Emil würde folglich nichts erhalten. Damit würde jede Klage nichts bringen.

Nach neuerer Lehre infiziert jedoch die sittenwidrige Bedingung die mit ihr verbundene Verfügung nur, wenn sich aufgrund der Auslegung der Verfügung ergibt, dass der Erblasser die Begünstigung ohne die rechts- oder sittenwidrige Auflage nicht belassen will.¹¹ Art. 482 Abs. 2 ZGB ist nach dieser Ansicht nur eine widerlegbare Vermutung. Bei Bedingungen dürfte es schwieriger als bei Auflagen sein, diese Vermutung zu widerlegen.

⁸ BSK-Huwiler, ZGB 482 N 39; vgl. auch BGE 99 II 375 ff., 381.

⁹ ZK-Escher, ZGB 482 N 36; BK-Tuor, ZGB 482 N 32.

¹⁰ Vgl. die Botschaft zu Art. 482 Abs. 4 ZGB in BBl 2002 4168 f.: „*Verschiedentlich werden in letztwilligen Verfügungen Tiere bedacht: Entweder werden sie als Erbe eingesetzt oder es werden ihnen Vermögenswerte vermacht. Nach geltendem Recht könnte eine solche Zuwendung als unsinnig betrachtet werden (Art. 482 Abs. 3 ZGB), da das Tier keine Rechtsfähigkeit hat, also weder Erbe noch Vermächtnisnehmer sein kann. Ein Erbe, der sich gegen diese Zuwendung stellt, könnte somit versuchen, den Willen des Erblassers zu durchkreuzen. Der neue Absatz 4 von Artikel 482 ZGB hält die Bedeutung fest, die einer solchen Zuwendung zukommt: Sie gilt als Auflage zu Lasten des Erben oder des Vermächtnisnehmers, für das Tier tiergerecht zu sorgen. Schon heute gilt in Bezug auf die Testamentsauslegung der Grundsatz des «favor testamenti», d.h. der Richter muss eine Bestimmung so auslegen, dass sie dem Willen des Erblassers entspricht und aufrechterhalten werden kann, auch wenn ihre Form nicht den Anforderungen des Gesetzes genügt. Die neue Bestimmung enthält eine Auslegungsregel, nämlich die gesetzliche Anordnung einer Konversion. Auch für den juristischen Laien soll klargelegt sein, wie eine letztwillige Verfügung zu Gunsten eines Tieres zu vollziehen ist. Nach Absatz 1 von Artikel 482 ZGB hat jedermann, der ein Interesse hat, einen Klageanspruch auf Vollziehung der Auflage. So könnte beispielsweise ein Tierschutzverein auf Erfüllung der Auflage klagen. Nach herrschender Lehre und Praxis entsteht allerdings bei Nichterfüllung der Auflage kein Schadenersatzanspruch. Mit der Formulierung von Artikel 482 Absatz 4 (neu) ZGB wurde bewusst vermieden, das Tier als Erben oder Vermächtnisnehmer zu bezeichnen. Dem Tier Rechtsfähigkeit oder auch bloss Teilrechtsfähigkeit zu verleihen, ist mit unserem Rechtssystem nicht vereinbar. Der eingefügte Absatz erlaubt es, dem Willen der verstorbenen Person in Bezug auf ihr Tier Rechnung zu tragen, ohne diesem die Rechtsfähigkeit zuzusprechen.*“

¹¹ Daniel Abt, Die Ungültigkeitsklage im Schweizerischen Erbrecht, Diss. Basel 2002, S. 129; BSK-Staehelin, ZGB 482 N 34 und 35.

Emil muss die Ungültigkeitsklage im Sinne von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB anheben. Der vorliegend genannte Anwendungsfall der unsittlichen Bedingung ist in Ziff. 3 dieses Artikels explizit erwähnt. Das Vermächtnis muss jedoch nicht ganz aufgehoben werden.¹² Es ist der hypothetische Willen des Erblassers zu erforschen.

Emil kann sich mit der Ungültigkeitsklage auch auf einen Willensmangel Tanners berufen (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).¹³ Emil kann argumentieren, dass Tanner das Vermächtnis an ihn beibehalten hätte, wenn er von der Sittenwidrigkeit der Klausel über die Kircheng Zugehörigkeit gewusst hätte.

Emil ist zur Ungültigkeitsklage aktivlegitimiert. Er hat als Bedachter ein Interesse daran, dass die sittenwidrige Bedingung ungültig erklärt wird (Art. 519 Abs. 2 ZGB). Passivlegitimiert ist diejenige Person, die aus der ungültigen Verfügung zum Nachteil des Klägers Vorteile erbrechtlicher Art ziehen kann.¹⁴ Dies ist Anna. Wird die Bedingung für ungültig erklärt, nicht aber das Vermächtnis, muss sie ihren VW Golf an Emil vermachen und ihm ein Darlehen erlassen. Sie hat deshalb ein Interesse, dass die Verfügung mitsamt Bedingung wegfällt.

Sofern Emil des Geldes und des Autos wegen bereit ist, der Kirche wieder beizutreten und dies auch tut, müsste Anna beide Vermächtnisse an ihn ausrichten. Es stellt sich die Frage, ob sich auch Anna auf die Ungültigkeit der Bedingung berufen kann, denn ihre eigene religiöse Freiheit wäre davon nicht betroffen. Zwei Argumentationen sind vertretbar. Im Schutzbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich nur die betroffene Person auf die dort vorgesehene *Nichtigkeit* berufen.¹⁵ In casu geht es zwar nur um die *Anfechtbarkeit* der Religionsklausel, dies ändert aber am Resultat nichts. Sie kann deshalb, da es nicht um ihre persönliche Freiheit geht, nach dieser Argumentation keine Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erheben. Die zweite Argumentation geht von der allgemeinen Unsittlichkeit aus, Glaubensfragen zu kommerzialisieren. Es stellt einen Verstoss gegen die guten Sitten dar, jemanden mit Geld in eine Kirche zu locken. Auf diese Art der Unsittlichkeit kann sich auch Anna mittels Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB berufen.¹⁶

Anna ist gemäss Art. 519 Abs. 2 ZGB aktivlegitimiert. Sie hat ein Interesse daran, dass das Vermächtnis für ungültig erklärt wird. Passivlegitimiert ist Emil, der in den Genuss des Vermächtnisses gekommen wäre.

Die Klausel in Nummer 4 ist die so genannte *privatorische Klausel*.¹⁷ Sie ist gültig, sofern sie in einer formgültigen Verfügung enthalten ist. Sie ist jedoch unzulässig, wenn sie die Anfechtung einer unsittlichen oder rechtswidrigen Verfügung einschränkt. Das Verässerungsverbot ist in casu zulässig, die zahlreichen Vermächtnisse ebenfalls. Es dürfte sich somit um eine unproblematische Klausel handeln, mit Ausnahme hinsichtlich der Klausel der Kircheng Zugehörigkeit, die eindeutig ungültig ist. Die privatorische Klausel darf nicht bewirken, dass eine rechts- oder sittenwidrige Anordnung nicht angefochten wird. Die privatorische Klausel bleibt vorliegend deshalb ohne Bedeutung.¹⁸

Die Ungültigkeitsklagen von Emil oder Anna müssen gemäss Art. 521 Abs. 1 ZGB innert eines Jahres nach Kenntnis der Verfügung anhängig gemacht werden. Diese Frist ist vorliegend nicht abgelaufen.

¹² Siehe BGE 119 II 208 ff., 211: „*L'annulation d'une disposition viciée peut être partielle (RIEMER, Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge, in Festschrift für Max Keller, Zurich 1989, p. 258). Dans ce cas, il faut interpréter la volonté hypothétique du testateur pour déterminer ce qui doit subsister (DRUEY, op.cit., p. 148 no 58).*”

¹³ Vgl. Abt, S. 129.

¹⁴ Abt, S. 60.

¹⁵ BSK-Huguenin, ZGB 28 N 21.

¹⁶ Vgl. Abt, S. 131 Fn. 642.

¹⁷ Siehe dazu BSK-Staehelin, ZGB 482 N 40 und BGE 117 II 239 ff., 244 f.; eingehend Breitschmid, Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln im Testamentsrecht, ZSR 1983 I S. 109 ff.

¹⁸ Eigentlich entfaltet die privatorische Klausel ihre Wirkung nur bei einer erfolglosen Anfechtung, siehe BSK-Staehelin, ZGB 482 N 40.

III.

5. Die Erben können eine Teilung nach ihren eigenen Wünschen vornehmen, wenn sie sich darüber einig werden. Der Erblasser kann dies durch Teilungsvorschriften nicht verhindern.¹⁹ Sie können einen Teilungsvertrag abschliessen. Dieser bedarf der Schriftform (Art. 634 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 7 ZGB und Art. 13 Abs. 1 OR), nicht jedoch der öffentlichen Beurkundung, auch wenn es um die Zuteilung von Grundstücken geht.²⁰

IV.

6. In Frage kommt die erbrechtliche Ausgleichung (Art. 626 ZGB). Grundsätzlich müssen die Erben alles zur Ausgleichung bringen, was der Erblasser ihnen bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat. Jakob und Anna sind Erben. Die Bezahlung der Gymnasiumszeit und des Studiums gehören zur Unterhaltspflicht für unmündige und mündige Kinder (Art. 277 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB). Die Bezahlung dieser Kosten wurde deshalb in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht erbracht und muss nicht ausgeglichen werden.²¹ Auch gemäss Art. 631 Abs. 1 ZGB sind Auslagen zur Erziehung und Ausbildung vermutungsweise lediglich dann der Ausgleichung unterworfen, sofern sie das übliche Mass übersteigen. Der Sachverhalt erwähnt das übliche Mass nicht. Die MBA-Ausbildung erscheint indessen als Zusatzausbildung, die nebst dem Ökonomiestudium nicht unbedingt notwendig gewesen wäre. Diese Ausbildung können sich ausgebildete Ökonomen auch selber finanzieren – auch eine berufsbegleitende Variante wäre denkbar. Die CHF 120'000 für den MBA überschreiten deshalb das übliche Mass und sind der Ausgleichungspflicht unterworfen.

Keine Rolle spielt, dass Anna gemäss Testament alles Bargeld und alle Forderungen erhält. Es geht dabei lediglich um eine Teilungsvorschrift. Die Ausgleichung kann durch Einwerfung des Geldes in den Nachlass geschehen oder durch Anrechnung bei der Erbteilung (Art. 628 Abs. 1 ZGB).

Jakob kann eine Leistungsklage²² mit folgendem Rechtsbegehren gegen Anna erheben.²³ Aktivlegitimiert ist Jakob, der die Ausgleichung verlangt. Passivlegitimiert ist Anna als Erbin, die zu Lebzeiten eine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten hat.²⁴

Es sei die Beklagte Anna zu verpflichten, dem Kläger CHF 60'000 (1/2 von CHF 120'000) zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Alternative Formulierung: Es sei die Beklagte Anna zu verurteilen, CHF 120'000 in die Erbschaftsmasse einzuwerfen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.²⁵

Da Jakob den Betrag genau beziffern und auf Leistung klagen kann, fehlt ein separates Feststellungsinteresse.²⁶ Die Klage wird nur im Umfang von CHF 60'000 Erfolg haben, denn nur die Kosten des MBA, nicht aber die Kosten des Studiums und des Gymnasiums überschreiten das übliche Mass.

¹⁹ BSK-Schauvelberger, ZGB 608 N 10.

²⁰ BSK-Schauvelberger, ZGB 634 N 17.

²¹ BSK-Forni/Piatti, ZGB 626 N 12 und ZGB 631 N 5.

²² Siehe die Überlegungen bei BGE 123 III 49 ff. 51 f. und BSK-Forni/Piatti, ZGB 626 N 21.

²³ Siehe das Beispiel bei BGE 67 II 207 ff., 209.

²⁴ Vgl. Brückner, Die erbrechtlichen Klagen, Bern 1999, N 170 ff., 177 ff. Brückner schlägt eine Feststellungsklage vor (N 180), die im vorliegenden Fall so zu formulieren wäre: Es sei festzustellen, dass die Zahlung von CHF 120'000 an die Beklagte eine ausgleichungspflichtige Zuwendung darstelle, die der für die massgeblichen Berechnungsmasse hinzuzuzählen und an den Erbteil anzurechnen ist; vgl. auch Arthur Jost, Der Erbteilungsprozess, Bern 1960, S. 132.

²⁵ Frei nach dem Beispiel von Arthur Jost, Der Erbteilungsprozess, Bern 1960, S. 132.

²⁶ Vgl. BGE 84 II 685 ff., 694; BGE 123 III 49 ff., 51 f.

V.

7. Zu prüfen ist der Vollziehungsanspruch. Jedermann, der ein Interesse an der Vollziehung der Auflage hat, kann klagen (Art. 482 Abs. 1 ZGB). Ein tatsächliches Interesse genügt. Mit dem Grundbucheintrag ist der Eigentumsübergang perfekt. Das Veräußerungsverbot kann nicht mehr vollzogen werden. Anna hat jedoch keinen Schaden erlitten. Sie hat ihr Erbe erhalten. Auf das Erbe, das an ihren Bruder Jakob gegangen ist, hat sie unter keinem Titel einen Anspruch, auch bei Nichtbeachtung des Veräußerungsverbots nicht. Die herrschende Lehre verneint Schadenersatzansprüche und die analoge Anwendung des Schenkungsrechts, welches eine Rückforderung des Geschenkten bei Nichtbeachtung von Auflagen vorsieht (Art. 249 Ziff. 3 OR).²⁷ Auch das Geschäft, welches in Missachtung des Veräußerungsverbots getätigt worden ist, bleibt gültig.²⁸

Lösungsvorschlag zu Fall 2

Methode

Eine erste Analyse ergibt, dass der Pfandvertrag mangels Besitzverschaffung ungültig ist. Die Schule muss deshalb ohne Sicherheiten aus dem Unterrichtsvertrag Geld fordern. Wesentlichstes Problem ist hier, ob das jederzeitige Kündigungsrecht nach Art. 404 OR anwendbar ist oder nicht.

Der Handwerker kann innert drei Monaten nach Fertigstellung des Werks ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen. Ist er damit erfolgreich, muss die Schule auch noch für die Kosten des Umbaus aufkommen. Da Albert knapp bei Kasse ist und das Grundpfand auf der Schule nicht ablösen kann, könnte der Handwerker die Grundpfandverwertung anstreben. Es lohnt sich deshalb, das Verhältnis zwischen Schmid und dem Berginstitut zuerst anzusehen. Dadurch wird klar, wie viel das Berginstitut von Albert verlangen kann.

Schmid vs Albert: Anspruch auf Zahlung des Werkpreises (Art. 363 OR)

Zwischen Schmid und Albert ist ein Werkvertrag nach Art. 363 OR zu Stande gekommen. Schmid schuldet die Lieferung und den Einbau diverser Gegenstände in Alberts Zimmer. Damit ist ein Erfolg geschuldet. Der Sachverhalt enthält keine Angaben, dass die Arbeit nicht richtig ausgeführt worden wäre oder dass der Preis von CHF 10'000 nicht der Abmachung oder der Erwartung entsprochen hätte. Gemäss Art. 372 OR hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu bezahlen; eine anderslautende Vereinbarung wird im Sachverhalt nicht erwähnt. Gemäss Sachverhalt wurden die Arbeiten Ende Februar fertig gestellt. Albert schuldet folglich Schmid CHF 10'000. Albert ist im Verzug. Schmid kann nach Art. 107 Abs. 2 OR am Vertrag festhalten und Erfüllung (CHF 10'000) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz nach Art. 109 Abs. 2 OR verlangen. Gemäss Sachverhalt zahlt Albert aber nicht und ist finanziell angespannt. Diese Lösung ist folglich nur von theoretischem Interesse. Erfolgsversprechender dürfte somit die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sein (siehe unten).

Schmid vs Berginstitut: Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

In Frage kommt das Bauhandwerkerpfandrecht nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Anspruchsberechtigt ist der Handwerker, der Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert hat für eine Baute oder ein Werk auf einem Grundstück. Beides ist zutreffend. Schmid baute einen speziellen Boden und eine spezielle Decke ins Zimmer ein und montierte neue Fenster mit Rahmen. Alles erfolgte für eine Baute, i.e. das Zimmer des Edgar im Schulgebäude der Berginstitut AG. Die eingebauten Gegenstände müssen Bestandteile der Baute werden.²⁹ Dies ist der Fall. Eine Holzdecke, neue Fenster, ein neuer Wasserhahn und ein neuer Boden sind ohne Beschädigung nicht wieder von der Baute zu trennen, womit sie die Erfordernisse eines Bestandteils nach Art. 642 Abs. 2 ZGB erfüllen.

²⁷ BSK-Staehelin, ZGB 482 N 25 und 39.

²⁸ BSK-Staehelin, ZGB 482 N 39. Vgl. auch ausführlich Beatrice Uffer-Tobler, Die erbrechtliche Auflage, Diss. Zürich 1982, S. 130 ff.

²⁹ BSK-Hofstetter, OR 839/840 N 6.

Das Bundesgericht lässt ein Bauhandwerkerpfandrecht auch beim Mieterbau zu.³⁰ Die Voraussetzungen sind, dass der Grundeigentümer den Arbeiten zugestimmt bzw. sie in Kauf genommen hat und durch den Mieterbau ein Mehrwert resultiert.³¹ Vorliegend hatte die Schulleitung gemäss Sachverhalt Kenntnis von den Umbauten und den Plänen. Sie machte den Handwerker sogar auf gefährliche Leitungen aufmerksam und gab ihm den Schlüssel zum Gebäude. Damit nahm sie die Bauarbeiten in Kauf. Mit guten Gründen lässt sich eine konkludente Zustimmung daraus ableiten. Es ist weiter zu prüfen, ob die ausgeführten Arbeiten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sind, den Wert der Liegenschaft zu erhöhen.³² Auch dies trifft zu. Edgars Zimmer - und damit die ganze Liegenschaft - wird einen höheren Wert aufweisen als vorher. Aufgrund des Sachverhalts lässt sich jedoch nicht genau feststellen, wie hoch dieser Mehrwert ausfällt.³³ Der Sachverhalt enthält keine Angaben, dass die Arbeiten übersteuert waren. Für den weitere Lösung ist deshalb davon auszugehen, dass ein Mehrwert im Umfang der Handwerkerkosten von CHF 10'000 eingetreten ist.

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf für die ausgeführten Arbeiten keine andere Sicherheit bestehen. Der Sachverhalt erwähnt keine anderen Sicherheiten. Die Eintragung hat innert drei Monaten seit Fertigstellung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Gemäss Sachverhalt stellt Schmid das Werk Ende Februar 2006 fertig und fragt sich, was zu tun ist. Eine Klage auf Eintragung wäre deshalb noch in der Dreimonatsfrist bis Ende Mai 2006 möglich.

Fazit: Schmid kann ein Bauhandwerkerpfandrecht in der Höhe von CHF 10'000 im Grundbuch eintragen lassen.

Berginstitut vs Albert: Anspruch auf Bezahlung des Schulgelds aus Innominatkontrakt

Das Berginstitut ist mit Albert einen Schulvertrag eingegangen. Ein derartiger Vertrag ist im OR nicht geregelt. Der Vertrag lässt sich jedoch aus mehreren Komponenten zusammensetzen (Miete des Zimmers, Unterricht als Auftrag, Kauf der Lehrmittel, Ausfertigung der Zeugnisse und Zubereitung der Speisen als werkvertragliche Elemente). Der Unterrichtsvertrag ist somit ein Innominatkontrakt *mixti iuris*.³⁴

Zu prüfen ist, ob ein derartiger Vertrag aufgrund eines allgemeinen Unlustgefühls fristlos kündbar ist. Eine rechtliche Grundlage hierfür wäre Art. 404 OR. Das Auftragsrecht ist zumindest teilweise auf den Unterrichtsvertrag anwendbar und bildet dessen Schwerpunkt, während die restlichen Elemente (Unterkunft, Essen) eher Voraussetzung zur Erteilung des Unterrichts bilden. Das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Eltern, Schule und Kind würde es rechtfertigen, den Unterrichtsvertrag als „typischen Auftrag“³⁵ zu qualifizieren und damit eine fristlose Kündigung zuzulassen, denn der Vertrag ist stark von den Leistungen der Lehrpersonen abhängig.³⁶ Die Hausordnung und das Internatsleben stellen zumeist einen ziemlich starken Eingriff in die persönliche Lebensgestaltung dar. Im Internat muss man sich anpassen. Dies spricht ebenfalls für die Möglichkeit der freien und fristlosen Kündigung.

Dies bedeutet, dass *bereits bezogene Leistungen* aus dem Schulvertrag bezahlt werden müssen, denn die Kündigung gemäss Art. 404 OR wirkt nur *ex nunc*. Schadenersatz für die Kündigung zur Unzeit wäre unter den Voraussetzungen des Art. 404 Abs. 2 OR erhältlich. Art. 404 OR ist zwingendes Recht und kann vertraglich nicht eingeschränkt werden. Die Kündigungsfrist des Schulvertrags hat vorliegend deshalb keine Wirkung.³⁷

Die Schule benötigt eine verlässliche Zahl von Schülern für die Planung (Einstellung von Lehrern, Bereitstellung von Essen und Räumen). Die Kündigung nach dem ersten Monat eines Schuljahres erfolgt zur Unzeit, denn die Planung für das Schuljahr ist in diesem Zeitpunkt fertig gestellt. Dieser Interessenlage ist bei der Beurteilung der Kündigung zur Unzeit Rechnung zu tragen. Sie muss aufgrund des jederzeitigen Widerrufsrechts oder aufgrund ungenügender Leistungen der Schüler aber auch damit rechnen, dass Schüler die Schule wieder verlassen. Die Schule hat ihren Schaden in der Höhe des negativen Interesses darzulegen, beispielsweise dass sie andere Schüler wegen Edgars Anmeldung nicht aufnehmen konnte (dies war nicht der Fall, sonst hätte sie mehr Schüler in Edgars Klasse) oder den

³⁰ Siehe BGE 116 II 677; BGE 126 III 505.

³¹ Vgl. BGE 116 II 677 ff., 681; BGE 126 III 505 ff., 507; vgl. BSK-Weber, OR 260a N 7.

³² BGE 126 III 505 ff., 507.

³³ Vgl. die Ausführungen in BGE 126 III 505 ff., 508.

³⁴ BSK-Schluop/Amstutz, Einl. vor Art. 184 ff. N 422; SJZ 79 (1983) S. 247.

³⁵ BSK-Weber, OR 404 N 10.

³⁶ SJZ 92 (1996) S. 67; SGGVP 1989 S. 74 ff., 75; SJZ 79 (1983) S. 247.

³⁷ SJZ 79 (1983) S. 247.

Weggang Edgars nicht anderweitig ausgleichen kann.³⁸ Es ist unwahrscheinlich, dass das Berginstitut den Weggang Edgars nach einem Monat noch innerhalb des angebrochenen Schuljahres ausgleichen kann. Zu ersetzen wäre somit alles, was die Schule bekommen hätte, wenn die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgt wäre.³⁹ Sie muss sich aber auch anrechnen lassen, was sie durch den vorzeitigen Weggang Edgars einsparen kann. Schulbücher können auch nächstes Jahr verwendet werden, es wird weniger Essen benötigt etc.

Keine Rolle spielt jedoch, dass Edgars Klasse bereits die Minimalzahl von 18 Schülern aufweist. Er kann nicht die Rolle des 19. Schülers übernehmen, bei dessen Absage kein Schaden mehr entsteht, weil die Mindestzahl von 18 Schülern bereits erreicht ist. Diese Argumentation geht bei mehreren Kündigungen nicht auf. Die Kosten des Unterrichts für Edgars Klasse werden aus allen Schulgeldern zusammen bestritten.⁴⁰

Genaue Schadenersatzsummen können im vorliegenden Fall mangels verfügbarer Daten nicht gemacht werden.

Berginstitut vs Albert: Anspruch aus Pfandverwertung (Art. 891 ZGB)

Das Berginstitut hat die Bezahlung der Jahrespauschale gestundet und einen Pfandvertrag mit Albert abgeschlossen. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob das Pfand am Warenlager und den einzelnen Gegenständen zu Stande gekommen ist.

Die erste Voraussetzung ist ein Pfandvertrag. Gemäss Sachverhalt wurde dieser in Schriftform geschlossen und nannte die einzelnen Gegenstände des Warenlagers. Eine generelle Umschreibung ist ausreichend und genügt den Anforderungen des *Spezialitätsprinzips*, solange die *Bestimmbarkeit* gegeben ist.⁴¹

Die zweite Voraussetzung ist die Einräumung des Besitzes (Art. 884 Abs. 1 ZGB). Der Verpfänder darf nicht ausschliessliche Gewalt über die verpfändete Sache behalten (Art. 884 Abs. 3 ZGB). Gemäss Sachverhalt werden die Gegenstände für den laufenden Sanitärbetrieb benötigt und können nach wie vor benutzt werden. Eine Besitzesübertragung im eigentlichen Sinne ist unterblieben. Die Einräumung eines so genannten Raumbewahrsams genügt zwar an sich. Die Bestimmung des Art. 884 Abs. 3 ZGB bedeutet jedoch, dass der Verpfänder nicht alleine über die Pfandsachen verfügen können darf.⁴² Indem Albert nur einen Ersatzschlüssel abgegeben hat, hat er die Möglichkeit, alleine mit dem Hauptschlüssel über die Pfandgegenstände zu verfügen und diese für die laufenden Bedürfnisse des Sanitärbetriebs zu verwenden.

Fazit: Das Pfandrecht über das Warenlager ist mangels gültiger Besitzesübertragung nicht zustande gekommen. Das Berginstitut hat keinen Anspruch darauf, sich aus dem Erlös des Pfandes bezahlen zu lassen.

Oben wurde dargelegt, dass Zimmermann Schmid ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen kann. Um die Zwangsvollstreckung des Grundstücks gemäss Art. 816 Abs. 1 ZGB zu verhindern, sollte das Berginstitut für die Bezahlung der noch offenen Handwerkerforderung besorgt sein. Der Mieter müsste dies eigentlich tun; vorliegend kann Albert dies aber kaum bezahlen. Unterlässt dieser die Bezahlung oder die Stellung einer Sicherheit zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts, so befindet er sich im Verzug gemäss Art. 107-109 OR.⁴³ Bezahlt die Schule diese Rechnung, kann sie gemäss Art. 827 ZGB und Art. 110 Ziff. 1 OR aufgrund der Subrogation gegen Schmid die Bezahlung der CHF 10'000 aufgrund des Werkvertrags verlangen.

³⁸ BSK-Weber, OR 404 N 17; siehe die ähnliche Lösung bei SJZ 79 (1983) S. 247 ff., 249.

³⁹ BSK-Weber, OR 404 N 17; BK-Fellmann, OR 404 N 70 f.

⁴⁰ Vgl. die Überlegungen bei BJM 1996 S. 257 ff., 259 f.

⁴¹ BSK-Bauer, ZGB 884 N 44.

⁴² BGE 89 II 314 ff., 319: „Für das schweizerische Recht ist von Art. 884 Abs. 3 ZGB auszugehen. Danach ist das Pfandrecht nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält. Das bedeutet, dass der Verpfänder nicht selbständig, mit Ausschluss des Pfandgläubigers, über die Pfandsache darf körperlich verfügen können (...) Soll der Pfandbesitz durch Einräumung eines sog. Raumbewahrsams begründet werden, so muss der Pfandgläubiger den einzigen oder die sämtlichen Schlüssel oder aber von mehreren Schlüsseln einen erhalten, ohne den sich der Raum (das Behältnis) nicht öffnen lässt.“

⁴³ Vgl. BSK-Weber, OR 260a N 7.

Albert vs Berginstitut: Anspruch auf Mehrwert aus Mieterbau (Art. 260a Abs. 3 OR analog)

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob das Berginstitut den Mehrwert, der sich durch die Umbauten ergibt, entschädigen muss. Die Unterbringung im Internat als Teil des Schulvertrags ist eindeutig mietrechtlicher Natur. Die relevante Bestimmung ist Art. 260a Abs. 3 OR, deren Anwendung auch auf den vorliegenden Innominatkontrakt passt.

Die erste Voraussetzung ist die Zustimmung des Vermieters. Das Gesetz sieht hierfür die einfache Schriftlichkeit vor (Art. 260a Abs. 1 und 3 OR i.V.m. Art. 13 OR). Eine schriftliche Zustimmung ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht. Die Schulleitung hat die Pläne gesehen, den Handwerker auf gefährliche Leitungen aufmerksam gemacht und ihm Schlüssel ausgehändigt. Dies ist lediglich, aber immerhin eine stillschweigende Zustimmung. Ob diese ausreicht, hängt davon ab, ob die einfache Schriftlichkeit Beweis- oder Gültigkeitsform ist. Gemäss Weber handelt es sich nur um eine Beweisform.⁴⁴ Da der Vermieter Hand zur Änderung geboten hat, wäre eine Berufung auf die Formungültigkeit der Zustimmung ohnehin rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB.⁴⁵

Die zweite Voraussetzung betrifft den Umfang des Mehrwerts. Der dem Vermieter zufallende Mehrwert muss gemäss Art. 260a Abs. 3 OR *erheblich* sein. Dabei wird nur der Mehrwert für nützliche und notwendige Auslagen für den üblichen Gebrauch des Mietobjekts ersetzt.⁴⁶ Siehe dazu ZK-Higi, OR 260a N 51: „*Einen Wertzuwachs begründen können daher alle Erneuerungen bzw. Änderungen durch den Mieter, die nach allgemeiner Anschauung für den üblichen Gebrauch eines Mietobjektes wie des konkreten (...) nützlich erscheinen. Nicht als wertzuwachsend zu betrachten sind dagegen aussergewöhnliche (z.B. im Vergleich zum gesamten Objekt luxuriöse) und/oder bloss dem individuellen Geschmack und/oder den besonderen Bedürfnissen des Mieters entsprechende bzw. dienende Änderungen oder Erneuerungen.*“ Es dürfte dem Berginstitut nicht möglich sein, ein luxuriöses Zimmer viel teurer zu vermieten. I.c. dürften nur die Isolationsfenster unter die Kategorie der Wertvermehrungen fallen, die dem Berginstitut einen wirklichen Mehrwert einbringen. Diese stellen eine nützliche Änderung dar, vor allem in Anbetracht der alten, undichten Fenster. Der Rest ist luxuriös und muss höchstens teilweise angerechnet werden. Der Sachverhalt erwähnt den Wert der einzelnen Komponenten des Umbaus nicht. Die neuen Fenster dürften den Wert des Zimmers jedoch erheblich steigern.

Das Berginstitut kann die Mehrwertforderung mit den Forderungen aus dem Unterrichtsvertrag und aus der Subrogation des Bauhandwerkerpfandrechts verrechnen nach Art. 120 OR. Alle Forderungen bestehen, sind fällig und wechselseitig.

Fazit: Das Berginstitut muss sich den Mehrwert der neuen Fenster anrechnen lassen, kann diese Forderung aber mit ihren Forderungen gegen Albert verrechnen.

⁴⁴ BSK-Weber, OR 260a N 5.

⁴⁵ Vgl. das Beispiel bei ZK-Higi, OR 260a N 23.

⁴⁶ Vgl. ZK-Higi, OR 260a N 51.