

Lösungsvorschlag zu Fall 1

Methode

Vorliegend stellt sich eine konkrete Frage, die der Schadensermittlung für Frage zwei dient: Wie kann man seinen Ehepartner optimal begünstigen? Die Ausreizung der Vorteile bedingt auch einen Blick ins Güterrecht. Lässt sich das Testament *post mortem* noch im Sinne von Art. 473 Abs. 2 ZGB korrigieren, wenn die Maximalbegünstigung zwar beabsichtigt war, aufgrund mangelhafter juristischer Beratung aber nicht richtig wiedergegeben worden ist? Weitere Probleme stellen sich, wenn Witwe Weber gegen Anwalt Tanner vorgehen möchte: Sie hat zwar einen Schaden erlitten, hat aber keinen Vertrag mit Tanner. Sie tritt zwar in den Vertrag mittels Universalsukzession mit ein – aber nicht alleine, sondern gemeinsam mit dem nicht kooperierenden Sohn. Sie ist deshalb alleine in den Schutzbereich des Vertrags zu bringen, wenn ihr ein Anspruch zustehen soll. Der passende Lösungsaufbau zu Frage 2 beginnt effizienterweise bei den erbrechtlichen Ansprüchen der Witwe Weber. Falls sie das Testament korrigieren kann, reduziert sich ihr Schadenersatzanspruch gegenüber Weber. Diese Gedanken zur Methode dienen nur der Erläuterung des Vorgehens und sind bei der Prüfung wegzulassen.

Achten Sie bei der Ausarbeitung der Lösung generell darauf, dass Sie auf eine orientierungslose Rezitation des Sachverhalts oder der Theorie verzichten. Zeigen Sie schon im Titel, was Sie prüfen. Die korrekte Subsumtion zeigt, ob der konkrete Sachverhalt die Anforderungen des Gesetzes oder der Rechtsprechung erfüllt. Es genügt nicht, die theoretischen Voraussetzungen aufzuzählen und am Schluss festzustellen, dass „folglich alles gegeben“ sei.

Frage 1

Zuweisung der Erträge

Zur Abklärung der güterrechtlichen Möglichkeiten ist das Tierhandelsgeschäft zuerst güterrechtlich einzuordnen. Gemäss Sachverhalt hat die Witwe Weber das Tierhandelsgeschäft geerbt. Die Eheleute Weber befanden sich güterrechtlich im ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Folglich gehört das durch Erbgang erworbene Tierhandelsgeschäft zu ihrem Eigengut (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Die aus dem Eigengut anfallenden Vermögenserträge würden eigentlich in die Errungenschaft fallen (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB).

Gemäss Art. 199 Abs. 2 ZGB hätten die Eheleute Weber vereinbaren können, dass die Erträge des Tierhandelsgeschäfts nicht in die Errungenschaft fallen (Art. 199 Abs. 2 ZGB). Die in Art. 199 Abs. 1 ZGB genannte Beschränkung gilt nicht für Abs. 2.¹ Die Erträge des Tierhandelsgeschäfts hätten mittels Ehevertrag vollumfänglich ihrem Eigengut zugewiesen werden können. Jetzt muss sie diese zuerst güter- (Art. 210 und 215 ZGB) und dann erbrechtlich teilen. Die Form richtet des Ehevertrages sich nach Art. 184 ZGB, es geht folglich um eine öffentliche Beurkundung. Diese kommt aufgrund der Einschränkung im Sachverhalt nicht in Frage.

Verzicht auf Beteiligung am Vorschlag

Dasselbe gilt für den einseitigen oder gegenseitigen Verzicht der Eheleute auf die Beteiligung am Vorschlag. Dies geschieht mittels Ehevertrag, folglich mit öffentlicher Beurkundung (vgl. Art. 216 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 184 ZGB).

¹ Vgl. BSK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 199 N 18.

Ausschluss des Mehrwertanteils

Die Beteiligung an der Wertsteigerung des Eigenguts hätte hingegen mittels *schriftlicher Vereinbarung* wegbedungen werden können (Art. 206 Abs. 3 ZGB). Voraussetzung ist, dass ohne Gegenleistung zu der Verbesserung oder dem Erhalt von Vermögensgegenständen des andern beigetragen worden ist (Art. 206 Abs. 1 ZGB). Weber hat beim Umbau mit Geld und Fronarbeit geholfen. Dies fällt unter die Verbesserung und den Erhalt.² Da seine Mithilfe unentgeltlich erfolgt ist, fehlt eine Gegenleistung. Bezüglich der finanziellen Hilfe ist die Unentgeltlichkeit aufgrund mangelnder Angaben im Sachverhalt nicht feststellbar. Es darf jedoch keine Schenkung gewesen sein.³ Ein zinsloses Darlehen beispielsweise würde die Anforderung der Unentgeltlichkeit erfüllen (vgl. BGE 131 III 252 ff., 255 ff.). Im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung besteht ein *konjunktureller Mehrwert*⁴ des Tierhandelsgeschäfts (aufgrund der Popularität von Haustieren). Der Mehrwertanspruch besteht zugunsten derjenigen Gütermasse des verstorbenen Webers, aus der sie genommen worden sind.⁵ Erst danach wird der Vorschlag geteilt. (Art. 215 Abs. 1 ZGB). Dieser Mehrwertanspruch hätte wegbedungen werden können.⁶ Dafür genügt die einfache Schriftlichkeit (vgl. Art. 206 Abs. 3 ZGB), sofern sie nur den Ausschluss des Mehrwertanteils für dieses Geschäft betrifft.⁷ Der in Art. 206 Abs. 3 ZGB vorgesehene Mehrwertausschluss tangiert den Pflichtteilsschutz nicht.⁸ Obwohl diese Massnahme den Nachlass verkleinert, ist sie von den pflichtteilsgeschützten Erben hinzunehmen.

Frage 2

Witwe Weber vs Sohn Weber: Ungültigkeitsklage (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)

Es stellt sich die Frage, ob die Witwe Weber mittels Ungültigkeitsklage eine Erhöhung ihres zu Eigentum zugeteilten Erbes um einen weiteren Achtel auf total einen Viertel erzielen kann (vgl. Art. 473 Abs. 2 ZGB). Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB sieht die Ungültigerklärung vor, sofern die Verfügung aus mangelhaftem Willen hervorgegangen ist. Es handelt sich vorliegend um einen Motivirrtum, was im Gegensatz zu Art. 24 Abs. 2 OR für die Belange des Art. 519 ZGB genügt.⁹ Hätte Weber gewusst, dass die maximale Quote für die Begünstigung ein Viertel beträgt, hätte er sicher diese Lösung gewählt – er beauftragte Tanner schliesslich mit der Meistbegünstigung seiner Witwe. Die Jahresfrist gemäss Art. 521 Abs. 1 ZGB wäre noch gewahrt. Die Witwe Tanner hat vom Ungültigkeitsgrund irgendwann nach dem 10. Juli 2008 erfahren – es ist folglich noch nicht ein Jahr her.

Die Wirkung der Ungültigkeitsklage ist jedoch nicht eine Korrektur, sondern eine Beseitigung der fehlerhaften Verfügung. An Stelle der ungültigen Verfügung tritt allenfalls eine frühere Verfügung oder die gesetzliche Erbfolge. Die Rechtsprechung lässt die Aufhebung des Testament aufgrund eines Motivirrtums jedoch nur dann zu, wenn der Erblasser in Kenntnis der Sachlage der Aufhebung der Verfügung statt

² Vgl. die Beispiele bei BSK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 206 N 7 und 8.

³ BSK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 206 N 9.

⁴ Der konjunkturelle Mehrwert beruht auf der Marktlage, vgl. CHK-Rumo-Jungo, ZGB 206 N 8. Ein industrieller Mehrwert, der auf wertschöpfende wirtschaftliche Tätigkeiten zurückzuführen ist, fällt nicht unter Art. 206 ZGB (vgl. CHK-Rumo-Jungo, ZGB 206 N 9).

⁵ Vgl. BSK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 206 N 28.

⁶ Vgl. das Beispiel bei BSK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 206 N 20.

⁷ Vgl. CHK-Rumo-Jungo, ZGB 206 N 25; vgl. BSK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 206 N 41.

⁸ Vgl. BSK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 206 N 41 f.; vgl. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 06.56, mit Angabe der Gegenmeinungen; vgl. auch Wolfgang Portmann, Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung – Schnittstelle zwischen Erbrecht und Eherecht, recht 1997, S. 15, der die Lehrmeinungen anschaulich zusammenträgt und die Mehrwertbeteiligung als pflichtteilsrelevant ansieht, jedoch analog zu Art. 216 Abs. 2 ZGB nur gegenüber den nichtgemeinsamen Kindern.

⁹ Vgl. BSK-Breitschmid, ZGB 469 N 10 f.

der Weitergeltung den Vorzug gegeben hätte.¹⁰ Weber würde die Verfügung wohl eher stehen lassen, als das gesetzliche Erbrecht zu wählen. Witwe Weber möchte das Haus nutzen und nicht teilen. Die Intestaterbfolge bringt der Witwe Weber keine Vorteile. Sie würde mit der Intestaterbfolge gemäss Art. 462 Ziff. 1 ZGB die Hälfte erben, während sie eigentlich ein Viertel zu Eigentum und den Rest zur Nutzniessung erhalten will.

Witwe Weber: Offenbarer Irrtum (Art. 469 Abs. 3 ZGB)

Es stellt sich die Frage, ob die Verfügung Webers einen offenbaren Irrtum im Sinne des Art. 469 Abs. 3 ZGB enthält. Für einen offenbaren Irrtum im Sinne dieser Bestimmung braucht keine Ungültigkeitsklage angestrengt zu werden – die Korrektur erfolgt im Rahmen der Auslegung.¹¹ Es bezieht sich nur auf Irrtümer, die sich auf Personen oder Sachen beziehen. Somit wäre Art. 469 Abs. 3 ZGB schon aufgrund des Wortlauts nicht anwendbar. In der Lehre wird Art. 469 Abs. 3 ZGB überdies auf den Irrtum in der Erklärungshandlung beschränkt.¹² Der Motivirrtum Webers fällt nicht unter diese Norm: Er hat bewusst ein Achtel aufgeschrieben – bei der Erklärung ist hier nichts schiefgelaufen.

Witwe Weber vs Tanner: Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR

Aktivlegitimation

Tanners Anwaltstätigkeit besteht in einem *Tätigwerden in fremdem Interesse*. Er berät Weber bezüglich der Meistbegünstigung seiner Ehegattin. Der Vertrag zwischen Weber und Tanner ist als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren.¹³ Ein für das Arbeitsverhältnis notwendiges Subordinationsverhältnis ist nicht gegeben.

Zwischen der Witwe Weber und Anwalt Tanner besteht aber gar kein Vertrag. Der verstorbene Weber selber hat keinen Schaden. Sohn und Ehefrau erhalten im Rahmen der Universalsukzession *zusammen gleich viel*. Die mangelhafte Beratung zeitigt diesbezüglich keine Folgen. Es stellt sich die Frage, wie Witwe Weber in den Schutzbereich des Vertrags kommen könnte. Denkbar sind der *Vertrag zugunsten Dritter* oder der *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. Die Leistung des Anwalts wurde dem verstorbenen Weber versprochen, nicht seiner Witwe. Dennoch nützte die Leistung zur Hauptsache ihren Interessen. Sie alleine konnte durch die Schlechterfüllung geschädigt werden.

¹⁰ Vgl. BSK-Forni/Piatti, ZGB 519/520 N 19 und 29; BK-Escher, ZGB 519 N 6; vgl. BGE 94 II 139 ff., 140 f.: „Vielmehr ist jeder Motivirrtum beachtlich, sofern er einen bestimmenden Einfluss auf die Verfügung hatte. Ein Testament wegen eines Motivirrtums für ungültig zu erklären, rechtfertigt sich indessen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann, wenn als wahrscheinlich dargetan ist, dass es der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage vorgezogen hätte, die angefochtene Verfügung aufzuheben, statt sie unverändert fortbestehen zu lassen. (...). Sie mutet dem das Testament anfechtenden Erben, der den Irrtum und dessen Kausalität für die Verfügung zu beweisen hat (Art. 8 ZGB; ...), entgegen der Auffassung von RASCHEIN nicht den schwierigen Nachweis zu, "wie" der Erblasser ohne den Irrtum verfügt, m.a.W. was er bei Kenntnis des Sachverhalts im einzelnen angeordnet hätte, sondern verlangt nur, es müsse wahrscheinlich gemacht werden, dass der Erblasser in diesem Falle die Aufhebung der Verfügung ihrer Aufrechterhaltung vorgezogen hätte. Wenn RASCHEIN ausserdem geltend macht, das gesetzliche Erbrecht müsse billiger erscheinen als eine unter Irrtum entstandene Verfügung und auch eine frühere mängelfreie Verfügung sei einer spätern mangelhaften vorzuziehen, so übersieht er, dass ein Erblasser unter Umständen auch eine mangelhafte Verfügung noch dem gesetzlichen Erbrecht oder einer früheren mängelfreien Verfügung vorziehen kann.“

¹¹ Vgl. Daniel Abt, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, S. 76 f.

¹² Vgl. CHK-Abt, ZGB 469 N 24: „Folglich sind nur unbewusste Verschreiber oder Versprecher zu berücksichtigen.“; vgl. Daniel Abt, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, S. 102 f., mit weiteren Hinweisen, vgl. auch BGE 72 II 224 ff., 231.

¹³ Vgl. BK-Fellmann, OR 394 N 142 ff.

Es gibt einen *echten und einen unechten Vertrag zugunsten Dritter*. Beim echten Vertrag erhält der Dritte einen eigenen klagbaren Anspruch auf die Vertragsleistung (Art. 112 Abs. 2 OR). Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter verbleibt das Forderungsrecht ausschliesslich beim Promissar.¹⁴ Es ist fraglich, ob Witwe Weber nach Meinung der Vertragsparteien selber klagen können sollte. Dafür sind die gesamten Umstände und die Interessenlage zu beurteilen. Der Leistungsinhalt der Beratung bestand darin, eine Maximalbegünstigung zu ermöglichen. Das war allen drei involvierten Personen klar und bekannt. Dabei wurde Weber schlecht beraten, der Schaden trat aber bei der Witwe Weber ein. Es würde den Konsens jedoch strapazieren, wenn ein Einbezug und ein Klagerecht der Witwe Weber in den Konsens hineininterpretiert würden. Witwe Weber soll die Hauptleistung nicht erhalten und auch nicht einklagen können. Der echte Vertrag zugunsten Dritter fällt somit weg. Der unechte Vertrag bringt dem Dritten im vorliegenden Fall nichts, da wiederum der Mandant klagen müsste.¹⁵ Es wäre zwar möglich, eine Drittschutzabrede in den Vertrag zugunsten Dritter mit eigener Klagemöglichkeit des Dritten hineinzulesen.¹⁶ Es erscheint jedoch als etwas weit hergeholt. Richtig erscheint es aber dennoch, der Witwe Weber vertragliche Schadenersatzansprüche zu gewähren.¹⁷ Diese Konstellation ist im Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfasst, auf den nachfolgend einzugehen ist.

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter setzt eine Nähe zur Hauptleistung voraus: „*er muss sich in Leistungsnähe befinden*.“¹⁸ Das ist hier so, denn die richtige Leistung hätte Effekte zugunsten der Witwe Webers gehabt. Der Gläubiger – hier der verstorbene Weber – muss gegenüber dem Dritten zu Schutz („*Wohl und Wehe*“) verpflichtet sein.¹⁹ Dies wäre hier der Fall – nicht nur aufgrund des Gesetzes, sondern auch auf expliziten Wunsch Webers hin. Die Ehegatten schulden sich gegenseitig Treue und Beistand (Art. 159 Abs. 3 ZGB). Der Schuldner muss die Leistungsnähe und die Fürsorgepflicht erkennen können.²⁰ Es war für Tanner klar erkennbar, denn es entsprach dem geäusserten Wunsch Webers, seine Ehefrau maximal zu begünstigen.²¹ Die Interessen der Ehefrau Webers und Webers waren im Bereich dieses Mandats *gleichläufig*. Sie und er wollten ihre Maximalbegünstigung. Somit ist eine wichtige Hürde für die Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter genommen – das Bundesgericht hat diese Figur zwar noch nie angewandt, aber deren Voraussetzungen schon mehrfach besprochen.²²

¹⁴ Vgl. BK-Gonzenbach, OR 112 N 13.

¹⁵ Christine Hehli, Haftung des Anwalts für fehlerhafte Dienstleistung im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Diss. Basel 1996, S. 189 f.

¹⁶ Vgl. Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, N 38 und 208.

¹⁷ Vgl. Martin Bell, Anwaltshaftung gegenüber Dritten, Bonn 1996, S. 79.

¹⁸ Huguenin, OR AT, N 1176.

¹⁹ Vgl. Huguenin, OR AT, N 1176; dieses Kriterium wurde in Deutschland aufgegeben, vgl. Bell, S. 99 f.; Hehli, S. 199 f., ist der Ansicht, dass das Bundesgericht dieses Kriterium in BGE 121 III 310 ff., 317 ebenfalls aufgegeben habe.

²⁰ Vgl. Huguenin, OR AT, N 1176; Roland Keller, Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Diss. Zürich 2004, S. 11.

²¹ Vgl. die Erwägungen im Urteil des BGH vom 13. Juni 1995 - IX ZR 121/94, abgedruckt in NJW 1995, S. 2551 ff.; vgl. insbesondere Urteil des BGH vom 6. Juli 1965 - VI ZR 47/64, abgedruckt in NJW 1965, S. 1955 ff.; vgl. das Urteil des BGH vom 13. Juli 1994 - IV ZR 294/93, abgedruckt in NJW 1995, S. 51 ff.; vgl. auch die Überlegungen in BGE 117 II 315 ff., 320 und BGE 130 III 345 ff., 347 f.: „*Auch eine Haftung des Beklagten aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lehnten die Vorinstanzen zu Recht ab. Eine solche Haftung ist in der bisherigen Praxis nie grundsätzlich bejaht worden. Die Frage braucht auch vorliegend nicht entschieden zu werden. Denn sie wäre nur denkbar, wenn der Verkäufer im Einverständnis mit den Käufern den Schätzungsauftrag in eigenem Namen erteilt und dem Beklagten diese gemeinsame Interessenlage offen gelegt hätte. Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu. Damit aber sind die Interessen der Vertragsparteien gegenläufig: Der Verkäufer ist an einem möglichst hohen, die Käufer an einem möglichst tiefen Verkehrswert interessiert. In einem solchen Fall scheidet die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch nach Auffassung der in der neueren Rechtslehre vertretenen Befürworter dieser Rechtsfigur aus (...)*“; vgl. auch die Überlegungen in BGE 117 II 315 ff., 319 f.

²² Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung bei Huguenin, OR AT, N 1174.

Vertragsverletzung, Schaden, Kausalität

Die Vertragsverletzung besteht darin, dass Tanner Weber mangelhaft beraten hat (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR). Zur richtigen Vertragserfüllung als Anwalt gehört die Gesetzeskenntnis.²³ Die mangelhafte Beratung hatte bei Witwe Weber folgenden Effekt: Sie hätte güterrechtlich Fr. 40'000 mehr erhalten, wenn ihr Mann richtig beraten worden wäre. Sie hätte sodann am reduzierten Nachlass von Fr. 960'000 einen Anspruch von einem Viertel statt bloss einem Achtel gehabt (Fr. 240'000). Jetzt erhält sie nur einen Achtel einer Million, folglich Fr. 125'000. Die Differenz beträgt somit Fr. 155'000. Es ist nach der Differenzhypothese die Differenz des tatsächlichen Vermögens zum hypothetischen Stand, den das Vermögen bei richtiger Erfüllung des Vertrags gehabt hätte. Es ist das positive Interesse. Dieser Schaden lässt sich natürlich und adäquat kausal auf die schlechte Beratung zurückführen. Hätte er die richtige Sorgfalt angewandt, wäre die optimale Begünstigung eingetreten (*conditio cum qua non*, natürliche Kausalität). Nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist es zu erwarten, dass eine unsorgfältige Beratung bei der optimalen Begünstigung des Ehegatten zu einem Schaden in dieser Höhe führen kann. Der Schaden verhält sich folglich adäquat-kausal zur Verletzung der Sorgfaltspflicht.

Verschulden

Das Verschulden Tanners wiegt nicht mehr leicht. Die Gesetze gelten als bekannt. Vor der Revision des Art. 473 ZGB gab es drei Lehrmeinungen, wie hoch die verfügbare Quote sei (1/8, 2/8 oder 3/8).²⁴ Die Revision, die die verfügbare Quote auf 1/4 festsetzte, trat am 1. März 2002 in Kraft. Als Anwalt hat er das Gesetz und dessen Revision zu kennen. Dies geschah kaum vorsätzlich, aber sicher grobfahrlässig („*Wie konnte er das nur übersehen!*“ im Vergleich zur leichten Fahrlässigkeit: „*Er hätte es schon merken müssen*“).²⁵ Bezüglich der güterrechtlichen Möglichkeiten gilt ähnliches. Diese stehen im Gesetz (Art. 199 Abs. 2 ZGB und Art. 206 Abs. 3 ZGB). Der beratende Anwalt muss die Vermögensverhältnisse und die Möglichkeiten der Ehepartner im Gespräch erforschen. Er kann nicht einfach davon ausgehen, dass der Mandant von sich aus den rechtlich relevanten Sachverhalt mitteilt. Anwalt Tanner hätte also auch nach den Vermögensverhältnissen der Ehefrau fragen müssen. Hier ist von einem mittleren Verschulden auszugehen.

Haftungsbeschränkung auf Vorsatz

Tanner hat mit Weber bezüglich des Mandats eine Haftungsbeschränkung auf vorsätzliches Verschulden vereinbart. Leichtes, mittleres und grobes Verschulden wären somit von der Haftung ausgenommen. Die Freizeichnung ist im gemäss Sachverhalt im Vertragsformular enthalten – damit wären die Regeln zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen anwendbar. Gemäss Sachverhalt hat Weber den Vertrag gelesen und unterzeichnet. Eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz dürfte auch für einen Laien einfach verständlich sein. Mangels Globalübernahme kommt die Ungewöhnlichkeitsregel somit nicht zur Anwendung.²⁶ Anwendbar ist jedoch Art. 100 Abs. 1 OR. Der Haftungsausschluss ist nach dieser Norm nichtig,

²³ Vgl. Walter Fellmann, Die Haftung des Anwalts, S. 197; vgl. BGer 4C.80/2005, Erw. 2.2.1: „*Speziell zur Sorgfaltspflicht des Anwaltes ist festzuhalten, dass zur korrekten Mandatsführung nebst der Abklärung des Sachverhalts insbesondere auch die Prüfung der Rechtslage gehört. Von einem Anwalt ist zu verlangen, dass er nur Mandate in Rechtsgebieten entgegen nimmt, in denen er sich auskennt oder in denen er sich die erforderlichen Kenntnisse rechtzeitig aneignen kann. Hinreichende Rechtskenntnis liegt vor, wenn dem Anwalt die einschlägigen Gesetze und die höchstrichterliche Rechtsprechung dazu bekannt sind und wenn sich der Anwalt in den gängigen Kommentaren und Monographien auskennt. Die publizierte kantonale Rechtsprechung hat der Anwalt jedenfalls in seinem örtlichen Wirkungskreis zu konsultieren (...)*.“; vgl. zur anwaltlich geschuldeten Kenntnis klaren Rechts BGE 127 III 357 ff., 362.

²⁴ Vgl. die Übersicht bei BSK-Staehelin, ZGB 473 N 6 ff.

²⁵ Vgl. Huguenin, OR AT, N 634, mit zusätzlicher mittlerer Fahrlässigkeit.

²⁶ Vgl. Huguenin, OR AT, N 419; vgl. BGer 4C.282/2003, Erw. 3.1: „*Nach der sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel ist eine globale Übernahme für vorformulierte Klauseln nicht gültig, soweit die zustimmende Partei mit ihnen*

soweit dieser eine Haftung bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz ausschliesst. Tanner ist überdies Anwalt. Das Bundesgericht wendet Art. 100 Abs. 2 OR nicht nur auf obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe an, sondern auch auf eine Tätigkeit mit Polizeibewilligung, wie sie der Anwalt ausübt.²⁷ Der Richter *kann* somit den Haftungsausschluss für leichtes Verschulden ebenfalls als nichtig betrachten. Wie oben dargelegt worden ist, ist das Verschulden Tanners als grob oder mittel, sicher aber nicht als leicht zu betrachten. Im Auftragsverhältnis, das auf den Anwaltsvertrag anwendbar ist, ist eine getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts geschuldet (Art. 398 Abs. 2 OR). Es ist deshalb fraglich, ob es beim Auftrag überhaupt möglich ist, sich von der Haftung für irgendein Verschulden freizuzeichnen.²⁸ In der Lehre wird behelfsmässig argumentiert, Art. 398 OR betreffe den *Vertragsinhalt* und Art. 100 OR die *Vorwerfbarkeit*.²⁹ Dies lässt sich jedoch im Alltag kaum trennen. Sie würde überdies dem Standesrecht widersprechen.³⁰ Bei grober Fahrlässigkeit ist die Freizeichnung nichtig – es rechtfertigt sich aber auch aufgrund des Standesrechts und der auftragsrechtlichen Natur, die Klausel bei leichtem oder mittlerem Verschulden schon nichtig zu erklären.³¹

Darauf kann sich auch Witwe Weber berufen, auch wenn sie gar nicht Vertragspartei ist. Die Haftungsfreizeichnung wirkt auch gegenüber ihr, weil sie sonst weitergehende Ansprüche als *der eigentliche Mandant* hätte.³² Allerdings ist die Gültigkeit der Haftungsfreizeichnung Voraussetzung der Geltung auch gegenüber der schutzwürdigen Drittpartei.

Alternativen

Bei Bejahung des Anspruchs aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter besteht kein Raum für eine (subsidiäre) Vertrauenshaftung. Wird der so begründete vertragliche Anspruch jedoch verneint, kommt möglicherweise eine Vertrauenshaftung ins Spiel. Bejaht man eine rechtliche Sonderverbindung zwischen Tanner und der Witwe Weber, so fehlt dennoch eine Vertrauensdisposition, die die Witwe Weber im Vertrauen auf die Richtigkeit der Beratung Tanners vorgenommen hätte. Die Vertrauenshaftung gewährt ohnehin nur das *negative Interesse*,³³ während die Witwe Weber das *Erfüllungsinteresse* fordert.

Eine Alternative zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter könnte in der Drittschadensliquidation liegen. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird als uneigentliche Drittschadensliquidation bezeichnet.³⁴ Vorliegend ist nur Weber Vertragspartner, der Schaden tritt jedoch bei seiner Ehefrau ein. Wer jedoch sollte den Schaden liquidieren? Weber ist tot. Seine Erben (Ehefrau und Sohn) haben unter-

nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, weil sie unerwartet oder atypisch sind (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rz. 1141 ff.). Als global übernommen gelten vorformulierte Bedingungen, die eine schwache oder unerfahrene Partei nach allgemeiner Erfahrung nicht liest, nicht zur Kenntnis nimmt oder in ihrer Tragweite nicht versteht (BGE 109 II 452 E. 4 S. 456; 119 II 443 E. 1a S. 446; Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rz. 1130).“

²⁷ Vgl. die Übersicht bei CHK-Furrer/Wey, OR 100 N 25.

²⁸ Vgl. BSK-Wiegand, OR 100 N 6; vgl. Bucher, OR AT, S. 348 FN 77 und Hofstetter, SPR VII/6, S. 127; das Bundesgericht liess die Frage in BGE 124 III 155 ff., 165 offen; vgl. BK-Fellmann, OR 398 N 19 ff.; BK-Weber, OR 100 N 44; Rusch, Verträge mit Fitnessstudios, Jusletter 27. November 2006, Rz. 48.

²⁹ Vgl. statt vieler BSK-Weber, OR 398 N 34.

³⁰ Vgl. ZR 70 Nr. 88, S. 260 f.: „Eine solche Haftungsbeschränkung widerspricht der Achtung, welche der Anwaltsberuf erfordert, und ist geeignet, das Vertrauen des Klienten in den Anwalt herabzusetzen.“. Es verträgt sich nicht, für seine Fehler nicht einstehen zu wollen, wenn Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61) die sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Berufes verlangt.

³¹ Vgl. aber Fellmann, Die Haftung des Anwalts, in: Fellmann/Huguenin/Poledna/Schwarz (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 211, der davon ausgeht, dass die Freizeichnung für mittleres und leichtes Verschulden möglich sei, aber nur in voller Kenntnis der Umstände, was der Aufklärung bedürfe.

³² Vgl. die Argumentation bei Michael Hochstrasser, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, N 586; a.M. Hehli, S. 217. Hehli argumentiert, dass keine Freizeichnung gegenüber dem Dritten vorliege.

³³ Vgl. BGE 124 III 363 ff., 369; vgl. Huguenin, OR AT, N 1005.

³⁴ Vgl. Weber, Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz, in: Mélanges Paul Piotet, S. 217 f.

schiedliche Interessen. Der Sohn würde kaum Hand dazu bieten, den Schadenersatzanspruch der Mutter durchzusetzen. Er hat auch keine Pflicht, bei der Liquidation des Schadens seiner Mutter zu helfen.³⁵

Ein Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR scheidet an der Widerrechtlichkeit. Das Vermögen der Witwe Weber ist kein absolut geschütztes Rechtsgut. Eine Schutznorm ist ebenfalls nicht ersichtlich. Eine absichtliche Schädigung im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR liegt vorliegend nicht vor. Die *Haftung für Rat und Auskunft* ist vorliegend auch nicht anwendbar, denn Tanner erteilte keine Auskünfte gegenüber der Witwe Weber.

Honorar Tanners

Mit hoher Wahrscheinlichkeit hat Tanner ein Honorar für seine Tätigkeit verlangt oder wird dies noch tun. Der Sachverhalt erwähnt dies nicht, aber ein Honorar ist für die Anwaltstätigkeit üblich (vgl. Art. 394 Abs. 3 OR). Die mangelnde Sorgfalt bei der Auftragsausführung berechtigt zu einer Kürzung oder führt zum Wegfall des Honoraranspruchs, nicht nur zu Schadenersatz.³⁶ Mangels weiterer Angaben kann dieser Anspruch oder diese Einrede – der den Erben gemeinsam zustehen würde – nicht näher behandelt werden.

Lösungsvorschlag zu Fall 2

Methode

Die sonst übliche Skizze erübrigt sich, da es nur zwei relevante Parteien gibt. Die erste Analyse des Sachverhalts und der relevanten Vorgänge ergibt, dass Schmid das grösste Problem hat. Er hat einen grossen Schaden erlitten, für den Halter zum Teil kausal, zum Teil nur mit Verschulden haftet. Der Schaden ereignet sich mit unterschiedlich langen Kausalketten (vgl. BGE 133 III 257 ff.), in der Form des *damnum emergens* und des *lucrum cessans* und betrifft unterschiedliche Rechtsgüter, insbesondere auch Leib und Leben. Dies ist der Grundsachverhalt. Es empfiehlt sich ein Vorgehen nach den verschiedenen Schadenspositionen. Vorgängig muss aber noch abgeklärt werden, ob sich für Schmid die Minderung oder die Wandlung empfiehlt – verschuldensunabhängigen Schadenersatz für Mangelfolgeschäden gibt es nur bei der Minderung (vgl. BGE 133 III 335 ff., 339). Diese Ansprüche sind aber möglicherweise aufgrund einer Freizeichnung nicht gegeben (Frage 2). Ist ein Haftungsausschluss gültig, wenn es um Körperschäden geht? Ist es ein unvorhersehbarer Schaden, für den der Ausschluss nicht gelten sollte (vgl. BGE 130 III 686 ff.)? Bei Frage 3 geht es um den Verzug beim Kreditkauf (Art. 214 Abs. 3 OR).

Es lohnt sich aber immerhin, eine Liste der Schadenselemente und Forderungen zu machen, damit nichts vergessen geht:

- Wandlung des Bildes, Rückzahlung des Kaufpreises: Fr. 200'000
- Minderung des Bildes?
- Kosten Kammerjäger: Fr. 1'000
- Körperschaden: Fr. 500
- Schadenersatz andere Bilder: Fr. 150'000
- Zerstörtes Bild: Fr. 50'000
- (Entgangener?) eigener Gewinn: Fr. 5'000
- Ersetzter Gewinn des Dritten: Fr. 5'000

³⁵ Vgl. Hehli, S. 202 f.

³⁶ Vgl. BSK-Weber, OR 394 N 43.

Frage 1

Schmid vs Halter: Minderung des Bildes (Art. 205 Abs. 1 OR)

Schmid hat mit Halter einen Kaufvertrag nach Art. 184 Abs. 1 OR abgeschlossen. Der Kaufpreis (Fr. 200'000) und der Kaufgegenstand – ein klar bezeichnetes Bild von Chagall – als essentialia negotii waren eindeutig bestimmt. Der Kaufpreis ist gemäss Sachverhalt bezahlt und das Bild übergeben worden. Der Motten- und Holzwurmbefall lagen im Zeitpunkt der Übergabe gemäss Sachverhalt schon vor, waren aber im Rahmen einer normalen Prüfung der Kaufsache nicht zu entdecken. Die „intensive“ Prüfung der Kaufsache (vgl. Art. 201 Abs. 1 OR) hat gemäss Sachverhalt schon vor dem Kauf stattgefunden, was den Anforderungen des Art. 201 Abs. 1 OR sicher auch genügt. Gemäss Sachverhalt hat er die Vorkommnisse sofort Halter mitgeteilt – somit hat auch die Mängelrüge (Art. 201 Abs. 1 OR) rechtzeitig stattgefunden.

Der Motten- und Holzwurmbefall des Bildes ist eine Abweichung des Soll-Zustandes vom Ist-Zustand. Es ist ein körperlicher Mangel, der den Wert des Bildes erheblich mindert (Art. 197 Abs. 1 OR). Die Reparaturkosten betragen gemäss Sachverhalt Fr. 100'000, was der Hälfte des als angemessen bezeichneten Kaufpreises entspricht. Die Kosten der Mängelbeseitigung entsprechen vermutlich dem Minderwert der Kaufsache (vgl. BGE 111 II 162 ff., 163). Schmid könnte folglich die Minderung in der Höhe von Fr. 100'000 geltend machen.

Die Wahl der Minderung ist jedoch für Schmid nicht empfehlenswert, weil das Bundesgericht neben der Minderung Schadenersatz nur gemäss den Voraussetzungen des Art. 97 Abs. 1 OR – d.h. mit Verschulden – gewährt,³⁷ während bei der Wandlung der unmittelbare Schaden *kausal* ersetzt werden muss (vgl. Art. 208 Abs. 2 OR). Ein Verschulden Halters, das beim Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR verlangt wird, ist aber nicht ersichtlich – der Mangel war verborgen und Halter musste mit dem Ungezieferbefall nicht rechnen. Es ist unüblich und nicht angezeigt, Bilder prophylaktisch auf Ungezieferbefall untersuchen zu lassen.

Schmid vs Halter: Wandlung des Bildes (Art. 208 Abs. 1 OR)

Schmid kann das Bild wandeln, d.h. es gegen Erstattung des Kaufpreises dem Verkäufer zurückgeben (Art. 208 Abs. 1 OR). Die Ausübung des Wahlrechts muss nicht gleichzeitig mit der Mängelrüge erfolgen.³⁸ Zur Voraussetzung des Mangels siehe oben.

Schadenersatz (Art. 208 Abs. 2 und 3 OR)

Gemäss Sachverhalt haben Halter und Schmid den Motten- und Wurmbefall nicht bemerkt. Er war für sie auch nicht bemerkbar. Es kann aber auch nicht erwartet werden, dass Halter die Bilder von Experten auf Ungeziefer untersuchen lässt. Somit ist kein Vorsatz und auch keinerlei Fahrlässigkeit seitens Halters im Spiel. Es trifft ihn folglich kein Verschulden. Der Ersatz des mittelbaren Schadens im Sinne des Art. 208 Abs. 3 OR kommt deshalb nicht in Frage. Für den unmittelbaren Schaden haftet Halter gemäss Art. 208 Abs. 2 OR *kausal*. Nach dem neuen Mülleramazonen-Papageien-Fall kommt es dabei auf die Länge der Kausalkette an (BGE 133 III 257 ff., 271).

- Schadenersatz für die Schäden an den anderen Bildern (Fr. 150'000): Die Schäden an den anderen Bildern der Galerie Schmid sind direkte Folge des Ungezieferbefalls. Das Versorgen des Bildes im Lager oder in der Galerie ist noch keine hinzutretende Ursache, weil sie zwingend erfolgt, vergleichbar mit der Einstellung der gekauften Mülleramazonen-Papageien in BGE 133 III 257 ff., 273.

³⁷ Vgl. BGE 133 III 335 ff., 339; vgl. BSK-Honsell, OR 208 N 7.

³⁸ Vgl. BSK-Honsell, OR 205 N 2.

- Das vollständig zerstörte Bild (Wert Fr. 50'000) müsste Halter eigentlich auch ersetzen, aber je nach Ausgestaltung des Vertrages hat Schmid gar keinen Schaden, weil der Käufer unter Umständen den Kaufpreis trotzdem bezahlen müsste (vgl. Art. 185 Abs. 1 OR, nachträgliche zufällige Leistungsunmöglichkeit). Der Abschluss des Kaufvertrages löst den Gefahrübergang aus. Dies geschah gemäss Sachverhalt vor zwei Monaten. Der Ungezieferbefall kann sich folglich nur nach Abschluss des Kaufvertrages ereignet haben. Die Zerstörung des Bildes hat Schmid nicht zu vertreten, d.h. es trifft ihn kein Verschulden. Sofern Schmid und der andere Kunsthändler keine zur dispositiven Regel des Art. 185 Abs. 1 OR abweichende Gefahrtragung vereinbart haben, hat Schmid folglich gar keinen Schaden, denn er hätte Anspruch auf die Kaufpreiszahlung. Es handelt sich um einen nicht zu ersetzenden Drittschaden.³⁹ Schmid hat sich zwar so verhalten, als wäre er für den entgangenen Gewinn ersatzpflichtig, was auf eine nach wie vor bestehende Erfüllungspflicht schliessen liesse. Wird die Schadensverteilung aufgrund der Gefahrtragung als unbillig empfunden, ist die Konstruktion der Drittschadensliquidation denkbar. Schmid, der selber keinen Schaden hat, liquidiert den Schaden des anderen Kunsthändlers, der keinen vertraglichen Anspruch hat.⁴⁰
- Kosten Kammerjäger: Fr. 1'000: Die Kosten des Kammerjägers betreffen die Beseitigung des Ungezieferbefalls. Diese sind ebenfalls direkte Folge davon, für die auch ohne Verschulden im Sinne des Art. 208 Abs. 2 OR gehaftet werden muss.

Folglich haftet Halter für die Schäden an den übrigen Bildern (Fr. 150'000), je nach Argumentation auch für den Totalschaden am anderen Bild und für den Kammerjäger (Fr. 1'000) kausal. Die natürliche und adäquate Kausalität der beiden Mängel zum eingetretenen Schaden ist gegeben: Die Mängel könnten in beiden Fällen nicht weggedacht werden, ohne dass der Schaden wegfiel. Zusätzlich ist der Ungezieferbefall nach der Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden in dieser Grössenordnung zu verursachen: Motten verursachen Löcher in Papier und Stoff, Holzwürmer richten bei den Bilderrahmen einen Schaden an, der sich in dieser Grössenordnung vorstellen lässt.

Mangels Verschulden Halters (siehe oben, bei der Minderung abgehandelt) ist kein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 208 Abs. 3 OR gegeben. Darunter fallen die folgenden Schadensposten:

- Körperschaden: Fr. 500: Gemäss Sachverhalt handelt es sich um einen allergischen Anfall Schmidts. Hätte er keine Mottenallergie, wäre er nicht krank geworden. Somit tritt ein zusätzliches Glied in die Kausalkette (vgl. BGE 133 III 257 ff., 271 ff.). Der Körperschaden gehört somit zum weiteren Schaden. Mangels Verschulden Halters hat Schmid keinen Schadenersatzanspruch gemäss Art. 208 Abs. 3 OR.
- Entgangener Gewinn Schmidts: Fr. 5'000. Der entgangene Gewinn fällt unter Art. 208 Abs. 3 OR. Dieser bedingt, dass ein weiteres Geschäft nicht vollzogen werden kann und ist deshalb nur bei Verschulden zu ersetzen.⁴¹ Sofern der andere Kunsthändler den Kaufpreis dennoch bezahlen muss (siehe oben), entgeht Schmid aber auch kein Gewinn.
- Ersetzter Gewinn des Dritten: Fr. 5'000: Das Haftungsinteresse fällt ebenfalls unter Art. 208 Abs. 3 OR und ist nur bei Vorliegen von Verschulden zu ersetzen.⁴² Zusätzlich könnte man erwähnen, dass zwischen Schmid und dem Dritten ohnehin kein Schadenersatz geschuldet wäre,

³⁹ Vgl. BGE 126 III 521 ff., 522.

⁴⁰ Vgl. zur Drittschadensliquidation BSK-Wiegand, OR 97 N 40; BGE 117 II 315 ff. (diskutiert, aber nicht angewandt); die Drittschadensliquidation fand Anwendung im Entscheid des St. Galler Kantonsgerichts vom 17. März 1978, abgedruckt in SJZ 1980, S. 194 f.

⁴¹ Vgl. BSK-Honsell, OR 208 N 8.

⁴² Vgl. BSK-Honsell, OR 208 N 10.

weil auch Schmid kein Verschulden trifft. Freiwillig beglichener Schaden ist kein Schaden im Rechtssinne.⁴³

Frage 2

Die Haftungsfreizeichnung bedarf stets der Auslegung. Es stellt sich die Frage, ob mit der Haftung auch die Wandlung oder nur die Schadenersatzhaftung wegbedungen werden sollten. Haftung wird in der Lehre umfassend als „Einstehenmüssen“ verstanden, also auch im Sinne der Gewährleistung in der Form der Wandlung.⁴⁴ Wer sich von der Haftung freizeichnet, will damit nicht nur Schadenersatz ausschliessen, sondern mit hoher Wahrscheinlichkeit auch die Wandlung, Minderung oder die Irrtumsanfechtung, weil damit unter Umständen dasselbe erreicht werden kann.⁴⁵ Gemäss Sachverhalt haben sich Schmid und Halter erst nach langen Preisverhandlungen auf den Haftungsausschluss geeinigt. Die Annahme liegt nahe, dass Schmid sich einen Preisnachlass durch Einräumung einer Haftungsfreizeichnung „erkauft“ hat. Somit ist die Wandlung je nach Auslegungsergebnis aufgrund der Freizeichnung auch nicht mehr gegeben.

Da Schmid und Halter um die Freizeichnung hart verhandelt haben und diese erst später in den Vertrag aufgenommen worden ist, handelt es sich kaum um einen Formularvertrag, sondern um eine Individualvereinbarung. Das typische AGB-Korrektiv der Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel fällt deshalb weg. Die Haftungsfreizeichnung erfolgte bewusst – es handelt sich somit auch nicht um eine unbedachte Floskel, die vom Parteiwillen nicht gedeckt ist.⁴⁶

Grenzen der Haftungsfreizeichnung im Kaufrecht sind die Unvorhersehbarkeit des Mangels, Art. 199 OR und je nach Sichtweise auch Art. 100 OR.⁴⁷ Da vorliegend Halter aber kein Verschulden trifft, fehlt ein Anknüpfungspunkt für diese Normen. Weiter entfällt die Freizeichnung in den Bereichen, in denen Zusicherungen gemacht worden sind⁴⁸ oder Körperschäden betroffen sind. Zusicherungen sind in diesem Sachverhalt keine ersichtlich. Schmid hat jedoch einen Körperschaden erlitten, für den Halter mangels Verschulden ohnehin nicht haften muss. Bejaht man eine kausale Haftung für den Allergieanfall, stellt sich die Frage neu. Die h.L. betrachtet die Freizeichnung für Körperschäden als unzulässig.⁴⁹ Die Freizeichnung ist dann sittenwidrig bzw. persönlichkeitsrechtswidrig im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB. Dies spielt aber vorliegend keine Rolle mehr, denn der Ungezieferbefall ist vom Haftungsausschluss generell nicht erfasst, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Gemäss Sachverhalt haben Schmid und Halter „*nie im Leben*“ mit einem Ungezieferbefall des Bildes gerechnet. Dies deutet darauf hin, dass sie sich dieses Haftungsrisikos nicht bewusst waren. Eigentlich wäre genau für solche Fälle ein Haftungsausschluss sinnvoll. Das Bundesgericht verneint jedoch die Gültigkeit einer Freizeichnung, wenn der Mangel gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit vernünftigerweise

⁴³ BGE 127 III 543 ff., 546: „*Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (...). Le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (...).*”

⁴⁴ Vgl. Lörtscher, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977, S. 5.

⁴⁵ Vgl. BGE 126 III 59 ff., 66.

⁴⁶ Vgl. BSK-Honsell, OR 199 N 3, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁷ Das Bundesgericht hat die Frage in BGE 126 III 59 ff., 67 und BGE 107 II 161 ff., 166 offen gelassen; in BGE 109 II 213 ff., 215 und in BGE 91 II 344 ff., 348 hat es nur Art. 199 OR angewendet, ohne Art. 100 Abs. 1 OR ausdrücklich auszuschliessen. In BGE 107 II 161 ff., 166 f. wurde die Frage zwar offen gelassen. Die Grobfahrlässigkeit wurde dennoch geprüft und verneint, deshalb konnte die Frage der Anwendbarkeit von Art. 100 Abs. 1 OR offen bleiben.

⁴⁸ Vgl. dazu Honsell, OR BT, S. 87; BSK-Honsell, OR 199 N 3.

⁴⁹ Vgl. BSK-Wiegand, OR 100 N 4, mit weiteren Hinweisen.

gerechnet werden muss.⁵⁰ Diese Auslegung ist aber erst dann angezeigt, wenn die Parteien hinsichtlich der Bedeutung der Klausel keinen übereinstimmenden Willen haben. Dies kann angenommen werden. Der Ungezieferbefall eines Bildes ist ein Mangel, mit dem vernünftigerweise nicht gerechnet wird. Es dürfte ein exotischer Mangel bleiben. Der unerwartete Mangel muss jedoch auch den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigen.⁵¹ Der hohe Schaden in der Galerie, am Bild selbst und an der Gesundheit, den der Ungezieferbefall ausgelöst hat, beeinträchtigt den wirtschaftlichen Zweck des Bilderkaufes erheblich. Somit fällt der Ungezieferbefall im vorliegenden Fall nicht unter den Haftungsausschluss.

Frage 3

Schmid muss erst zwei Wochen nach Übergabe bezahlen (vgl. Art. 213 Abs. 1 OR „*ist kein anderer Zeitpunkt bestimmt*“), hat aber das Bild vertragsgemäss bereits erhalten. Somit liegt ein Kreditkauf vor. Der Rücktritt steht Halter nur offen, wenn er sich diesen *ausdrücklich* vorbehalten hat (vgl. Art. 214 Abs. 3 OR). Es handelt sich um eine *lex specialis* zum allgemeinen Verzugsrecht.⁵²

Schmid müsste den Kaufpreis zwei Wochen nach Übergabe des Bildes bezahlen. Der Kaufpreis ist folglich fällig. Um Schmid in Verzug zu setzen, bedarf es grundsätzlich einer Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR). Es ist aber zu prüfen, ob Halter und Schmid einen Verfalltag bestimmt haben, der eine Mahnung überflüssig macht (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR). Die Verabredung, den Kaufpreis zwei Wochen nach Übergabe zu entrichten, ist eindeutig, weil sie anhand des Vertragsinhalts bestimmbar ist, obwohl sie keine genaue Nennung eines Datums enthält.⁵³ Gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR ist eine nach Wochen bestimmte Frist, die mit dem Übergabezeitpunkt zu laufen beginnt (vgl. Art. 77 Abs. 2 OR), genau definierbar. Dennoch lässt die Lehre dies als Verfalltag nur zu, wenn schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zeitlich genau bestimmt ist, wann die Ware abgeliefert werden muss.⁵⁴ Dies kann aus dem Sachverhalt nicht sicher gesagt werden. Bestimmt der Vertrag auch den Übergabezeitpunkt, würde es wohl reichen. Hätten die Parteien als Fristauslöser den Vertragsschluss gewählt, hätte es als Verfalltag genügt und eine Mahnung wäre entbehrlich gewesen.⁵⁵

Halter kann nur vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat. Möglich wäre auch die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts im Sinne von Art. 715 Abs. 1 ZGB, auch wenn er nicht im Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen worden ist.⁵⁶ Der Sachverhalt erwähnt keine diesbezüglichen Abmachungen. Halter hat folglich nur noch die Klage auf Leistung des Kaufpreises mit Verzugszins (Art. 104 Abs. 1 OR) und bei Verschulden auf Ersatz des Verspätungsschadens (Art. 103 OR) oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung, berechnet nach der Austauschtheorie.⁵⁷

⁵⁰ BGE 130 II 686 ff., 689: „*Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fällt ein Mangel bei objektivierter Auslegung dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dabei hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, womit ein Käufer zu rechnen hat.*“

⁵¹ Vgl. BGE 130 III 686 ff., 690.

⁵² Vgl. BSK-Koller, OR 214 N 4 und CHK-Hrubesch-Millauer, OR 214 N 1.

⁵³ Vgl. BSK-Wiegand, OR 102 N 10.

⁵⁴ Vgl. BK-Weber, OR 102 N 114, 116 (sechstes Beispiel) und 118.

⁵⁵ Vgl. BK-Weber, OR 102 N 115.

⁵⁶ Vgl. BSK-Koller, OR 214 N 22.

⁵⁷ Vgl. Huguenin, OR BT, N 212.