

## **Allgemeine Informationen**

Die Korrektorinnen haben folgende Abkürzungen benützt:

<b>SV</b>	Sachverhaltsfremd, ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt
<b>S</b>	Subsumtion mangelhaft
<b>LV</b>	Siehe Lösungsvorschlag
<b>G</b>	Zitat des relevanten Gesetzesartikels fehlt
<b>AS</b>	Auswahlsendung
<b>FF</b>	Folgefehler
<b>B</b>	Begründung/Argumentation mangelhaft

20.77% der Arbeiten waren ungenügend. Der Notenschnitt beträgt 4.1063 – die Note dient nur dazu, den Stand während des *weiterlaufenden Lernprozesses* im Vergleich zu den anderen Studierenden zu orten.

## **Fall 1: Das Olympiabecken**

### **Frage 1**

#### **Tanner vs Weber: Rücktritt/Verzicht auf Leistung, Schadenersatz nach Art. 366 Abs. 1 OR**

Es stellt sich die Frage, ob Tanner von Weber Schadenersatz verlangen kann, weil dieser nicht rechtzeitig mit den Arbeiten beginnt. Zwischen Tanner und Weber besteht ein Werkvertrag. Geschuldet ist nicht die Lieferung und Übereignung einer Sache, sondern das Erstellen eines individuellen Werks auf dem Grund und Boden Tanners. Es ist ein Erfolg gegen Leistung einer Vergütung geschuldet. Dies ist von Art. 363 OR erfasst. Es liegt kein Kauf vor, denn das individuelle, nicht serienmässige Werk muss erst noch geschaffen werden.

Tanner und Weber haben vereinbart, dass die Bauarbeiten bis spätestens am 15. April aufgenommen werden. Einschlägig ist Art. 366 Abs. 1 OR. Art. 366 Abs. 2 OR ist nicht anwendbar, weil sich dieser nicht auf die verspätete Erstellung des Werks bezieht.<sup>1</sup> Der ausgebliebene Baubeginn am 15. April erfüllt damit alle drei Varianten des Art. 366 Abs. 1 OR. Die erste Variante ist gegeben in der nicht eingehaltenen Vereinbarung zwischen Tanner und Weber, die den Baubeginn am 15. April vorsieht. Der Sachverhalt gibt eine knapp bemessene Baudauer von exakt zwei Monaten an – jeder Tag Verzögerung bedeutet folglich eine *vertragswidrige Verzögerung* der Ausführung (zweite Variante des Art. 366 Abs. 1 OR). Aufgrund der knappen Bemessung und der exakten Baudauer von zwei Monaten ist bei jedem Rückstand eine rechtzeitige Vollendung *nicht mehr vorhersehbar* (dritte Variante). Dieser Rückstand – bei allen drei Varianten<sup>2</sup> – ergibt sich vorliegend „ohne Schuld des Bestellers“ einzig durch das Verhalten Webers – Tanner hat dazu keinen Anlass gegeben. Ein Verschulden ist für das Vorgehen nach Art. 366 Abs. 1 OR nicht notwendig, für die Zusprechung des Schadenersatzes aber schon.<sup>3</sup>

Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass Art. 366 Abs. 1 OR der Ergänzung durch Art. 102 ff. OR bedarf – für die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen.<sup>4</sup> Erforderlich sind somit Mahnung (Art. 102 OR) und Nachfristansetzung (Art. 107 Abs. 1 OR). Eine *Mahnung* ist jedoch entbehrlich, wenn für die Erfül-

---

<sup>1</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 33.

<sup>2</sup> Dieses Erfordernis muss entgegen dem Wortlaut bei allen drei Varianten vorliegen, siehe BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 12.

<sup>3</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 3, 17, 26; vgl. CHK-Hürlimann/Siegenthaler, OR 366 N 5.

<sup>4</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 13 ff. und 24.

lung ein bestimmter Verfalltag im Sinne des Art. 102 Abs. 2 OR verabredet worden ist. Dies ist vorliegend geschehen, denn Weber und Tanner haben gemäss Sachverhalt vereinbart, bis spätestens am 15. April 2009 mit den Bauarbeiten zu beginnen. Die Notwendigkeit einer *Nachfristansetzung* ist in Art. 108 OR geregelt. Nichts im Sachverhalt deutet darauf hin, dass die Nachfrist sich als unnütz erweisen würde (Ziff. 1) oder dass die Leistung Webers für Tanner nutzlos wäre (Ziff. 2). Ein Schwimmbecken wird nicht nur für eine Saison erstellt. Allfällige Störungen des Badebetriebs bewirken ebenfalls keinen vollumfänglichen Interessenwegfall. Der Zeitplan ist zwar eng bemessen, aber im nachfolgenden Sachverhalt zeigt sich sogar, dass sie sich auf eine zweitägige Verschiebung des Plans einigen können. Auch ein relatives Fixgeschäft im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR liegt deshalb nicht vor, denn dieses sieht vor, dass nach dem vereinbarten Zeitpunkt die Erfüllbarkeit nach dem Willen der Parteien nicht mehr gegeben sein sollte.<sup>5</sup> Koller vermutet dies schon bei Formulierungen wie z.B. „spätestens bis“ etc.<sup>6</sup> Der Sachverhalt lässt diesen Schluss nicht zu. Die Vermutung ist zwar richtig, aber sie liesse sich hier gut widerlegen. Tanner hat folglich eine Nachfrist für den Beginn der Bauarbeiten zu setzen, die auch sehr kurz bemessen sein kann. Er kann ihm auch eine Nachfrist setzen, sich zur *Leistungsbereitschaft* zu äussern.<sup>7</sup> Diese kann noch kürzer bemessen sein.

Leistet Weber bis zum Ablauf der Nachfrist nicht, steht Tanner nicht nur der Rücktritt offen. Vielmehr stehen ihm alle in Art. 107 Abs. 2 OR genannten Wahlmöglichkeiten zu.<sup>8</sup> Es steht ihm folglich offen, vom Vertrag gemäss Art. 109 OR mit Wirkung *ex tunc* zurückzutreten. Dies berechtigt ihn zu Schadenersatz im negativen Interesse, sofern ihn ein Verschulden trifft.<sup>9</sup> Der Sachverhalt erwähnt keine exkulpierenden Elemente zugunsten Webers – er kannte den Termin und hielt ihn nicht ein. Er kann aber auch das bisher Geleistete – die Pläne beispielsweise – als Teilwerk akzeptieren und den Vertrag somit lediglich *ex nunc* kündigen.<sup>10</sup> Er kann aber auch die nachträgliche Erfüllung mit Schadenersatz wegen verspäteter Leistung verlangen. Ebenfalls offen steht es ihm, auf die nachträgliche Erfüllung zu verzichten und Schadenersatz im positiven Interesse zu verlangen. Damit könnte er die Arbeiten auf Kosten Webers einem Dritten übertragen.<sup>11</sup> Bezüglich des Vorgehens muss Tanner sofort erklären, wenn er eine andere Variante als den Rücktritt will, denn dieser wird in Art. 366 Abs. 1 OR präsumiert (nicht h.L.).<sup>12</sup>

### **Tanner vs Weber: Rücktritt nach Art. 377 OR**

Gemäss Art. 377 OR könnte Tanner jederzeit gegen volle Schadloshaltung Webers vom Werk zurücktreten. Diese Variante bringt gegenüber der Variante von Art. 366 Abs. 1 OR nur Nachteile, denn auch Planungsarbeiten Webers müssten ersetzt werden.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Vgl. BSK-Wiegand, OR 108 N 6.

<sup>6</sup> Vgl. BK-Koller, OR 366 N 298.

<sup>7</sup> So geschehen im Urteil BGer 4C.433/2005, E. 2.2.2.

<sup>8</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 24.

<sup>9</sup> Vgl. CHK-Hürliemann/Siegenthaler, OR 366 N 5.

<sup>10</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 21.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 126 III 230 ff., 235: „*Considéré de ce point de vue, l'art. 366 al. 2 CO entrerait dans les prévisions de l'art. 366 al. 1 CO (...). Peu importe, en définitive, le fondement théorique de la solution retenue, dès lors que celle-ci n'est pas exclue par le texte légal et qu'elle vise à traiter de la même manière deux situations comparables. Il faut donc poser que le maître qui invoque l'art. 366 al. 2 CO et qui ne souhaite pas procéder à l'exécution par substitution dispose, comme en cas de retard (art. 366 al. 1 CO), des facultés offertes au créancier par l'art. 107 al. 2 CO. Les auteurs qui n'admettent pas cette possibilité sont du reste obligés de réserver de nombreuses exceptions à la règle de l'exécution par substitution ou la prise en considération des circonstances particulières, ce qui n'est certes pas de nature à favoriser la sécurité du droit. Au demeurant, la solution retenue est celle qui s'harmonise le mieux avec les règles générales sur la demeure et, singulièrement, avec l'art. 98 al. 1 CO, puisqu'il est communément admis que le créancier d'une obligation de faire peut se prévaloir des art. 107 ss CO plutôt que de solliciter du juge l'autorisation d'exécuter l'obligation aux frais du débiteur (...).*“

<sup>12</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 25, mit weiteren Hinweisen.

<sup>13</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 5; zur Anwendung käme die Abzugs- oder die Additionsmethode, vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 377 N 16.

## Frage 2

### Tanner vs Weber: Fr. 115'000 Schadenersatz (Art. 366 Abs. 2 OR analog)

Weber hat das Werk innert der neu gesetzten Frist rechtzeitig fertig gestellt. Die gleichentags durchgeführte Präzisionsvermessung ergibt jedoch eine Abweichung von 9 cm. Das Becken ist für die Zertifizierung zu kurz. Es stellt sich die Frage, ob Tanner die Mängelrechte gemäss Art. 368 Abs. 1 OR – Wandlung, Minderung oder Nachbesserung zustehen. Gemäss Sachverhalt hat sich Tanner bereits für die Nachbesserung entschieden. Die Wandlung wäre bei Werken, die wie hier auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet worden sind, ohnehin nicht möglich (Art. 368 Abs. 3 OR).

Es stellt sich die Frage, wie die Abweichung von 9 cm einzuordnen ist. Gemäss Sachverhalt hat Tanner die Olympia-Zertifizierungsbedingungen für Schwimmbecken übergeben. Weber hat überdies ein regelkonformes Schwimmbecken versprochen. Das Schwimmbecken scheint ansonsten in Ordnung zu sein, es eignet sich jedoch nicht zum vorausgesetzten Gebrauch, der mindestens zum Teil in der Austragung von Olympia-Wettkämpfen und Trainingswettkämpfen besteht. Da es in solchen Fällen auf Hundertstelsekunden ankommt, muss die Länge exakt 50 m betragen. Es handelt sich um eine wesentliche Eigenschaft, die Weber zugesichert hat. Es liegt folglich ein erheblicher Mangel vor und eine Abweichung vom Vertrag – beide Varianten sind in Art. 368 Abs. 1 OR erwähnt. Die Mängelrechte stehen Tanner folglich mit Ausnahme der Wandlung (siehe oben) vollumfänglich zu. Das Werk ist am Tag der Abnahme geprüft und vermessen worden – der Prüfungspflicht ist Tanner somit unzweifelhaft rechtzeitig nachgekommen (vgl. Art. 367 Abs. 1 OR). Diesen Mangel hat Tanner gemäss Sachverhalt ebenfalls am Tag der Ablieferung des Werks nach den Anforderungen der Rügepflicht gemäss Art. 367 OR gegenüber Weber gerügt.

Zu beurteilen ist jedoch, ob aufgrund der im Sachverhalt erwähnten allgemeinen Geschäftsbedingungen eine andere Lösung angezeigt ist. Gemäss Sachverhalt hat Tanner die AGB global übernommen, d.h. ohne sie zu lesen. Dies spielt jedoch noch keine entscheidende Rolle, denn Individualvereinbarungen gehen den AGB immer vor.<sup>14</sup> Wenn Weber ein regelkonformes Olympiabecken verspricht, kommt es nicht mehr darauf an, ob diese erkennbar wichtige, explizite Zusicherung von den AGB derogiert wird. Zu demselben Ergebnis gelangt man über die Auslegung der AGB-Toleranzgrenze im Sinne einer Freizeichnungsklausel. Wer Zusicherungen abgibt und ein regelkonformes Schwimmbecken verspricht, in den AGB jedoch eine Haftungsfreizeichnung vorsieht, verhält sich widersprüchlich.<sup>15</sup> Zur Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel kommt es bei Bejahung einer Individualabrede gar nicht. Die Genauigkeitsklausel wäre aber auch nicht ungewöhnlich – es ist üblich und normal, bei der Ausführung der Bauarbeiten eine Toleranzgrenze zu vereinbaren.

Webers zweite Begründung für die Weigerung liegt in den exorbitanten Kosten der Nachbesserung. Es wirkt auf den ersten Blick in der Tat kleinlich, ein Bauwerk wegen einer geringfügigen Abweichung von 9 cm bei einer Gesamtlänge von 50 m teilweise zu zerstören. Weber stützt sein Argument auf die Regel von Art. 368 Abs. 2 OR, wonach die unentgeltliche Nachbesserung dem Unternehmer *keine übermässige Kosten verursachen darf*. Die für Weber erkennbar geplante Verwendung des Schwimmbeckens für olympische Wettkampfw Zwecke macht die verlangte Genauigkeit jedoch plausibel und verständlich. Er kann und darf darauf beharren. Die Lehre legt die Übermässigkeit der Kosten der Nachbesserung ohnehin streng aus (*„...nur in extremen Fällen zu berücksichtigen...“*).<sup>16</sup> Bei Vorliegen einer expliziten Zusicherung, dass das Schwimmbecken regelkonform sein würde, kann es auf die Übermässigkeit der Kosten ohnehin nicht ankommen.<sup>17</sup> Es ist dann auch nicht ein minder erheblicher Mangel im Sinne des Art. 368 Abs. 2 OR.<sup>18</sup> Als

<sup>14</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 413.

<sup>15</sup> Vgl. Gauch, Werkvertrag, N 2565.

<sup>16</sup> BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 49 f.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 93 II 317 ff., 326; vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 55.

Fazit lässt sich festhalten, dass Weber sich grundlos weigert, die Verlängerung des Schwimmbeckens auszuführen.

In einem nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob Tanner berechtigt ist, von Weber *die Kosten der Verbesserung des Werks durch einen Dritten* zu verlangen. Das Bundesgericht bejaht explizit die analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR *auch nach Abnahme des Werks*.<sup>19</sup> Die Voraussetzungen des Art. 366 Abs. 2 OR sind gegeben, soweit dies bei der analogen Anwendung möglich ist. Die mangelhafte Ausführung ist Wirklichkeit, sie zeichnet sich nicht bloss ab. Tanner hat eine gemäss Sachverhalt angemessene Frist gesetzt, die mit der Androhung der Ersatzvornahme verbunden war (vgl. Art. 366 Abs. 2 OR analog). Durch die Weigerung Webers konnte er schon vor Ablauf der Frist zur Ersatzvornahme schreiten. Ein Verschulden des Unternehmers, wie Art. 366 Abs. 2 OR dies explizit fordert – ist nicht notwendig und passt auch nicht zu den verschuldensunabhängigen Mängelrechten in Art. 368 OR. Es würde den Rücktritt vor der Ablieferung des Werks nur hinauszögern, bis die verschuldensunabhängige Wandlung möglich ist.<sup>20</sup> Nach der Ablieferung ist es noch weniger angezeigt, ein Verschulden für die Ausübung der Wandlung, Nachbesserung oder Minderung zu verlangen. Die Kosten der Ersatzvornahme betragen gemäss Sachverhalt Fr. 115'000.

#### *1. Alternative: Anspruch auf Fr. 115'000 aus Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 368 Abs. 2 OR*

Der Anspruch Tanners gegen Weber auf Übernahme der Kosten der Ersatzvornahme lässt sich auch über Art. 102 ff. OR begründen. Weber befindet sich aufgrund seiner Weigerung zur unentgeltlichen Nachbesserung im Verzug. Die Pflicht zur Nachbesserung unterliegt wiederum den Vorschriften des Art. 102 ff. OR.<sup>21</sup> Die Fälligkeit ist gegeben, die Mahnung erfolgt, eine Nachfrist gesetzt. Die Nachfrist muss Tanner

---

<sup>18</sup> Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 1760: „Ist das Werk zum vorausgesetzten oder vereinbarten Gebrauche völlig untauglich, so dürften Verbesserungskosten kaum je übermässig sein (...).“

<sup>19</sup> Vgl. BGE 107 II 50 ff., 55 f.: „Zu prüfen ist, ob das Recht des Bestellers zur Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers eine richterliche Ermächtigung voraussetzt. BGE 96 II 353 E. 2c gesteht dem Besteller, der die Möglichkeit der Verbesserung des Werkes wählt, gegenüber dem dazu nicht gewillten oder nicht fähigen Unternehmer das Recht zu, die Nachbesserung durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz zu verlangen. Ein solches Recht wird dem Besteller in Art. 368 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Art. 366 Abs. 2 OR zwar nicht ausdrücklich gewährt. Weshalb das Gesetz die Mängelbehebung durch Dritte ohne richterliche Bewilligung zulassen soll, wenn Mängel vor der Erstellung des Werkes zu erwarten sind, nicht aber, wenn sie erst nach der Ablieferung auftreten, leuchtet indes nicht ein. (...) Am Bedürfnis des Bestellers, seinen Verbesserungsanspruch allenfalls mittels Ersatzvornahme durchzusetzen, ändert sich mit der Ablieferung des Werkes nichts, so dass ihm in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ein entsprechendes Recht einzuräumen ist. Da die Klägerin mit der geschuldeten Verbesserung des Werkes in Verzug war, konnte die Beklagte nach erfolgloser Ansetzung einer Nachfrist die Mängelbehebung ohne richterliche Ermächtigung einem Dritten übertragen und der Klägerin gegenüber Kostenersatz geltend machen. Es kann deshalb offen bleiben, ob die allgemeine Bestimmung des Art. 107 OR zum nämlichen Resultat führen würde (...).“; vgl. auch Urteil BGer 4C.130/2006, E. 6.1.: „Le maître qui choisit l'action en réfection de l'ouvrage doit fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour s'exécuter. Un tel délai n'est cependant pas nécessaire s'il apparaît d'emblée que l'entrepreneur ne s'exécutera pas, soit parce qu'il s'y refuse, soit parce qu'il en est incapable; dans une telle situation, le maître bénéficie des règles sur la demeure de débiteur, conformément à la jurisprudence relative à l'art. 366 al. 2 CO applicable ici par analogie (ATF 107 II 50 consid. 3). Il peut donc choisir, parmi les trois possibilités que lui offre l'art. 107 al. 2 CO, celle de renoncer à la prestation - i.e. la réfection de l'ouvrage - et de réclamer des dommages-intérêts positifs à l'entrepreneur. Son dommage équivaut à l'intérêt qu'il avait à l'exécution régulière de l'obligation de l'entrepreneur. Le maître pourra ainsi porter en compte, entre autres postes de son dommage, tous les frais se rapportant à l'achèvement de l'ouvrage, respectivement à l'élimination du défaut (ATF 126 III 230 consid. 7/a/bb p. 236). Cette créance en dommages-intérêts, qui prend la place de la créance en réfection de l'ouvrage, présuppose que la demeure soit imputable à la faute de l'entrepreneur ou de ses auxiliaires (art. 101 CO) (Gauch, op. cit., n. 1796 et 1832; Alfred Koller, Commentaire bernois, n. 544 et 627 ad art. 366 CO).“

<sup>20</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 366 N 35; im Urteil BGer 4C.433/2005 ist das Verschulden dennoch als Voraussetzung dennoch geprüft worden.

<sup>21</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 62.

aufgrund der deutlichen Weigerung Webers nicht abwarten. Tanner kann nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die nachträgliche Leistung der Nachbesserung verzichten und Schadenersatz im positiven Interesse verlangen. Für diesen Schadenersatzanspruch an Stelle der verschuldensunabhängig geschuldeten Nachbesserung ist ebenfalls kein Verschulden notwendig.<sup>22</sup>

## 2. Alternative: Anspruch auf Fr. 115'000 aus Minderung des Kaufpreises

Das Bundesgericht wendet für die Minderung des Werkpreises die relative Methode an.<sup>23</sup> Entspricht der Werkpreis dem objektiven Wert des Werks, so existiert eine widerlegbare Vermutung, dass die Kosten der (Dritt-) Nachbesserung dem Minderwert des Werks entsprechen.<sup>24</sup> Auch für die identische Höhe des Werkpreises und des Wertes des Werks besteht eine widerlegbare Vermutung, wenn eine Differenz zwischen Wert und Preis nicht erstellt werden konnte.<sup>25</sup> Im vorliegenden Fall gibt der Sachverhalt keinen Aufschluss, wie es sich damit verhält. Denkbar ist es folglich, die Nachbesserungskosten als Minderungskosten einzufordern.

## Tanner vs Weber: Schadenersatz Fr. 5'000 aus Art. 368 Abs. 2 OR

Für den Ersatz der Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 5'000 ist ein Verschulden notwendig, denn es handelt sich um einen Mangelfolgeschaden, der im Werkvertragsrecht nur bei Verschulden zu ersetzen ist (Art. 368 Abs. 2 OR).<sup>26</sup> Zu den Voraussetzungen des Mangels und der Mängelrüge siehe oben. Der Schaden beträgt Fr. 5'000. Das zu kurze Schwimmbecken verhinderte die Zertifizierung für die Olympia-Wettkämpfe. Dies war folglich *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden in der Höhe der Konventionalstrafe. Damit ist die natürliche Kausalität gegeben. Zusätzlich ist die adäquate Kausalität zu prüfen: Nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist auch zu erwarten, dass die Absage einer Sportveranstaltung Schadenersatzforderungen nach sich zieht, die in solchen Fällen üblicherweise pauschaliert als Konventionalstrafen verabredet werden (adäquate Kausalität). Das Verschulden nach Art. 368 Abs. 2 OR wird zwar wie bei Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, wobei dem Unternehmer der Exkulpationsbeweis offen steht.<sup>27</sup> Es ist vom Sachverhalt kein Grund ersichtlich, der Weber die Exkulpation ermöglichen würde. Tanner hat durch die Übergabe der Zertifizierungsreglements und den Hinweis

---

<sup>22</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.130/2006, Erw. 6.2.: „*En d'autres termes, l'action en paiement qu'a choisie le demandeur se substitue à l'action en exécution, respectivement en réfection de l'ouvrage, laquelle tend à la livraison d'un ouvrage exempt de tout défaut. Or, l'entrepreneur est débiteur d'une obligation de résultat, ce qui se traduit - pour l'exercice des droits formateurs du maître - par un système de responsabilité largement causal (...). Par conséquent, pour apprécier le bien-fondé de la présente action en paiement, il suffit de constater que la responsabilité objective de la défenderesse est engagée par la livraison d'un ouvrage ne correspondant pas aux attentes légitimes du demandeur. Il n'y a en particulier pas lieu de rechercher si la défenderesse a commis une faute en acceptant d'exécuter l'ouvrage avec de la pierre de l'Yonne. Un tel débat aurait uniquement lieu d'être si le demandeur actionnait la défenderesse en responsabilité pour un dommage supérieur aux frais de réfection de l'ouvrage, ce qu'aucune des parties n'allègue ici.*“

<sup>23</sup> Vgl. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 43.

<sup>24</sup> Siehe BGE 116 II 305 ff., 313 ff.: „*Der Herabsetzungsbetrag nach Art. 368 Abs. 2 OR entspricht der proportionalen Kürzung der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes (...). Deckt sich der objektive Wert des mangelfrei gedachten Werkes mit der vertraglichen Vergütung, entspricht die Minderung auch betragsmässig dem Minderwert (...). Aufgrund einer tatsächlichen Vermutung darf mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, der Minderwert des Werkes entspreche den Kosten der Mängelbehebung (...).*“

<sup>25</sup> Vgl. BGE 111 II 162 ff., 163: „*Quant à l'application de cette règle, lorsqu'une différence entre le prix et la valeur objective de la chose n'est pas prouvée, le Tribunal fédéral admet qu'on peut se fonder sur la présomption que le prix correspond à la valeur de la chose (...). Il n'y a pas non plus de raison de s'écarter de cette jurisprudence; elle se fonde sur la considération que, d'ordinaire, le prix est l'expression de la valeur marchande (...), et elle permet de tenir compte équitablement des intérêts en présence.*“; gl.M. Gauch, Der Werkvertrag, N 1677; a.M. BSK-Zindel/Pulver, OR 368 N 44.

<sup>26</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.130/2006, Erw. 6.2 (siehe wörtliches Zitat in Fn. 22).

<sup>27</sup> Vgl. Huguenin, OR BT, N 659.

auf die Verwendung ausreichend klar gemacht, wozu das Becken dienen wird. Weber hätte sich danach richten müssen und eine genauere Planung an den Tag legen müssen. Sein Verhalten ist deshalb als fahrlässig zu bezeichnen.

### **Weber vs Tanner: Werklohnforderung von Fr. 400'000**

Tanner schuldet den vollen Werklohn. Der Schadenersatz in der Höhe des positiven Interesses stellt ihn so, wie wenn Weber richtig erfüllt hätte. Deshalb muss er auch den vollen Werklohn bezahlen – ausser im oben beschriebenen Fall der Minderung. Immerhin kann Tanner die Kosten der Ersatzvornahme (Fr. 115'000) und den Schadenersatz (Fr. 5'000) der Werklohnforderung verrechnungsweise entgegenhalten. Die Verrechnung ist gemäss Art. 120 Abs. 1 OR zulässig, denn Gleichartigkeit (beide Forderungen lauten auf eine Geldzahlung), Fälligkeit (gemäss Sachverhalt ist die Werklohnforderung fällig und bezüglich der Kosten der Ersatzvornahme besteht sogar Verzug) sind gegeben. Dass Weber den Nachbesserungsanspruch bestreitet, spielt keine Rolle (vgl. Art. 120 Abs. 2 OR). Er schuldet Weber folglich noch Fr. 280'000. Gemäss Sachverhalt ist diese Forderung fällig.

Die Rückbehaltung nach Art. 82 OR wäre bei Ablieferung des mangelhaften Werks grundsätzlich möglich, sofern die Werklohnforderung in einem Austauschverhältnis zur verweigerten Nachbesserung steht. Dies wird von der h.L. bejaht, auch wenn die Nachbesserung durch einen Dritten erfolgen soll.<sup>28</sup> Im Verhältnis zur Minderung ist das Austauschverhältnis nicht gegeben.<sup>29</sup> Gauch hält bezüglich des Rückbehaltungsrechts aber fest, dass dies angesichts der Verrechenbarkeit nur von geringer Bedeutung sein dürfte.<sup>30</sup> Gauch lässt das Rückbehaltungsrecht nach Treu und Glauben nur im Umfang der Kosten der Nachbesserung zu, aber dies im Umfang des zwei- bis dreifachen Nachbesserungskosten als Sicherheit und Druckmittel.<sup>31</sup> Vorliegend würde dies jedoch Treu und Glauben widersprechen, da die Nachbesserungskosten exakt bekannt sind – es bedarf keines Druck- und Sicherungsmittels gegen über Weber mehr, weil die Verrechnung offensteht. Als Fazit bleibt, dass Tanner ohnehin nur Fr. 115'000 aufgrund des Art. 82 OR zurückbehalten dürfte – bezüglich dieses Betrages besteht Fälligkeit und aufgrund des genau definierten Termins auch Verzug. Dennoch lässt sich aus den Verzugsrecht abgesehen vom Verzugszins nichts ableiten, denn ein Rücktritt mit Rückerstattung der Leistungen wäre nicht zweckmässig bzw. nicht möglich<sup>32</sup> und ein Schaden nicht ersichtlich.

### **Weber vs Tanner: Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)**

Weber kann zur Sicherung seiner Ansprüche ein Bauhandwerkerpfandrecht auf das Grundstück des Schwimmbeckens eintragen lassen (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB muss Weber dies innert drei Monaten seit der Vollendung der Arbeit tun. Am 1. Juli ist diese Frist eindeutig gewahrt, denn die Vollendung der Arbeiten – allfällige Nachbesserungen im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR werden nicht hinzugezählt<sup>33</sup> – erfolgte erst am 17. Juni 2009. Weber hat die schlüsselfertige Halle mit Schwimmbecken versprochen. Er hat folglich *Arbeit und Material* geliefert (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Es ist denkbar, dass Tanner die Forderung nicht anerkennen wird. Die Forderung muss für die Eintragung im Grundbuch jedoch vom Grundeigentümer anerkannt oder vom Gericht festgestellt worden sein (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Weber kann bis zum Erlass des Gerichtsurteils aber eine mit einer provisorischen oder superprovisorischen richterlichen Anordnung eine vorläufige Eintragung gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erwirken, die für die Fristwahrung genügt.<sup>34</sup> Eine weitere Voraussetzung besteht darin, dass der Eigentümer des Grundstücks keine hinreichende Sicherheit für die ausstehende Forderung leistet (vgl.

<sup>28</sup> Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 2374.

<sup>29</sup> Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 2373.

<sup>30</sup> Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 2374.

<sup>31</sup> Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 2388 f. und 2392

<sup>32</sup> Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 1275.

<sup>33</sup> Vgl. BSK-Hofstetter, ZGB 839/840 N 29.

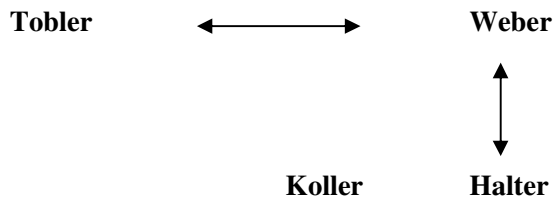
<sup>34</sup> Vgl. BSK-Hofstetter, ZGB 839/840 N 35.

Art. 839 Abs. 3 ZGB). Der Sachverhalt erwähnt keine Sicherheiten bezüglich des Werklohns. Weber hat folglich Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 280'000 auf Tanners Grundstück.

## Fall 2: Die Horror-Wohnung

### Methode

Der Sachverhalt basiert auf einem Mix der Bundesgerichtsentscheide BGer 4C.377/2004 und BGE 114 II 230 ff. Das Bundesgericht gewährt einem Mieter eine Herabsetzung des Mietzinses für Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück, auch wenn der Vermieter keine Möglichkeiten hat, gegen die Immissionen vorzugehen. Ebenso gewährt das Bundesgericht Schadenersatzansprüche aus erlaubter Bautätigkeit. Wichtig ist für diesen Fall, eine sinnvolle Reihenfolge der Anspruchsprüfung zu finden. Für die Zeiteinteilung ist es ebenso wichtig, alle möglichen Ansprüche gleich zu Beginn aufzulisten. Es lohnt sich, die Ansprüche Toblers zuerst abzuklären, denn diese bilden Grundlage der Ansprüche Webers gegen Halter und Koller. Es lohnt sich wie immer, mit einer Skizze anzufangen, um eine Übersicht zu gewinnen:



### Tobler vs Weber: Mängelrechte (Art. 259a OR)

Zwischen Tobler und Weber besteht ein Mietvertrag über die Wohnung nach Art. 253 OR. Die Mangelhaftigkeit der Mietsache kann sich aus Zusicherungen oder aus der Beeinträchtigung des vorausgesetzten Gebrauchs ergeben (vgl. Art. 258 Abs. 1 OR, Art. 259a Abs. 1 OR). Lärm und Dreck stellen in einer Wohnung einen Mangel dar<sup>35</sup> – hier handelt es sich um einen schwerwiegenden Mangel. Die starke Lärmbelastung besteht nicht nur tagsüber, sondern auch nachts. Während die tagsüber lärmigen und dreckigen Bauarbeiten nach sechs Monaten beendet sein sollten, scheint beim Hundegebell noch kein Ende absehbar. Tobler ist schon seit mehreren Jahren Mieter. Die Mangelhaftigkeit bestand deshalb nicht schon bei der Übergabe der Mietsache, sondern ist erst bei laufendem Mietverhältnis entstanden. Art. 258 OR fällt deshalb weg. Die einschlägigen Normen finden sich in den Art. 259 ff. OR, genauer in Art. 259a OR. Tobler hat diesen Mangel *nicht zu verantworten* und hat darauf auch keinen Einfluss (vgl. Art. 259a Abs. 1 OR). Er wird dadurch aber ganz massiv im *vertragsgemässen Gebrauch* der Mietwohnung gestört. Der Sachverhalt erwähnt, dass die mietvertraglich vorgesehene Nutzung im Betrieb eines Tonstudios und einer Familienwohnung besteht. Beide Nutzungen sind schwerwiegend eingeschränkt, weil es für Tonaufnahmen ruhig sein muss und die für den Schlaf notwendige Nachtruhe gestört ist. Die Voraussetzungen gemäss Art. 259a Abs. 1 OR sind deshalb allesamt gegeben.

### Beseitigung des Mangels (Art. 259b OR)

Tobler kann von Weber die Beseitigung des Mangels verlangen, jedoch nur bezüglich des Hundegebells, denn nur dieses kann Weber beseitigen. Weber hat keinen Einfluss auf die störenden Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück, denn sie sind behördlich bewilligt.<sup>36</sup> Weber hat gemäss Sachverhalt Kenntnis vom Hundegebell und hat dieses bereits beanstandet, blieb aber nach ungenutztem Ablauf der Frist untätig. Der

<sup>35</sup> Vgl. BSK-Weber, OR 258 N 2.

<sup>36</sup> Vgl. CHK-Heinrich, OR 259b N 3.

Beseitigungsanspruch gemäss Art. 259a OR berechtigt bei Untätigkeit des Vermieters zur fristlosen Kündigung sowie zum Recht der Ersatzvornahme (Art. 259b lit. a und b OR) – beide Varianten fallen weg, die erste aufgrund des Sachverhalts, der einen Wegzug ausschliesst, die zweite aufgrund der fehlenden Ersatzvornahmefähigkeit. Tobler kann nicht für Weber die Hunde Halters beseitigen lassen (so, wie er zum Beispiel eine vom Vermieter durchzuführende Reparatur veranlassen könnte) oder Halter den Mietvertrag kündigen. Das Recht, die Beseitigung des Hundegebells durch Weber zu verlangen, besteht ungeachtet dieser Folgenüberlegungen dennoch.

#### *Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d OR)*

Tobler kann die Herabsetzung des Mietzinses verlangen, bezüglich des Hundegebells und des Baulärms. Dass der Baulärm nicht beseitigbar ist, spielt keine Rolle. Der Mieter hat für alle Mängel einzustehen, auch wenn er sie nicht beeinflussen kann.<sup>37</sup> Tobler ist folglich berechtigt, eine Herabsetzung der Mietzinse zu verlangen. Mangels genauer Angaben im Sachverhalt ist eine genaue Festlegung der Herabsetzung nicht möglich.<sup>38</sup> Der Richter hat mangels genauer Angaben für die *relative Berechnungsmethode* wohl häufig einen Ermessensentscheid nach Art. 4 ZGB zu treffen.<sup>39</sup> Der Baulärm ist zeitlich im Sachverhalt klar definiert. Unklar ist, wie lange Tobler das Hundegebell noch zu ertragen hat.

#### *Schadenersatz (Art. 259e OR)*

Sofern sich Tobler exkulpieren kann, muss er keinen Schadenersatz bezahlen. Das Verschulden wird zwar vermutet. Bezüglich des Baulärms ist ihm aber die Exkulpation sicher möglich, denn dies ereignet sich ausserhalb seiner Einflussphäre. Weber muss folglich für den Mangelfolgeschaden der Ersatzstudiomiete in der Höhe von Fr. 2'000 nicht aufkommen. Das Hundegebell ist ihm zwar auf den ersten Blick auch nicht vorwerfbar. Doch hat es Weber in der Hand, die verbindliche Hausordnung gegenüber seinem Vertragspartner Halter durchzusetzen. Wartet er nach der Abmahnung Halters untätig mit der Durchsetzung der Hausordnung zu, so kann er sich für die Zeit des Zuwartens nicht mehr exkulpieren. Der Sachverhalt erwähnt, dass Halter nicht umgehend weitere Massnahmen eingeleitet hat, die auf eine Beseitigung des Hundegebells gerichtet wären, sondern die Frist bereits einige Wochen ungenützt verstrichen ist. Für diese Zeit kann sich Weber nicht exkulpieren. Der Sachverhalt erwähnt keine finanziellen Folgen des Hundegebells, anhand derer ein Schaden auszumachen wäre.

#### *Übernahme des Rechtsstreites (Art. 259f OR)*

Die Übernahme des Rechtsstreits gemäss lit. d spielt vorliegend generell keine Rolle, denn es geht nicht um einen Dritten, der Ansprüche auf die Mietsache erhebt (Art. 259a Abs. 1 lit. d OR i.V.m. Art. 259f OR).

---

<sup>37</sup> Vgl. Urteil BGER 4C.377/2004, Erw. 2.1. und 2.2.: „*En particulier, les immissions provenant d'un chantier voisin (bruit, poussière, secousses) peuvent constituer un défaut justifiant une réduction de loyer. Peu importe qu'elles échappent ou non à la sphère d'influence du bailleur (...). La demanderesse admet ce principe, mais fait valoir que le chantier de Y. était d'intérêt public et exigeait des voisins directs un seuil de tolérance particulier. Seules devraient donc être prises en considération les nuisances excédant celles inhérentes au fait de vivre dans une cité. 2.2 Le fait que le chantier de Y. ait été d'intérêt public signifie seulement que les nuisances qui y sont liées doivent être tolérées et qu'il s'agit de perturbations inévitables, qui excluent toute action en cessation de trouble. Il ne veut toutefois pas dire qu'une réduction de loyer fondée sur l'art. 259d CO soit également exclue. Cela ne découle ni de la loi, ni de la jurisprudence citée par la demanderesse.*“

<sup>38</sup> Vgl. die Kasuistik, dargestellt in BSK-Weber, OR 259d N 7 und CHK-Heinrich, OR 259d N 8.

<sup>39</sup> Vgl. BSK-Weber, OR 259d N 6.

### *Hinterlegung des Mietzinses (Art. 259g OR)*

Die Hinterlegung ist ein Druckmittel zur Beseitigung des Mangels.<sup>40</sup> Sie steht nur dann offen, wenn der Mangel vom Vermieter überhaupt behebbbar ist. Dies ist, wie oben gezeigt, nur bezüglich des Hundegebells gegeben. Weber kann gegenüber Halter die Hausordnung durchsetzen und gegen ihn gemäss Art. 257f OR vorgehen. Das Verfahren richtet sich nach Art. 259g-i OR. Tobler muss Weber eine Frist setzen, um den Mangel zu beseitigen.

### **Tobler vs Koller: Schadenersatz, Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB**

*Aktivlegitimiert* für die Klage nach Art. 679 ZGB ist der am benachbarten Grundstück Berechtigte. Damit ist nicht nur der Eigentümer gemeint, sondern auch die bloss obligatorisch berechtigte Person.<sup>41</sup> Tobler als Mieter ist obligatorisch an der Wohnung berechtigt und deshalb aktivlegitimiert. Seine Wohnung befindet sich gemäss Sachverhalt auf dem Nachbarsgrundstück. Dies wäre nicht unbedingt notwendig, denn der Nachbarsbegriff ist flexibel und richtet sich nach der nachbarrechtlichen Vorschrift – hier ist es Art. 684 ZGB. Die übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB liegt im Lärm und Dreck – beides ist in Art. 684 Abs. 2 ZGB erwähnt „*Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung*“. Nachbar im Sinne dieser Norm ist derjenige, der von der übermässigen Einwirkung betroffen ist.<sup>42</sup> Tobler ist folglich in jedem Fall aktivlegitimiert, denn er ist gemäss Sachverhalt vom Baulärm und Dreck der nachbarlichen Baustelle unmittelbar betroffen. *Passivlegitimiert* ist Koller als Eigentümer des Grundstücks, auf dem der Lärm und Dreck verursacht werden.

Die Klage Toblers richtet sich auf Schadenersatz, nicht auf Beseitigung, Unterlassung oder Feststellung der Immissionen (vgl. die möglichen Klagen in Art. 679 ZGB), denn die *Bauarbeiten sind bewilligt und dürfen durchgeführt werden*. Die Bauarbeiten werden nicht ewig dauern, beeinträchtigen Tobler aber gemäss den Schilderungen im Sachverhalt massiv. Das Bundesgericht gewährt einen Schadenersatzanspruch, wenn die Einwirkung *unvermeidbar*, aber *übermässig* und die Schädigung *beträchtlich* ist.<sup>43</sup> Vorliegend ist dies anwendbar. Der Sachverhalt erwähnt, dass der Lärm und der Dreck sich *zwangsläufig* ergeben. Der Sachverhalt enthält keine Indizien, dass Koller *auch vermeidbare Immissionen* verursacht. Der Lärm verhindert normale Konversationen im Wohnbereich und insbesondere Aufnahmen im Tonstudio. Der Dreck zwingt zu häufigeren Reinigungen. Dies verursacht Kosten, der Sachverhalt erwähnt die Mehrkosten für die Fremdstudiomiete in der Höhe von Fr. 2'000 pro Monat. Zwischen diesem Schaden und den Bauarbeiten besteht ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang. Ohne die Bauarbeiten könnte Tobler seine Wohnung ohne Einschränkungen nutzen – dies verhält sich auch nach der allgemeinen Erwartung und Lebenserfahrung so. Ein Verschulden ist nicht notwendig.<sup>44</sup> Somit sind alle Voraussetzungen erfüllt.

### **Tobler vs Koller: Schadenersatz aus Besitzesstörung, Art. 928 Abs. 1 ZGB**

Tobler könnte gegen Koller auch aus Störung des Besitzes vorgehen (Art. 928 ZGB). Aktivlegitimiert ist der *Besitzer* (hier Tobler als Mieter), passivlegitimiert der *Störer* (hier Bauherr Koller, vgl. Art. 928 Abs. 1 ZGB).<sup>45</sup> Durch die Bauarbeiten wird er in seinem Besitz gestört. Für die Beurteilung der verbotenen Eigenmacht im Sinne des Art. 928 Abs. 1 ZGB ist auf das Nachbarrecht abzustützen, also Art. 679 und 684

---

<sup>40</sup> Vgl. CHK-Heinrich, OR 259g-i N 3.

<sup>41</sup> Vgl. CHK-Göksu, ZGB 679 N 2.

<sup>42</sup> Vgl. CHK-Göksu, ZGB 679 N 2; vgl. BSK-Rey, ZGB 679 N 22 f. und ZGB 684 N 20.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 114 II 230 ff., 237.

<sup>44</sup> Vgl. CHK-Göksu, ZGB 679 N 7 f.

<sup>45</sup> Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 928 N 5 f.

ZGB (siehe oben).<sup>46</sup> Schadenersatz ist denkbar, Beseitigung und Unterlassung der Störung (Art. 928 Abs. 2 ZGB) nicht, da es sich um einen bewilligten Umbau handelt (siehe oben).

### **Tobler vs Halter: Beseitigung des Hundegebells, Art. 928 Abs. 1 ZGB**

Tobler kann bezüglich der Hunde auch direkt gegen Halter vorgehen. Anwendbar ist diesmal nicht die Klage aus Art. 679 und 684 ZGB, sondern nur aus Art. 928 Abs. 1 ZGB. Art. 684 ZGB setzt voraus, dass die Immissionen *von einem anderen Grundstück* kommen. Bei Mietern *auf demselben Grundstück* ist das nicht der Fall,<sup>47</sup> es sei denn, es bestehe Stockwerkeigentum (vgl. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB)<sup>48</sup>, was der Sachverhalt aber explizit ausschliesst.

Die Klage richtet sich diesmal nicht auf Schadenersatz – es ist noch kein Schaden im Sinne einer Vermögenseinbusse ersichtlich – sondern auf Beseitigung des Hundegebells. Der Besitzer ist aktivlegitimiert. Tobler ist Besitzer der Wohnung, die durch die Lärmimmissionen beeinträchtigt wird. Passivlegitimiert ist hier nicht der *Nachbar*, sondern der *Störer*. Dies ist wiederum Halter, der die Hunde hält. Die Klage richtet sich auf Beseitigung der Störung (vgl. Art. 928 Abs. 2 ZGB), also der Hunde. Das Hundegebell in der Nacht ist besonders störend, weil es die anderen Mieter aufweckt oder nicht einschlafen lässt.<sup>49</sup> Die Lärmimmissionen aufgrund des Hundegebells sind deshalb als übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB zu werten – diese Wertung ist auch im Rahmen der Beurteilung nach Art. 928 ZGB relevant.<sup>50</sup>

*Bemerkung: Die Tierhalterhaftpflicht im Sinne des Art. 56 OR ist vorliegend nicht anwendbar, weil sich keine spezifische Tiergefahr verwirklicht.<sup>51</sup> Dies war aber nicht Gegenstand der Fragestellung.*

### **Weber vs Koller: Schadenersatz, Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB**

Weber kann wie Tobler mit derselben Rechtsgrundlage Schadenersatz von Koller verlangen. Auch wenn er selber nicht in der Liegenschaft wohnt, ist er als deren Eigentümer aktivlegitimiert. Passivlegitimiert ist Koller als Eigentümer des benachbarten Grundstücks, von dem der Lärm ausgeht. Weber erleidet den Schaden, den er Tobler auf mietvertraglicher Grundlage ersetzen muss. Es ist die Herabsetzung des Mietzinses (siehe oben), die Weber als Schaden erleidet.<sup>52</sup> Die Klage aus Art. 928 Abs. 1 ZGB steht wiederum ebenfalls zur Verfügung (siehe oben).

---

<sup>46</sup> Vgl. Steinauer, Les droits réels, Band II, N 1897; vgl. BK-Stark, ZGB 928 N 4; vgl. CHK-Eitel/Arnet, ZGB 928 N 2; vgl. BGE 100 II 326 ff., 328 f.; vgl. BGE 85 II 275 ff., 279: „Und zwar handelt es sich, da die vom Miststock der Beklagten ausgehenden Einwirkungen den sachlichen Besitzstand des Klägers nicht schmälern, also nicht Besitzesentziehung sein können, um eine Klage wegen Besitzesstörung gemäss Art. 928 ZGB. Es ist denn auch anerkannt, dass Immissionen, die im übrigen unter bestimmten Voraussetzungen Anlass zu einer Klage nach Art. 679/684 ZGB geben können, als Besitzesstörung in Betracht fallen.“ sowie S. 280: „Freilich hatte sich der Kläger, um die Störung darzutun, auf das Nachbarrecht und insbesondere auf das Verbot übermässiger Einwirkungen auf Nachbargrundstücke nach Art. 684 ZGB berufen. Bei der Besitzesstörungsklage lässt sich denn auch mitunter die Besitzesfrage nicht völlig von der Rechtsfrage trennen; hängt doch das Vorliegen einer solchen Störung in manchen Fällen von der durch Rechtsnormen bestimmten Abgrenzung des Besitzes ab (vgl. HOMBERGER, N. 14 zu Art. 928 ZGB).“

<sup>47</sup> Vgl. CHK-Göksu, ZGB 684 N 17; vgl. BSK-Rey, ZGB 684 N 17.

<sup>48</sup> Der Stockwerkeigentumsanteil als Miteigentumsanteil gilt als Grundstück im Sinne von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB, vgl. BSK-Laim, ZGB 655 N 23.

<sup>49</sup> Vgl. zu einem Urteil betreffend des Lärms von Papageien ZR 1985, Nr. 102, S. 248. Es kommt auf die Lärmempfindlichkeit eines durchschnittlich sensiblen Menschen an. Dabei wird aber auch berücksichtigt, wie der sonstige Lärmpegel am betreffenden Ort beschaffen ist.

<sup>50</sup> Vgl. BSK-Stark/Ernst, vor ZGB 926-929 N 9 und ZGB 928 N 2; vgl. CHK-Eitel/Arnet, ZGB 928 N 2.

<sup>51</sup> Vgl. CHK-Müller, OR 56 N 6.

<sup>52</sup> Vgl. Urteil BGer 5C.117/2005, Erw. 2.

### **Weber vs Halter: Besitzerschutz, Beseitigung des Hundegebells (Art. 928 Abs. 1 ZGB)**

Die Klage aus Art. 928 ZGB steht auch Weber als *Eigentümer, also mittelbaren Besitzer* des Hauses zu, auch wenn er selbst dort nicht wohnt und sich die Klage gegen den unmittelbaren Besitzer richtet.<sup>53</sup> Weber kann nicht nur auf *Beseitigung* klagen, sondern auch auf *Schadenersatz*, weil er sich die Herabsetzung des Mietzinses durch Tobler gefallen lassen muss. Die übrigen Voraussetzungen sind mit der Klage Toblers identisch (siehe oben).

Weber würde auch noch die Eigentumsfreiheitsklage (*rei vindicatio*) offen stehen (Art. 641 Abs. 2 ZGB).<sup>54</sup>

### **Weber vs Halter: Kündigung des Mietverhältnisses (Art. 257f Abs. 3 OR)**

Weber hat in der Hausordnung das Halten von Tieren im Haus verboten. Im Rahmen der normalen Nutzung der Wohnung ist es fraglich, ob ein absolutes Verbot zulässig ist. Sicher zulässig ist das Verbot, wenn die Tiere wie hier störenden Lärm verursachen.<sup>55</sup> Art. 257f Abs. 2 OR verlangt vom Mieter die Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn. Halter verletzt die Rücksichtnahme trotz der im Sachverhalt erwähnten schriftlichen Mahnung Webers weiter. Die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit Halter ist deshalb Tobler nicht mehr zumutbar – die Zumutbarkeit beurteilt sich nicht nur nach dem Vermieter, sondern auch nach den Bedürfnissen der anderen Hausbewohner (Art. 257f Abs. 3 OR). Angesichts der angemessenen Fristansetzung kann Weber die Kündigung innert 30 Tagen auf Ende eines Monats aussprechen (Art. 257f Abs. 3 OR).

### **Weber vs Halter: Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 257f OR)**

Weber hat einen Schadenersatzanspruch gegen Halter. Die Anspruchsgrundlage ist Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 257f OR. Der Schaden liegt in den herabgesetzten Mietzinsen Toblers wegen des Hundegebells und der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses nach Art. 257f Abs. 3 OR, sofern dies einen Schaden verursacht. Halters Verschulden wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, es ist ihm aber möglich, sich zu exkulpieren. Es dürfte ihm vorliegend nicht gelingen. Er hält drei Hunde, obwohl Hausordnung und Mietvertrag dies ausdrücklich verbieten und er schon bald merken musste, dass die Hunde die anderen Hausbewohner stören. Eine *vorsätzliche* Schädigung könnte gegeben sein, sicher aber nimmt er in Kauf, dass die Hunde in der Nacht bellen. Es besteht folglich zumindest ein Verschulden im Sinne eines *dolus eventualis* (Eventualvorsatz). Der Schaden kann als direkte und adäquat-kausale Folge der Hundehaltung betrachtet werden. Es ist nach der Lebenserfahrung und dem Lauf der Dinge gut vorstellbar, dass bellende Hunde andere Mieter in der Nacht stören, was zu Herabsetzungsklagen führt. Der Herabsetzungswert kann für diesen Sachverhalt mangels genauer Angaben nicht beziffert werden (siehe oben). Der Schaden in der Höhe der Herabsetzung ist jedoch ersatzfähig.

---

<sup>53</sup> Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 928 N 5; BK-Stark, ZGB 928 N 20 und vor ZGB 926-929 N 49 und 51 f.; vgl. Hinderling, SPR V/1, S. 451: „Klaren Übergriffen, „Exzessen“ eines Mieters, die auf die Beeinträchtigung des mittelbaren, selbständigen Besitzes hinauslaufen (Abreissen eines gemieteten Hauses, Abholzen von Jungwald, Anbringen einer Reklametafel) kann nicht bloss aufgrund von Eigentum und Mietvertrag, sondern auch nach Art. 926 ff. entgegengetreten werden.“; vgl. ZK-Homberger, ZGB 926 N 17.

<sup>54</sup> Vgl. CHK-Belser, ZGB 641 N 40.

<sup>55</sup> Vgl. BSK-Weber, OR 256 N 10; vgl. Urteil BGer 4C.226/2000, Erw. 2d (Hund trotz vertraglichem Hundeverbot im Haus – Hund störte aber nicht).