

## «Eine gar nicht so einfache Lieferung von Garnen und – wiederum – etliche Fragen»

Bachelorprüfung im Privatrecht

Thomas Koller\*

*Der nachfolgende Prüfungsfall war anlässlich der Bachelorklausur im Privatrecht vom 9. Januar 2015 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern zu lösen. Zudem waren die anschliessenden zwölf Fragen durch Ankreuzen zu beantworten. Für die Bearbeitung des Falles und die Beantwortung der Fragen hatten die Studierenden fünf Stunden Zeit. Erlaubte Hilfsmittel waren die persönlichen Gesetze der Studierenden, welche mit Randnotizen versehen sein durften. Insgesamt haben 152 Studierende die Klausur geschrieben. Davon waren 95 Arbeiten (62,5%) genügend und besser (Note 4 und höher) sowie 57 Arbeiten (37,5%) ungenügend (Note 3,5 und tiefer). Erfreulicherweise haben 26,3% der Studierenden (40 Arbeiten) eine gute oder sehr gute Leistung (Note 5 und höher) erbracht.*

### A. Aufgabenstellung: Fall

Bearbeiten Sie den untenstehenden Fall. Beachten Sie vor der Beantwortung der gestellten Fragen die Hinweise am Schluss des Falles. Die Ausführungen sind (mit ganzen Sätzen, nicht bloss mit Stichworten) zu begründen und soweit möglich mit den massgebenden Gesetzesartikeln zu belegen. Achten Sie auf eine saubere Subsumtionstechnik. Dort, wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen trotzdem zu prüfen.

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung!).

Beachten Sie im Weiteren, dass zusätzlich zum Fall noch zwölf Fragen durch blosses Ankreuzen einer der zur Auswahl gestellten Varianten auf den vorgegebenen Aufgabenblättern zu beantworten sind.

#### «Eine gar nicht einfache Lieferung von Garnen»

Die X AG ist eine im internationalen Textilhandel tätige Unternehmung mit Sitz in Bern. Im Spätsom-

mer 2014 kaufte sie von der in Okayama / Japan ansässigen Y Ltd zwei Posten unterschiedlicher Garne «CIF Hamburg (Incoterms 2010)» zu einem Preis von insgesamt Fr. 40 000.–, zahlbar gegen Rechnung binnen 70 Tagen nach der Verschiffung. Noch am selben Tag verkaufte die X AG beide Posten für insgesamt Fr. 60 000.– (Fr. 25 000.– für die Garne der Sorte A und Fr. 35 000.– für die Garne der Sorte B) an die in Zürich ansässige Z AG weiter, ebenfalls

---

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern. Ich danke meinem Assistenten Herrn David Jost, MLaw, Rechtsanwalt, für die konstruktiv-kritische Mithilfe bei der Ausarbeitung des Prüfungsfalles, den Korrekturassistentinnen Frau Chantal Lutz, BLaw, und Frau Vanessa Deschner, BLaw, für die Durchsicht dieses Textes sowie meinen Kolleginnen und Kollegen vom Departement für Privatrecht an unserer Fakultät für die Unterstützung bei der Ausarbeitung der Fragen, welche durch Ankreuzen zu beantworten waren.

Das «wiederum» im Titel dieses Beitrags bezieht sich auf den Umstand, dass bereits meine Bachelorprüfung im Privatrecht vom 11. Januar 2013 auch – aber selbstverständlich nicht nur – Multiple-Choice-Fragen zum Gegenstand hatte (vgl. THOMAS KOLLER, «Gurken, die keiner will, eine Wohnung, die mehrere wollen, und etliche Fragen», ius.full 2013 96 ff.).

«CIF Hamburg (Incoterms 2010)», und zahlbar gegen Rechnung binnen 60 Tagen nach der Verschiffung. Mit der Begründung, auf eine pünktliche Lieferung der Garne für die Verarbeitung angewiesen zu sein, verlangte die Z AG im Rahmen der Vertragsverhandlungen von der X AG allerdings die Zusicherung eines Ankunftsdatums. Darauf liess sich die X AG jedoch nicht ein, schlug aber im Sinne eines Entgegenkommens die Vereinbarung eines Verladetermins vor, nachdem sie sich bei der Y Ltd – ohne nähere Erklärung über den Grund – um eine entsprechende Ergänzung des Vertrages bemüht hatte. Damit war die Z AG einverstanden. Demgemäss wurde in beiden Verträgen die CIF-Klausel ergänzt um den Zusatz «shipment at 14<sup>th</sup> october 2014». In beiden Verträgen fand sich zudem die folgende Klausel (im massgebenden Original in englischer Sprache): «Weder der Verkäufer noch der Käufer sollen für Schäden aus verspäteter Erfüllung verantwortlich werden, soweit die verspätete Erfüllung durch höhere Gewalt wie z.B. «Acts of God», Streiks, Feuer, Kriege (ob erklärte oder nicht erklärte), Ausschreitungen, Boykotte usw. verursacht wird.» («Neither seller nor buyer shall be liable in damages for any delay in performance, where such delay is caused by force majeure, as for example Acts of God, strikes, fires, wars [whether declared or undeclared], riots, boycotts and so on.»).

Für den Transport dieser Garne nach Hamburg schloss die Y Ltd mit einem Frachtführer einen multimodalen Frachtvertrag, in dem sich der Frachtführer verpflichtete, die in Kartons verpackten und adressierten Garne im Werk der Y Ltd mit einem Lastwagen abzuholen und anschliessend auf dem Seeweg von Kobe (einem wichtigen japanischen Hafen) nach Hamburg zu transportieren. In der Folge wurden die in 50 Kartons verpackten Garne der Sorte A dem Frachtführer übergeben und noch am gleichen Tag im Hafen von Kobe zusammen mit anderen Sendungen in einer Containerfrachtstation (Container Freight Station) in einen Sammelcontainer gepackt. Die 80 Kartons der Sorte B, die erst einen Tag später vom Frachtführer bei der Y Ltd abgeholt werden konnten, fanden Platz in einem anderen Sammelcontainer. In diesem zweiten Container befanden sich neben weiteren Sendungen noch Fässer mit dem Gefahrgut Divinylbenzol, die von einem anderen Frachtführer im Auftrag eines andern Befrachters zum Transport aufgegeben wurden.

In der Folge verzögerte sich die Verladung der beiden Container auf das für den Transport vorgesehene Containerschiff «Harakiri» um einige Tage, weil der Hafen von Kobe überlastet war und die «Harakiri» daher mehrere Tage warten musste, bis sie am Containerterminal anlegen konnte. Dementsprechend konnten die Container erst am 18. Oktober 2014 auf die «Harakiri» verladen werden, worauf die «Harakiri» den Hafen von Kobe verliess.

Als die X AG unmittelbar nach der Abfahrt der «Harakiri» in Kobe die Z AG über die Verspätung orientierte, teilte diese der X AG umgehend mit, dass sie vom Vertrag zurücktrete, weil die X AG den Vertrag nicht eingehalten habe. Wie sich in der Folge herausstellte, hatte sich die Z AG in der Zwischenzeit anderweitig günstiger mit Garnen eindecken können. Die X AG bestritt umgehend unter Berufung auf die Force-majeure-Klausel, dass die Z AG zum Vertragsrücktritt berechtigt sei. Als die Z AG an ihrem Vertragsrücktritt festhielt, remonstrierte die X AG erneut. Vorsorglich orientierte die X AG die Y Ltd über die Reaktion ihrer Abnehmerin auf die verspätete Verladung der Container und behielt sich alle Rechte vor.

Beim Ausladen der beiden Sammelcontainer am 29. November 2014 in Hamburg war ein Vertreter der X AG mit den Frachtdokumenten anwesend, nicht aber jemand von der Z AG. Daher nahm dieser Vertreter die beiden Posten Garne entgegen. Dabei stellte sich heraus, dass das Divinylbenzol in einen Container wegen Überhitzung aus den Fasern ausgetreten war und die Garne der Sorte B in den 80 Kartons kontaminiert hatte. Wann dies geschehen war, konnte in Hamburg nicht festgestellt werden. Die Chemikalienfässer hätten an sich mit einem deutlichen Hinweis versehen sein sollen, sie keinen höheren Temperaturen als 20° Celsius auszusetzen. Dies war indessen nicht der Fall, so dass für die mit der Verpackung der Sendungen in die Sammelcontainer betrauten Personen die von den Divinylbenzolfässern ausgehende Gefahr nicht erkennbar war. Die Garne der Sorte A im andern Container waren unbeschädigt.

Die X AG informierte die Z AG umgehend über den Vorfall mit dem Divinylbenzol und forderte sie auf, die Garne in Hamburg abzuholen, während eine Benachrichtigung der Y Ltd aufgrund eines Versehens eines Büroangestellten unterblieb. Die Z AG antwortete sofort, die Sache gehe sie nichts mehr an,

## « EINE GAR NICHT SO EINFACHE LIEFERUNG VON GARNEN UND – WIEDERUM – ETLICHE FRAGEN »

da sie den Vertrag wegen Verspätung aufgelöst habe. Für alle Fälle erkläre sie aber auch die Vertragsauflösung wegen dieser Kontaminierung. Erneut machte die X AG geltend, die Verspätung berechtige die Z AG nicht zur Vertragsauflösung. Ebenso bestritt die X AG das Recht der Z AG zur Vertragsauflösung wegen der Kontaminierung des einen Postens der Garne; diese Kontaminierung sei das Risiko der Z AG gewesen. Da die Z AG (unter Remonstration der X AG) auf ihrem Standpunkt beharrte, orientierte die X AG am 29. Dezember 2014 ihrerseits die Y Ltd über die Kontaminierung der Garne der Sorte B. Gleichzeitig behielt sich die X AG gegenüber der Y Ltd das Recht vor, den Preis für die kontaminierten Garne nicht zu bezahlen sowie für die Verspätung Schadenersatz zu verlangen. Die Y Ltd erklärte sich erstaunt über die späte Benachrichtigung wegen der Kontaminierung, bestritt eine allfällige Schadenersatzpflicht und forderte die sofortige Bezahlung des gesamten Kaufpreises.

Die X AG liess die beiden Posten Garne zusammen mit andern Waren, die sie ohnehin in die Schweiz transportieren musste, mit einem Lastwagen von Hamburg an ihren Sitz nach Bern bringen. Anschliessend teilte sie der Z AG mit, die Garne stünden zur Abholung in Bern gegen Bezahlung bereit. Die Z AG wies erneut darauf hin, dass sie die Garne nichts angehen würden, da sie den Vertrag aufgelöst habe. Daraufhin drohte ihr die X AG eine Klage auf Zahlung des gesamten Kaufpreises an.

Die X AG beauftragte in der Folge das renommierte Berner Anwaltsbüro, in dem Sie ein Praktikum absolvieren, mit der Wahrung ihrer Interessen in dieser Angelegenheit. Ihre Chefin, die mit einem grossen internationalen Schiedsgerichtsfall zeitlich stark belastet ist, übergibt Ihnen heute (9. Januar 2015) den Fall und beauftragt Sie vorerst einmal mit der Abklärung der folgenden Fragen (wobei sie zu erkennen gibt, dass sie gewisse Fragen stellt, um Sie zu testen bzw. zu schulen):

Frage 1: Nimmt die Force-majeure-Klausel der Z AG grundsätzlich ein allfälliges Recht auf Vertragsauflösung wegen der Verspätung?

**6 Punkte**

Frage 2: Angenommen, die Force-majeure-Klausel stehe einem allfälligen Recht der Z AG auf Vertragsauflösung nicht grundsätzlich entgegen: Hat

die Z AG den Vertrag mit der X AG wirksam aufgelöst?

**5 Punkte**

Frage 3: Angenommen, die Z AG habe den Vertrag mit der X AG wegen der Verspätung nicht wirksam aufgelöst: Hat sie ihn wegen der Kontaminierung der Garne der Sorte B wirksam aufgelöst? Spielt es dabei eine Rolle, ob die Kontaminierung der Garne der Sorte B bereits im Hafen von Kobe vor der Verladung der Container auf die «Harakiri» oder erst auf der Schiffsreise erfolgt ist?

**5 Punkte**

Frage 4: Kann die Y Ltd die Force-majeure-Klausel dem Schadenersatzbegehren der X AG wegen der Verspätung wirksam entgegenhalten?

**5 Punkte**

Frage 5: Könnte die X AG den Vertrag mit der Y Ltd wegen der Verspätung aufheben?

**3 Punkte**

Frage 6: Hat die X AG die Y Ltd wegen der Kontaminierung der Garne der Sorte B zu spät benachrichtigt? Könnte das Versehen eines Angestellten der X AG diese allenfalls entlasten?

**4 Punkte**

Frage 7: Angenommen, die Benachrichtigung der Y Ltd sei rechtzeitig erfolgt: Kann die X AG das Minderungsbegehren mit Erfolg geltend machen. Spielt es dabei eine Rolle, ob die Kontaminierung der Garne der Sorte B bereits im Hafen von Kobe vor der Verladung der Container auf die «Harakiri» oder erst auf der Schiffsreise erfolgt ist?

**4 Punkte**

Frage 8: Falls bei Frage 3 und bei Frage 7 der Zeitpunkt der Kontaminierung eine Rolle spielen sollte: Nach welchem Recht beurteilt sich in Bezug auf den Zeitpunkt der Kontaminierung die Beweislastverteilung im Verhältnis zwischen der X AG und der Y Ltd einerseits sowie im Verhältnis zwischen der X AG und der Z AG andererseits? Wer trägt nach Ihrer Einschätzung in Bezug auf den Zeitpunkt der Kontaminierung die Beweislast? Welche Auswirkungen hat die Beweislastverteilung, wenn der Beweis über den Zeitpunkt der Kontaminierung nicht erbracht werden kann?

**5 Punkte**

Frage 9: Die X AG wäre daran interessiert, den Kaufpreis von der Z AG rasch zu erhalten, und möchte daher gerne «kurzen Prozess» machen. Würden Sie für die Zahlungsklage einen Summaryprozess empfehlen?

**3 Punkte**

Frage 10: Angenommen, Sie raten von einem Summaryprozess ab: Muss vor einer Zahlungsklage der X AG gegen die Z AG ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden? Die X AG überlegt noch, ob sie den ganzen Kaufpreis einklagen soll oder bloss den Preis für die nicht kontaminierten Garne.

**4 Punkte**

Frage 11: Angenommen, bei Frage 3 spiele der Zeitpunkt der Kontaminierung der Garne der Sorte B eine Rolle und die X AG trage gegenüber der Z AG die Beweislast für den Zeitpunkt der Kontaminierung: Was bedeutet die Beweisbelastung für die X AG im Verfahren, wenn sie den Prozess gewinnen will? Wie wäre im Gegenzug die beweisrechtliche Situation für die Z AG? Wie könnte das Gericht der X AG beweisrechtlich allenfalls entgegenkommen, wenn der Beweis (was hier naheliegend ist) nur sehr schwer zu erbringen ist?

**4 Punkte**

*Hinweise:*

Japan ist ebenso wie die Schweiz dem CISG beigetreten. In beiden Verträgen finden sich keine Rechtswahlklauseln. Der Vertrag zwischen der X AG und der Z AG unterliegt somit dem schweizerischen Recht.

Gehen Sie im Verhältnis zwischen der X AG und der Z AG von einer wirksamen Gerichtsstandsklausel aus, mit welcher für Streitigkeiten aus dem Vertrag die Gerichte am Sitz der X AG (Bern) als örtlich zuständig erklärt werden. Der Kanton Bern hat ein Handelsgericht.

Die Verstaung von unterschiedlichen Waren verschiedener Lieferanten in einem Container ist heute im internationalen Frachtverkehr üblich für Sendungen, die einen Container nicht ganz füllen (less than a container load/LCL). Die einzelnen Sendungen werden in Containerfrachtstationen (Container Freight Stations) zusammengefasst bzw. getrennt. Gehen Sie davon aus, dass im vorliegenden Fall diese Art der Versendung nicht zu beanstanden ist. Ebenso können Sie davon ausgehen, dass die Garne korrekt verpackt waren. Die Divinylbenzolfässer hätten selbstverständlich anders verladen werden müssen, z.B. in einem gekühlten Container. Wegen der fehlenden Kennzeichnung der Fässer als Gefahrgut war dies aber für die mit der Verladung betrauten Personen nicht erkennbar.

Die CIF-Klausel (Incoterms 2010) bedeutet, dass der Verkäufer den Transport der Ware bis zum benannten Bestimmungshafen zu organisieren und zu bezahlen hat. Der Beförderungsvertrag ist zu den üblichen Bedingungen abzuschliessen und hat die Beförderung auf der üblichen Route mit einem Schiff der Bauart zu gewährleisten, die normalerweise für den Transport der verkauften Warenart verwendet wird. Gehen Sie davon aus, dass diese Bedingungen im vorliegenden Fall erfüllt wurden.

Gemäss der CIF-Klausel (Incoterms 2010) geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald die Ware an Bord des Schiffes im Verladehafen verbracht worden ist. Für Containertransporte wird die CIF-Klausel nicht empfohlen, aber in der Praxis soweit ersichtlich immer noch oft verwendet.

In der englischen Rechtssprache wird «damages» in der Regel für «Schadenersatz» verwendet (so z.B. in Art. 45, Art. 74 und Art. 79 CISG).

Nicht zu prüfen sind allfällige Ansprüche gegen Versicherungen, gegen Frachtführer oder gegen den Inhaber der vorschriftswidrig nicht als Gefahrgut gekennzeichneten Fässer mit Divinylbenzol.

## **B. Lösungsskizze zum Fall**

### **Frage 1**

Zwischen der X AG und der Z AG besteht offenkundig ein gültiger Kaufvertrag. Dieser unterliegt dem schweizerischen Recht. Ebenso besteht kein Zweifel, dass die Force-majeure-Klausel und die CIF-Klausel samt Bestimmung der Verladezeit wirksam in den Vertrag aufgenommen worden sind.

Ob die Force-majeure-Klausel der Z AG grundsätzlich ein allfälliges Rücktrittsrecht nimmt oder nicht, ist eine Frage der *Auslegung* dieser Klausel. Da der Vertrag zwischen der X AG und der Z AG schweizerischem Recht unterliegt, beurteilt sich die Interpretation dieser Vertragsbestimmung *nach schweizerischem Recht*.

Ob die Parteien bei Vertragsschluss einen *übereinstimmenden Willen* über die Tragweite der Force-majeure-Klausel hatten, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Daher ist gestützt auf das *Vertrauensprinzip* unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) zu ermitteln, wie redliche und vernünftige Vertragsparteien diese Klausel im Vertragsschlusszeitpunkt verstehen durften und mussten. Ausgangspunkt der Auslegung ist dabei der Vertragstext. Daneben sind aber alle weiteren

erheblichen Umstände des Falles zu berücksichtigen.

Zu untersuchen sind zwei Aspekte. Zum einen stellt sich die Frage, ob die im Hafen von Kobe entstandene Verzögerung bei der Verladung überhaupt von der Force-majeure-Klausel umfasst wird (nachfolgend a). Zum andern ist zu prüfen, ob die Klausel nur für Schadenersatzansprüche oder auch für weitere Rechtsbehelfe im Falle einer Leistungsstörung Anwendung findet (nachfolgend b).

a) Nach ihrem Wortlaut soll die Klausel in Fällen höherer Gewalt Anwendung finden. Was unter «höherer Gewalt» zu verstehen ist, wird in der Klausel anhand von Beispielen illustriert. Diese Beispiele sind, wie sich aus der Wendung «and so on» ergibt, *nicht als abschliessend* zu verstehen. Ein Kapazitätsengpass im Verladehafen ist im Beispielkatalog nicht aufgeführt, was aber nicht ausschliesst, dass er als «höhere Gewalt» im Sinne dieser Klausel interpretiert wird. Die aufgeführten Beispiele zeigen, dass es sich bei höherer Gewalt um *Umstände von einem gewissen Gewicht* handeln muss, die *ausserhalb des Einflussbereiches des Schuldners* liegen (vgl. in diesem Sinne auch Art. 79 Abs. 1 CISG, der hier sinngemäss für die Auslegung der Klausel beigezogen werden kann). Letzteres ist zweifelsohne gegeben, kann doch die X AG Kapazitätsengpässe im Hafen von Kobe nicht beeinflussen. Fraglich ist aber, ob der Kapazitätsengpass – gerade etwa im Vergleich zu den aufgeführten Beispielen von Krieg, Ausschreitungen, Feuer etc. – hinreichend gewichtig ist, um als «höhere Gewalt» zu gelten. Hinzu kommt, dass sich eine Partei zu ihrer Entlastung in aller Regel nur auf höhere Gewalt berufen kann, wenn der entsprechende Umstand *vernünftigerweise nicht vorhersehbar war* (so wiederum Art. 79 Abs. 1 CISG, der hier sinngemäss herbeigezogen werden kann). Ob die X AG bzw. die in Bezug auf die Verladung als ihre Hilfsperson (Art. 101 OR) anzusehende Y Ltd mit einem solchen Kapazitätsengpasse in Kobe rechnen musste (z.B. aufgrund früherer Erfahrungen) oder nicht, lässt sich dem lückenhaften Sachverhalt nicht entnehmen.

b) Gemäss deutscher Übersetzung soll die Klausel für «Schäden aus verspäteter Erfüllung» gelten. Dieser Wortlaut ist nicht ganz eindeutig. Anders verhält es sich indessen mit dem massgebenden englischen Originaltext, in dem von «damages» die Rede ist. «Damages» wird in der Regel im Sinne von

«Schadenersatz» und nicht von «Schaden» verwendet. Das spricht dafür, dass mit dieser Klausel *nur Schadenersatzansprüche* ausgeschlossen werden sollen, *nicht aber allfällige weitere Rechtsbehelfe* der geschädigten Partei wie z.B. ein Rücktrittsrecht (so auch Art. 79 Abs. 5 CISG, der hier wiederum sinngemäss herangezogen werden kann). Demgemäss schliesst die Force-majeure-Klausel wohl ein Rücktrittsrecht der Z AG selbst dann nicht grundsätzlich aus, wenn der Kapazitätsengpass in Kobe als «höhere Gewalt» qualifiziert wird. Erst recht ist natürlich ein Rücktritt nicht ausgeschlossen, wenn – z.B. wegen Vorhersehbarkeit – die höhere Gewalt verneint wird.

*Hinweis:* Welche Auffassung hier vertreten wurde, war für die Korrektur unerheblich. Wesentlich war, dass das Auslegungsproblem als solches erkannt und die Auslegungsfrage diskutiert wurde.

### Frage 2

In Frage steht hier ein *Vertragsrücktritt nach den Verzugsregeln* (Art. 102 ff. OR). Die Parteien haben mit dem Verladedatum einen *Verfalltag* i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart. Da dieses Datum nicht eingehalten wurde, geriet die X AG ohne Mahnung in Verzug. Dass die X AG an der Verspätung kein Verschulden trifft, ist unerheblich. Auch für den Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 109 OR ist ein Verschulden des Schuldners nicht erforderlich. Ein solcher Rücktritt ist grundsätzlich allerdings erst möglich, nachdem der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Nachfrist angesetzt hat und diese unbenutzt abgelaufen ist (Art. 107 OR). Daran gebietet es hier.

In casu dürfte allerdings Art. 190 OR anwendbar sein. In der Lehre ist zwar umstritten, ob der Kauf von Waren zur Verarbeitung zum *kaufmännischen Verkehr* im Sinne dieser Bestimmung gehört<sup>1</sup>. Die

<sup>1</sup> Befürwortend z.B. HERBERT SCHÖNLE, Art. 190 N 19, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V 2a Erste Lieferung (Art. 184–191 OR), Zürich 1993; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZENRUFFINEN, Art. 190 N 2, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Éditeurs), Commentaire Romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> édition Bâle 2012; ablehnend z.B. ALFRED KOLLER, Art. 190 N 10, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 5. Aufl. Basel 2011.

Anwendung von Art. 190 OR auf den Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung ist jedoch sinnvoll. Wird im kaufmännischen Verkehr wie hier ein Verfalltag vereinbart, so begründet dies die *Vermutung*, die Parteien hätten ein *relatives Fixgeschäft* vereinbart. Obwohl Art. 190 Abs. 1 OR von der weiteren Vermutung ausgeht, der Käufer verzichte auf die Lieferung und beanspruche Schadenersatz wegen Nichterfüllung, steht ihm nach herrschender Lehre alternativ das Recht zu, ohne Nachfristansetzung den Rücktritt vom Vertrag zu erklären<sup>2</sup>.

Die Vermutung eines relativen Fixgeschäfts könnte die X AG mit dem *Beweis des Gegenteils* zu widerlegen versuchen. Das dürfte allerdings nicht leicht sein. Die Z AG hat im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu erkennen gegeben, auf eine pünktli-

che Lieferung angewiesen zu sein; daher hat sie denn auch die Vereinbarung einer Ankunftszeit verlangt. Zwar liess sich die X AG darauf nicht ein, versprach aber immerhin ein genaues Verladedatum. Die X AG wusste somit, dass die Pünktlichkeit der Lieferung für die Z AG von erheblicher Bedeutung war. Gegen ein relatives Fixgeschäft spricht allerdings, dass die Pünktlichkeit der Verladung bei einer derart langen Seereise, wie sie hier vorliegt, noch längst nicht eine pünktliche Ankunft garantiert, sind doch bei einer solchen Reise mannigfache Verzögerungen möglich, welche mehr als die vier Tage ausmachen können, um die sich die Verladung verzögert hat.

Kann die X AG die Vermutung eines relativen Fixgeschäfts nicht widerlegen, so ist der Rücktritt der Z AG berechtigterweise erfolgt. Andernfalls ist die Rücktrittserklärung unwirksam, weil die Z AG keine Nachfrist angesetzt hat.

*Hinweise:* Welche Auffassung hier vertreten wurde, war für die Korrektur unerheblich. Wesentlich war, dass die Problematik erkannt wurde.

Wer die Anwendbarkeit von Art. 190 OR ablehnte, weil der Kauf von Rohstoffen zur Verarbeitung nicht zum kaufmännischen Verkehr im Sinne dieser Bestimmung zählt, musste diskutieren, ob ein relatives Fixgeschäft gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR vorliegt.

Nicht sinnvoll war es, die Anwendbarkeit von Art. 190 OR mit der Begründung zu verneinen, die Parteien hätten mit dem Verladedatum keinen «Liefertermin» im Sinne dieser Bestimmung vereinbart. Die CIF-Klausel verpflichtet den Verkäufer zur Lieferung der Ware, indem er sie an Bord des Schiffes verbringt<sup>3</sup>. Anders als bei den D-Klauseln (Delivery-Klauseln) besteht bei den C-Klauseln – so auch bei CIF – die Lieferpflicht also nicht bis zum Bestimmungsort, sondern bloss bis zum Verladeort. Daher wird denn auch in der Praxis den Verkäufern empfohlen, im Falle einer Terminvereinbarung nicht «ankommend», sondern – wenn überhaupt – bloss «abgehend» zu akzeptieren.<sup>4</sup> Im Hinblick darauf, dass von den Studierenden an der Bachelorklausur kein Spezialwissen über die Incoterms verlangt werden kann, war es allerdings verständlich, wenn diese den Begriff «Liefertermin» nach Art. 190 OR zum Teil anders interpretierten.

In der Literatur ist umstritten, ob nicht bereits die Vereinbarung der CIF-Klausel per se ein relatives Fixgeschäft beinhalte. Dann wäre die restliche Diskussion zum relativen Fixgeschäft überflüssig. Die wohl h.L. lehnt diese Auffassung allerdings ab<sup>5</sup>. Von den Studierenden konnte nicht erwartet werden, dass sie diese Kontroverse kennen und diskutieren.

<sup>2</sup> ZK-SCHÖNLE (Fn. 1), Art. 190 N 14; BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 1), Art. 190 N 17.

<sup>3</sup> A4 der CIF-Klausel: «The seller must deliver the goods ... by placing them on board the vessel» bzw. «Der Verkäufer hat die Ware zu liefern, ... indem er sie an Bord des Schiffes verbringt» (ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms, Incoterms® 2010, by the International Chamber of Commerce [ICC], englisch-deutsch, Berlin 2010, 116 bzw. 252). Vgl. dazu auch etwa CHRISTOPH GRAF VON BERNSTORFF, Incoterms® 2010 der Internationalen Handelskammer (ICC), Kommentierung für die Praxis inklusive offiziellem Regelwerk, Köln 2010, Rz. 679 i.V.m. Rz. 654.

<sup>4</sup> WERNER GRÜSKE, Praxishandbuch, Praxis-Know-how für Anwender zum offiziellen Regelwerk der INCOTERMS® 2010, 4. Aufl. Torgau 2013, 67 (dort zur CFR-Klausel). In der Praxis kommen solche Terminvereinbarungen allerdings in unterschiedlicher Form immer wieder vor. Oft werden sie aber – wie hier – mit einer Force-majeure-Klausel verbunden (siehe dazu etwa MICHAEL G. BRIDGE, The International Sale of Goods, Third Edition Oxford 2013, Rz. 4.51 ff.).

<sup>5</sup> J. VON STAUDINGER/ULRICH MAGNUS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2013, Berlin 2013, Art. 49 CISG Rz. 10, m.Nw., auch auf die gegenteilige Ansicht; ULRICH MAGNUS/JAN LÜSING, CISG und Incoterms, Leistungsverzug und Fixgeschäft, IHR 2007 1 ff., 7 ff.; PATRICK OSTENDORF, Noch einmal: Führt die Vereinbarung einer CIF-Klausel zum Fixgeschäft?, IHR 2009 100 ff.; BURGHARD PILTZ, Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, 2. Aufl. München 2008, Rz. 5–290; KLAUS J. HOPT, § 376 HGB Rz. 8, in: Adolf Baumbach/Klaus J. Hopt, Handelsgesetzbuch, 36. Aufl. München 2014; a.M. DERS., a.a.O., Incoterms CIF Rz. 6; PETER HUBER, Art. 49 CISG Rz. 34, in:

### Frage 3

Eine Vertragsauflösung wegen der Kontaminierung der Garne der Sorte B würde voraussetzen, dass die Garne einen Sachmangel aufweisen und dass die Z AG als Käuferin den Vertrag wirksam gewandelt hat.

Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre *Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern*. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, was die Kontaminierung der Garne mit Divinylbenzol genau bewirkt. Man wird aber davon ausgehen dürfen, dass mit einem derartigen Gefahrgut wie Divinylbenzol verseuchte Garne in der Textilverarbeitung nicht mehr oder erst nach allfälliger vorheriger Reinigung – falls dies überhaupt möglich sein sollte – verwendet werden können. Sie sind damit zum vorausgesetzten Gebrauch nicht mehr tauglich oder zumindest ist ihr Wert für diesen vorausgesetzten Gebrauch stark vermindert. Ein Sachmangel liegt somit vor.

Auf einen Sachmangel kann sich der Käufer allerdings nur berufen, wenn er bereits im Zeitpunkt des *Gefahrübergangs* vorhanden ist. Wird wie hier die CIF-Klausel in einen Vertrag einbezogen, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald die Ware an Bord des Schiffes im Verladehafen gebracht worden ist. In casu ist daher entscheidend, ob die Garne bereits vor der Verladung in Kobe kontaminiert worden sind oder ob die Kontaminierung erst auf der Schiffsreise eingetreten ist. Die X AG wird für die Kontaminierung aus Art. 197 OR nur verantwortlich, wenn die Verseuchung bereits vor der Verladung erfolgte.

*Hinweis:* Nicht entscheidend für die Beurteilung der Frage wäre die Gefahrtragung, wenn die Verkäuferin ihre Nebenpflicht zur Versendung der Ware verletzt hätte<sup>6</sup>. Das lässt sich hier kaum vertreten. Gemäss Hinweisen in der Aufgabenstellung waren die Garne korrekt verpackt und die Versendung in einem Sammelcontainer war nicht zu beanstanden. Wegen der fehlenden Kennzeichnung der Divinylbenzolfässer als Gefahrgut war für die mit der Verladung betrauten Personen nicht erkennbar, dass die Fässer in einem andern Container hätten verstaut werden müssen. Daher haben die Verkäuferin bzw. die von ihr zur Versendung beigezogenen Personen die Nebenpflicht zur Versendung der Ware korrekt erfüllt.

Würde man von einer Nebenpflichtverletzung ausgehen, so würde diese eine Schadenersatzpflicht der Verkäuferin gegenüber der Käuferin gestützt auf Art. 97 OR begründen<sup>7</sup>.

Ist die Kontaminierung vor der Verladung eingetreten, so kann die Z AG den Kaufvertrag grundsätzlich wandeln. In casu dürfte allerdings Art. 209 Abs. 1 OR anwendbar sein. Gemäss dieser Bestimmung kann, wenn mehrere Stücke zusammen verkauft worden sind und bloss einzelne Stücke fehlerhaft sind, *die Wandelung nur rücksichtlich dieser Stücke verlangt werden*. Hier wurden, wenn auch in einem Kaufvertrag, zwei verschiedene Posten Garne veräussert, von denen nur ein Posten mangelhaft ist. Daher ist die Z AG nicht befugt, den Vertrag auch in Bezug auf die nicht verseuchten Garne zu wandeln.

Zu beachten ist schliesslich noch Art. 205 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung ermöglicht es dem Richter, trotz Wandelungsklage (gemeint wäre für den vorliegenden Fall die Wandelungseinrede) bloss auf *Minderung* zu erkennen, wenn die Umstände die Wandelung nicht rechtfertigen. Sollten die Garne, wenn auch in bloss beschränkter Masse (z.B. nach vorheriger Reinigung), für die Verarbeitung immer noch geeignet sein, könnte das Gericht auf blosser Minderung erkennen. Sind die Garne aber (was wahrscheinlicher sein dürfte) überhaupt nicht mehr verwendbar, so kommt nur die Wandelung in Betracht.

### Frage 4

Zwischen der X AG und der Y Ltd ist unbestrittenmassen ein Kaufvertrag zustande gekommen. Da die Parteien ihre Niederlassung je in einem Ver-

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 6. Aufl. München 2012; ähnlich wohl auch BARBARA GRUNEWALD, § 376 HGB Rz. 10, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 3. Aufl. München 2013; differenzierend ULRICH G. SCHROETER, Art. 25 CISG Rz. 41, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, 6. Aufl. München 2013. Vgl. auch den Hinweis bei GRAF VON BERNSTORFF (Fn. 3), Rz. 654.

<sup>6</sup> BGE 122 III 106 E. 5b S. 109; WOLFGANG WIEGAND, Die private rechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1996, veröffentlicht im Band 122, Obligationenrecht, ZBJV 1998 197 ff., 208.

<sup>7</sup> WIEGAND (Fn. 6), 208.

tragsstaat des UN-Kaufrechts haben, unterliegt dieser Kaufvertrag dem UN-Kaufrecht (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG). Ebenso besteht auch hier kein Zweifel, dass die Force-majeure-Klausel und die CIF-Klausel samt Bestimmung der Verladezeit wirksam in den Vertrag aufgenommen worden sind.

Wiederum steht die Auslegung der Force-majeure-Klausel zur Debatte. Da der Kaufvertrag zwischen diesen Parteien dem UN-Kaufrecht unterliegt, ist für die Auslegung der Klausel Art. 8 CISG massgebend.

Gemäss Art. 8 Abs. 1 CISG sind Erklärungen einer Partei *nach deren Willen* auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Da im Sachverhalt jegliche Angaben zum effektiven Willen der Parteien über die Tragweite der Force-majeure-Klausel fehlen, lässt sich diese Bestimmung hier nicht anwenden. Kommt Art. 8 Abs. 1 CISG nicht zur Anwendung, so sind Erklärungen so auszulegen, *wie eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte* (Art. 8 Abs. 2 CISG). Dabei sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Handelsbräuche und das spätere Verhalten der Parteien (Art. 8 Abs. 3 CISG).

Da in casu keine weiteren Umstände, Gepflogenheiten etc. bekannt sind, kann für die Auslegung *praktisch nur auf den Wortlaut der Klausel abgestellt werden*. «Damages» wird in der englischen Rechtsprache in der Regel für «Schadenersatz» verwendet. Sehr schön ersichtlich wird dies etwa aus der englischen Fassung von Art. 79 Abs. 5 CISG, der für die Auslegung der Force-majeure-Klausel hilfsweise herangezogen werden kann. Aus der Sicht einer vernünftigen Person muss daher davon ausgegangen werden, dass die Klausel eine Entlastung vor Schadenersatzansprüchen bezweckt.

Allerdings kann die Y Ltd diese Klausel einem Schadenersatzbegehren der X AG nur wirksam entgegen halten, wenn der Kapazitätsengpass im Verladehafen Kobe als «höhere Gewalt» im Sinne dieser Vertragsbestimmung interpretiert wird. Dazu kann auf das oben bei Frage 1 unter lit. a) Gesagte verwiesen werden. Die Auslegung der Klausel gestützt auf Art. 8 Abs. 2 CISG dürfte kaum zu einem andern Ergebnis führen als deren Auslegung gestützt

auf das Vertrauensprinzip nach schweizerischem Recht.

*Hinweis:* Art. 79 CISG enthält ebenfalls eine Force-majeure-Regelung. Nehmen die Parteien wie hier eine Force-majeure-Klausel in den Vertrag auf, so tritt eine solche Klausel anstelle von Art. 79 CISG (Art. 6 CISG). Das schliesst jedoch nicht aus, bei der Auslegung der vertraglichen Regelung Art. 79 CISG hilfsweise heranzuziehen.

### Frage 5

Zunächst ist wiederum durch Auslegung der Force-majeure-Klausel zu prüfen, ob diese einer allfälligen Vertragsaufhebung entgegenstehen würde. Massgebend für die Auslegung der Klausel ist auch hier Art. 8 CISG und dabei insbesondere dessen Absatz 2 (vgl. dazu oben bei Frage 4). Im Ergebnis wird eine Interpretation dieser Klausel gestützt auf Art. 8 Abs. 2 CISG kaum zu einem andern Ergebnis führen als eine Auslegung gestützt auf das Vertrauensprinzip nach nationalem Recht. Es kann daher auf das oben bei Frage 1 Gesagte verwiesen werden.

Sollte die Force-majeure-Klausel einer Vertragsaufhebung grundsätzlich nicht entgegenstehen, ist weiter zu untersuchen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Vertragsauflösung erfüllt sind. Das ist zu verneinen, wobei offen bleiben kann, ob einer der beiden Tatbestände von Art. 49 Abs. 1 CISG, die zur Vertragsaufhebung berechtigen, erfüllt ist. Denn gemäss Art. 49 Abs. 2 lit. a CISG verliert im Falle verspäteter Lieferung, wie sie hier zur Diskussion steht, der Käufer das Recht zur Aufhebung des Vertrages, wenn er die Aufhebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erklärt, nachdem er erfahren hat, dass die Lieferung erfolgt ist. In casu war die X AG unmittelbar nach der Abfahrt der «Harakiri» in Kobe, d.h. um den 18. Oktober 2014 herum, über die Lieferung orientiert. In der Zwischenzeit sind rund zweieinhalb Monate vergangen, ohne dass die X AG die Vertragsaufhebung erklärt hätte. Das kann selbst bei grosszügiger Bemessung nicht mehr als angemessene Frist im Sinne von Art. 49 Abs. 2 lit. a CISG gelten.

*Hinweis:* Da die X AG der Y Ltd keine Nachfrist angesetzt hat, käme im Übrigen eine Vertragsaufhebung nur in Frage, wenn die Verspätung bei der Verladung als wesentliche Vertragsverletzung interpretiert werden könnte (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG). Ob die Pünktlichkeit der Verladung die Voraussetzungen der Wesentlichkeit gemäss

Art. 25 CISG erfüllen würde, ist fraglich. Gemäss Sachverhalt hatte die X AG der Y Ltd den Grund für die Ergänzung der CIF-Klausel mit dem Verladetermin nicht mitgeteilt. Für die Y Ltd war somit nicht ersichtlich, dass der Verladetermin für die X AG von besonderer Bedeutung war, weil deren Abnehmerin (die Z AG) auf die fristgerechte Lieferung der Garne angewiesen war. Daher ist zweifelhaft, ob die Y Ltd den besonderen Nachteil voraussehen konnte, der der X AG aus einer Verspätung erwachsen würde.

### Frage 6

Zur Debatte steht eine allfällige Vertragswidrigkeit der Ware nach Art. 35 CISG. Dem Käufer stehen die Ansprüche aus Vertragswidrigkeit nur zu, wenn er seiner *Prüfungs- und Rügeobliegenheit* (Art. 38 f. CISG) nachgekommen ist. Zu prüfen ist, ob die X AG die allfällige Vertragswidrigkeit wirksam gerügt hat.

Gemäss Art. 39 Abs. 1 CISG verliert der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht *innerhalb einer angemessenen Frist* nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet. Entdeckt hat die X AG die Kontaminierung beim Ausladen des Sammelcontainers im Bestimmungshafen Hamburg am 29. November 2014. Die X AG durfte die Prüfung der Ware bis zu deren Eintreffen in diesem Bestimmungshafen aufschieben (Art. 38 Abs. 2 CISG). Über die Kontaminierung der Garne orientiert hat die X AG die Y Ltd aber erst am 29. Dezember 2014, d.h. etwas mehr als vier Wochen später. Was unter «angemessener Frist» im Sinne von Art. 39 Abs. 1 CISG zu verstehen ist, muss im Einzelfall aufgrund einer Würdigung aller Umstände beurteilt werden. Als Faustregel wird in der Lehre jedenfalls bei nicht verderblichen Gütern, wie sie hier vorliegen, eine *Frist von etwa einem Monat* als sachgerecht vorgeschlagen, sofern keine besonderen Umstände gegeben sind. Diese Frist wäre in casu gerade noch (knapp) eingehalten. Ob die zuständigen Gerichte dem allerdings folgen werden, muss offen bleiben.

Das Versehen des Angestellten könnte die X AG allerdings nicht entlasten, falls sich die Gerichte grundsätzlich auf den Standpunkt stellen würden, die Frist sei verpasst. Ein solches *Versehen einer Hilfsperson* stellt keine vernünftige Entschuldigung im Sinne von Art. 44 CISG dar.

*Hinweis:* Die Haftung für eigene Angestellte beurteilt sich nach UN-Kaufrecht, und nicht unter Rückgriff auf das gemäss IPR berufene Landesrecht<sup>8</sup>. Zudem wäre hier das vom IPR berufene nationale Recht das japanische Recht, da die Y Ltd in Japan ansässig ist<sup>9</sup>. Art. 101 OR kommt hier daher nicht zur Anwendung. Von den Studierenden konnte dieses Wissen an der Bachelorklausur indessen nicht erwartet werden.

### Frage 7

Voraussetzung für die Minderung ist eine Vertragswidrigkeit der Ware. Geregelt ist die Frage der Vertragswidrigkeit bzw. -konformität in Art. 35 CISG.

Gemäss Art. 35 Abs. 1 CISG hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis den *Anforderungen des Vertrages* entspricht. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so entspricht die Ware dem Vertrag nur, wenn sie sich für die Zwecke eignet, für die Waren der gleichen Art *gewöhnlich gebraucht* werden (Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG).

Dem Sachverhalt lässt sich keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung über die geschuldete Qualität der Garne entnehmen. Man wird indessen davon ausgehen dürfen, dass die kontaminierten Garne der Sorte B für die übliche Verarbeitung zu Textilien nicht mehr (oder jedenfalls nicht ohne vorgängige Reinigung, sofern eine solche überhaupt möglich sein sollte) geeignet sind. Ihnen fehlt daher die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit. Anders verhält es sich selbstredend mit den Garnen der Sorte A, die nicht verseucht sind.

Allerdings hat die Y Ltd für die Kontaminierung der Garne der Sorte B nur einzustehen, wenn diese vor der Verladung erfolgte. Denn gemäss Art. 36 Abs. 1 CISG haftet der Verkäufer für eine Vertragswidrigkeit nur, wenn diese im Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr auf den Käufer bereits besteht (wobei die Vertragswidrigkeit aber auch erst später offenbar werden kann). Im vorliegenden Fall geht die Gefahr gestützt auf die von den Parteien verein-

<sup>8</sup> Dazu statt aller STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 5), Art. 4 CISG Rz. 60, und THOMAS MURMANN/MARIUS STUCKI, Art. 4 CISG N 51, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl. Bern 2014, je m.Nw.

<sup>9</sup> Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht vom 15. Juni 1955 (SR 0.221.211.4).

barte CIF-Klausel auf die Käuferin über, sobald die Ware im Verladehafen an Bord des Schiffes verbracht worden ist.

*Hinweis:* Keine Rolle spielen würde der Gefahrübergang, wenn die Beschädigung auf eine Handlung oder Unterlassung des Verkäufers zurückzuführen wäre<sup>10</sup>. Als «Handlungen oder Unterlassungen» im Sinne von Art. 66 CISG gelten alle Vertragsverletzungen des Verkäufers sowie weitere Verhaltensweisen des Verkäufers, sofern er gegen objektiv gebotene Sorgfaltspflichten verstösst<sup>11</sup>. Dazu gehören unter anderem die falsche Verpackung oder Verladung der Ware<sup>12</sup>. Davon wird man in casu allerdings kaum ausgehen können. Gemäss Hinweisen in der Aufgabenstellung waren die Garne korrekt verpackt und die Verladung in Sammelcontainer war nicht zu beanstanden. Wegen der fehlenden Kennzeichnung der Divinylbenzolfässer als Gefahrgut war für die mit der Verladung betrauten Personen nicht erkennbar, dass die Fässer in einem andern Container hätten verstaut werden müssen. Daher haben die Verkäuferin bzw. die von ihr zur Versendung beigezogenen Personen nicht gegen objektiv gebotene Sorgfaltspflichten verstossen.

Würde man hier von einer «Handlung oder Unterlassung» der Verkäuferin im Sinne von Art. 66 CISG ausgehen, so hätte die Verkäuferin für die Beschädigung der Garne unabhängig davon einzustehen, wann die Kontaminierung eingetreten ist.

Sollte die Kontaminierung vor Gefahrübergang eingetreten sein, so stehen der X AG als Käuferin gegen die Y Ltd grundsätzlich die Rechtsbehelfe nach Art. 45 ff. CISG zu. Dazu gehört insbesondere der Anspruch auf Minderung gemäss Art. 50 CISG, der an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft ist. In

casu wird daher die X AG den Gesamtkaufpreis gegebenenfalls um den Preis der verseuchten Garne der Sorte B herabsetzen dürfen.

### Frage 8

Im Verhältnis zwischen der X AG und der Z AG, das schweizerischem Recht unterliegt, beurteilt sich die Frage der Beweislastverteilung *nach schweizerischem Recht*, während im Verhältnis zwischen der X AG und der Y Ltd das *internationale Recht* massgebend ist. Zwar regelt das CISG diese Beweislastfrage nicht ausdrücklich. Herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen dabei aber von einer *internen Lücke* aus, die gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG in erster Linie nach den allgemeinen Grundsätzen zu füllen ist, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen<sup>13</sup>.

Sowohl für das schweizerische Recht als auch für das internationale Recht nimmt die herrschende Lehre an, dass der Käufer die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels bzw. einer Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs trägt, wenn er die Sache vorbehaltlos angenommen hat<sup>14</sup>. Verweigert hingegen der Käufer die Annahme der Ware wegen Vertragswidrigkeit, so liegt die Beweislast für die Vertragskonformität im massgebenden Zeitpunkt beim Verkäufer.

In Frage steht in casu nicht die Verteilung der Beweislast über die Vertragswidrigkeit der Ware an sich. Denn die Kontaminierung ist erwiesen und soweit ersichtlich unbestritten. Heikel ist aber die Frage, ob die Kontaminierung vor oder nach der Verladung und damit vor oder nach Gefahrübergang eingetreten ist.

Geht man von der oben skizzierten Regel aus, so trägt die X AG als Verkäuferin gegenüber der Z AG die Beweislast dafür, dass die Ware im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht kontaminiert war. Denn die Z AG hat die Ware gar nie angenommen. Ebenso trägt die X AG als Käuferin gegenüber der Y Ltd die Beweislast. Denn sie hat die Ware bei der Ankunft in Hamburg vorbehaltlos entgegengenommen und erst nach etwas mehr als vier Wochen die Vertragswidrigkeit gerügt. Lässt sich nicht beweisen, wann die Garne kontaminiert worden sind, so hat die X AG gegenüber beiden Parteien die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Sie fällt damit gleichsam zwischen Stuhl und Bank, obwohl sie als Zwischenhändlerin mit der Hintereinanderschaltung von zwei CIF-Kaufverträgen theoretisch nicht eine Sekunde die Gefahr trägt<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Art. 66 CISG.

<sup>11</sup> HERBERT SCHÖNLE/THOMAS KOLLER, Art. 66 N 11 ff., m.Nw., in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2010.

<sup>12</sup> SCHÖNLE/TH. KOLLER (Fn. 11), Art. 66 N 13, m.Nw.

<sup>13</sup> Vgl. dazu etwa BGE 138 III 601 E. 8.1 S. 608 f., m.Nw.

<sup>14</sup> Vgl. dazu wiederum z.B. BGE 138 III 601 E. 8.1 S. 608 f., m.Nw., für das UN-Kaufrecht; zum schweizerischen Recht siehe etwa HEINRICH HONSELL, Art. 197 N 12, m.Nw., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 5. Aufl. Basel 2011.

<sup>15</sup> Das ist einer der Gründe dafür, dass in der Praxis von der Verwendung der CIF-Klausel im Containerverkehr abgeraten wird (vgl. zu dieser «Warnung» generell etwa JAN RAMBERG, ICC Guide to Incoterms® 2010, Paris 2011, 22; ICC Rules [Fn. 3], 249; GRAF VON BERNSTORFF [Fn. 3], Rz. 679 i.V.m. Rz. 642). Dennoch wird die CIF-Klausel

*Hinweis:* Zur Beweislastverteilung lassen sich auch andere Lösungen vertreten, etwa dass bei an sich erwiesener Vertragswidrigkeit stets die Verkäuferin beweisen muss, dass die Ware im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch vertragskonform war<sup>16</sup>, oder – ganz anders – dass die Käuferin stets das Vorliegen eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu beweisen hat, und zwar auch dann, wenn sie die Annahme der Sache verweigerte<sup>17</sup>. Für die Beurteilung der Klausur wesentlich war nicht das Resultat, sondern die Gedankenführung.

### Frage 9

Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen erfüllt sind. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der *Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar* (lit. a) und die *Rechtslage klar* ist (lit. b).

Beide Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. In Bezug auf die verspätete Verladung der Garne steht nicht eindeutig fest, ob die Vereinbarung der Parteien als Fixgeschäft zu interpretieren ist oder nicht. Für beide Auslegungsvarianten lassen sich Argumente finden. Die Vermutung spricht gar für ein relatives Fixgeschäft (Art. 190 OR) und damit gegen den Standpunkt der X AG. Insoweit sind somit der Sachverhalt und die Rechtslage nicht klar genug für eine Gutheissung der Zahlungsklage im Summarprozess. Hinsichtlich des Zeitpunkts der Kontaminierung der Garne der Sorte B ist der Sachverhalt nicht unbestritten und soweit ersichtlich auch nicht sofort beweisbar. Der Zeitpunkt der Kontaminierung ist von zentraler Bedeutung. Egal welche Partei die Beweislast für diesen Zeitpunkt trägt: Dieser Beweis ist wohl nicht leicht zu führen. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass die Parteien zu dieser Frage nicht einen übereinstimmenden Standpunkt vertreten werden. Damit ist ein Summarprozess praktisch aussichtslos.

### Frage 10

Das Schlichtungsverfahren entfällt, wenn eine Streitigkeit der *Handelsgerichtsbarkeit* unterliegt (Art. 198 lit. f i. V. m. Art. 6 ZPO). Da es sich bei Bern um einen Handelsgerichtskanton handelt, ist zu prüfen, ob für die Beurteilung der Zahlungsklage die Voraussetzungen von Art. 6 ZPO erfüllt sind.

Das ist offenkundig der Fall, wenn die X AG den ganzen Kaufpreis einklagt. Betroffen ist die *geschäft-*

*liche Tätigkeit beider Parteien* (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO). Gegen den Entscheid wäre die *Beschwerde in Zivilsachen* an das Bundesgericht möglich (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO); denn die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG wird deutlich überschritten. Sodann sind beide Parteien als Aktiengesellschaften im *Handelsregister eingetragen* (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO).

Anders verhält es sich, wenn die X AG nur den Kaufpreis für die nicht kontaminierten Garne (Sorte A) einklagt. Das wäre eine zulässige *Teilklage* (Art. 86 ZPO). Da der Streitwert unter Fr. 30'000.– liegt, wäre eine Beschwerde an das Bundesgericht nicht möglich. Daher fehlt es schon aus diesem Grund an der Zuständigkeit des Handelsgerichts. Hinzu käme noch, dass der Prozess im vereinfachten Verfahren zu führen wäre (Art. 243 Abs. 1 ZPO) und diese Verfahrensart für Handelsgerichte nicht vorgesehen ist. Die Klage wäre hier somit beim örtlich zuständigen *ordentlichen erstinstanzlichen Gericht* einzureichen. Da diesfalls keine Ausnahme gemäss Art. 198 ZPO vorliegen würde, hätte der Klage ein Schlichtungsverfahren vorauszugehen (Art. 197 ZPO).

### Frage 11

Wenn die X AG die Beweislast für den Zeitpunkt der Kontaminierung der Garne der Sorte B trägt, obliegt ihr prozessual die *Beweisführungslast*, d.h. die X AG muss form- und fristgerecht behaupten, dass die Kontaminierung nach der Verladung der Container auf die «Harakiri» eingetreten ist, und sie

---

auch im Containerverkehr immer noch öfter verwendet. Der Grund dafür dürfte folgender sein: «Trading patterns are usually difficult to change, even if the reasons for the choice of the trade term have changed and call for quite another choice» (RAMBERG, a.a.O., 22).

Ausserhalb des Containerverkehrs sind CIF-Verträge aber durchaus sinnvoll und auch – vor allem im Rohstoffhandel (commodity trading) – sehr weit verbreitet. CIF-Verträge bieten zahlreiche interessante Rechtsprobleme (dazu einlässlich etwa BRIDGE [Fn. 4], Rz. 4.01 ff.).

<sup>16</sup> So etwa SCHÖNLE/TH. KOLLER (Fn. 11), Art. 66 CISG N 39, m.Nw.

<sup>17</sup> So für den Stückkauf, nicht aber für den Gattungskauf (wie er hier vorliegt) etwa HANS PETER WALTER, Art. 8 ZGB N 561 (zum Gattungskauf vgl. N 563), m.Nw., in: Berner Kommentar, Band 1/1. Abteilung, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 2012.

hat dafür Beweise zu anbieten<sup>18</sup>. Sie hat einen *Hauptbeweis* zu erbringen, d.h. sie muss mit *vollem Beweis* den Richter von der Richtigkeit der behaupteten Tatsache überzeugen.

Die Z AG könnte demgegenüber passiv bleiben. Stattdessen könnte sie aber auch versuchen, einen *Gegenbeweis* zu erbringen. Mit diesem Gegenbeweis müsste sie beim Richter bloss Zweifel an der Richtigkeit der von der X AG behaupteten Tatsache wecken. Es würde genügen, mit dem Gegenbeweis den Hauptbeweis zu erschüttern.

Sollte der von der X AG zu führende Beweis seiner Natur nach schwierig zu erbringen sein, so könnte das Gericht der X AG allenfalls beim *Beweismass* entgegenkommen. Beim *Regelbeweismass* darf das Gericht keine ernsthaften Zweifel an der Richtigkeit der behaupteten Tatsache mehr haben. Einer Beweisnot könnte mit einer *Herabsetzung des Beweismasses* auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit begegnet werden. Allerdings wäre dazu erforderlich, dass die *Beweisnot* nicht bloss im konkreten Fall gegeben ist, sondern sich generalisieren lässt. Das könnte man für die hier zur Diskussion stehende Tatsache (Zeitpunkt der Beschädigung eines in einem Sammelcontainer verladenen Gutes) durchaus bejahen.

*Hinweis:* Das kann man selbstverständlich auch anders sehen. Wesentlich für die Bewertung war die Gedankenführung zum Beweismass, nicht das Ergebnis.

## C. Fragen

Die folgenden zwölf Fragen sind durch blosses *Ankreuzen* einer der vier jeweils zur Auswahl gestellten Varianten (a bis d) auf den folgenden Seiten zu beantworten (auf separate Blätter geschriebene Antworten werden bei der Korrektur nicht berücksichtigt). Begründungen sind nicht erforderlich. Beachten Sie, dass jeweils nur eine der zur Auswahl stehenden Antworten richtig ist.

Für jede richtige Antwort erhalten Sie einen Punkt. Wird keine Antwort angekreuzt, so gibt es keinen Punkt. Für jede falsche Antwort wird ein Punkt abgezogen (Minuspunkt), ebenso wenn Sie bei einer Frage mehr als eine Antwort ankreuzen. Raten ist also riskant!

<sup>18</sup> Vgl. zu den verschiedenen hier interessierenden Aspekten des Beweisrechts etwa ALEXANDER R. MARKUS, *Zivilprozessrecht* (Allgemeine Lehren), Vorlesungsunterlagen Frühlingsemester 2014, Bern 2014, 84 ff.

Wenn Sie eine zuerst gegebene Antwort nachträglich noch ändern wollen, so geben Sie bitte klar und deutlich bekannt, welche Antwort gelten soll. Im Falle von Zweideutigkeiten wird angenommen, dass sie mehr als eine Antwort angekreuzt haben (was zu einem Minuspunkt führt).

**Frage 1:** Der 16½-jährige H lebt bei seinen Eltern. Demnächst wird er eine kaufmännische Lehre antreten und im ersten Lehrjahr monatlich Fr. 770.– verdienen. Er freut sich auf das Geld, weil er endlich etwas mehr mit Freundinnen und Freunden in den Ausgang gehen und sich etwas leisten will. Die Eltern sehen dies anders. Sie sind der Meinung, H müsse den Lohn abgeben und erhalte wie bis anhin ein kleines Taschengeld. H ist damit nicht einverstanden und will den ganzen Lohn behalten.

Wie ist die Rechtslage?

- Der Lehrlingslohn minderjähriger Kinder gehört grundsätzlich den Eltern.
- H darf den vollen Lohn behalten.
- H darf den Lohn bis zum betriebsrechtlichen Existenzminimum behalten. Einen allfälligen Überschuss muss er den Eltern abgeben. In analoger Anwendung von Art. 325 Abs. 1 OR setzt das Betreibungsamt auf Ansuchen eines Beteiligten den gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht unpfändbaren Betrag fest.
- Der Lehrlingslohn steht unter der Verwaltung und Nutzung von H. Die Eltern können aber verlangen, dass H einen angemessenen Beitrag an seinen Unterhalt leistet.

**Frage 2:** A übergibt dem Garagier B sein Auto für einen Service und vereinbart mit ihm, den Wagen in drei Tagen wieder abzuholen. B führt den Service korrekt aus. A holt jedoch den Wagen am vereinbarten Termin nicht ab. Am Telefon kann B den A nicht erreichen und auf zwei schriftliche Aufforderungen des B, den Wagen abzuholen, reagiert A nicht. B möchte den Wagen rasch loswerden, da er nur über eine kleine Garage verfügt und den Platz anderweitig benötigt. Notfalls ist er bereit, auf das Entgelt für den Service zu verzichten, da der Betrag nicht sehr hoch ist. Selbstverständlich ist es ihm ein grosses Anliegen, alles korrekt zu tun. Er möchte insbesondere für das Auto nicht mehr verantwortlich sein, es also nicht später dem A doch noch herausgeben bzw. Schadenersatz zahlen zu müssen. Was raten Sie ihm?

- a) Er kann das Auto einem Kunden verkaufen und dem A den Erlös (abzüglich des Entgelts für den Service) per Post zusenden.
- b) Er kann das Auto auf einen öffentlichen Parkplatz stellen. Anschliessend geht ihn die Sache nichts mehr an.
- c) Da ihm das Auto nicht gehört, darf er es nicht verkaufen. Es bleibt ihm nichts anderes übrig als zu warten und von A Schadenersatz für das verspätete Abholen zu verlangen.
- d) Er kann den Richter um Bewilligung eines öffentlichen Verkaufs nach vorgängiger Androhung ersuchen und anschliessend den Erlös (abzüglich des Entgelts für den Service) hinterlegen. Subsidiär empfiehlt es sich, beim Richter zu beantragen, das Auto an einem von diesem zu bezeichnenden Ort zu hinterlegen.

**Frage 3:** G und H sind seit über dreissig Jahren verheiratet. Ein Ehevertrag existiert nicht. Beide Ehegatten waren stets berufstätig und in der gleichen Pensionskasse versichert. Der versicherte Verdienst der Ehegatten war gleich hoch. Herr G ist seit fünf Jahren pensioniert und bezieht von seiner früheren Berufsvorsorgeeinrichtung eine monatliche Rente. Frau H hat sich vor vier Jahren ebenfalls pensionieren lassen und liess sich von ihrer Pensionskasse das gesamte Vorsorgekapital von Fr. 800 000.– auszahlen. Sie hat dieses Kapital auf ein extra für diesen Zweck eingerichtetes Sparkonto bei einer Bank überweisen lassen, wo es «unberührt» liegt.

Wegen verschiedener Vorkommnisse ist die Ehe in eine Krise geraten. Herr G denkt an eine Scheidung. Ihn interessiert, wie das ausbezahlte Vorsorgekapital seiner Frau im Falle einer Scheidung güterrechtlich behandelt würde.

- a) Dieses Kapital fällt vollumfänglich in das Eigentum von Frau H, deren Vorsorge es dient.
- b) Dieses Kapital fällt vollumfänglich in die Errungenschaft von Frau H.
- c) Grundsätzlich fällt dieses Kapital in die Errungenschaft von Frau H. Im Betrag des Kapitalwertes der Rente, welche Frau H bei Auflösung des Güterstandes zustünde, wird das Kapital allerdings ihrem Eigentum zugerechnet.
- d) Güterrecht ist hier gar nicht betroffen.

**Frage 4:** Der künstlerisch veranlagte A ist als kleingewerblicher Schneidermeister tätig. B verkauft ihm

unter Eigentumsvorbehalt einen Posten billigen Baumwollstoff. A stellt aus diesem Stoff mit viel Liebe und hohem Arbeitsaufwand ein paar kunstvolle Kleider her, die allerdings – weil viel zu avantgardistisch – den Publikumsgeschmack nicht treffen. Da A auch sonst mehr Künstler denn Geschäftsmann ist, muss er den Konkurs anmelden. Den Baumwollstoff hat er der B noch nicht bezahlt. Die gewöhnlichen Gläubiger von A können nur mit einer sehr kleinen Konkursdividende rechnen.

Angenommen, B habe den Eigentumsvorbehalt wirksam im Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen: Kann sie von der Konkursverwaltung die Kleider zu Eigentum herausverlangen?

- a) Das ist überhaupt kein Problem. Denn ihr gehören ja der Baumwollstoff und damit auf jeden Fall auch die Kleider.
- b) Nein, denn die Kleider sind im Vergleich zum Stoff neue Sachen und an neuen Sachen hat immer derjenige Eigentum, der sie herstellt.
- c) Das hängt von den Umständen ab. Wenn die Arbeit des A weniger wertvoll sein sollte als der von B gelieferte Stoff, ist B Eigentümerin der Kleider und hat daher Anspruch auf Herausgabe. Andernfalls gehören die Kleider zwar dem A und fallen damit in die Konkursmasse; aber das Gericht kann der B das Eigentum an den Kleidern zusprechen, da A beim Schneiden gewusst hat, dass ihm der unbezahlte Baumwollstoff (noch) nicht gehört.
- d) Das hängt von den Umständen ab. Wenn die Arbeit des A weniger wertvoll sein sollte als der von B gelieferte Stoff, ist B Eigentümerin der Kleider und hat daher Anspruch auf Herausgabe. Andernfalls gehören die Kleider dem A und fallen damit in die Konkursmasse; eine richterliche Zuspreehung des Eigentums ist gemäss heute herrschender Lehre nicht möglich, da B den Stoff dem A geliefert hat, damit dieser Kleider herstellen kann.

**Frage 5:** O führt gegen P einen Forderungsprozess um Fr. 50 000.– vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland. Die behauptete Forderung leitet er aus Vertrag ab. Laut Aussagen von O wurde der Vertrag schriftlich geschlossen. Er könne aber das Dokument nicht vorlegen, da ihm die Mappe mit dem Dokument vor einem halben Jahr von einem Dieb auf

der Strasse entrissen worden sei. Das Gericht setzt keine Frist zur Nachreichung des Dokuments an, führt das Beweisverfahren mit den übrigen angebotenen Beweismitteln durch und weist die Klage mit der Begründung ab, O habe die Existenz des Vertrages nicht bewiesen. O zieht das erstinstanzliche Urteil nicht weiter. Vier Monate nach der Zustellung des begründeten Entscheids erhält er von der Polizei, die den Dieb vor kurzem erwischt hat, die Mappe samt dem Dokument zurück. Er teilt dies dem P mit und fordert ihn auf, den Betrag von Fr. 50000.– zu bezahlen. P lehnt ab.

Welche rechtliche Vorgehensweise ist für O sinnvoll?

- a) O kann beim Obergericht des Kantons Bern Berufung einreichen.
- b) O kann beim Regionalgericht Bern-Mittelland ein Revisionsgesuch einreichen.
- c) O kann beim Regionalgericht Bern-Mittelland ein Gesuch um Wiederherstellung einreichen und glaubhaft machen, dass ihn kein oder nur ein leichtes Verschulden daran treffe, dass er das Dokument nicht einreichen konnte.
- d) O kann erneut (nach vorgängigem Schlichtungsverfahren) gegen P vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland Klage einreichen.

**Frage 6:** Die Eheleute V sind seit 1983 verheiratet. Seit 2010 leben sie in einer vom Ehemann gemieteten 4-Zimmer-Wohnung in einem Vorort von Bern. Herr V ist ein Pascha alter Schule. Frau V ärgert sich zunehmend über das immer tyrannischer werdende Gehabe ihres Mannes und lässt ihn daher im Rahmen eines eheschutzrechtlichen Verfahrens von der RichterIn aus der Wohnung weisen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Darob sehr erzürnt kündigt Herr V die Wohnung, ohne seine Frau zu orientieren. Sie erfährt von der Kündigung erst, als sich der Vermieter einen Monat vor Ablauf der Kündigungsfrist an sie wendet und ihr mitteilt, er werde demnächst verschiedenen Mietinteressenten die Wohnung zeigen. Frau V ist empört und erklärt, sie gedenke nicht, die Wohnung zu verlassen. Der Vermieter stellt sich auf den Standpunkt, der Mietvertrag sei vom Mieter gekündigt worden, weshalb die Wohnung auf den Kündigungstermin zu räumen sei.

Ist die Kündigung wirksam?

- a) Nein.

- b) Ja, denn Herr V ist als alleiniger Mieter Partei des Mietvertrages und als solcher zur Kündigung berechtigt.
- c) Ja. Denn gemäss der bis Ende 1987 geltenden Fassung von Art. 160 Abs. 1 ZGB war der Mann das Haupt der Gemeinschaft. Für vor 1988 geschlossene Ehen gilt diese Bestimmung nach wie vor. Der Ehemann kann daher den Mietvertrag kündigen.
- d) Grundsätzlich ja. Aber Frau V kann im Rahmen von Eheschutzmassnahmen (Art. 172 ff. ZGB) beim Gericht beantragen, dass die Kündigung aufgehoben wird.

**Frage 7:** Der Uferschutzverband W ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in W (Region Bern Mittelland). Er bezweckt gemäss Art. 2 der Statuten den Erhalt der natürlichen Ufer des W-Sees (mit Schilfbeständen etc.), den Gewässerschutz im See sowie den Schutz der Fische und Vögel, die im bzw. am See leben.

Q ist fanatischer Motorbootfahrer. Er tritt dem Verein bei. Zudem gelingt es ihm, mehrere Freunde und andere am Motorbootfahren Interessierte ebenfalls zum Vereinsbeitritt zu bewegen. Alle werden statutenkonform als Vereinsmitglieder aufgenommen. Kurz darauf stellt Q beim Vorstand den Antrag, an der nächsten Vereinsversammlung sei Art. 2 der Statuten um folgenden Zusatz zu ergänzen: «Der Verein bezweckt zudem die Förderung des Motorbootsports auf dem W-See.» Dieser Antrag wird ordnungsgemäss für die nächste Generalversammlung traktandiert.

J ist ein passionierter Naturschützer und seit vielen Jahren Mitglied des Vereins. Da er sich für etliche Wochen auf einer ausgedehnten Tramper-Reise mit Rucksack (ohne Handy und Laptop) in Südamerika befindet, erfährt er von der Einladung zur Generalversammlung nichts. Ebenso wenig nimmt er an der Versammlung teil.

An der Generalversammlung, an der alle von Q geworbenen Neumitglieder anwesend sind, wird der Antrag von Q nach heftigen Diskussionen mit knappem (aber hinreichendem) Mehr angenommen. Ein Protokoll über diesen Beschluss wird vorerst nicht versandt; wie üblich soll das Protokoll erst der Einladung zur nächsten ordentlichen Generalversammlung beigelegt werden. J erfährt von diesem Beschluss durch einen Nachbarn, als er sechs Wochen später

nach Hause zurückkehrt. Er ist wütend, weil er das Motorbootfahren grundsätzlich ablehnt und zudem der Meinung ist, das würde den Bestrebungen des Naturschutzes, die der Verein fördern wolle, diametral zuwiderlaufen. Er fragt Sie, was er rechtlich tun kann.

Wie beurteilen Sie die Lage?

- a) Er muss nichts tun. Der Beschluss der Vereinsversammlung ist nichtig. Diese Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden.
- b) Er hätte sich gegen den Vereinsbeschluss vor Gericht zur Wehr setzen können. Aber dazu ist es nun zu spät.
- c) Er kann den Vereinsbeschluss binnen Monatsfrist nach Kenntnisnahme beim Gericht mit der Begründung anfechten, der Vereinszweck sei umgewandelt worden. Passivlegitimiert ist Q. Die Erfolgsaussichten sind offen.
- d) Er kann den Vereinsbeschluss binnen Monatsfrist nach Kenntnisnahme beim Gericht mit der Begründung anfechten, der Vereinszweck sei umgewandelt worden. Passivlegitimiert ist der Verein. Die Erfolgsaussichten sind offen.

**Frage 8:** K Y wird im Sommer 2001 als Kind von L Y und M Y geboren. Kurz nach der Geburt wird die Ehe der Eltern geschieden. Frau M Y nimmt dabei wieder ihren früheren Namen Z an. Die Tochter K lebt seither bei der Mutter, die das alleinige Sorgerecht hat. Zu ihrem Vater L hat K regelmässig, aber selten und nur lockeren Kontakt. In ihrem Alltagsleben führt sie seit langem (faktisch) den Namen der Mutter (Z), d.h. sie stellt sich überall so vor, schreibt ihre Schulhefte so an etc.

Im Herbst 2013 stellt K bei der zuständigen Behörde das Gesuch, ihr sei die Änderung ihres Familiennamens von Y (Name des Vaters) in Z (Name der Mutter) zu bewilligen. Die Mutter unterstützt dieses Gesuch im Verfahren, während sich der Vater dagegen zur Wehr setzt. Sowohl die Behörde als in der Folge auch das Verwaltungsgericht geben diesem Ersuchen statt, wobei beide Behörden die Interessenlage der Beteiligten umfassend würdigen. Mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht setzt sich der Vater zur Wehr.

Hat er gute Aussichten auf Erfolg?

- a) Ja, denn ein Namensänderungsgesuch setzt Handlungsfähigkeit voraus, und K ist nicht handlungsfähig.

- b) Ja, denn für eine Namensänderung müssen wichtige Gründe vorliegen, und daran gebricht es hier.
- c) Ja, denn Y macht geltend, seine Tochter und die Mutter hätten behauptet, sein tunesischer Name sei für K nachteilig. Das Verwaltungsgericht hat diesen Umstand allerdings nicht in seine Erwägungen miteinbezogen. Das spielt aber keine Rolle, weil das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid vollumfänglich überprüft und der Vorinstanz keinen Ermessensspielraum zugesteht.
- d) Keine der vorstehenden Aussagen trifft zu.

**Frage 9:** B verkauft am 15. Juni 2014 dem C zwei Kühe. Die Kühe befinden sich seit 1. Juni 2014 auf der Alp des Bauern L. Als C am 20. September 2014 – wie zwischen B und ihm vereinbart – die Kühe bei L abholen möchte, verweigert dieser die Herausgabe mit der Begründung, er habe eine Tierarztrechnung für eine notwendige Behandlung der Tiere am 10. Juni 2014 bezahlt. B habe ihm die Rückerstattung bei der Abholung der Kühe zugesichert.

Was trifft zu?

- a) B war mittelbarer Eigenbesitzer und L ist unmittelbarer Besitzer der Kühe. Der Besitzübergang erfolgt hier durch Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB). L macht geltend, dass er die Herausgabe der Kühe gestützt auf Art. 924 Abs. 3 ZGB verweigern kann, da er einen dinglichen Anspruch gegen B habe. Allerdings sind die Voraussetzungen für das Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB nicht gegeben.
- b) B war mittelbarer Besitzer und L ist unmittelbarer Besitzer der Kühe. Der Besitzübergang erfolgt hier durch Besitzanweisung. L kann die Herausgabe der Kühe gestützt auf Art. 924 Abs. 3 ZGB verweigern, da er einen dinglichen Anspruch gegen B hat. Ihm steht ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 ZGB zu. Die Voraussetzungen für das Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB sind erfüllt.
- c) B war mittelbarer Besitzer und L ist selbständiger, unmittelbarer Besitzer der Kühe. Der Besitzübergang erfolgt hier durch Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB). L kann die Herausgabe der Kühe gestützt auf Art. 924 Abs. 3 ZGB verweigern, da er einen obligatorischen Anspruch gegen B hat. Die Voraussetzungen für das Zurückbehaltensrecht der Kühe sind erfüllt.

d) B war mittelbarer, selbständiger Besitzer und L ist Fremdbesitzer der Kühe. Der Besitzübergang erfolgt hier durch Besitzeskonstitut (Art. 924 Abs. 1 ZGB). L kann die Herausgabe der Kühe gestützt auf Art. 924 Abs. 3 ZGB verweigern, da er einen obligatorischen Anspruch gegen B hat. Die Voraussetzungen für das Zurückbehalten der Kühe sind erfüllt.

**Frage 10:** Die X AG liegt mit Y im Streit über eine Forderung von Fr. 50000.– und reicht deshalb bei der Schlichtungsbehörde Q ein Schlichtungsgesuch ein. Die Schlichtungsbehörde erklärt die Gesuchstellerin als säumig und schreibt das Gesuch wegen Gegenstandslosigkeit ab, weil die Vertreter der X AG, die an der Schlichtungsverhandlung erscheinen, nicht gehörig bevollmächtigt seien (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Das zuständige Obergericht heisst das von der X AG erhobene Rechtsmittel gut, hebt die Verfügung der Schlichtungsbehörde auf und weist die Angelegenheit zur Durchführung der Schlichtungsverhandlung an die Schlichtungsbehörde zurück.

Y erhebt 20 Tage nach Zustellung des Entscheids Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht und beantragt, das Urteil der Vorinstanz sei (unter Kostenfolge) aufzuheben. Ihr Anwalt äussert sich in der Beschwerdeschrift nicht näher zu den Eintretensvoraussetzungen, erhebt aber detaillierte Rechtsverletzungsrügen zur Begründung der Beschwerde, d.h. er legt einlässlich dar, welche Bestimmungen der ZPO und des OR das Obergericht verletzt haben soll, indem es die X AG als nicht säumig erklärte. Wird das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen eintreten?

- a) Ja.
- b) Nein, denn es genügt nicht, dass blosse Rechtsverletzungen gerügt werden. Der Anwalt hätte die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen müssen.
- c) Nein; der Anwalt hätte die Beschwerde binnen zehn Tagen einreichen müssen.
- d) Nein; der Anwalt hätte in der Beschwerdeschrift darlegen müssen, inwiefern der angefochtene

Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für seine Klientin bewirken kann.

**Frage 11:** R verlangt von S die Rückzahlung eines Darlehens im Betrag von Fr. 25 000.–. S bestreitet die Schuld. Das Schlichtungsverfahren bleibt erfolglos, weshalb R die Klagebewilligung erhält. R, der nichts von Anwälten hält, geht eine Woche später zum Regionalgericht und will mündlich Klage erheben. Geht das?

- a) Ja. Erfordern es die Verhältnisse, kann das Gericht allerdings nachträglich einen Schriftenwechsel anordnen.
- b) Nein, Zivilgerichte sind grundsätzlich nicht verpflichtet, mündliche Klagen entgegenzunehmen.
- c) Das liegt im Ermessen des Gerichts. Bei komplizierten Sachverhalten darf das Gericht von Anfang an eine schriftliche Klage verlangen.
- d) Nein, das ist nur bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten möglich.

**Frage 12:** F klagt gegen G auf Zahlung von Fr. 15 000.–. G bestreitet die Forderung als solche nicht, wohl aber seine Schuldpflicht gegenüber F mit der Begründung, dieser habe die Forderung vor einem halben Jahr dem H zediert. Angenommen, die Zession habe effektiv stattgefunden: Wie muss das Gericht entscheiden?

- a) Auf die Klage wird nicht eingetreten, weil eine Prozessvoraussetzung fehlt.
- b) Die Klage wird abgewiesen.
- c) Die Klage wird wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
- d) Die Klage wird gutgeheissen. G kann sich nicht auf die Zession der Forderung von F an H berufen.

**Total Punkte** \_\_\_\_\_

### D. Lösungsskizze zu den Fragen

*Vorbemerkung:* Die folgenden Hinweise dienen der näheren Erklärung der Antworten. An der Prüfung selber waren – wie in der Aufgabenstellung erwähnt – Begründungen nicht erforderlich. Verlangt wurde nur das Ankreuzen der richtigen Antwort.

#### Frage 1:

Korrekt ist Antwort d). Massgebend ist Art. 323 ZGB.

#### Frage 2:

Korrekt ist Antwort d). A befindet sich im Gläubigerverzug gemäss Art. 91 ff. OR, da er den von B korrekt zur Rücknahme angebotenen Wagen nicht abholt. B kann daher gestützt auf Art. 93 OR nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters den Wagen öffentlich verkaufen lassen und den Erlös hinterlegen. Der Umstand, dass ihm das Auto nicht gehört, spielt keine Rolle<sup>19</sup>. Voraussetzung für einen solchen Verkauf wären allerdings erhebliche Aufbewahrungskosten. Ob dieses Kriterium erfüllt ist und der Richter den Verkauf bewilligen wird, ist unsicher. Daher empfiehlt sich subsidiär ein Gesuch um Hinterlegung im Sinne von Art. 92 OR.

#### Frage 3:

Korrekt ist Antwort c). Die Ehegatten unterstehen dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Ausgerichtete Leistungen der beruflichen Vorsorge fallen an sich in die Errungenschaft (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Dazu gehören nicht nur Renten, sondern auch Kapitaleistungen. Allerdings muss im Falle einer Kapitaleistung bei der Auflösung des Güterstandes Art. 207 Abs. 2 ZGB beachtet werden.

#### Frage 4:

Korrekt ist Antwort d). Durch die Verarbeitung geht rechtlich gesehen der Baumwollstoff unter. Die Kleider stellen eine neue Sache dar. Der Verarbeiter, der eine fremde Sache verarbeitet, wird Eigentümer der neuen Sache, wenn die Arbeit kostbarer ist als der Stoff; andernfalls gehört die neue Sache dem Stoffeigentümer (Art. 726 Abs. 1 ZGB). Das Gericht kann die neue Sache dem Stoffeigentümer zusprechen, auch wenn die Arbeit kostbarer ist als der Stoff. Voraussetzung dafür ist allerdings der fehlende gute Glaube des Verarbeiters (Art. 726 Abs. 2

ZGB). Nach heute herrschender Lehre bezieht sich der gute Glaube nicht auf die Fremdheit des Stoffes, sondern auf das Recht zur Verarbeitung<sup>20</sup>. Dass A zur Verarbeitung berechtigt war, ist offenkundig; die Stofflieferung an ihn würde sonst keinen Sinn machen. A war somit nicht bösgläubig.

#### Frage 5:

Korrekt ist Antwort b). Da O nicht binnen 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids Berufung eingelegt hat (Art. 311 ff. ZPO), ist das Urteil formell rechtskräftig geworden. O hat nachträglich ein neues Beweismittel gefunden, das er im früheren Verfahren nicht beibringen konnte. Das eröffnet ihm die Möglichkeit der Revision gestützt auf Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO. Die Revision ist beim Gericht einzureichen, das als letzte Instanz entschieden hat, hier also beim Regionalgericht Bern-Mittelland.

Eine erneute Klage (Antwort d) scheidet aus, da die Sache materiell rechtskräftig entschieden wurde (res iudicata). Eine Wiederherstellung (Antwort c) käme nur bei einer Säumnis in Betracht (Art. 148 Abs. 1 ZPO). O war indessen nicht säumig im Sinne von Art. 147 ZPO.

#### Frage 6:

Korrekt ist Antwort a). Bei der in Frage stehenden Wohnung handelt es sich um eine Familienwohnung. Eine solche kann der Mieterehegatte nur mit ausdrücklicher Zustimmung des andern Ehegatten kündigen (Art. 266m Abs. 1 OR). Daran gebriecht es hier. Demnach ist die Kündigung nichtig (Art. 266o OR). Ist ein Ehegatte alleiniger Mieter der Familienwohnung, kann er somit den Mietvertrag nicht allein kündigen; daher ist Antwort b) falsch.

Antwort c) ist selbstverständlich ebenfalls falsch. Denn das frühere Ehwirkungsrecht ist auf vor 1987 geschlossene Ehen nicht mehr anwendbar (Art. 8 SchlT ZGB). Antwort d) ist bizarr: Man stelle sich den Vermieter als Beklagten in einem Eheschutzverfahren vor ...

<sup>19</sup> Vgl. dazu BGE 136 III 178 E. 7.1 S. 185.

<sup>20</sup> Vgl. dazu statt aller etwa HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl. Bern 2007, Rz. 1915, m.Nw.

**Frage 7:**

Korrekt ist Antwort d). Ein Vereinsmitglied, das mit einer von der Generalversammlung formell korrekt beschlossenen Zweckumwandlung nicht einverstanden ist, muss diesen Beschluss anfechten (Art. 74 f. ZGB). Die Anfechtung muss binnen Monatsfrist, nachdem das Mitglied vom Beschluss Kenntnis erhalten hat, beim Gericht erfolgen (Art. 75 ZGB). Passivlegitimiert ist der Verein<sup>21</sup>.

Nicht gefragt war hier das genaue prozessuale Vorgehen, das sich dem Text von Art. 75 ZGB nicht entnehmen lässt. Gewahrt wird die Monatsfrist durch eine rechtzeitige Einreichung des Schlichtungsgesuchs nach Art. 202 ZPO<sup>22</sup>.

Ob J den Prozess gewinnen würde, lässt sich aufgrund des knappen Sachverhalts nicht beurteilen. Für die Beantwortung der Frage spielt dies jedoch keine Rolle. Denn in Antwort d) ist ausdrücklich festgehalten, dass die Erfolgsaussichten offen sind.

**Frage 8:**

Korrekt ist Antwort d). Für ein Namensänderungsgesuch ist Handlungsfähigkeit nicht erforderlich; die Urteilsfähigkeit genügt (Art. 19c Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB müssen für eine Namensänderung bloss achtenswerte Gründe vorliegen und nicht wichtige Gründe. Das Bundesgericht gesteht in Namensänderungsfällen der Vorinstanz einen Ermessensspielraum im Sinne von Art. 4 ZGB zu<sup>23</sup>. Die Antworten a), b) und c) sind daher alle falsch.

**Frage 9:**

Korrekt ist Antwort b). L hat zur Sicherung seiner Forderung gegenüber B auf Ersatz der Kosten für

<sup>21</sup> BGE 136 III 345 E. 2.2.2 S. 350, m.Nw.

<sup>22</sup> ANTON HEINI/URS SCHERRER, Art. 75 N 26, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), 5. Aufl. Basel 2014.

<sup>23</sup> Vgl. zu all dem einlässlich das zur amtlichen Publikation bestimmte Urteil des Bundesgerichts 5A\_334/2014 vom 23. Oktober 2014.

<sup>24</sup> BGE 86 II 355 E. 2 S. 358; CORRADO RAMPINI/HERMANN SCHULIN/NEDIM PETER VOGT, Art. 895 N 7, m.Nw., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchT ZGB), 4. Aufl. Basel 2011.

<sup>25</sup> REY (Fn. 20), Rz. 1731.

<sup>26</sup> Vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 5A\_597/2014 vom 19. November 2014.

die Tierarztrechnung gemäss Art. 895 ZGB ein Retentionsrecht an den Kühen. Denn die Kühe befinden sich mit Willen des B im Besitz des L, die Forderung ist auf den Zeitpunkt der Abholung der Kühe fällig geworden und sie ist ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention verbunden. Das Retentionsrecht ist dinglicher Natur<sup>24</sup>, und zwar – als spezielles gesetzliches Pfandrecht – ein beschränktes dingliches Recht. Gestützt auf Art. 924 Abs. 3 ZGB kann der unmittelbare Besitzer – hier also L – das Retentionsrecht dem Erwerber C, der die Herausgabe der Sache verlangt, entgegenhalten<sup>25</sup>.

Antwort a) ist falsch, weil hier die Voraussetzungen für das Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB erfüllt sind. Antwort c) ist nicht zutreffend, weil L nicht selbständiger Besitzer ist. Antwort d) entfällt, weil kein Besitzeskonstitut, sondern eine Besitzanweisung vorliegt.

**Frage 10:**

Korrekt ist Antwort d). Beim Entscheid des Obergerichts handelt es sich nicht um einen Endentscheid, sondern um einen Vor- oder Zwischenentscheid, da das Verfahren nicht abgeschlossen wird. Mit Beschwerde in Zivilsachen kann beim Bundesgericht ein solcher Vor- oder Zwischenentscheid nur angefochten werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). In der Beschwerde ist zu begründen, worin dieser nicht wieder gutzumachende Nachteil liegt. Unterlässt dies der Beschwerdeführer, so tritt das Bundesgericht gemäss ständiger Rechtsprechung auf die Beschwerde nicht ein<sup>26</sup>. Antwort a) fällt somit ausser Betracht.

Antwort b) ist falsch, denn bei einer Beschwerde in Zivilsachen, wie sie hier aufgrund des Streitwertes möglich ist, müssen in der Sache selbst nicht zwingend Verfassungsfragen erhoben werden; Rechtsverletzungsrügen genügen (Art. 95 lit. a BGG). Antwort c) ist unzutreffend, weil kein Fall von Art. 100 Abs. 2 BGG vorliegt; die Beschwerdefrist richtet sich nach Art. 100 Abs. 1 BGG.

**Frage 11:**

Korrekt ist Antwort a). Vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.–, wie hier eine zur Debatte steht, unterliegen dem vereinfachten Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Im vereinfachten Verfahren kann die Klage mündlich

zu Protokoll gegeben werden (Art. 244 Abs. 1 ZPO). Erfordern es die Verhältnisse, so kann allerdings das Gericht nachträglich einen Schriftenwechsel anordnen (Art. 246 Abs. 2 ZPO).

### Frage 12:

Korrekt ist Antwort b). Bei einer Zession scheidet die Forderung aus dem Vermögen des Zedenten aus und geht in das Vermögen des Zessionars über. Der Zedent ist somit nach der Forderungsabtretung nicht mehr aktivlegitimiert. Die Aktivlegitimation ist eine Frage des materiellen Rechts (und nicht eine Prozessvoraussetzung). Fehlt sie, so ist die Klage abzuweisen.

## E. Bemerkungen

### I. Allgemeines

Die Bachelorklausur vom 9. Januar 2015 hatte einerseits Multiple-Choice-Fragen, andererseits einen Fall zum Gegenstand, der einem Praktikanten bzw. einer Praktikantin in einer gut geführten Anwaltskanzlei begegnen könnte. Die Chefin betraut die Praktikantin bzw. den Praktikanten mit der Abklärung verschiedener Aspekte des Falles, damit sie sich rasch ein Bild über die Rechtslage und die allenfalls zu unternehmenden Schritte machen kann. Da sie mit Arbeit stark ausgelastet sein wird, ist sie auf fundierte und konzise Ausführungen des Praktikanten bzw. der Praktikantin angewiesen. Abschweifungen sind für sie Zeitverschwendung, Ungenauigkeiten und Fehler ein Ärgernis. Gleichzeitig will die Chefin aber auch ihrem Ausbildungsauftrag nachkommen. Daher lässt sie die Praktikantin bzw. den Praktikanten gewisse Fragen abklären, deren Antworten sie selbstverständlich bereits kennt; dies vor allem im Prozessrecht, um die Praktikantin bzw. den Praktikanten entsprechend zu schulen.

Mit dem Fall<sup>27</sup> wurden verschiedene Fähigkeiten getestet, über die ausgebildete Juristinnen und Juristen verfügen sollten, nämlich gewisse Grundkenntnisse im Prozessrecht und im Schuldrecht (konkret in der Vertragsauslegung, im schweizerischen Verzugsrecht, im schweizerischen Kaufrecht und im UN-Kaufrecht), sodann die Fähigkeit, einen Fall unter Zuhilfenahme der massgebenden gesetzlichen

Bestimmungen zu bearbeiten, und schliesslich – ganz essenziell – die Fähigkeit zur Subsumtion und zur juristischen Argumentation.

**27** Den Sachverhalt habe ich frei erfunden. Immerhin liess ich mich bei der Konzeption des Falles von Gerichtsurteilen inspirieren.

Die Kontaminierung von Garnen, die in Kobe (Japan) in einem Sammelcontainer auf ein Schiff verladen wurden, mit überhitztem Divinylbenzol habe ich dem Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg 6 U 173/08 vom 17. Juli 2009 entnommen (abrufbar z.B. unter <http://www.openjur.de/u/32299.html>). In diesem Fall wurde allerdings nicht zwischen Verkäufer und Käufer gestritten, sondern zwischen dem Transportversicherer und der Speditionsfirma. Die Fässer waren – anders als in meinem Sachverhalt – korrekt als Gefahrgut gekennzeichnet, der Kaufvertrag enthielt die FOB- und nicht die CIF-Klausel (d.h. der Schiffstransport wurde von der Käuferin und nicht von der Verkäuferin organisiert), und es war – wiederum anders als in meinem Fall – erwiesen, dass die Kontaminierung auf der Seestrecke erfolgt war.

Die Force-majeure-Klausel stammt aus einem Vertrag zwischen der SHV Gas Supply & Trading SAS und der Nafomar Shipping & Trading Co Ltd Inc, den Justice Christopher Clarke, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, im Rahmen seines Entscheids vom 15. November 2005 zu beurteilen hatte (abrufbar unter <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2528.html&query=EWHC+and+2528&method=boolean>). Allerdings habe ich die Klausel modifiziert. Im echten Fall umfasste sie nicht nur «delay in performance», sondern zusätzlich auch «any failure». Für den Zweck dieser Prüfung wäre eine derartig umfassende Klausel zu kompliziert gewesen. Im konkreten Fall ging es nicht um die Überlastung eines Hafens, sondern darum, dass das Frachtschiff den Hafen von Melilli an der Ostküste von Sizilien wegen schlechten Wetters erst mit Verspätung anlaufen konnte.

Der Name des Containerschiffs in meinem Sachverhalt ist meiner überbordenden Phantasie entsprungen. Es ist schwer vorstellbar, dass jemand in der Realität auf die Idee käme, ein Frachtschiff «Harakiri» zu nennen. Wer würde schon seine Güter einem Schiff zum Transport anvertrauen, das Assoziationen an heldenhafte Selbsterstörung nach einer Pflichtverletzung weckt?

Auch die Überlastung des Hafens von Kobe im Oktober 2014 ist erfunden. Die Hafenverantwortlichen werden es mir – sollten sie je von dieser Klausur erfahren – hoffentlich verzeihen. Überlastungen von Containerhäfen kommen in der Realität indessen immer wieder vor und führen bisweilen zu interessanten Rechtsfällen. Ich hatte die Gelegenheit, am 15. Mai 2014 an einer Verhandlung des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg in einer solchen Angelegenheit als Zuhörer dabei zu sein,

Der Zweck der Multiple-Choice-Fragen war teilweise anders gelagert<sup>28</sup>. Die Bachelorprüfung im Privatrecht deckt einen grossen Stoffumfang ab. Dieser Stoffumfang kann beim zur Lösung gestellten Fall zwangsläufig nicht hinreichend berücksichtigt werden; die beschränkte Zeit lässt es nicht zu, aus vielen verschiedenen Bereichen des Prüfungsstoffs Fälle bearbeiten zu lassen. Die Fragen wurden unter Mithilfe von sowie in Absprache mit mehreren Fachkolleginnen und -kollegen ausgearbeitet. Sie zielten darauf ab, den in der Klausur unmittelbar abgeprüften Stoff etwas zu verbreitern und so den Studierenden zu ermöglichen, nicht nur ihre Kenntnisse und Fertigkeiten in den vom Fall umfassten Stoffgebieten, sondern auch in andern Bereichen des Privatrechts zu präsentieren. Leider haben jedoch viele Studierende von dieser Möglichkeit unzureichenden Gebrauch gemacht. So wurden oft sehr viele Pluspunkte, die durch korrekte Antworten erzielt wurden, durch Minuspunkte wegen falscher Antworten wieder zunichte gemacht. Obwohl in der Aufgabenstellung ausdrücklich stand, dass raten riskant sei, haben wohl viele Studierende bei manchen Fragen geglaubt, die richtige Antwort zu kennen, statt im Zweifel lieber nichts anzukreuzen.

---

die den Hafen von St.Petersburg betraf (Fall 6 U 119/10). Mir wird nicht nur die eindrückliche Verhandlungsführung, sondern auch die angeregte Diskussion mit den Senatsmitgliedern nach Verhandlungsschluss im Rahmen einer Kaffeepause in unvergesslicher Erinnerung bleiben.

Die «Aneinanderreihung» von zwei CIF-Verträgen, wie im Sachverhalt geschildert, kommt im internationalen Handel oft vor, ebenso wie eine Aneinanderreihung eines FOB- und eines CIF-Vertrags (letztere Konstellation mit der Folge, dass der Zwischenhändler selber den Seetransport zu organisieren hat). Weniger realistisch (wenn auch nicht ausgeschlossen) ist allerdings, dass bei solchen Verträgen Lieferung gegen Rechnung – und erst noch mit so langen Zahlungsfristen – vereinbart wird. In aller Regel werden beide Lieferungen gegen Akkreditiv erfolgen. Lieferungen gegen Akkreditiv hätten den Fall für die Bachelorklausur jedoch viel zu komplex werden lassen.

**28** Zu Sinn und Zweck von Multiple-Choice-Fragen an juristischen Prüfungen sowie zu den mit dieser Prüfungsart verbundenen Problemen siehe etwa HEIKE KRÜGER, Ankreuzen kann ja jeder, oder? – Die Verwendung von Multiple-Choice-Prüfungen in der juristischen Ausbildung, 109 ff., m.Hw., in: Judith Brockmann/Arne Pilniok (Hrsg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft – Probleme, Praxis und Perspektiven, Baden-Baden 2013.

Aber auch hier, wie überall im Leben, gilt: «Wer glaubt zu wissen, muss wissen, dass er glaubt.»

In den letzten Jahren wurden in den Privatrechtlichen Übungen in verschiedenen Fällen zahlreiche Probleme thematisiert, die in den Klausuraufgaben (d.h. im Fall sowie in den zwölf Fragen) enthalten waren. Zudem wurden solche Rechtsfragen immer wieder in den Vorlesungen behandelt. Die Aufgaben waren daher nach einem regelmässigen Veranstaltungsbesuch und bei seriöser Prüfungsvorbereitung ohne weiteres lösbar. Dies schlug sich denn auch in der Notenstatistik nieder. Erfreulich ist, dass über 26% der Studierenden eine gute oder sehr gute Leistung erbracht haben. Ins Auge gefallen sind dabei unter den neun Klausuren mit der Note 6 zwei, die eine ganz besonders hohe Punktezahl erreicht haben und die man eigentlich mit einer noch höheren Note bewerten müsste, wenn dies möglich wäre. Die rund 36% der Studierenden mit den Noten 4 und 4,5 haben den Ausweis über einige vorhandene Kenntnisse im Prozessrecht und im materiellen Privatrecht erbracht, müssen sich aber bewusst sein, dass ihr juristisches Handwerk noch klar verbesserungsbedürftig ist. Die Studierenden mit einer ungenügenden Note (d.h. etwas mehr als 37%) wären dagegen (noch) nicht geeignet, in der Praxis entsprechende Fälle selbständig zu bearbeiten.

Beim Fall war die Angabe der pro Frage erzielbaren maximalen Punktezahl ein wichtiger Hinweis für die relative Gewichtung der Probleme und damit für die Zeiteinteilung (vgl. dazu auch die entsprechende Bemerkung auf dem Aufgabenblatt). Die Verteilung der Punkte innerhalb der einzelnen Aufgaben im Rahmen der Prüfungskorrektur erfolgte beim zu lösenden Fall nach einem relativ fein ausgearbeiteten Korrekturraster. Dabei muss man sich indessen bewusst sein, dass die Punkteverteilung bei der einzelnen Klausur nicht ein mathematisch präziser Vorgang ist, sondern stets – wie es bei Prüfungen nicht anders sein kann – nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommen werden muss. Der Korrekturraster ist daher bloss als Hilfsmittel zur sachgerechten Bewertung der Prüfungsleistungen und nicht als Schema zu betrachten, an das der Korrektor starr gebunden wäre. Im Gegenzug wurde bei der Korrektur auch nicht erwartet, dass die Klausuren eine ähnliche Begründungsdichte aufweisen wie die Lösungsskizze. All dies schlägt sich denn auch in der Punkte-/Notenskala nieder: Für das Erreichen

einer genügenden Note war weniger als die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktzahl erforderlich.

Im Folgenden sollen die häufigsten Fehler, die sich in den 152 korrigierten Klausuren bei der Falllösung fanden, aufgelistet und besprochen werden.

## II. Häufigste Fehler bei der Falllösung

### 1. Allgemeines

a) Etliche Studierende haben den Sachverhalt nicht genau gelesen. So wurde verschiedentlich behauptet, die X AG habe den Vertrag mit der Y Ltd aufgelöst. Das trifft indessen nicht zu. Daher war in Frage 5 zu klären, ob der Vertrag noch aufgelöst werden könne. Ebenso haben mehrere Studierende angenommen, die Kontaminierung der Garne habe während der Seereise stattgefunden. Auch das steht so nicht im Sachverhalt. Vielmehr ist noch offen, wann die Kontaminierung erfolgte. Das kann – muss aber nicht – bereits im Hafen von Kobe der Fall gewesen sein, wo die Container bis zur Verladung mehrere Tage zwischengelagert waren. Mitte Oktober betrug die durchschnittliche Tagestemperatur in Kobe – was im Sachverhalt allerdings nicht steht und daher bei der Falllösung auch nicht berücksichtigt werden konnte – etwa 22° bis 23° Celsius<sup>29</sup>.

b) Oft wurden die Fragen nicht korrekt verstanden. Bei Frage 1 etwa ging es nicht darum, ob die Z AG den Vertrag auflösen konnte, sondern nur darum, ob die Force-majeure-Klausel einem allfälligen Recht der Z AG auf Vertragsauflösung wegen der Verspätung entgegenstehe. Ebenso war bei Frage 4 nur zu prüfen, ob die Y Ltd die Force-majeure-Klausel einem Schadenersatzbegehren der X AG entgegenhalten könne. Das hat indessen etliche Studierende nicht daran gehindert, in zum Teil epischer Breite zu untersuchen, ob die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs nach Art. 74 CISG erfüllt seien. Bei den Fragen 4 und 5 schliesslich stand bloss die Verspätung zur Debatte, nicht aber die Kontaminierung der Garne. Dennoch haben sich dort Einige auch (oder gar bloss) mit der Kontaminierung der Garne auseinandergesetzt.

c) Vereinzelt wurde behauptet, die X AG trage im Verhältnis zur Z AG (bzw. die Y Ltd im Verhältnis zur X AG) die Gefahr bis Hamburg. Das ist grundfalsch. Bei der CIF-Klausel geht die Gefahr bereits

mit Verladung des Kaufgegenstandes im Verladehafen und nicht erst mit Ankunft im Bestimmungshafen auf die Käuferin über. Das steht klar und deutlich in den Hinweisen am Schluss der Aufgabenstellung. Mit der Angabe des Bestimmungshafens wird nur festgelegt, bis wohin die Verkäuferin die Transportkosten zu tragen hat.

d) Erstaunlich ist, dass viele Studierende den Stoff des Einführungsstudiums an der Bachelorprüfung nicht (oder nicht mehr?) richtig beherrschen. So hatten Etliche vor allem Mühe mit dem schweizerischen Verzugsrecht. Art. 190 OR enthält für den kaufmännischen Verkehr besondere *Verzugsfolgen*. Den *Verzugseintritt* dagegen regelt diese Bestimmung nicht (sondern setzt ihn voraus); dieser beurteilt sich nach den Regeln des Allgemeinen Teils des OR, konkret nach Art. 102 OR. Das haben viele nicht gesehen. Auch die Begriffe «Verfalltagsgeschäft» und «Fixgeschäft» wurden oft nicht korrekt verwendet. Andere wiederum waren im «Hilfspersonenrecht» nicht sattelfest. Das Versehen des «vergesslichen» Angestellten der X AG bei der Rüge der Vertragswidrigkeit (Frage 6) kann der X AG nicht nach Art. 55 OR zugerechnet werden. Denn zur Debatte steht hier nicht die deliktische Haftung des Geschäftsherrn, sondern die Zurechnung von Hilfspersonenverhalten im Vertragsrecht. Nach schweizerischem Recht käme also Art. 101 OR zur Anwendung. Genaugenommen kann allerdings bei Frage 6 gar nicht schweizerisches Hilfspersonenrecht angewandt werden<sup>30</sup>. Das mussten die Studierenden allerdings nicht wissen (aber einige haben es erfreulicherweise dennoch gewusst).

### 2. Im Einzelnen

a) Einige Studierende haben den Vertrag zwischen der X AG und der Z AG nach UN-Kaufrecht beurteilt. Das ist falsch. Gemäss Art. 1 Abs. 1 CISG findet das Übereinkommen nur Anwendung auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien, *die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben*. Die X AG und die Z AG sind beide in der Schweiz ansässig. Der Vertrag unterliegt daher dem OR. Das UN-Kaufrecht wäre nur anwendbar, wenn es die

<sup>29</sup> Vgl. etwa <http://www.accuweather.com/de/jp/kobe-shi/224023/october-weather/224023?monyr=10/1/2014>.

<sup>30</sup> Dazu vorn in der Lösungsskizze zum Fall bei Frage 6.

Parteien gewählt hätten (opting in). Wer diesen Vertrag nach UN-Kaufrecht analysierte, erhielt bei den entsprechenden Fragen keine Punkte.

b) Die meisten Studierenden haben realisiert, dass bei den Fragen 1 und 4 die Auslegung der Force-majeure-Klausel zur Debatte steht. Oft haben sie aber in den Klausuren nicht skizziert, welche Regeln denn für die Auslegung massgebend sind. Zudem wurde oft nur untersucht, ob die Überlastung des Hafens von Kobe ein Fall von höherer Gewalt sei, nicht aber, ob die Klausel auch das Rücktrittsrecht oder bloss einen allfälligen Schadenersatzanspruch betrifft.

c) Vereinzelt haben Studierende bei Frage 2 angenommen, eine Nachfristansetzung durch die Z AG sei überflüssig, weil die Lieferung im Sinne von Art. 108 Ziff. 2 OR für sie «nutzlos» geworden sei, da sie sich bereits anderweitig mit Garnen eingedeckt habe. Das ist nicht haltbar. Art. 108 Ziff. 2 OR setzt voraus, dass die Leistung für den Gläubiger «infolge Verzuges des Schuldners» nutzlos geworden ist. Die Nutzlosigkeit muss somit die Folge des Verzugs sein; das ist hier jedoch nicht der Fall. Zu prüfen gewesen wäre – wenn man nicht über Art. 190 OR vorgehen will – die Entbehrlichkeit einer Nachfristansetzung wegen eines relativen Fixgeschäfts gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR<sup>31</sup>.

d) Bei Frage 3 haben einige Studierende die Auffassung vertreten, die Z AG habe ihre Sachmängelgewährleistungsrechte gegenüber der X AG mangels Prüfung der Ware und mangels Rüge verwirkt. Das macht keinen Sinn. Versäumt der Käufer die fristgerechte Prüfung und Rüge, so gilt die Kaufsache als genehmigt (Art. 201 Abs. 2 OR). Diese *Genehmigungsfiktion* kann nicht zum Tragen kommen, wenn der Verkäufer selber den Mangel feststellt, diesen dem Käufer mitteilt und der Käufer den Vertrag daher sofort auflöst (wandelt). Erfreulich viele Studierende haben dies richtig gesehen.

e) Einige Studierende haben bei Frage 3 mit Art. 185 Abs. 2 OR bzw. bei Frage 7 mit Art. 67 CISG argumentiert und – völlig unverständlich – die CIF-Klausel ausser Acht gelassen. Die vertragliche Gefahrtragungsregel der CIF-Klausel geht der gesetzlichen Regelung vor. Besonders krass war der Fehler, wenn behauptet wurde, gestützt auf Art. 185

Abs. 2 OR bzw. Art. 67 CISG gehe die Gefahr mit der Verladung der Garne auf das Schiff auf die Käuferin über. Gemäss Art. 185 Abs. 2 OR ist bei der Schickschuld der massgebende Zeitpunkt die Abgabe zur Versendung, d.h. – wie bei Art. 67 Abs. 1 CISG – die Übergabe an den ersten Beförderer. Im vorliegenden Fall wäre die Gefahr somit bei der Verladung der Garne auf die Lastwagen im Werk der Y Ltd auf die X AG bzw. auf die Z AG übergegangen, wenn die Parteien nicht die CIF-Klausel in die beiden Kaufverträge aufgenommen hätten.

f) Bei Frage 5 haben die Studierenden in der Regel Art. 49 Abs. 2 lit. a CISG nicht beachtet. Ob die verspätete Verladung eine wesentliche Vertragsverletzung gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG darstellt, kann hier offen bleiben. Denn die X AG hatte bereits im Oktober 2014 von der Verspätung Kenntnis. Wenn überhaupt, hätte sie den Vertrag mit der Y Ltd von da an gerechnet (und nicht erst von der Ankunft im Bestimmungshafen an gerechnet, wie z.T. behauptet wurde) binnen angemessener Frist aufheben müssen. Zum Zeitpunkt der Klausur (9. Januar 2015) waren bereits rund 2½ Monate seit Kenntnis verstrichen. Das ist evident nicht mehr «innerhalb einer angemessenen Frist». Daher könnte die X AG den Vertrag wegen der Verspätung so oder anders nicht mehr auflösen.

g) Die Frage nach der Beweislastverteilung (Frage 8) hat – nicht ganz unerwartet – etlichen Studierenden Mühe bereitet. Erfreulicherweise haben zwar die meisten (wenn auch nicht alle) erkannt, nach welchem Recht sich die Beweislastverteilung beurteilt. Schwierigkeiten ergaben sich jedoch bei der Bildung einer Beweislastverteilungsregel. Auch dies ist nicht weiter erstaunlich, finden sich doch in der Lehre dazu ganz unterschiedliche Ansätze<sup>32</sup>. Alles lässt sich aber dennoch nicht vertreten. Verschiedene Studierende haben (sinngemäss) die Auffassung vertreten, die Verkäuferin behaupte Kontaminierung der Garne nach dem Gefahrübergang und sei dafür beweisbelastet, während die Käuferin Kontaminierung vor Gefahrübergang behaupte und dementsprechend beweisbelastet sei. Da das eine nur das Spiegelbild des andern ist, wären mit einer solchen Regel beide Parteien für dieselbe Tatsache (aus gegensätzlicher Sicht) beweisbelastet. Eine solche Beweislastregel macht keinen Sinn, denn es können nicht beide Parteien die Folgen der Beweislosigkeit tragen.

<sup>31</sup> Dazu vorn in der Lösungsskizze zum Fall bei Frage 2.

<sup>32</sup> Dazu vorn in der Lösungsskizze zum Fall bei Frage 8.

h) Bei Frage 9 haben etliche Studierende übersehen, dass das Summarverfahren nicht nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 248 lit. a ZPO; Art. 249 ff. ZPO) oder für vorsorgliche Massnahmen (Art. 248 lit. d ZPO; Art. 261 ff. ZPO) anwendbar ist, sondern auch für den Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 248 lit. b ZPO; Art. 257 ZPO). Dieses Verfahren zielt auf einen rechtskräftigen Entscheid über eine Zivilstreitigkeit ab<sup>33</sup>. Alles, was Gegenstand eines ordentlichen oder vereinfachten Verfahrens sein kann – also auch eine Zahlungsklage –, kann grundsätzlich ebenfalls im Verfahren nach Art. 257 ZPO erstritten werden<sup>34</sup>. Zum Erfolg führt dieses Verfahren allerdings nur, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Daran gebricht es im vorliegenden Fall. Sehr hoch sind die Risiken für den Gesuchsteller allerdings nicht. Eine Klageabweisung (mit materieller Rechtskraftwirkung) ist selbst dann ausgeschlossen, wenn die Sach- und Rechtslage vom Gericht klar zugunsten des Beklagten beurteilt wird; auch in diesem Fall darf das Gericht bloss auf das Gesuch nicht eintreten<sup>35</sup>. Dem Gesuchsteller bleibt es daher unbenommen, anschliessend seine Forderung im ordentlichen (oder je nach den Umständen im vereinfachten) Verfahren geltend zu machen. Vom Summarprozess ist indessen in Fällen wie dem vorliegenden eher abzuraten, um unnötige Kosten und einen unnötigen Zeitverlust zu vermeiden.

### III. Zu guter Letzt

Ganz vereinzelt – «leider zu wenig», wäre man geneigt zu sagen – fanden sich in den Klausuren Äus-

serungen, die zu einer gewissen Erheiterung des Korrektors beigetragen und so einen guten Zweck erfüllt haben. Im Zentrum stand dabei der Ausdruck «Acts of God» in der Force-majeure-Klausel.

Jemand hat – offenbar allen Ernstes – gemeint: «Das Überladen des Hafens kann als «Act of God» interpretiert werden.» Ein anderer Student oder eine andere Studentin war demgegenüber der – pragmatischeren – Auffassung: «Unter Acts of God könnte man alles verstehen (je fester man an Gott glaubt, umso mehr). Zu einer Überbelastung kommt es normalerweise durch Menschenhand. Gott hat damit (m.E.) nichts zu tun.» Und wieder jemand anders hat die Frage in den Raum gestellt (sie aber nicht beantwortet), ob es dazu eine der sieben Plagen brauche. Das wiederum würde die heikle Frage aufwerfen, weshalb ausgerechnet die Bibel – und nicht eine «Heilige Schrift» einer andern Religion (z.B. des Shintoismus) – zur Auslegung eines Kaufvertrages herangezogen werden soll. Zumindest die japanische Lieferantin der Garne könnte hierzu vielleicht ernstzunehmende Einwände erheben ...

<sup>33</sup> ANDREAS GÜNGERICH, Art. 257 N 1, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II (Art. 150–352 ZPO; Art. 400–406 ZPO), Bern 2012.

<sup>34</sup> BK-GÜNGERICH (Fn. 33), Art. 257 N 3.

<sup>35</sup> BGE 140 III 315.