

Die Geburtstagsparty

Vito Roberto* Matthias Kuert** Pascal Sennhauser***

Im Herbst 2012 war an der Universität St. Gallen (HSG) an der Privatrechtsprüfung im Assessmentjahr unter anderem der folgende Fall zu lösen. Bei der Beurteilung wurde der Wissensstand der Studierenden nach dem ersten Semester berücksichtigt. In der nachfolgenden Musterlösung wird eine Vielzahl rechtlicher Aspekte abgehandelt, für welche Punkte vergeben wurden. Auch angesichts der beschränkten Prüfungszeit genügten für die Maximalpunktzahl knappere Antworten.

A Sachverhalt

Zum zwanzigsten Geburtstag organisiert Anna ein Fest für 100 Personen, welches um 17.00 Uhr beginnt und im Saal des Restaurants Hecht stattfindet, den sie für CHF 500.– den ganzen Abend nutzen kann. Beim italienischen Spezialitätenhändler «Ritardo» bestellt sie auf Rechnung, zahlbar innerhalb zehn Tagen nach Lieferung, verschiedenartige Vorspeisen für CHF 2'000.–, lieferbar zwischen 13.30 und 14.30 Uhr. Bei der Konditorei Manser bestellt sie ein Dessertbuffet, wobei der Konditor-Lehrling Konrad für den ganzen Abend am Fest anwesend sein muss, um das Vorspeisenbuffet abzuräumen, das Dessertbuffet aufzubauen und die Gäste zu bewirten. Beim Feuerwerkspezialisten Beat bestellt sie speziell für das Fest hergestellte Feuerwerkskörper, welche um Mitternacht aus den beiden «A» des Namens «AnnA» auf einer Tortenattrappe explodieren sollen.

B Erste Frage

1 Aufgabenstellung

Welche Arten von Verträgen hat Anna mit Ritardo, Manser und Beat abgeschlossen? Begründen Sie kurz.

10 Punkte

2 Lösung

A) Vorbemerkungen und Methodik

Die Aufgabenstellung setzt bereits voraus, dass drei Verträge im Sinne übereinstimmender gegenseitiger

Willensäusserungen (Art. 1 Abs. 1 OR) zustande gekommen sind. Die Frage, ob die Verträge gültig bestehen, stellt sich damit nicht. Nun sind diese Verträge zu qualifizieren. Dazu sind zunächst die Willenserklärungen auszulegen¹. Dabei ist auf den Wortlaut und den Willen der Parteien abzustellen². Bei Unklarheiten ist das Vertrauensprinzip massgebend. Danach kommt einer Willenserklärung jene Bedeutung zu, die ihr ein vernünftiger Dritter «in den Schuhen» des Erklärungsempfängers beimessen darf³.

* Prof. Dr. Vito Roberto.

** RA M.A. HSG Matthias Kuert.

*** B.A. HSG Pascal Sennhauser.

¹ Zum Auslegungs- und Konsensstreit siehe BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012, Rn. 691–719; FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2012, Kap. 4, Rn. 8–11; GAUCH PETER/REY HEINZ/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Bd. I, Rn. 309–324a (Konsensstreit), Rn. 1198 (Auslegungsstreit); HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2008, Rn. 260 (zit. HUGUENIN 2008a); HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, Rn. 273–277 (zit. HUGUENIN 2012); zur Auslegung von Willenserklärungen siehe SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rn. 27.33–27.42.

² BERGER (Fn. 1), Rn. 704. Zur Auslegung von Willenserklärungen siehe statt vieler DERS., Rn. 699–719.

³ SCHWENZER (Fn. 1), Rn. 27.41.

Anschliessend ist zu beantworten, welchem Vertragstyp eine Vereinbarung entspricht⁴. Infrage kommen in erster Linie die gesetzlich festgelegten Vertragstypen (sog. Nominatverträge). Liegt kein solcher vor, ist von einem Innominatvertrag auszugehen. Im Laufe der Zeit haben Doktrin und Praxis einigen in der Wirtschaftswelt häufig vorkommenden Vertragstypen, welche gesetzlich nicht geregelt sind, zum Teil relativ klar umrissene Konturen gegeben⁵.

B) Qualifikation des Vertrags mit Ritardo

Anna bestellt beim italienischen Spezialitätenhändler «Ritardo» Vorspeisen. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass es sich um Spezialitäten aus dem Verkaufssortiment Ritardos handelt, die jedenfalls nicht in wesentlicher Weise speziell für Anna, sondern serienmässig produziert wurden. Da es sich bei Ritardo um einen Händler handelt, stellt dieser die Produkte nicht selbst her; vielmehr kauft er diese zum Weiterverkauf ein.

Somit hat Anna mit Ritardo einen Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR) abgeschlossen, wobei es sich um einen Kaufvertrag im kaufmännischen Verkehr handelt. Die wesentlichen Vertragspunkte des Kaufvertrags sind Kaufgegenstand und Kaufpreis⁶. Indem sich Anna mit Ritardo über Art und Anzahl der Vorspeisen sowie die Höhe des Preises einigte, kam der Kaufvertrag zustande.

⁴ Ausführlicher zur Vertragsqualifikation SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, Zürich 2010, Rn. 73 ff. und 2471 ff.; zu Vertragstypen siehe HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, 322 ff.

⁵ Vgl. zu einigen der wichtigsten Innominatverträge HONSELL (Fn. 4), 435 ff.; HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008 (zit. HUGUENIN 2008b), Rn. 1377 ff.; MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL/FURRER ANDREAS, Obligationenrecht – Besonderer Teil, Zürich 2011, Kap. 11, Rn. 1 ff.

⁶ HONSELL (Fn. 4), 31.

⁷ Zum Ganzen SCHWENZER (Fn. 1), Rn. 8.01–8.03.

⁸ Merke: Auch bei Nominatverträgen bleibt den Parteien (teilweise erheblicher) Gestaltungsspielraum. Ein Innominatvertrag liegt nicht schon dann vor, wenn die Parteien von bloss dispositiven Regelungen abweichen.

⁹ Siehe zur Einteilung der Innominatverträge SCHMID/STÖCKLI (Fn. 4), Rn. 2455 ff.

Eine Schuld zur Sachleistung kann auf individuell bestimmte Gegenstände (z.B. ein bestimmtes Gemälde) gerichtet sein: Diesfalls handelt es sich um eine Speziesschuld. Alternativ kann die Schuld nach Merkmalen (z.B. eine bestimmte Menge Rohöl) bestimmt sein: Dann liegt eine Gattungsschuld vor⁷. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Gattungsschuld, weil nicht individuell bestimmte Vorspeisen, sondern solche bestimmter Produktgattungen Vertragsgegenstand bilden.

C) Qualifikation des Vertrags mit Manser

Der Vertrag Annas mit der Konditorei Manser beinhaltet im Wesentlichen zwei Elemente: Erstens soll die Konditorei ein Dessertbuffet liefern. Der Konditor-Lehrling Konrad soll zweitens das Vorspeisenbuffet abräumen, das Dessertbuffet aufbauen und die Gäste bewirten.

Es stellt sich die Frage, wie dieser Vertrag zu qualifizieren ist. Grundsätzlich kommen drei Möglichkeiten in Betracht: Es kann ein Innominatvertrag vorliegen⁸, wobei die Innominatverträge wiederum unterteilt werden in Verträge eigener Art und gemischte Verträge. Oder es kann sich um einen zusammengesetzten Vertrag handeln.

Verträge eigener Art enthalten mindestens ein Element, das sich keinem gesetzlichen Vertragstyp zuordnen lässt. Gemischte Verträge vereinigen dagegen Elemente verschiedener gesetzlicher Vertragstypen in sich (z.B. Kaufvertrag, Mietvertrag usw.), wobei diese eine Einheit bilden, welche nicht aufgetrennt werden kann. Von den gemischten Verträgen sind die zusammengesetzten Verträge zu unterscheiden. Diese setzen sich aus einzelnen Verträgen zusammen, welche theoretisch auch einzeln bestehen könnten, aber nach dem Willen der Parteien so verbunden sind, dass sie entweder alle oder keinen der Verträge abschliessen würden⁹.

Im vorliegenden Fall können die einzelnen Vertragsteile (Lieferung des Buffets, Dienstleistungen von Konrad) theoretisch auch einzeln bestehen. Da die Parteien diese aber vermutungsweise nicht einzeln abgeschlossen hätten, ist von einem zusammengesetzten Vertrag auszugehen.

Die Lieferung des Buffets kann als Kaufvertrag oder Werkvertrag qualifiziert werden. Ein Kaufvertrag liegt dann vor, wenn sich der Verkäufer zur Lie-

ferung einer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bestehenden Sache verpflichtet. Muss diese erst hergestellt werden, ist für die Abgrenzung zum Werkvertrag entscheidend, ob sich der Schuldner hauptsächlich nur zur Lieferung oder zusätzlich zur Herstellung der Sache verpflichtet: Im ersten Fall liegt ein Kauf-, im zweiten Fall ein Werkvertrag bzw. Werklieferungsvertrag vor¹⁰.

Aufgrund des Sachverhalts lässt sich die Frage nach der Vertragsqualifikation nicht beantworten. Die Antwort hängt von der Auslegung des Vertrags ab. Dabei ist von besonderem Gewicht, ob es sich um eine Spezialanfertigung für den Gläubiger handelt¹¹. Angesichts dessen, dass Anna den Vertrag mit einer Konditorei abgeschlossen hat, dürfte von einem speziell angefertigten Dessert, mithin von einem Werk- bzw. Werklieferungsvertrag auszugehen sein.

Hinsichtlich der Dienstleistungselemente der Vereinbarung (Auf- und Abbau des Buffets, Bewirtung der Gäste) kommt neben dem Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) der Auftrag (Art. 394 ff. OR) in Betracht¹². Bei einem Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte, ein Geschäft vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR), also zu einer Arbeitsleistung. Im Gegensatz zum Werkvertrag ist kein Leistungserfolg, sondern «nur» ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet. Der Auftrag bildet den Auffangtatbestand für Verträge über Arbeitsleistungen (vgl. Art. 394 Abs. 2 OR) und hat damit eine grosse praktische Bedeutung¹³. Die Bewirtungsleistungen von Konrad dürften als Auftrag zu qualifizieren sein. Beim Auf- und Abbau des Buffets liegen demgegenüber auch werkvertragliche Elemente vor, da im mit der gelieferten Ware bestückten Buffettisch bzw. in dessen «Wiederherstellung» zwecks Aufbaus eines neuen Buffets ein Erfolgselement liegt.

Insgesamt ist der Vertrag zwischen Anna und der Konditorei Manser als zusammengesetzter Vertrag zu qualifizieren: Während die Lieferung des Buffets als Werk- bzw. Werklieferungsvertrag zu qualifizieren ist, sind für die Bewirtung die auftragsrechtlichen, für den Auf- und Abbau des Buffets dagegen wiederum die werkvertragsrechtlichen Normen analog heranzuziehen.

D) Qualifikation des Vertrags mit Beat

Anna bestellt sodann bei Beat Feuerwerkskörper. Die Feuerwerkskörper sind eine Spezialanfertigung

nach den besonderen Wünschen von Anna, und es ist ein bestimmter Erfolg geschuldet. Damit haben Anna und Beat einen Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) abgeschlossen.

C Zweite Frage

1 Aufgabenstellung

Leider entwickelt sich das Fest wenig erfreulich. Die Vorspeisen werden bis zum vereinbarten Zeitpunkt nicht geliefert. Um 17.15 Uhr schickt Anna deshalb Konrad zum nahe gelegenen Laden «Tokio», um Sushi im Wert von CHF 30.– pro Person für alle Partygäste zu besorgen. Wie ist die Rechtslage in Bezug auf die Kosten der Sushi-Bestellung? Begründen Sie Ihre Antwort.

10 Punkte

2 Lösung

A) Einordnung

Im Rahmen der Prüfung der Rechtslage stellt sich zuerst die Frage, ob Ritardo vertragsgemäss erfüllt hat. Richtige Erfüllung setzt voraus, dass (i) der richtige Leistungserbringer (ii) an die richtige Leistungsempfängerin (iii) den richtigen Erfüllungsgegenstand (iv) am richtigen Erfüllungsort (v) zum richtigen Zeitpunkt oder im richtigen Zeitraum erbringt¹⁴. Da Ritardo nicht im vereinbarten Zeitraum liefert, ist die Erfüllungszeit problematisch. Infolgedessen geht es um das Problem der Spätleistung.

¹⁰ SCHMID/STÖCKLI (Fn. 4), Rn. 1669 mit Verweis auf BGE 117 II 259 ff., E. 2b.

¹¹ Vgl. SCHMID/STÖCKLI (Fn. 4), Rn. 1669.

¹² Von einem Arbeitsvertrag ist nicht auszugehen, weil der Vertrag mit Manser und nicht mit Konrad geschlossen wurde (als nicht entscheidend erscheint dagegen die Dauer des Einsatzes, vgl. HUGUENIN 2008b (Fn. 5), Rn. 759). Nur darauf hinzuweisen ist sodann, dass auf den ersten Blick die Erfassung als (Personal-)Verleih- bzw. Dienstverschaffungsvertrag nicht ganz ausgeschlossen werden kann (ein Vertrag eigener Art; dazu BSK-PORTMANN., Rn. 34 zu Art. 319 OR; diese Frage wird jedoch in der Lehrbuchliteratur nicht diskutiert).

¹³ MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER (Fn. 5), Kap. 8, Rn. 1–3.

¹⁴ HUGUENIN 2008a (Fn. 1), Rn. 757.

Anna intendiert gemäss Aufgabenstellung, die Kosten für die Sushi-Bestellung von Ritardo erhältlich zu machen, derweil sie die Vertragserfüllung nicht mehr will, da sie offensichtlich kein Interesse mehr an den Vorspeisen hat.

B) Verfalltagsgeschäft/(relatives) Fixgeschäft

Für die Vorspeisen wurde eine bestimmte Lieferzeit vereinbart, nämlich zwischen 13.30 und 14.30 Uhr (an Annas Geburtstag). Ritardo musste klar sein, dass die exakte Einhaltung des Liefertermins besonders wichtig war und Anna sowie ihre Gäste nicht beliebig lange auf die Vorspeisen warten konnten und wollten. Aus der Vereinbarung geht infolgedessen hervor, dass Anna selbst bei einer Verspätung von wenigen Stunden nicht mehr an das Geschäft gebunden sein will.

Falls für die Erfüllung einer Obligation ein bestimmtes Datum vereinbart wird (oder sich der Fälligkeitszeitpunkt kalendermässig genau berechnen lässt), liegt ein Verfalltagsgeschäft vor (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR). Dabei muss der Schuldner bis zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllen. Danach fällt die Erfüllung aber noch nicht automatisch dahin¹⁵.

Haben die Parteien vereinbart, dass der Schuldner nur zu (oder bis zu) einem bestimmten Termin leisten darf, liegt ein Fixgeschäft i.S.v. Art. 108 Ziff. 3 OR vor. Diesfalls fällt nach dem Fixtermin die Erfüllung weg, d.h. der Schuldner darf nachher nicht mehr erfüllen¹⁶. Während die Gläubigerin beim relativen Fixgeschäft weiterhin Erfüllung verlangen kann, ist beim absoluten Fixgeschäft die spätere Erfüllung nicht mehr möglich¹⁷.

Im vorliegenden Fall ist das Vorliegen eines relativen Fixgeschäfts zu bejahen, da die Vorspeisen gemäss dem Vertrag und den Umständen genau zwischen 13.30 und 14.30 Uhr zu liefern waren. Während Ritardo nicht mehr auf der Erfüllung beharren darf, kann Anna die Erfüllung grundsätzlich immer noch verlangen, da diese nicht unmöglich geworden ist.

¹⁵ HUGUENIN 2008a (Fn. 1), Rn. 805.

¹⁶ GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 1), Bd. II, Rn. 2746–2751.

¹⁷ SCHWENZER (Fn. 1), Rn. 7.18.

¹⁸ SCHWENZER (Fn. 1), Rn. 66.24 ff.

C) Verzug/Nachfristansetzung

Um 14.30 Uhr war die Lieferung fällig, und der vorleistungspflichtige Ritardo geriet entsprechend dem Verfalltagscharakter des Geschäfts gemäss Art. 102 Abs. 2 OR sogleich, ohne vorherige Mahnung, in Verzug. Um die besonderen Verzugsfolgen von Art. 107 ff. OR geltend machen zu können, muss der Gläubiger dem Säumigen grundsätzlich eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Von der Ansetzung einer solchen Nachfrist kann gemäss Art. 108 OR aber in verschiedenen Fällen abgesehen werden, so z.B. wenn sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (Ziff. 3), was hier der Fall ist. Anna braucht somit, weil ein relatives Fixgeschäft vorliegt, keine Nachfrist zu setzen.

D) Wahlrechte

Da Ritardo in Verzug ist und keine Nachfristansetzung erforderlich ist, stehen Anna nun die drei Wahlmöglichkeiten von Art. 107 Abs. 2 OR zur Verfügung. Sie kann (i) weiterhin Erfüllung (nebst Verspätungsschaden) verlangen oder (ii) auf die Erfüllung verzichten. Im letzteren Fall hat sie die Wahl, (a) Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 107 Abs. 2 OR) zu fordern oder (b) vom Vertrag unter Schadenersatzfolge zurückzutreten (Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 Abs. 2 OR). Diese Wahl hat sie Ritardo unverzüglich (Art. 107 Abs. 2 OR) mitzuteilen, wobei ihr eine vernünftige Entscheidungszeit einzuräumen ist¹⁸.

Im vorliegenden Fall wird sie sich mit Vorteil für den Verzicht auf Vertragserfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrags sowie Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Erfüllungsschaden, sog. positives Interesse) entscheiden, d.h. gemäss obiger Darstellung Wahlrecht «ii/a» ausüben.

Da der Vertrag damit aufrechterhalten bleibt, muss sie ihre eigene Leistung, also die Zahlung von CHF 2'000.–, theoretisch weiterhin erbringen. Von Ritardo kann sie im Gegenzug einen Schadenersatz von CHF 3'000.– geltend machen (die Sushi kosten CHF 3'000.–). Dieses Vorgehen wird Austauschtheorie genannt. Da eine Leistung Annas in dieser Situation nicht sachgerecht wäre, kann sie – mit im vor-

liegenden Fall gleichem Ergebnis – nach der Differenztheorie vorgehen: Dabei kann sie ihre Leistung (die Zahlung von CHF 2'000.–) von der Schadenersatzforderung von CHF 3'000.– abziehen und damit von Ritardo CHF 1'000.– verlangen¹⁹. An diesem Beispiel zeigt sich, dass Austausch- und Differenztheorie aufgrund der Verrechnungsmöglichkeit des Gläubigers zu demselben Ergebnis führen, wenn dessen Gegenleistung in Geld besteht²⁰.

Würde Anna stattdessen vom Vertrag zurücktreten (Wahlrecht «ii/b»), könnte sie von Ritardo nur den Vertrauensschaden (sog. negatives Interesse) geltend machen. Zum negativen Vertragsinteresse i.S.v. Art. 109 Abs. 2 OR zählen die Kosten, die Anna im Zusammenhang mit dem Vertrag und Vertragschluss entstanden sind, sowie ein allenfalls entgener Gewinn²¹. Diese Kosten könnten hier Telefon- und Fahrtkosten umfassen. Das alternative Wahlrecht wäre für Anna also wenig vorteilhaft: Die Mehrkosten für die Sushi könnte sie von Ritardo nicht verlangen.

E Dritte Frage

1 Aufgabenstellung

Das Dessertbuffet wurde rechtzeitig geliefert und Anna hatte auch schon einen Tiramisu-Becher leer gegessen. Im Spital stellt sich heraus, dass sie eine Salmonellenvergiftung erlitten hat. Die Heilungskosten wegen der Vergiftung betragen CHF 2'000.– und der Verdienstausschlag wegen der zusätzlichen Tage der Arbeitsunfähigkeit CHF 3'000.– Die Ursache lag in den Eiern, welche die Konditorei beim Bauernhof Bünzli bezieht. Aus diesem Grund lehnt die Konditorei auch jede Haftung ab und verweist Anna an den Bauer Bünzli. Welche vertraglichen Ansprüche kann Anna geltend machen?

16 Punkte

2 Lösung

A) Einordnung

Anna kann nur gegen die Konditorei Manser vertragliche Ansprüche erheben, steht sie doch nur mit dieser, nicht aber mit dem Bauer Bünzli in einem Vertragsverhältnis. Letzterem gegenüber bestehen

allenfalls – hier gemäss Aufgabenstellung nicht zu untersuchende – ausservertragliche Ansprüche, z.B. aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR). Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, so ist die Haftung gegenüber Anna eine solidarische (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 OR). Untereinander haben sie den Schaden so aufzuteilen, dass ihn derjenige in erster Linie trägt, welcher aus verschuldeter unerlaubter Handlung haftet (Art. 51 Abs. 2 OR).

B) Ausgangslage

Da (gemäss der Fragestellung) die vertraglichen Ansprüche Annas gegen die Konditorei Manser zu prüfen sind, ist die Vertragsqualifikation entscheidend. Vorstehend wurde der Vertrag als zusammengesetzter Vertrag eingeordnet. Da vorliegend nur die Qualität der Desserts infrage steht, nicht aber jene der Dienstleistungen von Konrad, ist die Lösung im Werkvertragsrecht zu suchen. Qualifiziert man die Dessertlieferung dagegen als Kaufvertrag, sind die kaufvertraglichen Mängelrechte in Art. 197 ff. OR anwendbar. Da weder die werkvertragliche Nachbesserung noch die kaufrechtliche Nachlieferung in Betracht kommen, stehen bei beiden Vertragsarten die Wandelung und die Minderung im Vordergrund. Ein Unterschied zwischen der werkvertrags- und der kaufvertragsrechtlichen Gewährleistungsregelung besteht insofern, als bei der kaufvertragsrechtlichen Wandelung gemäss Art. 208 Abs. 2 OR der unmittelbare Schaden verschuldensunabhängig zu ersetzen ist²².

¹⁹ Zur Austausch- und Differenztheorie siehe BERGER (Fn. 1), Rn. 1569 f.

²⁰ Vgl. SCHWENZER (Fn. 1), Rn. 64.26. Für die Fälle, in denen die Unterscheidung bedeutsam bleibt, gesteht die heute wohl überwiegende Auffassung dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen den beiden Vorgehensweisen zu (vgl. DIES., a.a.O.).

²¹ GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 1), Bd. 11, Rn. 2899.

²² MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER (Fn. 5), Kap. 2, Rn. 96 ff. m.H. zur Abgrenzung der Schadensposten im Sinne der Abs. 2 und 3 von Art. 208 OR.

C) Voraussetzungen der werkvertraglichen Mängelhaftung

Die Sachgewährleistung ist gegeben, wenn (i) ein Werkmangel vorliegt, (ii) fristgerecht gerügt wurde sowie (iii) kein (weiterer) Ausschlussgrund und (iv) keine Verjährung vorliegt²³.

Ein Werkmangel liegt vor, wenn die Sache nicht die Beschaffenheit aufweist, die der Schuldner vertraglich ausdrücklich verspricht oder von welcher der Gläubiger nach dem Vertrauensprinzip ausgehen darf²⁴, wobei sich dies insbesondere nach der Verkehrsanschauung bestimmt. Ein lebensmittelhygienisch einwandfreies (insbesondere salmonellenfreies) Tiramisu darf nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzt werden. Die Verunreinigung mit Salmonellen stellt daher einen Mangel dar.

Art. 368 Abs. 1 und 2 OR unterscheiden sodann zwischen erheblichen Mängeln, welche ein Werk unbrauchbar bzw. dessen Annahme unzumutbar machen, sowie minder erheblichen Mängeln. Hier liegt ein erheblicher Mangel vor, da kein vernünftiger Mensch ein mit Salmonellen verunreinigtes Tiramisu essen würde.

Anna muss die Desserts bei der Lieferung prüfen und Mängel fristgerecht rügen (Art. 367 OR). Hier handelt es sich allerdings um einen versteckten Mangel, welcher bei der Abnahme nicht erkennbar war. Ein solcher ist gemäss Art. 370 Abs. 3 OR sofort nach Entdeckung zu rügen. Obwohl aus dem Sachverhalt nichts dazu hervorgeht, wird für die weitere

Lösung von einer fristgerechten Rüge Annas ausgegangen. Es erscheint überdies zweifelhaft, ob die Berufung auf eine verspätete Rüge in Fällen wie vorliegendem, in denen der Mangel sozusagen erst auf dem Spitalbett entdeckt wird, nicht gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verstossen würde²⁵.

Vorliegend sind auch keine anderen Ausschlussgründe ersichtlich, und die Ansprüche sind auch nicht verjährt (s. zur Verjährung Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR).

D) Mängelrechte und Schadenersatz

Insgesamt sind die Voraussetzungen der werkvertraglichen Sachgewährleistung erfüllt, womit Anna die Mängelrechte gemäss Art. 368 OR ausüben kann. Im vorliegenden Fall fällt die Nachbesserung – wie bereits erwähnt – ausser Betracht. Gleiches gilt in Bezug auf die Minderung, da ein salmonellenvergiftetes Tiramisu wertlos ist.

Anna steht jedoch die Wandelung nach Art. 368 Abs. 1 OR zur Verfügung. Sie muss dabei zurückgeben, was vom Dessertbuffet bzw. dem Tiramisu übrig geblieben ist und kann verschuldensunabhängig den Werkpreis samt Zinsen zurückverlangen bzw. muss das gewandelte Dessert nicht bezahlen²⁶. Darüber hinaus kann Anna Schadenersatz verlangen (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR), wobei unter diesen Titel die sog. Mangelfolgeschäden fallen (dazu gehören die Heilungskosten sowie der Verdienstausschlag). Der Schadenersatzanspruch setzt ein Verschulden des Unternehmers voraus. Dabei muss aber nicht Anna das Verschulden beweisen; dieses wird vielmehr vermutet und der Unternehmer muss sich entlasten (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR)²⁷. Als Grad des Verschuldens genügt Fahrlässigkeit.

Der Sachverhalt erwähnt, dass die Ursache der Salmonellen in den Eiern des Bauernhofs Bünzli lag. Damit dürfte die Konditorei kein Verschulden treffen, weshalb Anna keinen Schadenersatz geltend machen kann.

²³ HUGUENIN 2012 (Fn. 1), Rn. 3157; ähnlich z.B. MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER (Fn. 5), Kap. 7, Rn. 90–98; HONSELL (Fn. 4), 292–294.

²⁴ Vgl. auch MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER (Fn. 5), Kap. 7, Rn. 90–92.

²⁵ Vgl. allgemein zur Bedeutung des Rechtsmissbrauchsverbots in vorliegendem Zusammenhang GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Bern 2011, Rn. 2163a.

²⁶ Vgl. HUGUENIN 2012 (Fn. 1), Rn. 3167.

²⁷ Vgl. etwa HUGUENIN 2008b (Fn. 5), Rn. 659; HONSELL (Fn. 4), 298 f.