

# Übungen im OR AT: Fall 1

*Beachten Sie: Diese Lösungsskizze konzentriert sich auf den Stoff des OR AT; die eingefügten Hinweise zum OR BT dienen der Orientierung, werden aber für das Bestehen der Prüfung im Sommer nicht verlangt.*

## Lösungsvorschlag zu Teil 1

### A Zustandekommen des Vertrags

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR bedarf es für einen Vertragsschluss zweier gegenseitiger und übereinstimmender Willenserklärungen, die sich auf die *essentialia negotii* des konkreten Geschäfts beziehen. Zudem müssen die Parteien handlungs- und urteilsfähig sein und mit Rechtsbindungswillen handeln.

In der vorliegenden Konstellation könnte ein Pauschalreisevertrag zustande gekommen sein. Eine Pauschalreise ist die im Voraus festgelegte Verbindung von mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen, wenn diese Verbindung zu einem Gesamtpreis angeboten wird und länger als 24 Stunden dauert oder eine Übernachtung einschliesst: Beförderung; Unterbringung; andere touristische Dienstleistungen, die nicht Nebenleistungen von Beförderung oder Unterbringung sind und einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen (Art. 1 Abs. 1 PauRG).

Die Reise nach Aspen beinhaltet mehrere Übernachtungen in einem Chalet sowie eine Flugreise. Die Definitionsmerkmale einer Pauschalreise nach Art. 1 Abs. 1 PauRG sind damit gegeben. Die Rolle des Reisebüros kann dabei die eines Reiseveranstalters oder die eines Vermittlers sein (vgl. Art. 2 PauRG). Aus didaktischen Gründen wird hier davon ausgegangen, dass das Reisebüro selbst Pauschalreiseangebote zusammenstellt und diese direkt anbietet. Das Reisebüro ist damit Veranstalter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 PauRG, nicht Vermittler i.S.v. Art. 2 Abs. 2 PauRG. Die Parteien des Pauschalreisevertrages, sofern er zustande gekommen ist, sind also Alfons und das Reisegeschäft.

*In casu* liegt eine Willenserklärung des Alfons vor, die darauf gerichtet ist, eine Skireise für maximal CHF 5'000 zu buchen. Er bittet Pamela darum, die Reiseplanung – und allenfalls auch die Buchung – für ihn zu übernehmen. Pamela ist einverstanden und bucht in der Folge im Namen von Alfons und in Vertretung des Reisebüros eine Reise nach Aspen für CHF 5'552. Antrag und Annahme erfolgen vorliegend stillschweigend. Preis und Inhalt der Reiseleistung (*essentialia negotii*) sind bestimmt; eine Einigung darüber besteht. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt sind Alfons und auch das Reisegeschäft rechts- und handlungsfähig. Von einem Rechtsbindungswillen auf Seiten Alfons' kann ausgegangen werden: Die Buchung einer Reise im Umfang von CHF 5'000 einer Bekannten zu übergeben geht zumindest in finanzieller Hinsicht über das hinaus, was im Rahmen dieses Beziehungsverhältnisses üblich ist. Der Umstand, dass Alfons und Pamela eine persönliche Beziehung unterhalten spricht nicht gegen einen rechtlich verbindlichen Vertragsschluss zwischen Alfons und dem Reisegeschäft. Alfons ist bereit eine höhere Summe für seinen Skiurlaub zu bezahlen und möchte natürlich, dass das Reisebüro rechtlich verpflichtet ist, die verabredete Leistung zu erbringen.

Ergebnis: Die Voraussetzungen eines Vertragsschlusses sind erfüllt.

Da allerdings vorliegend beide Vertragsparteien nicht selber am Vertragsschluss beteiligt sind, sind die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung zu prüfen. Sind sowohl Alfons als auch das Reisebüro wirksam vertreten worden, treten sämtliche

Rechtswirkungen zwischen Vertretenem (Alfons bzw. Reisebüro) und Drittem (Reisebüro bzw. Alfons) ein (Art. 32 Abs. 1 OR).

**Allgemeines:** Art. 32 Abs. 1 OR lautet: „Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet.“ Darin liegt eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass eine Person mit ihren Handlungen nur sich selbst verpflichtet (Gauch/Schluemp/Schmid, N 1306; zu den verschiedenen Erscheinungsformen des Instituts der Stellvertretung sowie zu diversen Abgrenzungsfragen BK OR-Zäch/Künzler, Vorbemerkungen zu Art. 32-40, N 1 ff.). Vorliegend wird lediglich auf eine, für den Fall relevante, Differenzierung eingegangen (vgl. auch bei BK OR-Zäch/Künzler, Vorbemerkungen zu Art. 32-40, N 28 f.): Innerhalb der gewillkürten Stellvertretung können die „bürgerliche“ und die „kaufmännische“ Vertretung unterschieden werden, wobei die gesetzlichen Bestimmungen über die Stellvertretung des OR AT (Art. 32 ff. OR) auch für die kaufmännische Stellvertretung gilt, sofern die Art. 458 ff. OR keine besondere Regelung vorsehen. Die kaufmännische Stellvertretung findet im Handelsrecht ihren Wirkungsbereich (m.w.H. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 227 ff.). Der **kaufmännischen Stellvertretung** liegen standardisierte Vollmachten zugrunde, deren Umfang jeweils vom Gesetz vorgegeben ist. Die gesetzliche Umschreibung bewirkt, dass ein Dritter sich auf den gesetzlich umschriebenen Umfang der Vollmacht verlassen darf und sein Glaube darin geschützt wird. Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis (im Innenverhältnis) kann dem Dritten grundsätzlich nicht entgegengehalten werden (Gauch/Schluemp/Schmid, N 1457). Insofern liegt eine gesetzliche Ausnahme zu Art. 33 Abs. 2 OR vor. Im Unterschied dazu wird der Wirkungsbereich des **bürgerlichen Stellvertreters** nach aussen nicht gesetzlich beschränkt: Der Umfang der Vollmacht beurteilt sich nach dem Inhalt des sie einräumenden Rechtsgeschäfts (Art. 33 Abs. 2 OR). Aus Art. 38 Abs. 1 OR ist zu schliessen, dass sich bei der Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht grundsätzlich decken. Ausnahmen von diesem Grundsatz statuieren Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 34 Abs. 3 OR und Art. 37 OR (dazu Gauch/Schluemp/Schmid, N 1389 ff.).

#### **Voraussetzungen der Stellvertretung:**

Die Hauptvoraussetzungen der Stellvertretung sind das Handeln in fremdem Namen und die Vertretungsmacht (Gauch/Schluemp/Schmid, N 1318). Weiter muss der Vertreter urteilsfähig sein, der Vertretene handlungsfähig und das durch den Vertreter abzuschliessende bzw. abgeschlossene Geschäft darf nicht vertretungsfeindlich sein (vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, N 1341).

Unproblematisch sind vorliegend die Voraussetzungen der Urteils- bzw. Handlungsfähigkeit von Pamela bzw. Alfons. Ebenso ist der Abschluss eines Pauschalreisevertrags nicht vertretungsfeindlich. Jedoch sind die beiden genannten Hauptvoraussetzungen – gesondert für Alfons und das Reisegeschäft – einer näheren Prüfung zu unterziehen:

**Handeln in fremdem Namen:** Die Vertretungswirkung tritt lediglich dann ein, wenn der Vertreter dem Dritten (ausdrücklich oder stillschweigend) zu erkennen gibt, dass er in fremdem Namen handelt oder wenn der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen kann. Eine Ausnahme hiervon besteht, wenn dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag eingeht (Art. 32 Abs. 2 OR).

**Vertretung von Alfons:** Pamela bucht die Reise nach Aspen im Namen von Alfons. Für das Reisebüro als Vertragspartner ist offenkundig, dass nicht Pamela die Reisende ist, sondern Alfons. Selbst wenn man dies inkorrekt verneinen würde, kann davon ausgegangen werden, dass für das Reisebüro irrelevant ist, wer bei ihm eine Reise bucht.

**Vertretung des Reisebüros:** Alfons weiss, dass Pamela im Reisebüro arbeitet. Er weiss auch, dass nicht Pamela selbst die Pauschalreisen anbietet, sondern für ihre Arbeitgeberin und Geschäftsherrin handelt.

**Vertretungsmacht** bedeutet die Rechtsmacht, direkt für den Vertretenen Rechte und Pflichten begründen zu können (BGE 126 III 59 E. 1b S. 64). Die Vertretungsmacht besteht also im „rechtlichen Können zum Handeln mit Fremdwirkung“ (Schwager, Die Vertretung des Gemeinwesens, 5). Sie kann auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen, oder aus der Stellung als Organ einer juristische Person folgen (Gauch/Schluemp/Schmid, N 1321 ff.).

**Vertretung von Alfons:** Alfons hat gegenüber Pamela erklärt, sie dürfe für ihn, falls sie ein Schnäppchen entdecke, direkt eine Skireise buchen. Damit hat er Pamela durch einseitiges Rechtsgeschäft eine Vollmacht eingeräumt. Die Vollmacht begrenzte er dabei umfangmässig: Die Buchung dürfe ihn zur Zahlung von maximal CHF 5'000 verpflichten. Da Pamela den vorgegebenen Rahmen überschreitet, indem sie eine Reise für CHF 5'552 bucht, handelt sie ausserhalb ihrer Vertretungsbefugnis. Der Vertreter, der *ohne* Vollmacht handelt, vermag den Vertretenen nicht zu berechtigen oder zu verpflichten (Art. 38 Abs. 1 OR). Wird der Rahmen der erteilten Vollmacht nicht eingehalten, wird dies im Rahmen von Art. 38 Abs. 1 OR einer gänzlich fehlenden Ermächtigung gleichgesetzt. Unter dem Vorbehalt, dass der Vertretene den abgeschlossenen Vertrag genehmigt, fällt das Rechtsgeschäft dahin. (Zu den Fällen der Vertretungswirkung ohne Genehmigung Gauch/Schluemp/Schmid, N 1389 ff.: Gutgläubensschutznormen Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 34 Abs. 3 OR, erloschene Vollmacht Art. 37 OR). *In casu* weigert sich Alfons, die zusätzlichen CHF 552 zu bezahlen; er genehmigt den von Paula abgeschlossenen Reisevertrag also gerade nicht. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, dass einer der Ausnahmetatbestände des Eintritts der Vertretungswirkung ohne Genehmigung, namentlich Art. 33 Abs. 3 oder Art. 34 Abs. 3 OR vorläge.

Ergebnis: Alfons ist von Pamela mangels rechtsgenügender Vertretungsmacht nicht wirksam vertreten worden.

Trotz der Unwirksamkeit der Vertretung der Pamela für Alfons ist weiter die Frage zu prüfen, ob die Vertretung des Reisebüros durch Pamela wirksam erfolgt ist. Auch wenn nämlich die Nichtigkeit bereits feststeht, können sich aus anderen Nichtigkeitsgründen möglicherweise weitergehende Rechtsfolgen ergeben, die nicht übergangen werden dürfen („Theorie der Doppelwirkung im Recht“, weitere Hinweise dazu bei Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz, Berlin 1911, S. 211-233).

**Vertretung des Reisebüros:** Auch das Reisebüro – genau wie Alfons – wird in der Person von Pamela vertreten (zum Problem des Insichgeschäfts sogleich). Das Verhältnis zwischen Pamela und dem Reisegeschäft als Betreiber eines kaufmännischen Gewerbes ist der bereits vorgestellten kaufmännischen Stellvertretung zuzuordnen. Die Vollmacht der vom Reisebüro bestellten Vertreter erstreckt sich dem Gesetzeswortlaut zufolge „auf alle Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausföhrung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt“ (Art. 462 OR). Die Buchung einer Reise gehört ohne Zweifel zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb.

Ergebnis: Die Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung des Reisegeschäfts durch Pamela sind erfüllt. Allerdings sind die **Problematik des Insichgeschäfts** sowie deren Auswirkungen zu untersuchen.

Unter dem Begriff des Inschlaggeschäfts werden das Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung zusammengefasst. Wegen der Möglichkeit der Interessenkollision ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung „sowohl der Vertrag mit sich selbst wie die Doppelvertretung wegen der Gefahr der Benachteiligung einer Vertragspartei grundsätzlich untersagt“ (BGE 106 Ib 145 E. 2b S. 148). Nur ausnahmsweise, nämlich wenn der Vertretene aufgrund anderer Umstände vor Übervorteilung geschützt ist, kann ein Inschlaggeschäft zulässig sein (BGE 89 II 321 E. 5 S. 326):

- a) Wenn die Natur des Geschäfts die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst, z.B. bei objektiver Preisbestimmung
- b) Bei besonderer Vorab-Ermächtigung zum Geschäftsabschluss als Doppelvertreter
- c) Bei nachträglicher Genehmigung des Geschäfts durch die Vertretenen

Es ist fraglich, ob der Vertrag zwischen Alfons und dem Reisegeschäft – wenn er nicht bereits an der fehlenden Vertretungsmacht im Verhältnis zu Alfons scheitern würde – gültig wäre, da der Vertragsschluss in der Person von Pamela stattfindet. Pamela vertritt beide Vertragsparteien und erfüllt mithin die Tatbestandsmerkmale der Doppelvertretung. Ein von Pamela abgeschlossener Reisevertrag wäre damit ungültig, wenn keine Ausnahme Platz greift. Vorliegend könnte argumentiert werden, dass in der Rechnungsstellung an Alfons eine Genehmigung des Reisebüros gesehen werden kann. Mit Bezug auf die Auslösung der Rechnungsstellung ist der Sachverhalt allerdings illiquide, weshalb eine lebensnahe Annahme getroffen werden muss: Pamela hat sich um die Buchung der Reise für Alfons gekümmert und es ist anzunehmen, dass sie es ist, die ihm die Rechnung zukommen lässt. Obwohl im Schweizerischen Recht im Grundsatz davon ausgegangen wird, dass sich der Vertretene das Wissen seines Vertreters anzurechnen hat (vgl. dazu BGer SemJud 118/1996, S. 554), kann dies freilich nicht für die Heilung eines an sich unzulässigen Inschlaggeschäfts gelten.

Ergebnis: Die wirksame Stellvertretung von Alfons scheitert bereits an der Überschreitung der Vertretungsmacht durch Pamela. Demgegenüber scheitert die an sich wirksame Stellvertretung des Reisegeschäfts durch Pamela an der unzulässigen Doppelvertretung. Zwischen Alfons und dem Reisegeschäft ist kein Reisevertrag zustande gekommen.

## **B Anspruch von Pamela gegen Alfons auf Zahlung von CHF 1'500 Stornierungsgebühr aus Art. 402 Abs. 1 OR (Auftragsrecht)**

Pamela hat einen Anspruch gegen Alfons auf Zahlung von CHF 1'500 Stornierungsgebühr aus Art. 402 Abs. 1 OR, wenn zwischen ihnen ein Auftragsverhältnis besteht, die Stornierungsgebühr als Auslage oder Verwendung i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR zu qualifizieren ist und eine „richtige“ Ausführung des Auftrags vorliegt.

Zunächst ist das Verhältnis zwischen Alfons und Pamela zu qualifizieren. Dies bedeutet im Wesentlichen, dass eine Abgrenzung zwischen Gefälligkeit und Vertrag, gegebenenfalls verbunden mit der Subsumtion der vertraglichen Beziehung unter die Definitionsmerkmale des Auftrags (Art. 394 OR), vorzunehmen ist.

**Abgrenzung Gefälligkeit – Vertrag:** Im Unterschied zu demjenigen, der im Rahmen eines Vertragsverhältnisses eine Leistung erbringt, handelt der Gefälligkeitserbringer ohne Rechtsbindungswillen (Huguenin, N 1662). Ob ein Rechtsbindungswillen der Parteien gegeben ist, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei ist auf Indizien abzustellen. Namentlich spricht „ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten oder unterstützt zu werden“ für einen Bindungswillen (BGE 116 II 695, 698).

Wenn man, wie in casu Alfons, jemanden ermächtigt, für einen eine rechtliche Verpflichtung von bis zu CHF 5'000 einzugehen (erhebliche finanzielle Verpflichtung), kann der Ermächtigte davon ausgehen, dass eine vertragliche Bindung gewollt ist (Kriterien der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung). Aus der Sicht von Pamela besteht ein Interesse daran, dass sich Alfons von seiner „Willenserklärung“ (der Bevollmächtigung) rechtlich gebunden sieht und sie sich darauf verlassen kann, dass er seiner Zahlungsverpflichtung nachkommen wird. Würde er dies nicht tun, würde sie das gegenüber ihrem Arbeitgeber in ein schlechtes Licht rücken, da Alfons ihr Bekannter ist und sie mit einer etwaigen Nichterfüllung in Verbindung gebracht würde. Die Interessenlage auf Seiten Alfons' spricht ebenfalls für einen Rechtsbindungswillen: Er hat Pamela unter anderem deshalb aufgesucht, weil er davon ausgeht, dass sie ihm als Fachfrau eine tolle Reise finden und gegebenenfalls buchen kann. Dass Pamela eine Bekannte von Alfons ist, kann für eine Gefälligkeit sprechen, schliesst aber ein Vertragsverhältnis nicht aus. Auch, dass kein Entgelt vereinbart wird, kann für eine Gefälligkeit sprechen; allerdings gibt es durchaus Rechtsgeschäfte, die unentgeltlich sind, wie beispielsweise der Auftrag. Der Auftrag ist per definitionem gerade nicht entgeltlich: Nach Art. 394 Abs. 3 OR ist eine Vergütung nur zu leisten, wenn dies verabredet oder üblich ist. Heute dürfte aber wohl die umgekehrte faktische Vermutung gelten, d.h. zugunsten der Entgeltlichkeit, da man Dienstleistungen üblicherweise nur gegen Entgelt empfängt (BSK OR-Weber, Art. 394 N 16; vgl. Honsell, FS Nobel, 944, der bei faktischer, unentgeltlicher Tätigkeit im Zweifel auf ein vertragsloses Verhältnis schliesst; ebenso BGE 129 III 183).

Ergebnis: Alfons und Pamela handelten mit Rechtsbindungswillen. Damit besteht zwischen ihnen ein vertragliches Verhältnis.

**Qualifikation des Vertrags:** Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Dabei wird kein Erfolg geschuldet, sondern ein sorgfältiges Tätigwerden. In casu übernimmt es Paula im Interesse und nach dem Willen von Alfons, eine Skireise zu organisieren. Dabei erwartet Alfons, dass sie ihre Erfahrung im Reisebusiness nutzt und in dieser Angelegenheit die für eine Fachfrau zu erwartende Sorgfalt wahr.

Ergebnis: Zwischen Alfons und Pamela liegt ein Auftragsverhältnis vor. Die Art. 394 ff. OR sind anwendbar, so auch Art. 402 Abs. 1 OR als potentielle Anspruchsgrundlage für die Rückerstattung der Stornierungsgebühr.

**Auslage oder Verwendung:** Art. 402 Abs. 1 OR bestimmt: „Der Auftraggeber ist schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. In Abgrenzung von Art. 402 Abs. 2 OR, der einen Anspruch auf Schadenersatz begründet, sind die in Abs. 1 erwähnten Auslagen und Verwendungen gewollte (freiwillige) Vermögenseinbussen (BGE 59 II 256). Freiwillig meint hier, dass sie vom Beauftragten in Ausführung des Auftrags getätigt werden (Hofstetter, SPR VII/2, 85). Die Ratio hinter Art. 402 OR ist, dass dem Beauftragten, der fremde Interessen wahrt, kein Vermögensnachteil entstehen soll (BSK OR-Weber, Art. 402 N 3).

Die Auslage ist ein Geldaufwand, Verwendung hingegen ist der Verbrauch von Sachen (BK-Fellmann, Art. 402 N 15 f.).

Durch die Stornierung der Reise wird eine Stornierungsgebühr von CHF 1'500 fällig, welche Pamela zunächst selber bezahlt und nun von Alfons zurückverlangt. Pamela führt die Stornierung der Reise willentlich durch und damit „freiwillig“ i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR. Es handelt sich dabei also nicht um einen Schaden, sondern um eine Auslage.

**„Richtige“ Ausführung des Auftrags:** Die sorgfältige Tätigkeit, die der Auftragnehmer schuldet, beinhaltet unter anderem die Pflicht, sich an Weisungen des Auftraggebers zu halten (BSK OR-Weber Art. 402 N 6). Pamela bucht eine Reise nach Colorado, deren Kosten sich auf CHF 5'552 belaufen. Sie handelt damit entgegen der Weisung Alfons', dass er maximal CHF 5'000 bezahlen möchte. Hätte sich Pamela in dieser Hinsicht an die Weisungen von Alfons gehalten, wäre es nicht zur Buchung der zu teuren Reise gekommen und keine Stornierungsgebühren wären angefallen. Letztere sind auf die unrichtige Ausführung des Auftrages durch Pamela zurückzuführen und sind von ihr selbst zu tragen.

Ergebnis: Ein Anspruch von Pamela gegen Alfons aus Art. 402 Abs. 1 OR scheidet aus. Pamela bleibt auf den Unkosten in Höhe von CHF 1'500 sitzen.

## Lösungsvorschlag zu Teil 2

### **Anspruch des Reisebüros gegen Alfons auf Zahlung von CHF 275 aus Reisevertrag**

Das Reisebüro hat einen Anspruch gegen Alfons auf Zahlung der zusätzlich anfallenden CHF 275, wenn ein gültiger Reisevertrag zwischen ihnen besteht und sich der Anspruch auf eine Anspruchsgrundlage im Vertrag zu stützen vermag.

**Bestehen eines Reisevertrages:** Gemäss Sachverhalt ist vorauszusetzen, dass Alfons sich bereit erklärt, weitere CHF 552 zu bezahlen und dass ein Reisevertrag zwischen Alfons und dem Reisegeschäft zustande kommt.

**Vertragliche Anspruchsgrundlage:** Art. 7 der AGB könnte einen entsprechenden Anspruch des Reisegeschäfts gegen Alfons begründen. Vorausgesetzt ist allerdings, dass Art. 7 der AGB Gültigkeit erlangt hat.

AGB sind vorformulierte Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl gleichartiger Verträge gelten (Schwenzer, N 44.01). Die Problematik liegt darin, dass AGB in der Regel von der stärkeren Partei gestaltet werden und dies häufig in einer „einseitigen Verteilung von Rechten und Pflichten zu Ungunsten der anderen Partei“ resultiert (vgl. Huguenin, N 410).

Zunächst ist zu prüfen, ob die AGB in den Vertrag integriert worden sind (Geltungskontrolle). Anschliessend soll – Alfons Bemerkung, Art. 7 der AGB sei „total unfair“ legt es nahe – eine AGB-Auslegungs- und Inhaltskontrolle durchgeführt werden.

**Geltungskontrolle:** AGB gelten nur, wenn darüber ein Konsens der Parteien besteht. Dabei kann die Übernahme von AGB in einen Vertrag ausdrücklich oder konkludent erfolgen. In der Praxis geschieht dies des Öfteren via Verweis auf ein externes Dokument (Gauch/Schluep/Schmid, N 1128). Unterzeichnet eine Vertragspartei ein Vertragsdokument, welches explizit auf externe AGB verweist, ist sie grundsätzlich im selben Masse daran gebunden, als hätte sie sie selber unterzeichnet (BGE 119 II 443 E. 1a S. 445; zur Ungewöhnlichkeitsregel sogleich). Dieses Ergebnis folgt aus der allgemeinen Konsenslehre, konkreter aus dem Vertrauensprinzip (Koller, OR AT, § 23 N 20).

Es gilt, zwei Arten von Übernahmen zu differenzieren: Die Einzelübernahme einerseits und die Globalübernahme andererseits. Letztere bedeutet, dass der AGB-Adressat die AGB ohne wirkliche Kenntnisnahme oder ohne sie verstanden zu haben, unterzeichnet (Gauch/Schluep/Schmid, N 1136). Werden AGB bloss global übernommen, erfolgt eine „verdeckte Inhaltskontrolle“ mittels der Ungewöhnlichkeitsregel.

Gemäss Sachverhalt sind die AGB im Vertrag abgedruckt, Alfons bzw. Pamela, deren Wissen sich Alfons anrechnen lassen muss, hatte damit die Möglichkeit, sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen. In casu ist allerdings unklar, ob Pamela (in ihrer Position als Vertreterin von Alfons) die AGB vor Unterzeichnung des Vertrags wirklich gelesen und im Einzelnen zur Kenntnis genommen hat (Einzelübernahme) oder aber nicht (Globalübernahme). Es stellt sich auch die Frage, inwieweit sich Alfons die allfällige Kenntnis Pamelas, die im Reisegeschäft arbeitet und wohl täglich mit den AGB arbeitet, anrechnen lassen muss. An dieser Stelle sei auf den Schutzzweck der Ungewöhnlichkeitsregel zugunsten des schwächeren und schutzwürdigen Konsumenten hingewiesen: Pamela ist in casu als Doppelvertreterin aktiv, vertritt also sowohl Konsumenten (Alfons) als auch professionellen AGB-Verwender (Reisebüro). Die inhaltliche Kenntnis, die sie im Rahmen ihrer Vertretung des Reisegeschäfts erhalten hat, darf Alfons freilich nicht zugerechnet werden. Da dem Sachverhalt nicht zu entnehmen

ist, dass Pamela die AGB nochmals durchliest und zur Kenntnis nimmt, darf vorliegend von einer Globalübernahme ausgegangen werden.

**Ungewöhnlichkeitsregel:** Die Ungewöhnlichkeitsregel besagt, dass AGB-Klauseln nicht Vertragsinhalt werden, wenn der Kunde nach den Umständen und in vernünftiger Weise nicht mit dem Inhalt rechnen musste, eine AGB-Bestimmung also ungewöhnlich ist (Gauch/Schluemp/Schmid, N 1136). Das Bundesgericht (BGer) hielt in BGE 119 II 443 E. 1a S. 446 fest, dass der AGB-Verwender nach dem Vertrauensprinzip davon auszugehen hat, dass der unerfahrene AGB-Adressat ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Diese Rechtsprechung ist seither mehrfach bestätigt worden (u.a. in BGE 135 III 1 und BGE 138 III 411). Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7). Neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung des AGB-Adressaten muss die betreffende Klausel einen objektiv geschäftsfremden Inhalt aufweisen (BGE 109 II 452 E. 5b S. 458). Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 119 II 443 E. 1a S. 446 m.w.H.).

Die Branchenunerfahrenheit von Alfons ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt zu unterstellen. Jedenfalls erlangt Art. 7 der AGB schon deswegen Geltung, weil die Bestimmung keinen objektiv geschäftsfremden Inhalt aufweist. Die Regelung, dass durch die Vertragsübertragung entstandene Mehrkosten nicht vom Reiseveranstalter getragen werden, ist in der Reisebranche nicht unüblich. In Deutschland und in der Schweiz ist diese Regelung gar zum Gesetz geworden (vgl. Art. 651b Abs. 2 BGB bzw. Art. 17 Abs. 2 PauRG). Der BGH erklärte, dass wenn der Reiseveranstalter notwendige Mehrkosten nicht uneingeschränkt ersetzt erhalten könnte, sondern von ihm selbst zu tragen wären, könnte der Kunde seine vertraglichen Ansprüche zu Lasten des Reiseveranstalters gewinnbringend veräußern. Dies könne nicht dem Sinn des (gesetzlichen) Eintrittsrecht entsprechen (E. 11.2 des BGH-Urteils vom 27. Sept. 2016 – X ZR 107/15 – LG München I). Eine andere Beurteilung sei auch dann nicht angezeigt, wenn der vom Reiseveranstalter geschlossene Luftbeförderungsvertrag ein Wechsel des Passagiers nicht zulasse, so dass der Reiseveranstalter, wenn er einem Dritten den Eintritt in den Reisevertrag ermöglichen wolle, für diesen einen neuen Luftbeförderungsvertrag schließen muss, der typischer-, wenn auch nicht notwendigerweise kurz vor Reiseantritt nur zu einem erhöhten Preis erhältlich sei. Diese Praxis der Personengebundenheit von Flugtickets lässt sich einerseits durch Flugsicherheitserwägungen erklären, andererseits soll ein Zweitmarkt mit abgeschlossenen Luftbeförderungsverträgen verhindert werden (E. 12 ff. des zitierten BGH-Urteils).

Weiter führte der BGH aus: „Selbst wenn das Reisebüro einen Luftbeförderungsvertrag hätte abschliessen können, der es noch unmittelbar vor Reiseantritt erlaubt hätte, den Fluggast auszutauschen, wäre das hierfür an das Luftverkehrsunternehmen zu entrichtende Entgelt nach den Gesetzen der wirtschaftlichen Logik jedenfalls im Zweifel höher gewesen, weil eine erhöhte Flexibilität typischerweise einen erhöhten Flugpreis zur Folge hat und das Luftverkehrsunternehmen zudem andernfalls Gefahr liefe, über den Reiseveranstalter eben denjenigen Zweitmarkt mit Flugscheinen zu eröffnen, den der Ausschluss des Fluggastwechsels gerade verhindern soll“ (E. 14b des zitierten BGH-Urteils).

Fraglich bleibt vorliegend, ob die Regelung der Solidarhaftung von Kunden und Drittem im Übertragungsfall ungewöhnlich ist. Die Zulassung des Eintritts eines Dritten in den Reisevertrag, welche Art. 7 der AGB dem Reisenden eröffnet, stellt ein Entgegenkommen des Reiseunternehmens dar. Dass es sich vorbehält, auf den Dritten oder den Reisenden alternativ zuzugreifen, um seine Forderungen aus dem Vertrag zu befriedigen, ist ihm nicht vorzuwerfen und jedenfalls nicht ungewöhnlich. Wiederum kann



diese Regelung kaum als ungewöhnlich erachtet werden, wenn sie im BGB eine gesetzliche Positivierung gefunden hat.

Ergebnis: Art. 7 der AGB ist nicht ungewöhnlich und zum Vertragsbestandteil des Reisevertrags zwischen Alfons und dem Reisegeschäft geworden.

**Auslegungskontrolle:** AGB-Bestimmungen haben wie alle Vertragsbestimmungen eines Einzelvertrags ausgelegt zu werden, wenn sich die Parteien über deren Bedeutung nicht einig sind. Dies geschieht nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (BGE 133 III 675 E. 3.3 S. 681): Primär wird versucht, den wirklichen übereinstimmenden Willen der Parteien zu ermitteln (subjektive Auslegung). Ist dieser nicht mehr feststellbar, bleibt dem Anwender nur die Rekonstruktion dessen, was die Parteien mutmasslich gewollt haben (objektivierte Auslegung). Bei der Auslegung von AGB-Bestimmungen, welche lediglich global übernommen worden sind, wird sich das Gericht mit Letzterem begnügen müssen. Eine Besonderheit gilt für AGB-Bestimmungen insofern als diese im Zweifel zulasten des AGB-Verwenders ausgelegt werden (in dubio contra stipulatorem, Unklarheitenregel; Gauch/Schluemp/Schmid, N 1144).

Abs. 1 von Art. 7 könnte allenfalls mit Bezug darauf als „unklar“ erachtet werden, was vom Begriff der „Mehrkosten“ erfasst sein soll: Sind dies nur Verwaltungskosten, die dem Reiseveranstalter durch die Umschreibung der Reisebestätigung und die Benachrichtigung von Leistungsträgern entstehen oder aber auch andere Aufwendungen, z.B. solche, die letztlich auf Vereinbarungen des Reisebüros mit seinen Leistungsträgern, z.B. Luftverkehrsunternehmen, beruhen? Nach der hier vertretenen Ansicht besteht kein Raum für die Unklarheiten- bzw. in dubio contra stipulatorem-Regel: Dem Reisebüro entstünde durch die Einräumung eines voraussetzungslosen Vertragsübertragungsrechts ein erhebliches Kostenrisiko, wenn die durch eine Ausübung entstehenden Mehrkosten nicht überwältigt werden könnten. Demzufolge ist von der (mutmasslich von den Parteien angestrebten) sachgerechten Lösung auszugehen, dass sämtliche natürlich und adäquat kausalen Aufwendungen des Reisebüros vom Begriff der Mehrkosten erfasst sein sollen. In casu sind dies die durch die Umbuchung des Flugtickets auf Alfons' Cousin zusätzlich zu zahlenden CHF 275. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch mit Blick auf die Auslegung der gleichlautenden Art. 17 Abs. 2 PauRG bzw. Art. 651b Abs. 2 BGB (dazu ausführlich E. 11.2 ff. des BGH-Urteils vom 27. Sept. 2016 – X ZR 107/15 – LG München I).

**Inhaltskontrolle:** Neben der „verdeckten Inhaltskontrolle“ via Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel ist auch „offen“ zu prüfen, ob die AGB inhaltlich wirksam ist (Gauch/Schluemp/Schmid, N 1146). Hierbei spielen Art. 8 UWG und Art. 19 Abs. 2 OR eine zentrale Rolle.

Unlauter i.S.v. **Art. 8 UWG** handelt, wer seine Marktmacht missbraucht, um AGB „in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten“ zu verwenden, „die ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“ In casu folgt aus Art. 7 der AGB offensichtlich kein derartiges erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis: Es erscheint angemessen, dass die Zusatzkosten, die sich durch den Eintritt eines Dritten auf Begehren des Reisenden ergeben, Letzterem zur Last fallen sollen und nicht dem Reisegeschäft. Zum selben Schluss gelangt man, wenn man bedenkt, dass Art. 7 der AGB der gesetzlichen Bestimmung im deutschen und schweizerischen Recht entspricht.

**Art. 19 Abs. 2 OR:** Allgemeine Vertragsbedingungen, die gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen, entfalten keine Wirkung. Art. 7 der AGB verstösst nicht gegen Art. 19 Abs. 2 OR.

Ergebnis: Das Reisebüro hat gestützt auf Art. 7 der AGB einen Zahlungsanspruch gegen Alfons in Höhe von CHF 275.

## Lösungsvorschlag zu Teil 3

### **A Anspruch von Alfons gegen Bernd auf Ersatz von CHF 17'750 aus Art. 398 OR (Auftrag)**

Ein Anspruch von Alfons aus Auftrag kommt in Frage, wenn ein Auftragsverhältnis zwischen Alfons und Bernd besteht. *In casu* ist allerdings fraglich, ob überhaupt ein vertragliches Verhältnis vorliegt. Die gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen von Alfons und Bernd über das Hüten bzw. Bewässern von Haus bzw. Garten sind ohne Weiteres gegeben. Weniger klar ist hingegen, ob die Parteien einen rechtlich verbindlichen *Vertrag* eingehen wollten, d.h. mit Rechtsbindungswillen agierten. *In casu* spricht die Interessenlage der Parteien gegen das Vorliegen eines Bindungswillens. Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Gartenbewässerung während Alfons' Reha-Aufenthalt ist für Bernd wie für Alfons gering. Einerseits ist es keineswegs naheliegend, dass durch das Blumengiessen ein derart hoher Schaden entstehen kann, andererseits stellt das Blumengiessen keine gefahrgeneigte Tätigkeit dar. Wäre dies der Fall, wäre ein Rechtsbindungswillen näherliegend. Auch wurde Bernd von Alfons nicht wegen seiner besonderen Fähigkeiten im Bereich der Gartenpflege um Hilfe gebeten. Sein Tätigwerden bewegt sich im Rahmen dessen, was unter Nachbarn üblich ist.

Ergebnis: Ein Anspruch von Alfons gegen Bernd aus Vertrag, konkret dem Auftrag, fällt – mangels Rechtsbindungswillens der Parteien – ausser Betracht.

### **B Anspruch von Alfons gegen Bernd auf Ersatz von CHF 17'750 aus Art. 420 Abs. 1 OR (Geschäftsführung ohne Auftrag)**

Prüfenswert ist, ob das vertragsähnliche (oder quasivertragliche) Verhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) zwischen Alfons und Bernd bestehen könnte. Die Voraussetzungen können Art. 419 OR entnommen werden: Der Geschäftsführer besorgt für einen andern ein Geschäft, für welches er nicht beauftragt worden ist und zu dessen Erbringung er nicht verpflichtet ist. In der Lehre wird vertreten, dass eine vorgängige Absprache, Abrede, Bitte oder Erlaubnis des Geschäftsherrn eine GoA ausschliesse; damit vielmehr eine Gefälligkeit vorliege (Huguenin, N 1489; Maissen/Purtschert/Rusch, N 9, 13; kritisch zur Ansicht, dass die sog. „Eigenmacht“ das alleinige und massgebliche Abgrenzungskriterium zur Gefälligkeit darstelle, KUKO OR-Schaller, Vor Art. 419–424 N 6 sowie BSK OR-Weber, Art. 419 N 9a).

*In casu* kümmert sich Bernd auf die Anfrage Alfons' hin während dessen Abwesenheit um dessen Haus und Garten. Dieser „Freundschaftsdienst“ entspricht einer Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 419 OR. Wie unter **A** festgestellt, ist zwischen Alfons und Bernd mangels Rechtsbindungswillens kein Auftragsverhältnis zustande gekommen. Folgt man Huguenin und Maissen/Purtschert/Rusch, kann mangels Eigenmacht von Bernd keine GoA vorliegen. Aber auch der Umstand, dass Bernd das Risiko des Schadens nicht erkennen konnte, spricht gegen die GoA; er wollte Alfons lediglich einen guten Dienst erweisen.

Ergebnis: Das Tätigwerden von Bernd kann als Gefälligkeitsleistung qualifiziert werden. Ein Anspruch aus Art. 420 Abs. 1 OR scheidet aus.

## **C Anspruch von Alfons gegen Bernd auf Ersatz von CHF 17'750 aus Art. 41 OR**

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung haftet der Gefällige nach Art. 41 OR (BGE 137 III 539 E. 5.1 S. 544). Die entsprechenden Haftungsvoraussetzungen sind im Folgenden zu definieren und anschliessend zu subsumieren.

**Schaden:** Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung auf Gläubigerseite, welche in der Abnahme der Aktiven oder der Zunahme der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn besteht. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis aufweisen würde (sog. Differenztheorie, dazu Huguenin, N 867).

*In casu* spricht bereits der Sachverhalt von einem „Schaden“. Durch die Verringerung der Aktiven von Alfons im Umfang von CHF 17'750 liegt in der Tat ein Schaden im Rechtssinne vor.

**Widerrechtlichkeit:** Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn ein absolutes Recht oder eine das Vermögen schützende Rechtsnorm verletzt worden ist (KUKO OR-Schönenberger, Art. 41 OR, N 23).

*In casu* ist durch den Einfluss der freigesetzten Wassermenge Eigentum von Alfons in Keller und Untergeschoss seines Haus entstanden. Darin liegt eine Verletzung absoluter Rechte.

**Natürliche und adäquate Kausalität:** Zwischen Schädigungshandlung und Schaden muss eine natürliche Kausalität bestehen, d.h. die Schädigungshandlung muss *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden sein. Zudem hat der konkret eingetretene Schaden adäquat kausal zur Schädigungshandlung zu sein. Die Schädigungshandlung ist adäquat kausal, wenn sie „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“ (BGE 107 II 238 E. 5a S. 243 f.).

Hätte es Bernd nicht unterlassen, die Wasserzufuhr zum Schlauch wieder abzustellen, hätte sich der Schlauch nicht von der Wand gelöst und die Wassermasse wäre nicht in Keller und Untergeschoss von Alfons' Haus geflossen, wo sie den eingetretenen Schaden angerichtet hat. Im Übrigen ist es vorhersehbar, dass ein derartiges Versäumnis einen erheblichen Schaden verursachen kann. *Nota bene:* Es ist eine andere Frage, ob die Vorhersehbarkeit des mit der konkret vereinbarten Tätigkeit verbundenen Schadensrisikos gegeben ist. Wie gesehen, ist Letzteres für den vorliegenden Fall zu verneinen. Bei der adäquaten Kausalität geht es, im Unterschied dazu, um die Beurteilung der Vorhersehbarkeit der Folgen des Versehens.

**Verschulden:** Im Grundsatz setzt das Verschulden zweierlei voraus: Die Urteilsfähigkeit einerseits, Vorsatz oder (jede Art von) Fahrlässigkeit andererseits. Fahrlässigkeit lässt sich als Mangel an der unter den Umständen gegebenen Sorgfalt definieren (vgl. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., N 834, 844).

Vorsatz kann vorliegend ausgeschlossen werden: Bernd wollte nicht, dass es zur eingetretenen Überschwemmung und dem damit verbundenen Schadenseintritt kommt. Allerdings hätte ein ordentlich sorgfältiger Mensch das Wasser abgestellt oder zumindest überprüft, ob er dies getan hat, um einen Irrtum auszuschliessen. D.h. zumindest eine leichte Fahrlässigkeit von Bernd ist gegeben.

An dieser Stelle kann zur Behauptung von Bernd, er habe nicht für leichte Fahrlässigkeit zu haften, Stellung genommen werden. Bernd scheint sich auf den Standpunkt zu stellen, dass Art. 99 Abs. 2 OR auf seinen Fall anzuwenden sei. Die betreffende Norm statuiert eine Haftungsprivilegierung wegen der besonderen Natur des Geschäfts und

nennt insbesondere, dass der Schuldner milder zu beurteilen sei, wenn das Geschäft für ihn keinerlei Vorteil bezwecke. Systematisch befindet sich die Norm allerdings im Vertragsrecht. Gleichwohl hat das BGer im Glattkind-Fall (BGE 137 III 539) entschieden, dass Art. 99 Abs. 2 OR auf Gefälligkeitsverhältnisse Anwendung finde: „Wer im vertragsfreien Raum um eine Gefälligkeit bittet, kann vom Gefälligen nicht verlangen, eine höhere Sorgfalt als die eigenübliche aufzuwenden.“ (E. 5.2 S. 545; sog. *diligentia quam in suis*).

Bernd hat demzufolge insofern recht als er nicht für eine „objektive leichte Fahrlässigkeit“ haftet. Das Mass der erforderlichen Sorgfalt richtet sich vielmehr nach einem vergleichsweise verringerten Sorgfaltsmassstab, nämlich danach, wie er *seine eigenen* Blumen trinkt.

Weiter kann untersucht werden, ob ein Haftungsverzicht basierend auf einer Willensfiktion der Parteien in Frage kommt. Festzuhalten ist zunächst, dass die freundschaftliche Beziehung zwischen Bernd und Alfons nicht für die Annahme einer dahingehenden Abrede ausreicht. Ebenso wenig ist dies aus der rein altruistischen Motivation, wie Bernd dies vorschlägt, zu schliessen. Eine entsprechende stillschweigende Haftungsbeschränkung wäre im Fall denkbar, dass der Gefälligkeitserbringer, wäre die Rechtslage vorher zur Sprache gekommen, einen Haftungsverzicht gefordert hätte und sich der Gefälligkeitsempfänger dem aus Gründen der Billigkeit nicht hätte versagen können. Für die Annahme eines Haftungsverzichts wäre grundsätzlich erforderlich, dass der Gefälligkeitserbringer, hier Bernd, keinen Haftpflichtversicherungsschutz genießt und mit der Gefälligkeitserbringung ein für ihn nicht hinnehmbares Haftungsrisiko verbunden ist. Hat er hingegen eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen (dies dürfte heute der Regel entsprechen), würde eine dahingehende Abrede den Haftpflichtversicherer entlasten und dies entspricht wohl im Regelfall nicht dem Willen der Beteiligten. Eventuell dürften darüber hinaus noch weitere einen Haftungsverzicht nahe legende Umstände im konkreten Fall erforderlich sein (hierzu Urteil des BGH vom 26. April 2016 – VI ZR 467/15 – OLG Koblenz, E. 12 c)). *In casu* war, wie ausgeführt, vor dem Vorfall nicht erkennbar, dass Bernd ein nicht hinnehmbares Haftungsrisiko eingeht, indem er sich bereit erklärt, sich um Haus und Garten von Alfons zu kümmern. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass Bernd eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat. Diese ist zwar nicht obligatorisch, aber dringend zu empfehlen.

Ergebnis: Bernd ist auf seine Aussage zu entgegnen, dass keine Abrede in der Art wie er dies behauptet zwischen ihm und Alfons besteht. Es ist allerdings richtig, und in diese Richtung scheint seine Argumentation zu gehen, dass für ihn ein (gegenüber dem deliktsrechtlichen) günstigerer Haftungsmassstab gilt.