

LSI /AR

An das Schweizerische Bundesgericht

Av. du Tribunal-Fédéral 29

1005 Lausanne 14

BESCHWERDE IN ZIVILSACHEN

von

Lena Limoges (Adresse, Wohnort)

Beschwerdeführerin

Vertreten durch Team 36

gegen

Sébastien Samaritain (Adresse, Wohnort)

Beschwerdegegner

Vertreten durch X

betreffend

die Beschwerde in Zivilsachen gegen
das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft
vom 14. September 2015

Team 36

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	I
LITERATURVERZEICHNIS	III
RECHTSBEGEHREN	1
BEGRÜNDUNG	1
I. FORMELLES	1
A. Allgemeine Beschwerdevoraussetzungen	1
1. Anfechtungsobjekt.....	1
2. Beschwerdegrund	1
3. Beschwerdefrist	1
B. Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen	1
1. Zivilrechtstreitigkeit	1
2. Streitwert.....	1
3. Vorinstanz	2
4. Beschwerdelegitimation.....	2
C. Parteivertretung	2
II. TATSÄCHLICHES	2
III. MATERIELL-RECHTLICHES	3
A. Angefochtene Punkte des kantonalen Entscheids	3
B. Begründung der Begehren der Beschwerdeführer	4
1. Das Vorliegen eines Pauschalreisevertrages	4
1.1 Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 1 PRG)	4
1.2 Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 2 PRG)	5
2. Vertrag über das Euro- Angebot	6
2.1 Die Auslegung der Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip	6
2.2 Ungültiger Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	7
2.3 Informationspflicht des Veranstalters vor Vertragsschluss (Art. 4 PRG).....	8
2.4 Der Prospekt (Art. 3 PRG).....	9
3. Rückforderungsanspruch – Die Stellvertretung (Art. 32 ff. OR)	9
3.1 Vorliegen einer stillschweigenden Vollmacht	10
3.2 Schutz des gutgläubigen Dritten	11
3.3 Vertraglicher Erfüllungsanspruch	11

4. Ausservertraglicher Rückforderungsanspruch (Art. 62 ff. OR)	12
5. Der Schadenersatzanspruch	13
5.1 Spezialgesetzliche Haftung nach Art. 14 PRG.....	13
5.1.1 Schaden.....	13
5.1.2 Kausalität	14
5.1.3 Vertragsverletzung.....	14
5.1.4 Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR	14
5.1.5 In Ausübung ihrer Verrichtung.....	15
5.1.6 Keine Entlastungsmöglichkeit nach Art. 15 PRG.....	15
5.1.7 Keine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs	16
5.2 Haftung nach Art 97 i.V.m. Art 101 OR	17
5.3 Ausservertragliche Haftung nach Art. 41 i.V.m. Art. 55 OR.....	18
5.3.1 Unterordnungsverhältnis	18
5.3.2 Misslingen des Befreiungsbeweises.....	19

LITERATURVERZEICHNIS

- AMSTUTZ MARC et. al. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich 2007) (zit. HK/BEARBEITERIN, Art., Rz.).
- AMSTUTZ MARC (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PRG (2. A. Zürich 2012) (zit. CHK-PRG/BEARBEITERIN, Art., Rz.).
- FRANK RICHARD: Bundesgesetz über Pauschalreisen Kurzkomentar (Zürich 1994) (zit. FRANK, Art., Rz.).
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (2.A. Zürich 2012) (zit. CHK/BEARBEITERIN, Art., Rz.).
- HANGARTNER SANDRO: Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen (Diss. Zürich, 1997) (zit. HANGARTNER, S.).
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.): Kurzkomentar OR Art. 1-529 (Basel 2008) (zit. KUKO-OR/BEARBEITERIN, Art., Rz.).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (6. A. Basel 2015) (zit. BSK/BEARBEITERIN, Art., Rz.).
- HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil (2. A. Zürich 2014) (zit. HUGUENIN, Rz.).
- KOLLER ALFRED: Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht (Habil. Freiburg, Freiburg 1985) (zit. KOLLER (Habil.), Rz.).
- KOLLER ALFRED: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR (Diss. Freiburg, Zürich 1980) (zit. KOLLER (Diss.), Rz.).
- KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil; Handbuch des allgemeinen Schuldrechts (3. A. Bern 2009) (zit. KOLLER, §, Rz.).
- MARTINELLI ALESSANDRO: Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht (Diss. Basel 1996) (zit. MARTINELLI (Diss.), S.).
- ROBERTO VITO: Das neue Pauschalreisegesetz, *in*: recht 1994, Heft 1, S. 6-16 (zit. ROBERTO, S.).
- SCHWENZER INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (6. überab. A. Basel 2009) (zit. SCHWENZER, Rz.).
- STAUDER BERND: Reiserech *in*: KRAMER, ERNST A. (Hrsg.): Schweizerisches Privatrecht, Konsumentenschutz im Privatrecht (Basel 2008) (zit. STAUDER, S.).
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (3. A. Zürich 1979) (zit. v. TUHR/PETER, §, S.).
- WIEDE ANDREAS: Reiserecht, Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen (Zürich 2014) (zit. WIEDE, S., Rz.).
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN: Berner Kommentar zu Art. 32 – 40 OR (2. A. Bern 2014) (zit. BK/BEARBEITERIN, Art., Rz.).

RECHTSBEGEHREN

1. Es sei das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 14. September 2015 aufzuheben.
2. Der Beschwerdegegner sei dazu zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 1'285.40 zuzüglich Zins von 5% p.a. seit dem 14. August 2011 und Mehrwertsteuer zurück zu überweisen.
3. Der Beschwerdegegner sei zu Schadenersatz in der Höhe von CHF 29'500 zuzüglich Zins von 5% p.a. seit dem 14. August 2015 und Mehrwertsteuer zu verpflichten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

BEGRÜNDUNG

I. FORMELLES

A. ALLGEMEINE BESCHWERDEVORAUSSETZUNGEN

1. ANFECHTUNGSOBJEKT

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft im Sinne von Art. 90 BGG; dies stellt somit ein gültiges Anfechtungsobjekt dar.

2. BESCHWERDEGRUND

Die Beschwerdeführer befinden das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft als Verletzung von Bundesrecht. Ein zulässiger Beschwerdegrund nach Art. 95 lit. a BGG ist daher gegeben.

3. BESCHWERDEFRIST

Die Beschwerdefrist beträgt gemäss Art. 100 BGG 30 Tage vom Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheids. Dieser Frist wurde durch die Einreichung der Beschwerde beim zuständigen Gericht am 2. November 2015 nachgekommen.

B. BESONDERE VORAUSSETZUNGEN DER BESCHWERDE IN ZIVILSACHEN

1. ZIVILRECHTSTREITIGKEIT

In der vorliegenden Sache handelt es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit. Die Beschwerdeführer erheben hiermit das ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG.

2. STREITWERT

Der Streitwert beinhaltet eine Schadenersatzforderung von CHF 29'500 [zzgl. 5% Zins p.a. seit dem 14. August 2011] und einem vertraglichen Anspruch in der Höhe von CHF 1285.40 [zzgl. 5% Zins p.a. seit dem 14. August 2011] gemäss Rechtsbegehren. Kumuliert beläuft sich der Streitwert auf CHF 30'785 [zzgl. Zins], was den Anforderungen von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG entspricht.

3. VORINSTANZ

Das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft ist ein Entscheid einer letzten kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 BGG.

4. BESCHWERDELEGITIMATION

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Die Voraussetzungen von Art. 76 BGG sind mithin erfüllt.

C. PARTEIVERTRETUNG

Die Beschwerdeführerin wird von Anwältinnen und Anwälten gemäss Art. 40 BGG vertreten, die gemäss Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung von Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden berechtigt sind.

II. TATSÄCHLICHES

Am 19. Mai 2011 stellte die in der Schweiz wohnhafte Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner, eine Buchungsanfrage über ein Euro Bonusangebot gestützt auf ein vom Beschwerdegegner geschaltetes Inserat in der Frankfurter Allgemeinen (FAZ) zu. Die Anfrage beinhaltete sechs Übernachtungen vom 8. bis zum 14. August 2011 in einem Apartment des Hotels des Beschwerdegegners zum Preis von EUR 5'994. In der Anfrage über E-Mail nahm sie explizit Bezug auf das erwähnte Angebot. Am darauffolgenden Tag erhielt die Beschwerdeführerin eine Antwort des Beschwerdegegners mit der Betreffzeile „Bestätigung der Buchung mit EURO-Bonus“, welches die Buchung zum Preis von EUR 5'994.00 bestätigte. Die E-Mail war nach der Grussformel mit einer Fussnote (Schriftgrösse Helvetica 9 pt., Haupttext Schriftgrösse Helvetica 12 pt.) versehen, die besagte, dass sich das Angebot nicht an Gäste mit Wohnsitz in der Schweiz richtete. Diesen würden der Buchungspreis sowie sonstige Nebenleistungen nach der CHF Preisliste in Rechnung gestellt. Während des Urlaubs nahm der Ehemann der Beschwerdeführerin an zwei Musikabenden für Laien teil, für welche das Hotel einen hervorragenden Ruf geniesst. Ausschliesslich für diesen Zweck trug er eine wertvolle Geige, die die Beschwerdeführerin geerbt hatte, mit sich.

Am Tag der Abreise belief sich die Schlussrechnung auf CHF 11'568.65. Die Beschwerdeführerin machte geltend, nur den auf dem Euro-Angebot basierenden Preis begleichen zu müssen, welcher sich auf EUR 8569.37 (Spezialkurs CHF/EUR: 1.35) belief. Aufgrund der Abwesenheit des Beschwerdegegners führte dessen Sohn, Herr Thomas Samaritain, das Check-Out Verfahren durch. Die Beschwerdeführerin vereinbarte mit diesem schriftlich, den auf dem Euro-Angebot basierenden Preis (EUR 8569.37) bar und den Differenzbetrag (CHF 1'285.40) zur gestellten Schlussrechnung in CHF per EC-Karte zu bezahlen. Die CHF 1285.40 seien ihr jedoch, sobald bestätigt würde, dass das Euro-Angebot gebucht war, zurück zu überweisen. Die vereinbarte Rücküberweisung blieb jedoch aus.

Für den im Angebot inklusiven Transport der Gepäckstücke zum Bahnhof war ebenfalls Herr Th. Samaritain zuständig. Nach der Verladung schloss er den Kofferraumdeckel des Transporters unvorsorglich, worauf sich dieser während der Fahrt öffnete und der Geigenkoffer der Beschwerdeführerin samt Inhalt verloren ging. Der Wert des Geigenkoffers belief sich auf CHF 29'500 (Geigenkasten: CHF 400, Geigenbogen: CHF 1'500, Geige: CHF 27'600). Wird nachfolgend vom Geigenkasten gesprochen, so ist auch dessen Inhalt gemeint. Mit Schreiben vom 7. September 2011 verlangte die Beschwerdeführerin umgehend die Rücküberweisung des ausstehenden Restbetrags von CHF 1285.40 und die Begleichung des Schadens des verlorenen Geigenequipments. Der Beschwerdegegner wies beide Ansprüche unter anderem mit Verweis auf die Fusszeile der Buchungsbestätigung vom 20. Mai 2011 zurück.

Nach abgewiesener Klage des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost legte die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Berufung beim Kantonsgericht Basel-Landschaft ein. Am 14. September 2015 bestätigte das Gericht den angefochtenen Entscheid. Das Urteil wurde der Beschwerdeführerin am 3. Oktober 2015 mitgeteilt. Mittels vorliegendem Rechtsbegehren legt die Beschwerdeführerin Beschwerde in Zivilsachen beim Schweizerischen Bundesgericht ein.

III. MATERIELL-RECHTLICHES

A. ANGEFOCHTENE PUNKTE DES KANTONALEN ENTSCHEIDS

Die Berufung gegen die abgewiesene Klage des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost wurde vom Kantonsgericht Basel-Landschaft abgewiesen, welche den angefochtenen Entscheid in der Sache bestätigte.

Das Kantonsgericht wies den vertraglichen Rückzahlungsanspruch von CHF 1'285.40 gestützt auf die schriftliche Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und Th. Samaritain ab, mit der Begründung, die Fussnote in der E-Mail des Beschwerdegegners habe den Vertrag rechtsgültig über das Frankenangebot zustande kommen lassen. Des Weiteren wurde der Beschwerdeführerin die Anwendung der spezialgesetzlichen Regelungen des Pauschalreisegesetzes (PRG) untersagt, da es sich aufgrund der mangelnden Selbständigkeit der einzelnen Leistungsbestandteile um keinen Pauschalreisevertrag handle.

Den Schadenersatzanspruch in der Höhe von CHF 29'500 für den Verlust der Geige samt Equipment lehnte das Kantonsgericht gestützt auf die Verneinung der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung für Hilfspersonen ab. Zudem wurden die spezialgesetzlichen Haftungsnormen des PRG nicht angewendet.

Die Beschwerdeführerin sieht mit diesem Urteil des Kantonsgerichts Bundesrecht verletzt und verlangt daher vom höchsten Gericht die Gutheissung der Klage.

B. BEGRÜNDUNG DER BEGEHREN DER BESCHWERDEFÜHRER

Nachfolgend wird im Einzelnen dargelegt, warum das Rechtsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner als Pauschalreisevertrag nach Art. 1 PRG zu qualifizieren ist, und dieser über das Euro-Angebot zustande gekommen ist. Der überwiesene Differenzbetrag in der Höhe von CHF 1'285.40 ist daher aufgrund der vertraglichen Abmachung zwischen Th. Samaritain und der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Zudem haftet der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 14 f. PRG, Art. 97 i.V.m. Art. 101 OR und Art. 41 i.V.m. Art. 55 OR für den Verlust des verlorenen Geigenkastens.

1. Das Vorliegen eines Pauschalreisevertrages

Einleitend soll dargelegt werden, dass die Rechtsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner entgegen der Auffassung der Vorinstanz als Pauschalreisevertrag im Sinne von Art. 1 des am 1. Juli 1994 in Kraft getretenen Pauschalreisegesetzes qualifiziert werden muss.

1.1 Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 1 PRG)

Die Legaldefinition einer Pauschalreise nach Art. 1 PRG setzt voraus, dass eine Reise länger als 24 Stunden dauert oder, falls diese Zeitspanne nicht erreicht wird, zumindest eine Übernachtung einschliesst.¹ Dass die Reise länger als 24 Stunden gedauert hat, ist unbestritten.

Art. 1 PRG setzt zudem als quantitatives Element die Verbindung von mindestens zwei Leistungen voraus, die aus der Beförderung, Unterbringung oder einer anderen touristischen Dienstleistung bestehen kann (Art. 1 Abs. 1 lit. a – c PRG).² Unter dem Begriff der Beförderung können sämtliche Transportmittel subsumiert werden, welche geeignet sind, den Reisenden an die Zieldestination zu bringen.³ Für die Unterbringung ist massgebend, dass die zur Verfügung gestellte Leistung dem Zwecke des Schlafes dient.⁴ Die genannten Leistungen müssen jeweils eine gewisse Gewichtung aufweisen, mithin einen erheblichen Teil der Gesamtleistung ausmachen, damit eine Pauschalreise vorliegen kann.⁵ Beförderung und Unterbringung können dann als erheblich betrachtet werden, wenn sie nicht „Nebenleistungen von untergeordneter Bedeutung sind,“⁶ was sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt.⁷

I.c. annoncierte der Beschwerdegegner eine Verbindung von mehr als zwei Leistungen. Namentlich die Beförderung durch den Transfer vom Bahnhof bei An- und Abreise sowie der Anreise mit der Bahn in der 1. Klasse, die Unterbringung durch die Übernachtung im Hotel und andere touristische Dienstleistungen wie Frühstücksverpflegung, Spa des Hotels sowie einen täglichen Shuttle-

¹ HK/ZEITER, Art. 1 PRG, Rz. 2.

² BSK/ROBERTO, Art. 1 PRG, Rz. 3; ROBERTO, S. 8.

³ HK/ZEITER, Art. 1 PRG, Rz. 4; HANGARTNER, S. 15.

⁴ WIEDE, S. 165, Rz. 562.

⁵ STAUDER, S. 310.

⁶ HANGARTNER, S. 15.

⁷ BSK/ROBERTO, Art. 1 PRG, Rz. 3; WIEDE, S. 165, Rz. 559.

Service zu möglichen Ausgangspunkten von Aktivitäten jeglicher Art. Dass die Übernachtung einen erheblichen Teil der Gesamtreise ausmachte, ist unbestritten.

Die Beförderung ist desgleichen als eine Leistung zu betrachten, der zumindest nicht nur eine untergeordnete Bedeutung zuerkannt werden kann. In der Lehre wird nur die Meinung vertreten, dass ein Transfer zum Ankunftsort nicht genüge, um eine massgebliche Leistung zu qualifizieren.⁸ I.c. wurde zum Transfer noch zusätzlich die Anreise in der 1. Klasse mit der Bahn angeboten, wodurch der Leistung die notwendige Erheblichkeit zuzusprechen ist. Unbeachtlich sollte in concreto auch nicht das qualitative Element sein; die Anreise erfolgte schliesslich in der 1. Klasse. Die Anreise ist mithin massgeblich für die Qualität des gesamten Angebotes und somit keine Nebensächlichkeit, wodurch die Selbständigkeit der Beförderung nicht aberkannt werden kann.⁹

Das Frühstücksbuffet, der Zutritt zur Spa sowie der tägliche Shuttle-Service zu Ausgangspunkten weisen ebenfalls einen selbständigen Charakter auf. Einzeln betrachtet kann diesen Leistungen zwar ein Nebenleistungscharakter attestiert werden, indes vermögen sie in der Kombination in Relation zur angebotenen Gesamtleistung einen erheblichen Teil derjenigen auszumachen.

1.2 Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 2 PRG)

Gemäss Art. 2 Abs. 1 PRG gilt eine Person als Veranstalterin, wenn sie Pauschalreisen nicht nur gelegentlich organisiert und direkt anbietet. Für die Beurteilung der Regelmässigkeit ist auf die Anzahl der Reisen, vor allem jedoch darauf abzustellen, ob der Veranstalter im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit handelt.¹⁰ Auch wenn der Beschwerdegegner die Reise zum ersten Mal organisiert hat, kann dies daher in den Hintergrund treten, da er diese unbestrittenermassen gewerbmässig organisiert hat. Zudem ist die Sicht des Konsumenten, wen dieser nach Treu und Glauben als Veranstalter ansehen durfte und musste, massgebend bei der Beurteilung, ob eine Person als Veranstalter gilt.¹¹ Durch Anzeige in der Zeitung galt der Beschwerdegegner aus der Sicht der Beschwerdeführerin als Veranstalter im Sinne von Art. 2 Abs. 1 PRG.

Als Konsumentin gilt gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. a PRG eine Person, die eine Pauschalreise bucht. Die Beschwerdeführerin ist daher als Konsumentin im Sinne dieser Bestimmung zu betrachten.

Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich des Pauschalreisegesetzes eröffnet; es liegt ein Pauschalreisevertrag nach Art. 1 PRG vor.

⁸ Vgl. HK/ZEITER, Art. 1 PRG, Rz. 4; STAUDER, S. 310; HUGUENIN, Rz. 3634.

⁹ HANGARTNER, S. 15; HK/ZEITER, Art. 1 PRG, Rz. 4.

¹⁰ HANGARTNER, S. 22; BSK/ROBERTO, Art. 2 PRG, Rz. 6; Urteil vom 5. Oktober 2009 vom Kantonsgericht Zug *in* GVP 2009 S. 256, E. 2.2.

¹¹ Urteil BGer 4C.125/2004 vom 29. Juni 2004, E. 2.1; HUGUENIN, Rz. 3643.

2. Vertrag über das Euro- Angebot

2.1 Die Auslegung der Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip

Obwohl die Normen zum Pauschalreisevertrag in einem Sondergesetz niedergelegt sind, bilden sie doch Teil des allgemeinen Vertragsrechts und werden durch diese Vorschriften ergänzt.¹² Das Zustandekommen des Vertrages richtet sich mithin nach Art. 1 ff. OR und den Ergänzungen des PRG. Die Vorinstanz hat fälschlicherweise festgestellt, dass ein Vertrag über das Frankenangebot zustande gekommen ist. Zu ihrem Ergebnis kommt sie mit der Begründung, dass die Fussnote als Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Bestandteil des Vertrages wurde. Nachfolgend wird ausgeführt, weshalb der Einbezug der AGB in den Vertrag abzulehnen ist.

Damit ein Vertrag rechtsgültig zustande kommt, braucht es gem. Art. 1 OR eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien. Massgebend für die Gültigkeit des Vertrags ist nicht der innere Wille, sondern der gegenüber dem Partner geäußerte Wille.¹³ Im vorliegenden Fall waren sich die Parteien uneinig, ob ein Vertrag über das Franken- oder das Euro-Angebot zustande gekommen ist. Dieser Dissens ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu heilen, was im Folgenden erläutert wird.

Gem. Art 7 Abs. 1 OR stellt ein Inserat in der Zeitung keinen rechtsverbindlichen Antrag dar, da vermutet wird, dass es nicht Wille des Antragsstellers ist, ein an jedermann gerichtetes verbindliches Angebot zu machen.¹⁴ Es handelt sich lediglich um eine Einladung zur Offertstellung.¹⁵ I.c. publizierte der Beschwerdegegner ein Inserat in der FAZ mit einem Sonderangebot für Hotelübernachtungen, was als Einladung zur Antragsstellung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 OR zu qualifizieren ist. Die Beschwerdeführerin buchte per E-Mail sechs Übernachtungen in dessen Hotel. In der E-Mail schrieb sie ausdrücklich, dass sie die Buchung zum Euro-Angebot, also zu dem Preis, der im Inserat aufgeführt war, tätigen wollte. Diese Buchung stellte einen rechtsverbindlichen Antrag i.S.v. Art. 3 Abs. 1 OR dar, welcher vom Beschwerdegegner am darauffolgenden Tag in einer Antwortmail angenommen wurde. Er bestätigte die Buchung zum Preis von EUR 5'994.00. In der Annahme des Antrags bestand kein Zweifel, da die Betreffzeile der Mail explizit lautete: „Bestätigung der Buchung mit EURO-Bonus“. Weiter schrieb er, dass die Buchung nach Hinterlegung der Kreditkartendaten auf einer verlinkten Internetseite zu den genannten Konditionen verbindlich würde, folglich zu einem Preis von EUR 5'994.00. Das ursprüngliche Angebot richtete sich zwar hauptsächlich an Gäste aus Deutschland, der Beschwerdegegner wusste jedoch, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine Schweizerin handelte. Der Vertrag ist folglich gültig über das Euro-Angebot zustande gekommen. Ausserdem verhält sich der Beschwerdegegner missbräuchlich, wenn er behauptet, der Vertrag sei über das Frankenangebot zustande gekommen, da ihm aufgrund

¹² FRANK, Vor Art. 1 PRG, Rz. 20.

¹³ BSK/ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 OR, Rz. 2.

¹⁴ BSK/ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 7 OR, Rz. 5.

¹⁵ BSK/ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 7 OR, Rz. 1.

der Kreditkarte der Basler Kantonalbank und der Länderdomain „.ch“ der E-Mail Adresse bewusst war, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine Schweizerin handelte.

2.2 Ungültiger Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

Im Wissen, dass es sich bei der Vertragspartnerin um eine Schweizerin handelte, fügte der Beschwerdegegner eine Fussnote nach der Grussformel in bedeutend kleinerer Schrift¹⁶ als der Haupttext in seine Antwortmail ein, die besagte, dass das Euro-Angebot nicht für Gäste mit Wohnsitz in der Schweiz gelte und diese den teureren Franken-Preis zu bezahlen haben. Somit widersprach er dem Inhalt und der Betreffzeile der E-Mail, somit auch seinem Akzept des Antrags.

Die Anmerkung in der Fussnote ist eine AGB. AGB sind „Vertragsbestimmungen, welche die Verwenderin oder eine Dritte hinsichtlich des Abschlusses einer Vielzahl gleichartiger Verträge vorformuliert und welche die Parteien nicht individuell verhandeln“¹⁷. Bei der Fussnote handelte es sich um eine vorformulierte Vertragsbestimmung, da sie sich nicht an einen spezifischen Gast richtete, sondern jeden potentiellen in der Schweiz wohnhaften Gast adressierte und somit für eine Vielzahl von Verträgen verwendet werden konnte. AGB stellen keine Rechtsquellen eigener Art dar und lösen nicht ohne Weiteres Verbindlichkeit aus. Um Geltung zu erlangen, bedürfen sie der vertraglichen Übernahme im konkreten Fall. Es muss Konsens hinsichtlich der Übernahme der AGB bestehen und der Konsument muss dem Einbezug von AGB in den Vertrag ausdrücklich oder konkludent zustimmen.¹⁸

Es kann sich jedoch nicht um Konsens handeln, wenn die AGB erst bei Vertragsabschluss oder bei Erfüllung des Vertrags aufgeführt werden. Dies würde eine Offerte zur Vertragsänderung darstellen, welche explizit von der Gegenseite akzeptiert werden müsste. Bei Stillschweigen kann in diesem Fall nicht von einer Annahme gem. Art. 6 OR ausgegangen werden.¹⁹ Ausserdem muss es dem Kunden in zumutbarer Weise möglich sein, vom genauen Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. So muss beim elektronischen Vertragsabschluss deutlich auf die AGB hingewiesen werden und dem Kunden muss die Möglichkeit offenstehen, diese zu speichern, auszudrucken oder herunterzuladen.²⁰ Überdies haben Individualabreden immer Vorrang vor den AGB.²¹

Im vorliegenden Fall kann nicht von Konsens bzgl. der Übernahme der AGB ausgegangen werden. Die AGB widersprachen komplett dem im Vertrag Vereinbarten. Ausgemacht wurde nämlich das Angebot zu den Euro-Preisen gem. Inserat der FAZ, was vom Beschwerdegegner im Haupttext und in der Betreffzeile der Mail explizit geäussert wurde. Die AGB besagten jedoch, dass für alle in der Schweiz wohnhaften Gäste der Preis gem. der Schweizer Preisliste gelte. Ausserdem diene das Aufführen dieser AGB nicht der Ergänzung oder Spezifizierung des Vertrags, sondern es änderte ihn wesentlich. Der Preis einer Ware oder Dienstleistung ist ein objektiv wesentlicher Vertrags-

¹⁶ Haupttext der Mail ist in Helvetica 12 pt abgefasst, Fussnote in Helvetica 9 pt.

¹⁷ HUGUENIN, Rz. 605.

¹⁸ KOLLER, §23, Rz. 13.

¹⁹ HUGUENIN, Rz. 614f.

²⁰ HUGUENIN, Rz. 617.

²¹ KOLLER, §23, Rz. 53.

punkt, worüber sich die Parteien bei Vertragsabschluss einig sein müssen. Da die Antwortmail des Beschwerdegegners das Akzept darstellte, womit es zum Vertragsschluss kam, wurden die AGB zu spät in den Vertrag eingebracht. Das Einbringen dieser AGB stellte lediglich eine Einladung zur Vertragsänderung dar. Das Stillschweigen der Beschwerdeführerin auf dieses Einbringen war darauf zurück zu führen, dass sie den Passus am Ende der Mail aufgrund der winzigen Schriftgrösse überlesen hatte und kann nicht als Annahme der AGB interpretiert werden.

Ferner verwies der Beschwerdegegner in der Fussnote lediglich auf die Schweizer Preisliste, er stellte sie weder als Anhang zum Herunterladen zur Verfügung noch beschrieb er, wo die AGB zur Einsicht zu finden waren. Der Beschwerdeführerin wurde somit die Einsicht nicht in zumutbarer Weise ermöglicht. Überdies waren der Haupttext und die Betreffzeile der Antwortmail nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, dass ein Vertrag über das Euroangebot zustande kam.²² Der E-Mail-Verkehr der Parteien stellt somit eine Individualabrede dar und verdrängt die AGB.

Der Einbezug der AGB hat nicht zum richtigen Zeitpunkt, nicht unter den richtigen Bedingungen und nicht einvernehmlich stattgefunden. Deshalb erlangen die AGB keine rechtliche Bedeutung im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag und sind in keiner Hinsicht Bestandteil des Vertrags geworden.

2.3 Informationspflicht des Veranstalters vor Vertragsschluss (Art. 4 PRG)

Art. 4 PRG beinhaltet die vorvertragliche Informationspflicht des Veranstalters oder des Vermittlers. Abs. 1 verpflichtet den Veranstalter, dem Konsumenten alle Vertragsbedingungen mitzuteilen, insbesondere die AGB.²³

AGB werden gem. Art. 4 Abs. 1 PRG nur dann Bestandteil des Pauschalreisevertrags, wenn die Mitteilung der AGB vor Vertragsschluss schriftlich erfolgt, was gewöhnlich durch den vollständigen Abdruck im Prospekt geschieht. Bei der Online Reservation muss der Konsument die AGB einsehen oder abspeichern können, damit die Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllt sind. Nur ein Verweis auf die AGB ist ungenügend; auch genügt die blosser Möglichkeit zur Kenntnisnahme nicht.²⁴ Der Abdruck der AGB in der Reisebestätigung entfaltet keine Wirkung.²⁵ Stillschweigen des Konsumenten (vgl. Art. 6 OR) oder die Bezahlung der Reise bedeutet keine Annahme der AGB. AGB sind dem Konsumenten immer vor Vertragsabschluss zuzustellen, ansonsten werden sie nicht zum Vertragsinhalt.²⁶

I.c. wurden die AGB der Beschwerdeführerin nicht vor Vertragsschluss schriftlich oder in anderer Form mitgeteilt. Die Beschwerdeführerin wurde erst bei Vertragsschluss auf die AGB hingewiesen. Sie wurden ihr jedoch auch zu diesem Zeitpunkt, wie bereits in Ziff. 2.2 erläutert, nicht in adäquater Form zur Verfügung gestellt. Adäquat wäre das Mitsenden der AGB als Anhang in der E-Mail

²² oben, Ziff. 2.1.

²³ HK/ZEITER, Art. 5 PRG, Rz. 3.

²⁴ HANGARTNER, S. 44.

²⁵ BSK/ROBERTO, Art. 4 PRG, Rz. 2; HK/ZEITER, Art. 4 PRG, Rz. 3.

²⁶ HUGUENIN, Rz. 3639.

oder als Link zur Website, so dass es möglich gewesen wäre, die AGB, also die reguläre Schweizer Preisliste, einzusehen, runterzuladen, abzuspeichern oder auszudrucken.

Art. 3 PRG ist kongruent mit den Bestimmungen des OR und kommt zum selben Ergebnis. Der Beschwerdegegner hat seine vorvertragliche Informationspflicht gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 PRG verletzt und die AGB erlangen keinen Einbezug im Pauschalreisevertrag.

2.4 Der Prospekt (Art. 3 PRG)

Ein Prospekt i.S.v. Art. 3 PRG kann ein Inserat, Katalog, Website usw. sein.²⁷ Es handelt sich um eine schriftliche Mitteilung an einen unbestimmten Adressatenkreis oder an ausgewählte Personen. Die Angaben, die der Veranstalter im Prospekt macht, werden für ihn verbindlich und sind als Zusicherung zu verstehen, sofern ein Vertrag zustande kommt.²⁸ Die Änderung des Prospektinhalts ist durch spätere Parteivereinbarung (lit. a) oder durch klare Mitteilung vor Vertragsschluss, wenn der Prospekt einen Änderungsvorbehalt enthält (lit. b), möglich.

Das Inserat des Beschwerdegegners in der FAZ ist ein Prospekt i.S.v. Art 3 PRG, da es sich um eine schriftliche Mitteilung (die Form kann ein Inserat sein) an einen unbestimmten Adressatenkreis handelt. Im Inserat war kein expliziter Änderungsvorbehalt enthalten, die Adressierung „für unsere Gäste aus Deutschland“ konnte jedoch als indirekter Vorbehalt verstanden werden.

Die Fussnote mochte nicht als klare Mitteilung vor Vertragsschluss überzeugen, die notwendig gewesen wäre, um den Vorbehalt „für Gäste aus Deutschland“ umzusetzen. Dies, einerseits weil die Mitteilung gleichzeitig mit der Annahme des Antrags erfolgte, und nicht vor Vertragsschluss, andererseits wurde die Mitteilung am Ende des Akzepts in bedeutend kleinerer Schriftgrösse angefügt, nachdem der Antrag bereits angenommen wurde. Die Art, wie die Mitteilung zur Inanspruchnahme des Vorbehalts gemacht wurde, war also nicht so klar, wie von Art. 3 lit. b PRG gefordert.

Auch ist keine einvernehmliche Vereinbarung zur Änderung der angegebenen Konditionen ersichtlich. Da weder eine Parteivereinbarung noch eine klare Mitteilung zur Verwendung des Änderungsvorbehalts vorlag, wurden alle Leistungen zum Preis des Euro-Angebots für den Beschwerdegegner verbindlich.

3. Rückforderungsanspruch – Die Stellvertretung (Art. 32 ff. OR)

Der vertragliche Rückforderungsanspruch, der auf der Vereinbarung zwischen Th. Samaritain und der Beschwerdeführerin beruht, scheidet nach Ansicht der Vorinstanz am Stellvertretungsrecht. Die Vorinstanz lehnte das Vorliegen einer stillschweigenden Bevollmächtigung des Sohnes des Beschwerdegegners ab. Im Nachführenden wird die gegenteilige Ansicht substantiiert.

Der Preis für die gesamte Reise belief sich auf EUR 8'569.37. Die zusätzlich per EC-Karte überwiesenen CHF 1'285.40 (Differenzbetrag zum CHF-Preis) sind also nicht Bestandteil der vertraglichen Schuld der Beschwerdeführerin, womit ihr betreffend diese Differenzzahlung ein Anspruch

²⁷ FRANK, Art. 3 PRG, Rz. 12.

²⁸ BSK/ROBERTO, Art. 3 PRG, Rz. 2; HK/ZEITER, Art. 3 PRG, Rz. 4.

auf Rückerstattung zusteht. Die Beschwerdeführerin hat einerseits einen vertraglichen Rückforderungsanspruch aufgrund der schriftlichen Vereinbarung mit dem Sohn des Beschwerdegegners Th. Samaritain und eventualiter einen ausservertraglichen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR).

3.1 Vorliegen einer stillschweigenden Vollmacht

Der Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und dem Sohn des Beschwerdegegners verpflichtete den Beschwerdegegner, womit sich zuerst die Frage stellt, ob eine rechtsgültige Vertretung des Beschwerdegegners durch seinen Sohn vorlag.

Auch wenn keine ausdrückliche Bevollmächtigung zum Abschluss von Verträgen vorliegt, kann von einer konkludenten bzw. stillschweigenden Vollmacht ausgegangen werden. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Lehre der Willenserklärungen.²⁹ Die Ausprägungen des Vertrauensprinzips bei Willenserklärungen führen dazu, dass ein bestimmtes Verhalten unter Umständen als Bevollmächtigung beurteilt wird, unbeachtlich ob ein tatsächlicher Bevollmächtigungswille des Vollmachtgebers vorhanden war. Entscheidend ist lediglich, wie der Vertreter, Th. Samaritain, das Verhalten des Vertretenen nach Treu und Glaube verstehen durfte.³⁰ Ein besonderer Umstand, der die Bevollmächtigung begünstigen kann, ist das Vorliegen eines Verwandtschaftsverhältnisses.³¹

Obwohl nach Ansicht des Beschwerdegegners, sein Sohn keine Bevollmächtigung zum Abschluss von Verträgen hatte, übergab er diesem das Hotel in alleinige Obhut. Th. Samaritain erfüllte wichtige vertragliche Leistungen gegenüber den Gästen, wie das Abwickeln des Check-Out, was auch die Begleichung der Rechnung für die gesamte Reise beinhaltete. Ausserdem war er zuständig für den Transport des Gepäcks der Gäste. Da der Beschwerdegegner abwesend war, war er zu selbständigem Handeln verpflichtet, was mit grosser Verantwortung verbunden war.

Da Th. Samaritain für die Begleichung der Schlussrechnung zuständig war, war es auch seine Pflicht, dabei entstehende Probleme sofort und selbständig zu lösen, was sicherlich auch im Interesse des Beschwerdegegners lag. Da der Beschwerdegegner nicht anwesend war, musste Th. Samaritain eine Kompromisslösung mit der Beschwerdeführerin vereinbaren. Andernfalls hätte sie nicht abreisen können. Dies nötigte ihn gewissermassen zur Handlung. Durch die alleinige Verantwortung über den Check-Out musste Th. Samaritain nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass er über die Vollmacht zum Abschluss solcher Verträge verfügte.

I.c. muss von einer stillschweigenden Bevollmächtigung ausgegangen werden, auch wenn nach Ansicht des Beschwerdegegners kein faktischer Bevollmächtigungswille auf Seiten des Vertretenen gegeben war. Da eine stillschweigende Vollmacht vorlag, ist eine gültige Stellvertretung des Beschwerdegegners durch seinen Sohn zustande gekommen. Der schriftliche Vertrag, den Th. Samaritain mit der Beschwerdeführerin abschloss, wurde somit bindend für den Beschwerdegegner.

²⁹ BK/ZÄCH, Art. 33, Rz. 36.

³⁰ BK/ZÄCH, Art. 33, Rz. 43f.

³¹ V. TUHR/PETER, §42, S. 356, Fn. 13a; Kantonsgericht St. Gallen in SJZ 32, 1935/36, S. 168, Nr. 121.

3.2 Schutz des gutgläubigen Dritten

Wird eine stillschweigende Vollmacht vom höchsten Gericht abgelehnt, greift Art. 33 Abs. 3 OR. Hat der Vertretene einem Dritten eine Vollmacht, die nicht besteht, kundgegeben, kann der Vollmachtsmangel diesem nicht entgegengehalten werden. Die Kundgebung kann konkludent geschehen,³² was i.c. durch die Überlassung des Check-Out gegeben ist. Die Beschwerdeführerin ist folglich in ihrem guten Glauben zu schützen und die Vertretungswirkung tritt auch ohne Genehmigung des Vertreters ein.³³

3.3 Vertraglicher Erfüllungsanspruch

Gemäss Vereinbarung wurde der Beschwerdegegner zur Rückzahlung der CHF 1'285.40 verpflichtet, falls der Vertrag über das Euro-Angebot zustande gekommen war. Dies ist i.c. gegeben, womit die Forderung gegen den Beschwerdegegner besteht. Es handelt sich um einen einseitigen Vertrag³⁴, da die Beschwerdeführerin keine Leistung zu erbringen hatte. Bis anhin ist der Beschwerdegegner seiner vertraglichen Leistung nicht nachgekommen.

Aufgrund von Art. 107 Abs. 2 OR hat die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Erfüllung des Vertrags. Diese Bestimmung ist auf vollkommene zweiseitige Verträge anwendbar, kann jedoch auf einseitige Verträgen analog angewendet werden.³⁵ Eine Nachfristansetzung gem. Art. 107 Abs. 1 OR ist in i.c. entbehrlich. Aus dem Verhalten des Beschwerdegegners wurde ersichtlich, dass er die vertragliche Leistung nicht zu zahlen bereit ist, womit Art. 108 Ziff. 1 OR zum Zug kommt, da es sich um eine klassische Leistungsverweigerung mit der Behauptung, der Vertrag sei unwirksam handelt.³⁶ Der Beschwerdeführerin stehen aus Art. 107 Abs. 2 OR mehrere Möglichkeiten offen, wie mit dem Vertrag weiter umzugehen. Die plausible Möglichkeit ist in i.c. das Festhalten an der Erfüllung (bei gleichzeitigem Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens, Art. 107 Abs. 2).³⁷

Der Beschwerdegegner befindet sich aufgrund seiner Nichtleistung im Schuldnerverzug. Damit Schuldnerverzug gegeben ist, müssen kumulativ die Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit, die Fälligkeit der Forderung, Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) und kein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners vorliegen.³⁸ Die erste Voraussetzung ist unbestritten gegeben. Bzgl. der Fälligkeit greift Art. 75 OR, wonach sofort zu leisten ist. Mit Schreiben vom 7. September 2011 mahnte die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner erfolglos zur unverzüglichen Rückzahlung. Weder das Leistungsverweigerungsrecht aus Art. 82 noch aus Art. 83 OR ist vorliegend gegeben. Alle Voraussetzungen sind somit kumulativ erfüllt und die Beschwerdeführerin hat aufgrund von Art. 107 Abs. 2 OR Anspruch auf Erfüllung des Vertrags, folglich auf die Rückzahlung der CHF 1'285.40 zzgl. Zins seit Entstehung des Anspruchs am 14. August 2011.

³² KOLLER (Habil.), Rz. 240 ff.

³³ CHK/KUT A., Art. 33, Rz. 34.

³⁴ HUGUENIN, Rz. 53.

³⁵ KUKO-OR/THIER, Art. 107, Rz. 2.

³⁶ KUKO-OR/THIER, Art. 108, Rz. 2.

³⁷ KUKO-OR/THIER, Art. 107, Rz. 6.

³⁸ HUGUENIN, Rz. 912.

4. Ausservertraglicher Rückforderungsanspruch (Art. 62 ff. OR)

Falls der vertragliche Anspruch aufgrund des Stellvertretungsrechts nicht zustande kommt, so besteht eventualiter ein Rückforderungsanspruch aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung gem. Art. 62 OR. Die Entstehung einer Bereicherungsforderung (Kondiktion³⁹) setzt die Bereicherung des präsumtiven Bereicherungsschuldners voraus. Diese muss ungerechtfertigt sein und aus dem Vermögen des präsumtiven Bereicherungsgläubiger stammen. Zuletzt dürfen keine Konditionssperren existieren, d.h. die Bereicherung darf nicht aus besonderem Grund ausgeschlossen sein (Art. 63 Abs. 1 OR, Art. 66 OR). Das Bundesgericht fordert das Bestehen eines wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Entstehung und Bereicherung.⁴⁰

Der Beschwerdegegner wurde durch die zusätzliche Bezahlung einer vertraglichen Nichtschuld in seinem Vermögen um CHF 1'285.40 bereichert. Da der Vertrag über das Euro-Angebot zustande gekommen ist, bestand kein Rechtsgrund (*condictio sine causa*⁴¹) für die zusätzliche Überweisung. Die Beschwerdeführerin wurde durch die Überweisung entreichert. Da die Entreichung und Bereicherung beide auf die Überweisung zurück zu führen sind, besteht der wirtschaftliche Zusammenhang unbestrittenermassen.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kommt die in Art. 63 Abs. 1 genannte Konditionssperre nicht zur Anwendung. Art. 63 Abs. 1 OR lässt eine Rückzahlung nur zu, wenn nachgewiesen wird, dass die Leistung im Irrtum über die Schuldpflicht und freiwillig erfolgte. Anders verhält es sich jedoch bei unfreiwilligen Leistungen, wobei der Irrtumsnachweis entfällt. Eine Leistung erfolgt unfreiwillig, wenn sich der Entreicherte in einer Zwangslage befindet, die unter anderem vorliegt, wenn der Leistende unzumutbare Nachteile in Kauf nehmen muss, die er nicht anders als durch die Leistung abwenden kann.⁴²

Die Beschwerdeführerin befand sich nicht im Irrtum über ihre Pflicht zur Leistung, musste die Schlussrechnung jedoch aus einer Zwangslage heraus begleichen. Da der Beschwerdegegner abwesend war, war es ihr nicht möglich, das Problem mit ihm zu beheben. Th. Samaritain verlangte die Zahlung des Differenzbetrags zum Franken-Angebot. Die Beschwerdeführerin war zur Kooperation gezwungen, ansonsten sie und ihre Familie das Hotel nicht hätten verlassen können. Die Rückkehr des Beschwerdegegners ins Hotel war nicht absehbar und es war unzumutbar, dessen Rückkehr eine ungewiss lange Zeit abzuwarten. Schliesslich sicherte sich die Beschwerdeführerin durch die Vereinbarung ab, die Zahlung zurück zu erhalten. Sie schloss diese Vereinbarung im Glauben, dass es sich bei der Schlussrechnung lediglich um ein Missverständnis handle, welches der Beschwerdegegner schnellstmöglich beheben würde und ihr die getätigte Zahlung zurücküberweisen würde.

³⁹ HUGUENIN, Rz. 1768.

⁴⁰ BGE 129 III 646 S. 651, E. 4.2.

⁴¹ KOLLER, §30, Rz. 20.

⁴² BGE 123 III 101 S. 107- 108, E. 3a und 3b.

Die Situation stellte somit eine Zwangslage dar und die Überweisung der CHF 1'285.40 erfolgte unfreiwillig. Art. 63 Abs. 1 OR findet deshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Anwendung und der Beschwerdegegner ist der Beschwerdeführerin zur Rückzahlung aufgrund von Art. 62 OR verpflichtet.

5. Der Schadenersatzanspruch

Als Anspruchsgrundlage für den Schadenersatz des verlorenen Geigenkastens sind die Art. 14f. PRG, Art. 97 i.V.m Art 101 OR und Art. 41 i.V.m Art. 55 OR massgebend. Im Nachfolgenden werden ihre Tatbestandsmerkmale jeweils substantiiert und dargelegt, wieso die Vorschriften entgegen der Auffassung der Vorinstanz Anwendung finden. „Die Vorschriften der Art. 14-16 PRG sind *leges speciales* im Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen der Art. 97 und 101 OR und gehen diesen somit vor.“⁴³ Erfüllt die Handlung des Veranstalters zusätzlich noch die Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung nach den Bestimmungen von 41ff. OR, besteht zwischen diesen Bestimmungen Anspruchskonkurrenz.⁴⁴

5.1 Spezialgesetzliche Haftung nach Art. 14 PRG

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegnern ein Pauschalreisevertrag zustande gekommen,⁴⁵ womit die Haftungsnormen des PRG Anwendung finden. Gemäss Art. 14 PRG haftet der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, dem Konsumenten für die gehörige Vertragserfüllung unabhängig davon, ob er selbst oder andere Dienstleistungsträger die vertraglichen Leistungen zu erbringen haben. Die nicht gehörige Leistungserbringung stellt eine Vertragsverletzung im Sinne dieser Bestimmung dar.⁴⁶ Als Dienstleistungsträger gelten Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 OR.⁴⁷ Die Haftung nach Art. 14 PRG ist als einfache Kausalhaftung ausgestaltet, wobei dem Veranstalter die Entlastungsgründe im Rahmen von Art. 15 PRG offenstehen.⁴⁸

5.1.1 Schaden

Da das Pauschalreisegesetz keine Definition des Schadens kennt, ist auf den klassischen Schadensbegriff als „unfreiwillige Vermögensverminderung“ abzustellen.⁴⁹ Darunter versteht sich die Verminderung der Aktiven, die Vermehrung der Passiven oder ein entgangener Gewinn. Der Schaden „entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.“⁵⁰ In diesem Fall ist diese im Verlust des Geigenkastens im Wert von CHF 400, Geigenbogen im Wert von CHF 1'500, sowie der Geige mit Wie-

⁴³ STAUDER, S. 354.

⁴⁴ STAUDER, S. 355.

⁴⁵ oben, Ziff. 1.2.

⁴⁶ MARTINELLI (Diss.), S. 80.

⁴⁷ BSK/ROBERTO, Art. 14/15 PRG, Rz. 7.

⁴⁸ BGE 130 III 182 S. 185, E. 4; HK/ZEITER, Art. 15 PRG, Rz. 1.

⁴⁹ HK/ZEITER, Art. 14 PRG, Rz. 2 mwN.

⁵⁰ Urteil BGer 4A_91/2014 vom 11. Juli 2014, E. 6.3.2.

derverkaufswert von CHF 27'600 zu sehen, woraus sich eine kumulierte Vermögenseinbusse in der Höhe von CHF 29'500 beziffern lässt.

5.1.2 Kausalität

Zwischen dem eingetretenen Schaden und der Schadensursache/der schädigenden Handlung der Hilfsperson, bzw. der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung müssen der natürliche sowie der adäquate Kausalzusammenhang bestehen.⁵¹ Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn das Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass der besagte Erfolg entfallen würde („*conditio sine qua non*“).⁵² I.c. ist die unachtsame Schliessung von Th. Samaritain beim im Preis inbegriffenen Transport als natürlich ursächlich für den Verlust des Geigenkoffers zu betrachten; hätte er den Kofferraum sorgsam geschlossen, hätte sich die Tür des Kofferraums nicht geöffnet, wodurch der Verlust des Geigenkastens nicht eingetreten wäre. Das unsorgfältige Schliessen der Kofferraumtür stellt im Ergebnis *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden dar.

Besagtes Verhalten muss zudem adäquat kausal für den eingetretenen Schaden sein, das heisst, „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.⁵³ Die Nachlässigkeit von Th. Samaritain ist nach der Adäquanz dazu geeignet, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Dies insofern, als dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung damit gerechnet werden muss, dass durch unsorgfältiges Schliessen einer Kofferraumtür sich diese während der Fahrt öffnen und somit der Verlust von darin enthaltenen Gepäckstücken eintreten kann.

5.1.3 Vertragsverletzung

Der Veranstalter haftet für Schäden, die als Folge irgendeiner Vertragsverletzung resultieren, wobei unbeachtlich ist, ob betreffende Verletzung eine Haupt- oder Nebenpflicht tangiert.⁵⁴ Das gebuchte Angebot inkludiert unter anderem auch den Transport vom bzw. zum Bahnhof bei der An- und Abreise inklusive Gepäck der Gäste. Der Transport des Gepäcks zum Bahnhof stellt daher eine vertragliche Nebenpflicht, im Sinne der Pflicht, die für die gehörige Erfüllung der Hauptpflicht notwendig ist,⁵⁵ dar. Bei der Erfüllung dieser Nebenpflicht ging ein Gepäckstück verloren, folglich wurde die Leistung nicht gehörig erbracht, was eine qualifizierende Pflichtverletzung darstellt. Unbeachtlich ist gemäss Art. 14 PRG, dass nicht der Beschwerdegegner selbst, sondern Th. Samaritain den Transport des Gepäcks übernahm.

5.1.4 Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR

Der Schaden muss durch das Verhalten der Hilfsperson, nachfolgend Erfüllungsgehilfe, (oder des Gläubigers selbst) entstanden sein - ein Subordinationsverhältnis i.S.v. Art. 55 OR ist nicht gefor-

⁵¹ KOLLER (Diss.), Rz. 117; BSK/WIEGAND, Art. 97, Rz. 41.

⁵² Urteil BGer 4A_51/2012 vom 21. Mai 2012, E. 2.2.

⁵³ Urteil BGer 4C.222/2004 vom 14. September 2004, E. 3.

⁵⁴ STAUDER, S. 356.

⁵⁵ Vgl. HUGUENIN, Rz. 3634.

dert⁵⁶ - daher durch eine Person, die mit Wissen und Wollen des Schuldners bei der Erfüllung einer Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger (...) tätig wird“; ⁵⁷ Wesensmerkmal ist somit „der absichtliche und gewollte Beizug zur Erfüllung einer Schuldpflicht.“⁵⁸ Zudem müssen dem Gehilfen diejenigen Erfüllungshandlungen übertragen werden, die dem Schuldner selbst obliegen.⁵⁹ I.c. ergeht aus der Sachverhaltsfeststellung unbestrittenermassen, dass Th. Samaritain die Schuldpflicht des Beschwerdegegners übernahm. Der Transport des Gepäcks stellte schliesslich Teil des Angebots dar und oblag somit dem Beschwerdegegner, der absichtlich und willentlich seinen Sohn zur Erfüllung der Vertragspflicht beizog. Th. Samaritain ist Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR.

5.1.5 In Ausübung ihrer Verrichtung

Die Hilfsperson muss den Schaden in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht haben. Ein bloss zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen der Verrichtung des Erfüllungsgehilfen und dem verursachten Schaden reicht nicht aus.⁶⁰ Es bedarf zusätzlich eines funktionellen Zusammenhangs zwischen der Handlung und der Schädigung.⁶¹ Zudem muss „die schädigende Handlung zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellen.“⁶² Der geforderte Zusammenhang liegt bei unrichtiger Vornahme der dem Erfüllungsgehilfen übertragenen Aufgabe vor.⁶³

Die übertragene Erfüllungshandlung umfasste im konkreten Fall das Verladen des Gepäcks und dessen sicheren Transport. Diese übertragene Aufgabe wurde zweifelsohne nicht richtig vorgenommen, denn die richtige Schliessung der Kofferraumtür hätte einen sicheren Transport des Gepäcks gewährleistet, womit zeitlicher, sachlicher und funktionaler Zusammenhang als gegeben zu erachten sind. Durch die schädigende Handlung verletzte Th. Samaritain zudem eine ihm obliegende Sorgfaltspflicht, wodurch auch die geforderte Schlechterfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Beschwerdegegners vorlag. Diese Haftungsvoraussetzung muss als erfüllt erachtet werden. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 14 PRG sind somit allesamt erfüllt. Es gilt nun vorzuschicken, warum die Ausnahme von Art. 15 PRG nicht greifen kann.

5.1.6 Keine Entlastungsmöglichkeit nach Art. 15 PRG

Art. 15 Abs. 1 lit. a befreit den Veranstalter von der Haftung, wenn die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages auf Versäumnisse des Konsumenten zurückzuführen sind. Diese Entlastungsgründe sind als abschliessend aufgezählt zu erachten.⁶⁴ Im Entscheid BGE 130 III 182 erachtete das Bundesgericht im Hinblick auf Art. 14 PRG die Tatsache, dass die Klägerin

⁵⁶ KUKO-OR/THIER, Art. 101 Rz. 3.

⁵⁷ KUKO-OR/THIER, Art. 101 Rz. 3.

⁵⁸ KOLLER (Diss.), Rz. 130.

⁵⁹ KOLLER, §54, Rz. 95.

⁶⁰ BGE 92 II 15 S. 18, E. 3.

⁶¹ Urteil BGer 4A_58/2010 vom 22. April 2010, E. 3.2 („il doit exister une relation directe et fonctionnelle entre l'activité confiée à l'auxiliaire et le dommage que celui-ci cause au créancier“).

⁶² BGE 92 II 15 S. 18, E. 3.

⁶³ KOLLER (Diss.), Rz. 277.

⁶⁴ STAUDER, S. 354.

den Beschwerdegegner nicht auf den im Hinblick auf das Vertragsverhältnis ausserordentlich hohen Wert (CHF 153'190.15) des Gepäckstücks aufmerksam machte, als Versäumnis i.S.v. Art. 15 Abs. 1 lit. a PRG, welches eine Haftungsminde rung nach Art. 44 OR begründete.⁶⁵ Ob das Ver säumnis im konkreten Fall schwer genug wog, um die Kausalität zu durchbrechen, wurde stark bezweifelt, jedoch "mangels Entscheiderheblichkeit" nicht abschliessend beantwortet.⁶⁶

Anders als im zitierten Entscheid liegt i.c. kein Versäumnis im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. a PRG vor, da sich der Sachverhalt offenkundig von demjenigen, der dem Urteil zugrunde lag, unterscheidet. Im besagten Entscheid stand der Wert des Koffers in keinem normalen Verhältnis zum Wert der gebuchten Reise, wodurch aus dem Rechtsverhältnis selbst nicht auf kostspielige Gepäckstücke geschlossen werden konnte. Im konkreten Fall beliefen sich die Kosten für eine Übernachtung auf EUR 999 pro Nacht; das Hotel ist mithin im oberen Preissegment einzuordnen. Infolgedessen mussten der Beschwerdegegner und Th. Samaritain aufgrund des Rechtsverhältnisses damit rechnen, dass sehr wohlhabende Gäste, die ausserordentlich teures Gepäck bei sich tragen, im Hotel logieren. Dem Gepäck kann in Relation zum Vertragsverhältnis somit kein ausserordentlich hoher Wert zugesprochen werden. Das Hotel geniesst zudem einen hohen Bekanntheitsgrad für seine Musikabende und ist somit Anlaufpunkt für Laienmusiker. Mit Musikinstrumenten unter dem Gepäck, die generell als teuer zu erachten sind, musste in jedem Fall gerechnet werden.

Des Weiteren wurde die Position des Veranstalters im betreffenden Bundesgerichtsentscheid dadurch bestärkt, dass es dem Gepäck nicht anzusehen war, dass es einen derart hohen Wert aufwies.⁶⁷ I.c. war es dem besagten Gepäckstück mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzusehen, dass es sich um einen Geigenkasten handelte, da dessen Form sich deutlich von normalen Koffern und Reisetaschen unterscheidet, wodurch dem Koffer beim Transport besondere Sicherungsmassnahmen hätten gewährt werden müssen. Aus den genannten Gründen war die Beschwerdeführerin auch nicht dazu verpflichtet, Th. Samaritain auf den hohen Wert des Geigenkoffers aufmerksam zu machen, womit ihr Verhalten auch kein Versäumnis i.S.v. Art. 15 Abs. 1 lit. a PRG darstellte, infolgedessen ein Haftungsausschluss nicht angenommen werden kann. Der Schaden des verlorenen Geigenkastens in der Höhe von CHF 29'500 ist vom Beschwerdegegnern vollumfänglich zu tragen.

5.1.7 Keine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs

Wird vom höchsten Gericht dennoch ein Versäumnis i.S.v. Art. 15 Abs. 1 lit. a PRG angenommen, scheidet ein Haftungsausschluss an der Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs, da lediglich schweres Selbstverschulden zur Unterbrechung führt. Der Massstab ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sehr streng und das Selbstverschulden muss „derart ausserhalb des

⁶⁵ BGE 130 III 182 S. 186 E. 5.3; E. 5.5.1.

⁶⁶ BGE 130 III 182 S. 187, E. 5.4.

⁶⁷ BGE 130 III 182 S. 187, E. 5.3.

normalen Geschehens liegen, derart unsinnig sein, dass damit nicht zu rechnen war.“⁶⁸ Das konkrete Versäumnis genügt diesen Anforderungen keinesfalls. Dabei ist auf den bereits genannten Entscheid des Bundesgerichts zu verweisen, in welchem es das Gericht als "fraglich" befand, ob die Unterlassung der Informationspflicht als einzige rechtserhebliche Ursache für den Schadenseintritt erachtet werden konnte.⁶⁹ Der Schadenseintritt ist immer noch zu einem erheblichen Teil auf Th. Samaritains Fehlverhalten zurückzuführen. Ebenfalls hätte es Th. Samaritain auch ohne die Information über den ausserordentlichen Wert des Koffers möglich sein müssen, das Gepäck unversehrt zum Bahnhof zu transportieren. Des Weiteren hätte aufgrund der Rechtsbeziehung sowie der äusseren Erscheinungsform auf den hohen Wert des Gepäckstückes geschlossen werden können. Dadurch erscheint das Versäumnis der Beschwerdeführerin in dessen Wirkungsgrad derart unerheblich, dass es den Kausalzusammenhang nicht aufzuheben vermag, womit die Haftung des Beschwerdegegners immer noch begründet ist.

Würde das Versäumnis als Haftungsreduktionsgrund i.S.v. Art. 44 OR herangezogen werden, könnte der Wert des Geigenkoffers nicht auf den „normalen“ Wert eines gewöhnlichen Geigenkoffers herabgesetzt werden, da gerade die hohe Preisklasse, in der sich die Geige bewegte, den normalen Wert eines Musikinstrumentes widerspiegelt. Eine Herabsetzung auf einen geringeren Wert wäre unzumutbar. Zudem wurde im erwähnten Urteil die Schadenersatzpflicht herabgesetzt, „um dem Gedanken Rechnung zu tragen, dass der Beschwerdegegner nach Treu und Glauben nicht zu erwarten hatte, im Rahmen der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen Gepäckstücke von höherem Wert transportieren und dafür das Verlustrisiko übernehmen zu müssen.“⁷⁰ Diese Begründung für die Haftungsminde rung kann im vorliegenden Fall nicht ins Feld geführt werden, da Th. Samaritain nach Vertrauens Gesichtspunkten erwarten musste, teures Gepäck zu transportieren. Eine Haftungsminde rung nach Art. 44 OR kommt demgemäss nicht in Frage.

5.2 Haftung nach Art 97 i.V.m. Art 101 OR

Gemäss Art. 97 i.V.m. Art. 101 OR haftet der Schuldner, der für die Erfüllung seiner Schuldpflicht eine Hilfsperson beizieht, für dessen Verhalten,⁷¹ soweit eine sachliche Beziehung mit der Erfüllung des in Frage stehenden Vertrages besteht.⁷² Für die Tatbestandselemente des Schadens, der Kausalität, der Vertragsverletzung sowie der Hilfsperson und des funktionellen Zusammenhangs i.S.v. Art. 101 OR ist auf die Ausführungen zur Haftung gemäss Art. 14 PRG abzustellen.⁷³

Um die Haftung zu bejahen, muss zusätzlich „die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen sein, als hätte er sie selbst vorgenommen.“⁷⁴ Die Haftung besteht, sofern der Schuldner

⁶⁸ BGE 116 II 519 S. 524, E. 4b.

⁶⁹ BGE 130 III 182 S. 188, E. 5.4.

⁷⁰ BGE 130 III 182 S. 192, E. 5.5.2.

⁷¹ HUGUENIN, Rz. 993.

⁷² BGE 92 II 15 S.18, E. 3.

⁷³ oben, Ziff. 5.1.1. ff.

⁷⁴ BSK/WIEGAND, Art. 101, Rz. 13.

nicht zu beweisen vermag, „dass die Hilfsperson alle Sorgfalt angewendet hat, die nach dem Schuldverhältnis vom Schuldner selbst zu erwarten gewesen wäre.“⁷⁵

Die für die Erfüllung notwendige Sorgfalt, welche auch vom Beschwerdegegner selbst zu erwarten gewesen wäre, wurde i.c. nicht aufgewendet. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Gründe, die nicht dem Einflussbereich von Th. Samaritain zuzurechnen sind und eine Erfüllung der vertraglichen Pflicht, trotz Aufwendung der notwendigen Sorgfalt, vereitelt hätten. Die übertragene Aufgabe hätte pflichtgemäss ohne Schadenseintritt erfüllt werden können, wodurch ein Verschulden vorliegt;⁷⁶ der unvorsichtige Umgang mit dem Gepäck ist ihm vorzuwerfen und somit auch dem Beschwerdegegner, als hätte er den Transport des Gepäcks selbst durchgeführt.

Der Tatbestand von Art. 97 OR i.V.m Art. 101 OR ist im Ergebnis erfüllt. Ein Wegbedingung der Haftung nach Art. 101 Abs. 2 OR ergeht weder aus der Buchungsbestätigung noch dem Angebot, das in der FAZ abgedruckt war. Somit haftet der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin entgegen der Auffassung der Vorinstanz für den verlorenen Geigenkasten.

5.3 Ausservertragliche Haftung nach Art. 41 i.V.m. Art. 55 OR

Für Schaden und Kausalität wird auf die vorgängigen Ausführungen verwiesen.⁷⁷ Zusätzlich muss das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit erfüllt sein. „Widerrechtlich ist eine Schadenszufügung dann, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (Verhaltensunrecht).“⁷⁸ Der Geigenkasten war Eigentum der Beschwerdeführerin, das als absolutes Recht eine erga omnes Wirkung entfaltet.⁷⁹ Es liegt i.c. ein Erfolgsunrecht vor. Ein Verschulden i.S.v. Art. 41 OR ist nicht erforderlich, da es sich bei der Geschäftsherrenhaftung um eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung handelt.⁸⁰

Gemäss den zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung verursacht haben. Zur Schädigung in Ausübung der geschäftlichen Verrichtung wird auf die Ausführungen zu Art. 14f. PRG verwiesen.⁸¹

5.3.1 Unterordnungsverhältnis

Die Hilfsperson muss der Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Geschäftsherrn in Form eines Subordinationsverhältnis unterstellt sein.⁸² Nicht massgebend ist die Rechtsnatur der Beziehung, sondern die Befugnis, die Hilfsperson zu beaufsichtigen und ihr Weisungen zu erteilen.⁸³ Das Ver-

⁷⁵ BSK/WIEGAND, Art. 101, Rz. 15.

⁷⁶ HUGUENIN, Rz. 892.

⁷⁷ oben Ziff. 5.1.1 f.

⁷⁸ Urteil BGer 4A_104/2012 vom 3. August 2012, E. 2.1.

⁷⁹ HUGUENIN, Rz. 1944ff.

⁸⁰ CHK/MÜLLER CH., Art. 41, Rz. 16.

⁸¹ oben, Ziff. 5.1.5.

⁸² SCHWENZER, Rz. 23.15.

⁸³ CHK/MÜLLER CH., Art. 55 Rz. 7.

hältnis kann auch auf einem familienrechtlichen Verhältnis beruhen.⁸⁴ I.c. ist dieses Unterordnungsverhältnis zu bejahen, da der Beschwerdegegner berechtigt und zuständig dafür war, seinen Sohn zu beaufsichtigen und ihm Weisungen zu erteilen.

5.3.2 Misslingen des Befreiungsbeweises

Der Geschäftsherr kann sich durch den Befreiungsbeweis von Art. 55 OR von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er „alle nach objektiven Kriterien und den konkreten Umständen zur Vermeidung eines Schadens notwendigen Vorkehrungen getroffen hat.“⁸⁵ An den Beweis sind hohe Anforderungen zu stellen.⁸⁶ Diese Sorgfaltspflicht besteht kumulativ aus der Auswahl, der Instruktion, der Überwachung der Hilfsperson, der zweckmässigen Organisation des Betriebs und der Zurverfügungstellung von geeignetem Material/Werkzeug. Überdies darf die Hilfsperson nicht überanstrengt werden, oder zu Arbeiten angehalten werden, denen sie nicht gewachsen ist (...).⁸⁷ Der Geschäftsherr hat grundsätzlich alles zu vermeiden, was zu Schädigungen von Drittpersonen führen kann.⁸⁸

I.c. Hätte eine genügende Überwachung der Hilfsperson den Schaden abwenden können. Dies wurde jedoch unterlassen und es sind auch keine weiteren Sicherungsmassnahmen ersichtlich, die für die Vermeidung des Schadens getroffen wurden. Eine Hilfsperson kann nicht jederzeit überwacht werden, bei einer wichtigen Aufgabe, wie des Transports von Gepäck, dem ein Schädigungspotential inhärent ist, erscheint eine Überwachung jedoch als selbstverständlich. Die ausbleibende Überwachung hätte durch eine letzte Kontrolle oder durch die Installation von Sicherungsmechanismen am Auto korrigiert werden können. Auch hat der Beschwerdegegner bei der Auswahl der Hilfsperson nicht die genügende Sorgfalt aufgewandt. „Je anspruchsvoller und/oder gefährlich eine Tätigkeit ist, desto gewissenhafter ist darauf zu achten, dass die Hilfsperson ihr gewachsen ist.“⁸⁹ Th. Samaritain half ab und zu aus familiären Gründen aus und war der Arbeit offensichtlich nicht gewachsen. Es hätte eine besonders dafür ausgebildete Person als Hilfsperson beigezogen werden müssen.

Eine weitere Entlastungsmöglichkeit bietet die Einrede des rechtmässigen Alternativverhaltens, indem bewiesen wird, dass der Schaden auch bei Anwendung der oben dargelegten Sorgfalt eingetreten wäre.⁹⁰ Diese Einrede greift hier nicht, denn die genannten Sicherungsmassnahmen hätten den Schadenseintritt mit Sicherheit verhindern können. Der Befreiungsbeweis scheitert; eine Haftung gemäss Art. 41 i.V.m. Art. 55 OR ist wiederum entgegen der Auffassung der Vorinstanz gegeben und der Beschwerdegegner haftet der Beschwerdeführerin für den verlorenen Geigenkasten.

Wir ersuchen höflich, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen. Freundliche Grüsse Team 36

⁸⁴ BGE 60 II 38 S.41, E. 2.

⁸⁵ CHK/MÜLLER CH., Art. 55, Rz. 18.

⁸⁶ BGE 110 II 456 S. 460, E. 2.

⁸⁷ BSK/KESSLER, Art. 55 OR, Rz. 16; sowie BGE 110 II 456 S. 460, E. 2.

⁸⁸ V. TUHR/PETER, S. 447.

⁸⁹ BSK/KESSLER, Art. 55 OR, Rz. 18.

⁹⁰ KUKO-OR/SCHÖNENBERGER, Art. 41, Rz. 19.