



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Zusammenfassung Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil

Übersicht.....	9
1: Veräußerungsverträge	10
§ 2 Übersicht Veräußerungsverträge.....	10
§ 3 Der Fahrniskauf.....	11
Die Pflichten des Verkäufers	11
Die Pflichten des Käufers	12
Die Rechtsgewährleistung	13
Die Rechtsfolgen	14
Die Sachgewährleistung insbesondere	15
Die Voraussetzungen der Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers	15
Beweislast.....	15
Weitere Voraussetzungen.....	15
Die Mängelrüge	16
Die Rechtsfolgen: Gewährleistungsansprüche des Käufers	16
1) Wandelung	16
2) Minderung.....	16
3) Ersatz des Mangelfolgeschadens	17
Die Verjährung	17
Einzelfragen zur Sachgewährleistung	18
Einzelfragen zum Fahrniskauf.....	19
Die Gefahrtragung	19
Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt.....	19
§ 4 Der Grundstückkauf	20
Der Grundstückkauf im (engeren Sinn).....	20
Der Vorvertrag zu einem Grundstückkauf	20
Der Vertrag auf Einräumung eines Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechts an einem Grundstück.....	20
Der Vertrag auf Einräumung eines Vorkaufsrechts.....	20
Der Vertrag auf Einräumung eines Kaufsrechts.....	21
Der Vertrag auf Einräumung eines Rückkaufsrechts	21
Die Vertragsentstehung	21
Die öffentliche Beurkundung im Besonderen	21
Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte.....	22
Die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte	22
Einzelfragen.....	22
Der Formmangel und seine Folgen	23
Die Pflichten des Verkäufers	23
Die Pflichten des Käufers	24
Die Rechtsgewährleistung	24
Die Sachgewährleistung	24
Die Gefahrtragung	24

Sicherung der Kaufpreisforderung	24
§ 5 Besondere Arten des Kaufvertrags	25
§ 6 Der internationale Warenkauf nach WKR	25
§ 7 Der Tausch	26
§ 8 Die Schenkung.....	27
Die Pflichten des Schenkers	27
Die Aufhebung der Schenkung.....	28
2: Gebrauchsüberlassungsverträge.....	29
§ 10 Die Miete.....	30
Die Qualifikationsmerkmale.....	30
Die Vertragsentstehung	30
Die Pflichten des Vermieters	31
Die Folgen der Nichterfüllung und der mangelhaften Erfüllung.....	32
1. Mängel zum Zeitpunkt der Übergabe der Sache	32
2. Mängel während der Mietdauer	33
Die Pflichten des Mieters	34
Der Zahlungsrückstand insbesondere	34
Die Beendigung der Miete als Dauerschuldverhältnis	35
Die aufgelöste Miete.....	37
Die Durchsetzung der Rückgabepflicht bei Immobiliarmiete insbesondere	37
Pflichten des Vermieters.....	37
Schutzvorschriften zugunsten des Mieters	37
Schutzschriften bei der Wohn- und Geschäftsmiete.....	38
Die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse.....	38
Die Anfechtung der Kündigung.....	39
Die Erstreckung des Mietverhältnisses	39
Verfahrensfragen.....	39
Einzelfragen.....	40
§ 11 Die Pacht.....	42
Allgemeines	42
Die Rechtsquellen.....	42
Die Qualifikationsmerkmale.....	42
Der Vertragsabschluss	42
Die Rechtslage.....	42
1. Die Pflichten der Parteien	42
2. Die Verweisungen auf das Mietrecht.....	42
§ 12 Die Gebrauchsleihe, das Darlehen und der Konsumkreditvertrag	43
Die Gebrauchsleihe.....	44
Die Pflichten der Parteien.....	44
Die Beendigung	45
Das Darlehen.....	46
Die Pflichten der Parteien.....	46
Die Beendigung	47

Der Konsumkreditvertrag	48
Abschluss, Form und Inhalt des Vertrags.....	48
Die Rechte und Pflichten der Parteien.....	49
3: Sicherungsverträge.....	50
§ 24 Der Hinterlegungsvertrag.....	50
Allgemeines	50
Die Rechtsquellen.....	50
Die Qualifikationsmerkmale.....	50
Die Vertragsentstehung	51
A. Die Pflichten des Aufbewahrers.....	51
1. Im Allgemeinen.....	51
2. Die Haftung des Aufbewahrers insbesondere	51
B. Die Pflichten des Hinterlegers.....	51
Die Vertragsbeendigung	52
Einzelfragen.....	52
§ 25 Die Bürgschaft.....	53
Allgemeines	53
Die Rechtsquellen.....	53
Die Qualifikationsmerkmale.....	53
Die Vertragsentstehung	53
a. <i>Form</i>	53
b. <i>Handlungsfähigkeit</i>	54
Die Akzessorietät der Bürgschaft.....	54
Die Pflichten des Bürgen.....	54
1. Im Allgemeinen.....	54
2. Der Umfang der Bürgenhaftung	54
3. Die Voraussetzungen der Belangbarkeit des Bürgen.....	54
Die Pflichten und Obliegenheiten des Gläubigers.....	54
Die Beendigung der Bürgschaft	55
Das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner.....	55
§ 27 Die einfache Gesellschaft.....	56
Allgemeines	56
Die Rechtsquellen.....	56
Die Qualifikationsmerkmale.....	56
Die Entstehung der Gesellschaft.....	56
Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander	56
Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter	56
Die Geschäftsführung	57
Der Beitritt und das Ausscheiden von Gesellschaftern	57
Das Verhältnis der Gesellschafter gegenüber Dritten	57
Die Beendigung	57
4: Dienstleistungsverträge.....	58
§ 13-15 Der Arbeitsvertrag	58

Allgemeines	58
Die Rechtsquellen.....	58
Die Qualifikationsmerkmale.....	58
Die Vertragsentstehung und die Folgen der Vertragsmängel.....	59
Zwingendes Recht und dispositives Recht	59
Die Pflichten des Arbeitnehmers	59
Die Haftung des Arbeitnehmers	60
Die Pflichten des Arbeitgebers	60
Die Pflicht zur Lohnzahlung.....	60
Weitere Pflichten	61
Der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers insbesondere	61
Die Personalvorsorge insbesondere.....	61
Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses	61
Die Beendigungsgründe	61
1: <i>Zeitablauf</i>	61
2: <i>Kündigung</i>	62
3: <i>Tod des Arbeitnehmers</i>	62
<i>Der Kündigungsschutz</i>	62
Die Folgen der Beendigung.....	63
<i>Das Konkurrenzverbot insbesondere</i>	63
Einzelfragen.....	64
Der Übergang des Arbeitsverhältnisses.....	64
Der Lehrvertrag	64
§ 15 Der Gesamt- und der Normalarbeitsvertrag	65
Der Gesamtarbeitsvertrag	65
Der Normalarbeitsvertrag	65
§ 16 Der Werkvertrag	66
Allgemeines	66
Die Rechtsquellen.....	66
Die Qualifikationsmerkmale.....	66
Besondere Erscheinungsformen	67
Die Entstehung und Änderung des Werkvertrags	68
Die Entstehung	68
Die Beststellungsänderung.....	68
Die Pflichten des Unternehmers	69
Die Pflichten des Bestellers	70
Die Mängelhaftung des Unternehmers	71
Die Voraussetzungen der Mängelhaftung des Unternehmers	71
<i>Der Werkmangel</i>	71
<i>Weitere Voraussetzungen</i>	72
<i>Zur Mängelrüge insbesondere</i>	72
Die Rechtsfolgen: Mängelrechte des Bestellers	73
1: <i>Das Recht auf Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR)</i>	73

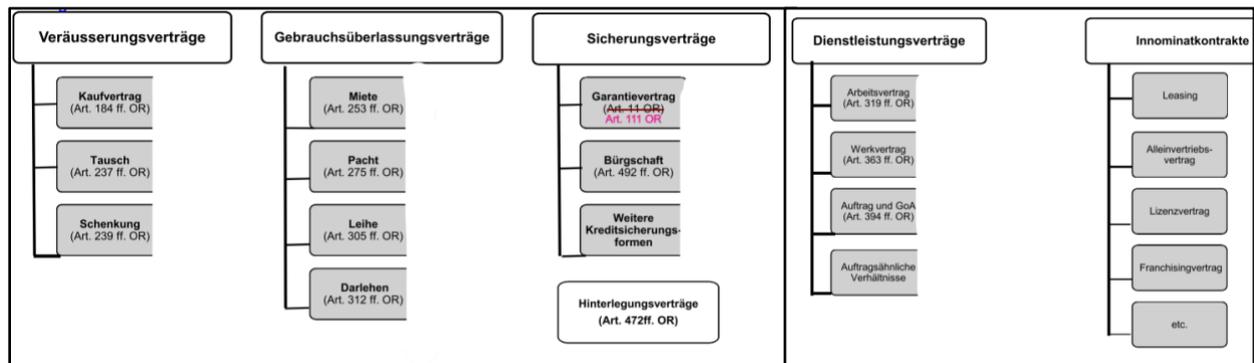
2: Das Recht auf Minderung (Art. 368 Abs. 2 OR)	73
3: Das Nachbesserungsrecht (Art. 368 Abs. 2 und 3 OR).....	74
4: Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens.....	74
Die Verjährung der Mängelrechte	75
Ausnahmen	75
Einzelfragen zur Mängelhaftung	75
Die Beendigung des Werkvertrags	76
§ 18 Der einfache Auftrag	77
Die Qualifikationsmerkmale.....	77
Die Vertragsentstehung	78
Die Pflichten des Beauftragten	78
Die Haftung des Beauftragten insbesondere	79
Die Schadensersatzpflicht nach Art. 97 ff. und 398 OR.....	79
Die Honorarminderung.....	79
Sonderfragen.....	80
Die Übertragung des Auftrags auf einen Dritten («Substitution») und die Hilfspersonenhaftung.....	80
Der Übergang der erworbenen Rechte	80
Die Pflichten des Auftraggebers.....	80
Die Beendigung des Auftrags.....	81
Die Vertragsbeendigung nach Art. 404 OR insbesondere.....	81
§ 20 Die Geschäftsführung ohne Auftrag	82
1: Die echte Geschäftsführung ohne Auftrag	83
Der Tatbestand.....	83
Die Rechtsfolgen	83
Abgrenzungen.....	84
2: Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag	85
Der Tatbestand.....	85
Die Rechtsfolgen	85
Bei bösgläubiger Eigengeschäftsführung.....	85
Bei gutgläubiger Eigengeschäftsführung	85
§ 21 Die handelsrechtlichen Vollmachten	86
Die Arten	86
Begründung und Beendigung	86
Die Wirkungen	86
Stellvertretungswirkungen.....	86
Konkurrenzverbot.....	87
§ 22 Anweisung (Art. 466-471 OR)	88
Die einzelnen Rechtsverhältnisse	89
1. Rechtsverhältnis Anweisender-Angewiesener.....	89
2. Rechtsverhältnis Anweisender-Anweisungsempfänger.....	89
3. Rechtsverhältnis Angewiesener-Anweisungsempfänger.....	89
Die Rechtslage bei Mängeln.....	89

5: Innominatkontrakte	90
10. Kapitel: Innominatverträge 1: Allgemeiner Teil.....	90
Arten	90
(1) Gemischte Verträge.....	91
a. Kombinationsverträge (Zwillingsverträge, gekoppelte Verträge).....	91
b. Doppeltypische Verträge	91
c. Verträge mit Typenverschmelzung	91
(2) Verträge eigener Art (Verträge sui generis).....	92
(3) Zusammengesetzte Verträge (Vertragsverbindung)	92
Abgrenzungen.....	92
Rechtsanwendung.....	93
Auslegung.....	93
Ergänzung.....	93
Allgemeine Vertragsergänzungslehre	93
Theorien.....	93
Rechtsprechung	94
Rechtsanwendung bei verschiedenen Innominatvertragsarten	95
Gemischte Verträge.....	95
Verträge sui generis	95
Zusammengesetzte Verträge.....	95
Anwendung von zwingendem Vertragstypenrecht.....	95
11. Kapitel: Innominatverträge 2: Leasing	96
Begriff und Erscheinungsformen des Leasings	96
Direktes und indirektes Leasing	96
Mobilien- und Immobilienleasing	96
A) Investitions- und Konsumgüterleasing.....	96
B) Investitionsgüterleasing	96
<i>Finanzierungsleasing</i>	96
<i>Operating-Leasing</i>	96
<i>Sale-and-lease-back</i>	97
Rechtsnatur des Finanzierungsleasings	97
Abgrenzungen.....	98
Entstehung	98
Inhalt.....	98
Pflichten des Leasingnehmers	98
Pflichten des Leasinggebers	99
Leistungsstörungen	99
A) Gefahrtragung	99
B) Verzug des Leasingnehmers	99
Haftung gegenüber dem Leasingnehmer.....	100
<i>Gewährleistungshaftung</i>	100
<i>Betreffend Schadenersatzansprüche gegen den Lieferanten/Hersteller</i>	101

<i>Nicht- oder verspätete Lieferung des Leasingobjekts</i>	101
Beendigung	102
Anwendung des KKG.....	102
12. Kapitel: Innominatverträge III: Besonderer Teil (ohne Leasing)	103
A) Alleinvertriebsvertrag.....	103
Rechtsnatur und Abgrenzungen.....	103
Inhalt	104
<i>Pflichten des Lieferanten</i>	104
<i>Pflichten des Abnehmers</i>	104
Leistungsstörungen.....	105
<i>Kaufrechtliche Gewährleistung</i>	105
<i>Anwendung von Art. 82 OR im Doppelsynallagma</i>	105
Beendigung.....	106
Einzelfragen.....	106
B) Lizenzvertrag	107
Erscheinungsformen	107
Rechtsnatur und Abgrenzungen.....	107
Inhalt	108
<i>Gemeinsame Pflichten der Parteien</i>	108
<i>Pflichten des Lizenzgebers</i>	108
<i>Pflichten des Lizenznehmers</i>	108
Leistungsstörungen.....	108
a. <i>Nichtigkeit</i>	108
b. <i>Gewährleistung</i>	108
Beendigung.....	108
Einzelfragen.....	108
C) Franchisingvertrag.....	110
Erscheinungsformen	110
Rechtsnatur und Abgrenzungen.....	110
Inhalt	111
<i>Pflichten des Franchisinggebers</i>	111
<i>Pflichten des Franchisingnehmers</i>	111
Leistungsstörungen.....	111
Beendigung.....	111
<i>Nachvertragliche Pflichten</i>	111
<i>Ordentliche Beendigung</i>	112
<i>Ausserordentliche Beendigung</i>	112
Einzelfragen.....	112
D) Sponsoringvertrag	113
Rechtsnatur und Abgrenzungen.....	113
Inhalt	113
<i>Pflichten des Sponsoringnehmers</i>	113

<i>Pflichten des Sponsors</i>	113
Leistungsstörungen.....	114
Beendigung.....	114

Übersicht



OR BT Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil von Jörg Schmid / Hubert Stöckli / Frédéric Krauskopf

1: Veräußerungsverträge

- § 2 Übersicht Veräußerungsverträge
- **§ 3 Der Fahrniskauf**
- § 4 Der Grundstückkauf
- § 5 Besondere Arten des Kaufvertrags
- § 6 Der internationale Warenkauf nach WKR (*nicht Prüfungsrelevant*)
- § 7 Der Tausch
- **§ 8 Die Schenkung**

2: Die Gebrauchsüberlassungsverträge

- **§ 10 Die Miete**
- **§ 11 Die Pacht**
- **§ 12 Die Gebrauchsleihe, das Darlehen und der Konsumkreditvertrag**

3: Sicherungsverträge

- **§ 24 Der Hinterlegungsvertrag**
- **§ 25 Die Bürgschaft**
- **§ 27 Die einfache Gesellschaft**

4: Dienstleistungsverträge

- **§ 13 – 15 Der Arbeitsvertrag**
- **§ 16 Der Werkvertrag**
- **§ 18 Der einfache Auftrag**
- **§ 20 Die Geschäftsführung ohne Auftrag**
- **§ 21 Die handelsrechtlichen Vollmachten**
- **§ 22 Die Anweisung**

OR BT lit. b von Müller-Chen, Girsberger, Droese

5: Innominatkontrakte

- **Kapitel 10: Innominatverträge I: Allgemeiner Teil**
- **Kapitel 11: Innominatverträge II: Leasing**
- **Kapitel 12: Innominatverträge III: Besonderer Teil (ohne Leasing): Alleinvertriebsvertrag / Lizenzvertrag / Franchisingvertrag / Sponsoringvertrag**

Das **Schwergewicht** liegt auf den Vertragstypen Kauf, Schenkung, Miete, Gebrauchsleihe und Darlehen, Werkvertrag und Auftrag.

In den **Grundzügen** geprüft werden Pacht, Arbeitsvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Hinterlegungsvertrag, Bürgschaft sowie einfache Gesellschaft und die Innominatverträge (einschliesslich Leasing, Alleinvertriebsvertrag und Franchising).

1: Veräußerungsverträge

§ 2 Übersicht Veräußerungsverträge

Veräußerungsverträge sind darauf gerichtet, das **Eigentum an einer Sache** (dauernd) *an eine andere Person zu übertragen*. Dabei sind der *Kauf, der Tausch und die Schenkung* als Vertrag auf unentgeltliche Veräußerung zu unterscheiden.

- Diese Verträge sind Schuldverträge (**Verpflichtungsgeschäfte**). Sie begründen nur die *Verpflichtung zur Eigentumsübertragung*, das *Eigentumsrecht* an der verkauften Sache verbleibt beim Abschluss des Veräußerungsvertrags noch beim Veräußerer.
- Der Vertrag verpflichtet ihn jedoch, dem Erwerber das Eigentum zu verschaffen (**Art. 184 Abs. 1 OR**). Die *Eigentumsübertragung* geschieht durch das **Verfügungsgeschäft**.

Gegenstand des Veräußerungsvertrags können nicht nur Sachen sein, sondern auch Rechte, insbesondere Forderungsrechte (**Art. 165 Abs. 1 OR**).



§ 3 Der Fahrniskauf

Der **Fahrniskauf** (*«la vente mobilière»*) wird in verschiedenen Bestimmungen geregelt:

- In den *Allgemeinen Bestimmungen zum Kaufrecht*: **Art. 184-186 OR**;
- In den spezifischen Normen zum Fahrniskauf: **Art. 187-215 OR**;
- In **Art. 715-716 ZGB**, soweit es um den *Fahrniskauf unter Eigentumsvorbehalt* geht.

Typisch für den Kaufvertrag im Allgemeinen ist die **Verpflichtung zum Austausch von Ware und Geld** (**Art. 184 Abs. 1 OR**). Beim Kauf handelte es sich um ein **Verpflichtungsgeschäft** (Schuldvertrag: zweiseitig verpflichtender Vertrag). Die geschuldeten Leistungen stehen im Austauschverhältnis: Die Leistung des Verkäufers ist Gegenleistung der Leistung des Käufers; es liegt mit anderen Worten ein *vollkommen zweiseitiger Vertrag* (*synallagmatischer Vertrag*) vor. Der Hauptgegenstand der Transaktion ist die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an einer Sache.

Als *Fahrniskauf* ist gemäss **Art. 187 Abs. 1 OR** **jeder Kauf anzusehen, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat**. Auch Bestandteile eines Grundstücks können Gegenstand eines Fahrniskaufs sein, wenn sie nicht nach ihrer Lostrennung als bewegliche Sachen auf den Erwerber übergehen sollen (**Art. 187 Abs. 2 OR**). Als Kaufobjekt kommen auch nicht körperliche «Sachen» in Frage, z.B. Forderungen.

Der Fahrniskauf entsteht durch den **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR**.

Die Pflichten des Verkäufers

Nach **Art. 184 Abs. 1 OR** ist der Verkäufer verpflichtet, **dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen**. Was (welche Kaufsache) geschuldet ist, ergibt sich aus dem Vertrag. Handelt es sich um einen **Spezieskauf**, so ist genau diese Sache geschuldet. Möglich ist auch, dass die zu liefernde Sache nur gattungsmässig bestimmt ist (**Gattungskauf**).

Die typwesentliche **Verpflichtung des Verkäufers** ist alsdann eine doppelte:

- Einerseits muss der Verkäufer dem Käufer den *Kaufgegenstand übergeben* (**Art. 184 Abs. 1 OR**). Damit ist die **Besitzverschaffungspflicht** angesprochen, deren Erfüllung sich nach den Art. 922 ff. ZGB richtet.
- Andererseits trifft den Verkäufer die Pflicht, dem Käufer *am Kaufgegenstand auch das Eigentum zu verschaffen* (**Art. 184 Abs. 1 OR**). Dies setzt neben der **Besitzübertragung** (**Art. 714 Abs. 1 ZGB**) grundsätzlich voraus, dass der Veräusserer selber im Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts *Eigentümer der Sache ist* (**Art. 641 Abs. 1 ZGB**).

Der Käufer hat einen *Anspruch auf Realerfüllung*, den er gerichtlich einklagen und nach den Zwangsvollstreckungsregeln mit staatlicher Hilfe durchsetzen kann (**Art. 343 ZPO**).

Die Besitz- und Eigentumsverschaffung muss am richtigen Ort erfolgen, der sich aus Vertrag oder Gesetz ergibt (**Art. 74 OR**).

Für die Erfüllung der Sachleistungspflicht (in zeitlicher Hinsicht) des Verkäufers gelten die allgemeinen Regeln von **Art. 75 ff. OR**. Sodann gilt nach **Art. 184 Abs. 2 OR** **die Zug-um-Zug-Regel**. Will der Käufer also vom Verkäufer die Erfüllung verlangen, muss er (Käufer) nach Art. 82 OR «entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten».

Gerät der Verkäufer in Verzug (*nach einer Mahnung oder bei Verfalltagsgeschäften*; **Art. 102 OR**), so gelten für den gewöhnlichen Fahrniskauf die **allgemeinen Regeln von Art. 102 ff. OR**.

Befindet sich der Verkäufer **im kaufmännischen Verkehr** mit seiner Lieferung im Verzug, sind die **Sonderregeln von Art. 190 und 191 OR** anwendbar.

- Nach Art. 190 Abs. 1 OR wird vermutet, dass der Käufer bei einem Verzug auf die Lieferung in natura verzichte und *Schadenersatz wegen Nichterfüllung* beanspruche. Die Vereinbarung des Lieferungstermins wird demnach als **«Fixgeschäft»** angesehen.
- Zieht der Käufer es vor, die Lieferung (also Realerfüllung) zu verlangen, so hat er dies dem Verkäufer nach Ablauf des Lieferungstermins unverzüglich anzuzeigen (**Art. 190 Abs. 2 OR**). Dadurch *entsteht ein «Mahngeschäft»* und wird den *allgemeinen Regeln der Art. 107-109 OR* unterstellt.

Die Pflichten des Käufers

Nach Art. 184 Abs. 1 OR ist der **Käufer** verpflichtet, dem **Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen**. **Art. 211 Abs. 1 OR** ergänzt dazu, dass auch die gekaufte Sache anzunehmen ist, sofern sie vom Verkäufer vertragsgemäss angeboten wird.

- Die *Höhe des Kaufpreises* bestimmt sich grundsätzlich nach dem Vertrag, ansonsten kommt **Art. 212 Abs. 1 OR** zum Zuge.
- Für den *Ort der Erfüllung* gilt **Art. 74 OR**.
- Gemäss Randtitel und Text von Art. 211 (Abs. 1 und 2) OR trifft den Käufer auch die Pflicht, die Kaufsache anzunehmen, sofern sie vom Verkäufer vertragsgemäss angeboten wird.

Von der *Fälligkeit der Kaufpreisforderung* spricht zunächst **Art. 213 Abs. 1 OR**: Ist kein anderer Zeitpunkt vertraglich vereinbart, so wird der *Kaufpreis mit dem Übergang des Kaufgegenstands in den Besitz des Käufers fällig*. Der **Verkäufer ist nicht zur Vorleistung verpflichtet**, um die Fälligkeit des Kaufpreises zu bewirken; es genügt, wenn er seine Leistung anbietet. Leistet der Käufer den Kaufpreis mit pflichtwidriger Verspätung, so gerät er nach Massgabe von Art. 102 OR in Verzug (**Art. 103-106 OR**). Kaufrechtliche Besonderheiten gelten aber für die *Wahlrechte des Gläubigers* (Art. 214 f. OR):

- Beim Pränumerando- (Kaufpreiszahlung vor Lieferung der Sache) und beim Barkauf (Leistung Zug um Zug) ist gemäss Art. 214 Abs. 1 OR *eine besondere Nachfristensetzung im Sinn von Art. 107 Abs. 1 OR nicht erforderlich*.
- Für die Schadensberechnung beim Verzug des Käufers im kaufmännischen Verkehr enthält Art. 215 OR eine spezielle Regelung.

VERTRAGSVERLETZUNGEN		
Nichterfüllung	Späterfüllung	Schlechterfüllung
• Vertrag wird gar nicht erfüllt	• Vertrag wird verspätet erfüllt	• Vertrag wird qualitativ und/oder quantitativ fehlerhaft erfüllt

Die Rechtsgewährleistung

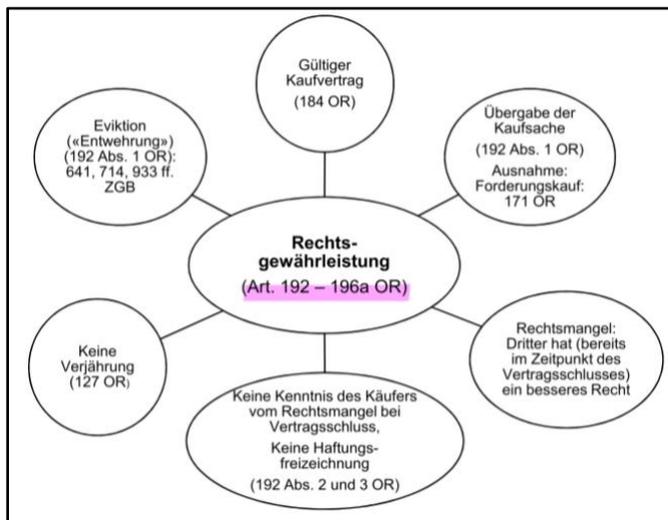
Im Kaufvertragsrecht hat der Käufer gemäss Art. 184 Abs. 1 OR die Pflicht, **dem Käufer auch das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen (Rechtsverschaffungspflicht)**. Das Ziel der Eigentumsverschaffung wird vereitelt, wenn ein Dritter aus rechtlichen Gründen («gestützt auf ein «besseres Recht» an der Sache) dem Käufer den Kaufgegenstand ganz oder teilweise entzieht (**Entwehrung; Eviktion**). In **Art. 192 ff. OR** sieht deshalb das Gesetz unter den Verkäuferpflichten die Verpflichtung zur Gewährleistung des veräusserten Rechtes vor: Den Verkäufer trifft eine besondere, grundsätzlich verschuldensunabhängige «*Garantie*» (Einstandspflicht). Überall dort, wo das Gesetz den gutgläubigen Erwerber in seinem Eigentumserwerb schützt, spielt die Rechtsgewährleistung jedoch keine Rolle:

- Bei *Mobilien (Fahrnis, bewegliche Sachen)* wird der gutgläubige Erwerber nach Massgabe von Art. 933 ZGB auch dann im Erwerb geschützt, wenn die Sache dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden ist.
- Bei *Immobilien (Grundstücken)* ist der gutgläubige Erwerber nach Massgabe von Art. 973 Abs. 1 ZGB in seinem dinglichen Recht ebenfalls geschützt; für die Anwendung der Rechtsgewährleistungsregeln bleibt in diesem Fall kein Raum.

Grundvoraussetzung ist eine **Entwehrung (Eviktion)**: Ein Dritter entzieht dem Käufer aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand, und zwar ganz oder teilweise (**Art. 192 Abs. 1 OR**). Die Entwehrung muss stets **nach Übergabe der Kaufsache stattfinden**. Findet sie schon vor der Übergabe statt (wird der Kaufgegenstand also nie in den Besitz des Käufers übertragen), so gelten die allgemeinen Regeln von Art. 97 ff. OR.

Zudem darf der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Entwehrungsgefahr nicht gekannt haben (Art. 192 Abs. 2 OR).

Das Recht des Dritten und seine Vorrangigkeit vor den Rechten des Käufers müssen sicher feststehen (vgl. Art. 194 Abs. 2 OR).



Die Rechtsfolgen

Sind die Gewährleistungsvoraussetzungen gegeben, so stehen dem Käufer mehrere Rechte (**Rechtsgewährleistungsansprüche**) zu.

Grundsätzlich wird der Vertrag – bei vollständiger Eviktion – aufgelöst.

- Bei **vollständiger Entwehrung** ist «der Kaufvertrag als aufgehoben zu betrachten» (**Art. 195 Abs. 1 OR**). Der Käufer hat Anspruch auf Rückerstattung des bezahlten Preises nebst Zinsen, sowie auf Ersatz für Aufwendungen. Für den **unmittelbar verursachten Schaden** haftet der Verkäufer auch ohne Verschulden (kausal; *Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR*). Für den **weiteren Schaden** haftet er, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt (*Art. 195 Abs. 2 OR*).

Bei **teilweiser Entwehrung** gilt nach **Art. 196 OR** folgende Rechtslage:

- Grundsätzlich kann der Käufer nicht die Aufhebung des Vertrags, sondern *nur Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Entwehrung verursacht worden ist* (*Art. 196 Abs. 1 OR*).

<p>Vollständige Entwehrung</p> <ul style="list-style-type: none">• Aufhebung Vertrag <i>ipso iure</i> (Art. 195 Abs. 1 OR)• Anspruch auf Rückzahlung, Ersatz weiterer Kosten und Ersatz des unmittelbaren (und bei mangelnder Exkulpation auch des mittelbaren) Schadens
<p>Teilweise Entwehrung</p> <ul style="list-style-type: none">• Grundsätzlich keine Aufhebung des Vertrags• Anspruch auf Rückerstattung (Art. 196 Abs. 1 OR)• Ausnahmsweise richterliche Aufhebung (Art. 196 Abs. 2 OR)

Die Sachgewährleistung insbesondere

In den **Art. 197-210 OR** regelt das Gesetz die Gewährleistung des Verkäufers wegen *Mängel der Kaufsache (Leistungsstörungen)*. Dem Käufer stehen aufgrund des Mangels besondere Rechte zu, namentlich die Rechte auf **Wandelung, Minderung und Ersatz des Mangelfolgeschadens**. Diese gesetzliche Regelung ist grundsätzlich dispositiver Natur, in der Praxis erfolgt regelmässig eine Abänderung zulasten des Käufers («Freizeichnung») und häufig auf dem Weg Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Die Voraussetzungen der Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers

Grundvoraussetzung der Sachgewährleistung (Mängelhaftung) bildet das **Vorhandensein eines Mangels (Sachmangels)**.

Ein **Mangel** lässt sich umschreiben als Abweichung der (gelieferten) Kaufsache vom Vertrag.

Nach **Art. 197 Abs. 1 OR** haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die **zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat**, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.

Einerseits geht es dabei um die Zusicherung von Eigenschaften, wobei jede Erklärung, nach welcher die Kaufsache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist, genügt.

Von der Zusicherung ist die blosser Anpreisung zu unterscheiden. Andererseits kann die Kaufsache auch dann mangelhaft sein, wenn nach Treu und Glauben gewisse Eigenschaften vom Käufer vorausgesetzt werden dürfen (Art. 197 Abs. 1 OR).

Folgende Arten von Sachmängeln lassen sich auseinanderhalten:

- **Körperliche Mängel** (z.B. Art. 219 Abs. 1 und 2 OR);
- **Rechtliche Mängel**: Die Kaufsache kann aus Gründen der Rechtsordnung vom Käufer nicht so gebraucht werden, wie er es aufgrund des Vertrags erwarten durfte.

Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist der **Gefahrenübergang (Art. 185 und 220 OR)**. Der Verkäufer haftet *nur für Mängel, welche vor dem oder beim Gefahrenübergang vorhanden sind*.

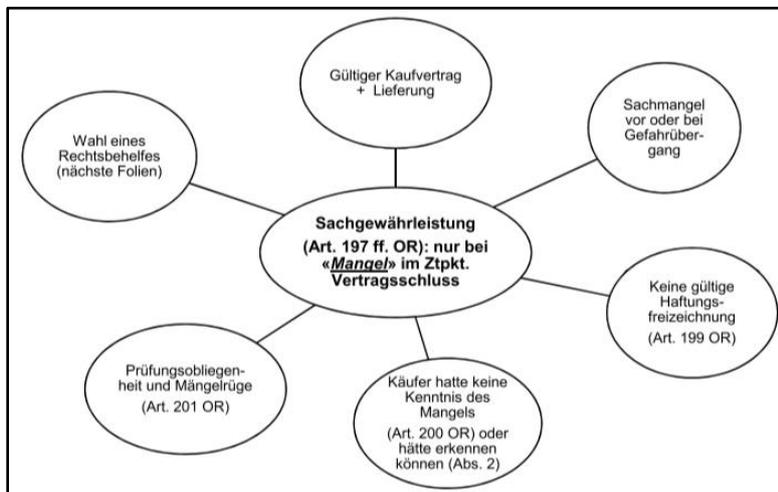
Dass den Verkäufer am Mangel ein Verschulden trifft, ist nicht Voraussetzung für seine Mängelhaftung.

Beweislast

- Leitet der **Käufer** aus dem Mangel Rechte ab und hat er die Sache angenommen, so trägt er nach herrschender Auffassung für den Mangel die Beweislast.
- Analoges gilt, wenn der Verkäufer aus der (vorgenommenen oder versuchten) Erfüllung Rechte ableitet, insbesondere wenn er die Kaufpreiszahlung verlangt: Generell **trifft den Verkäufer die Beweislast für die Vertragskonformität seiner Lieferung, solange der Käufer die Sache noch nicht in Empfang genommen hat**.

Weitere Voraussetzungen

- Der Käufer darf vom Mangel *keine Kenntnis* gehabt haben;
- Die Mängelhaftung des Verkäufers darf *nicht wegbedungen* worden sein;
- Der Käufer darf den Mangel *nicht genehmigt haben* (Art. 370 OR analog);
- Der Käufer muss den Mangel **rechtzeitig dem Verkäufer anzeigen (Mängelrüge; Art. 201 OR)**.



Die Mängelrüge

Den Käufer trifft die Obliegenheit, die Kaufsache «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist», zu prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, **diesem sofort Anzeige zu machen (Mängelrüge)**. Die Mängelrüge ist die Erklärung des Käufers, welche dessen «Vorstellung ... über die Mängel zum Ausdruck bringt». Wird diese **Rüge versäumt**, so gilt die verkaufte Sache grundsätzlich als **genehmigt** («**Genehmigungsfiktion**»).

- Das Gesetz unterscheidet einerseits **offene Mängel**, die nach **Art. 201 Abs. 1 und 2 OR** bei der übungsgemässen Untersuchung sofort erkennbar sind. Diese sind sofort zu rügen.
- Andererseits sind **geheime Mängel** denkbar, sie sind gemäss **Art. 201 Abs. 3 OR** **sofort nach ihrer Entdeckung** zu rügen. Entdeckt ist ein Mangel mit dessen zweifelsfreier Feststellung.

Die Rüge muss **hinreichend substantiiert** sein. Die Rüge «soll dem Verkäufer die Art, den Umfang und die Gründe der Beanstandung zur Kenntnis bringen».

Keine Genehmigung infolge unterlassener oder rechtzeitiger Mängelrüge nimmt das Gesetz dort an, wo der Verkäufer den Käufer absichtlich über die Mängel getäuscht hat (**Art. 203 OR**).

Der Verkäufer haftet in zeitlicher Hinsicht längstens für Mängel, die innerhalb der Verjährungsfrist, grundsätzlich also **innerhalb zweier Jahre seit Ablieferung der Kaufsache (Art. 210 Abs. 1 OR)**, sichtbar werden.

Die Mängelrüge des Verkäufers greift dann nicht, wenn sie wegbedungen worden ist («**Freizeichnung**»). Oft geschieht diese in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine solche setzt eine entsprechende Abrede der Parteien (Konsens) voraus. Freizeichnungsklauseln sind den gesetzlichen Schranken unterworfen. Nach Art. 199 OR ist die **Freizeichnung ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer «die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat»**. Die Beweislast für die arglistige Verschweigung trägt der Käufer. Anwendbar ist aber auch Art. 100 OR. Bei formularmässiger Freizeichnung sind überdies die Regeln zur AGB-Kontrolle anwendbar.

Die Rechtsfolgen: Gewährleistungsansprüche des Käufers

Ist die Kaufsache mangelhaft und sind auch die übrigen Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht des Verkäufers erfüllt, so steht dem Käufer ein Bündel von **Gewährleistungsansprüchen** zu:

- Das **Recht auf Wandelung** (Art. 205 und 207 ff. OR);
- Das **Recht auf Minderung** (Art. 205 OR);
- Das **Recht auf Schadenersatz** (Art. 208 Abs. 2 und 3).

Die beschriebenen Gewährleistungsansprüche des Käufers sind grundsätzlich **von einem Verschulden des Verkäufers unabhängig**. Hingegen ist der **Schadenersatzanspruch** des Käufers **teilweise abhängig** von einem **Verkäuferverschulden (Art. 208 Abs. 2 und 3 OR)**.

Die Gewährleistungsansprüche des Käufers unterliegen einer gesetzlich besonders geregelten Verjährung (Art. 210 OR).

1) Wandelung

Der Käufer hat das Recht, «mit der **Wandelungsklage** den Kauf rückgängig zu machen» (**Art. 205 Abs. 1 OR**), d.h. die **Auflösung des Kaufvertrags samt Rückabwicklung** durch Ausübung eines Gestaltungsrechts. Nur ein **Mangel von einer gewissen Schwere** erlaubt jedoch die Vertragsauflösung.

Ist die Wandelung vom Käufer wirksam erklärt worden, so erfolgt eine **Rückabwicklung des Kaufvertrags nach Massgabe von Art. 208 OR**:

- Der Käufer muss die Sache **nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen an den Verkäufer zurückgeben** (Art. 208 Abs. 1 OR).
- Der Verkäufer hat dem Käufer den von diesem **gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten** (Art. 208 Abs. 2 OR).
- Die Rückerstattung der Leistung hat **Zug um Zug zu erfolgen** (Art. 82 OR)

2) Minderung

Der Käufer kann auch «mit der **Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache**» **fordern (Art. 205 Abs. 1 OR)**. Dieses Recht kann durch blosser **Minderungserklärung** wirksam ausgeübt werden (**Gestaltungsklage**). Vorausgesetzt ist jedoch stets das **Vorhandensein eines Minderwerts** wegen des Mangels. Ist wirksam

Minderung erklärt worden, so hat der Käufer gemäss Art. 205 Abs. 1 OR ein *Recht auf «Ersatz des Minderwertes der Sache»*. Schadensersatzansprüche sind auch bei der Minderung möglich.

Minderung

= Reduktion des Kaufpreises

Formel (relative Methode):

$$\frac{\text{Herabgesetzter Kaufpreis}}{\text{Vertraglicher Kaufpreis}} = \frac{\text{Wert der Kaufsache}}{\text{Hypothetische Wert der mangelfreien Ware}}$$

Beachte: Kein (verschuldensunabhängiger) Schadenersatz bei Minderung nach Art. 208 Abs. 2 OR, nur (verschuldensabhängiger) gemäss Art. 97 Abs. 1 OR

Minderung des Kaufpreises: „relative Methode“

$$\frac{x \text{ (geminderter Preis)}}{\text{vereinbarter Preis}} = \frac{\text{Wert der Sache mit Mangel}}{\text{Wert der Sache ohne Mangel}}$$

3) Ersatz des Mangelfolgeschadens

Daneben steht dem Käufer auch ein *Schadenersatzanspruch* zu. Er richtet sich auf den Ersatz des Mangelfolgeschadens und ist für verschiedene Fälle unterschiedlich geregelt. Der Mangelfolgeschaden setzt die Beeinträchtigung weiterer Rechtsgüter des Käufers ausserhalb der Kaufsache voraus (*Personen-, Sach- oder Vermögensschaden*).

Für den Fall der Wandelung sieht Art. 208 OR eine besondere – von Art. 97 Abs. 1 OR teilweise abweichende – Schadenersatzfolge vor, indem er zwischen unmittelbarem und weiterem Schaden unterscheidet:

- Für den **unmittelbaren Schaden** haftet der Verkäufer *verschuldensunabhängig (kausal; Art. 208 Abs. 2 OR)*
- Für den **weiteren Schaden** haftet der Verkäufer, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt (**Art. 208 Abs. 3 OR**).

Für die Abgrenzung zwischen den beiden Schadensarten ist nach neuer Praxis «auf die *Länge der Kausalkette zwischen der Lieferung fehler- bzw. mangelhafter Ware und dem eingetretenen Schaden abzustellen*». (Bei Wandelung wird der Vertrag (wie beim Rücktritt nach Schuldnerverzug) aufgehoben und rückgängig gemacht; daher beschränkt sich der Schadenersatz aus Art. 208 OR auf das negative Interesse.)

Für die Schäden im Fall der Minderung enthält Art. 208 Abs. 2 OR keine Regelung. Es *gelten daher die Schadenersatzvoraussetzungen des Allgemeinen Teils, wobei das Verschulden des Verkäufers nach Art. 97 Abs. 1 OR zu vermuten ist*.

Ersatzlieferung

Ersatzlieferungsanspruch des *Käufers* (Art. 206 Abs. 1 OR)

- (Gemäss dispositivem Recht) **nur bei Gattungsware**
- **Schlechtlieferung (peius)**
- Falschliefereung (aliud) → Cave: gem. BGer Regeln des Verzugs!

Ersatzlieferungsrecht des *Verkäufers* (Art. 206 Abs. 2 OR)

- (Gemäss dispositivem Recht) nur beim Gattungskauf
- ggf. Verdrängung der Sachgewährleistungsansprüche des Käufers
- Entgegen Wortlaut nach h.L. auch beim Distanzkauf (nicht nur beim Platzkauf)

Die Verjährung

Die Mängelrechte des Käufers verjähren gemäss **Art. 210 Abs. 1 OR** «mit dem Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt». Die Frist von Art. 210 OR gilt indessen **nur für Ansprüche aus Sachgewährleistung**. Aus dem Spiel bleibt sie namentlich bei Falschliefereung («**Aliud**»).

Zu dieser Verjährung der Mängelrechte bestehen **mehrere Ausnahmen**:

- Der Verkäufer kann eine Haftung auf längere Zeit übernehmen (*Art. 210 Abs. 1 OR in fine*).
- Betrifft der Mangel eine (*bewegliche*) Sache, die *bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert* worden ist, beträgt die Verjährungsfrist *5 Jahre* (*Art. 210 Abs. 2 OR*).

- Hat der Verkäufer den Käufer **absichtlich getäuscht**, so gilt nicht die zwei- oder fünfjährige Frist, sondern die **zehnjährige Frist von Art. 127 OR (Art. 210 Abs. 6 OR)**, die ab der Ablieferung der Kaufsache zu berechnen ist.
- Beim *Grundstückkauf* verjähren die Mängelrechte des Käufers für «Mängel eines Gebäudes» mit dem Ablauf von 5 Jahren, vom Erwerb des Eigentums angerechnet (**Art. 219 Abs. 3 OR**).

Abreden zur Verlängerung der Verjährungsfrist sind innerhalb der **Schranken von Art. 127 OR** wirksam.

Einzelfragen zur Sachgewährleistung

Das *Verhältnis der Mängelrechte des Käufers nach Art. 197 ff. OR zu andern Rechtsbehelfen* ist umstritten.

- Streitig ist zunächst das Verhältnis der Mängelrechte zu den allgemeinen Rechtsbehelfen aus Nichterfüllung, insb. nach **Art. 97 Abs. 1 OR**. Das Bundesgericht lässt die *alternative Geltendmachung* der allgemeinen vertraglichen Haftung nebst den kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüchen grundsätzlich zu. Es schränkt diese Alternativität jedoch wieder ein, indem es verlangt, dass auch der Käufer, der sich auf Art. 97 ff. OR stützt, der Prüfungs- und Rügeobliegenheit aus Art. 201 OR nachkommt und die Fristen aus Art. 210 OR wahrt.
- Die Regeln über **Willensmängel** und namentlich die Bestimmung über den **Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)** sind nach der Rechtsprechung *alternativ* neben den Sachgewährleistungsregeln anwendbar. Die *Praxis schliesst dabei die Berufung auf Grundlagenirrtum beim Gattungskauf aus*.
- Hat der Verkäufer einer mangelhaften Sache bei den Vertragsverhandlungen Aufklärungspflichten missachtet, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Art. 197 ff. OR zu allfälligen Ansprüchen des Käufers aus «**culpa in contrahendo**» (aus Vertrauenshaftung). Nach der hier vertretenen Auffassung stellen die kaufrechtlichen Gewährleistungsnormen eine Sonderregelung dar, welche dem Institut der «*culpa in contrahendo*» vorgeht.
- *Alternativ* zu den Art. 197 ff. OR sind die Regeln über die **unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff. OR** und Nebengesetzgebung) anwendbar.

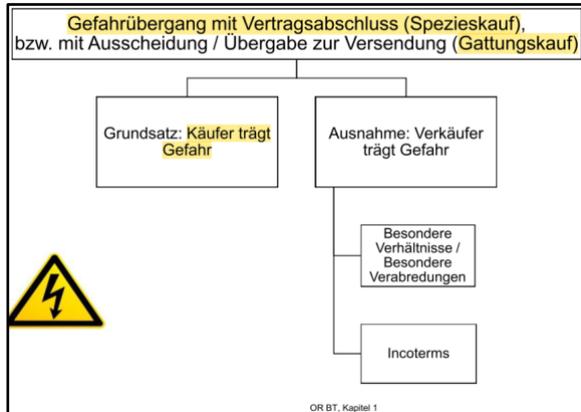
Bezüglich der Sachgewährleistung beim **Gattungskauf** gilt die Sondernorm von **Art. 206 OR**.

Beim *Forderungskauf* («*pactum de cedendo*») bestimmt sich die Gewährleistung des Verkäufers nicht nach den Art. 197 ff. OR, sondern nach den **Sonderregeln von Art. 171 ff. OR**.

Einzelfragen zum Fahrniskauf

Die Gefahrtragung

Art. 185 OR befasst sich gemäss dem Randtitel mit Nutzen und Gefahr. Die Bestimmung enthält dispositives Recht. Fehlen Parteivereinbarungen, so bezieht Art. 185 Abs. 1 OR den *Übergang von Gefahr und Nutzen grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses*.



Nach der allgemeinen Regel von **Art. 119 OR** erlischt eine Forderung, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist (Abs. 1); bei zweiseitigen Verträgen geht auch die Gegenleistungspflicht unter (Art. 119 Abs. 2 OR). Abs. 3 sieht eine Ausnahme für jene Fälle vor, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift (oder nach dem Inhalt des Vertrags) vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht.

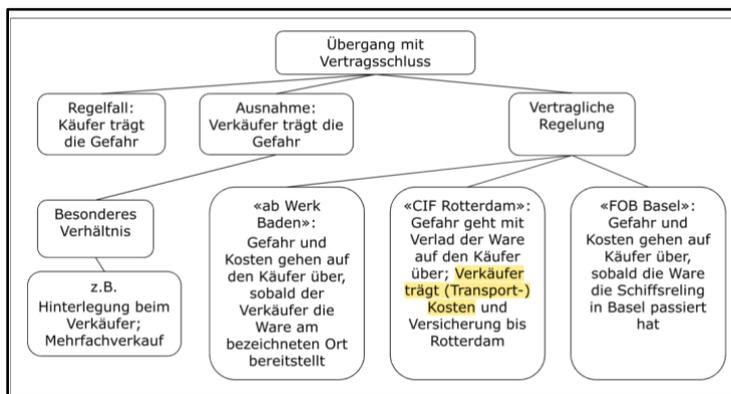
Mit «Gefahr» ist die Preisgefahr gemeint: Das Risiko, die Gegenleistung bezahlen zu müssen, obwohl die Leistung der anderen Partei ersatzlos untergegangen oder schlechter geworden ist.

Art. 185 stellt nun eine solche besondere, von Art. 119 Abs. 3 OR vorbehaltene Gesetzesvorschrift dar. Der Gefahrenübergang auf den Käufer wird grundsätzlich auf den Vertragsabschluss bezogen (Art. 185 Abs. 1 OR). Der Käufer trägt mit anderen Worten das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache zwischen Vertragsabschluss und Sachübergabe.

Den Gefahrenübergang auf den Kaufvertragsabschluss (Verpflichtungsgeschäft) und nicht erst auf die Sachübergabe (Verfügungsgeschäft) festzusetzen **benachteiligt den Käufer** und wird in der Schweiz heftig kritisiert.

Immerhin bestehen schon de lege late Ausnahmen zur Gefahrtragung des Käufers:

- Es liegen besondere Verhältnisse vor, die eine Ausnahme begründen (Art. 185 Abs. 1 OR; z.B., wenn der Verkäufer hauptsächlich im eigenen Interesse den Besitz über die Sache einstweilen behält).
- Die Parteien haben vertraglich eine andere Gefahrtragung vorgesehen (Art. 185 Abs. 1 OR).



Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt

Liegt ein gültiger Kaufvertrag vor und wird gestützt auf diesen Rechtsgrund der Besitz am Kaufgegenstand auf den Käufer übertragen, so erwirbt der Käufer mit dem Besitzübergang grundsätzlich auch das Eigentum an der Kaufsache (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Zum Schutz des vorleistenden Verkäufers besteht die Möglichkeit eines **Eigentumsvorbehalts**: Darin wird vereinbart, dass der Verkäufer trotz Besitzübertragung Eigentümer der verkauften Fahrnissache bleibt, bis der Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Ein Eigentumsvorbehalt ist nur dann wirksam, wenn er in einem besonderen Register (Eigentumsvorbehaltsregister) eingetragen ist (Art. 715 f. ZGB).

§ 4 Der Grundstückskauf

Der **Grundstückskauf** («la vente immobilière») wird durch eine Mehrzahl von Rechtsquellen normiert:

- Sedes materiae sind die **Art. 184-186 und 216-221 OR**. Die Art. 216 ff. OR beinhalten **spezielle Regeln** über den Grundstückskauf, wobei Art. 221 OR im Übrigen die entsprechende Anwendung der Bestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187-215 OR) vorsieht.
- Für landwirtschaftliche Grundstücke ist das BG über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB) zu beachten.

Der Grundstückskauf im (engeren Sinn)

Der Grundstückskauf ist gemäss **Art. 216 Abs. 1 OR** ein Kaufvertrag, welcher ein Grundstück zum Gegenstand hat. Durch den Grundstückskauf *verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer Besitz und Eigentum an einem Grundstück zu verschaffen*, während sich der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer dafür den Kaufpreis zu bezahlen: **«Grundstück gegen Geld»**.

Die zeitliche Abfolge der Leistungen ist Sache der vertraglichen Regelung; mangels anderer Abrede gilt die *Zug-um-Zug-Regel* von Art. 184 Abs. 2 OR.

Für den Begriff des Grundstücks ist auf das Sachenrecht abzustellen (Art. 655 Abs. 2 ZGB).

Der Vorvertrag zu einem Grundstückskauf

Der *Vorvertrag* (**Art. 216 Abs. 2 OR**) besteht in der – einseitigen oder zweiseitigen – *Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Grundstückskaufvertrags* (Art. 22 Abs. 1 OR).

Der Vertrag auf Einräumung eines Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechts an einem Grundstück

Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte sind **Gestaltungsrechte**, also Befugnisse, die *Rechtsstellung einer anderen Person einseitig (ohne deren Mitwirkung) zu verändern*.

Im vorliegenden Zusammenhang *geht es stets um vertraglich begründete Vorkaufs-, Kaufs und Rückkaufsrechte*. *Gesetzliche Vorkaufsrechte gehen den vertraglichen vor* (Art. 681 Abs. 3 ZGB).

Mangels anderer Abrede sind sie vererblich, aber nicht abtretbar (**Art. 216b Abs. 1 OR**).

Vereinbaren die Parteien vertraglich die Abtretbarkeit eines solchen Rechts, so bedarf die Abtretung der gleichen Form wie dessen Begründung (Art. 216b Abs. 2 OR).

Der Vertrag auf Einräumung eines Vorkaufsrechts

Durch den Vorkaufsvertrag («le pacte de préemption») wird ein (vertragliches) Vorkaufsrecht begründet: Der *Vorkaufsberechtigte erhält vom Vorkaufsverpflichteten das Gestaltungsrecht, bei Eintritt des Vorkaufsfalls durch einseitige Willenserklärung die Übertragung des Grundstücks zu Eigentum zu beanspruchen*.

Folgende *zwei Arten von Vorkaufsrechten* lassen sich auseinanderhalten:

- Legt der Vorkaufsvertrag den vom Vorkaufsberechtigten *gegebenenfalls zu bezahlenden Kaufpreis schon fest*, spricht man von einem **limitierten (qualifizierten) Vorkaufsrecht**.
- Lassen die Parteien den *Preis noch offen*, liegt ein **nicht limitiertes (unlimitiertes) Vorkaufsrecht** vor.
-

Das Vorkaufsrecht kann **nur ausgeübt werden, wenn der Vorkaufsfall eingetreten ist**, wenn nämlich gemäss **Art. 216c Abs. 1 OR** das Grundstück (formgültig) verkauft wird, also das Verpflichtungsgeschäft mit dem Dritten öffentlich beurkundet wird (Art. 216c Abs. 2 OR).

Der Eintritt des Vorkaufsfalls *löst für den Verkäufer bestimmte Informationspflichten* aus (**Art. 216d Abs. 1 OR**).

Ist der Vorkaufsfall eingetreten, so kann das Vorkaufsrecht **innert dreier Monate (durch Erklärung)** geltend gemacht werden, also das Gestaltungsrecht gegenüber dem Verkäufer (Vorkaufsrechtgeber; Art. 216e Satz 1 OR) ausgeübt werden (**Art. 216c Abs. 1 und Art. 216e OR**).

Sieht der Vorkaufsvertrag nichts anderes vor, so kann der *Vorkaufsberechtigte das Grundstück zu den Bedingungen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten (Drittkäufer) vereinbart hat* (**Art. 216d Abs. 3 OR**).

Die Ausübung des Vorkaufsrechts lässt die vertragliche Beziehung zwischen dem Verkäufer und dem Drittkäufer unberührt, demnach *tut der Verkäufer aber gut daran, die Ausübung des Vorkaufsrechts als Resolutivbedingung in den Kaufvertrag mit dem Dritten aufzunehmen*.

Ein vertragliches Vorkaufsrecht kann gemäss **Art. 216a OR für höchstens 25 Jahre** vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden (vgl. Art. 959 Abs. 1 ZGB; Art. 78 und 123 GBV):

- Die grundbuchliche Vormerkung verstärkt die Position des Vorkaufsberechtigten hinsichtlich der Durchsetzbarkeit seines Rechts (Art. 216e Satz 1 in fine OR).
- Der Grundbuchverwalter hat bestimmte Informationspflichten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten (Art. 969 Abs. 1 ZGB).

Ist ein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt worden, besteht die gleiche Rechtslage, wie wenn diese beiden Parteien miteinander einen Kaufvertrag abgeschlossen hätten. Verweigert der *Vorkaufsverpflichtete die Übertragung des Grundstücks, kann der Berechtigte gegen ihn auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums klagen* (Art. 665 Abs. 1 ZGB).

Der Vertrag auf Einräumung eines Kaufrechts

Der **Kaufrechtsvertrag** («le pacte d’emtion») begründet ein vertragliches Kaufrecht: Der Kaufrechtsgeber (Kaufverpflichtete) räumt dem Kaufrechtsnehmer (Kaufberechtigten) das *Gestaltungsrecht ein, durch einseitige Willenserklärung die Sache käuflich zu erwerben*.

Ein vertragliches Kaufrecht kann für *höchstens 10 Jahre vereinbart* und im Grundbuch vorgemerkt werden (**Art. 216a OR und Art. 959 Abs. 1 ZGB**).

Ist ein Kaufrecht wirksam ausgeübt worden, besteht die gleiche Rechtslage, wie wenn diese beiden Parteien miteinander einen Kaufvertrag abgeschlossen hätten.

Der Vertrag auf Einräumung eines Rückkaufsrechts

Der Vertrag auf Einräumung eines Rückkaufsrechts («le pacte de réméré») räumt *dem Veräusserer (Rückkaufsberechtigten) eines Grundstücks* das Gestaltungsrecht ein, unter gewissen vertraglich festgesetzten Bedingungen durch **einseitige Erklärung** die *entgeltliche Rückübertragung des Grundstücks vom Erwerber (Rückkaufsverpflichteten) zu verlangen*.

Das Rückkaufsrecht kann für die Dauer von **höchstens 25 Jahren** vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden (**Art. 216a OR und Art. 959 Abs. 1 ZGB**).

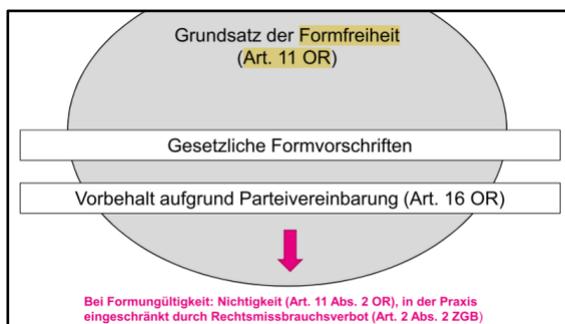
Die Vertragsentstehung

Der Grundstückkaufvertrag entsteht nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts (**übereinstimmende Willenserklärungen nach Art. 1 Abs. 1 OR**).

Der Grundstückkauf bedarf seiner Gültigkeit der **öffentlichen Beurkundung** (**Art. 216 Abs. 1 OR**, Art. 657 Abs. 1 ZGB).

Die öffentliche Beurkundung im Besonderen

Der Begriff der **öffentlichen Beurkundung** gehört dem Bundesrecht an, er wird vom Gesetz nicht umschrieben. Gemäss bundesgerichtlicher Formel versteht man darunter «*die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren*».



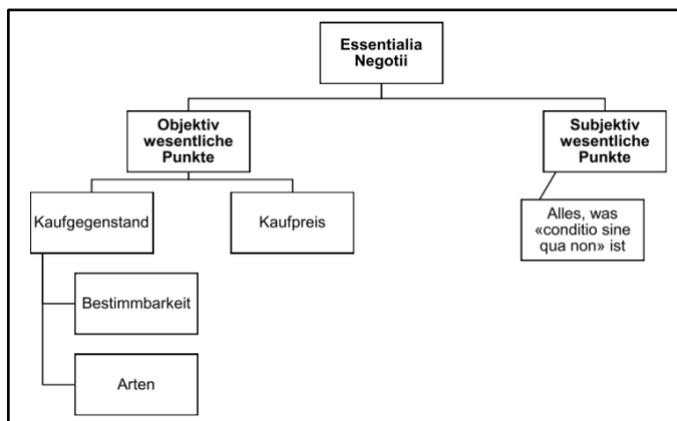
Der Zweck der Formvorschrift von Art. 216 OR lässt sich mit dem *Übereilungsschutz, Abschluss- und Inhaltsklarheit sowie Rechtssicherheit* zusammenfassen.

Das Verfahren, das zur Erstellung einer öffentlichen Urkunde führt, ist grundsätzlich durch die Kantone zu regeln (Art. 55 SchlT ZGB). Doch bestimmt das Bundesrecht, welchen Mindestanforderungen ein kantonales Verfahren zu genügen hat.

- Der *personelle Umfang des Formzwangs* erfasst die Beurkundung der Willenserklärungen beider Parteien.
- Bei der Frage nach dem materiellen Umfang des Formzwangs folgt das Bundesgericht der Formel, wonach der Beurkundungszwang alle wesentlichen Vertragspunkte erfasst, sich also auf die *objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte* bezieht.

Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte

Der Beurkundungszwang erfasst zunächst **alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte** («die für das Geschäft wesensnotwendigen Willenserklärungen, die essentialia negotii»). Es müssen die *Parteien*, *das Kaufobjekt* – also das verkaufte Grundstück, wobei die alleinige Flächenangabe nicht genügt; die *Angaben über Form und Lage* der Parzelle sind vielmehr wesentliche Elemente – und *der Kaufpreis* in der öffentlichen Urkunde aufgeführt sein. Das Bundesgericht spricht von einer *qualifizierten Deklarationspflicht*. Das bedeutet, dass die «Gesamtheit aller Leistungen, welche der Käufer dem Verkäufer als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück zu erbringen hat» beurkundet werden muss.



Wird ein Grundstück zusammen mit Fahrnis zu einem Gesamtpreis (Globalpreis) verkauft, müssen die Fahrnissachen in der öffentlichen Urkunde spezifiziert angegeben werden.

Lassen die Parteien **absichtlich einen unrichtigen Kaufpreis verurkunden**, so liegt eine Simulation vor. Das simulierte Geschäft entfaltet nach Art. 18 Abs. 1 OR keine Wirkungen. Das von den Parteien hingegen *tatsächlich gewollte (dissimulierte) Geschäft ist aufgrund des Formmangels – fehlende Beurkundung – formungültig (Art. 216 Abs. 1 OR)*.

Die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte

Beurkundungspflichtig sind grundsätzlich auch «sämtliche im Einzelfall wesentlichen Vertragsbestimmungen», also «**alle subjektiv wesentlichen Vertragspunkte**».

Begründet wird der Beurkundungszwang vor allem mit den Formzwecken der *Beweissicherung und der Rechtssicherheit*.

Der Beurkundungszwang umfasst nur «Vertragspunkte», verstanden als jene Abreden, die «ihrer Natur nach vom Rahmen eines Kaufvertrages erfasst werden» bzw. unmittelbar den Inhalt des Kaufvertrages, also das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen.

Einzelfragen

Zusicherungen von Eigenschaften des verkauften Grundstücks im Sinn von Art. 197 Abs. 1 OR hat das Bundesgericht als formfrei bezeichnet.

Wird der *Grundstückkaufvertrag mit einem Werkvertrag kombiniert* und vereinbaren die Parteien für Grundstück und Bauwerk einen Gesamtpreis, *muss neben dem Kaufvertrag auch der Werkvertrag (und damit die Werkleistung) öffentlich beurkundet werden*.

Der Formmangel und seine Folgen

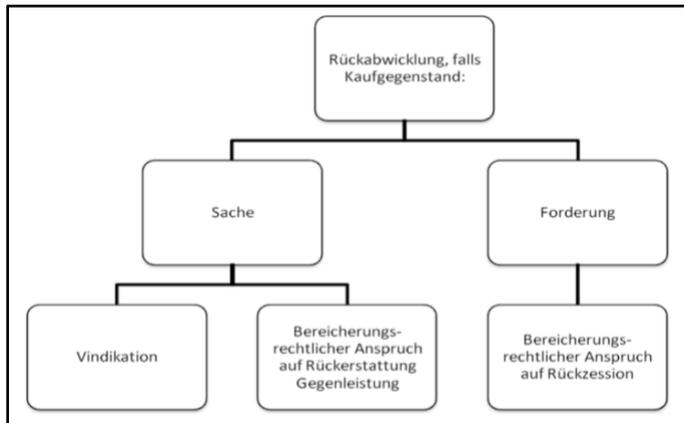
Formmängel sind solche Mängel, welche die Gültigkeit des Grundstückkaufvertrags beeinträchtigen.

- Der Grundstückkauf wurde (entgegen Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB) *gar nicht öffentlich beurkundet*;
- Die öffentliche Urkunde *umfasst nicht alle formbedürftigen Punkte*;
- Die in der öffentlichen Urkunde enthaltenen (formbedürftigen) Punkt sind *nicht korrekt wiedergegeben*;
- Die öffentliche Urkunde ist keine solche im Rechtssinn, weil bei ihrer Errichtung eine Verfahrensvorschrift verletzt wurde.

Demgegenüber hat die *blosse Missachtung von Ordnungsvorschriften durch die Urkundsperson keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Grundstückkaufs*.

Die **Formvorschriften** sind nach Art. 216 Abs. 1 OR (und Art. 11 Abs. 2 OR) **Gültigkeitsvorschriften**. Ihre **Missachtung macht den Kaufvertrag demnach ungültig**.

1. Das Bundesgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Formungültigkeit des Vertrags dessen **Nichtigkeit** bedeutet. Der Grundstückkauf ist unwirksam, vermag also die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht zu entfalten. D.h., die von den Parteien gestützt auf den (unwirksamen) Vertrag erbrachten Leistungen haben keinen gültigen Rechtsgrund und müssen grundsätzlich rückerstattet werden. Die *erfolgreiche Berufung auf den Formmangel nach der Vertragserfüllung räumt den Parteien Rückforderungsansprüche (Vindikation, Art. 641 Abs. 2 ZGB; ungerechtfertigte Bereicherung Art. 62 ff. OR)* ein. Das Gericht muss die Ungültigkeit von Amtes wegen berücksichtigen. Die Ungültigkeit ist in dem Sinn absolut, dass der Mangel nicht geheilt werden kann.



2. Das **Rechtsmissbrauchsverbot** kommt dahingegen zur Anwendung, wenn die Berufung auf den Formmangel im konkreten Fall einen offenbaren Rechtsmissbrauch *im Sinn von Art. 2 Abs. 2 ZGB* darstellt und in diesem Fall unzulässig ist.
3. Der überwiegende Teil der Lehre kritisiert und befürwortet stattdessen **eine Ungültigkeit sui generis**:
 - Die **Formungültigkeit muss von den Parteien geltend gemacht werden**.
 - Wird der Vertrag erfüllt, ohne dass der Mangel von einer Partei geltend gemacht wird, so **heilt** dadurch der Mangel; der Vertrag wird gültig.
 - Die Rechtslage bei erfolgreicher Berufung auf den Formmangel ist dieselbe.
4. Erleidet eine Partei infolge des formungültigen Grundstückkaufvertrags eine **unfreiwillige Vermögensverminderung**,
 - Ist eine Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 Abs. 1 OR) dann zu bejahen, wenn der Gegenpartei eine arglistige Täuschung vorgeworfen werden kann.
 - Eine Haftung kann sich aber auch aus den Regeln über die «culpa in contrahendo» ergeben.

Die Pflichten des Verkäufers

Nach **Art. 184 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 216 Abs. 1 OR** ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer am verkauften Grundstück den Besitz und das Eigentum zu verschaffen.

Das verkaufte Grundstück, das als Kaufsache geschuldet wird, ergibt sich aus dem Vertrag (= meistens Speziaukauf).

Wie beim Fahriskauf ist die **Verpflichtung des Grundstückverkäufers** eine **doppelte**:

- Einerseits hat der Verkäufer dem Käufer den *Besitz am Grundstück zu verschaffen (Art. 184 Abs. 1 OR)*. Die Erfüllung dieser Besitzverschaffungspflicht richtet sich nach Art. 922 ff. ZGB.

- Andererseits hat der Verkäufer die Pflicht, dem Käufer *am verkauften Grundstück das Eigentum zu verschaffen* (**Art. 184 Abs. 1 OR**). Der Verkäufer muss beim zuständigen Grundbuchamt den Käufer durch Abgabe einer Willenserklärung an das Grundbuchamt als neuen Eigentümer anmelden (Art. 963 ff. ZGB).

Der Erwerbsgrund (Kaufvertrag) gibt dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf *Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums* (Art. 665 Abs. 1 ZGB).

Das verkaufte Grundstück muss qualitativ den vertraglich vereinbarten Anforderungen entsprechen. Die genannten Pflichten müssen auch in zeitlicher Hinsicht vertragskonform erfüllt werden.

Die Pflichten des Käufers

Der **Käufer schuldet dem Verkäufer den Kaufpreis** (**Art. 184 Abs. 1 OR**) und ist nach Massgabe von Art. 211 OR zur Annahme des verkauften Grundstücks gehalten.

Die Rechtsgewährleistung

Die Gefahr der vollständigen oder teilweisen **Entwehrung (Eviktion)** stellt sich auch mit Bezug auf Grundstücke. Dabei sind die Regeln über die Rechtsgewährleistung beim Fahrniskauf **sinngemäss anwendbar** (**Art. 221 OR i.V.m. Art. 192 ff. OR**).

Die Sachgewährleistung

Für die Mängelhaftung des Grundstückverkäufers gelten einerseits die Regeln von **Art. 197 ff. OR sinngemäss** (**Art. 221 OR**):

- Zunächst hat der Verkäufer eines Grundstücks nach den allgemeinen Regeln von Art. 197 ff. OR für Mängel der Kaufsache einzustehen.
- Dem Käufer obliegt die **Mängelrüge** (Art. 201 OR).

Andererseits treten **Sonderregeln nach Art. 219 OR** hinzu:

- Die vom Verkäufer angegebene Grundstücksfläche ist als zugesicherte Eigenschaft anzusehen, sodass der **Verkäufer bei Mindermass gewährleistungspflichtig wird** (**Art. 219 Abs. 1 OR**).
- Sodann gilt nach Art. 219 Abs. 3 OR eine besondere **Verjährungsregel** (Verjährung von 5 Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet).

24



Die Gefahrtragung

Ist für die Übernahme des Grundstücks durch den Käufer ein **bestimmter Zeitpunkt vertraglich festgestellt, so wird vermutet, dass Nutzen und Gefahr erst mit diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen** (Art. 220 OR).

Sicherung der Kaufpreisforderung

Für die Sicherung der Kaufpreisforderung hat der Grundstückverkäufer einen **Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts** (**Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB**). Die Eintragung des Pfandrechts muss jedoch spätestens drei Monate nach der Übertragung des Eigentums erfolgen (Art. 838 ZGB).

§ 5 Besondere Arten des Kaufvertrags

⇒ *Nicht Prüfungsrelevant*

Beim **Kauf von Bestandteilen eines Grundstücks**, wie z.B. Früchten oder Material aus Abbruch oder aus Steinbrüchen, erklärt Art. 187 Abs. 2 OR die Bestimmungen über den Fahrniskauf für anwendbar.

Für den **Handelskauf** (kaufmännischer Verkehr) kenn das Gesetz Sondervorschriften:

- Verkäuferverzug und Schadensberechnung (Art. 190 f. OR);
- Vorschriften über den Schadenersatz beim Käuferverzug (Art. 215 OR).

Die **Versteigerung** regelt das OR in den **Art. 229-236 OR**.

- Die *freiwillige private Versteigerung*, die nur einem begrenzten Kreis von Bietern offensteht. Auf sie sind die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR anwendbar (= «gewöhnlicher Kaufvertrag»).
- Die *freiwillige öffentliche Versteigerung*, die im Sinn von Art. 229 Abs. 2 OR öffentlich angekündigt worden ist und an der jedermann bieten kann.

§ 6 Der internationale Warenkauf nach WKR

Für internationale Warenkäufe bleiben gegenüber den OR-Regeln vorbehalten:

- Einerseits das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 («**Wiener Kaufrecht**»);
- Andererseits die kollisionsrechtlichen Normen des *schweizerischen internationalen Privatrechts*, insb. Art. 112 ff. **IPRG**.

§ 7 Der Tausch

Den Tauschvertrag regelt das Gesetz in den **Art. 237 f. OR**. Es verweist dabei grösstenteils auf die Vorschriften über den Kaufvertrag (Art. 237 OR).

- Der Tausch ist ein **Konsensualvertrag**: Er kommt durch den *Austausch übereinstimmender Willenserklärungen* der Parteien zustande.
- Er ist grundsätzlich **formfrei** gültig. Formvorschriften gelten nur für den Tausch von Grundstücken (öffentliche Beurkundung gemäss Art. 216 Abs. 1 OR).
- Beide Parteien sind verpflichtet, die von ihnen versprochene Sache *der Gegenseite zu übertragen und ihr das Eigentum daran zu verschaffen (Art. 184 Abs. 1 OR analog)*.

Besonderheiten ergeben sich dadurch, dass die **Preiszahlungspflicht des Käufers beim Tausch durch eine Sachleistungspflicht ersetzt** wird.

Für die Frage der **Gefahrtragung** sind die allgemeinen Regeln von Art. 119 Abs. 1 und 2 OR anwendbar, sodass jede Partei die Gefahr des zufälligen Untergangs der von ihr zu erbringenden Leistung bis zur Erfüllung trägt.

Werden die Pflichten nicht richtig erfüllt, so gelten grundsätzlich die **Vorschriften des Kaufvertragsrecht über die Rechts- und die Sachgewährleistung (Art. 192 ff. und 197 ff. OR analog)**.

- ⇒ Beim reinen Tauschvertrag *entfällt das Minderungsrecht nach Art. 205 OR*.

§ 8 Die Schenkung

Die Schenkung wird im Gesetz als eigener Vertragstyp in den **Art. 239-252 OR** geregelt. Neben diesen Normen sind für Sonderfragen weitere Bestimmungen massgebend.

Die Schenkung, die einen **Vertrag** darstellt, ist gemäss Art. 239 Abs. 1 OR jede **Zuwendung unter Lebenden**, womit jemand **aus seinem Vermögen** einen anderen **ohne entsprechende Gegenleistung** bereichert.

Entscheidend ist also die **Unentgeltlichkeit der Zuwendung (unter Lebenden) und der Schenkungswille (animus donandi)**.

Gegenstand einer Schenkung kann eine *bewegliche Sache (Fahrnis)*, eine *Forderung* oder ein *Grundstück* sein.

Eine Fahrnisschenkung kann entweder als **Handschenkung oder als Schenkungsversprechen** eingegangen werden. Gleiches gilt für die Schenkung einer (bereits bestehenden) Forderung (deren Zulässigkeit sich auch aus Art 248 Abs. 2 OR ergibt).

Die Erfüllung des Schenkungsversprechen hat als Abtretung in **schriftlicher Form** zu geschehen (**Art. 165 Abs. 1 OR**).

Bei der Grundstückschenkung ist nur das Schenkungsversprechen möglich.

Da es sich bei der Schenkung um ein **zweiseitiges Rechtsgeschäft** handelt, ist für die Vertragsschliessenden grundsätzlich Handlungsfähigkeit zu fordern (Art. 12 ff. ZGB).

Das Schenkungsversprechen ist **formbedürftig (Art. 243 OR)**. Grundsätzlich bedarf das Schenkungsversprechen der Schriftform (Abs. 1). Es genügt, dass **nur derjenige, der das Schenkungsversprechen abgibt, das Dokument unterzeichnet (Art. 13 OR)**.

Die Handschenkung erfolgt durch *Übergabe der Sache vom Schenker an den Beschenkten (Art. 242 Abs. 1 OR)*.

Für die Schenkung von Todesfall hin gelten gemäss **Art. 245 Abs. 2 OR** die Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen.

Schenkungsversprechen und Schenkung von Hand zu Hand	Schenkung unter Auflage und bedingte Schenkung	Schenkung von Todes wegen	Gemischte Schenkung
<ul style="list-style-type: none">• Schenkungsversprechen:<ul style="list-style-type: none">• Erfüllung und Abschluss fallen zeitlich auseinander• Formerfordernisse• Handschenkung: Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft fallen zusammen	<ul style="list-style-type: none">• Bedingte Schenkung: (siehe Art. 151 ff. OR)• Schenkung unter Auflage: Annahmepflicht des Beschenkten (Art. 246 Abs. 1 OR), ggf. Widerrufsrecht des Schenkers (Art. 249 Ziff. 3 OR)	<ul style="list-style-type: none">• Erbrechtliche Formvorschriften sind zu berücksichtigen	<ul style="list-style-type: none">• bei Gegenleistung von geringerem Wert• Mischung zwischen Kauf- und Schenkungsvertrag (Innominatkontrakt mit Typenverschmelzung)• Schenkungsrechtliche Vorschriften auf ganzen Innominatkontrakt anwendbar, wenn Schenkungsabsicht (z.B. bloss symbolischer Preis)

27

Die Pflichten des Schenkers

Der Schenker (der Versprechende) schuldet dem Beschenkten die **Erfüllung seines Schenkungsversprechens (= Besitz- und Eigentumsverschaffungspflicht)**.

Wegen der Unentgeltlichkeit der Zuwendung ist die **Verantwortlichkeit des Schenkers jedoch eingeschränkt (Art. 248 Abs. 1 OR)**:

- Für den Schaden, der dem Beschenkten aus der Schenkung erwächst, ist der Schenker **nur** bei **Absicht oder grober Fahrlässigkeit** haftbar (**Art. 248 Abs. 1 OR**).
- Eine Gewährspflicht (Rechts- und Sachgewährleistung) trifft den Schenker **nur** dann, wenn er es dem Beschenkten **versprochen** hat (**Art. 248 Abs. 2 und 171 Abs. 3 OR**).

Mit der Schenkung können *Bedingungen oder Auflagen* verbunden werden (**Art. 245 Abs. 1 OR**).

Sonderfall einer Bedingung ist die Abrede, dass die geschenkte Sache an den Schenker zurückfallen soll, sofern der Beschenkte vor ihm sterben sollte (Verabredung des Rückfalls; Art. 247 Abs. 1 OR).

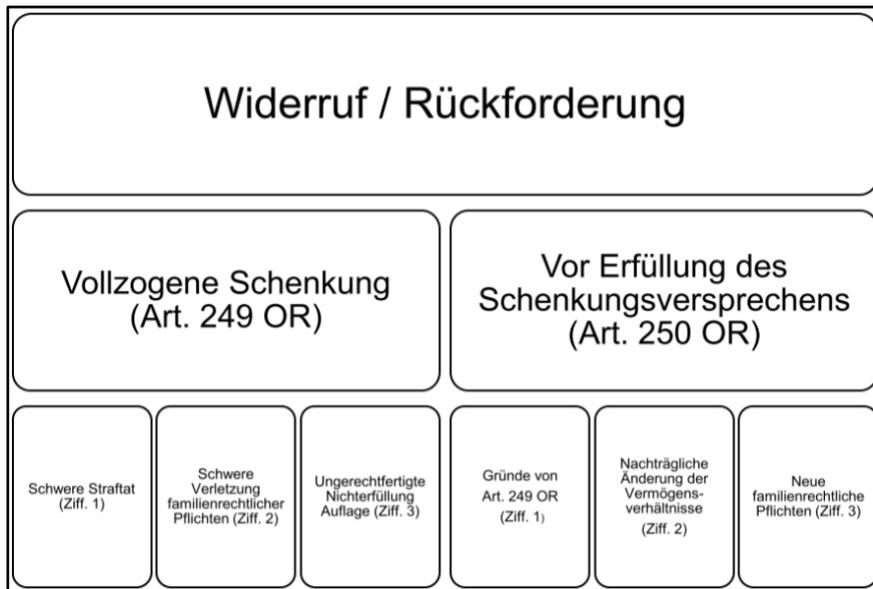
Die Aufhebung der Schenkung

Die **Aufhebung der Schenkung** wird vom Gesetz in **Art. 249 ff. OR** geregelt.

- Die **Rückforderung** der (*bereits erfüllten*) Schenkung: *Art. 249 OR*
- Der **Widerruf oder die Hinfälligkeit** des (*noch nicht erfüllten*) *Schenkungsversprechens*: *Art. 250 OR*.

Der Widerruf kann während **eines Jahres** ab dem Zeitpunkt erfolgen, in welchem der Schenker dem Widerrufsgrund Kenntnis erhalten hat (**Art. 251 Abs. 1 OR**).

Das Widerrufsrecht ist ein absolut höchstpersönliches Recht des Schenkers.



Die Abrede der Parteien kann dahingehen, dass ein Gegenstand «halb geschenkt» verkauft wird (= *gemischtes Vertragsverhältnis*).

Stets müssen sich die Parteien aber einig sein, dass nicht bloss ein «günstiger Kaufpreis» vereinbart wird, sondern dass ein Teil der Leistung **unentgeltlich erfolgt** («*animus donandi*»).

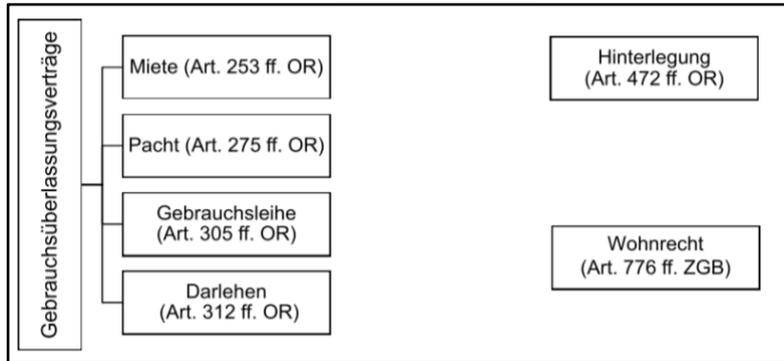
Die **gemischte Schenkung untersteht den Formvorschriften von Art. 243 OR**.

2: Gebrauchsüberlassungsverträge

Die **Gebrauchsüberlassungsverträge** richten sich darauf, *einer Person den Brauch einer Sache während einer bestimmten Zeit zu überlassen*. Das Gesetz sieht entgeltliche und unentgeltliche Varianten vor:

- Die *Miete* (Art. 253 ff. OR), gegen Entgelt;
- Die *Pacht* (Art. 275 ff. OR), gegen Entgelt;
- Die *Gebrauchsleihe* (Art. 305 ff. OR), zu unentgeltlichem Gebrauch;
- Das *Darlehen* (Art. 312 ff. OR). Das Darlehen kann entgeltlich (verzinslich) oder unentgeltlich (zinslos) vereinbart werden (Art. 313 OR). Wirtschaftliches Ziel der Parteien ist es, dem Kreditnehmer den Wert des Geldes für eine bestimmte Zeit zur Verfügung zu stellen («Wertgebrauchsüberlassung»).

Die Gebrauchsüberlassung bezieht sich auf eine bestimmte oder unbestimmte Dauer. *Miete, Pacht, Gebrauchsleihe und Darlehen sind also Dauerverträge*.



§ 10 Die Miete

Sedes materiae des *Mietvertrags* («*le bail à loyer*») sind die **Art. 253-273c OR**:

- Erster Abschnitt: *Allgemeine Bestimmungen* (Art. 253-268b OR);
- Zweiter Abschnitt: *Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen* (Art. 269-270e OR);
- Dritter Abschnitt: *Kündigungsschutz* (Art. 271-273c OR).

Soweit es um Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen geht, stützt sich der Bundesgesetzgeber nicht nur auf Art. 122 Abs. 1 BV, sondern auch auf **Art. 109 BV**.

Neben diesen zentralen Vorschriften sind weitere gesetzliche Bestimmungen des Bundes und der Kantone bedeutsam.

Die Qualifikationsmerkmale

Typisch ist die **Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung (Zur-Verfügung-Stellung)** einer Sache **gegen Entgelt**. Gemäss **Art. 253 OR** verpflichtet sich der Vermieter durch den Mietvertrag, «dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten». Die Gebrauchsüberlassung ist stets auf Dauer angelegt (**Dauervertrag**); das Mietverhältnis kann *befristet oder unbefristet sein* (Art. 255 Abs. 1 OR).

Miete ist *reine Gebrauchsüberlassung*.

- Sie unterscheidet sich von der *Pacht* dadurch, dass es dort um eine nutzbare Sache oder um ein nutzbares Recht geht, das zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge überlassen wird (Art. 275 OR).
- Durch die Entgeltlichkeit unterscheidet sich die Miete von der *Gebrauchsleihe*, die von Gesetzes wegen unentgeltlich ist (Art. 305 OR).
- Bei der Miete stehen die Parteien in einem Austauschverhältnis (Interessengegensatz). Dadurch unterscheidet sich die Miete von der *einfachen Gesellschaft*.

Mit dem Mietvertrag kann – als Vertragsverbindung – ein anderer Vertragstyp kombiniert werden, etwa ein Einzelarbeitsvertrag.

Pacht (Art. 275 ff. OR)	Gebrauchsleihe (Art. 305 ff. OR)	Darlehen (Art. 312 ff. OR)	Hinterlegung (Art. 472 ff. OR)	Wohnrecht (Art. 776 ff. ZGB)
<ul style="list-style-type: none">• Gebrauch und Bezug der Früchte oder Erträge. Gesetzestext verweist oft direkt oder sinngemäss auf Bestimmungen zum Mietvertrag (so ausdrücklich Art. 281, 287 Abs. 3, 288, 290, 292, 300)	<ul style="list-style-type: none">• Unentgeltliche Nutzung zum Gebrauch	<ul style="list-style-type: none">• Übertragung des Eigentums an vertretbaren Sachen• Sache darf verbraucht werden• Rückerstattung von Sachen gleicher Art in gleicher Menge und Güte	<ul style="list-style-type: none">• Anvertrauen einer Sache, ohne Recht zur Nutzung oder zum Gebrauch	<ul style="list-style-type: none">• Kann als beschränktes dingliches Recht ausgestaltet sein• Unübertragbar, unvererblich, entgeltlich oder unentgeltlich• Öffentliche Beurkundung

Die Sache, die beim Mietverhältnis zum Gebrauch überlassen wird, *kann Fahrnis oder eine unbewegliche Sache* sein.

Die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz vor **missbräuchlichen Mietzinsen** (Art. 269 ff. OR) und über den **Kündigungsschutz** (Art. 271 ff. OR) sind nur bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen anwendbar, allerdings mit Erweiterungen und Ausnahmen (**Art. 253a und 253b OR**).

Der Vermieter ist regelmässig *Eigentümer der Mietsache*.

Die Vertragsentstehung

Erforderlich für die Entstehung des Mietvertrags ist der **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen** im Sinn von Art. 1 Abs. 1 OR. Objektiv wesentlich («*essentialia negotii*») sind die *Gebrauchsüberlassung, deren Gegenstand und die Entgeltlichkeit des Vertrags*.

Das Bundesgericht verlangt zusätzlich die **Einigung der Parteien über die Höhe des Mietzinses** und betrachtet – falls eine solche Einigung fehlt – den Vertrag als (konsensmässig) nicht zustande gekommen.

Als Vertragsparteien sind bei der einfachen Miete auf Vermieter- und auf Mieterseite je eine Person beteiligt.

Liegt eine **gemeinsame Miete** vor, ist jeweils das Innenverhältnis der jeweiligen Gemeinschaft auf einer Parteiseite (das interne Verhältnis unter den Vermietern bzw. unter den Mietern) vom Aussenverhältnis (dem Verhältnis gegenüber der Mietvertragsgegenpartei) zu unterscheiden:

- Für das **Innenverhältnis** sind die Regeln massgebend, denen die jeweilige Gemeinschaft untersteht (z.B. eheliche Gemeinschaft nach Art. 159 ff. ZGB).
- Im **Aussenverhältnis** stellt sich besonders die Frage, ob Solidarhaftung besteht und ob Veränderungen im Innenverhältnis Wirkungen auf das Aussenverhältnis zeitigen.

Für den Vertragsabschluss stellt das Gesetz *grundsätzlich keine Formvorschrift* auf, auch nicht für die Wohnungs- oder Geschäftsmiete. Zu beachten ist jedoch, dass das Mietrecht für die Vertragsabwicklung mehrere **Formvorschriften** enthält (*meistens Schriftlichkeit*): Art. 259g OR, Art. 260a Abs. 1 und 2 OR, Art. 263 Abs. 1 OR, Art. 266l Abs. 1 OR, Art. 257d OR und Art. 269d OR.

Der Inhalt des Mietverhältnisses ergibt sich grundsätzlich aus der Vereinbarung der Parteien. Vorbehalten bleibt zwingendes Gesetzesrecht (Art. 19 Abs. 2 OR).

Die Pflichten des Vermieters

Gemäss **Art. 256 Abs. 1 OR** ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch *tauglichen Zustand zu übergeben* und in demselben *zu erhalten*.

Art. 256 Abs. 1 OR bezieht sich einerseits auf die qualitativen Aspekte der Gebrauchsunterlassung (*Rechtsgewährleistung und Sachgewährleistung*), andererseits aber auch auf die Erfüllungszeit («zum vereinbarten Zeitpunkt»).

Die beschriebene Pflicht des Vermieters ist nur teilweise dispositiv, zum anderen Teil **«relativ zwingend»**:

- **Zwingend** ist die beschriebene Hauptpflicht des Vermieters (**Art. 256 Abs. 2 lit. b OR**).
- Möglich sind hingegen Freizeichnungsklauseln bei der Miete von Mobilien, sofern sie individuell ausgehandelt wurden, das heisst nicht in AGB enthalten sind.

Den Vermieter treffen schliesslich auch verschiedene **Nebenflichten**:

- Die *Auskunftspflicht nach Art. 256a OR*, allerdings nur «auf Verlangen des Mieters».
- Die Pflicht zur *Tragung der mit der Sache verbundenen Lasten und öffentlichen Abgaben (OR 256b)*.
- Pflicht zur *ordnungsgemässen Behandlung der durch den Mieter geleisteten Sicherheiten (OR 257e)*.
- Die Pflicht zur *Zustimmung zu einem Untermietverhältnis (Art. 262 Abs. 2 OR)*.

Die Folgen der Nichterfüllung und der mangelhaften Erfüllung

Das Mietvertragsrecht fasst die Nichterfüllungsfälle zusammen. Dagegen unterscheidet das OR danach, ob die Leistungsstörung schon bei der Übergabe der Mietsache besteht oder ob erst während der Mietdauer – also nach Übernahme der Sache («Mietantritt») – Störungen entstehen (vgl. die Randtitel zu Art. 258 und 259 ff. OR).

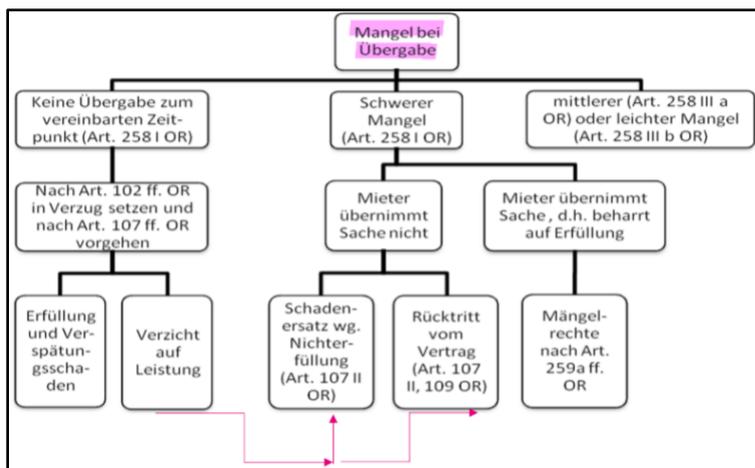
1. Mängel zum Zeitpunkt der Übergabe der Sache

Die Leistungsstörung kann schon **im Zeitpunkt der Übergabe der Sache** eintreten. In Betracht fallen vor allem zwei Fälle, die beide in einer wesentlichen Vertragsabweichung bestehen:

- Der Vermieter übergibt die Sache (*überhaupt*) *nicht zum vereinbarten Zeitpunkt* (**Verzug; Art. 102 Abs. 2 OR**; z.B. Doppelvermietung).
- Die Sache wird übergeben, sie weist jedoch schon *bei der Übergabe Mängel auf*, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so umschreibt **Art. 258 Abs. 1-3 OR die Rechtsfolgen**. Der Mieter hat danach zwei Möglichkeiten:

- Er kann entweder nach den **Art. 107-109 OR über die Nichterfüllung** von Verträgen vorgehen.
 - (1) Das setzt grundsätzlich (Ausnahme: Art. 108 OR), die **Ansetzung einer angemessenen Nachfrist** voraus (Art. 107 Abs. 1 OR). Vorweg hat der Mieter das Recht, die Übernahme der Mietsache einstweilen zu verweigern (Art. 258 Abs. 2 OR e contrario).
 - (2) Bei unbenütztem Ablauf der Nachfrist kann er die **Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR** ausüben.
 - o Namentlich kann er die **Übernahme der Mietsache definitiv verweigern**.
 - o Oder er kann die Sache **übernehmen und auf gehöriger Erfüllung beharren**; diesfalls stehen ihm die Ansprüche aus **Art. 259a-i OR** zu (**Art. 258 Abs. 2 OR**).



- **Bei geringfügigen Mängeln** im Zeitpunkt der Übergabe steht dem Mieter kein Rücktrittsrecht zu. Er kann jedoch die Ansprüche aus Art. 259a-i OR geltend machen (Art. 258 Abs. 3 OR).

2. Mängel während der Mietdauer

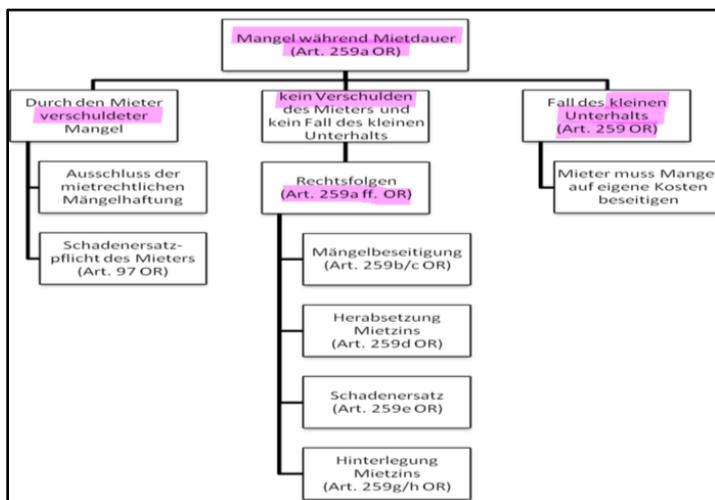
Die **Art. 259 ff. OR** betreffen Mängel und Störungen, die **während der Mietdauer** also nach Übernahme der Sache (nach Mietantritt) entstehen.

Art. 259a Abs. 1 OR knüpft daran an, dass an der Mietsache Mängel entstehen, die der Mieter weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat. Es geht also um **Mängel oder Störungen des Mieters im vertragsgemässen Gebrauch**:

- Hauptfall ist der Mangel der Mietsache. Die Mietsache ändert ihren Zustand also derart, dass sie den **Anforderungen des Vertrags nicht mehr entspricht**. Denkbar sind einerseits **(1) unerfüllte Zusicherungen des Vermieters** bezüglich der vermieteten Sache, andererseits **(2) Abweichungen der Mietsache** von dem nach Vertrag in guten Treuen vorausgesetzten Zustand.
- Mit der **Störung des Mieters im vertragsgemässen Gebrauch der Sache** umschreibt das Gesetz Beeinträchtigungen, deren Ursache nicht ein Sachmangel ist. In Betracht kommen einerseits **tatsächliche Störungen wie Lärm oder andere Immissionen** (vgl. auch Art. 257h Abs. 3 OR). Denkbar ist aber auch eine **Entwehrung durch Dritte** (vgl. Art. 259f OR).

Weiter ist für die Vermieterhaftung **vorausgesetzt**:

- Dass der **Mieter den Mangel nicht selber zu verantworten hat** (Art. 259a Abs. 1 OR);
- Dass der Mangel nicht den sog. «kleinen Unterhalt» betrifft, für den der Mieter selber aufkommen muss (Art. 259 und 259a OR);
- Dass der Mieter **nicht auf seine Mängelrechte verzichtet hat**.



Sind die beschriebenen Haftungsvoraussetzungen erfüllt, so entsteht ein Bündel von **(Mängel-)Rechten des Mieters (Übersicht in Art. 259a OR)**. Grundsätzlich bestehen diese Ansprüche **kumulativ**.

1. Das Recht auf **Mängelbeseitigung**: Der Mieter kann verlangen, dass der Vermieter den Mangel innert angemessener Frist beseitigt (Art. 259a Abs. 1 lit. a und Art. 259b OR; Ausnahmefall in Art. 259c OR). **Unterlässt der Vermieter die fristgerechte Mängelbeseitigung**, so verfügt der Mieter über zusätzliche Befehle (Art. 259b OR):
 - a. Über das Recht zur **fristlosen Kündigung** (lit. a);
 - b. Über das Recht zur **eigenen Mängelbeseitigung** (Ersatzvornahme) **auf Kosten des Vermieters** (lit. b).
2. Das Recht auf **Herabsetzung des Mietzinses** (Art. 259a Abs. 1 lit. b und Art. 259d OR). Dieses Recht ist nach der hier vertretenen Meinung ein Gestaltungsrecht. Die Erklärung des Mieters muss in der Zeit zwischen der Entstehung des Mangels und der Beendigung des Mietverhältnisses abgegeben werden und das Mass der Herabsetzung entsprechend der Schwere des Mangels ausdrücklich nennen.
3. Das Recht auf **Schadenersatz**: **Bei Verschulden** des Vermieters hat der Mieter Anspruch auf Schadenersatz (Art. 259a Abs. 1 lit. c und Art. 259e OR).
4. Das Recht auf **Übernahme des Rechtsstreits mit einem Dritten**: Falls ein Dritter einen Anspruch auf die Sache erhebt, so muss der Vermieter auf Anzeige des Mieters hin den Rechtsstreit übernehmen (Art. 259a Abs. 1 lit. d und 259f OR). Dies ist ein Fall von Rechtsgewährleistung.
5. Das Recht auf **Hinterlegung des Mietzinses**: Der Mieter einer unbeweglichen Sache, der die Beseitigung des Mangels verlangt, kann den Mietzins, allenfalls unter Einschluss der Nebenkosten, nach Massgabe der **Art. 259a Abs. 2 und Art. 259g ff. OR** hinterlegen. Die Interessen des Vermieters bleiben insofern gewahrt, als der Mieter seine Ansprüche innert einer Frist von 30 Tagen seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses geltend machen muss.

Die **Verjährung der Mängelrechte** des Mieters ergeben sich nach **Art. 127 ff. OR**.

Die Pflichten des Mieters

Als Hauptpflicht hat der Mieter dem Vermieter den **Mietzins zu bezahlen** (Art. 253 und 257 OR).

Die Mietzinsschuld muss rechtzeitig (fristgerecht) bezahlt werden. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, ist sie eine **Bringschuld** (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR).

Bei der Miete von Geschäftsräumen hat der Vermieter zur Sicherung seiner Forderungen ein besonderes **Retentionsrecht** (Art. 268-268b OR).

Sodann können die Parteien vereinbaren, dass der Mieter eine **Sicherheit** («Mietzinskaution») leistet. Bei der Wohnraummiete darf eine solche Sicherheit **höchstens drei Monatszinse** ausmachen (Art. 257e Abs. 2 OR). Der Mieter hat die Pflicht, die gemietete Sache sorgfältig zu gebrauchen (Art. 257f Abs. 1 und 2 OR). Ganz allgemein verlangt Art. 257f OR vom Mieter den vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache.

Für die **Kündigung** nach Art. 257f Abs. 3 OR gelten weitere Voraussetzungen: Einerseits ist eine **schriftliche Abmahnung erforderlich**; andererseits darf **wegen der Pflichtverletzung des Mieters dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten** sein.

Hat der Vermieter gekündigt, weil der Mieter seine **Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme** schwer verletzt hat, so ist einerseits die Anfechtbarkeit der Kündigung eingeschränkt (Art. 271a Abs. 3 lit. c OR), andererseits eine Erstreckung des Mietverhältnisses bei Wohn- und Geschäftsräumen ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. b OR). Schliesslich **treffen den Mieter weitere Pflichten**:

- Die Pflicht zur Leistung einer Sicherheit, sofern dies vertraglich vereinbart ist (Art. 257e OR);
- Die Pflicht, **Mängel, welche der Mieter nicht selber beseitigen muss, dem Vermieter zu melden** (Art. 257g Abs. 1 OR);
- Die Pflicht, gewisse Arbeiten an der gemieteten Sache zu dulden (Art. 257h OR);
- Bei Beendigung des Mietverhältnisses die Pflicht zur Rückgabe der Sache in dem Zustand, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt (Art. 268 Abs. 1 OR).

Der Zahlungsrückstand insbesondere

Für den **Verzug des Mieters** stellt Art. 257d OR besondere Regeln auf. Voraussetzung ist, dass der Mieter nach Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinsen oder Nebenkosten im Rückstand ist (Abs. 1).

- Der Vermieter kann dem Mieter **schriftlich eine Zahlungsfrist** ansetzen und ihm androhen, dass bei unbenützttem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d Abs. 1 Satz 1 OR).
 - o Erforderlich ist zunächst eine **schriftliche Nachfristansetzung** durch den Vermieter. Die Dauer der Nachfrist beträgt **mindestens zehn Tage**, bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens dreissig Tage (Art. 257d Abs. 1 Satz 2 OR; «modifizierte Zugangstheorie»).
 - o Nach der Rechtsprechung ist eine ausdrückliche Kündigungsandrohung erforderlich.
- **Bezahlt der Mieter auch innert der angesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter auf das Ende eines Monats kündigen** (Art. 257d Abs. 2 OR).
- Auf den Termin der wirksamen Kündigung hin hat der Mieter das Mietobjekt zurückzugeben.
- Der Mieter, der durch seinen Zahlungsverzug Anlass zur vorzeitigen Vertragsauflösung gegeben hat, schuldet dem Vermieter überdies **Schadenersatz**. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist grundsätzlich das positive Interesse zu ersetzen, berechnet nach dem vertraglich vereinbarten Mietzins, der dem Vermieter entgangen ist zwischen der vorzeitigen Vertragsauflösung und dem Zeitpunkt, auf den das Mietobjekt «objektiverweise» hätte weitervermietet werden können.

Die Beendigung der Miete als Dauerschuldverhältnis

Der Mieter kann bei vorzeitiger Rückgabe der gemieteten Sache grundsätzlich nicht von seinen Verpflichtungen befreit werden (Art. 264 Abs. 1 OR erster Satzteil; Dauerschuld des Mieters). Auch bei vorzeitiger Rückgabe der Mietsache **schuldet demnach der Mieter grundsätzlich den Mietzins** bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann (Art. 264 Abs. 2 OR).

- Der Mieter wird befreit, wenn er einen für den Vermieter **zumutbaren neuen Mieter** («Ersatzmieter») vorschlägt (Art. 264 Abs. 1 OR).

Auseinanderzuhalten sind bei den Beendigungsgründen einerseits die *ordentlichen und andererseits die ausserordentlichen Beendigungsgründe*:

Ordentliche Kündigung:

Ordentliche Kündigung: Es sind zu beachten

- *Fristen (mind. 3 Monate)*
- *Termine! (z.B. Ende jedes Monats oder etwa jeweils Ende März, Ende Juni und Ende September; 4 Termine pro Jahr, wenn keine Angaben)*
- *Formvorschriften: Familien usw.*
- *Rechtzeitige Anfechtung oder Erstreckung*
 - o **WICHTIG: Jeweils Kündigung anfechten und gleichzeitig Erstreckung.**

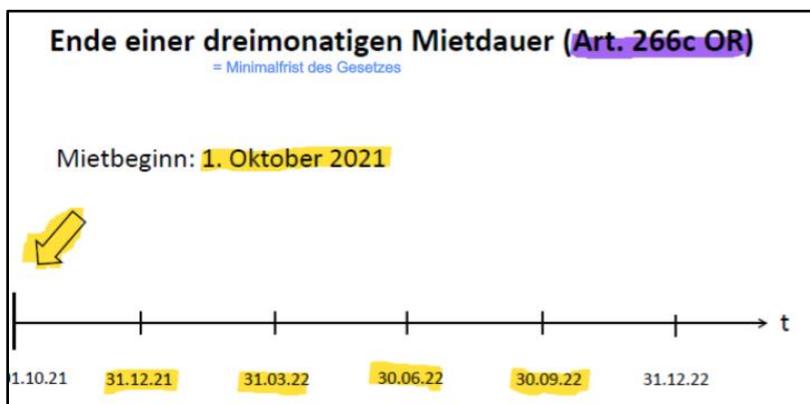
Liegt ein **befristetes Mietverhältnis** vor, haben also die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Vertragsdauer vereinbart, mit deren Ablauf das Mietverhältnis **ohne Kündigung** enden soll, so endet dieses ohne Kündigung mit Ablauf dieser Dauer (Art. 266 Abs. 1 und Art. 255 Abs. 2 OR).

Ist das **Mietverhältnis unbefristet** (Art. 255 Abs. 3 OR), so kann *es unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine von jeder Partei gekündigt werden* (Art. 266a Abs. 1 OR).

- Kündigung (*Kündigungserklärung*) ist die *einseitige Willenserklärung* eines Vermieters oder Mieters, worin dieser zum Ausdruck bringt, dass er das Mietverhältnis auflösen will; er übt damit ein auflösendes Gestaltungsrecht aus. Auszugehen ist vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit.
- **Kündigungstermin** ist jener Zeitpunkt, auf den hin das Mietverhältnis wirksam aufgelöst werden kann (Art. 266b-d OR).
- **Kündigungsfrist** ist die Zeitspanne, die zwischen dem Zugang der Kündigungserklärung beim Adressaten und dem Kündigungstermin liegen muss.
- Halten die Parteien die gesetzlichen oder vertraglichen Fristen oder Termine nicht ein, so gilt die *Kündigung für den nächstfolgenden Termin* (Art. 266a Abs. 2 OR).

Für den Fall, dass die Parteien keine längere Frist oder keinen anderen Termin vereinbart haben, stellt das Gesetz eigene Fristen und Termine auf (Art. 266b-f OR).

Für die *Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen* stellt das Gesetz *besondere Formvorschriften* auf (Randtitel zu Art. 266l ff. OR).



Ausserordentliche Kündigung:

1. Die Kündigung aus wichtigen Gründen, welche die *Vertragserfüllung für die kündigende Partei unzumutbar machen* (**Art. 266g Abs. 1 OR**). Wichtige Gründe liegen nur dann vor, wenn die betreffenden Umstände bei objektiver Betrachtung die Erfüllung bis zur ordentlichen Auflösungsmöglichkeit billigerweise unzumutbar machen. Zudem dürfen diese Umstände **nicht auf dem Verschulden der kündigenden Partei beruhen**. Als Rechtsfolgen sind vorgesehen:
 - a. Kündigung auf beliebigen Zeitpunkt (Art. 266g Abs. 1 OR).
 - b. Art. 266g Abs. 2 OR und Art. 4 ZGB
2. Möglich ist die **fristlose Kündigung** des Vermieters bei *Konkurs des Mieters* (Art. 266h OR).
3. Das *Kündigungsrecht der Erben* beim Tod des Mieters (Art. 266i OR).
4. Die Kündigung des Mieters einer beweglichen Sache, die seinem privaten Gebrauch dient und vom Vermieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit vermietet wird (Art. 266k Satz 1 OR).
5. Weiter vorzeitige Kündigungsmöglichkeiten sind im Gesetz an verschiedenen Orten verstreut (Art. 257d Abs. 2 OR, Art. 257f Abs. 3 und 4 OR, Art. 259b lit. a OR, Art. 261b OR).

Die aufgelöste Miete

Aus dem Wesen des Mietverhältnisses als Gebrauchsüberlassungsverhältnis folgt, dass das *Mietobjekt dem Vermieter am Ende der Mietzeit zurückgegeben werden muss (Art. 267 Abs. 1 OR)*.

Der Mieter muss gemäss Art. 267 Abs. 1 OR die Sache *in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt*. Er braucht für die sich aus dem korrekten vertragsgemässen Gebrauch ergebenden Abnutzungen nicht einzustehen. Der Mieter *haftet für den sorgfältigen Umgang (Artikel 257f Abs. 1 OR)*.

Den Vermieter treffen bei der Rückgabe besondere Obliegenheiten: er muss den Zustand der Sache prüfen und Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem sofort mitteilen; andernfalls verliert er seine Ansprüche (Art. 267a Abs. 1 und 2 OR).

Gibt der Mieter trotz Auflösung des Vertrags die Räumlichkeiten nicht frei, schuldet er dem Vermieter nebst allfälligem *Schadenersatz* bis zur Räumung jedenfalls *eine Mietzins ähnliche Entschädigung*.

Die Durchsetzung der Rückgabepflicht bei Immobiliarmiete insbesondere

Die Rückgabepflicht am Ende des Mietverhältnisses trifft auch den Mieter von Wohn- oder Geschäftsräumen. Wird die *Räumung zu Unrecht verweigert*, schuldet der Mieter **aus Verzug** seiner Rückgabepflicht zwar Schadenersatz (Art. 103 OR), doch es stellt sich die Frage, wie die *Räumungsobligation gegen den Mieter durchgesetzt werden kann*:

1. Der Vermieter darf das noch besetzte Mietobjekt **nicht mit Selbsthilfe** räumen. Er *muss dafür staatliche Hilfe in Anspruch nehmen*.
2. Das Verfahren zur Ausweisung des Mieters (Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren) bestimmt sich seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung nach Bundesrecht.
 - Im Erkenntnisverfahren entscheidet das Gericht, ob die Rückgabepflicht des Mieters besteht und fällig ist. Für klare Fälle sieht das Gesetz vor, dass über die Ausweisung im *summarischen Verfahren* entschieden werden kann (Art. 248 lit. b und Art. 257 ZPO).
 - Bei unbenutztem Ablauf dieser Frist ist der Vermieter befugt, die Entfernung des Mieters und seiner Habe aus den Räumlichkeiten auf dem Weg der *Zwangsvollstreckungsmittel* nach Art. 343 ZPO zu verlangen.

Pflichten des Vermieters

Nach Beendigung der Miete schuldet der Vermieter jene Handlungen, die zur *Freigabe einer vom Mieter allenfalls gezahlten Sicherheitsleistung führen (Art. 257e Abs. 3 OR)*.

Schutzvorschriften zugunsten des Mieters

Das Mietrecht enthält eine Vielzahl von **Schutzvorschriften im Interesse des Mieters**.

Schutzvorschriften, die sich grundsätzlich auf alle Mietverhältnisse beziehen, sind im Gesetz verstreut.

- Die **Auskunftspflichten des Vermieters** gegenüber dem Mieter (**Art. 256a und Art. 257b Abs. 2 OR**);
- die **Nichtigkeit von Freizeichnungsklauseln** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (**Art. 256 Abs. 2 lit. a OR**);
- die Schriftform der Nachfristansetzung der Kündigungsandrohung beim Zahlungsrückstand des Mieters (**Art. 257 OR**);
- die Mängelrechte im Allgemeinen (**Art. 258 ff. OR**);
- der **Entschädigungsanspruch des Mieters** aufgrund *eigener Investitionen* am Mietobjekt (**Art. 260a Abs. 3 OR**);
- Die **Durchbrechung des Grundsatzes „Kauf bricht Miete“** (**Art. 261 OR**);
- die grundsätzliche Möglichkeit der **Untermiete**; sie erfordert zwar die Zustimmung des Vermieters, doch darf diese nur aus bestimmten Gründen verweigert werden (**Art. 262 Abs. 1 und 2 OR**);
- Das Recht zur **vorzeitigen Rückgabe der Mietsache** nach Massgabe von Art. 264 OR;
- die Nichtigkeit eines Verrechnungsverbots (**Art. 265 OR**);
- das Kündigungsrecht der Erben beim Tod des Mieters (**Art. 266i OR**);
- die **ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit bei beweglichen Sachen** (**Art. 266k OR**);
- die Nichtigkeit von Vereinbarungen über Leistungen bei der Rückgabe der Mietsache (**Art. 267 Abs. 2 OR**);
- die **Prüfungs- und Rügeobligation des Vermieters für Mängel bei der Rückgabe** der Mietsache (**Art. 267a OR**).

Schutzschriften bei der Wohn- und Geschäftsmiete

Besondere **Schutzschriften zugunsten des Mieters** gelten für die **Miete von Wohn- und Geschäftsräumen**:

- Gewisse Koppelungsgeschäfte im Zusammenhang mit der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen sind von Gesetzes wegen *nichtig* (Art. 254 OR).
- *Freizeichnungsklauseln des Vermieters* bezüglich seiner Pflicht, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben sind **nichtig** (Art. 256 Abs. 2 lit. b OR).
- Beim Zahlungsverzug des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen werden **besondere Mindestfristen** aufgestellt (Art. 257d Abs. 1 und 2 OR).
- Haben die Parteien eine Sicherheitsleistung in Geld oder Wertpapiere durch den Vermieter vereinbart, stellt Art. 257e OR *Schutzvorschriften für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Vermieters* auf.
- für die **Kündigung** ist beim Wohn- und Geschäftsräumen eine besondere Form und bei Kündigung des Vermieters ein **Formularzwang** vorgeschrieben (Art. 266l OR).
- Es besteht die Möglichkeit, das Mietverhältnis im Grundbuch vorzumerken (Art. 261b Abs. 1 OR und Art. 959 ZGB).

Die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse

Als missbräuchlich bezeichnet Art. 269 OR im Sinne einer „Regel“ Mietzinse, wenn damit **ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird** oder wenn sie auf **einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis** beruhen (Art. 269 OR).

Zur Berechnung des zulässigen Mietzinses verwendet die Rechtsprechung neben dem Begriffspaar **Markt- und Kostenmiete** zwei weitere **Berechnungsmethoden**: die **absolute und die relative**:

- Bei der **absoluten Berechnungsmethode** wird der für ein Objekt *allgemein zulässige Mietzins* berechnet (wird vom BGer aus Art. 269 OR abgeleitet).
- Bei der **relativen Berechnungsmethode** wird das *Vertrauen in das bisherige Verhalten des Vertragspartners* geschützt. Daher werden hier *nur die seit der letzten Mietzinsfestsetzung unberücksichtigt gebliebenen Erhöhungsfaktoren in die Betrachtung einbezogen*.

Vertraglich vereinbarte Mietzinse werden im Anfechtungsfall **grundsätzlich nach der absoluten Methode** überprüft. Demgegenüber hat **bei einseitigen Änderungsbegehren** im laufenden Mietverhältnis **grundsätzlich die relative Methode den Vorrang**.

Ist die Missbräuchlichkeit des Mietzinses erstellt, kann sich die **Anfechtung des Mieters** grundsätzlich beziehen auf:

- Einen *bestehenden Mietzins* während der Mietdauer (Art. 270a OR);
- eine *Mietzinserhöhung des Vermieters* oder eine andere einseitige Vertragsänderung (Art. 270b OR);
- einen indixierten oder gestaffelten Mietzins (Art. 270c und 270d OR), beides allerdings nur in engen Grenzen.

Das **Anfechtungsrecht besteht zunächst gegen Mietzinserhöhungen**: Der Mieter kann eine solche Erhöhung bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Art. 269 und 269a OR **anfechten**; er hat dies **binnen 30 Tagen** seit Mitteilung der Erhöhung zu tun (Art. 270b Abs. 1 OR).

Anfechtbar kann auch der **bestehende Mietzins** sein. Hat sich die *Berechnungsgrundlage des Mietzinses wesentlich verändert* und ergibt sich für den Vermieter aus dem Mietzins einen *übersetzten Ertrag*, so kann der Mieter vom Vermieter gemäss Art. 270 a OR **schriftlich die Herabsetzung** des Mietzinses auf den nächstmöglichen Kündigungstermin verlangen.

Dem Vermieter bleiben daraufhin **30 Tage, um Stellung zu nehmen**. Verweigert er die Mietzinsherabsetzung, so kann der Mieter sein Begehren in der 30 Tagen bei der Schlichtungsbehörde stellen (Art. 270a Abs. 2 OR).

Unter speziellen Voraussetzungen ist schliesslich **sogar der Anfangsmietzins anfechtbar** (Art. 270 Abs. 1 OR). Anfechtung eines Mietvertrags, dem der Vermieter selber zugestimmt hat, wird vom Gesetz **nur unter engen Voraussetzungen zugelassen** („pacta sunt servanda“), nämlich wenn:

- der Mieter sich zum Vertragsabschluss gezwungen sah (Art. 270 Abs. 1 lit. a OR); oder
- Der Vermieter den Mietzins gegenüber dem früheren Mietzins für *dieselbe Sache erheblich erhöht hat* (Art. 270 Abs. 1 lit. b OR).

Nicht anfechtbar, sondern **nichtig** ist eine Mietzinserhöhung dann, wenn der Vermieter:

- Die Mietzinserhöhung dem Mieter *nicht auf einem amtlichen kantonalen Formular mitteilt* (**Art. 269d Abs. 2 lit. a OR**);
- Die Erhöhung *nicht begründet* (Art. 269d Abs. 2 **lit. b OR**);
- mit der Erhöhung die *Kündigung ausspricht oder diese androht* (Art. 269d Abs. 2 **lit. c OR**).

Nichtige Mietzinserhöhungen können jederzeit **beanstandet werden**; Der Mieter ist nicht an die Fristen von Art. 270 ff. OR gebunden.

Während des Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens **gilt der bestehende Mietvertrag unverändert weiter** (**Art. 270e OR**). Wird jedoch die Änderung des Mietzinses gutgeheissen, so ist die Erhöhung oder die Herabsetzung **rückwirkend von dem Zeitpunkt an geschuldet, an dem sie ohne Verfahren gültig in Kraft getreten wäre**.

Die Anfechtung der Kündigung

Sowohl der Mieter als auch der Vermieter können gemäss **Art. 271 OR** innerhalb von 30 Tagen (**Art. 273 Abs. 1 OR**) eine **Kündigung bei der Schlichtungsbehörde anfechten**, falls sie **gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst** (**Art. 271 f. OR**). Zugunsten des Mieters ist das Anfechtungsrecht **zwingend** (**Art. 273c OR**). Gemäss Art. 271 Abs. 2 OR muss die Kündigung auf Verlangen der Gegenpartei **begründet** werden.

Zur Konkretisierung der Generalklausel von Art. 271 OR listet **Art. 271a OR missbräuchliche Kündigungsgründe des Vermieters** beispielhaft auf. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

Nach **Art. 271 Abs. 3 OR** können die in Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR aufgeführten Anfechtungsgründe in bestimmten Fällen entfallen.

Von der **Anfechtbarkeit der Kündigung ist deren Nichtigkeit zu unterscheiden**. Eine Kündigung ist **nichtig**, falls ihr ein schwerer Mangel anhaftet, wie etwa bei Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form (**Art. 2660 i.V.m. Art 2661 OR**). Die **Nichtigkeit** ist von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Die Erstreckung des Mietverhältnisses

Häufiger als die Anfechtung der Kündigung kommt in der Praxis das **Begehren um gerichtliche Erstreckung** vor (**Art. 272 ff. OR**).

Voraussetzung der Erstreckung ist, dass die Beendigung eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses für den Mieter oder seine Familie **eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist** (**Art. 272 Abs. 1 OR**). Dem Mieter wird durch die Erstreckung **Zeit gegeben, eine angemessene Wohnung zu suchen**. Nach der gängigen Praxis bezeichnet der Begriff der Härte **alle Umstände des konkreten Einzelfalls, die sich für den Mieter insoweit nachteilig auswirken, als sie ihn bei der erfolgreichen Suche nach einem Ersatz und innerhalb der noch verbliebenen Zeit behindern oder ihm die erfolgreiche Suche erschweren**.

Das Gericht hat im Streitfall die verschiedenen Interessen des Mieters und des Vermieters gegeneinander abzuwägen, wobei **Art. 272 Abs. 2 OR** die wichtigsten **zu berücksichtigenden Umstände** ausdrücklich aufführt. **Art. 272a Abs. 1 OR** führt sodann Fälle auf, bei denen **die Erstreckung ausgeschlossen** ist.

Die **Höchstdauer** der Erstreckung beträgt **für Wohnungen 4 Jahre**, für Geschäftsräume 6 Jahre; im Rahmen dieser Höchstdauer können **eine oder zwei Erstreckungen** gewährt werden.

Der Mieter, dem schon einmal eine Erstreckung gewährt worden ist, kann **eine zweite Erstreckung verlangen** (**Art. 272 Abs. 3 OR**), soweit er darauf **nicht verzichtet hat** (**Art. 272b Abs. 2 in fine OR**) und die gesetzliche Höchstdauer der Erstreckung noch nicht erreicht ist (**Art. 272b Abs. 1 OR**).

Art. 273 Abs. 2 und 3 OR regeln die Fristen für die Erstreckung.

Auch die Vorschriften über die Erstreckung sind grundsätzlich zugunsten des Mieters **zwingendes Recht** (Art. 273c OR).

Verfahrensfragen

Vor dem 1. Januar 2011 (Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO) regelten die Kantone das Verfahren für mietrechtliche Streitigkeiten.

Seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO ist das Verfahren **bundesrechtlich** geregelt.

Gemäss **Art. 197 ZPO** geht dem **gerichtlichen Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch** vor einer **Schlichtungsbehörde** voraus.

Die **örtliche Zuständigkeit** ist für die Immobiliarmiete in **Art. 33 ZPO** geregelt: für Klage aus Miete und Pacht unbeweglicher Sachen ist das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig.

Hinsichtlich des Verfahrens sind vorweg folgende Punkte festzuhalten:

- Die einschlägigen OR-Bestimmungen verweisen auf die ZPO.
- Weist die zuständige Behörde ein Begehren des Mieters betreffend Anfechtung der Kündigung ab, so prüft sie **von Amtes wegen**, ob das **Mietverhältnis erstreckt werden kann** (Art. 273 Abs. 5 OR).

Die **Schlichtungsbehörde** ist die *erste Anlaufstelle* für mietrechtliche Fragen. Sie soll einerseits bei Streitigkeiten „in formloser Verhandlung“ versuchen, die Parteien zu versöhnen (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Sodann können die Parteien die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht vereinbaren (Art. 361 Abs. 4 ZPO). Und schliesslich ist die Schlichtungsbehörde Beratungsstelle (Art. 201 Abs. 2 ZPO).

Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens bildet Eintretensvoraussetzung für das nachfolgende gerichtliche Verfahren. Der **Klage ist die Klagebewilligung** beizulegen (Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO).

Kommt **keine Einigung** zustande, hält die Schlichtungsbehörde dies im Protokoll fest und geht wie folgt vor:

- in den vom Gesetz vorgesehenen *wenigen Fällen* (Art. 212 und Art. 361 Abs. 4 ZPO) fällt sie *einen Entscheid*.
- In gewissen, vom Gesetz umschriebenen Streitigkeiten aus Miete von Wohn- und Geschäftsräumen steht es ihr frei, **einen Urteilsvorschlag** zu unterbreiten. Der Vorschlag gilt als angenommen und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids, wenn ihn keine Partei in 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung ablehnt (Art. 211 Abs. 1 ZPO).
- in den übrigen Fällen stellt sie die Klagebewilligung aus. Die Klagefrist beträgt grundsätzlich 30 Tage (Art. 209 Abs. 1 und 4 ZPO).

Ist **keine Einigung** vor der Schlichtungsbehörde zustande gekommen, kann die Partei, welcher die Klagebewilligung ausgestellt worden ist in 30 Tagen **Klage beim Gericht einreichen** (Art. 209 Abs. 1 und 4 ZPO).

Einzelfragen

Der Mieter muss Arbeiten an der Sache durch den Vermieter dulden, wenn sie **zur Beseitigung von Mängeln oder zur Behebung oder Vermeidung von Schäden notwendig ist** (Art. 257h Abs. 1 OR). Ansprüche des Mieters auf Herabsetzung des Mietzinses und auf Schadenersatz bleiben vorbehalten (Art. 260 Abs. 2 OR). Doch sind Neuerungen und Änderungen **nur zulässig, wenn sie dem Mieter zugemutet werden können** und das Mietverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 260 Abs. 1 OR).

Andererseits darf der Mieter nur dann Erneuerungen und Änderungen an der Sache vornehmen, wenn der Vermieter **schriftlich zugestimmt hat** (Art. 260a Abs. 1 OR).

Durch Vermieter (Art. 260 OR)	<ul style="list-style-type: none">• Sofern• zumutbar• ungekündigtes Mietverhältnis• Rücksichtnahme auf Interessen des Mieters• Zweck: Kein «Herausmodernisieren»
Durch Mieter (Art. 260a OR)	<ul style="list-style-type: none">• Schriftliche Zustimmung des Vermieters• Wiederherstellung des früheren Zustandes (sog. Rückbau) kann nur verlangt werden, wenn schriftlich vereinbart• Entschädigung zug. Mieter, falls erheblicher Mehrwert und nichts anderes vereinbart wurde

Eine **Untervermietung** durch den Mieter ist nur mit **Zustimmung des Vermieters** zulässig (**Art. 262 Abs. 1 OR**). indessen darf der Vermieter diese Zustimmung lediglich aus bestimmten, im Gesetz umschriebenen Gründen verweigern (**Art. 262 Abs. 2 OR**).

Der **Untermieter ist vertraglich nicht mit dem Vermieter verbunden**, sondern hat nur einen Mietvertrag mit dem Mieter. Endet der Hauptmietvertrag, muss auch der Untermieter die Mietsache dem Vermieter zurückgeben (vgl. auch **Art. 273b Abs. 1 OR**).

Vermieter - Mieter	Mieter - Untermieter	Vermieter - Untermieter
<ul style="list-style-type: none"> • Zustimmung des Vermieters (Art. 262 Abs. 1 OR) • Verweigerung nur in bestimmten Fällen zulässig (Art. 262 Abs. 2 OR) • Untervermietung trotz berechtigter Verweigerung als ausserordentlicher Kündigungsgrund (Art. 266g OR) 	<ul style="list-style-type: none"> • Mietvertrag (Anwendung von Art. 253 ff. OR) • Zustimmung des Vermieters ist kein Gültigkeitserfordernis • Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Untermietvertrags nach Art. 97 Abs. 1 OR • Erstreckungsanspruch nur so lange Hauptmietverhältnis andauert (Art. 273 Abs. 1 OR) 	<ul style="list-style-type: none"> • Keine vertragliche Beziehung zwischen Vermieter und Untermieter, ABER: • Rechte des Vermieters • Vertragsgemässer Gebrauch (Art. 262 Abs. 3 OR) • Retentionsrecht nach Art. 268 Abs. 3 OR bei Geschäftsräumlichkeiten

Der Mieter von **Geschäftsräumen** kann das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen **Dritten übertragen** (**Art. 263 Abs. 1 OR**).

- Der Dritte tritt anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein (**Art. 263 Abs. 3 OR**; Auswechslung einer Vertragspartei).
- Der bisherige Mieter ist von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter grundsätzlich befreit, haftet jedoch für eine gewisse Zeit noch solidarisch mit dem neuen Mieter (**Art. 263 Abs. 4 OR**).

Die **Art. 261-261b OR** befassen sich mit dem **Wechsel des Eigentümers**. Dazu kann es kommen, wenn:

- Der Vermieter die Sache nach Abschluss des Mietvertrags veräussert;
- Dem Vermieter die Sache in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren entzogen und einem anderen zugeschlagen wird;
- Der Vermieter einem Dritten ein beschränktes dingliches Recht einräumt und dies einem Eigentümerwechsel gleichkommt (**Art. 261a OR**).

Art. 261 Abs. 1 OR sieht vor, dass das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber übergeht. Der neue Eigentümer hat noch Massgabe von **Art. 261 Abs. 2 OR gewisse Möglichkeiten der vorzeitigen Vertragsauflösung**.

- Kündigt der neue Eigentümer früher, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter gestattet hätte, so **haftet dieser dem Mieter für allen daraus entstehenden Schaden** (**Art. 261 Abs. 3 OR**).
- Eine Verstärkung der Mieterposition wird durch die Vormerkung der Miete im Grundbuch erreicht (**Art. 261b Abs. 1 OR** und **Art. 959 ZGB**).

<p>«Kauf bricht Miete nicht»</p> <ul style="list-style-type: none"> • Übergang des Mietverhältnisses auf neuen Eigentümer (vgl. 261 und 261a OR)
<p>Kündigungsrecht des neuen Eigentümers:</p> <ul style="list-style-type: none"> • auf nächsten gesetzlichen Termin mit gesetzlicher Kündigungsfrist • bei Wohn- und Geschäftsräumen: nur bei dringendem Eigenbedarf

§ 11 Die Pacht

Allgemeines

Die Rechtsquellen

Der Pachtvertrag wird zunächst durch die **Art. 275-304 OR** geregelt. Zu beachten sind ebenfalls das Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht und die Verordnung über die Bemessung des landwirtschaftlichen Pachtzinses.

Die Qualifikationsmerkmale

Der gewöhnliche Pachtvertrag kennzeichnet sich gemäss **Art. 275 OR** dadurch, dass sich der *Verpächter verpflichtet, dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge zu überlassen*, und dass der *Pächter verpflichtet ist, dafür einen Pachtzins zu leisten*.

- Objekt des Vertrags ist eine **nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht**. Dieses wird zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge überlassen, und zwar auf Dauer.
- Der Vertrag ist **entgeltlich** (Pachtzins).

Der Pachtvertrag ist abzugrenzen:

- Vom *Mietvertrag* (Art. 253 ff. OR), bei denen es um die *schlichte Gebrauchsüberlassung* (nicht um eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht und nicht um den Bezug der Früchte oder Erträge geht).
- Vom *Lizenzvertrag*, bei dem es um die Überlassung eines Immaterialgüterrechts oder einer ähnlichen Rechtsposition zur Nutzung und zum Bezug der Erträge geht.
- Von *sachenrechtlichen Nutzungsrechten* (Art. 745 ff. ZGB; *Nutzniessung*). Im Gegensatz zu solchen dinglichen Rechten (Wirkung erga omnes) stellt die Pacht eine ausschliesslich schuldrechtliche Rechtsbeziehung dar, welche nur die Vertragsparteien verpflichtet.

Der Vertragsabschluss

Der Pachtvertrag kommt nach den gewöhnlichen Regeln zustande: Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (**Art. 1 OR**).

Wiederum gelten relativ zwingende Bestimmungen zugunsten des Pächters. Namentlich muss der Verpächter die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt und in einem zur vorausgesetzten Benutzung und Bewirtschaftung tauglichen Zustand übergeben (**Art. 278 Abs. 1 OR**).

Die Rechtslage

1. Die Pflichten der Parteien

Hauptpflicht des Verpächters ist, die Sache nach Massgabe des Vertrags in einem **zur vorausgesetzten Benutzung und Bewirtschaftung tauglichen Zustand zu übergeben** und, soweit es um grössere Reparaturen geht, diese auf eigene Kosten vorzunehmen (**Art. 278 Abs. 1 und 279 OR**).

Der Pächter schuldet als Hauptpflichten einerseits den **Pachtzins und allfällige Nebenkosten** (**Art. 281 OR**); andererseits muss er die Sache sorgfältig gemäss ihrer Bestimmung bewirtschaften (Bewirtschaftungspflicht; Art. 283 Abs. 1 OR). Den Pächter treffen ebenso wie den Verpächter weitere Nebenpflichten.

2. Die Verweisungen auf das Mietrecht

Der Gesetzgeber hat das Pachtrecht so aufgebaut, dass an mehreren Stellen ausdrücklich auf **die mietrechtlichen Bestimmungen verwiesen wird**. Ausdrückliche Verweise können, müssen aber nicht vorkommen.

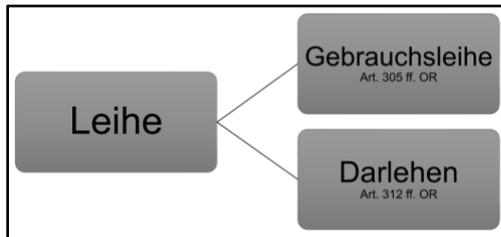
Der Sache nach (und trotz Fehlens einer ausdrücklichen Verweisung) kommen aber auch weitere Ideen des Mietrechts beim Pachtrecht zu tragen, zum Beispiel die folgenden:

- Die Zahlungspflicht des Pachtzinses durch den Pächter und die *Folgen des Zahlungsrückstandes* (Art. 281 und 282 OR);
- Die Sorgfalts-, Melde- und Duldungspflichten des Pächters (Art. 283-287 OR);
- Die Erneuerungen und Änderungen durch den Pächter (Art. 289a OR);
- Usw.

§ 12 Die Gebrauchsleihe, das Darlehen und der Konsumkreditvertrag

Im 9. Titel behandelt das OR die Leihe.

In den beiden Abschnitten, aus denen der Titel besteht, regelt das Gesetz einerseits die **Gebrauchsleihe (Art. 305 ff. OR)**, andererseits das **Darlehen (Art. 312 ff. OR)**. Praktisch bedeutsam ist im vorliegenden Zusammenhang auch der Konsumkreditvertrag, der durch das KKG geregelt wird.

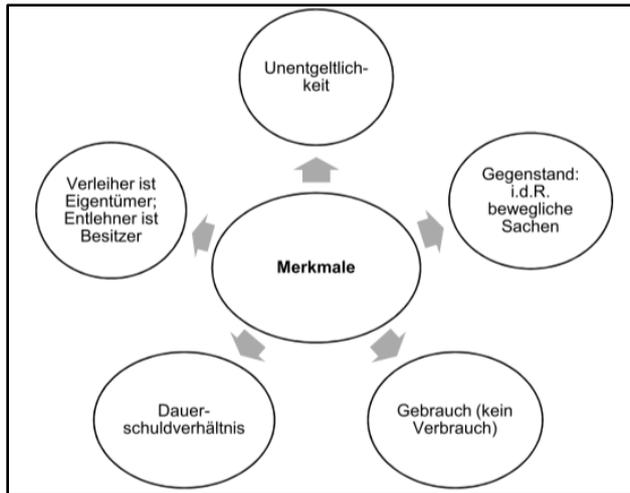


Die Gebrauchsleihe

Durch den **Gebrauchsleihevertrag** («le prêt à usage») verpflichtet sich der **Verleiher**, dem **Entlehner** eine Sache zum **unentgeltlichen Gebrauch** zu überlassen, und der Entlehner, dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauch dem Verleiher zurückzugeben (**Art. 305 OR**):

- Die **Gebrauchsüberlassung einer Sache** (auf Zeit) und
- Die **Unentgeltlichkeit** des Geschäfts. Aufgrund ihrer Unentgeltlichkeit ist die Gebrauchsleihe bei den **unvollkommen zweiseitigen Verträgen** einzuordnen.

Die Schuld des Verleihers ist eine Dauerschuld und damit der Vertrag ein Dauervertrag.
Die Überlassung zum Gebrauch kann eine bewegliche oder unbewegliche Sache betreffen.



Die Gebrauchsleihe ist abzugrenzen:

- Von der **Miete** (Art. 253 ff. OR) unterscheidet sich die Gebrauchsleihe dadurch, dass der Leihvertrag **stets unentgeltlich** ist (Art. 305 OR).
- Vom **Darlehen** (Art. 312 ff. OR) unterscheidet sich die Gebrauchsleihe dadurch, dass der **Verleiher Eigentümer der übertragenen Sache bleibt**, während beim Darlehen die **geliehene Summe oder die anderen überlassenen vertretbaren Sachen ins Eigentum des Borgers** (Kreditnehmers) gelangen (Art. 312 OR).
- Beim **Hinterlegungsvertrag** (Art. 472 ff. OR) geht es um die **sichere Aufbewahrung** der übergebenen Sache durch den Aufbewahrer; der **Aufbewahrer darf die hinterlegte Sache denn grundsätzlich auch nicht gebrauchen** (Art. 474 Abs. 1 OR).
- Die **Nutzniessung** (Art. 745 ff. ZGB) vermittelt dem Nutzniesser ein **dingliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht** am Nutzniessungsobjekt (Art. 755 Abs. 1 ZGB).

Die Gebrauchsleihe kommt als **Konsensualvertrag** nach den allgemeinen Regeln durch den Austausch **übereinstimmender Willenserklärungen** zustande (**Art. 1 OR**). Die Übergabe der Sache ist bereits Vertragserfüllung. Eine **besondere Form schreibt das Gesetz nicht vor**.

Die Pflichten der Parteien

Der **Verleiher** verpflichtet sich zur **unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung**. Er hat die Sache demnach zu übergeben und den (**vertragsgemässen**) **Gebrauch des Entlehners zu dulden** (**Art. 305 OR** implizit).

Überdies **schuldet der Verleiher dem Entlehner Ersatz für ausserordentliche Verwendungen**, die der Entlehner **im Interesse des Verleihers hat machen müssen** (**Art. 307 Abs 2 OR**). Für die entsprechende Forderung steht dem Entlehner nach Massgabe der **Art. 895 ff. ZGB ein (dingliches) Retentionsrecht** zu.

Die Art. 305 ff. OR enthalten zum Fall einer **mangelhaften Leihsache keine Regelung**. Diese «echte Lücke» lässt sich durch die **analoge Anwendung des Schenkungsrechts (Art. 248 Abs. 1 OR)** und der allgemeinen Regeln zur **positiven Vertragsverletzung (Art. 97 ff. OR)** füllen: Für Schäden infolge mangelhafter Leihsache **haftet der Verleiher nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz**.

Verleiher	Entlehner	Wegen Verzug	Mehrere Entlehner
<ul style="list-style-type: none"> Erfüllungsanspruch → Überlassung des Leihgegenstandes (Art. 305 OR) Schadenersatz bei Nicht- oder Schlechterfüllung (Art. 97 ff. OR) <small>zur allgemeinen keine synallagmatische Verträge</small> Nachtr. Unmöglichkeit: Art. 119 Abs. 1 OR Gewährleistung: Zum Gebrauch erforderliche bzw. zugesicherte Eigenschaften, aber Haftungsminde rung i.S. v. Art. 97 Abs. 1 i.V.m. 99 Abs. 2 OR 	<ul style="list-style-type: none"> Rückgabe der geliehenen Sache (Speziesschuld) Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff. OR für jedes Verschulden, auch bei Schlechterfüllung Nachtr. Unmöglichkeit: Art. 119 Abs. 1 OR Haftung für Zufall (Art. 306 Abs. 3 OR) 	<ul style="list-style-type: none"> Kein Synallagma → Keine Anwendung von Art. 107 ff. OR Erfüllungs- bzw. Schadenersatzanspruch, Zufallshaftung (Art. 103 OR) 	<ul style="list-style-type: none"> Solidarische Haftung (Art. 308 OR) Erhaltungs- und Rückgabepflicht

Der Entlehner hat die Pflicht, die Sache nicht anders als vertragsgemäss zu gebrauchen und sie **nach gemachtem Gebrauch dem Verleiher zurückzugeben (Art. 305 OR)**.

- Der zulässige Gebrauch bestimmt sich primär **nach dem Vertrag (Art. 306 Abs. 1 OR)**. Der Entlehner darf die Sache **nicht einem anderen überlassen (Art. 306 Abs. 2 OR)**.
- Im Weiteren trägt der **Entlehner die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache (Art. 307 Abs. 1 OR)**. Er muss somit für die gewöhnlichen Unterhaltskosten aufkommen.
- Haben mehrere Personen eine Sache gemeinschaftlich entlehnt, so haftet sie dem Verleiher solidarisch für die Erfüllung der Entlehnerpflichten (**Art. 308 OR**).

Die Beendigung

Der Entlehner kann den Vertrag **jederzeit kündigen**, freilich unter Vorbehalt von Art. 2 ZGB und besonderen Abreden.

Zur Befugnis des Verleihers, die überlassene Sache **infolge Vertragsbeendigung zurückzuverlangen**:

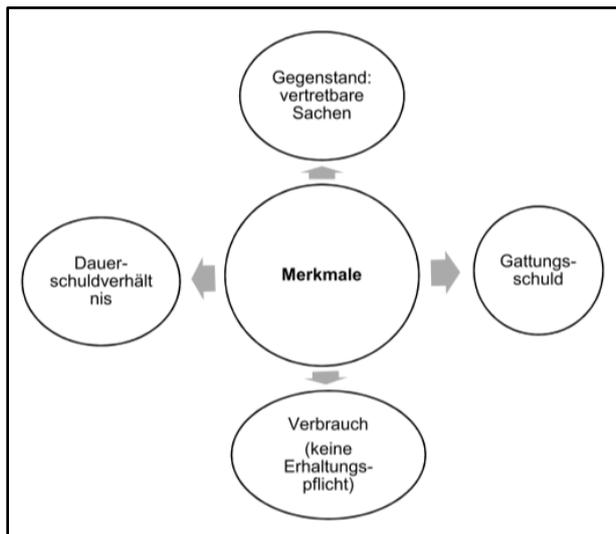
1. Als Dauervertrag endet die Gebrauchsleihe zunächst **mit Ablauf einer vereinbarten Dauer**. Ist die Dauer **nicht durch eine konkrete Zeitangabe bestimmt, so endet der Vertrag, sobald der Entlehner den vertragsmässigen Gebrauch gemacht hat**, oder dieser hätte stattfinden können (**Art. 309 Abs. 1 OR**).
2. Lässt sich eine solche vereinbarte Dauer nicht ermitteln, so kann der Verleiher die Sache **beliebig zurückfordern (Art. 310 OR)**.
3. Das Gesetz kennt sodann **ausserordentliche Beendigungsgründe**:
 - a. Die Gebrauchsleihe endet von Gesetzes wegen mit **dem Tod des Entlehnens (OR 311)**.
 - b. Der Verleiher hat sodann ein **vorzeitiges Kündigungsrecht** in den von **Art. 309 Abs. 2 OR** vorgesehenen Fällen: Er kann dann kündigen, wenn der Entlehner die Sache **vertragswidrig gebraucht** (Vertragsverletzung) oder verschlechtert oder sie einem Dritten zum Gebrauch überlässt (**vgl. Art. 306 Abs. 2 OR**), oder wenn der Verleiher selbst wegen eines unvorhergesehenen Falls der Sache dringend bedarf.

Ordentliche Beendigung	Ausserordentliche Beendigung (Art. 309 Abs. 2 OR)	Beendigung von Gesetzes wegen (Art. 311 OR)
<ul style="list-style-type: none"> Automatische Beendigung: Ende vertragsgemässe Nutzung oder Ablauf vereinbarte Dauer (Art. 309 Abs. 1 OR) Bei unbestimmtem Gebrauch: Rückforderung auf beliebigen Termin (Art. 310 OR) 	<ul style="list-style-type: none"> Vertragswidriger Gebrauch Verschlechterung des Zustands der Sache Gebrauchsüberlassung an einen Dritten Unvorhergesehener dringender Eigenbedarf Allg.: Wichtige Gründe 	<ul style="list-style-type: none"> Tod des Entlehnens (dispositiv) Erben haben Pflicht zur sofortigen Rückgabe (Art. 311 OR) Nur anwendbar auf natürliche Personen Tod des Verleihers <ul style="list-style-type: none"> kein Beendigungsgrund u.U. ao. Kündigungsgrund für Erben

Das Darlehen

Durch den **Darlehensvertrag** («le prêt de consommation») verpflichtet sich der Darleiher (Darlehensgeber) zur *Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen*, der Borger (Darlehensnehmer) dagegen zur *Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte* (**Art. 312 OR**):

- Der Darlehensvertrag ist ein **Gebrauchsüberlassungsvertrag** und damit ein Dauervertrag.
 - o Gegenstand eines Darlehens kann irgendeine vertretbare Sache sein
- Zu diesem Zweck wird vom Darleiher (Kreditgeber) **Eigentum an dieser Geldsumme (oder an anderen vertretbaren Sachen) auf den Borger übertragen**; der Darleiher behält eine obligatorische Forderung auf Rückerstattung der gleichen Summe oder von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte.
- Das Darlehen kann **verzinslich oder unverzinslich** sein (**Art. 313 OR**). Im ersten Fall liegt ein vollkommen, im zweiten ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag vor.



Das Darlehen ist abzugrenzen von ähnlichen Vertragstypen:

- Von der **Gebrauchsleihe** (Art. 305 ff. OR) unterscheidet sich das Darlehen, als das der Borger beim *Darlehen nicht zur Rückgabe der gleichen Sache, sondern einer Sache der nämlichen Art* verpflichtet ist. Zudem ist die *Gebrauchsleihe im Gegensatz zum Darlehen stets unentgeltlich*.
- Im Gegensatz zu den **Veräußerungsverträgen** erhält der Borger nicht Eigentum als Selbstzweck, sondern zum «Wertgebrauch».
- Von der **Hinterlegung** (Art. 472 ff. OR): Der Borger soll die überlassene Geldsumme benutzen können, während es bei der *Hinterlegung um die sichere Aufbewahrung* geht.

Zwei besondere Arten des Darlehens sind separat zu erwähnen:

- Beim **partiarischen Darlehen** verabreden die Parteien, dass der Borger anstelle des Zinses oder neben dem Zins einen bestimmten *Anteil an Geschäftsgewinn an den Darleiher zahlt* (Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag wichtig; Art. 530 ff. OR).
- Der **Konsumkreditvertrag** wird durch ein Sondergesetz geregelt.

Das Darlehen kommt als Konsensualvertrag nach den allgemeinen Regeln durch den Austausch **übereinstimmender Willenserklärungen** zustande (**Art. 1 OR**). Die *Aushändigung der Darlehenssumme* ist bereits Bestandteil der Vertragserfüllung. Eine besondere Form schreibt das Gesetz nicht vor.

Die Pflichten der Parteien

Der **Darleiher** schuldet nach Massgabe des Vertrages einerseits die *Übertragung des Eigentums* an der Geldsumme und andererseits die *Überlassung des Geldes während der Vertragsdauer* (*Wertgebrauchsüberlassung*).

Dieser Überlassungspflicht kann der Darleiher in Sonderfällen Einreden entgegenhalten:

- Die Einrede der **Zahlungsunfähigkeit des Borgers**: Der Darleiher kann die Aushändigung des Geldes verweigern, wenn der Borger *seit dem Vertragsabschluss zahlungsunfähig geworden ist* (Art. 316 Abs. 1 OR).

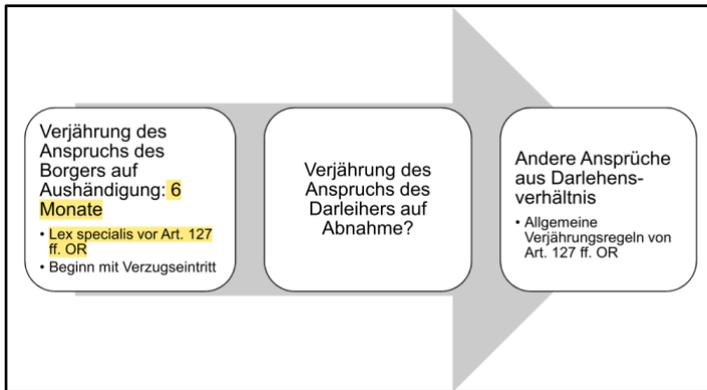
- Die Einrede der **Verjährung**: Der Anspruch des Borgers auf Aushändigung des Darlehens **verjährt in sechs Monaten ab Eintritt des Verzugs (Art. 315 OR)**.

Der Borger hat die Geldsumme (oder die anderen vertretbaren Sachen) vertragsgemäss entgegenzunehmen und nach Vertragsablauf wieder **in gleicher Summe bzw. in Sachen der nämlichen Art** in gleicher Menge und Güte zurückzuerstatten (**Art. 312 OR**). Diese Rückzahlungsverpflichtung bestimmt sich wertmässig nach dem Nominalbetrag (Wertschuld).

- **Zinsen** sind im **gewöhnlichen Verkehr** nur dann zu zahlen, wenn sie verabredet sind (**Art. 313 Abs. 1 OR**). Im **kaufmännischen Verkehrs** sind **stets Darlehenszinsen zu leisten (Art. 313 Abs. 2 OR)**. Zu besonderen Zinsvorschriften ist auch **Art. 314 OR** zu beachten.
- Kommt der Borger beim verzinslichen Darlehen mit seiner Zinszahlungspflicht **in Verzug (Art. 102 OR)**, so kann der Darleiher nach den **Art. 107 ff. OR vorgehen**.
- Wird ein Darlehen ausschliesslich **zu einem bestimmten Zweck ausgerichtet**, so besteht die vertragliche Nebenpflicht des Borgers, die Geldsumme **nur für diesen vereinbarten Zweck zu verwenden**.
- Die zurückzuerstattende Summe entspricht dem hingegebenen Darlehen (Nominalwert).
- Der Anspruch des Darleihers auf Annahme des Darlehens (verstanden als Entgegennahme des Darlehens) verjährt **in sechs Monaten**, ab Eintritt des Verzuges gerechnet (**Art. 315 OR**).

Für die **Verjährung des Rückerstattungsanspruchs des Darleihers** ist von den allgemeinen Regeln der **Art. 127 und Art. 130 Abs. 1 OR** auszugehen, wonach die **Verjährungsfrist 10 Jahre** beträgt und mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen beginnt.

- Liegt ein **befristetes Darlehen** vor, so beginnt die **Verjährungsfrist mit dem Ablauf der festen Vertragsdauer zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR)**.
- Beim **unbefristeten Darlehen** ist die Rechtslage umstritten. Der **Wortlaut von Art. 130 Abs. 2 OR** spricht dafür, den Verjährungslauf mit dem Tag **beginnen zu lassen, auf den die Kündigung möglich ist**.
- Grundpfandgesicherte Darlehensforderungen sind **unverjährbar (Art. 807 ZGB)**.

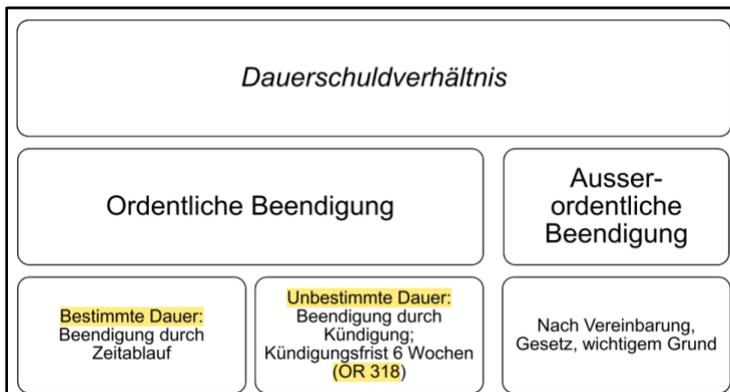


Die Beendigung

Als Dauerschuldverhältnis **endet der Darlehensvertrag mit Ablauf der vereinbarten Dauer** oder durch eine **wirksame Kündigung** nach Massgabe der vertraglichen Kündigungsfristen und -termine.

Mangels solcher Vereinbarungen ist ein Darlehen **innerhalb von sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzubezahlen (Art. 318 OR)**.

Aus wichtigem Grund kann ein Darlehensvertrag auch vorzeitig gekündigt werden.



Der Konsumkreditvertrag

Der **Konsumkreditvertrag**, ein Konsumentenvertrag, ist ein Vertrag über eine besondere Kreditierung, die in einem Darlehen bestehen kann, aber auch in anderen Formen vorkommt. Er ist speziell geregelt durch das Bundesgesetz über den Konsumkredit (**KKG**).

Art. 1 Abs. 1 KKG umschreibt den Konsumkreditvertrag als einen *Vertrag, durch den eine kreditgebende Person (Kreditgeberin) einem Konsumenten einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht*. Folgende Elemente sind typisch:

- Die **Kreditgewährung**, die in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder versprochen wird;
- Die **Beteiligung einer Kreditgeberin (Art. 2 KKG)**;
- Die **Beteiligung eines Konsumenten** als Kreditnehmer, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der *nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Art. 3 KKG)*.

Der Konsumkreditvertrag ist kein «feststehender Vertragstyp» im Sinn des besonderen Vertragsrechts. Vielmehr können *Verträge verschiedener Typen den Regeln des KKG unterstellt sein* – dies dann, wenn die **Anwendungsvoraussetzungen von Art. 1 ff. KKG** erfüllt sind.

Das Konsumkreditgesetz verfolgt eine doppelte Zielrichtung:

- Einerseits sollte das schweizerische Konsumkreditrecht an die europäischen Vorgaben angenähert werden, namentlich an das europäische Recht,
- Andererseits soll das Gesetz, das sich nach seinem Ingress auf Art. 97 BV abstützt, die Konsumenten schützen.

Der Geltungsbereich wird durch Art. 7 und 8 KKG näher präzisiert.

Mit dem KKG werden die *Konsumkreditverträge abschliessend durch den Bund geregelt* (Art. 38 KKG).

Der Gerichtsstand für Klagen aus Konsumkreditverträgen richtet sich nach **Art. 32 ZPO**.

Abschluss, Form und Inhalt des Vertrags

Erforderlich ist zunächst nach den allgemeinen Regeln der **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (Art. 1 OR)**.

Das KKG selber enthält ein Verbot der aggressiven Werbung (Art. 36a KKG). Im Übrigen richtet sich die Werbung für Konsumkredite nach dem UWG (Art. 36 KKG).

Der Konsumkreditvertrag untersteht einer **qualifizierten Form**: Er ist *schriftlich* abzuschliessen, und der **Konsument muss eine «Kopie des Vertrags» erhalten (Art. 9 und 11-12 jeweils Abs. 1 KKG**, auch Art. 16 Abs. 2 KKG).

In dieser Form muss der Vertrag überdies einen **bestimmten Mindestinhalt (Art. 9-13 KKG)**.

Anzugeben sind namentlich die «Elemente der Gesamtkosten des Kredits» (Art. 9 Abs. 2 lit. d KKG). Auch muss auf das **Widerrufsrecht und die Widerrufsfrist hingewiesen werden (Art. 9 Abs. 2 lit. h und Art. 11 Abs. 2 lit. f KKG)**.

Bei **minderjährigen Konsumenten** ist die schriftliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (**Art. 13 KKG**).

Der Konsument kann den **Antrag zum Vertragsabschluss oder die Annahmeerklärung innerhalb von vierzehn Tagen widerrufen (Art. 16 KKG)**. Der Konsument muss die Erklärung in **schriftlicher Form** abgeben. Falls das Darlehen bereits ausbezahlt wurde, *gilt Art. 15 Abs. 2 und 3 KKG* (Art. 16 Abs. 3 Satz 1 KKG).

Die **Nichteinhaltung dieser Form- und Inhaltsvorschriften** bewirkt nach Art. 15 Abs. 1 KKG grundsätzlich die **Nichtigkeit des Konsumkreditvertrags**.

Die Folgen dieser Nichtigkeit werden in **Art. 15 Abs. 2-4 KKG** (lex specialis zu Art. 11 und 20 OR) näher umschrieben: Der Konsument muss die **bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzahlen**, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten (Art. 15 Abs. 2 KKG) = Umwandlung in ein zinsloses Darlehen, wobei die vereinbarte Laufzeit erhalten bleibt.

Beim **Leasingvertrag** muss die Konsumentin das **Leasingobjekt zurückgeben und die Raten bezahlen**, die bis zu diesem Zeitpunkt geschuldet sind (Art. 15 Abs. 4 KKG).

Anwendungsbereich	Kreditfähigkeitsprüfung	Formvorschriften
<ul style="list-style-type: none"> • Konsumkreditverträge (Art. 1 KKG): • Borger ist natürliche Person • Darlehensvaluta ist nicht zur beruflichen oder gewerblichen Verwendung bestimmt (Art. 3 KKG) • gewerbsmässige Gewährung des Darlehens durch Darleiher (Art. 2 KKG) • Kein Ausnahmetatbestand des Art. 7 KKG 	<ul style="list-style-type: none"> • Darleiher muss Kreditfähigkeitsprüfung durchführen (Art. 22 ff. KKG) • Sanktion bei Verletzung: Verlust • der Zinsen und Kosten des Kredits (Art. 32 Abs. 2 KKG) • bei schwerwiegender Verletzung auch der Darlehensvaluta (Art. 32 Abs. 1 KKG) 	<ul style="list-style-type: none"> • Schriftlichkeit, Angaben gem. Art. 9 lit. a-j KKG • Vertragskopie • Wesentlicher Vertragsinhalt: u.a. effektiver Jahreszins (Art. 9 Abs. 2 lit. b KKG) • Rechtsfolge bei Nichteinhaltung: Nichtigkeit (Art. 15 Abs. 1 KKG)

Die Rechte und Pflichten der Parteien

Grundsätzlich haben die Parteien ihre Pflichten nach Massgabe des Konsumkreditvertrags zu erfüllen. Die **Art. 17-21 KKG** sehen aber folgende Besonderheiten vor, welche die Stellung der Konsumentin verbessern:

- Der vom Konsumenten geschuldete Zins für den Konsumkredit richtet sich grundsätzlich nach dem Vertrag. Nach Art. 15 KKG *legt der Bundesrat den Höchstzinssatz* fest.
- **Art. 17 KKG** sieht das Recht des Konsumenten vor, die Pflichten aus dem Konsumkreditvertrag *vorzeitig zu erfüllen*. Macht er von seinem Recht auf vorzeitige Rückzahlung Gebrauch, hat der Konsument *Anspruch auf Erlass der Zinsen und auf eine angemessene Ermässigung der Kosten* (Art. 17 Abs. 2 KKG).
- Das Rücktrittsrecht der Kreditgeberin bei Zahlungsverzug des Konsumenten ist eingeschränkt (**Art. 18 KKG**).
- Der Konsument darf unter gewissen, engen Voraussetzungen die Rechte, die ihm gegen den Lieferanten von Waren oder Dienstleistungen zustehen (*namentlich Mängelrecht*), **auch gegenüber der Kreditgeberin geltend machen** (Art. 21 KKG, *Einwendungsdurchgriff*). Diese Bestimmung zielt auf den Schutz des Konsumenten in einem Dreiparteienverhältnis.

Das Konsumkreditgesetz sieht sodann **weitere Schutzvorschriften** zugunsten der Konsumenten vor:

- Von Bundesrechts wegen besteht eine *Pflicht der Kreditgeberin zur Prüfung der Kreditfähigkeit vor Vertragsabschluss* (Art. 28 ff. KKG).
- Ebenfalls im Blick darauf, eine Überschuldung des Konsumenten zu vermeiden, trifft die Kreditgeberin ferner eine *Meldepflicht zuhanden der Informationsstelle für Konsumkredit* (Art. 25 ff. KKG).

3: Sicherungsverträge

§ 24 Der Hinterlegungsvertrag

Allgemeines

Die Rechtsquellen

Den **Hinterlegungsvertrag** regelt das OR in den **Art. 472 ff.** OR. Wie zu zeigen sein wird, werden darunter verschiedene Arten der Hinterlegung zusammengefasst.

Zu diesen Regeln treten weitere Bestimmungen hinzu (**Art. 125 Ziff. 1, Art. 973a Abs. 1, Art. 483 Abs. 1 OR**).

Nimmt der Staat in hoheitlicher Funktion privates Gut zur Aufbewahrung entgegen, richtet sich das Rechtsverhältnis nach öffentlichem Recht.

Die Qualifikationsmerkmale

Bei der Qualifikation des Hinterlegungsvertrags ist zu berücksichtigen, dass neben der allgemeinen Hinterlegung auch **Sonderarten** im Gesetz geregelt werden. Immer steht aber die sichere Aufbewahrung im Interesse des Hinterlegers im Zentrum.

Durch den (allgemeinen, gewöhnlichen) Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer gegenüber dem Hinterleger, eine bewegliche Sache, die dieser ihm anvertraut, zu übernehmen und sie an einem sicheren Ort aufzubewahren (**Art. 472 Abs. 1 OR**). Typische Merkmale sind:

- Das **Anvertrauen (Hinterlegen)** einer beweglichen Sache,
- Die Verpflichtung des Aufbewahrers, *diese Sache zu übernehmen und an einem sicheren Ort aufzubewahren*, sowie
- Die Verpflichtung des Aufbewahrers *zur Rückgabe der hinterlegten Sache* (vgl. Art.475-477 OR).

Grundsätzlich bleibt der Hinterleger Eigentümer der übergebenen Sache. Bei vertretbaren Sachen kann jedoch die Abrede der Parteien dahin gehen, dass der Aufbewahrer nicht die gleichen Stücke, sondern *nur die gleiche Anzahl von Sachen der gleichen Gattung zurückzuerstatten hat* (**Art. 481 OR**).

50

Die Aufbewahrung kann **gegen Vergütung oder ohne** eine solche erfolgen (**Art. 472 Abs. 2 OR**).

Abgesehen von der **Hinterlegung vertretbarer Sachen (Art. 481 OR)** regelt das Gesetz im Titel über den Hinterlegungsvertrag noch weitere besondere Arten der Hinterlegung:

- Das **Lagergeschäft** (**Art. 482-486 OR**).
- Bei der **Sammelverwahrung** (**Art. 484 und 973a OR**)
- Bei der gewöhnlichen Hinterlegung regelt Art. 480 OR den Fall der Sequestration: Mehrere Personen hinterlegen eine Sache, deren Rechtsverhältnisse streitig oder unklar sind, zur Sicherung ihrer Ansprüche bei einem Dritten.

Dem **Zweck nach** können von der gewöhnlichen Hinterlegung folgende Arten der Hinterlegung unterschieden werden:

- Die **Hinterlegung als Erfüllung oder als Erfüllungssurrogat** befreit den Schuldner, der die geschuldete Sachleistung berechtigter- oder verpflichteterweise hinterlegt, anstatt sie dem Gläubiger zu übergeben (*Beispiel: Gläubigerverzug nach Art. 92 und 444 OR oder Art. 96, 168 und 444 OR oder Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG*).
- Bei der **Hinterlegung als Sicherheitsleistung** wird eine Sache zur Sicherung einer Schuld bei einem Dritten hinterlegt; die Abmachung der drei Parteien geht dahin, dass der *Aufbewahrer die hinterlegte Sache im Fall der Nichterfüllung der gesicherten Forderung dem Gläubiger (Begünstigten) herauszugeben oder im Hinblick auf eine Zwangsverwertung zur Verfügung zu halten hat*. Es geht um die Sicherung der Forderung des Gläubigers. Sie bewirkt keine Befreiung des Schuldners. Auf das Rechtsverhältnis zwischen Hinterleger und Aufbewahrer können die Regeln über den Hinterlegungsvertrag (**Art. 472 ff. OR**) nur zur Anwendung gebracht werden, wenn sie auf dieses Verhältnis passen.

Der Hinterlegungsvertrag ist von anderen Vertragstypen **abzugrenzen**:

- Bei der **Miete (Art. 258 ff. OR)** verspricht der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zur Verfügung zu stellen, während bei der *Hinterlegung die sichere Aufbewahrung der übergebenen Objekte durch den Aufbewahrer im Vordergrund steht*.

- Bei der **Gebrauchsleihe (Art. 305 ff. OR)** wird eine bewegliche oder unbewegliche Sache zum unentgeltlichen Gebrauch überlassen, die Überlassung erfolgt im Interesse des Entlehners. *Der Aufbewahrer hingegen darf die Sache nicht grundsätzlich nicht gebrauchen (Art. 474 Abs. 1 OR).*
- Das **Darlehen (Art. 312 ff. OR)** hat ebenfalls einen Gebrauchsüberlassungszweck.

Die Vertragsentstehung

Erforderlich für den Abschluss des Hinterlegungsvertrags ist gemäss den allgemeinen Regeln der **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen** im Sinn von **Art. 1 OR**.

Der Vertrag kann *durch ausdrückliche Willenserklärung oder durch konkludentes Handeln* abgeschlossen werden. Zu den objektiv wesentlichen Punkten gehören die Bezeichnung der zu übergebenden Sache und die Aufbewahrungspflicht.

Der Vertrag untersteht von Gesetzes wegen *keiner besonderen Form (Praxis: gewillkürte Schriftform)*.

A. Die Pflichten des Aufbewahrers

1. Im Allgemeinen

Der Aufbewahrer hat die Sache zu übernehmen und sie *an einem sicheren Ort aufzubewahren (Art. 472 Abs. 1 OR)* = sorgfältige Verfahren:

- Der Aufbewahrer darf die hinterlegte Sache **grundsätzlich nicht gebrauchen (Art. 474 Abs. 1 OR)**.
- Der Aufbewahrer darf die Sache grundsätzlich nicht mit andern Gütern der gleichen Art vermischen (**Art. 484 Abs. 1 OR** für das Lagergeschäft).
- Der Aufbewahrer muss dem **Hinterleger** die Besichtigung des hinterlegten Gutes und die Entnahme von Proben sowie jederzeit die notwendigen Erhaltungsmassregeln gestatten (**Art. 483 Abs. 3 OR**).
- Der *Aufbewahrer* muss seinerseits schadensabwendende Massnahmen treffen (*vgl. Art. 479 Abs. 1 und 2 OR für einen Sonderfall*).

Die Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung ist eine **Dauerschuld**.

Am Ende der Vertragsdauer *trifft den Aufbewahrer eine Rückgabepflicht (Art. 475 ff. OR)*.

- Da der *Hinterleger grundsätzlich Eigentümer der übergebenen Sache bleibt*, kann er diese jederzeit gestützt auf seinen dinglichen Herausgabeanspruch (Vindikation) herausverlangen (**Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 475 Abs. 1 OR**). Dieser dingliche Herausgabeanspruch ist unverjährbar.
- Die hinterlegte Sache ist, falls keine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde, *dort zurückzugeben, wo sie aufbewahrt werden sollte (Art. 477 OR)*. Es handelt sich um eine **Holschuld**.
- Haben die Parteien vereinbart, dass der Aufbewahrer vertretbare Sachen nur gattungsmässig zurückzuerstatten hat, so wird dieser mit der Übergabe und Vermischung der Güter Eigentümer.
- Ausserhalb des Wertpapierrechts darf der Aufbewahrer die Güter *nur dann vermengen, wenn der Hinterleger ihm dies ausdrücklich gestattet hat (Art. 484 Abs. 1 OR; Art. 973a Abs. 1 OR)*.
- Eine Rückgabepflicht an den Hinterleger entfällt, wenn besondere Umstände vorliegen.

2. Die Haftung des Aufbewahrers insbesondere

Für Schäden an der aufbewahrten Sache oder für den Verlust **haftet der Aufbewahrer** nach den allgemeinen Regeln von **Art. 97 ff. OR**. Er trägt namentlich gemäss Art. 97 Abs. 1 OR die Beweislast dafür, dass ihn am Verlust der Sache kein Verschulden trifft. Er *haftet auch für Hilfspersonen (Art. 101 Abs. 1 OR)*.

Als Vertragsverletzung gilt namentlich auch der Gebrauch der hinterlegten Sache ohne Einwilligung des Hinterlegers (Art. 474 Abs. 1 OR).

B. Die Pflichten des Hinterlegers

Den **Hinterleger** trifft zunächst die Pflicht, *dem Aufbewahrer die mit der Erfüllung des Vertrags notwendig verbundene Auslagen zu erstatten (Art. 473 Abs. 1 OR)*.

Eine **Vergütung** schuldet der Hinterleger dem Aufbewahrer nur dann, wenn es ausdrücklich vereinbart worden ist oder wenn es nach den Umständen zu erwarten war (**Art. 472 Abs. 2 OR**).

Für **Schäden**, die *dem Aufbewahrer durch Hinterlegung verursacht worden sind*, haftet der Hinterleger dann, wenn er nicht beweist, dass der Schaden ohne jedes Verschulden von seiner Seite entstanden ist (**Art. 473 Abs. 2 OR**). Nach den allgemeinen Regeln steht dem Aufbewahrer ein Retentionsrecht zur Sicherung seiner Forderung zu (Art. 895 ff. ZGB).

Die Vertragsbeendigung

Da die Schuld des Aufbewahrers eine Dauerschuld darstellt, stellt sich die Frage, **wann und wie das Dauerschuldverhältnis einseitig (durch Kündigung) beendet werden kann.**

Der **Hinterleger** kann gemäss **Art. 475 Abs. 1 OR jederzeit** die Rückgabe der hinterlegten Sache verlangen, selbst wenn für die Aufbewahrung eine bestimmte Dauer vereinbart wurde. In diesem Sinne ist Art. 475 Abs. 1 OR **zwingender Natur**.

Für das Recht des Aufbewahrers zur Vertragsauflösung ist Folgendes zu beachten:

- Wurde von den Parteien **keine Zeitdauer für die Aufbewahrung bestimmt, so kann der Aufbewahrer die Sache jederzeit zurückgeben (Art. 476 Abs. 2 OR).**
- Wurde eine **bestimmte Zeitdauer vereinbart**, so kann der gewöhnliche Aufbewahrer die Sache **nur dann zurückgeben, wenn unvorhergesehene Umstände ihn ausserstand setzen, die Sache länger mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachteil aufzubewahren (Art. 476 Abs. 1 OR).**

Einzelfragen

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann vereinbart werden, dass **nicht die gleichen Stücke, sondern die gleiche Menge der gleichen Gattung zurückgegeben werden muss (Art. 481 OR).** Eine derartige Abrede ist nicht nur mit Bezug auf Geld möglich, sondern **auch für andere vertretbare Sachen.**

Als Besonderheit dieser Art von Hinterlegung geht das Eigentum an der hinterlegten Sache auf den Aufbewahrer über – ebenso wie ihn Nutzen und Gefahr treffen (Art. 481 Abs. 1 in fine OR). Der Aufbewahrer darf die Sache nutzen und auch darüber verfügen (Art. 481 Abs. 3 OR).

Der Lagerhalter ist der kaufmännische Aufbewahrer. Da er professionell handelt, ist die **Entgeltlichkeit** Begriffsmerkmal des Lagergeschäfts.

Professionelle Aufbewahrer, die vor allem aus historischen Gründen speziellen gesetzlichen Regeln unterworfen werden, sind die Gast- und Stallwirte.

- Gastwirt ist, wer gewerbsmässig und gegen Entgelt Fremde zur Beherbung aufnimmt, mit ihnen also einen Gastaufnahmevertrag abschliesst.
- Stallwirte sind Personen, die Tiere und Wagen und die dazugehörigen Sachen aufbewahren.

Den Kern der gesetzlichen Sondernormen bildet eine verschärfte Haftung der Gast- und Stallwirte für die Sachen, die vom Gast eingebracht werden (Art. 487 und 490 OR).

§ 25 Die Bürgschaft

Allgemeines

Die Rechtsquellen

Sedes materiae des Bürgschaftsvertrags sind die **Art. 492-512 OR**.

Bürgschaftsrechtliche Einzelfragen sind auch in weiteren Gesetzesbestimmungen geregelt, z.B. im allgemeinen Teil des OR in den Art. 85 Abs. 2, 114 Abs. 1, 116 Abs. 2, 117 Abs. 1, 121, usw., sowie im Zivilgesetzbuch.

Die **Normen über die Bürgschaft sind mehrheitlich zugunsten des Bürgen zwingend**. Der Bürge kann gemäss **Art. 492 Abs. 4 OR** auf die «in diesem Titel» eingeräumten Rechte nicht zum Voraus verzichten (**teilzwingende Normen**).

Die Qualifikationsmerkmale

Durch den Bürgschaftsvertrag übernimmt der Bürge gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (**Art. 492 Abs. 1 OR**). Es handelt sich um ein **Sicherungsgeschäft**, das die folgenden Merkmale aufweist:

- Die Vertragsbeziehung «Bürgschaft» besteht zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger; *der Schuldner ist nicht Vertragspartei*.
- Der Bürge verpflichtet sich, für die Erfüllung der Schuld des Hauptschuldners einzustehen.
- Die *Bürgschaft verpflichtet nur den Bürgen*. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass für die Bürgschaftsverpflichtung eine Gegenleistung etwa vom Gläubiger oder vom Hauptschuldner versprochen wird.

Die Bürgschaft ist **abzugrenzen vom bürgschaftsähnlichen Garantievertrag sowie von der kumulativen Schuldübernahme**:

- Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung einer Bürgschaft **vom bürgschaftsähnlichen Garantievertrag** ist nach Lehre und Rechtsprechung die *sog. Akzessorietät der Bürgschaft*. *Mit Akzessorietät ist die Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von der Hauptschuld gemeint*.
- Bei der **kumulativen Schuldübernahme** die im Gesetz nicht vorgesehen, in *Art. 143 OR* aber als rechtliche Gestaltungsmöglichkeit vorausgesetzt wird, *begründet der Schuldübernehmer eine eigene zur Verpflichtung eines anderen Schuldners hinzutretende, selbständige Verpflichtung*; er «tritt» also als Schuldner «hinzu», indem er eine Drittschuld persönlich und selbständig mitübernimmt. Bei einer solchen Schuldübernahme hat der sich Verpflichtende (anders als der Bürge) regelmässig ein erkennbares eigenes Interesse am Geschäft.

Das Gesetz regelt mehrere **Bürgschaftsarten**. Praktisch wichtig sind vor allem die einfache Bürgschaft und die Solidarbürgschaft:

- Bei der **einfachen Bürgschaft** kann der Gläubiger den Bürgen erst dann zur Zahlung anhalten, wenn nach Eingehung der Bürgschaft der Hauptschuldner in Konkurs geraten oder bis zu einem definitiven Verlustschein betrieben worden ist (**Art. 495 Abs. 1 OR**).
- Bei der **Solidarbürgschaft** kann der Bürge (*Solidarbürge*) *vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung der Grundpfänder belangt werden, sofern der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden* oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist (**Art. 496 Abs. 1 OR**).

Weitere Bürgschaften sind die Mitbürgerschaft, Nachbürgerschaft und Rückbürgerschaft.

Die Vertragsentstehung

Der Bürgschaftsvertrag entsteht **als Konsensualvertrag grundsätzlich nach der allgemeinen Regeln** von Art. 1 OR: *Austausch übereinstimmender Willenserklärungen*.

a. Form

Der Bürgschaftsvertrag unterliegt von Gesetzes wegen **besonderen Formvorschriften**.

- Allgemeines Formerfordernis ist die schriftliche Erklärung des Bürgen und
- die Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrags der Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst (**Art. 493 Abs. 1 OR**).

- Die Bürgschaftserklärung einer natürlichen Person bedarf, sofern die *Haftungssumme 2'000 Franken übersteigt, ausserdem der öffentlichen Beurkundung (Art. 493 Abs. 2 Satz 1 OR)*. Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung hat Schutzfunktion zugunsten des Bürgen.

b. Handlungsfähigkeit

Zur Eingehung einer Bürgschaft bedarf der Bürge grundsätzlich der **Handlungsfähigkeit** nach den allgemeinen Regeln (**Art. 12 ff. ZGB**).

Ist eine Person *verheiratet, so bedarf die Bürgschaft gemäss Art. 494 Abs. 1 OR zu ihrer Gültigkeit der im einzelnen Fall vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebenen schriftlichen Zustimmung des Ehegatten*, ansonsten gilt die Bürgschaftsverpflichtung als **nichtig**.

Die Akzessorietät der Bürgschaft

Der **Grundsatz der Akzessorietät** besagt zur Hauptsache, dass *jede Bürgschaft eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraussetzt (Art. 492 Abs. 2 Satz 1 OR)*. Diese «Abhängigkeit» der Bürgschaft von einer Hauptschuld lässt sich verdeutlichen:

- Der **Bürge sichert eine fremde Schuld**, nämlich die **Schuld des Hauptschuldners** gegenüber dem **Gläubiger** (Hauptschuld). Ansonsten die Bürgschaft unwirksam (**Art. 492 Abs. 2 Satz 1 OR**).
- Der Bürge kann erst belangt werden, wenn die Hauptschuld fällig ist (Art. 501 Abs. 1 OR).
- Der Bürge darf (und muss) dem Gläubiger alle Einreden und Einwendungen entgegenhalten, welche dem Hauptschuldner zustehen (**Art. 502 Abs. 1 OR**).
- Erlischt die Hauptschuld, wird der Bürge frei (Art. 509 Abs. 1 OR).

Das Akzessorietätsprinzip erfährt im Gesetz verschiedene Präzisierungen (Art. 492 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 OR).

Die Pflichten des Bürgen

1. Im Allgemeinen

Die Hauptpflicht des Bürgen besteht darin, *nach Massgabe des Bürgschaftsvertrags gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners für die Erfüllung der Schuld einzustehen*. Die Bürgenpflicht stellt also eine **bedingte Leistungspflicht** dar.

2. Der Umfang der Bürgenhaftung

Der Bürge haftet **nur bis zu dem in der Bürgschaftsurkunde angegebenen Höchstbetrag (Art. 499 Abs. 1 i.V.m. Art. 493 Abs. 1 OR)**. Bis zu diesem Höchstbetrag **haftet** er:

- Für die Hauptschuld mit Einschluss der gesetzlichen Folgen des Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners (*Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR*);
- Für die *Kosten der Betreibung und des Prozesses*, soweit dem Bürgen rechtzeitig Gelegenheit gegeben wurde, sie durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden (*Art. 499 Abs. 2 Ziff. 2 OR*);
- Für gewisse Zinsen (*Art. 499 Abs. 2 Ziff. 3 OR*).

3. Die Voraussetzungen der Belangbarkeit des Bürgen

Voraussetzung der Belangbarkeit des Bürgen ist zunächst ein **gültiger Bürgschaftsvertrag**. Weiter bedarf es einer gültigen Hauptschuld. Die Hauptschuld **muss fällig sein (Art. 501 Abs. 1 OR)**.

Bei einer Solidarbürgschaft (Art. 496 OR) kann der Gläubiger schneller auf ihn greifen als bei einer einfachen Bürgschaft (Art. 495 OR).

Schliesslich ist der Bürge berechtigt, dem Gläubiger jene Einreden und Einwendungen entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner und seinen Erben zustehen (Art. 502 Abs. 1 Satz 1 OR).

Die Pflichten und Obliegenheiten des Gläubigers

Den Gläubiger trifft grundsätzlich die Obliegenheit, nicht zum Nachteil des Bürgen Sicherheiten oder Vorzugsrechte zu vermindern (**Art. 503 Abs. 1 Satz 1 OR; Sorgfaltspflicht**).

Leistet der Bürge dem Gläubiger, so hat dieser die zur Geltendmachung der Rechte dienlichen Urkunden herauszugeben und die nötigen Aufschlüsse zu erteilen sowie allfällige Pfänder nach Massgabe von Art. 503 Abs. 3 OR herauszugeben.

Nach Art. 504 Abs. 1 OR ist der Gläubiger bei Fälligkeit der Hauptschuld *auf Verlangen des Bürgen gehalten, von ihm Zahlung anzunehmen (Art. 504 Abs. 1 Satz 1 OR)*.

Die Beendigung der Bürgschaft

Das Gesetz sieht für den Dauervertrag «Bürgschaft» **mehrere Beendigungsgründe** vor:

- Zunächst erlischt die Bürgschaft durch *jedes Erlöschen der Hauptschuld (Art. 509 Abs. 1 OR)*.
- Die Bürgschaft kann sodann auch durch *Zeitablauf* erlöschen. Namentlich fällt jede Bürgschaft natürlicher Personen *mit Ablauf von zwanzig Jahren nach ihrer Eingehung dahin (Art. 509 Abs. 3 OR mit Ausnahmen)*.

Bei **unbefristeten** Bürgschaften stehen dem Bürgen die Beendigungsmöglichkeiten nach **Art. 511 OR** zu. In Ausnahmefällen ist die Bürgschaftsbeendigung durch Rücktrittserklärung des Bürgen möglich.

Das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner

Leistet der Bürge an den Gläubiger, so entsteht von Gesetzes wegen zwischen Bürge und Hauptschuldner ein besonderes Schuldverhältnis: Gemäss **Art. 507 OR** gehen auf den Bürgen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über.

Aus den in **Art. 506 Ziff. 1 bis 3 OR** aufgeführten Gründen kann der Bürge vom Hauptschuldner Sicherstellung und – wenn die Hauptschuld fällig ist – Befreiung von der Bürgschaft verlangen.

§ 27 Die einfache Gesellschaft

Allgemeines

Die Rechtsquellen

Die einfache Gesellschaft wird im OR als letzter Titel des Besonderen Teils in den **Art. 530-551 OR** geregelt.

Die Qualifikationsmerkmale

Eine einfache Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung *von zwei oder mehreren Personen* bzw. Gesellschaftern *zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln* (**Art. 530 Abs. 1 OR**):

- Vertragliche Grundlage;
- Abgeschlossen zwischen zwei oder mehreren Personen;
- Mit dem *Ziel* der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln. Der *Anwendungsbereich der einfachen Gesellschaft ist schier grenzenlos.*

Die Gesellschaft ist eine einfache Gesellschaft im Sinne des 23. OR-Titels, sofern nicht die Voraussetzungen einer andern durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen (Art. 530 Abs. 2 OR: Grund- und **Subsidiärform**).

Die *einfache Gesellschaft ist eine Personengesellschaft.*

Die einfache Gesellschaft hier ist ein **reines Vertragsverhältnis**, sie stellt also keine juristische Person dar.

Die einfache Gesellschaft ist von der Gemeinschaft der Miteigentümer (Art. 646 ff. ZGB) oder der Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712a ff. ZGB) sowie dem Darlehensvertrag (Art. 312 ff. OR) abzugrenzen.

Die Entstehung der Gesellschaft

Der Gesellschaftsvertrag entsteht nach den allgemeinen Regeln durch **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen** (**Art. 1 OR**). Die Willenserklärungen müssen mindestens die Absicht beinhalten, die Erreichung eines bestimmten Zwecks mit gemeinsamen Mitteln fördern zu wollen. Eine *besondere Form ist von Gesetzes wegen nicht erforderlich* (**Art. 11 OR**). In der Praxis kommt häufig die gewillkürte Schriftform vor.

Weil die einfache Gesellschaft eine **Subsidiärform** darstellt, entsteht sie **auch immer dann**, wenn die Parteien zwar die Gründung einer anderen Gesellschaftsform beabsichtigt haben, *dieses Ziel aber aus irgendeinem Grund (noch) nicht erreichbar ist.*

Die einfache Gesellschaft *kann* nicht im Handelsregister eingetragen werden.

Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander

Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Den einzelnen Gesellschafter treffen verschiedene **Pflichten**:

- Die Pflicht, einen Beitrag zu leisten (Arbeit, Geld usw.; Art. 531 Abs. 1 OR).
- Die Pflicht, einen Gewinn, mit den anderen Gesellschaftern zu teilen (Art. 532 OR)
- Die Pflicht, ein Konkurrenzverbot einzuhalten (Art. 536 OR)
- Die Pflicht sich gegenüber den anderen Gesellschaftern loyal zu verhalten (Treuepflicht; vgl. Art. 536 und 541 OR).
- Die Pflicht, den Verlust mitzutragen (Art. 533 OR)
- Die Haftung für Schädigungen der übrigen Gesellschaft (Art. 538 Abs. 2 OR).

Ansprüche, die der einfachen Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern zustehen, sind von ihr mit der Gesellschafts- oder Gesamthandsklage geltend zu machen.

Jeder Gesellschafter hat eine Reihe von **Rechten** (Art. 533 Abs. 1, Art. 535 Abs. 1, Art. 541 OR).

Die Geschäftsführung

Gesellschaftsbeschlüsse sind dann nötig, wenn *über eine Änderung des Gesellschaftsvertrages entschieden wird*.

Solche Beschlüsse erfordern die Zustimmung aller Gesellschafter (*Art. 534 Abs. 1 OR*), also Einstimmigkeit. Jedoch müssen nicht alle Entscheidungen in der einfachen Gesellschaft mittels Gesellschaftsbeschluss gefällt werden.

Das **Mass der Sorgfalt**, die vom geschäftsführenden Gesellschafter geschuldet wird, bemisst sich nach **Art. 538 OR**: Er hat die *Sorgfalt anzuwenden, die er für seine eigenen Angelegenheiten zu beachten pflegt (Abs. 1)*.

Die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters darf durch die anderen Gesellschafter nur bei Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt oder entzogen werden (**Art. 539 OR**).

Geschäftsführung wird hier als interne Arbeit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks verstanden.

Der Beitritt und das Ausscheiden von Gesellschaftern

Zur **Aufnahme eines neuen Gesellschafters** oder zur **Übertragung der Mitgliedschaft an einen neuen Gesellschafter** ist die Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter nötig (vgl. **Art. 542 Abs. 1 OR**).

Ebenso kann ein Gesellschafter zwar einseitig einen Dritten an seinem Anteil beteiligen oder seinen Anteil an diesen abtreten; doch wird dieser Dritte dadurch nicht zum Gesellschafter der übrigen (**Art. 542 Abs. 2 OR**).

Der Ausschluss eines Gesellschafters aus der einfachen Gesellschaft ist nicht möglich, auch nicht aus wichtigen Gründen.

Scheidet ein Gesellschaft der einfachen Gesellschaft aus, wird diese grundsätzlich aufgelöst (vgl. **Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR**). Die Weiterführung kann jedoch vertraglich vorgesehen werden.

Das Verhältnis der Gesellschafter gegenüber Dritten

Im **Aussenverhältnis** gelten die Grundsätze des allgemeinen Stellvertretungsrechts. Das OR regelt einerseits die Voraussetzungen der Vertretung und andererseits deren Wirkung.

- Da die einfache Gesellschaft keine jP ist, kann sie auch nicht über Organe im technischen Sinn (**Art. 55 ZGB**) verfügen. Sie *kann nach aussen die übrigen Gesellschafter nur dann binden, wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung erfüllt sind (Art. 543 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 ff. OR)*.

Sind die Voraussetzungen für die Vertretung erfüllt, so treten folgende Wirkungen ein:

- Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft *übertragen oder für sie erworben* worden sind, **gehören den Gesellschaftern gemeinschaftlich** nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages (**Art. 544 Abs. 1 OR**). Es besteht *Gesamteigentum*.
- Für Verpflichtungen, welche die Gesellschafter *gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber eingegangen sind*, gilt demgegenüber **Solidarschuldnerschaft** der Gesellschaft (**Art. 544 Abs. 3 OR**). Sie *haften persönlich, unbeschränkt und solidarisch*.

Die Beendigung

Wie bei jedem **Dauerschuldverhältnis** stellt sich auch bei der einfachen Gesellschaft die Frage der Beendigung. Dazu enthält das Gesetz folgende Normen:

- In **Art. 545 OR** sind die *Auflösungsgründe im Allgemeinen* umschrieben: Zweckerreichung (Abs. 1 Ziff. 1), Ausscheiden eines Gesellschafters (Abs. 1 Ziff. 2), gegenseitige Übereinkunft (Abs. 1 Ziff. 4), Zeitablauf (Abs. 1 Ziff. 5) oder ein Gerichtsurteil (Abs. 1 Ziff. 7).
- Bei der Gesellschaft *auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit* kann jeder Gesellschafter den Vertrag mit einer Frist von sechs Monaten auf einen beliebigen Tag hin kündigen (**Art. 546 Abs. 1 OR**).
- Wenn ein *Auflösungsgrund von Art. 545 OR* eintritt, führt dies nicht direkt zur Beendigung der einfachen Gesellschaft, sondern nur zur *Beendigung der bisherigen Zweckverfolgung*.

4: Dienstleistungsverträge

§ 13-15 Der Arbeitsvertrag

In den **Art. 319-471 OR** regelt das Gesetz Verträge und andere Rechtsverhältnisse auf Arbeitsleistung im weitesten Sinn.

Ein Teil der genannten Bestimmungen regeln Verträge auf Arbeitsleistung. Sie betreffen:

- Den **Einzelarbeitsvertrag** (Art. 319 ff. OR).
Das Gesetz regelt anschliessend (Art. 344-355 OR) besondere Einzelarbeitsverträge. Dem lässt es den *Gesamtarbeitsvertrag* (Art. 356 ff. OR) sowie den *Normalarbeitsvertrag* (Art. 359 ff. OR) folgen, um in Art. 361 f. OR Aussagen über die zwingende Natur bestimmter arbeitsrechtlicher Normen zu machen.
- Der **Werkvertrag** (Art. 363 ff. OR; Arbeitsresultat)
- Den **Auftrag** (Art. 394 ff. OR; sorgfältiges Tätigwerden)

Gemeinsam ist diesen Verträgen, dass sie allesamt auf die Leistung von Arbeit ausgerichtet sind. Abgesehen davon bestehen wesentliche Unterschiede. So ist dem Arbeitsvertrag ein Unterordnungs- und damit ein Abhängigkeitsverhältnis eigen, wie es den übrigen Arbeitsleistungsverträgen fremd ist.

Das Gesetz regelt in unmittelbarer Nähe des Auftragsrechts auch Rechtsfiguren, die Verträge sind:

- Die *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR)
- Die *Prokura* und *andere Handlungsvollmachten* (Art. 458 ff. OR)
- Die *Anweisung* (Art. 466 OR).

Allgemeines

Die Rechtsquellen

Der **Einzelarbeitsvertrag** wird hauptsächlich durch die **Art. 319-342 OR** geregelt. Einschlägig sind weitere Bestimmungen des OR:

- Die Regeln über *besondere Arbeitsverträge* (Art. 344-355 OR)
- Die Bestimmungen über den *Gesamtarbeitsvertrag* und den *Normalarbeitsvertrag* (Art. 356-360 f. OR)
- Die Vorschriften über die **zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts** im Allgemeinen (**Art. 361 und 362 OR**).

Die Qualifikationsmerkmale

Der Einzelarbeitsvertrag charakterisiert sich nach **Art. 319 Abs. 1 OR** dadurch, dass sich *der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes (Zeitlohn oder Akkordlohn) verpflichtet*.

Typisch sind demnach die folgenden Elemente:

- Die **Verpflichtung zur Arbeitsleistung des Arbeitnehmers**, verstanden als körperliche oder geistige, planmässige Tätigkeit eines Menschen, die auf die *Befriedigung eines Bedürfnisses* gerichtet ist;
- Diese **Verpflichtung zur Arbeitsleistung als Pflicht auf Zeit**, also auf Dauer. Das Gesetz erfasst Verpflichtungen «auf bestimmte oder unbestimmte Zeit» (Art. 319 Abs. 1 OR).
- Die Verpflichtung zur Arbeitsleistung «im Dienst des Arbeitgebers» (Art. 319 Abs. 1 OR). Begrifflich vorausgesetzt ist damit ein Unterordnungsverhältnis (Arbeitsleistung in abhängiger Stellung), das darin besteht, dass der Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation integriert und der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers unterstellt ist (Art. 321d OR).
- Die **Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung**, wobei der Lohn entweder nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.

Der so verstandene (gewöhnliche) Einzelarbeitsvertrag ist vorweg zu unterscheiden von den besonderen Einzelarbeitsverträgen, also vom Lehrvertrag, vom Handelsreisendenvertrag und vom Heimarbeitsvertrag.
Abgrenzungen:

- Vom **Auftrag** (Art. 394 ff. OR), der vorliegt, wenn der Beauftragte die Arbeitsleistung in selbständiger unabhängiger Stellung und nicht im Dienst des Arbeitgebers verrichtet. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist der Grad der rechtlichen Fremdbestimmung (**Subordination**). Der *Einzelarbeitsvertrag ist stets ein Dauervertrag*.
- Vom **Werkvertrag** (Art. 363 ff. OR), für den kennzeichnend ist, dass der Unternehmer selbständig unabhängig ist und einen Erfolg schuldet. Zudem ist der Werkvertrag kein Dauervertrag.

Die Vertragsentstehung und die Folgen der Vertragsmängel

Für die Entstehung des Arbeitsvertrags gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Erforderlich ist also der *Austausch übereinstimmender Willenserklärungen nach Art. 1 OR*.

Präzisierend ergänzt **Art. 320 Abs. 2 OR**, dass der Vertrag auch dann als abgeschlossen gilt, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (*faktisches Vertragsverhältnis*). Obschon es unter Umständen am übereinstimmenden Willen fehlen mag, treten die arbeitsvertraglichen Rechtswirkungen von Gesetzes wegen ein – kraft *unwiderlegbarer gesetzlicher Vermutung (Fiktion)*.

Der Einzelarbeitsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 320 Abs. 1 OR). Grundsätzlich gilt also **Formfreiheit**, besondere gesetzliche Anordnungen sind häufig:

- So bedürfen etwa der **Lehrvertrag nach Art. 344a Abs. 1 OR zu ihrer Gültigkeit der Schriftform**.
- Gesetzliche Formvorschriften können auch nur einzelne Abreden oder Erklärungen im Umfeld eines Einzelarbeitsvertrags erfassen.
Eine Vereinbarung zur *Verkürzung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf einen Monat* muss nach **Art. 335c Abs. 2 OR** durch *schriftliche Abrede* erfolgen, ebenso eine Abrede betreffend die Abgeltung von Überstundenarbeit (Art. 321c Abs. 3 OR).

Liegen **Vertragsmängel** vor, so ist der Einzelarbeitsvertrag nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts grundsätzlich unwirksam, d.h., er entfaltet *von Anfang an keine Rechtswirkungen*. Das WÜRDE nach Rechtsprechung des BGer die Rückabwicklung nach *Vindikations- und Bereicherungsrecht* bedeuten.

- ⇒ Wegen des Dauerelements des Arbeitsvertrags ordnet aber **Art. 320 Abs. 3 OR** besondere Rechtsfolgen an:

Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienst des Arbeitgebers aufgrund eines Arbeitsvertrags, der sich *nachträglich als ungültig* erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise **wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen**.

- ⇒ Unter den genannten Voraussetzungen hat der Arbeitnehmer also namentlich **einen Lohnanspruch, aber auch Anspruch auf Schutz seiner Persönlichkeit (Art. 328 OR)**.

Die nachträgliche Berufung auf Ungültigkeit wird wie die ausserordentliche Kündigung eines ganz oder teilweise bereits abgewickelten Dauerschuldverhältnisses behandelt. Damit wirkt die Ungültigkeit ex nunc.

Zwingendes Recht und dispositives Recht

Während die Normen des Besonderen Teils des Obligationenrechts grossmehrheitlich dispositiver Natur sind und damit der Vertragsergänzung dienen, sind **dem Arbeitsrecht zahlreiche Normen eigen, die zwingend**, der Privatautonomie also nicht zugänglich sind. In zwei Listen führt das Gesetz *zwingende Vorschriften* auf (**Art. 361 und 362 OR**):

- Einerseits Vorschriften, die weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen (**Art. 361 Abs. 1 OR: absolut zwingende Bestimmungen**);
- Andererseits Vorschriften, von denen *zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden darf* (**Art. 362 Abs. 1 OR: relativ zwingende Bestimmungen**).

Parteiabreden, aber auch Bestimmungen im Normalarbeits- und in Gesamtarbeitsverträgen, die diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind **nichtig** (Art. 361 Abs. 2 und Art. 362 Abs. 2 OR). Der restliche Vertrag bleibt grundsätzlich gültig.

Die Pflichten des Arbeitnehmers

Den **Arbeitnehmer** trifft nach **Art. 319 Abs. 1 OR** die Pflicht zur (dauernden) Leistung der vertraglich übernommenen Arbeit im Dienst des Arbeitgebers. **Art. 321-321e OR**:

- Der Arbeitnehmer hat die *Arbeit in eigener Person zu leisten (Art. 321 OR)*
- Nach **Art. 321a OR** trifft den Arbeitnehmer eine *Sorgfalts- und Treuepflicht*: Er hat die übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR).
 - Pflicht zur fachgerechten Bedienung der Maschinen, Arbeitsgeräte, technischen Einrichtungen, Anlagen und Fahrzeuge des Arbeitgebers sowie sorgfältige Behandlung des zur Verfügung gestellten Materials (Art. 321a Abs. 2 OR);

- *Verbot der treuwidrigen, entgeltlichen Arbeit für einen Dritten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses* (Schwarzarbeit, Art. 321a Abs. 3 OR).
- *Pflicht zur Verschwiegenheit mit Bezug auf die geheim zu haltenden Tatsachen* (*Diskretionspflicht*; Art. 321a Abs. 4 OR).

Der Arbeitnehmer hat die Pflicht, über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für den Arbeitgeber von Dritten erhält (namentliche Geldbeträge), Rechenschaft abzulegen und dem Arbeitgeber alles sofort herauszugeben (Art. 321b Abs. 1 OR). Die Herausgabepflicht betrifft auch sämtliche Arbeitszeugnisse (Art. 321b Abs. 2 OR).

Nach Massgabe von **Art. 321c Abs. 1 OR** hat der Arbeitnehmer **Überstunden** zu leisten, soweit diese notwendig sind und es ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Diese *Pflicht ist nach Art. 361 Abs. 1 OR zwingend (obere Grenze: Art. 328 ff. OR)*.

Überstundenarbeit ist **durch Freizeit** von mindestens gleicher Dauer (Art. 321c Abs. 2 OR) oder **durch Abgeltung** (Art. 321c Abs. 3 OR) auszugleichen.

Der Arbeitnehmer hat schliesslich die Pflicht, allgemeine Anordnungen des Arbeitgebers sowie ihm besonders erteilte Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d Abs. 1 OR), sofern diese rechtmässig sind.

Die Haftung des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer haftet dem Arbeitgeber für **den Schaden, den er ihm schuldhaft – absichtlich oder fahrlässig (Art. 99 Abs. 1 OR) – zufügt (Art. 321e Abs. 1 OR)**. Die Regelung entspricht Art. 97 Abs. 1 OR. Namentlich wird bei nachgewiesener Vertragsverletzung ein Verschulden des Arbeitnehmers vermutet, dieser muss nachweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.

Das Gesetz stellt sodann *eine allgemeine Umschreibung des Masses der Sorgfalt* auf, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat: Dieses Sorgfaltsmass bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis (Art. 321e Abs. 2 OR). Der Arbeitnehmer schuldet dabei nur *ein sorgfältiges, erfolgsbezogenes Tätigwerden*.

Die Pflichten des Arbeitgebers

Nach der allgemeinen Umschreibung von **Art. 319 Abs. 1 OR** setzt ein Arbeitsvertrag begrifflich voraus, dass der Arbeitgeber sich dazu verpflichtet hat, dem *Arbeitnehmer einen Lohn zu entrichten* (Art. 322 ff. OR).

Die Pflicht zur Lohnzahlung

Der Lohn ist nach Art (Geldlohn oder Naturallohn) und Höhe *so zu entrichten, wie es verabredet, üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist* (Art. 322 Abs. 1 OR). Das Gesetz enthält Sondernormen zu folgenden Fragen:

- Zur Leistung von *Naturallohn durch Gewährung von Unterkunft und Verpflegung* (Art. 322 Abs. 2 OR)
- Zur *Beteiligung* des Arbeitnehmers *am Geschäftsergebnis*, namentlich am Gewinn oder Umsatz (Art. 322a OR)
- Zur Verabredung einer *Provision* des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften (Art. 322b und 322c OR)
- Zur Ausrichtung einer Sondervergütung (Gratifikation; Art. 322d OR).

In zeitlicher Hinsicht ist der Lohn mangels Vereinbarung kürzerer Fristen oder anderer Termine und mangels anderer Übung dem Arbeitnehmer **am Ende jeden Monats auszurichten** (Art. 323 Abs. 1 OR).

Wird die Arbeit nicht geleistet, so ist grundsätzlich **kein Lohn** geschuldet, aufgrund der *synallagmatischen Grundanlage* des Vertrags. Dennoch hat der *Arbeitnehmer* in bestimmten Fällen *Anspruch auf Lohn*:

- Wenn die Arbeit infolge *Verschuldens des Arbeitgebers* nicht geleistet werden kann oder dieser aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät (Art. 324 OR).
- In gewissen Fällen auch dann, wenn die Gründe für die Nichtleistung auf Seiten des Arbeitnehmers liegen. So hat der Arbeitgeber *bei Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes grundsätzlich eine beschränkte Lohnfortzahlungspflicht* (Art. 324a und 324b OR). Das Arbeitsverhältnis muss **mehr als drei Monate gedauert haben** (Art. 324a Abs. 1 OR). Die Höhe des Lohnfortzahlungsanspruchs bestimmt sich nach demjenigen Lohn, den der Arbeitnehmer normalerweise erlangen würde.

Richtet der Arbeitgeber den fälligen geschuldeten Lohn nicht aus, gerät er **nach Mahnung** oder **bei Ablauf des verabredeten Verfalltags in Verzug und der Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR)** findet Anwendung.

Besonderheiten:

- Obwohl der Arbeitnehmer grundsätzlich vorleistungspflichtig ist (Art. 323 Abs. 1 OR), kann er aus analoger Anwendung von Art. 82 OR die künftige Arbeitsleistung verweigern.
- Ist der Arbeitgeber zahlungsunfähig, steht dem Arbeitnehmer nach **Art. 337a OR zudem die fristlose Kündigung** offen (vgl. Art. 83 OR).

Weitere Pflichten

Der Arbeitgeber hat mangels anderer Vereinbarung oder Übung den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt (Art. 327 OR). Im Weiteren muss er ihm alle durch die Ausführung der Arbeit *notwendigen entstehenden Auslagen ersetzen* (Art. 327a-c OR).

Der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers insbesondere

Die *Persönlichkeitsrechte* einer Person sind nach allgemeiner Regel (Art. 28 ZGB) von jedermann zu achten. Nach **Art. 328 Abs. 1 OR** wird sie dahin gehend konkretisiert, dass der Arbeitgeber die *Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen* hat. Der Arbeitgeber hat somit...

- Die Pflicht, dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmerinnen nicht sexuell belästigt werden (Art. 328 Abs. 1 Satz 2 OR)
- Die Pflicht, zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer/innen die notwendigen und angemessenen Massnahmen zu treffen (Art. 328 Abs. 2 OR).
- Die Pflicht, Daten über den Arbeitnehmer nur zu bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen (Art. 328b Satz 1 OR).

Das Bundesgericht stellt an den Schutz von Arbeitnehmern im fortgeschrittenen Alter und mit langer Dienstzeit besondere Anforderungen.

Die Personalvorsorge insbesondere

Schliesslich treffen den **Arbeitgeber verschiedene Pflichten im Zusammenhang mit der Personalvorsorge** (Art. 331-331f OR). Diese Verpflichtungen sind nur teilweise im OR geregelt:

- Die Pflicht, Zuwendungen für die Personalvorsorge und allfällige Beiträge der Arbeitnehmer auf eine Stiftung, eine Genossenschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts zu übertragen (Art. 331 Abs. 1 OR);
- Die Pflicht, *gleich hohe Beiträge wie der Arbeitnehmer zu entrichten* (Art. 331 Abs. 3 OR).

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Auseinanderzuhalten sind die Beendigungsgründe und die Folgen der Beendigung.

Die Beendigungsgründe

Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, für dessen Beendigung es eines äusseren Auflösungsgrunds bedarf. Drei Fälle:

- Der **Zeitablauf** beim **befristeten** Arbeitsverhältnis
- Die **Kündigung** beim **unbefristeten** Arbeitsverhältnis
- Sowie der **Tod des Arbeitnehmers**

1: Zeitablauf

Das *befristete* Arbeitsverhältnis *endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit ohne Weiteres*, also **ohne Kündigung** (Art. 334 Abs. 1 OR). Zu verdeutlichen ist, dass auch ein befristetes Arbeitsverhältnis durch ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund *vorzeitig* aufgelöst werden kann.

Dazu enthält das Gesetz zwei Sonderbestimmungen:

- Für die **stillschweigende Fortsetzung eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der vereinbarten Dauer**; das Verhältnis gilt alsdann als **unbefristetes** (Art. 334 Abs. 2 OR);

- Für den Fall eines **mehr als zehn Jahre dauernden** Arbeitsverhältnisses: hier kann jede Vertragspartei nach Ablauf von zehn Jahren jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende eines Monats kündigen (**Art. 334 Abs. 3 OR**).

2: Kündigung

Ist das Arbeitsverhältnis auf *unbefristete Zeit* eingegangen worden, so kann jede Partei es nach Massgabe von Vertrag und Gesetz **kündigen (Art. 335 Abs. 1 OR)**.

Im Vordergrund steht die **ordentliche** Kündigung, also die Kündigung, die unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Fristen und Termine erfolgt:

- Der Kündigende hat seine Kündigung nur dann *schriftlich zu begründen, wenn die andere Partei dies verlangt (Art. 335 Abs. 2 OR)*
- Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dürfen *keine verschiedenen Kündigungsfristen* festgesetzt werden (Kündigungsparität; Art. 335a Abs. 1 OR).
- Die **Kündigungsfristen** werden vom Gesetz unterschiedlich bemessen. Nach Ablauf der Probezeit hängt die Dauer der Kündigungsfrist davon ab, wie lange das Arbeitsverhältnis schon gedauert hat (**Art. 335c OR**).
- Sonderregeln gelten für das Verfahren bei *Massenentlassung* in Betrieben ab einer gewissen Grösse (Art. 335d-g OR).

Neben der ordentlichen Kündigung kann eine **ausserordentliche** Auflösung (fristlose Auflösung) in Betracht kommen. Namentlich kann jede Partei aus **wichtigen Gründen** jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen (**Art. 337 Abs. 1 Satz 1 OR**).

- ⇒ Als **wichtiger Grund** gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses *nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR)*:
- Aufgrund einer **schwerwiegenden Pflichtverletzung** des Arbeitnehmers, die objektiv geeignet ist, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören
- In einem Verhalten des Arbeitgebers, namentlich im Fall der *Zahlungsunfähigkeit*, sofern nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird (Art. 337a OR).

Die **Folgen der Auflösung** des Arbeitsverhältnisses werden in den **Art. 337b-d OR** geregelt. Soweit sich die Auflösung als gerechtfertigt erweist, ist hinsichtlich der *Schadenersatzpflicht* entscheidend, welche Partei sich vertragswidrig verhalten hat (Art. 337b Abs. 1 OR).

Ist eine *Entlassung ungerechtfertigt*, so wird das Arbeitsverhältnis **trotzdem beendet**. Der Entlassene hat *diesfalls Anspruch auf Schadenersatz (Art. 337c Abs. 1 OR) und* unter Umständen auf eine *Entschädigung (Art. 337c Abs. 3 OR)*.

3: Tod des Arbeitnehmers

Von Gesetzes wegen endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers (**Art. 338 Abs. 1 OR**). Demgegenüber geht beim Tod des Arbeitgebers das Verhältnis grundsätzlich auf die Erben über und bleibt insofern bestehen (Art. 338a Abs. 1 OR).

Der Kündigungsschutz

Das Gesetz regelt den **besonderen Kündigungsschutz** in den **Art. 336-336d OR**.

Das schweizerische Recht geht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit aus.

Diese Freiheit ist *nicht schrankenlos*. Die Kündigung kann nämlich **missbräuchlich** sein, was dann zutrifft, wenn sie aus bestimmten, vom Gesetz als unzulässig erklärten Gründen ausgesprochen wird (**Art. 336-336b OR**).

- Anwendungsfälle der missbräuchlichen Kündigung werden in Art. 336 OR in nicht abschliessender Aufzählung aufgeführt.
- **Rechtsfolge** der missbräuchlichen Kündigung ist lediglich eine *Entschädigungspflicht (Art. 336a Abs. 1 OR)*; **selbst eine missbräuchliche Entlassung ist demnach wirksam**.
- Für die erfolgreiche Geltendmachung der Entschädigung sind besondere Verfahrensregeln zu beachten: Wer Ansprüche aus missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung *vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR)*. Ebenso muss eine allfällige Klage **innerhalb der gesetzlichen Frist** (180 Tage ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses) anhängig gemacht werden, ansonsten der Anspruch verwirkt (**Art. 336b Abs. 2 OR**).

Das Gesetz sieht im Weiteren vor, dass in bestimmten Situationen nicht gekündigt werden darf, weil sonst die **Kündigung zur Unzeit erfolgt (Art. 336c und 336d OR)**.

⇒ Eine Kündigung während dieser Sperrfristen (Art. 336c Abs. 2 OR in fine) ist **nichtig**.

Die Folgen der Beendigung

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bedeutet, dass *das Verhältnis (als Dauervertrag) abgewickelt* werden muss.

Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden **alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig (Art. 339 Abs. 1 OR)**. Mit der Fälligkeit beginnt auch die **Verjährungsfrist** für diese Forderungen zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR). Forderungen verjähren **in fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 3 OR)**.

Auf den Zeitpunkt der Beendigung hin bestehen Rückgabepflichten beider Parteien (Art. 339a OR).

Allenfalls kommt nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein (nachvertragliches) Konkurrenzverbot zum Tragen (Art. 340-340c OR).

Das Konkurrenzverbot insbesondere

Das Konkurrenzverbot betrifft die konkurrenzierende Tätigkeit des Arbeitnehmers nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, *jede konkurrenzierende Tätigkeit während einer bestimmten Zeit zu unterlassen* und dabei kein konkurrenzierendes Geschäft zu betreiben bzw. in einem solchen tätig zu sein (**Art. 340 OR**).

- Zwei Geschäfte stehen miteinander im Wettbewerb, *wenn beide gleichartige und folglich unmittelbar das gleich Bedürfnis befriedigende Leistungen anbieten*.
- Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots setzt Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers voraus und muss zu ihrer Gültigkeit schriftlich sein (**Art. 340 Abs. 1 OR**).
- Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (**Art. 340 Abs. 2 OR**).

chend zu gestalten und frühzeitig auf die konkreten Bedürfnisse des Kunden auszurichten».⁸⁹ Keinen Nutzen aus dem Einblick in den Kundenkreis kann ein Angestellter demgegenüber dann ziehen, wenn «die Beziehungen zwischen der Kundschaft und dem Arbeitgeber vorwiegend persönlicher Natur sind und auf den besonderen Fähigkeiten des Arbeitgebers beruhen» – was regelmässig auf Angehörige der freien Berufe (z.B. Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte) zutrifft; in solchen Fällen lässt sich ein Konkurrenzverbot daher regelmässig nicht mit dem Einblick des Arbeitnehmers in den Kundenkreis rechtfertigen.⁹⁰

- Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen; es darf nur unter **besonderen Umständen drei Jahre überschreiten (Art. 340a Abs. 1 OR)**.

Übertritt der Arbeitnehmer ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot, so wird er dem Arbeitgeber grundsätzlich Schadenersatzpflichtig (**Art. 340b Abs. 1 OR**).

Selbst wenn ein Konkurrenzverbot gültig vereinbart worden ist, fällt es dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr daran hat (Art. 340c Abs. 1 OR).

Einzelfragen

Der Übergang des Arbeitsverhältnisses

Der *Übergang des Arbeitsverhältnisses* ist in Art. 333-333b OR sowie im Fusionsgesetz geregelt:

Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tag der Betriebsnachfolge grundsätzlich auf den Erwerber über (**Art. 333 Abs. 1 OR**).

- Der Übergang erfasst *nur Arbeitsverhältnisse, die im Zeitpunkt der Betriebsübertragung vorhanden sind*.
- Der *Arbeitnehmer* hat das Recht, den Übergang *abzulehnen* (Art. 333 Abs. 1 in fine OR).
- Der *bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebs haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind* (Art. 333 Abs. 3 OR).

Der Lehrvertrag

Der Lehrvertrag kennzeichnet sich dadurch, dass der **Lehrmeister verpflichtet ist, die lernende Person für eine bestimmte Berufstätigkeit fachgerecht auszubilden**, währenddem die **lernende Person verpflichtet ist, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Lehrmeisters zu leisten** (**Art. 344 OR**). Der Lehrvertrag vermischt Elemente der Arbeitsleistung mit solchen der Berufsbildung. Die Vereinbarung eines Lohns während des Lehrverhältnisses ist zwar üblich, nicht aber zwingend.

Art. 344a-346a OR:

- Der Lehrvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der **schriftlichen Form** (**Art. 344a Abs. 1 OR**). Zudem muss die Art und die Dauer der beruflichen Bildung, den Lohn, die Probezeit, die Arbeitszeit und die Ferien regeln (**Art. 344a Abs. 2 OR**).
- Abreden, die den Lehrling im freien Entschluss über die berufliche Tätigkeit nach beendeter Lehre beeinträchtigen, sind **nichtig** (**Art. 344a Abs. 6 OR**).
- **Sonderregeln** gelten schliesslich für die Beendigung des Lehrvertrags (Art. 346 OR) und für das Lehrzeugnis (Art. 346a OR).

§ 15 Der Gesamt- und der Normalarbeitsvertrag

Der Gesamtarbeitsvertrag

Der **Gesamtarbeitsvertrag** ist zum einen in den **Art. 356-358 OR**, zum andern in Spezialgesetzen geregelt. Er ist *ein Vertrag, durch welchen Arbeitgeber oder deren Verbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits **gemeinsam** Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (Art. 356 Abs. 1 OR)*. Die wirtschaftlich schwächere Partei soll geschützt werden.

Der Gesamtarbeitsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der **schriftlichen Form (Art. 356c Abs. 1 OR)**. Der Gesamtarbeitsvertrag zeitigt gemäss **Art. 357 OR Wirkungen «auf die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer»**. Er gilt als verbindliche Rechtsquelle nur für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 357 Abs. 1 OR).

Der Normalarbeitsvertrag

Der Normalarbeitsvertrag ist kein Vertrag im Rechtssinn, sondern *eine behördliche Anordnung (Verordnung)*. Er **enthält für einzelne Arten von Arbeitsverhältnissen Bestimmungen über deren Abschluss, Inhalt und Beendigung (Art. 359 Abs. 1 OR)**. Sie sind grundsätzlich **dispositiver Natur** (Art. 360 Abs. 1 OR). Doch kann der Normalarbeitsvertrag unter bestimmten Voraussetzungen mit Geltung für die ganze Branche (nach Art. 360d Abs. 2 OR **teilzwingende Mindestlöhne**) festsetzen.

Zuständig für den Erlass eines Normalarbeitsvertrags sind nach Massgabe von **Art. 359a OR** der Bund oder die Kantone.

Es geht beim Normalarbeitsvertrag einerseits darum, in jenen Bereichen Schutzvorschriften im Interesse der Arbeitnehmer aufzustellen, wo diese nur schlecht organisiert sind. Andererseits soll der Normalarbeitsvertrag ein *Instrument zur Bekämpfung oder Verhinderung einer wiederholt missbräuchlichen Unterbietung orts-, berufs- oder branchenüblicher Löhne sein (Art. 360a Abs. 1 OR)*.

Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone geht den Bestimmungen des Normalarbeitsvertrags vor.

§ 16 Der Werkvertrag

Allgemeines

Die Rechtsquellen

Das OR regelt den **Werkvertrag** (le contrat d'entreprise) in den **Art. 363-379**.

Für gewisse Fragen wird in diesen Bestimmungen auf die Normen des Kaufvertragsrechts verwiesen (*Art. 365 Abs. 1 und 371 Abs. 3 OR*). Hinsichtlich der **Verjährung** des Vergütungsanspruch ist zudem **Art. 128 Ziff. 3 OR zu beachten**.

Für Einzelfragen sind sodann Sachenrechtliche Bestimmungen des ZGB zu beachten, etwa Art. 671 ff. ZGB oder Art. 895 ff. ZGB.

Die Qualifikationsmerkmale

Typisch für den Werkvertrag ist die **Herstellung eines Werks gegen Leistung einer Vergütung** (*Werklohn*).

Der Unternehmer verpflichtet sich nach **Art. 363 OR** «zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung». Ein Werkvertrag im Sinn des Gesetzes ist also **stets entgeltlich**.

Die Herstellung eines Werks besteht in der **Bewirkung und Ablieferung eines Arbeitserfolgs**, in der «Erstellung eines individuell bestimmten Arbeitsergebnisses». Der Unternehmer schuldet also ein **Arbeitsresultat**:

- Die Erstellung eines Bauwerks (**Bauwerkvertrag**);
- Die selbständige Erstellung von Ausführungsplänen für ein zu errichtendes Bauwerk (**Projektierungsvertrag**);
- Die Anfertigung oder Umgestaltung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache nach den Wünschen des Bestellers.
- Die Reparatur einer beweglichen oder unbeweglichen Sache (**Reparaturvertrag**).

Als Werkvertrag gilt auch der **sog. Werklieferungsvertrag**: Dabei handelt es sich um einen *Werkvertrag*, bei dem der Unternehmer neben der Herstellung die Lieferung des Stoffs schuldet (**Art. 365 Abs. 1 OR**).

„Werk“ i.S.v. Art. 363 OR
<ul style="list-style-type: none">• Versprochener Arbeitserfolg• Körperliche Werke (z.B. hergestellte, bearbeitete oder veränderte Sachen)• Immaterielle Werke (z.B. Filme, Radiosendungen; Gutachten [zu differenzieren], Vermessungsarbeiten, Bühnenaufführungen?)• Grundsätzlich NICHT: Prozessführung, ärztlicher Behandlungsvertrag etc. → Erfolg lässt sich hier nicht versprechen! (Mit Ausnahmen)

66

Der Werkvertrag ist abzugrenzen von anderen Vertragstypen:

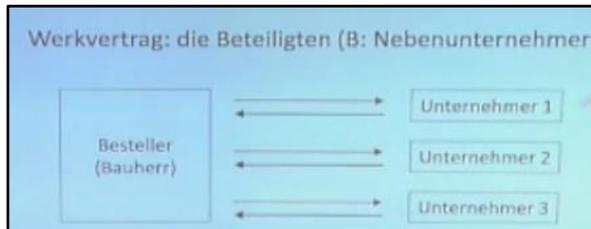
- Vom **Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR)** unterscheidet er sich darin, dass *im Werkvertrag die Herstellung einer Sache geschuldet ist*, während der **Kaufvertrag die Pflicht zur Übereignung einer Sache beinhaltet, die in der Regel schon besteht**. Entscheidend ist, ob der Vertrag zulasten der anderen Partei eine *Herstellungspflicht begründet*. Das gilt auch für die Abgrenzung vom Kauf über eine künftige Sache.
- Vom **(einfachen) Auftrag (Art. 394 ff. OR)** unterscheidet sich der Werkvertrag dadurch, dass ein *Arbeitserfolg (ein Werk) geschuldet ist und nicht bloss ein Tätigwerden*.

Auftrag
<ul style="list-style-type: none">• Sorgfältiges Tätigwerden• Vermutung der Unentgeltlichkeit• Architekten-/Ingenieurvertrag:<ul style="list-style-type: none">• Planungsvertrag = Werkvertrag <small>Skizzen z.B. als Erfolg</small>• Bauleitungsvertrag = Auftrag• Gesamtvertrag = gemischter Vertrag• Zahnbehandlungsvertrag = Auftrag
Rechtsfolge der Unterscheidung:
<ul style="list-style-type: none">• Haftung: OR 368 vs. 398• Rücktritt vom Vertrag, Widerruf: OR 377 vs. 404

- Vom **Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)** unterscheidet sich der Werkvertrag dadurch, dass der *Unternehmer selbständig tätig* ist, also nicht «im Dienst» des Bestellers (in einem Abhängigkeits- bzw. Subordinationsverhältnis) steht.

- Ein *werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt* liegt dann vor, wenn die Herstellung eines Werks nach dem Vertrag *unentgeltlich* erfolgen soll; ein *Werkvertrag im Sinne des Art. 363 OR* setzt demgegenüber die *Entgeltlichkeit* voraus.
- Von der **einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR)** unterscheidet sich der Werkvertrag durch die *Gegenläufigkeit der Interessen*; bei der einfachen Gesellschaft schliessen sich zwei oder mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (Interessengemeinschaft) mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln zusammen (Art. 530 Abs. 1 OR).

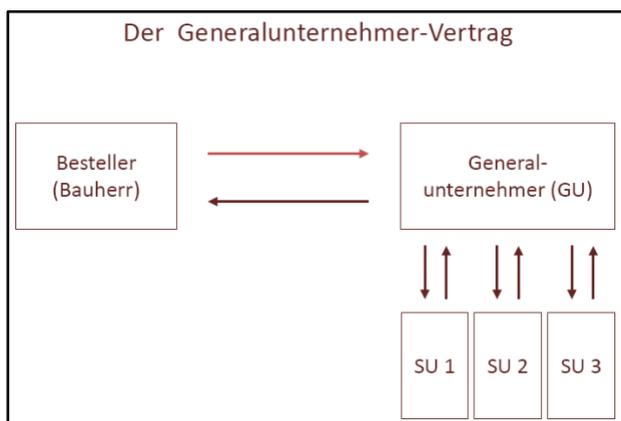
Besondere Erscheinungsformen



Namentlich in der Bauvertragspraxis haben sich **besondere Erscheinungsformen** des Werkvertrages herausgebildet:

1. Der **Generalunternehmervertrag (GU-Vertrag)**: Er ist ein *Vertrag zwischen einem Besteller (Bauherrn) und einem Unternehmer*, durch den sich der Letztere *zur gesamten Ausführung eines Bauwerks* verpflichtet.

Der Generalunternehmer leistet die Arbeiten *selber oder vergibt sie ganz oder teilweise* zur Ausführung an Subunternehmer, für deren «Verrichtungen» er nach Art. 101 OR einzustehen hat.



2. Der **Subunternehmervertrag**: Er ist ein Werkvertrag, durch den *ein Unternehmer Arbeiten, die er seinem Besteller (dem Bauherrn) schuldet, seinerseits in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an einen oder mehrere Unternehmer weitergibt*. Zu unterscheiden sind also:
 - o Der **Bauherr**; er hat einen Werkvertrag (nur) mit dem Hauptunternehmer;
 - o Der **Hauptunternehmer**; er hat seinerseits einen Werkvertrag mit dem Bauherrn, andererseits einen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung geschlossenen Werkvertrag mit dem Subunternehmer;
 - o Der **Subunternehmer**; er hat einen Werkvertrag mit dem Hauptunternehmer (Subunternehmervertrag).

3. Der **Totalunternehmervertrag (TU-Vertrag)**: Er ist ein Werkvertrag, bei welchem *der Unternehmer dem Bauherrn nicht nur die gesamte Ausführung einer meist grösseren Baute, sondern auch die Planungsarbeiten (namentlich die Projektierung) dieser Baute* verspricht.

Bauwerkvertrag	Werklieferungsvertrag	Werkvertragsähnliche Verträge
<ul style="list-style-type: none"> • «Bauvertrag» → Unternehmer schuldet die Leistung von <i>Bauarbeiten</i> (mit oder ohne Lieferung von Werkstoff), Werk ist <i>Bauwerk</i> • Teil-, General-, Total-, Subunternehmer • SIA-Norm 118: <ul style="list-style-type: none"> • Privates Regelwerk • Auslegung nach <u>AGB-Grundsätzen</u> • Vorformulierte Bestimmungen, die mehrheitlich Abschluss und Inhalt des Bauwerkvertrags regeln (Allgemeine Bedingungen) 	<ul style="list-style-type: none"> • Merkmal: Stofflieferungspflicht des Unternehmers • Werklieferungsvertrag = Werkvertrag, allerdings mit Besonderheiten betreffend Werkstoff, vgl. <u>Art. 365 OR</u> • Wiener Kaufrecht ist grunds. anwendbar (Art. 3 Abs. 1 CISG) 	<ul style="list-style-type: none"> • Verträge, die sich keinem bestimmten Vertragstypus eindeutig zuordnen lassen • Innominatkontrakte • Flexibilität, Rechtsfolgen anpassbar • Anwendung gesetzlicher Bestimmungen per Analogie • Z.B. Softwareherstellungsvertrag, Wartungsvertrag, Bewirtungsvertrag usw.

4. Der Werkvertrag **mit einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE)**. Das besondere Merkmal besteht darin, dass die *Herstellung des Werks von einer Mehrheit von Unternehmen versprochen wird, die sich zu diesem Zweck (meist) zu einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) zusammengeschlossen haben.*
5. Der **reine Planungsvertrag**: Auch der Vertrag, mit dem ein Bauherr einen Planer (v.a. Architekt oder Ingenieur) damit betraut, ein Bauprojekt zu entwickeln, gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Werkvertrag.

Die Entstehung und Änderung des Werkvertrags

Die Entstehung

Der Werkvertrag entsteht – als Konsensualvertrag – nach den allgemeinen Regeln. Erforderlich ist der Austausch **übereinstimmender Willenserklärungen** im Sinn von Art. 1 Abs. 1 OR.

Zu regeln sind (als *objektiv wesentliche Punkte*)

- das **geschuldete Werk** (Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit) sowie
- die **Entgeltlichkeit**.
- Über die *Höhe des Werklohns* müssen die Parteien hingegen **keine** Vereinbarung treffen (vgl. Art. 374 OR).

Der Werkvertrag ist von Gesetzes wegen *keiner besonderen Form unterstellt*.

In der Praxis spielen gerade bei Bauwerkverträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen eine erhebliche Rolle (z.B. die **SIA-Norm 118**). Solche privaten Regeln stellen aber keine objektiven Rechtsquellen dar, sondern *gelten nur nach Massgabe der Vereinbarung* und sofern sie übernommen worden sind.

Die Bestellsänderung

Unter einer **Bestellungsänderung** wird die **rechtsgeschäftliche Änderung des Inhalts** des (abgeschlossenen und fortbestehenden) Werkvertrags verstanden; die vereinbarte Herstellungspflicht wird verändert.

Eine Bestellsänderung **bedarf einer besonderen Rechtsgrundlage**, nämlich einer (einvernehmlichen) **Vertragsänderung** der Parteien oder eines *Gestaltungsrechts*, das wirksam ausgeübt worden ist.

1. Eine **vertragliche Bestellsänderung** geschieht **durch einen Abänderungsvertrag**, der von den Parteien auch formlos abgeschlossen werden kann.
2. Eine **einseitige Bestellsänderung** ist dann möglich, wenn dem Besteller *ein Gestaltungsrecht zusteht*. Dieses kann sich ergeben:
 - a. *Aus Gesetz*: In Frage kommt die sinngemässe Anwendung von **Art. 377 OR**.
 - b. *Aus der Parteivereinbarung*: In den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) können *beliebige Änderungsrechte vorgesehen werden*.
 - c. Aus dem *hypothetischen Parteiwillen* für den Fall, dass der Vertrag lückenhaft ist (**Vertragsergänzung**).

Allgemein lässt sich festhalten, dass der Unternehmer für einen allfälligen Mehraufwand der durch die (vereinbarte oder einseitige) Bestellsänderung entsteht, einen **Anspruch auf Mehrvergütung** hat. Ist nichts anderes vereinbart worden, **bemisst sich diese nach Art. 374 OR**.

Die Pflichten des Unternehmers

Die werkvertragstypische Hauptpflicht des Unternehmers besteht in der **Herstellung eines Werks (Art. 363 OR)**, also eines **Arbeitserfolgs**. Mit der *Werkherstellung und -ablieferung (Übergabe)* erfüllt der Unternehmer seine Hauptpflicht. Richtige Erfüllung liegt aber nur vor, wenn in **persönlicher, qualitativer und zeitlicher** Hinsicht vertragskonform erfüllt wird. Im Einzelnen:

1. Nach **Art. 364 Abs. 2 OR** ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk **persönlich auszuführen oder zumindest unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen**.
2. Das Werk muss **qualitativ** den vertraglich vereinbarten Anforderungen genügen. Eine Abweichung vom Vertrag stellt einen **Sachmangel** dar, für den der Unternehmer grundsätzlich haftet (**Art. 367 ff. OR**). Da ein Arbeitsergebnis (ein Erfolg) geschuldet ist, besteht die **Haftung** des Unternehmers nach der gesetzlichen – aber dispositiven – Konzeption grundsätzlich **auch dann, wenn er sorgfältig gehandelt hat und ihn am Mangel kein Verschulden trifft**.
3. Der Unternehmer muss seine Herstellungs- und Ablieferungsobligation auch in **zeitlicher** Hinsicht richtig erfüllen. Grundsätzlich gelten für die Frage des **Verzugs die Art. 102 ff. OR**. Doch enthält **Art. 366 Abs. 1 OR dazu eine Sonderregel**: «Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der **Besteller vom Verträge zurücktreten**». Die Bestimmung ist ein **Anwendungsfall der Art. 107 ff. OR**. Erforderlich ist daher nach der bundesgerichtlichen Praxis die **Ansetzung einer Nachfrist**. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so liegt **ein Rücktritt nach Art. 377 OR** vor.
4. Den Unternehmer trifft eine Reihe von weiteren Pflichten und Obliegenheiten:
 - Der Unternehmer ist **zur Sorgfalt verpflichtet (Art. 364 Abs. 1 OR)**; insbes. Art. 365 Abs 2 OR). Die Verletzung dieser Pflicht führt zu **einer Haftung nach den allgemeinen Bestimmungen (Art. 97 Abs. 1 und Art. 101 OR) und der Anwendung der allgemeinen Verjährungsregeln (Art. 127 ff. OR und nicht Art. 371 OR)**.
 - Der Unternehmer ist verpflichtet, die für die Ausführung des Werks nötigen Hilfsmittel (Werkzeuge und Gerätschaften) auf eigene Kosten zu besorgen (**Art. 364 Abs. 3 OR**).
 - Den Unternehmer trifft eine **Anzeigepflicht**, die Ausfluss seiner Sorgfaltspflicht ist (**Art. 365 Abs. 3 OR**). Versäumt er die Anzeige, so **treffen den Unternehmer die «nachteiligen Folgen», etwa im Fall des Untergangs des Werks (Art. 376 Abs. 3 OR)**. Darüber hinaus trifft den Unternehmer, der seine Anzeigepflicht verletzt, allenfalls auch die Pflicht, dem Besteller Schadenersatz zu leisten (Art. 97 Abs. 1 und Art. 101 OR).

Gefahrtragung (Art. 376 OR)		
Preisgefahr	Leistungsgefahr	Sachgefahr
• = Risiko: Bestand der Werklohnforderung	• = Risiko: Anspruch auf Werkherstellung	• = Risiko: unmittelbarer Verlust

- Der Unternehmer hat zudem **den Besteller bei fehlerhaften Weisungen abzumahn**en (**Art. 369 OR**).
- Der Unternehmer, der die Lieferung des Stoffs übernommen hat, hat hierfür **Rechtsgewähr** zu leisten wie ein Verkäufer (**Art. 365 Abs. 1 OR**).

Die Pflichten des Bestellers

Gemäss **Art. 363 OR** hat der Besteller für die Herstellung des Werks *eine Vergütung (den Werklohn)* zu bezahlen.

Die Höhe des Werklohns (Vergütung) **bestimmt sich in erster Linie nach Vertrag:**

- Wurde die Vergütung zum **Voraus bestimmt**, so ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet, *das Werk für diese Summe fertigzustellen, selbst dann, wenn er Mehrarbeit oder grössere Auslagen als vorgesehen gehabt hat (Art. 373 Abs. 1 OR)*.
Der Rechtsgrund dafür, dass ein Festpreis im Grundsatz weder erhöht noch herabgesetzt wird, liegt nicht im Gesetz, sondern in einer entsprechenden *Abrede der Parteien*.
- Wurde der Preis vertraglich entweder **gar nicht oder nur ungefähr bestimmt**, so ist er **gemäss Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festzusetzen**.
Art. 374 OR macht deutlich, dass ein fest vereinbarter Preis nicht zu den objektiv wesentlichen Punkten des Werkvertragsrechts gehört.

Fällig wird die **Werklohnschuld bei Ablieferung des Werks (Art. 372 Abs. 1 OR)**. Ist das Werk in Teilen zu liefern und die Vergütung nach Teilen bestimmt, so hat die Zahlung für jeden Teil bei dessen Ablieferung zu erfolgen (**Art. 372 Abs. 2 OR**).

Erfüllt der **Besteller seine Zahlungspflicht nicht (rechtzeitig)**, so stehen dem Unternehmer folgende Behelfe zur Verfügung:

- Er kann zunächst nach den **allgemeinen Regeln über den Schuldnerverzug vorgehen (Art. 102 ff. OR)** und allenfalls den Vertrag auflösen. Anstelle des Rücktritts (Art. 107 Abs. 2 und 109 OR) tritt grundsätzlich **die Kündigung (Vertragsauflösung ex nunc)**.
- Besteht das Werk in einer *beweglichen Sache* des Bestellers, die der Unternehmer reparieren musste, so steht diesem nach Massgabe der **Art. 895 ff. ZGB ein Retentionsrecht** zu.
- Besteht das Werk in Arbeit und Material an einem Grundstück (Bauwerkvertrag), so steht dem Werkunternehmer nach Massgabe von **Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB** das (zum Voraus unverzichtbare) *Recht auf Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts* (Bauhandwerkerpfandrechts) zur Sicherung seiner Forderung zu.

3. Sicherung der Werklohnforderung

- dingliches Retentionsrecht an beweglichen Sachen des Bestellers (Art. 895 ZGB)
- Bei Bauwerkverträgen: Sicherung der Werklohnforderung durch Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, 839 ff ZGB)
- Eintragung für Subunternehmer → Gefahr der doppelten Zahlungspflicht

Die Mängelhaftung des Unternehmers

In den **Art. 367-371 OR** regelt das Gesetz die **Haftung des Werkunternehmers für Mängel** des Werks. Die Regelung der Mängelhaftung ist (grundsätzlich) *dispositiv*: Die Parteien können sie zugunsten oder zuungunsten des Bestellers vertraglich abändern. Soweit der Unternehmer seine Haftung beschränkt oder ganz wegbedingt (Freizeichnung), gelten die Einschränkungen der Art. 100 und Art. 101 Abs. 3 OR. Gemäss **Art. 365 Abs. 1 OR** haftet der Unternehmer nur für die Rechtsgewährleistung für den Werkstoff.

Die Voraussetzungen der Mängelhaftung des Unternehmers

Der Werkmangel

Das Gewährleistungsrecht des Werkvertrags knüpft – wie das Kaufvertragsrecht – an den **Mangelbegriff** an. **Mangel** ist eine Abweichung vom Vertrag, also die *Nichtübereinstimmung des abgelieferten mit dem versprochenen Werk* («subjektiver Mangelbegriff»).

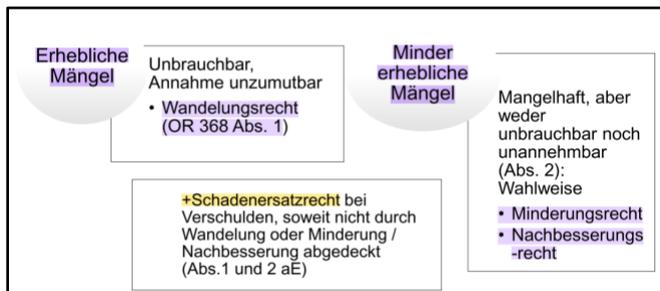
Doch sind ohne Weiteres auch die sonstigen Vertragsabweichungen im Begriff des Mangels enthalten. Wiederum lassen sich unterscheiden:

- Das **Fehlen zugesicherter Eigenschaften**, also die Abwesenheit von **Qualitäten** des Werks, welche der Unternehmer versprochen hat; und
- Das **Fehlen von Eigenschaften, die der Besteller nach Treu und Glauben voraussetzen darf**, obwohl eine Zusicherung fehlt.

Damit die Mängelhaftung des Werkunternehmers aktuell wird, **muss das Werk abgeliefert sein** (vgl. **Art. 367 Abs. 1 OR**).

Das Gesetz behandelt mehrere Arten von Mängeln:

- **Erhebliche (Art. 368 Abs. 1 OR) und «minder erhebliche» (Art. 368 Abs. 2 OR) Mängel**;
- Mängel, «die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung **nicht erkennbar** waren» (Art. 370 Abs. 1 OR);
- Mängel, die «vom Unternehmer **absichtlich verschwiegen** wurden» (Art. 370 Abs. 1 OR *in fine*); und
- Mängel, die «**erst später zu Tage**» treten (Art. 370 Abs. 3 OR).



Mängel des Werks lösen die Gewährleistungspflicht des Werkunternehmers aus. Die Ablieferung eines mangelhaften Werks ist daher von anderen Sachverhalten **abzugrenzen**, welche *nicht unter die Mängelhaftung fallen und damit Gegenstand der allgemeinen Haftungsbestimmungen (Art. 97 ff. OR)* sind:

- Von der Schädigung des Bestellers durch den Unternehmer **vor Ablieferung**;
- Von der **nachträglichen Verschlechterung** des abgelieferten Werks;
- Von der **verspäteten Ablieferung des Werks**;
- Von der **vertragswidrigen Nichtvollendung des Werks** durch den Unternehmer; und
- Von der Ablieferung eines **gänzlich anderen Werks als des vereinbarten** (Aliud).

Weitere Voraussetzungen

Die Regeln über die Mängelhaftung stellen nach dem Gesagten **dispositives Recht** dar. Die Mängelhaftung des Unternehmers wird nur dann aktuell, *wenn seine Gewährleistung nicht (wirksam) wegbedungen worden ist*. Eine gültige Freizeichnungsklausel schliesst demnach die Haftung des Unternehmers aus.

Ebenfalls ausgeschlossen ist die Haftung des Werkunternehmers, wenn der *Besteller das mangelhafte Werk (ausdrücklich oder stillschweigend) genehmigt hat* (**Art. 370 Abs. 1 OR**).

Die Mängelhaftung des Werkunternehmers entfällt zudem auch dann, wenn ein *Selbstverschulden des Bestellers vorliegt* (**Art. 369 OR**; vgl. auch Art. 365 Abs. 3 OR).

Zur Mängelrüge insbesondere

In der Praxis wichtigste Voraussetzung ist die (*rechtzeitige und auch sonst gehörige*) **Mängelrüge** des Bestellers.

Den Besteller trifft (wie den Käufer) die Obliegenheit, nach Ablieferung des Werks und sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die *Beschaffenheit des abgelieferten Werks zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen* (**Mängelrüge; Art. 367 Abs. 1 OR**).

Die Rüge muss rechtzeitig erfolgen. Bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit muss nach ständiger Praxis auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt werden. Für gewöhnliche Verhältnisse aber hält das Bundesgericht eine **siebtägige Rügefrist** für angemessen.

Der Besteller muss die Mängel nicht nur rechtzeitig, sondern auch spätestens bis zum Ablauf der **Verjährungsfrist (Art. 371 OR)** rügen; Letztere gilt als absolute Rügefrist in dem Sinne, dass Rechte aus Mängeln, die erst später gerügt werden, verwirkt sind. Wurde ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist wirksam gerügt, bleiben ihm die Mängelrechte nach Eintritt der Verjährung immerhin *als Einreden erhalten* (**Art. 210 Abs. 5 OR**).

Die **Mängelrüge muss zu ihrer Wirksamkeit spezifiziert (substantiiert) erfolgen**: Der Besteller hat anzugeben, warum (inwiefern) er das abgelieferte Werk nicht als vertragskonform anerkennt.

Mängel am Werk können auch erst **nachträglich sichtbar** werden (**versteckte Mängel**). Diesfalls muss die Anzeige *sofort nach der Entdeckung erfolgen* (**Art. 370 Abs. 3 OR**).

Falls der Unternehmer die Mängel arglistig verheimlicht, ist Art. 203 OR sinngemäss anwendbar.

Zu beachten ist jedoch die dispositive Natur der Art. 367-371 OR.

Die Rechtsfolgen: Mängelrechte des Bestellers

Dem Besteller steht ein Bündel von Mängelrechten zu:

- Das Recht auf *Wandelung* (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR);
- Das Recht auf *Minderung* (Art. 368 Abs. 2 OR);
- Das Recht auf *Nachbesserung* (Art. 368 Abs. 2 OR);
- Das Recht auf *Schadenersatz* (Ersatz des Mangelfolgeschadens; Art. 368 Abs. 1 und 2 OR).

Wandelung	Minderung	Nachbesserung	+ Ersatz Mangelfolgeschaden
<ul style="list-style-type: none"> • Voraussetzungen: • Erheblicher Mangel • Werk unbrauchbar, Annahme unzumutbar • Rechtsfolgen: • Vertragsaufhebung • Rückabwicklung der Leistungen • Einschränkung durch Abs. 3 	<ul style="list-style-type: none"> • Voraussetzungen: • Min. minder erheblicher Mangel • Minderwert des Werks • Rechtsfolgen: • Herabsetzung des Werklohns (relative, vereinzelt absolute Berechnungsmethode) 	<ul style="list-style-type: none"> • Voraussetzungen: • Min. minder erheblicher Mangel • Mängelbeseitigung objektiv möglich • Rechtsfolgen: • Unentgeltliche Mängelbeseitigung durch Unternehmer 	<ul style="list-style-type: none"> • = Ergänzung zu den anderen Gewährleistungsrechten • Voraussetzungen: • Schaden als Folge eines Mangels • Verschulden des Unternehmers (mit Beweislastumkehr)

Bei den **ersten drei Mängelrechten** handelt es sich um Gestaltungsrechte, die dem Besteller zustehen. Zwischen ihnen besteht **Konkurrenz**.

- ⇒ Der Ersatz eines allfälligen Mangelfolgeschadens kann stets **zusätzlich** zu den anderen Mängelrechten geltend gemacht werden.
- **Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht** stehen dem Besteller **auch ohne ein Verschulden** seitens des Unternehmers zu.
- Für den **Mangelfolgeschaden haftet der Unternehmer demgegenüber nur im Verschuldensfall (oder nach Art. 101 OR)**.
- ⇒ Die Mängelrechte des Bestellers unterliegen nicht der allgemeinen, sondern einer **besonderen Verjährung (Art. 371 OR)**.

73

1: Das Recht auf Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR)

Art. 368 Abs. 1 OR gibt dem Besteller grundsätzlich das Recht, die **Annahme des Werks zu verweigern**, also **den Werkvertrag aufzulösen**. Der Vertrag kann auch dann noch rückgängig gemacht werden, wenn sich der Mangel erst später (z.B. ein Jahr nach der Annahme) manifestiert. Vorausgesetzt ist aber namentlich eine **rechtzeitige Mängelrüge**.

- Damit das Wandelungsrecht besteht, müssen **Mängel von einer gewissen Schwere** vorhanden sein; das Werk muss derart vom Vertrag abweichen, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder ihm nicht zugemutet werden kann (**Art. 368 Abs. 1 OR**).
- Das **Recht auf Wandelung entfällt zum Vorherein bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet worden sind** und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können (**Art. 368 Abs. 3 OR**).

Das Wandelungsrecht ist ein privates *Gestaltungsrecht*: Es wird ausgeübt durch blosse (einseitige) Erklärung des Bestellers.

Es gibt keinen Rechtssatz, nachdem die Gestaltungsrechte verwirken, wenn sie nicht sofort nach Entdeckung des Mangels ausgeübt werden. Ist das Wandelungsrecht wirksam ausgeübt worden, so **muss** der Vertrag **rückabgewickelt** werden.

2: Das Recht auf Minderung (Art. 368 Abs. 2 OR)

Der Besteller kann auch «einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden **Abzug am Lohne machen**» (**Art. 368 Abs. 2 OR**), wenn:

- die Mängel «**minder erheblich**» sind, also eine Wandelung aus diesem Grund ausgeschlossen ist (Art. 368 Abs. 2 OR), oder
- das Werk auf dem **Grund und Boden des Bestellers errichtet** wurde und sich nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernen liesse (**Art. 368 Abs. 3 OR**).

Auch das Minderungsrecht ist ein privates Gestaltungsrecht. Ist es wirksam ausgeübt worden, so berechnet sich die Werklohnminderung nach der sogenannten **relativen Berechnungsmethode**.

3: Das Nachbesserungsrecht (Art. 368 Abs. 2 und 3 OR)

Nach **Art. 368 Abs. 2 OR** hat der Besteller **Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung des Werks (Nachbesserung)**, sofern dies dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

- Die Nachbesserung ist die **unentgeltliche Verbesserung des Werks** (Anspruch auf Realerfüllung);
- Ob «übermässige Kosten» zulasten des Unternehmers entstehen, entscheidet sich nach dem *Verhältnis zwischen dem Nutzen der Nachbesserung für den Bauherrn und den Kosten, die dem Unternehmer durch die Nachbesserung entstehen.*
- Das Nachbesserungsrecht steht dem Besteller auch bei bloss «minder erheblichen» Mängel zu sowie bei mangelhaften Werken, die auf dem Grund und Boden Besteller errichtet worden sind (Art. 368 Abs. 2 und 3 OR).
- Auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Nachbesserungsrecht sind dispositiv.

Das Nachbesserungsrecht ist ein privates Gestaltungsrecht.

Wird auch diese Nachbesserung nicht oder wiederum mangelhaft ausgeführt, so leben die Wahlrechte des Bestellers wieder auf.

4: Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens

Nach **Art. 368 Abs. 1 und 2 OR** (jeweils in fine) hat der Besteller schliesslich auch das Recht, **bei Verschulden** oder **einer Hilfspersonenhaftung** des Unternehmers **Schadenersatz** zu verlangen.

Das Recht auf **Ersatz des Mangelfolgeschadens** ist nicht wie die anderen Mängelrechte ein Gestaltungsrecht, sondern **eine Forderung**.

Diese Forderung richtet sich auf Schadenersatz (Ersatz des sog. Mangelfolgeschadens). *Damit ist jener Schaden gemeint, der nicht im Mangel selbst begründet ist.*

- ⇒ Das Recht des Bestellers auf Schadenersatz setzt **ein Verschulden** des Unternehmers voraus. Es gelten somit die allgemeinen Regeln des vertraglichen Haftpflichtrechts (**Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 101 OR**).
- ⇒ Dieser Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens tritt *kumulativ* zu den übrigen Mängelrechten des Bestellers hinzu.

Ersatz eines Mangelfolgeschadens kann selbst dann beansprucht werden, wenn die Voraussetzungen dafür, dass einem überdies ein Gestaltungsrecht zusteht, nicht erfüllt sind (z.B. fehlender Minderwert oder übermässige Nachbesserungskosten).

*Auch der Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens untersteht den allgemeinen Voraussetzungen der Mängelhaftung des Unternehmers. Namentlich ist eine **Mängelrüge erforderlich** (Art. 367 Abs. 1 und 370 Abs. 2 OR).*

Die Verjährung der Mängelrechte

Art. 371 OR enthält **Spezialregeln zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers wegen Werkmängeln**.

Gegenstand dieser Verjährungsregel sind zum einen die Forderungen, die durch die Ausübung der Mängelrechte (Gestaltungsrechte) entstehen, zum anderen der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens.

1) Grundsätzlich verjähren die Ansprüche des Bestellers «**mit Ablauf von zwei Jahren nach der Abnahme**» (**Art. 371 Abs. 1 OR**). Die Verjährung **beginnt mit der Abnahme zu laufen**, weshalb es sein kann, dass sie eintritt, bevor der Besteller den Mangel erkennen konnte.

Die im Vergleich zu Art. 127 OR auch für den Kaufvertrag stark verkürzte Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche wird zum Teil damit gerechtfertigt, dass der «Käufer in diesem Fall über zusätzliche Rechte verfügt, und der Verkäufer auch ohne Verschulden haftet».

2) Die **Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werks** verjähren «gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes» (**Art. 371 Abs. 2 OR**).

Begründet wurde die längere, fünfjährige Verjährungsfrist damit, dass bei unbeweglichen Bauwerken «oft erst nach längerer Zeit erkennbar wird, ob das Werk den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen standhält».

Sind die Voraussetzungen für die Anwendung der Regel erfüllt, kommt sie selbst dann zum Tragen, wenn der Vertrag mit dem «Architekten oder Ingenieur» im konkreten Fall nicht als Werkvertrag qualifiziert ist.

3) Ebenfalls **fünf Jahre beträgt die Verjährungsfrist** für Ansprüche aus Mängeln eines *beweglichen Werks*, «das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist» und die Mangelhaftigkeit verursacht hat (**Art. 371 Abs. 1 OR**).

Ausnahmen

Eine erste Ausnahme gilt für den Fall, dass der Unternehmer den Besteller **absichtlich getäuscht** hat: Alsdann ist die **Zehnjahresfrist von Art. 127 OR** einschlägig.

Eine zweite Ausnahme kann sich daraus ergeben, dass die in Art. 371 OR geregelten Fristen **nicht zwingend** sind. Sie können deshalb vertraglich verlängert oder auch verkürzt werden.

Die *Einreden des Bestellers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn sie innerhalb der Verjährungsfrist wirksam gerügt worden sind* (Art. 371 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 5 OR).

Überhaupt keine Rolle spielen die Verjährungsfristen von Art. 371 OR, wenn den Unternehmer von vornherein keine Haftung trifft.

Einzelfragen zur Mängelhaftung

Es stellt sich die Frage des **Verhältnisses der Mängelhaftung** des Unternehmers zu *anderen Behelfen des Bestellers*:

- Der allgemeine Erfüllungsanspruch und der Schadenersatzanspruch gestützt auf **Art. 97 ff. OR** scheiden beim Vorliegen eines Mangels aus; diese Regeln werden **durch die Gewährleistungsregelung der Art. 367 ff. OR vollständig verdrängt**.
- Hingegen bleibt es bei der Anwendbarkeit, wenn die Vertragsverletzung des Unternehmers nicht in einem Werkmangel, sondern *in der Verletzung anderer Interessen des Bestellers besteht, oder wenn der Unternehmer das Werk gar nicht abgeliefert* (= Art. 97 ff. OR).
- Die Ansprüche aus **unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR)** stehen dem Besteller bei gegebenen Voraussetzungen **neben den Mängelrechten zu**.
- Die Berufung auf Willensmängel und insbes. auf Grundlagenirrtum verneint die herrschende Lehre.
- Die Verweigerung der Zahlung des Werklohns durch Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR) ist nur dann zu bejahen, wenn der *Besteller die Nachbesserung gewählt hat und die Einrede von Art. 82 OR ausdrücklich erhoben hat*.

In der Lehre ist umstritten, ob der Besteller seine Mängelrechte abtreten kann. Zulässig ist diese Möglichkeit jedenfalls insoweit, als es um Forderungsrechte geht.

Die Beendigung des Werkvertrags

Der Hauptgrund für die Beendigung des Werksvertrags ist die *(beidseitige) vollständige Erfüllung* der Pflichten der Parteien. Die Forderungen der Parteien gehen mit ihrer Erfüllung unter (**Art. 114 Abs. 1 OR**).

Besondere Beendigungsmöglichkeiten sind:

1. Die *Beendigung durch Rücktritt wegen Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes* (**Art. 375 OR**). Das Gesetz gewährt dem Besteller ein **Rücktrittsrecht** «sowohl *während als nach* der Ausführung des Werkes» (**Art. 375 Abs. 1 OR**). Ein solcher Rücktritt setzt voraus, dass «der Unternehmer dem Besteller *eine Kostenschätzung im Sinne eines Richtpreises gegeben hat* und dieser Kostenvoranschlag bei Vertragsschluss als Geschäftsgrundlage diene». Diese Schätzung (=Kostenansatz) ist die Grundlage, auf welcher der Besteller sich bei Vertragsschluss abstützt.
Bei *Bauten, die auf Grund und Boden des Bestellers* errichtet werden, gilt die **Sonderregel nach Art. 375 Abs. 2 OR**. Dem Besteller steht hier (wahlweise) ein Recht auf *angemessene Herabsetzung der Vergütung oder ein Kündigungsrecht* zu, «wenn die Baute noch nicht vollendet ist». Dieses ist **binnen Jahresfrist** auszuüben, was Art. 375 OR zwar nicht vorsieht, aber aus einer analogen Anwendung des Art. 31 OR ergibt.
2. Die Beendigung durch **Untergang des Werks vor der Übergabe** (**Art. 376 OR**). Geht das Werk vor der Übergabe durch Zufall zugrunde, so *kann der Unternehmer weder Lohn für seine Arbeit noch Vergütung seiner Auslagen verlangen*. Der **Unternehmer trägt die Vergütungsgefahr bis zur Übergabe**. Vorbehalten bleibt Art. 376 Abs. 3 OR.
3. Die *Beendigung durch Rücktritt des Bestellers gegen volle Schadloshaltung* (**Art. 377 OR**). Ist das Werk noch **unvollendet** und hat der Besteller nicht aus besonderen Gründen ein Rücktrittsrecht, so ist die Vertragsauflösung durch den Besteller dennoch möglich, jedoch **nur «gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers»**. Volle Schadloshaltung bedeutet, dass dem Unternehmer der Ersatz des positiven Interesses (**Erfüllungsinteresse**) zusteht.
4. Die Beendigung wegen *Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers* (**Art. 378 OR**). Wird die Vollendung des Werks durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich, so hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung (**Art. 378 Abs. 1 OR**). Bei verschuldeter Unmöglichkeit kann der Unternehmer überdies Schadenersatz verlangen (**Art. 378 Abs. 2 OR**).
5. Die Beendigung wegen *Todes oder Unfähigkeit des Unternehmers* (**Art. 379 OR**). Der Besteller ist diesfalls verpflichtet, den **bereits ausgeführten Teil des Werks**, soweit für ihn brauchbar, *anzunehmen und zu bezahlen* (**Art. 379 Abs. 2 OR**).

§ 18 Der einfache Auftrag

Das OR regelt den *einfachen Auftrag* in den **Art. 394-406 OR**. Diese Bestimmungen enthalten grösstenteils vertragsrechtliche Regeln, teilweise aber auch stellvertretungsrechtliche Vorschriften.

Das Auftragsrecht ist massgebend für eine Vielzahl von Rechtsbeziehungen, welche die Inhaber der sog. wissenschaftlichen Berufsarten (liberalen Berufe), *etwa Ärzte oder Rechtsanwälte* zu ihrer Kundschaft haben.

Die Qualifikationsmerkmale

Typisch für den einfachen Auftrag ist die *Erbringung von Arbeitsleistungen (Dienstleistungen)* in unabhängiger Position. Nach **Art. 394 Abs. 1 OR** verpflichtet sich der Beauftragte, «die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen». Stets geht es um die Wahrung der Interessen des Auftraggebers.

Der einfache Auftrag kann **entgeltlich oder unentgeltlich** sein (*Art. 394 Abs. 3 OR*).

Naturgemäss kann ein Auftrag die unterschiedlichsten Dienstleistungen zum Inhalt haben, generell geht es um eine Arbeitsleistung im weitesten Sinn, wobei die **sorgfältige Arbeitsleistung** als solche geschuldet ist.

- Bei Tathandlungsaufträgen hat der Beauftragte gewisse Tathandlungen vorzunehmen;
- Bei den Rechtshandlungsaufträgen schuldet der Beauftragte Rechtshandlungen.

Nach **Art. 394 Abs. 2 OR** unterstehen Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechts unterstellt sind, den Vorschriften über den Auftrag.

Anwaltsvertrag	(Zahn-)Arztvertrag	Bank- / Treuhandvertrag
<ul style="list-style-type: none">• Wahrnehmung und Vertretung fremder Interessen• Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Klient = idR Auftrag• Zusätzliche Aufgaben, Rechte und Pflichten des Anwalts nach öff. Recht	<ul style="list-style-type: none">• Heilbehandlung als Tätigwerden, Erfolg der Behandlung kann idR nicht versprochen werden• Aufklärungspflicht des Arztes	<ul style="list-style-type: none">• Konto- und Geschäftsführungsvertrag: überwiegend auftragsrechtliche Elemente• Vermögensverwaltungsvertrag: gemischter Vertrag (Elemente aus Auftrag, Giro-, Hinterlegungsvertrag, Kommission)

77

Der einfache Auftrag ist abzugrenzen von andern Vertragstypen und Rechtsverhältnissen:

- Vom **Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)** unterscheidet sich der einfache Auftrag dadurch, dass hier bloss ein **sorgfältiges Tätigwerden**, kein Werk (also nicht ein Arbeitserfolg) geschuldet ist.
- Vom **Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)** lässt sich der einfache Auftrag dadurch abgrenzen, dass der *Beauftragte selbständig tätig ist*, also nicht im Dienst des Auftraggebers selbst. Prägendes Merkmal des Arbeitsverhältnisses ist die *Subordination des Arbeitnehmers*, während der *Beauftragte unabhängig und auf eigene Verantwortung tätig wird*.
Der Unterschied zwischen Auftrag und Arbeitsverhältnis ist deswegen von grosser Relevanz, weil den Arbeitsgeber eine ganze Reihe von gesetzlich zwingenden Vertragspflichten trifft, die der Auftraggeber nicht hat.
- Von den besonderen Auftragsarten (namentlich Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung usw.) ist der einfache Auftrag dadurch zu unterscheiden, dass die dort jeweils verlangten besonderen Qualifikationsmerkmale nicht vorliegen.
- Von der **einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR)** unterscheidet sich der einfache Auftrag dadurch, dass *hier die Interessen der Parteien (Arbeitsleistung gegen Auslagenersatz und allenfalls gegen Entgelt) gegenläufig sind*; bei der einfachen Gesellschaft schliessen sich zwei oder mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammen (Art. 530 Abs. 1 OR).
- Schwierigkeiten kann die Abgrenzung eines unentgeltlichen Auftrags von einer blossen **Gefälligkeit** bereiten. Das Bundesgericht stützt sich auf das Kriterium des Rechtsbindungswillens: Im Unterschied zum Vertrag *erfolgt die Gefälligkeit unentgeltlich, uneigennützig und bei Gelegenheit*. Die Haftung bei einem Handeln aus Gefälligkeit stützt das Bundesgericht auf die deliktsrechtlichen Bestimmungen (Art. 41 f. OR).
- Von der **Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR)** unterscheidet sich der Auftrag durch das *Vorhandensein eines Vertrags (vertragliche Grundlage)*.
- Im Gegensatz zum Auftrag, der das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem (Innenverhältnis) zum Gegenstand hat (Grundverhältnis), beschlägt die *Vollmacht das Aussenverhältnis, mithin die Frage, ob eine Person durch ihr Verhalten eine andere binden* (berechtigten oder

verpflichten) kann (Art. 32 ff. OR). Der Auftrag ist ein zweiseitiger Vertrag (Art. 394 Abs. 1 OR), die Vollmachtserteilung (Bevollmächtigung) dagegen eine *einseitige Willenserklärung* des Vollmachtgebers (Art. 33 Abs. 2 OR).

Die Vertragsentstehung

Der Auftrag entsteht, als Konsensualvertrag, nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, also durch den **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (Art. 1 Abs. 1 OR)**:

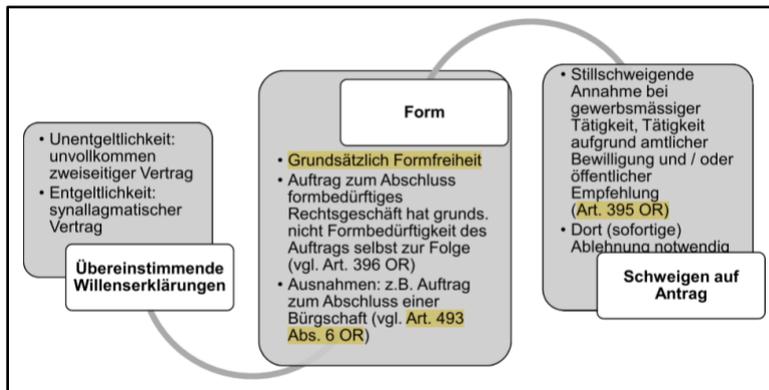
- Unabdingbar durch die Parteien zu bestimmen ist die **geschuldete Arbeitsleistung**.
- Die Vergütung ist kein Wesensmerkmal des Auftrages, da es **sowohl entgeltlich als auch unentgeltliche Aufträge** geben kann. Haben die Parteien **keine Vergütung vereinbart, so greift die Regel des Art. 394 Abs. 3 OR**: «Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.» Danach bestimmt sich auch, welche Vergütung zu leisten ist.

Ein Auftrag kann ausnahmsweise auch durch **Schweigen auf einen entsprechenden Antrag entstehen (Art. 6 OR)**. Dazu enthält **Art. 395 OR** eine Sonderbestimmung.

Auch im Auftragsrecht spielen Allgemeine Geschäftsbedingungen eine erhebliche Rolle. Private Regeln stellen aber keine Rechtsquellen im objektiven Sinn dar, sondern haben nur dann Geltung, wenn die Parteien sie in ihren konkreten Einzelvertrag übernommen haben.

Der einfache Auftrag ist von Gesetzes wegen **keiner besonderen Form unterstellt**. **Gewillkürte Schriftform** ist in zahlreichen Branchen üblich.

Der **Umfang des Auftrags** bestimmt sich nach der vertraglichen Vereinbarung. Sagt der Vertrag darüber nichts aus, so bezeichnet **Art. 396 Abs. 1 OR** die Natur der zu besorgenden Geschäfte als massgebend. Art. 396 Abs. 2 OR enthält eine Rechtsvermutung, dass *mit dem Abschluss eines Auftrags auch die dazu erforderliche Vollmacht erteilt wurde*. Diese Vermutung (zugunsten des Beauftragten) gilt allerdings nur im (internen) Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten.



Die Pflichten des Beauftragten

Die Hauptpflicht des Beauftragten besteht in der **vertragsgemässen Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste (Art. 394 Abs. 1 OR)**.

⇒ Geschuldet ist also die **sorgfältige Arbeitsleistung** als solche.

Richtige Erfüllung liegt aber nur vor, wenn in **persönlicher, qualitativer, örtlicher und zeitlicher** Hinsicht vertragskonform erfüllt wird.

- Da es um eine Arbeitsleistung geht, hat der Beauftragte **grundsätzlich persönlich** zu besorgen (**Art. 398 Abs. 3 OR**).
- Die richtige Erfüllung in «**qualitativer**» Hinsicht ist nicht einfach zu umschreiben, **da ausschliesslich Sorgfalt und kein Erfolg geschuldet ist**. Grundsätzlich ist der Beauftragte zur getreuen und sorgfältigen Ausführung der übertragenen Arbeitsleistungen verpflichtet (**Art. 398 Abs. 2 OR**). Der Beauftragte hat also eine Interessenwahrungspflicht. Die **Sorgfaltspflicht** des Beauftragten lässt sich wie folgt konkretisieren:
 - Der Beauftragte hat grundsätzlich für die gleiche Sorgfalt einzustehen wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis (**Art. 398 Abs. 1 OR**). Gemäss **Art. 321e Abs. 2 OR** richtet sich der **Sorgfaltsmassstab nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten**, die der Arbeitgeber (oder Auftraggeber) gekannt hat oder hätte kennen müssen. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist **die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm**

übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt (**die gebotene Sorgfalt**). Massgebend ist die objektiv gebotene Sorgfalt, die von diesem Beauftragten im Einzelfall erwartet werden darf. Die Konkretisierung der im Einzelfall geschuldeten Sorgfaltspflicht erfolgt anhand des Gesetzes, des einzelnen Vertrages und der aus Art. 2 ZGB abgeleiteten Loyalitätspflichten.

- Den Beauftragten trifft sodann eine **Informationspflicht**. Den Beauftragten trifft die Pflicht den Auftraggeber unaufgefordert über die Zweckmässigkeit, die Kosten, die Gefahren und die Erfolgchancen eines Auftrags zu informieren.
 - Der Beauftragte hat sich grundsätzlich **an die Weisungen des Auftraggebers zu halten**, die Nichtbefolgung von Weisungen stellt eine Vertragsverletzung dar (**Art. 397 OR**). Anders verhält es sich nur dann, wenn die Interessen des Auftraggebers ein weisungswidriges Handeln des Beauftragten erfordern, die Einholung einer Erlaubnis nicht möglich ist und anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben (**Art. 398 Abs. 1 OR**).
 - Der Beauftragte ist zur «Treue» gegenüber dem Auftraggeber gehalten (**Art. 398 Abs. 2 OR**).
 - Den Beauftragten trifft die Pflicht, auf Verlangen jederzeit über seine Vertragserfüllung Rechenschaft abzulegen (**Art. 400 Abs. 1 OR**). Der Beauftragte hat den Auftraggeber vollständig und wahrheitsgetreu zu informieren.
- Der Auftraggeber muss seine Arbeitsleistungen auch in **zeitlicher** Hinsicht richtig (vertragskonform) erfüllen. Der Beauftragte ist grundsätzlich vorleistungspflichtig, d.h., sein Anspruch auf Bezahlung der vereinbarten oder üblichen Vergütung wird mit der Ausführung des Auftrags fällig. Für den Fall des Schuldnerverzugs des Beauftragten gelten somit die Art. 102 ff. OR.
 - Haben mehrere Beauftragte einen Auftrag gemeinschaftlich übernommen, so haften sie solidarisch (**Art. 403 Abs. 2 OR**).

Die Haftung des Beauftragten insbesondere

Die Schadensersatzpflicht nach Art. 97 ff. und 398 OR

Die **nicht richtige Erfüllung** des Auftrags durch den Beauftragten führt gemäss **Art. 402 Abs. 1 OR** (e contrario) zum Verlust des Auslagen- und Verwendungsersatzanspruchs.

Der Beauftragte «haftet» dem Auftraggeber für die *getreue und sorgfältige Ausführung* des übertragenen Geschäfts (**Art. 398 Abs. 2 OR; Schadenersatzpflicht**).

Massgebend für die Schadensersatzpflicht sind (mangels besonderer Vorschriften) die **Art. 97 ff. OR**:

- Für den Fall des **verschuldeten Unmöglichwerdens** der Erfüllung und für **Schäden aus nicht richtiger Erfüllung** (aus positiver Vertragsverletzung) haftet der Beauftragte aus Art. 97 Abs. 1 OR; für seine Hilfsperson muss er nach Art. 101 OR einstehen.
- Für Schäden, die durch **pflichtwidrige Verspätung** eintreten, haftet der Beauftragte nach Art. 103 OR.

Praktisch besonders aktuell ist die Haftung des Beauftragten aus **nicht richtiger Mandaterfüllung** (*Haftung aus positiver Vertragsverletzung*). Es stellt sich die Frage, ob die Sorgfaltspflichtverletzung zur Vertragsverletzung oder zum Verschulden zu rechnen ist. Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist die Sorgfaltspflichtverletzung als Vertragsverletzung vom geschädigten Auftraggeber zu beweisen. Ist eine **Vertragsverletzung (Sorgfaltspflichtverletzung) erstellt, wird das Verschulden des Beauftragten gesetzlich vermutet** (Art. 97 Abs. 1 OR; Exkulpationsbeweis).

Das Mass der Haftung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 f. sowie Art. 398 Abs. 1 OR).

Die Schadensersatzforderung des Auftraggebers **verjährt** grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln, also mit Ablauf von *zehn Jahren* seit Fälligkeit der Ersatzforderung (Art. 127 und 130 Abs. 1 OR).

Die kürzere fünfjährige Frist von Art. 128 Ziff. 3 OR betrifft nicht diese Schadensersatzforderung, sondern die Forderung der dort aufgezählten Beauftragten.

Die gesetzlichen Haftungsregeln sind unter Vorbehalt zwingender Gesetzesbestimmungen wie Art. 100 f. OR dispositiver Natur.

Die Honorarminderung

Die **nicht richtige Erfüllung** des Auftrags durch den Beauftragten führt gemäss **Art. 402 Abs. 1 OR** (e contrario) zum Verlust des Auslagen- und Verwendungsersatzanspruchs.

Die neuere Rechtsprechung **verneint einen Honoraranspruch** nur, wenn die Leistungen des Beauftragten für den Auftraggeber völlig nutzlos waren (also einer völligen Nichterfüllung gleichkommen) oder wenn die Vergütung selber für den Schaden aus mangelhafter Erfüllung konstitutiv ist.

Sonderfragen

Die Übertragung des Auftrags auf einen Dritten («Substitution») und die Hilfspersonenhaftung

Das Gesetz spricht in **Art. 398 Abs. 3 und 399 OR** von der *Übertragung der Besorgung auf einen Dritten*:

- Mit dieser **Substitution** ist die **Übertragung** der Auftragsarbeiten durch den Beauftragten **auf einen Dritten zur selbständigen Erledigung** gemeint. Nicht erfasst ist der blosser Beizug von Hilfspersonen durch den Beauftragten.
- Die Substitution ist ausnahmsweise erlaubt, wenn der Beauftragte zur Übertragung auf den Dritten *vertraglich ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist* oder wenn eine solche Übertragung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird (**Art. 398 Abs. 3 OR**).

Die Frage, ob die Substitution zulässig war, **beeinflusst die Haftung des Beauftragten**:

- Ist die Substitution **unzulässigerweise** erfolgt, so liegt bereits darin **eine (positive) Vertragsverletzung**, sodass der Beauftragte für den aus dieser Verletzung adäquat kausal verursachten Schaden nach **Art. 97 Abs. 1 OR einzustehen** hat.
- War der Beauftragte zur Substitution **befugt**, so *haftet er nur für die gehörige Sorgfalt bei der Wahl oder Instruktion des Dritten* (**Art. 399 Abs. 2 OR**).

In jedem Fall (*bei erlaubter und unerlaubter Substitution*) kann der Auftraggeber nach **Art. 399 Abs. 3 OR** die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen **unmittelbar gegen diesen geltend machen**.

Lehre und Rechtsprechung machen die Schadenersatzforderung des Hauptauftraggebers gegen den Substituten zudem nicht davon abhängig, ob der Beauftragte selbst gegen den Substituten einen Ersatzanspruch hat.

Von der (erlaubten) Substitution zu unterscheiden ist der **erlaubte Beizug von Hilfspersonen (Art. 101 OR)** für untergeordnete Aufgaben. In diesem Fall wird den Beauftragten das Verhalten der Hilfsperson von vornherein angerechnet.

Der Übergang der erworbenen Rechte

Art. 401 OR sieht einen *gesetzlichen Übergang der erworbenen Rechte* vor: Forderungsrechte, die der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers im eigenen Namen gegen Dritte erworben hat, gehen von Gesetzes wegen **auf den Auftraggeber über**, sobald dieser seinerseits allen Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist.

Die Pflichten des Auftraggebers

Der **Auftraggeber** schuldet dem Beauftragten **den Ersatz der Auslagen und Verwendungen (samt Zinsen)**, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat, sowie die Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten (**Art. 402 Abs. 1 OR**).

Ferner **haftet der Auftraggeber** dem Beauftragten für den diesem *aus dem Auftrag erwachsenen Schaden*, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist (**Art. 402 Abs. 2 OR**).

- Beim **unentgeltlichen Auftrag** weicht das Bundesgericht von Art. 402 Abs. 2 OR ab und wendet die **Kausalhaftung von Art. 422 OR analog** an.
- Beim **entgeltlichen Auftrag** – wenn also eine Vergütung verabredet oder üblich ist (**Art. 394 Abs. 3 OR**) – hat der *Beauftragte bei richtiger Mandatsausführung überdies einen Honoraranspruch*. Dessen Höhe bestimmt sich primär aus Vertrag, subsidiär aus der Verkehrsübung.

Haben mehrere Personen gemeinsam als Auftraggeber einen Auftrag erteilt, so haften sie dem Beauftragten solidarisch (**Art. 403 Abs. 1 OR**).

Die Beendigung des Auftrags

Für die Vertragsbeendigung sieht das Gesetz ausser der **Erfüllung (Art. 114 Abs. 1 OR)** folgende Gründe vor:

- Die **Beendigung durch Widerruf oder Kündigung (Art. 404 OR)**;
- Die **Beendigung durch Tod, eintretende Handlungsunfähigkeit oder Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten (Art. 405 Abs. 1 OR)**. In Sonderfällen sieht Art. 405 Abs. 2 OR allerdings eine Fortsetzungspflicht des Beauftragten, seines Erben oder seines Vertreters vor, falls das Erlöschen des Auftrags die Interessen des Auftraggebers gefährdet. Vorbehalten bleibt auch in diesen Fällen **Art. 404 OR**.

Der **Beendigungsgrund wirkt erst, wenn** der Beauftragte von ihm Kenntnis hat (**Art. 406 OR**).

Beim entgeltlichen Auftrag hat der Beauftragte grundsätzlich Anspruch auf die Vergütung jener Leistungen, die er bis zur Beendigung erbracht hat, auf **Ersatz von Auslagen und Verwendungen und auf Übernahme eingegangener Verbindlichkeiten (Art. 402 Abs. 1 OR)**.

Die Vertragsbeendigung nach Art. 404 OR insbesondere

Gemäss **Art. 404 Abs. 1 OR** kann der Auftrag **von jedem Teil jederzeit und fristlos widerrufen oder gekündigt** werden.

Das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht wird vom Bundesgericht als **zwingend** aufgefasst, es kann also vertraglich weder wegbedungen noch erschwert werden.

Erfolgt die **Beendigung zur Unzeit**, ist der beendigende Teil verpflichtet, dem anderen **einen allfälligen Schaden zu ersetzen (Art. 404 Abs. 2 OR)**:

- Unzeitig ist die Beendigung im Sinne von **Art. 404 Abs. 2 OR immer (und nur) dann, wenn dem «andern Teil ein Vertrauensschaden erwächst», d.h., wenn:**
 - o Kein sachlich vertretbarer Grund zur Kündigung vorliegt;
 - o Ein besonderer Nachteil entsteht, da bereits Dispositionen getroffen worden sind.

Doch können besondere Umstände der Beendigung im Rahmen der Ersatzbemessung in Rechnung gestellt werden (Art. 43 f. OR).

- Nach der Praxis ist der **Schadenersatzanspruch wie folgt begrenzt: Art. 404 Abs. 2 OR** vermittelt keinen Anspruch des Beauftragten auf Ersatz des Gewinns, der sich aus dem beendeten Auftrag hätte erzielen lassen, sondern nur auf **Ausgleich des negativen Vertragsinteresses**. Dieses Interesse beinhaltet die Ausgaben, welche im Vertrauen auf den Fortbestand des Auftrages getätigt wurden.
- Für den Fall der **unzeitigen Auflösung** des Auftrags **kann** nach der Rechtsprechung eine **Konventionalstrafe gültig vereinbart** werden.

Erfüllung	Widerruf / Kündigung	Erlöschen
<ul style="list-style-type: none"> • Ordentliche Beendigung durch Vertragserfüllung • Bei Dauerschuldverhältnis Beendigung durch Kündigung 	<ul style="list-style-type: none"> • Jederzeit und fristlos (Art. 404 OR), keine Begründung erforderlich • Zwingender Charakter von Art. 404 OR? <ul style="list-style-type: none"> • BGer: zwingend • Lehre: umstritten v.a. im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen • Bei Kündigung zur Unzeit: Sch.ersatz (neg. Int.) (Art. 404 Abs. 2 OR). Unzeit wenn <ul style="list-style-type: none"> • kein sachlich vertretbarer Grund zur Kündigung • besonderer Nachteil, da bereits Dispositionen getroffen worden sind 	<ul style="list-style-type: none"> • Grundsätzlich durch Tod, Verschollenenerklärung, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs (Art. 405 Abs. 1 OR) • Ausnahmen: <ul style="list-style-type: none"> • anderweitige vertragliche Vereinbarung • Fortführung ergibt sich aus der Natur des Geschäfts (z.B. Bankvertrag, Prozessvollmachten im Laufe des Prozesses etc.) • Bei Interessengefährdung des Auftraggebers (Art. 405 Abs. 2 OR)

§ 20 Die Geschäftsführung ohne Auftrag

In den **Art. 419-424 OR** ist die Geschäftsführung ohne Auftrag geregelt.

Die beteiligten Personen sind der Geschäftsführer und der Geschäftsherr. Die «Geschäftsführung» besteht darin, dass **der Geschäftsführer in Angelegenheiten des Geschäftsherrn handelt**.

Kennzeichen im Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419-424 OR) ist der Umstand, dass *ein Auftrag für das Tätigwerden des Geschäftsführers fehlt*; dass der Geschäftsführer sich auf keine vertragliche oder gesetzliche Grundlage stützen kann. Dennoch wird der auftragslose Geschäftsführer *unter gewissen Voraussetzungen (Art. 422 OR) ähnlich behandelt wie ein Beauftragter*.

Bei geltungszeitlicher Auslegung der **Art. 419 ff. OR** regeln diese Bestimmungen allerdings zwei sehr unterschiedliche Rechtsfiguren, die sich aus der Gegenüberstellung von **Art. 422 und 423 OR** gewinnen lassen:

- Einerseits kann der Geschäftsführer in altruistischer Absicht (Randtitel zu Art. 422 OR: «*im Interesse des Geschäftsherrn*») tätig werden. Aus diesem **Fremdgeschäftsführungswillen** resultiert eine **sog. echte Geschäftsführung ohne Auftrag**.
- Andererseits kann der Geschäftsführer aber auch in *egoistischer Absicht* tätig werden und in den Rechtskreis des Geschäftsherrn eingreifen (Randtitel zu Art. 423 OR: «Im Interesse des Geschäftsführers»). Liegt ein solcher **Eigengeschäftsführungswille** vor, so haben wir es mit einer **unechten Geschäftsführung ohne Auftrag** zu tun.

1: Die **echte Geschäftsführung ohne Auftrag**

Der Tatbestand

Echte Geschäftsführung ohne Auftrag ist nach dem Gesagten die **Führung fremder Geschäfte durch einen Geschäftsführer, der den Willen hat, fremdnützig (altruistisch) tätig zu sein**. Das Gesetz spricht in Art. 419 OR davon, dass eine Person für einen andern ein Geschäft besorgt, *ohne von ihm beauftragt zu sein*:

- **Geschäftsbesorgung** (Geschäftsführung) ist in weiter Auslegung des Begriffs die *Erledigung von Angelegenheiten oder die Erfüllung von Aufgaben* irgendwelcher Art, Schwierigkeit und Tragweite.
- Das geführte Geschäft muss **ein «fremdes» sein**, der Geschäftsführer muss also in Angelegenheiten des Geschäftsherrn handeln und *in dessen Rechts- oder Interessenkreis eingreifen*.
- In subjektiver Hinsicht ist bei der tätig werdenden Person ein **sog. Fremdgeschäftsführungswille** erforderlich, also das *Bewusstsein und der Wille, ein fremdes Geschäft und nicht ein eigenes zu führen*.
- Die Fremdgeschäftsführung muss schliesslich **auftragslos** erfolgen.

Die Rechtsfolgen

Die Hauptpflicht des Geschäftsführers besteht darin, das *unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteil und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht* (Art. 419 OR).

- Dazu gehört namentlich die Pflicht zur **Sorgfalt**, was auch in Art. 422 Abs. 2 OR zum Ausdruck kommt.
- Da der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn tätig ist, hat er auch das Resultat seiner Tätigkeit abzuliefern (**Ablieferungspflicht**).

Daneben **treffen den Geschäftsführer die folgenden Nebenpflichten**:

- Die Pflicht, *Rechenschaft* abzulegen
- Die Pflicht, den Geschäftsherrn so bald wie möglich *von der Übernahme der Geschäftsbesorgung zu benachrichtigen*.
- Die Pflicht zur *Treue*.

Die *Verletzung dieser Pflichten*, namentlich die *Verletzung der Sorgfaltspflicht*, kann zur **Haftung des Geschäftsführers für Schäden führen** (Art. 420 OR).

Eine Einschränkung oder Milderung der Haftung tritt jedoch ein,

- wenn der Geschäftsführer handlungsunfähig war (Art. 421 OR) oder
- wenn er gehandelt hat, um einen *drohenden Schaden abzuwenden* (Art. 420 Abs. 2 OR).

Die **Pflichten des Geschäftsherrn** hängen davon ab, ob die *Übernahme der Geschäftsbesorgung durch sein Interesse im Sinn von Art. 422 OR geboten war oder nicht*:

Gebotenheit im Sinn von Art. 422 Abs. 1 OR setzt zwar nicht voraus, dass das Eingreifen des Geschäftsführers geradezu notwendig war, lässt aber auch blosser Nützlichkeit nicht genügen.

⇒ Die *Übernahme muss nach den gesamten Umständen als angebracht, angezeigt, richtig erscheinen*.

Der Geschäftsherr darf einen fremden Eingriff grundsätzlich verbieten (Art. 420 Abs. 3 OR).

Ist die Gebotenheit zu bejahen, so liegt eine **sog. berechnete Fremdgeschäftsführung** vor, die *nach Art. 422 OR ein besonderes vertragsähnliches Schuldverhältnis entstehen lässt*. In diesem Fall ist das Eingreifen des auftragslosen Geschäftsführers durch einen **besonderen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund gedeckt**.

Den *Geschäftsherrn* trifft die Pflicht, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen (Art. 422 Abs. 1 OR).

War die Geschäftsführung, *obwohl mit Fremdgeschäftsführungswillen unternommen, nicht im Interesse des Geschäftsherrn geboten*, so liegt eine **sog. unberechnete Fremdgeschäftsführung** vor. Die Abwicklung erfolgt dann nach den Delikts- und den bereicherungsrechtlichen Regeln.

Genehmigt der Geschäftsherr die echte (berechnete und unberechnete) Geschäftsbesorgung nachträglich, finden *nach Art. 424 OR die Vorschriften über den Auftrag Anwendung*.

Echte Geschäftsführung ohne Auftrag	
= Geschäftsführer besorgt fremdes Geschäft in der Absicht, die Interessen des Geschäftsherrn zu wahren.	
Berechtigte GoA	Unberechnete GoA
<ul style="list-style-type: none">• Voraussetzungen:<ul style="list-style-type: none">• Fremdes Geschäft• Geschäftsführung objektiv im Interesse des Geschäftsherrn• Ohne Auftrag• Wille zum Tätigwerden• Geschäftsführung ist geboten• Rechtsfolgen:<ul style="list-style-type: none">• Geschäftsführer haftet für jede Fahrlässigkeit (Art. 420 Abs. 1 OR)• Bei Genehmigung: Regeln des Auftrags gem. Art. 424 OR	<ul style="list-style-type: none">• Geschäftsführung<ul style="list-style-type: none">• entweder nicht geboten• Oder gültiges Einmischungsverbot des Geschäftsherrn (Art. 420 Abs. 2 OR)• Rechtsfolgen:<ul style="list-style-type: none">• Nur ausservertragliche Ansprüche:<ul style="list-style-type: none">• Auslagen und Verwendungsersatz nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR)• Bei Genehmigung: Regeln des Auftrags gem. Art. 424 OR

Abgrenzungen

Die **berechtigte (gebotene) Fremdgeschäftsführung** lässt nach Art. 422 OR kraft Gesetzes ein **besonderes vertragsähnliches Schuldverhältnis** entstehen, das namentlich *Verwendungs-, Befreiungs- und Schadenersatzansprüche des Geschäftsführers* begründet.

- Liegt eine *vertragliche Grundlage (namentlich ein einfacher Auftrag)* vor, gelten die *vertraglichen Regeln*. In Sonderfällen ist eine Abwicklung nach den Art. 419 ff. OR jedoch möglich.
- Das Eingreifen des Geschäftsführers ist weder ungerechtfertigt im Sinn des Bereicherungsrechts noch widerrechtlich im Sinn des Deliktsrechts. Die **Art. 62 ff. und 41 ff. OR bleiben daher aus dem Spiel**.
- Vom Recht der **Stellvertretung** unterscheiden sich die Art. 419 ff. OR insofern, als sie sich nur auf das Innenverhältnis (Geschäftsherr-Geschäftsführer) beziehen.
- **Gefälligkeit**: Eigenmächtiges Handeln spricht für eine Geschäftsführung ohne Auftrag. Wird dagegen die Leistung vom Leistungsempfänger veranlasst oder erfolgt sie mit seinem Einverständnis, liegt eine Gefälligkeit vor.
- Die **unberechtigte Fremdgeschäftsführung** unterliegt zum Vornherein nicht Art. 422 OR, sondern den Regeln der unerlaubten Handlung und der ungerechtfertigten Bereicherung.

2: Die **unechte Geschäftsführung ohne Auftrag**

Der Tatbestand

Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag	
= Geschäftsführer fehlt Fremdgeschäftsführungswille	
Gutgläubige GoA	Bösgläubige GoA
<ul style="list-style-type: none">• Geschäftseinmischung: irrige Vorstellung, es handle sich um eigenes Geschäft• Voraussetzungen:<ul style="list-style-type: none">• Irrtum über Geschäftsführung• Irrtum ist entschuldigbar (nicht erkennbar)• Auskunft- und Rechenschaftspflicht• Lediglich Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung • NB: Nach Bger. und h.L. kann Herausgabe erwirtschafteter Vorteile aufgrund Art. 423 Abs. 1 OR nur bei bösgläubiger unechter GoA verlangt werden. d.h. keine Gewinnabschöpfung	<ul style="list-style-type: none">• Geschäftsanmassung: bewusstes Handeln im eigenen Interesse (um sich selbst zu bereichern)• Rechtsfolgen (Art. 423 OR)<ul style="list-style-type: none">• Übertragung dinglicher Rechte, Abtretung von Forderungen, Herausgabe vereinnahmter Gelder• Geschäftsherr kann sich jeden Vorteil aneignen, den sich Geschäftsführer verschafft hat• Insbesondere: Gewinnabschöpfung<ul style="list-style-type: none">• Keine Vergütung und Schadenersatz• Verjährung nach Bger. 1 Jahr (Art. 60 OR)

Unecht ist die Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn der **Geschäftsführer nicht im fremden, sondern im eigenen Interesse (egoistisch) tätig ist (Eigengeschäftsführung)**. Unter dem Ausdruck Geschäftsführung wird der widerrechtliche Eingriff in eine fremde Rechtssphäre verstanden. Der Geschäftsführer greift mit anderen Worten zum eigenen Vorteil in den Rechtskreis des Geschäftsherrn ein, **ohne dafür über eine gesetzliche oder vertragliche Grundlage zu verfügen**.

Nach der subjektiven Situation auf Seiten des Eingreifers sind weiter *zwei Fälle zu unterscheiden*:

- Einerseits die **bösgläubige Eigengeschäftsführung**, bei welcher auf Seiten des Geschäftsführers (Eingreifers) ein **Unrechtsbewusstsein vorhanden** ist. Ein solches Unrechtsbewusstsein liegt vor, wenn der Geschäftsführer weiss oder wissen müsste, dass er eigennützig ein fremdes Geschäft führt und sich sein Eingreifen auf keinen Rechtfertigungsgrund zu stützen vermag (Art. 3 Abs. 2 ZGB).
- Andererseits die **gutgläubige Eigengeschäftsführung**, bei welcher dem Geschäftsführer (Eingreifer) das beschriebene **Unrechtsbewusstsein gerade fehlt**.

85

Die Rechtsfolgen

Die soeben genannte Zweiteilung zwischen bösgläubiger und gutgläubiger Eigengeschäftsführung ist für die Bestimmung der Rechtsfolgen wesentlich.

Bei bösgläubiger Eigengeschäftsführung

Der **bösgläubige Geschäftsführer ist Art. 423 OR unterstellt**.

- Er hat gemäss **Abs. 1** dem Geschäftsherrn alle «aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile» herauszugeben (**Gewinnabschöpfungsanspruch** des Geschäftsherrn; Herausgabepflicht).
- Da beim Vorliegen einer bösgläubigen Eigengeschäftsführung regelmässig *auch die Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung (Eingriffskondition) gegeben sind*, kann sich der Geschäftsherr wahlweise **auch auf Art. 62 ff. OR** berufen (Anspruch auf Wertersatz).
- Den Geschäftsführer trifft gestützt auf **Art. 2 Abs. 1 ZGB** die Pflicht, **Auskunft** über die geführten Geschäfte und den erzielten Gewinn zu erteilen.
- Soweit im Eingriff des bösgläubigen Eigengeschäftsführers auch eine **unerlaubte Handlung im Sinn von Art. 41 OR liegt**, steht dem Geschäftsherrn auch ein **Anspruch auf Schadenersatz** zu.
- Liegt gleichzeitig eine **Vertragsverletzung** vor, beurteilt sich die **Haftung nach Art. 97 ff. OR**. Das Verschuldenserfordernis liegt in diesen Fällen stets vor (Bösgläubigkeit).

Die Ansprüche des Geschäftsherrn aus Art. 423 und 41 OR **verjähren nach Massgabe des Deliktsrechts (Fristen nach Art. 60 OR)**.

Bei der bösgläubigen Eigengeschäftsführung ist eine Genehmigung des Geschäftsherrn nicht möglich.

Bei gutgläubiger Eigengeschäftsführung

Die scharfe Gewinnabschöpfungssanktion von Art. 423 OR ist beim Fehlen eines Verschuldens des Eigengeschäftsführers nicht sachgerecht.

Möglich bleibt demgegenüber die **Abwicklung nach dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung**.

Auch hier kann der Geschäftsherr die Geschäftsführung **nicht** im Sinn von Art. 424 OR **genehmigen**.

§ 21 Die handelsrechtlichen Vollmachten

In den **Art. 458-465** regelt das OR die **Prokura und andere Handlungsvollmachten**.

Die hier zu behandelnden Handlungsvollmachten (Art. 458-465 OR) betreffen den **kaufmännischen Bereich**: *Ein Kaufmann bevollmächtigt einen Stellvertreter, der regelmässig zugleich in einem Arbeitsverhältnis zum Vollmachtgeber steht, für das Handeln im Rahmen seines Geschäfts.*

Der *Umfang der Vertretungsmacht ergibt sich grundsätzlich aus dem Gesetz*.

Als Prokuristen und Handlungsbvollmächtigte kommen ausschliessliche natürliche Personen in Betracht.

Liegt *keine Vertretungsmacht vor, so bestimmt sich die Wirkung der Vertretungshandlung nach **Art. 38 und 39 OR***.

Die Arten

Auseinanderzuhalten sind folgende vom Gesetz umschriebene Arten handelsrechtlicher Vollmachten:

- Die **Prokura (Art. 458-461 OR)**. Sie liegt vor, wenn die Vollmacht des Kaufmanns dahin geht, für ihn *«das Gewerbe zu betreiben und per procura die Firma zu zeichnen» (Art. 458 Abs. 1 OR)*.
- Eine **andere Handlungsvollmacht (Art. 462 OR)**. Sie ist gegeben, wenn der Kaufmann jemanden entweder *zum Betrieb seines ganzen Gewerbes oder zu bestimmten Geschäften in diesem Gewerbe* als Vertreter bestellt (Art. 462 Abs. 1 OR).

Begründung und Beendigung

Eine **kaufmännische Vollmacht** wird – wie die **bürgerliche Vollmacht (Art. 32 ff. OR)** – grundsätzlich durch **Rechtsgeschäft** (Bevollmächtigungsgeschäft) errichtet.

Bei den *kaufmännischen Vollmachten geht dieses Rechtsgeschäft von einem Kaufmann aus (Art. 458 Abs. 1 OR* oder teilweise als Geschäftsherr bezeichnet: Art. 459 Abs. 1 OR). Er bestimmt namentlich, ob eine Prokura oder eine andere Handlungsvollmacht erteilt wird.

Das Gesetz enthält für die Bevollmächtigung **keine Formvorschriften** (Art. 458 Abs. 1 OR für die Prokura).

Prokura und Handlungsvollmacht können *jederzeit widerrufen oder beschränkt* werden (Art. 465 Abs. 1 OR). Der Widerruf erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung an den Bevollmächtigten. Das Erlöschen der Prokura ist in das *Handelsregister* einzutragen (Art. 461 Abs. 1 OR).

Die Wirkungen

Stellvertretungswirkungen

Die **Wirkungen einer kauf. Vollmacht ergeben sich aus dem Gesetz: Der Umfang der Vertretungsmacht wird gesetzlich bestimmt, um Rechtssicherheit zu gewährleisten**.

Der **Prokurist** *«gilt gutgläubigen Dritten gegenüber als ermächtigt, den Geschäftsherrn durch Wechsel-Zeichnungen zu verpflichten und in dessen Namen alle Arten von Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Geschäftsherrn mit sich bringen kann» (Art. 459 Abs. 1 OR)*:

- Die Prokura kann vom Geschäftsherrn grundsätzlich **beliebig beschränkt** werden. Beschränkungen der Prokura sind grundsätzlich *gegenüber jedem bösgläubigen Dritten wirksam (Art. 459 Abs. 1 und Art. 460 Abs. 3 OR e contrario)*.
Gegenüber *gutgläubigen Dritten* sind nur **zwei** Einschränkungen möglich, die zu ihrer Wirksamkeit zudem im **Handelsregister eingetragen** sein müssen:
(1) die Filialprokura (Art. 460 Abs. 1 OR) und
(2) die Kollektivprokura (Art. 460 Abs. 2 OR).
- Hält sich der Prokurist nicht an die Grenzen seiner Vertretungsbefugnis, so unterscheidet die bger Rechtsprechung zw. **blosser Überschreitung und eigentlichem Missbrauch**. Missbraucht der Prokurist seine Vertretungsmacht, *so genügen schon relativ schwache Zweifel des Dritten, um dessen guten Glauben zu zerstören* (Art. 3 Abs. 2 ZGB).
- Solange eine *Löschung der Prokura im Handelsregister nicht* erfolgt und bekannt gemacht worden ist, **bleibt die Vollmacht gegenüber gutgläubigen Dritten in Kraft (Art. 461 Abs. 2 OR)**.

Andere Handlungsvollmachten erstrecken sich auf «*alle Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt*» (**Art. 462 Abs. 1 OR**). Der Handlungsbevollmächtigte ist nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugnis ausdrücklich erteilt worden ist (Art. 462 Abs. 2 OR).

Konkurrenzverbot

Prokuristen, Generalhandlungsbevollmächtigte und spezialhandlungsbevollmächtigte unterstehen nach Massgabe von **Art. 464 OR** einem *Konkurrenzverbot*. Das Konkurrenzverbot bezieht sich nur auf den Abschluss von Rechtsgeschäften, die der Vertreter mit sich selbst oder für einen Dritten abschliesst.

Bei Zuwiderhandlung kann der Geschäftsherr Ersatz des verursachten Schadens fordern und *die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen* (Art. 464 Abs. 2 OR). **Art. 464 Abs. 2 OR** beinhaltet einen Anspruch auf Abschöpfung des erzielten Gewinns und stellt einen Sonderfall der Gewinnherausgabe wegen unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag dar.

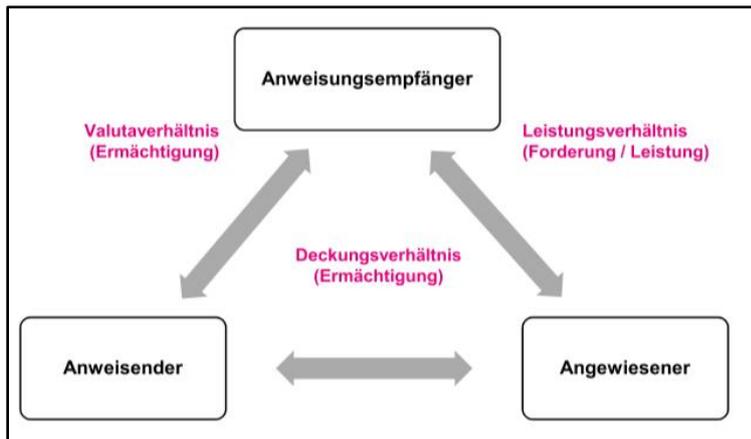
§ 22 Anweisung (Art. 466-471 OR)

Die **Anweisung** ist ein **Dreiecksverhältnis**, bei dem

- der *Angewiesene* ermächtigt wird, auf Rechnung des Anweisenden Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an den Anweisungsempfänger zu leisten.
- Der Anweisungsempfänger seinerseits wird ermächtigt, die Leistung vom Angewiesenen in eigenem Namen zu fordern (**Art. 466 OR**).

Entgegen dem französischen Wortlaut von Art. 466 OR stellt die Anweisung nach hier vertretener Meinung und auch nach der Ansicht des BGer eine **vom Anweisenden ausgehende doppelte Ermächtigung** dar, nicht aber einen Vertrag.

Beteiligt sind drei Personen:



Das **Valutaverhältnis** besteht in dem zwischen den beiden Parteien **vorhandenen Grundgeschäft**. Dabei kann es sich um einen **Kauf- oder Werkvertrag** oder um einen **Auftrag** handeln.

88

Im sog. **Leistungsverhältnis**, dem Verhältnis *zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger*, erhält der Anweisungsempfänger gegenüber dem Angewiesenen ein Forderungsrecht. Dies allerdings nur dann, wenn der Angewiesene die Anweisung vorbehaltlos angenommen hat (**Art. 468 Abs. 1 OR**). Eine solche Annahme kann **formfrei** und somit auch durch konkludentes Handeln erfolgen.

Auf das **Deckungsverhältnis** zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen beziehen sich **Art. 468 Abs. 2 und 3 OR**. Der Angewiesene wird vom Anweisenden ermächtigt, an den Anweisungsempfänger zu leisten.

Deckungsverhältnis	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtsverhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem • Art. 468 Abs. 2 und Abs. 3 OR
Valutaverhältnis	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtsverhältnis zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger • Grundgeschäft zwischen den beiden Parteien (zB Kauf-, Werkvertrag oder Auftrag)
Leistungsverhältnis	<ul style="list-style-type: none"> • Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger • Anweisungsempfänger erhält Forderungsrecht, falls Angewiesener Anweisung vorbehaltlos angenommen hat (Art. 468 Abs. 1 OR)

Die einzelnen Rechtsverhältnisse

1. Rechtsverhältnis Anweisender-Angewiesener

Das Rechtsverhältnis zwischen dem *Anweisenden und dem Angewiesenen* wird einerseits durch das *vorbestehende Deckungsverhältnis* sowie andererseits durch **Art. 468 Abs. 2 und 3 OR** sowie **Art. 470 Abs. 2 OR** normiert. Im Vordergrund stehen die Fragen, ob der Angewiesene zur Zahlung verpflichtet ist und ob der Anweisende seine Anweisung widerrufen kann.

Für sich allein löst die Anweisung als bloße Ermächtigung nur ein Recht, aber keine **Pflicht** des Angewiesenen zur Leistung aus. Der Angewiesene ist also dem Anweisenden gegenüber grundsätzlich *nicht verpflichtet, an den Anweisungsempfänger zu leisten. Eine solche Pflicht besteht jedoch dann:*

- Wenn sie sich aus dem Deckungsverhältnis ergibt; oder
- Wenn der Angewiesene gegenüber dem Anweisenden die Annahme der Anweisung erklärt; oder
- Wenn der Angewiesene *Schuldner* des Anweisenden ist (**Art. 468 Abs. 2 und 3 OR**).

Von der Pflicht des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden ist die *Leistungspflicht des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger* zufolge vorbehaltloser Annahme (**Art. 468 Abs. 1 OR**) zu unterscheiden: sie betrifft das *Leistungsverhältnis*.

Grundsätzlich *kann der Anweisende die Anweisung gegenüber dem Angewiesenen widerrufen*, solange der Angewiesene dem Empfänger noch nicht die Annahme erklärt hat (**Art. 470 Abs. 2 OR**). Das Widerrufsrecht ist **zwingend**.

Für die Anweisung im bargeldlosen Zahlungsverkehr gilt eine Sonderregel: Die Anweisung ist hier unwiderruflich, sobald der Überweisungsbetrag dem Konto des Anweisenden belastet worden ist (**Art. 470 Abs. 2 bis OR**).

2. Rechtsverhältnis Anweisender-Anweisungsempfänger

Zwischen dem *Anweisenden und dem Anweisungsempfänger* besteht jenes Rechtsverhältnis, das die durch die Anweisung bewirkte Wertverschiebung letztlich rechtfertigt (*Valutaverhältnis*).

Art. 467 OR stellt vor allem Regeln über die Tilgungswirkung der Anweisung sowie über Annahme- und Benachrichtigungspflichten des Empfängers auf; **Art. 470 Abs. 1 OR** äussert sich überdies zum Widerruf der Anweisung.

3. Rechtsverhältnis Angewiesener-Anweisungsempfänger

Das Verhältnis zwischen dem *Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger* wird als *Leistungsverhältnis* bezeichnet. Die Anweisung (als **Doppelermächtigung**) bewirkt folgende Rechtslage:

- Die Anweisung hat zu Folge, dass die Leistung im genannten Verhältnis **auf einem Rechtsgrund beruht** und damit nicht bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden kann.
- Dem Anweisungsempfänger steht gegen den Angewiesenen grundsätzlich **kein Forderungsrecht** zu (*Ausnahme: Art. 468 Abs. 1 OR*).
- Die *mit der Annahme neu entstandene Schuld* ist gegenüber dem Valuta- und dem Deckungsverhältnis **unabhängig und in diesem Sinn abstrakt**. Der Angewiesene kann dem Anweisungsempfänger nur Einreden und Einwendungen entgegenhalten, die sich aus ihrem persönlichen Verhältnis oder aus dem Inhalt der Anweisung selbst ergeben (**Art. 468 Abs. 1 OR**).

Die Rechtslage bei Mängeln

Ist die Anweisung oder das Deckungs- bzw. Valutaverhältnis **mangelhaft**, stellt sich die *Frage, ob bzw. von wem bereits erfolgte Leistungen nach Bereicherungsrecht zurückgefordert* werden können. Der Rückabwicklungsweg hängt wesentlich davon ab, ob sich der *Mangel auf die Kausalverhältnisse oder auf die Anweisung selber bezieht:*

- Leidet das **Deckungs- oder Valutaverhältnis** an einem Mangel, entsteht ein *bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch* zwischen den Parteien dieses mangelhaften Verhältnisses.
- Gleiches gilt für den Fall des **Doppel mangels**, d.h., wenn *sowohl ein Fehler im Deckungs- als auch im Valutaverhältnis* vorliegt. **Auch** hier hat der Angewiesene keinen Bereicherungsanspruch gegen den Leistungsempfänger.
- Ist die **Anweisung selbst** fehlerhaft, kann der vermeintlich Angewiesene *das Geleistete grundsätzlich nach Art. 62 Abs. 1 OR beim Empfänger zurückfordern*.

5: Innominatkontrakte

10. Kapitel: Innominatverträge 1: Allgemeiner Teil

Noch aus dem römischen Recht stammt der Katalog von Verträgen, die im Besonderen Teil geregelt sind (sog. Nominatverträge).

Im Gegensatz zum römischen Recht gilt im schweizerischen Recht aber das **Prinzip der Vertragsfreiheit**. Dadurch dürfen auch völlig neuartige Verträge geschlossen werden. Das Bedürfnis, andere als die gesetzlich geregelten Verträge zu schliessen oder deren Inhalt anzupassen (sog. Innominatverträge), ist mit dem technischen Fortschritt und den sozioökonomischen Veränderungen der letzten Jahrzehnte stark gewachsen.

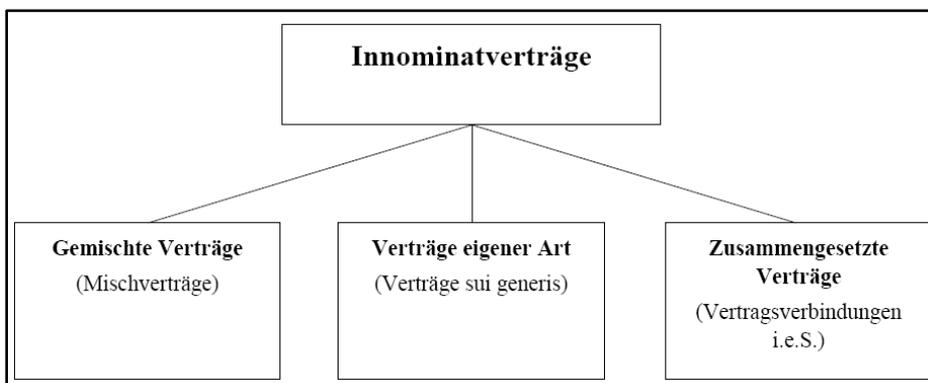
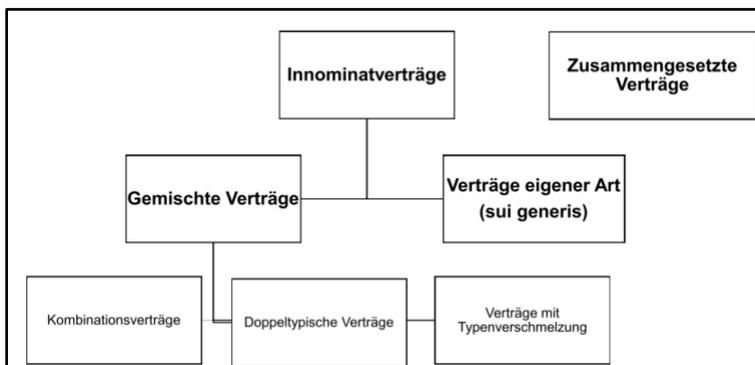
Innominatverträge sind Verträge, die der Gesetzgeber weder im Besonderen Teil des OR noch in einem Spezialgesetz ausdrücklich regelt. In diesem Sinne handelt es sich um eine Negativdefinition. Ob im Einzelfall ein Nominat- oder ein Innominatkontrakt vorliegt, hängt von den essentialia negotii des konkreten Vertrags ab.

Ein Nominatvertrag sollte nur angenommen werden, wenn die Anwendung der gesamten Regeln des betreffenden Nominatvertrags für den konkreten Vertrag als sachgemäss erscheint.

Arten

Innominatverträge werden allgemein in **zwei Gruppen eingeteilt**, mit dem Ziel, die Zuordnung des konkreten Vertrags zum Nominatrecht zu vereinfachen:

- **(1) Gemischte Verträge**, welche *Bestandteil verschiedener Vertragstypen* enthalten;
- **(2) Verträge eigener Art (sui generis)**; sie sind *völlig neue Schöpfungen*.
- **(3)** Als dritte Kategorie von Innominatverträgen werden vereinzelt die **sog. zusammengesetzten Verträge** oder Vertragskombinationen bezeichnet. Sie bestehen aus einer *Verknüpfung von eigenständigen Verträgen*, die zueinander in einem Synallagma stehen.
Im Folgenden werden Vertragskombinationen von Innominatkontrakten unterschieden.



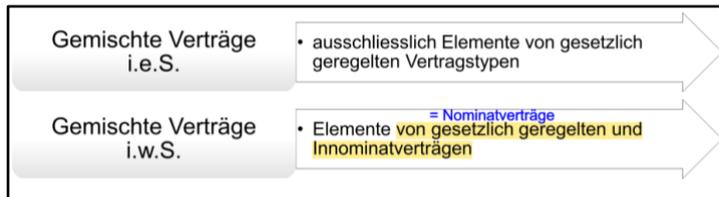
(1) Gemischte Verträge

Gemischte Verträge zeichnen sich dadurch aus, dass sie *Merkmale verschiedener Vertragstypen* enthalten.

Keine einheitliche Auffassung besteht darüber, ob es sich bei **Verträgen, deren verschiedenen Elemente gesetzlich geregelt und ungeregelten Verträgen entstammen, ebenfalls um gemischte Verträge oder um Verträge sui generis handelt.**

= ein Vertrag lässt sich zugleich als **gemischter Vertrag** und als **Vertrag sui generis** qualifizieren. Ein solcher Vertrag liegt vor, wenn der Vertrag **Tatbestandselemente von geregelten und ungeregelten Verträgen** enthält.

Jedenfalls kann man von **gemischten Verträgen i.e.S.** nur sprechen, wenn ihre Elemente **ausschliesslich aus gesetzlich geregelten Vertragstypen** stammen.



Damit ein gemischter Vertrag vorliegt, müssen die **vereinbarten Hauptleistungen eine Einheit** bilden, indem sie **in Verbindung miteinander geschuldet** sind. Die Einheit des betroffenen Rechtsgeschäfts ist das massgebende Abgrenzungskriterium gegenüber einem zusammengesetzten Vertrag.

Gemischte Verträge sind ausserdem abzugrenzen gegenüber Nominatverträgen mit blosser Beimischung:

- Beim **echten gemischten Vertrag** muss **jede** der verschiedenen Hauptleistungen für sich eine gewisse **Selbständigkeit** aufweisen.
- Kommt einem Element **neben einem vertragstypischen Tatbestandsmerkmal** **nur untergeordnete Bedeutung zu**, handelt es sich **nicht** um einen gemischten Vertrag, sondern um **einen typischen Vertrag mit (untergeordneter) Beimischung weiterer Elemente**. In einem solchen Fall wird der Vertrag grundsätzlich allein von den Normen des (hauptsächlichen) Vertragstypus beherrscht.

91

Die gemischten Verträge lassen sich weiter in folgende Unterarten einteilen:

a. Kombinationsverträge (Zwillingsverträge, gekoppelte Verträge)

Bei einem Kombinationsvertrag wird **eine Partei zu mehreren Hauptleistungen verpflichtet**, die je verschiedenen Nominattypen angehören. Die Gegenleistung ist meistens einheitlich ausgestaltet und besteht in der Regel in einer Geldleistung.

Beispiele: Der Architekt verpflichtet sich zur Projektierung und Planung (Werkvertrag) sowie zur Bauleitung (Auftrag).

b. Doppeltypische Verträge

Bei doppeltypischen Verträgen verpflichten sich die Parteien zum **Austausch von Leistungen, die je einer unterschiedlichen Art von Nominatvertrag angehören**.

Beispiele: Der Hauswart wohnt in einer Mietwohnung (Miete) gegen Leistung von Hauswartzdiensten (Arbeitsvertrag).

Dasselbe gilt für Verträge, bei denen zwar dieselbe im Gesetz vorgesehene Leistungsart ausgetauscht wird, jede Leistung jedoch einen unterschiedlichen Vertragsgegenstand oder ein anderes Objekt zum Inhalt hat.

Beispiel: Der eine stellt eine Wohnung zur Verfügung (Miete), der andere vermietet ihm dafür sein Auto (Anderes Objekt, aber ebenfalls Miete).

c. Verträge mit Typenverschmelzung

Verträge mit Typenverschmelzung haben eine **Leistung zum Gegenstand, die eine gleichartige Struktur aufweist, funktional jedoch zwei unterschiedliche Vertragstypen vereinigt**.

Beispiel: Gemischte Schenkung: Jemand verkauft seinen BMW für einen symbolischen Preis von CHF 1'000.

Kombinationsverträge (Zwillingsverträge, gekoppelte Verträge)	Doppeltypische Verträge (Zwitterverträge, Verträge mit Doppelnatur)	Verträge mit Typenverschmelzung
<ul style="list-style-type: none"> • Verpflichtung einer Partei zu mehreren Hauptleistungen, welche je unterschiedlichen Nominattypen angehören • Gegenleistung meistens einheitlich, oft Geldleistung • Bsp.: Architekt verpflichtet sich zu Planung (Werkvertrag) und Bauleitung (Auftrag) 	<ul style="list-style-type: none"> • Austausch von Leistungen, die je einer unterschiedlichen Art eines Nominatvertrages angehören • Bsp.: <ul style="list-style-type: none"> • Miete gegen Hauswartdienste; • Lehrer wohnt in Pension und unterrichtet 	<ul style="list-style-type: none"> • Mindestens eine Partei verpflichtet sich zu einer Leistung, die betreffend Entgeltlichkeit je verschiedenen Vertragstypen zugeordnet wird • Bsp.: gemischte Schenkung (Kauf und Schenkung «verschmelzen»)

(2) Verträge eigener Art (Verträge sui generis)

Unter einem **Vertrag eigener Art** versteht man einen Vertrag, der eine **neue, dem Gesetz grundsätzlich unbekannt Art von Leistung zum Gegenstand** hat. Es muss **durch die Vereinbarung der Parteien eine neue innere Einheit** entstehen, und es darf sich nicht bloss um eine Mischung aus gesetzlich geregelten Elementen handeln.

Beispiel: Die Parteien vereinbaren, dass der **Automatenhersteller** den Automaten im Betrieb aufstellt und diesen zusätzlich betreibt und wartet; Der **Alleinvertreiber** verpflichtet sich zur Lieferung der Produkte und zur exklusiven Gebietszuweisung, während der **Alleinvertreter** zum Vertrieb des Produktes angehalten ist.

(3) Zusammengesetzte Verträge (Vertragsverbindung)

Bei zusammengesetzten Verträgen handelt es sich **nach überwiegender Ansicht nicht um Innominatverträge**, sondern um eine **weitere Rechtsfigur**, die der kodifizierten Privatrechtsordnung fremd ist.

Zusammengesetzte Verträge bestehen **aus verschiedenen Verträgen, die für sich selbständig sind**. Sie fügen sich **nicht** zu einem einheitlichen und selbständigen Vertrag zusammen, wie dies beim gemischten Vertrag der Fall ist.

Die Verträge stehen aber in einem **besonderen Abhängigkeitsverhältnis**: Leistung und Gegenleistung stehen sich wie bei einem Austauschvertrag als Synallagma gegenüber.

Entscheidend ist somit die Koppelungsabrede (ausdrücklich oder stillschweigend). Dadurch bringen die Parteien zum Ausdruck, dass das **Schicksal des einen Vertrags untrennbar mit dem des anderen verknüpft ist**, so dass z.B. der Rücktritt von einem Vertrag sich auf den Bestand des anderen auswirkt. Die Annahmen eines zusammengesetzten Vertrags setzt ferner voraus, dass die beiden Verträge **gleichzeitig abgeschlossen** wurden.

Beispiele: Die **Brauerei überlässt dem Gastwirt die Buffeteinrichtung, dieser verpflichtet sich, das Bier nur bei dieser Brauerei zu beziehen** (Bierlieferungsvertrag);
Der **Kauf einer Liegenschaft wird mit der Vereinbarung eines Energielieferungsvertrags verbunden**.

Abgrenzungen

Innominatverträge sind zum einen von

- den gesetzlichen geregelten Mischverträgen abzugrenzen. Solche Verträge liegen vor, wenn das Gesetz ausdrücklich eine bestimmte Rechtsfolge an die Vermischung von Typenelementen knüpft (Werklieferungsvertrag).
- Ausserdem bedarf es der Abgrenzung gegenüber dem typische Vertrag mit Beimischung.

Rechtsanwendung

Die Zulässigkeit von im Gesetz nicht geregelten Verträgen wirft die Frage auf, *nach welchen Regeln solche Verträge auszulegen und zu ergänzen sind*.

Grundsätzlich sind auf alle Verträge die **Regeln des OR AT** anwendbar.

Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung von Innominatverträgen ist der **übereinstimmende wirkliche Parteiwille** (subjektive Auslegung; vgl. **Art. 18 OR**).

«Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des **Vertrauensprinzips so auszulegen**, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten».

Ergänzung

Ergibt die Auslegung des Vertrags, dass für ein bestimmtes Problem keine spezifische Regelung vereinbart wurde, besteht eine **Vertragslücke**. Diese muss im Streitfall mittels Ergänzung geschlossen werden.

Allgemeine Vertragsergänzungslehre

Nominatverträge können grundsätzlich **auf zwei verschiedene Arten ergänzt** werden:

- **Richterliche Vertragsergänzung** nach dem **hypothetischen Parteiwillen**. Die Vertragslücke wird damit nach dem Vertrauensprinzip ergänzt.
- Die Vertragsergänzung kann auch mithilfe einer vom Gesetz für bestimmte Vertragstypen vorgesehenen **dispositiven Regelung oder nach Gewohnheits- oder Richterrecht** erfolgen (**Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB**).

Dieselben Grundsätze der Lückenfüllung gelten in abgewandelter Form aber auch bei Innominatverträgen, die sich im Laufe der Zeit zu einem Verkehrstypus entwickelt haben (sog. verkehrstypische Innominatkontrakte). Zusätzlich hat sich in den letzten Jahre ein **richterrechtliches Vertragstypenrecht** entwickelt. Dieses ist im Sinne einer differenzierten Lückenfüllungsregel auf alle verkehrstypischen Innominatverträge anzuwenden; ausser bei individuellen Abreden (atypische Innominatkontrakte):

Theorien

Die Lehre hat sich in den vergangenen Jahrzehnten intensiv mit *der Ergänzung von Innominatkontrakten* befasst und verschiedene Theorien entwickelt.

a) Absorptionstheorie

Nach der Absorptionstheorie soll **bei gemischten Verträgen** ausschliesslich das Recht des überwiegenden Vertragstyps zur Anwendung kommen (*die Normen des untergeordneten werden von den Regeln des übergeordneten Vertragstypus absorbiert*). Die Absorption ist vor allem für Verträge mit Beimischung konzipiert.

Weil die mechanische Unterordnung des gesamten Vertrags unter einen Vertragstyp oft zu unangemessenen Resultaten führt, ist die Absorptionstheorie für sich allein betrachtet abzulehnen.

b) Kombinationstheorie

Nach der Kombinationstheorie sind zunächst die einzelnen Elemente des gemischten Vertrags herauszufiltern. Danach ist *jedes Element dem jeweiligen Vertragstypus zuzuordnen*, so dass **für jedes Typenelement die entsprechenden Typennormen zur Anwendung** kommen.

Auch diese Methode ist für sich ungenügend, weil sie das Gesamtbild und den Willen der Parteien in den Hintergrund drängt.

c) Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen

Diese Theorie ist eine Weiterentwicklung der Kombinationstheorie, indem sie diese mit einem wertenden Element ergänzt: Es ist **zusätzlich zu prüfen, ob die Norm auf den spezifischen Fall im Hinblick auf das gesamte Wesen des Vertrags passt**.

d) *Theorie der analogen Rechtsanwendung*

Sie befasst sich allein mit der Methode der Rechtsanwendung. Die Theorie hilft für die Lösung des Ergänzungsproblems bei Innominatverträgen für sich allein nicht viel.

e) *Kreationstheorie*

Die Idee der Kreationstheorie besteht darin, dass das Gericht für die Ergänzung von Innominatverträgen die **anzuwendenden Normen selbst kreieren muss**, wenn kein Gewohnheitsrecht verfügbar ist (Entwicklung von Richterrecht).

- ⇒ Keine der Theorien vermag für sich alleine zu überzeugen, es bedarf vielmehr ihrer Kombination. Massgebend ist also ein **Methodenpluralismus**.

Rechtsprechung

Die Methode des Bundesgerichts wurde lange als «Absorption mit Ausweichklausel» beschrieben. Seit BGE 110 II 380 tendierte das Bundesgericht jedoch eher **zur Kombinationstheorie**. Die konkreten Umstände und der hypothetische Parteiwille werden nur zur Hilfe genommen, wenn keine *generell-abstrakte Norm* vorhanden ist, die dem Gesetz oder einer verallgemeinerungsfähigen Rechtsregel entnommen werden kann.

Rechtsanwendung bei verschiedenen Innominatvertragsarten

Gemischte Verträge

Gemischte Verträge bestehen **aus verschiedenen Typenelementen von Nominatverträgen**.

Fehlt in einem solchen Vertrag eine spezifische vertragliche Regelung, muss grundsätzlich *eine passende dispositive Norm* aus einem im Vertrag enthaltenen Typenrecht übernommen werden. Das Gesamtergebnis muss gerecht sein.

Ansonsten muss **das Gericht eine besondere Norm schaffen**:

- Hat sich der Vertrag **bereits zu einem eigenständigen Vertragstyp** (Leasing-, Lizenz- oder Franchisingvertrag) entwickelt, soll das Gericht *wie bei einem Nominatvertrag vorgehen*.
 - Besteht *kein Gewohnheitsrecht*, ist eine *dispositive Gesetzesnorm im passenden Typenrecht zu suchen*.
 - Falls kein solches Ergebnis vorliegt, besteht die letzte Möglichkeit darin, dass das Gericht eine neue generell-abstrakte Norm aufstellt und diese zur Lückenfüllung verwendet.
- **Singuläre und atypische Innominatverträge** zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich nicht im Verkehr haben durchsetzen können. Der Vertrag ist dann **unmittelbar und konkret-individuell nach dem Vertrauensprinzip zu ergänzen (Art. 4 i.V.m. Art. 2 ZGB)**.

Verträge sui generis

Verträge sui generis sind nach denselben Grundsätzen wie singuläre Innominatverträge zu ergänzen. Dem individuellen Charakter soll mit dem Vertrauensprinzip Rechnung getragen werden.

Das Hinzuziehen von dispositivem Recht ist nur angebracht, wenn die Anwendung des Typenrechts sachgerecht ist.

Zusammengesetzte Verträge

Zusammengesetzte Verträge bestehen aus einzelnen miteinander *gekoppelten Verträgen*, auf welche jeweils das entsprechende Vertragstypen- oder Innominatvertragsrecht anwendbar ist (Wichtig ist aber die Gesamtkonzeption).

Anwendung von zwingendem Vertragstypenrecht

Die **Anwendung von zwingenden Normen** setzt meistens ein gewisses *Schutzbedürfnis zumindest einer Partei* voraus, die sozial oder wirtschaftlich schwächer ist.

Als Grundsatz gilt, dass **zwingendes Vertragstypenrecht nur für den jeweiligen Vertragstyp anwendbar** ist.

4. Anwendbarkeit zwingenden Rechts

- Methode: Prüfung der konkreten Interessenlage aufgrund Schutzzweck der zwingenden Vorschrift
- Bsp. Hauswartvertrag
- Bsp. Formvorschriften (z.B. BGE 135 III 295 E. 3.2)
- Bsp. Kundschaftsentschädigung im AVV, BGE 134 III 497

11. Kapitel: Innominatverträge 2: Leasing

Begriff und Erscheinungsformen des Leasings

Die Grundstruktur eines **Leasingvertrags** besteht darin, dass der *Leasinggeber dem Leasingnehmer während eines fest bestimmten Zeitraums ein bewegliches oder unbewegliches Gut zur Verfügung stellt und zur Nutzung überlässt.*

Dabei wird das volle **Erhaltungsrisiko** des Leasingobjekts **dem Leasingnehmer vertraglich übertragen**. Der Leasingnehmer schuldet dem Leasinggeber ein Entgelt in Raten (Leasingzins).
Aus diesem Grund wird das Leasing mehrheitlich als eine Mischung aus Kauf und Miete dargestellt.

Direktes und indirektes Leasing

Beim **direkten oder Herstellerleasing** handelt es sich um ein **Zwei-Parteien-Verhältnis**. Der Leasingnehmer wendet sich direkt an den Hersteller, um den Gegenstand zu leasen.
Aufgrund der Identität von Lieferant und Leasinggeber kann die Haftung für die Lieferung und die Sachmängelhaftung nur in den Schranken von Art. 100 und 199 OR wegbedungen werden.

Mobilien- und Immobilienleasing

Das **Immobilienleasing** ist eine Form des Finanzierungsleasings und wird vor allem für grössere gewerbliche Investitionsvorhaben mit langer Nutzungsdauer verwendet. Dem **Leasingnehmer wird auf das Ende der regulären Vertragszeit ein im Grundbuch vorgemerkt Kaufrecht zuerkannt**.
Dies steht im Gegensatz zum Mobilienleasing, bei dem die meisten Leasinggesellschaften inzwischen von einer Kaufoption absehen.

A) Investitions- und Konsumgüterleasing

Das massgebende Abgrenzungskriterium zwischen **Konsumgüter- und Investitionsleasing** ist der **Verwendungszweck des Leasingobjekts**:

- Investitionsgüter werden von Unternehmen gewerblich genutzt (z.B. Maschinen, Flugzeuge, Lastwagen);
- Konsumgüter demgegenüber für private Zwecke (in erster Linie Fahrzeuge). Das bedeutsamste Konsumgüterleasing ist das Autoleasing.

B) Investitionsgüterleasing

Finanzierungsleasing

Das Finanzierungsleasing ist die wichtigste Erscheinungsform des Leasings. Im Vordergrund steht das **Leasing von beweglichen Sachen, das sog. Mobilienleasing**.

Das Finanzierungsleasing kann sowohl Mobilien- oder Immobilienleasing- als auch Investitions- oder Konsumgüterverträge betreffen.

An einem Finanzierungsleasinggeschäft sind immer **drei Parteien beteiligt** («**indirektes» Leasing**): In aller Regel

- bestellt der künftige *Leasingnehmer*
- beim *Leasinggeber* (oder direkt beim Lieferanten) eine Sache (das Leasingobjekt).
- Der *Leasinggeber erwirbt das Leasingobjekt mittels Kauf- oder Werkvertrag vom Lieferanten* und erwirbt dadurch Eigentum daran.

Er überlässt es aber von Anfang an dem Leasingnehmer zum Gebrauch.

Leasingverträge sind **Dauerschuldverhältnisse**, die in der Regel (ordentlich) nicht gekündigt werden können.

Operating-Leasing

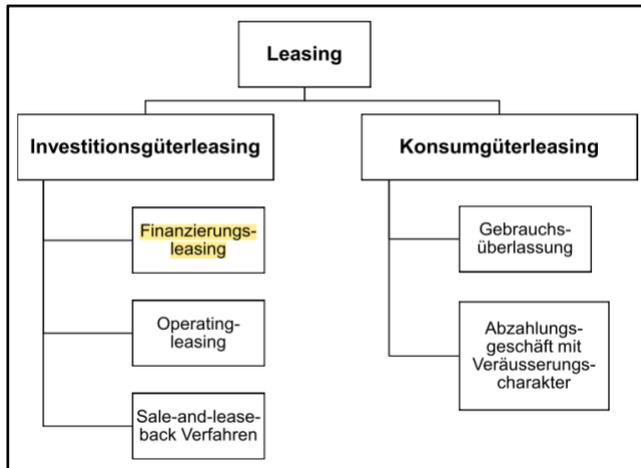
Beim Operating-Leasing wird ein **wirtschaftliches Gut** für eine i.d.R. **relativ kurze**, jedenfalls auf eine beträchtlich unter der notwendigen Amortisationszeit liegende **Dauer** verleast.

Zweck solcher Vereinbarungen ist es, den **Vertragsgegenstand mehrmals zu verleasen**. Das **Investitionsrisiko und die Gefahr für den zufälligen Untergang bleiben regelmässig beim Leasinggeber (atypischer Leasingvertrag)**. Es ist in aller Regel **als Miete** zu qualifizieren. Das Operating-Leasing ist ein Zweiparteiengeschäft.

Mit einer **Sale-and-lease-back-Vereinbarung** sollen steuerrechtliche Vorteile genutzt werden. Der *Eigentümer einer Sache (Immobilie oder Mobilie)* verkauft diese an eine Leasinggesellschaft (sale), welche ihm das Objekt gleich wieder mittels Leasingvertrag zum Gebrauch überlässt (lease back).

Damit muss der Leasingnehmer den *Leasinggegenstand nicht als Anlagevermögen bilanzieren und kann die Leasingraten als Aufwand steuerlich absetzen*.

In der Schweiz ist diese Variante für Mobilien aufgrund des Faustpfandprinzips in Art. 717 Abs. 1 ZGB gegenüber Dritten **unwirksam**.

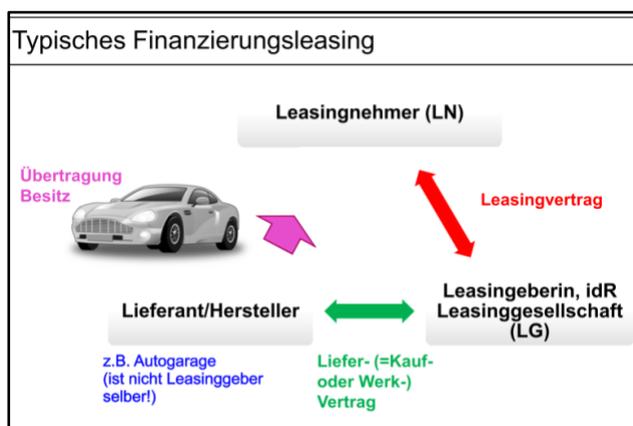


Rechtsnatur des Finanzierungsleasings

Beim typischen Leasinggeschäft ist laut Bundesgericht das **Gebrauchsüberlassungselement** vorherrschend (**BGE 118 II 150**). Ob es sich dabei um einen gemischten Vertrag oder um einen Vertrag sui generis handelt, ist noch immer nicht abschliessend geklärt; Das Bundesgericht tendiert zur Annahme eines **gemischten Vertrags**.

Abweichende Stimmen vertreten die Auffassung, der Leasingvertrag sei ein Veräusserungsvertrag auf Raten oder ein Kreditvertrag sui generis mit Elementen des Auftrags, des Darlehens und der Sicherungsübereignung.

Der Leasingvertrag enthält Elemente der Miete, allenfalls der Pacht, des Darlehens, des Kaufs sowie – beim Finanzierungsleasing – des Auftrags. Allerdings spielt der **Dreiparteiencharakter** bei der rechtlichen Beurteilung eine so wichtige Rolle (namentlich betreffend Übergang der Gewährleistungsrechte auf den Leasingnehmer), dass es sich u.E. rechtfertigt, das **Leasingverhältnis als Vertrag sui generis** zu behandeln.



Die Zuordnung ist u.a. bedeutsam für das *Konkursrecht*:

- solange der Leasingvertrag als **Gebrauchsüberlassungsvertrag** angesehen wird, hat der Leasinggeber im Konkursfall des Leasingnehmers deshalb nach h.L. und Praxis **ein Aussonderungsrecht**.
- Wird der Kaufvertrag dagegen vor dem Leasingvertrag *direkt zwischen dem Lieferanten/Hersteller und dem Leasingnehmer abgeschlossen* und der Besitz **unmittelbar an den Leasingnehmer übertragen**, erwirbt der Leasinggeber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein Eigentum am Leasingobjekt, das er im Konkurs des Leasingnehmers aussondern könnte.

Abgrenzungen

Das Finanzierungsleasing ist von den folgenden Vertragsarten abzugrenzen:

- **Kaufvertrag:** Den *Leasinggeber trifft keine Eigentumsverschaffungspflicht* gemäss Art. 184 OR. Deshalb findet keine Übertragung von Eigentum auf den Leasingnehmer statt.
- **Miet- und Pachtvertrag:** Während bei der Miete oder Pacht hauptsächlich der Gebrauch der Sache im Vordergrund steht, hat der Leasingnehmer *weiter reichende Pflichten am Leasingobjekt*, welche denen eines Eigentümers nahekommen. Der *Leasingzins* deckt im Gegensatz zur Miete oder Pacht *nicht nur den Gebrauchswert des Leasingobjekts ab, sondern auch dessen Amortisation*.

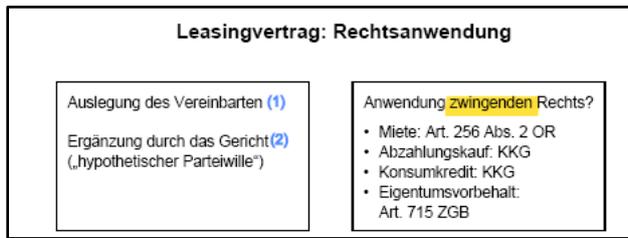
Entstehung

Der Leasingvertrag ist unter Vorbehalt des Bundesgesetzes über den Konsumkredit **formfrei** gültig:

- Gemäss **Art. 11 Abs. 1 KKG (zwingendes Recht)** ist ein unter dieses Gesetz fallender Leasingvertrag *schriftlich* abzuschliessen, und der Vertrag muss einen *bestimmten Inhalt* haben, um gültig zustande zu kommen (*Art. 11 Abs. 2 KKG*).

Im Übrigen untersteht der Leasingvertrag den allgemeinen Regeln des OR.

Gemäss der **zwingenden mietrechtlichen Regelung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR** sind Klauseln in vorformulierten AGB nichtig, welche den Mieter gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen *benachteiligen*. Art. 256 Abs. 2 lit. a OR kommt nach überwiegender Ansicht nur (aber immerhin) *bei Konsumentenleasing* zur Anwendung.



Inhalt

Die Rechte und Pflichten der Parteien des Leasingvertrags richten sich weitgehend nach dem **Miet- oder Pachtrecht**.

Der *Leasinggeber hat jedoch keine Gewähr für die Erhaltung des Leasingobjekts* zu leisten. Ferner muss der Leasinggeber nicht für den aussergewöhnlichen Unterhalt des Leasingobjekts aufkommen.

Pflichten des Leasingnehmers

Die Hauptpflicht des Leasingnehmers ist die **Bezahlung der Leasingzinsen oder -raten**. Diese berechnen sich aus den *Anschaffungs- und Finanzierungskosten* des Leasinggebers sowie seinem Gewinn.

- ⇒ Der **Leasingzins** ist auch dann geschuldet, wenn der Leasinggegenstand nur noch teilweise oder gar nicht mehr genutzt werden kann, z.B. weil er untergegangen ist.

Dem Leasingnehmer werden neben der Pflicht zur Zinszahlung regelmässig *Pflichten aus der Beziehung zwischen dem Lieferanten/Hersteller und dem Leasinggeber überbunden*.

- Typisch ist der **vertragliche Ausschluss der Gewährleistungspflichten des Leasinggebers** gegenüber dem Leasingnehmer.
- Im Gegenzug werden die **kaufrechtlichen Ansprüche**, die dem **Leasinggeber gegenüber dem Lieferanten/Hersteller zustehen, an den Leasingnehmer abgetreten**.

Das **Leasingobjekt** wird üblicherweise *direkt vom Lieferanten an den Leasingnehmer geliefert*. Deshalb wird der Leasingnehmer regelmässig vertraglich verpflichtet, eine **Abnahmebestätigung** zu erstellen und dem Leasinggeber einzureichen.

Pflichten des Leasinggebers

Die zentrale Pflicht des Leasinggebers ist die **Überlassung des Leasinggutes an den Leasingnehmer zur freien Nutzung und zum freien Gebrauch für einen bestimmten (Mindest-) Zeitraum**. Das Rechtsverhältnis mit dem Lieferanten/Hersteller ist regelmässig ein Kauf- oder Werkvertrag.

Bis auf die Pflicht zur Entrichtung des Kaufpreises werden die Pflichten des Käufers/Bestellers (Leasinggeber) aber in aller Regel auf den Leasingnehmer abgewälzt.

Beim Finanzierungsleasing hat der Leasingnehmer grundsätzlich nur gegenüber den Leasinggeber einen Lieferungsanspruch. Jedoch wird in der Praxis regelmässig ein direktes Lieferungsrecht des Lieferanten an den Leasingnehmer vereinbart.

Leistungsstörungen

Grundsätzlich gelten für Innominatverträge und somit auch für den Leasingvertrag die **allgemeinen Haftungsbestimmungen des OR (Art. 97 ff. OR)**.

Zusätzliche Bestimmungen (des Besonderen Teils) oder richterrechtliche Regeln:

A) Gefahrtragung

Beim typischen Mietverhältnis obliegt die Gefahrtragung, **das Risiko für den zufälligen Untergang der Sache**, dem Vermieter.

Deshalb würde bei einer analogen Anwendung des Mietrechts auf den Leasingvertrag die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung des Leasingobjekts den Leasinggeber treffen. In der Praxis wird **dieses Risiko jedoch regelmässig mittels AGB auf den Leasingnehmer überwält**.

Eine solche vertragliche Risikoverlagerung muss zumindest dann zulässig sein, wenn sie nicht bloss im Rahmen einer globalen Übernahme akzeptiert wird.

Geht **das Leasingobjekt nach Abschluss des Vertrags, aber vor der Übergabe unter**, gelten dagegen die Bestimmungen des Allgemeinen Teils über die Unmöglichkeit (Art. 97 bzw. 119 OR).

- Trifft den Leasinggeber ein **Verschulden am Untergang des Leasingobjekts**, steht dem Leasingnehmer ein **Schadenersatzanspruch gemäss Art. 97 OR** zu.
- Trifft den Leasinggeber **kein Verschulden**, führt der Untergang der Sache zu **Auflösung und Rückabwicklung des Vertrags nach Art. 119 OR**.

B) Verzug des Leasingnehmers

Der Leasingnehmer hat die Pflicht, den vereinbarten Leasingzins termingerecht zu entrichten. Bei **verspäteter Zahlung** stehen dem Leasinggeber die **allgemeinen Rechte aus Art. 102 ff. OR und Art. 107 Abs. 2 OR** zur Verfügung.

In der Praxis ist die Zinszahlung ein Verfalltagsgeschäft, so dass der Leasingnehmer bei verspäteter Zahlung **ohne Mahnung in Verzug** fällt.

Haftung gegenüber dem Leasingnehmer

Direkter Vertragspartner des Leasingnehmers ist der Leasinggeber. Das bedeutet, dass sich der Leasingnehmer bei Mängeln nur an den Leasinggeber halten kann. Diesem Umstand wird in der Rechtsprechung und Lehre auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen.

Gewährleistungshaftung

Beim Drei-Parteien-Leasingverhältnis wird die **Gewährleistungspflicht des Leasinggebers** in den Allgemeinen Leasingbedingungen **regelmässig wegbedungen**. Dies ist in den *Schranken von Art. 100 bzw. 101 Abs. 2 OR gültig*, da nach vorherrschender Ansicht das mietvertragsrechtliche AGB-Verbot von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR auf Leasingverträge, die nicht Konsumentenverträge sind, nicht anwendbar ist.

Rechtsgewährleistung

Die Pflicht des Leasinggebers zur **Rechtsgewährleistung** ist vergleichbar mit der des Vermieters. Deshalb hat der Leasingnehmer dem Leasinggeber in Analogie zu Art. 259f oder 192 OR anzuzeigen, wenn jemand ein besseres Recht am Leasingobjekt behauptet. Daraufhin muss der Leasinggeber den Streit gegenüber dem Dritten übernehmen.

Sachgewährleistung

Die **Prüfungs- und Rügeobliegenheit** aus dem Kauf oder Werkvertrag zwischen dem Lieferanten und dem Leasinggeber wird in der Praxis zumeist im Leasingvertrag **dem Leasingnehmer überbunden**. Darüber hinaus muss sich der Leasingnehmer regelmässig verpflichten, bei **Mangelhaftigkeit** des Leasingobjekts die **Annahme zu verweigern und dem Leasinggeber dies sofort anzuzeigen**, ansonsten hat er den Schaden selbst zu tragen. Ähnliches gilt mit Bezug auf die Haftung für Sachmängel:



100

Direktes Forderungsrecht des Leasingnehmers

Abtretungskonstruktion: In vielen Leasingverträgen tritt die Leasinggesellschaft ihre Kauf- oder Werkvertraglichen Ansprüche gegen den Hersteller an den Leasingnehmer ab. Es fragt sich, ob diese Praxis mit Bezug auf Wandelung und Minderung zulässig ist. Die Meinung, dass **Gestaltungsrechte auch isoliert abtretbar sind**, befindet sich im Vormarsch. Sie lehnt sich an die deutsche Lehre und Praxis an und wird damit begründet, dass die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche im Bündel abtretbar sein sollen.

Stellvertretung/Prozessvollmacht: In den AGB zum Leasingvertrag findet man häufig eine Bestimmung, wonach **der Leasingnehmer durch Einräumung einer Vollmacht zur Geltendmachung von Sachmängelansprüchen ermächtigt und/oder verpflichtet wird**. Der Leasingnehmer hat somit das Recht beziehungsweise die Pflicht, im Falle einer mangelhaften Lieferung **als direkter Stellvertreter des Leasinggebers direkt gegen den Lieferanten vorzugehen**. Dies bedeutet, dass der **Leasingnehmer den aus dem Prozess resultierenden Erlös der Leasinggesellschaft abliefern muss**. Dementsprechend sind die Leasinggraten herabzusetzen (vgl. **Art. 259d OR**).

Echter Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 Abs. 2 OR): Im Falle einer besonders vereinbarten Begünstigungsklausel im Kauf- oder Werkvertrag **zwischen dem Lieferanten und dem Leasinggeber erwirbt der Leasingnehmer die sachmängelrechte unmittelbar und originär**. Dadurch kann er die Rechte des Leasinggebers ausüben und Leistungen vom Lieferanten/Hersteller empfangen.

Betreffend Schadenersatzansprüche gegen den Lieferanten/Hersteller

Schadenersatzansprüche des Leasinggebers aus seinem Vertrag mit dem Lieferanten werden oft in Leasingvertrag *an den Leasingnehmer abgetreten* oder an ihn im Rahmen einer Vollmacht zur Geltendmachung gegenüber dem Lieferanten delegiert.

Eine Abtretung bei Schadenersatzansprüchen ist ohne weiteres möglich. Es handelt sich um Folgen und Ansprüche auf Ersatz von Mangelfolgeschäden, die beim Leasingnehmer entstehen, wenn das Leasingobjekt mangelhaft ist. *Die Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs durch den Leasingnehmer ist jedoch schwierig.*

Nicht- oder verspätete Lieferung des Leasingobjekts

Das Leasingobjekt wird in den meisten Fällen **vom Leasingnehmer direkt beim Lieferanten/Hersteller bestellt**; der *Leasinggeber wird erst zu einem späteren Zeitpunkt im Hinblick auf die Finanzierung eingeschaltet*. Das Leasingobjekt wird in aller Regel vom **Lieferanten/ Hersteller direkt an den Leasingnehmer geliefert**. Konsequenterweise wird im Leasingvertrag die Haftung des Leasinggebers für verspätete Lieferung oder Nichtlieferung des Leasingobjekts üblicherweise ausgeschlossen.

Es ist grundsätzlich **abzulehnen, dass der Leasingnehmer im Falle des Lieferverzugs gegen den Leasinggeber vorgehen kann**, wenn dieser seine Haftung nicht ausgeschlossen hat.

Eine Ausnahme ist zu machen, wenn **ihn ein Verschulden an der Spätleistung trifft** (Verzug nach Art. 102 ff. OR).

Beendigung

Der Leasingvertrag endet mit **Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer**. In der Regel wird keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vereinbart.

Für den Fall **ausbleibender Zahlungen** ist eine vertragliche Regelung üblich, die den **Leasinggeber zur fristlosen Kündigung berechtigt**. Bei fehlender Regelung kommen die Art. 107 ff. OR zur Anwendung. Voraussetzung ist eine Fristansetzung mit Kündigungsandrohung.

Wird aufgrund eines **mangelhaften Leasingobjekts** der Kauf- bzw. Werkvertrag aufgehoben, fällt der Leasingvertrag nach h.L. ebenfalls dahin.

Aufgrund des Dauerschuldcharakters des Leasingvertrags ist ausserdem jederzeit eine **ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen** zulässig.

Beim Konsumentenleasing ist **Art. 17 KKG** zu beachten, welcher eine vorzeitige Erfüllung durch den Leasingnehmer erlaubt. Ferner gilt für das Mobilienleasing zwingend **Art. 17 Abs. 3 KKG**. Danach kann der Leasingnehmer den Vertrag jederzeit mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Leasingdauer auflösen.

Der Leasingnehmer hat die Pflicht, bei Vertragsende den Leasinggegenstand in einem ordnungsgemässen Zustand dem Leasinggeber herauszugeben.

Anwendung des KKG

Nach **Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG** fallen Leasingverträge *über bewegliche, den privaten Gebrauch dienende Konsumgüter*, welche bei vorzeitiger Beendigung eine Erhöhung des Leasingzinses vorsehen, unter das Bundesgesetz über den Konsumkredit. Dieses enthält verschiedene **zwingende Bestimmungen**.

Namentlich muss beim Abschluss des Vertrags **zwingend die Schriftlichkeit** eingehalten werden, und das KKG schreibt zwingend einen **Mindestinhalt des Vertrags** vor.

Eine weitere zwingende Vorschrift enthält **Art. 21 KKG**. Dieser schreibt vor, dass der *Leasingnehmer alle Ansprüche auch gegenüber dem Leasinggeber geltend machen kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 1 lit. a-e kumulativ erfüllt sind*.

- Kredite an Kunden des Lieferanten sind *nur von der Leasinggesellschaft zu gewähren*, und
- Der Leasingnehmer muss den Kredit aufgrund einer solchen *Abmachung erhalten haben (sog. Exklusivitätsklausel)*;
- *Anspruch von über CHF 500*;
- *Erfolglos geltend gemacht gegenüber dem Lieferanten*;
- *Ware darf nicht dem Leasingvertrag entsprechen*;
- *Ware darf nicht oder nur teilweise geliefert worden sein*.

Die Voraussetzungen der lit. a-e werden nur selten alle erfüllt sein. Sind **alle Voraussetzungen gegeben, ist eine Freizeichnung des Leasinggebers nicht zulässig**.

12. Kapitel: Innominatverträge III: Besonderer Teil (ohne Leasing)

A) Alleinvertriebsvertrag

Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) ist ein **Mittel der gezielten Absatzförderung**:

- Der Lieferant (Hersteller oder Händler) räumt dem Abnehmer (Alleinvertreter) ein *örtlich, sachlich und teilweise zeitlich exklusives Bezugsrecht für bestimmte Waren oder Produkte* ein.
- Im Gegenzug verpflichtet sich der *Abnehmer, die Waren oder Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben* unter Einhaltung verschiedener weiterer Pflichten.

Als wichtigstes Absatzinstrument wird der AVV im Bereich der Automobil-, Maschinen- und Kosmetikindustrie verwendet.

Art und Anzahl der gegenseitigen Pflichten variieren in der Praxis stark; sie sind von den jeweiligen Bedürfnissen der Parteien abhängig.

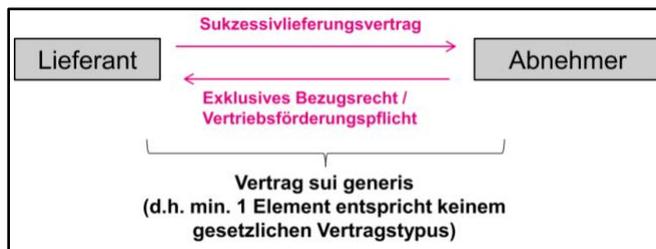
Es lassen sich namentlich **zwei typische Verkehrstypen** unterscheiden:

- Der **AVV ohne Integration des Abnehmers**, bei dem der ausschliesslichen Lieferpflicht des Lieferanten Mindestbezugspflichten des Abnehmers gegenüberstehen;
- Der **AVV mit Integration des Arbeitnehmers** in die Absatzorganisation des Lieferanten, bei dem zusätzlich Vertriebsbindungsklauseln vereinbart werden.

Rechtsnatur und Abgrenzungen

Der AVV ist ein Rahmenvertrag, der aus folgenden Elementen besteht:

- Sukzessivlieferungsvertrag: Kaufvertrag mit sukzessiver Lieferpflicht des Lieferanten und Abnahme- und Zahlungspflicht des Abnehmers; ergänzt um ein
- Bezugsrecht des Abnehmers, verbunden mit exklusiver Gebietszuweisung sowie der Pflicht des Abnehmers zur Vertriebsförderung.



Damit ist der AVV ein Vertrag sui generis, der

- zum einen aus dem *Typenelement des Kaufs* besteht und
- zum anderen aus der im Gesetz *nicht geregelten Vereinbarung über das exklusive Bezugsrecht*, die Gebietszuweisung und die Vertriebsbindung.

Der AVV ist ein *Dauerschuldverhältnis*.

Ist eine Pflicht des Abnehmers zur Absatzförderung vereinbart, so handelt es sich dabei um eine agenturvertragsrechtliche Verpflichtung. Die zwingenden Bestimmungen des Agenturvertragsrechts sind jedoch nicht ohne weiteres auf den AVV anwendbar.

Der AVV ist von anderen Vertragstypen wie folgt abzugrenzen:

- Der AVV ist als *Dauerschuldverhältnis* ausgestaltet und deshalb kein **Vorvertrag** gemäss Art. 22 OR. Der AVV ist vielmehr ein **Rahmenvertrag**.
- Die *laufende Erfüllungspflicht* ist ein Element, das im Gegensatz zum **Kaufvertrag** steht, der grundsätzlich auf den einmaligen Austausch von Ware und Kaufpreis gerichtet ist.
- Der *Alleinvertreter handelt auf eigene Rechnung und in eigenem Namen*. Dies unterscheidet ihn von Agenten und Beauftragten die beide ein fremdes Geschäft besorgen (**Auftrag und Agenturvertrag**).
- Ausschlaggebendes Unterscheidungskriterium gegenüber dem **Arbeitsvertrag** ist das *fehlende Subordinationsverhältnis*. Der Alleinvertreter arbeitet auf selbständiger Basis.
- Im Gegensatz zum Abnehmer beim AVV ist der typische **Franchisingnehmer** stärker in ein Absatzförderungssystem eingebunden.

Inhalt

Pflichten des Lieferanten

Der **Lieferant** hat v.a. folgende Pflichten:

- Die *Vertragsprodukte* dem Abnehmer *zu den vereinbarten Konditionen zu liefern*;
- Dem Abnehmer ein *bestimmtes Gebiet zur ausschliesslichen Nutzung* zuzuweisen;
- Den *direkten oder indirekten Absatz auf diesem Gebiet zu unterlassen*. Indirekt ist der Absatz, wenn er durch Dritte vorgenommen wird;
- Den Abnehmer bei dessen Bemühungen zur Vertriebsförderung (z.B. mit Informationen) zu *unterstützen*;
- Im Falle der Vereinbarung der Benutzung eines Kennzeichens, v.a. einer Marke, dessen *Gebrauch zu dulden*.

Pflichten des Abnehmers

Der **Abnehmer** ist demgegenüber verpflichtet:

- Den für das *Produkt vereinbarten Preis zu bezahlen*;
- Die *Vertragsprodukte zu beziehen*. Diese Pflicht kann *verbunden werden mit einem Verbot, Konkurrenzprodukte zu beziehen und/ oder mit einer Mindestbezugspflicht*;
- Im zugewiesenen Gebiet den *Absatz der Ware zu fördern*;
- Vereinbarte *Vertriebsbindungen zu beachten und einzuhalten*;
- Geschäftsgeheimnisse und sonstige vertrauliche Informationen *geheim* zu halten, die er im Rahmen des Vertrags erhalten hat.

Leistungsstörungen

Die **allgemeinen Regeln des OR, insb. Art. 97 ff. OR**, sind wie auf jeden Innominatvertrag auch auf den AVV **anwendbar**. → In Bezug auf die kaufrechtlichen Elemente muss jedoch geprüft werden, ob nicht spezifisches Kaufrecht vorgeht.

In der Praxis bedeutsam sind die *Rechtsbehelfe des Lieferanten, wenn der Abnehmer seine Vertriebsförderungspflichten verletzt* (**Schlechterfüllung des AVV nach Art. 97 Abs. 1 OR**).

Weil der AVV ein Dauerschuldverhältnis ist, kommt im Verzugsfalle ein Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR mit Bezug auf den ganzen Rahmenvertrag nicht in Betracht.

⇒ Diesfalls wandelt sich das Rücktrittsrecht vielmehr in **ein Kündigungsrecht ex nunc**.

Kaufrechtliche Gewährleistung

Werden die Pflichten aus dem Sukzessivlieferungsvertrag verletzt, sind zudem **die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln** zu beachten.

Werden die Produkte aus laufender Produktion bezogen, handelt es sich um einen **Werklieferungsvertrag**, der den Vorschriften über den Werkvertrag untersteht (insbes. Art. 365 Abs. 2 OR).

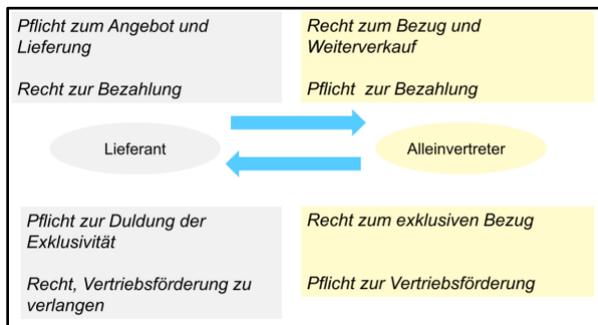
Anwendung von Art. 82 OR im Doppelsynallagma

Als Rahmenvertrag zeichnet sich der AVV durch **zwei sich gegenüberstehende (synallagmatische) Leistungspaare** aus, die deswegen als **Doppelsynallagma** bezeichnet werden:

- Die **Exklusivitätsabrede**, die mit der **Verkaufsförderungspflicht** verbunden ist;
- Das **Recht zum Verkauf der Produkte**, das mit der **Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung** verbunden ist (Sukzessivlieferungsabrede).

Art. 82 OR ist nur auf synallagmatische Verträge anwendbar. In Bezug auf den AVV stellt sich die Frage, ob das Leistungsverweigerungsrecht des Art. 82 OR auch «übers Kreuz» angerufen werden darf.

Das BGer hat noch nicht entschieden, ob die Einrede von Art. 82 OR übers Kreuz statthaft ist. Ein Teil der Lehre liest aber eine *entsprechende Ablehnung* in die Entscheide hinein.



Beendigung

Haben die Parteien bezüglich der Auflösung des Vertrags nichts geregelt, hängt die Frage der **ordentlichen Beendigung** des AVV von der Vertragsdauer ab.

- Ist diese **kürzer als ein Jahr**, ist die agenturrechtliche Vorschrift von **Art. 418q Abs. 1 OR analog anwendbar**.
- Wird der Vertrag für eine **längere Dauer** abgeschlossen, ist es sachgerecht, die **sechsmontatige Kündigungsfrist** des Gesellschaftsrechts (**Art. 546 Abs. 1 OR**) hinzuzuziehen.

Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre können Dauerschuldverträge **jederzeit aus wichtigem Grund aufgelöst werden**.

Im Übrigen ist **Art. 405 OR analog** anzuwenden.

Einzelfragen

Das **Agenturvertragsrecht** sieht in **Art. 418u OR (Kundschaftsentschädigung)** zwingend eine spezielle Entschädigung des Agenten nach Vertragsschluss vor, wenn der Kundenkreis des Auftraggebers nach dessen Tätigkeit wesentlich erweitert hat. **Art. 418u OR ist auch auf den AVV anwendbar, wenn**

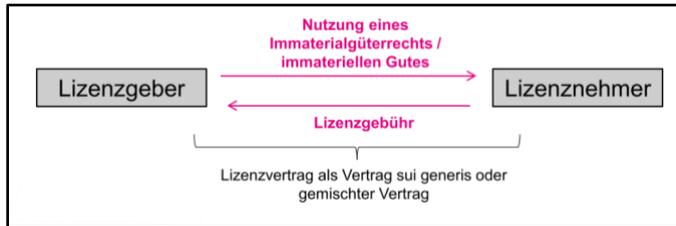
- der Alleinvertreter **wie ein Agent** in die Organisation des Auftraggebers **integriert** ist,
- der **Bekanntheitsgrad** der Marke des Lieferanten **gesteigert** werde und
- davon auszugehen sei, dass die **Kunden nach Auflösung des Vertrags der Marke treu bleiben**.

Je stärker ein Abnehmer in die Vertriebsorganisation des Lieferanten eingebunden ist und sich damit wirtschaftlich einem Agenten angleicht, desto höher ist seine Treuepflicht einzustufen und desto eher ein **vertragliches Konkurrenzverbot** zu bejahen.

Alleinvertriebsverträge sind **immer** auf ihre **kartellrechtliche Verträglichkeit** hin zu überprüfen.

B) Lizenzvertrag

Durch einen Lizenzvertrag wird der *Lizenzgeber verpflichtet, dem Lizenznehmer die Benutzung eines Immaterialgüterrechts oder eines anderen immateriellen Gutes zu gestatten*. Der Lizenznehmer schuldet demgegenüber eine Lizenzgebühr.



Erscheinungsformen

Lizenzverträge unterscheiden sich nach dem Inhalt des Immaterialgutes. Es gibt **Marken-, Patent- und Designlizenzverträge**, Firmenlizenzverträge, Urheberrechtslizenzverträge und Lizenzverträge an Geheimverfahren (Betriebsgeheimnis).

⇒ Grundsätzlich ist *jedes unkörperliche und vertraglich erfassbare Gut lizenzfähig*.

- Von einem **echten Lizenzvertrag** spricht man, wenn das Immaterialgut absolut geschützt ist.
- Vertragsgegenstand eines **unechten Lizenzvertrags** können demgegenüber auch bloss relative Rechte oder auch nur faktisch geheimes technisches oder kommerzielles Wissen sein (= Know-how-Verträge).

Eine weitere Unterscheidung betrifft den *Umfang der übertragenen Nutzungsbefugnis*.

- Eine **ausschliessliche (Exklusiv-) Lizenz** liegt vor, wenn der Lizenznehmer ein *Recht zur ausschliesslichen Benutzung des lizenzierten Gutes* besitzt.
- Liegt keine Ausschliesslichkeitsabrede vor, handelt es sich um eine **einfache Lizenz**.
- Vergibt der Lizenznehmer seinerseits eine Lizenz am lizenzierten Immaterialgut, spricht man von einer **Unterlizenz**.
- Eine **Zwangslizenz** liegt vor, wenn der Lizenznehmer einen **gesetzlichen Anspruch** auf den Abschluss eines bestimmten Lizenzvertrags hat oder wenn eine Gerichts- oder eine Verwaltungsbehörde die Modalitäten der Lizenzvereinbarung bestimmt. Solche *Zwangslizenzen verstossen gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit*.

Rechtsnatur und Abgrenzungen

Eine gesetzliche Regelung des Lizenzvertrags fehlt, obwohl der Lizenzvertrag in verschiedenen Spezialgesetzen erwähnt wird.

Aufgrund der vielfältigen Möglichkeiten der Ausgestaltung handelt es sich entweder um einen **Vertrag sui generis** oder um einen **gemischten Vertrag**. Der Lizenzvertrag enthält *Elemente der Miete bzw. der Pacht*. Eine direkte Anwendung der Vorschriften aus dem Miet- oder Pachtrecht wird mehrheitlich abgelehnt.

Gesellschaftsähnliche (kooperative) Lizenzverträge enthalten *Pflichten der Parteien zur Zusammenarbeit*:

Ausnutzung einer Erfindung auf gemeinsame Rechnung, gegenseitige Einräumung von Lizenzen, Mitteilung von Rechtsverletzungen und deren gemeinsame Verfolgung usw. *Auf solche Verträge können gesellschaftsrechtliche Regeln (z.B. über die Beendigung, Art. 546 OR) analog zur Anwendung kommen*.

Der typische Lizenzvertrag ist ein **Dauerschuldverhältnis**.

Der Lizenzvertrag ist von anderen Vertragstypen wie folgt abzugrenzen:

- Der Lizenzvertrag wird *über ein immaterielles Gut abgeschlossen*, während der **Mietvertrag** eine körperliche Sache zum Gegenstand hat;
- Der **Pachtvertrag** setzt die Überlassung des Vertragsgegenstandes voraus, welcher nach Ende der Vertragsdauer wieder zurückgegeben werden muss. Das *lizenzierte Schutzrecht verbleibt beim Lizenzgeber*;
- Der **Kaufvertrag** ist kein *Dauerschuldverhältnis*;
- Beim **Verlagsvertrag** werden dem Verleger nicht bloss Nutzungsrechte, sondern auch die dem Verlagegeber zustehenden Abwehrrechte gegen Dritte übertragen;
- Der **Franchisingvertrag** enthält Lizenzvereinbarungen regelmässig als eines von mehreren Elementen.

Inhalt

Gemeinsame Pflichten der Parteien

Wegen den **Dauerschuldcharakters** des Lizenzvertrags haben **beide Parteien eine Treuepflicht**.

Pflichten des Lizenzgebers

Der Lizenzgeber hat die Pflicht, dem Lizenznehmer

- eine **Nutzungsmöglichkeit am Lizenzgegenstand** zu verschaffen. Diese kann von unterschiedlichen **Handlungs- und/oder Mitteilungspflichten** begleitet werden.
- Der Lizenzgeber ist stets auch zur **Genusserhaltung** verpflichtet. Bei absoluten Immaterialgüterrechten muss der **gesetzliche Schutz aufrechterhalten werden, etwa durch Bezahlung anfallender Patentgebühren, Erneuerung der Marke usw.** Handelt es sich um Know-how, hat der Lizenzgeber für dessen Sicherung gegenüber Unberechtigten zu sorgen.
- Eine **Pflicht zum Informationsaustausch nach Vertragsschluss** über neue Erkenntnisse und Erfahrungen muss im Allgemeinen **ausdrücklich** vereinbart werden. → Je **enger der gegenseitige Informationsaustausch** und die Kontrolle des Lizenzgebers ausgestaltet sind, desto eher handelt es sich um einen Franchising- oder sogar einen Gesellschaftsvertrag (einfache Gesellschaft).

Pflichten des Lizenznehmers

Der Lizenznehmer ist verpflichtet, die **vereinbarte einmalige oder periodische Lizenzgebühr zu bezahlen**. Der Lizenznehmer hat ausserdem alles **zu unterlassen, was den absoluten (objektiven) Rechtsschutz des Immaterialgutes beeinträchtigen könnte**.

Leistungsstörungen

Im Falle einer Leistungsstörung sind die **allgemeinen Regeln des OR** anzuwenden. Zusätzlich gelten die für Dauerschuldverhältnisse entwickelten Rechtsgrundsätze.

a. Nichtigkeit

Besteht das dem Lizenzvertrag zugrunde liegende Schutzrecht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht oder ist bei einem unechten Lizenzvertrag das als gemein ausgegebene Know-how bereits allgemein zugänglich, so ist die **Leistung des Lizenzgebers anfänglich objektiv unmöglich**.

- ⇒ Dies führt nach unstrittener, aber wohl überwiegender Ansicht zur **Nichtigkeit** des Lizenzvertrags **nach Art. 20 OR**.
- ⇒ Der Lizenzgeber wird aus **culpa in contrahendo** oder gegebenenfalls wegen **absichtlicher Täuschung Schadenersatzpflichtig**, wenn er die Nichtigkeitsgründe bei Vertragsschluss **kannte oder hätte kennen müssen**.

b. Gewährleistung

Sichert der Lizenzgeber dem Lizenznehmer die **Existenz eines Schutzrechts** oder eine spezifische Qualität des Immaterialgutes zu, **haftet** er ihm dafür gemäss **Art. 97 ff. OR bzw. Art. 258 oder 192 OR**.

Beendigung

Ein Lizenzvertrag **endet** mit dem **Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer, mit Ausübung eines Kündigungsrechts oder durch Aufhebungsvertrag (Art. 115 OR)**.

- Ist nichts vereinbart, wird der Vertrag aufgelöst, wenn der **absolute Schutz des Immaterialgutes abläuft** oder aus einem anderen Grund endet. Ist der Vertragsgegenstand Know-how, endet der Vertrag mit dessen Wegfall.
- Wie jedes Dauerschuldverhältnis kann der Lizenzvertrag **aus wichtigen Gründen ex nunc gekündigt** werden.

Einzelfragen

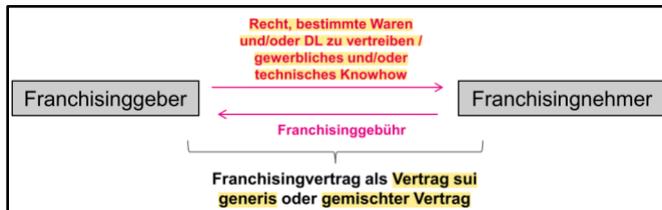
Nach heutiger überwiegender Lehre kommt einer vereinbarten Lizenz **nur obligatorische Wirkung** und nicht auch absolute Wirkung zu.

Aufgrund der bloss obligatorischen Wirkung des Lizenzvertrags kann der **Lizenznehmer grundsätzlich nicht selbst gegen Dritte vorgehen**, die das Patentrecht verletzen. Er kann aber ermächtigt werden, den *Prozess im eigenen Namen* zu führen.

Lizenzvertragsrechtliche Abreden dürfen den Wettbewerb weder ungerechtfertigt beeinträchtigen noch ganz beseitigen (Art. 5 Abs. 1 Kartellgesetz).

C) Franchisingvertrag

Durch einen Franchisingvertrag räumt der Franchisinggeber dem Franchisingnehmer *gegen Entgelt das Recht ein, bestimmte Waren und/oder Dienstleistungen zu vertreiben.*



Das Franchising dient dazu, ein Produkt (Ware oder Dienstleistung), welches überregionale Marktgeltung hat, nach einem *einheitlichen Marketingkonzept zu vertreiben.*

Erscheinungsformen

Die wichtigsten Erscheinungsformen sind das **Produktfranchising** und das **Betriebsfranchising**:

- Während beim *Produktfranchising* eine *bestimmte Ware meist mit einer bekannten Marke* vertrieben wird,
- handelt es sich beim *Betriebsfranchising* um ein *ganzes Bündel von standardisierten Dienstleistungen*, geschützten Rechten, Know-how und allenfalls auch Waren.
- Stehen die Parteien in einem *partnerschaftlichen Verhältnis*, spricht man vom **Partnerschaftsfranchising**.
- **Subordinationsfranchising** liegt demgegenüber vor, wenn der Franchisingnehmer zwar rechtlich ein selbständiger Unternehmer, *wirtschaftlich und/oder persönlich aber stark vom Franchisinggeber abhängig* ist.

Rechtsnatur und Abgrenzungen

Der Franchisingvertrag ist ein **typischer Vertrag sui generis**. Er setzt sich grundsätzlich zusammen aus **Elementen des Kaufs, des Auftrags, der Miete bzw. Pacht, der einfachen Gesellschaft, des Agentur- und Lizenzvertrags**, allenfalls auch des **Arbeitsvertrags**.

Der Franchisingvertrag ist von anderen Vertragstypen wie folgt abzugrenzen:

- Der Franchisingvertrag ist ein *komplexes Vertragsverhältnis*, das weiter geht als ein blosser **Auftrag** und **stets als Dauerschuldverhältnis** ausgestaltet ist.
- Die *Absatzförderungspflicht setzt ein blosses Tätigwerden voraus* und ist nicht primär auf einen bestimmten Erfolg ausgerichtet, wie es der **Werkvertrag** verlangt.
- Beim **Partnerschaftsfranchising** ist der *Franchisingnehmer* im Gegensatz zum **Arbeitnehmer** persönlich, organisatorisch und wirtschaftlich *vom Franchisinggeber unabhängig*. Liegt hingegen ein **Subordinationsfranchising** vor, kann die Abgrenzung zum **Arbeitsvertrag** Schwierigkeiten bereiten und eine analoge Anwendung von arbeitsrechtlichen Schutznormen angezeigt sein.
- Der *Franchisingnehmer handelt in eigenem Namen*, der **Agent** in fremdem Namen.
- Der **Alleinvertriebsvertrag** weist Ähnlichkeiten mit dem Produktfranchising auf. Der *Franchisingnehmer ist jedoch stärker in das Absatzkonzept des Franchisinggebers eingebunden*.
- Oft ist ein **Lizenzvertrag** Bestandteil des Franchisingvertrags.

Inhalt

Franchisingverträge sind oft umfangreiche Dokumente, dennoch vermögen sie das Verhältnis der Parteien nur in den Grundzügen zu ordnen, da es eine **Vielfalt von Ausgestaltungsmöglichkeiten** gibt.

Pflichten des Franchisinggebers

Das lizenzähnliche Element verpflichtet den Franchisinggeber regelmässig, dem Franchisingnehmer die **Nutzungsbefugnis an absolut und objektiv geschützten Immaterialgütern** einzuräumen.

- Dazu gehört regelmässig die **Pflicht für Genusserhaltung und Verteidigung der Schutzrechte** besorgt zu sein. Im Falle einer Verletzung ist der Franchisinggeber aktivlegitimiert, gegen den Verletzer vorzugehen.
- Der Franchisinggeber hat den **Franchisingnehmer zu unterstützen**, so dass das Konzept einheitlich im Markt vertreten und durchgesetzt werden kann.
- Der Franchisinggeber hat dafür einzustehen, dass Dritte jegliche Tätigkeit im Ausschliesslichkeitsgebiet unterlassen, sofern dies kartellrechtlich zulässig ist (vgl. Garantieverprechen nach Art. 111 OR).

Pflichten des Franchisingnehmers

Der **Franchisingnehmer** hat die Pflicht, eine **Gebühr für die Leistungen des Franchisinggebers** zu bezahlen. Die Franchisinggebühr besteht regelmässig aus:

- Der **Eintrittsgebühr**, mit der die Vorleistungen des Franchisinggebers (Erstellen des Systems) abgegolten werden sollen; und
- Den **laufenden regelmässigen Gebühren**, mit denen die Einräumung der Rechte und die Erbringung von regelmässigen Dienstleistungen entschädigt werden sollen.

Die wichtigste Pflicht neben der Gebührentichtung ist die **Pflicht zur Absatzförderung**. Der Franchisingnehmer hat die **Waren und Dienstleistungen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung anzubieten und den regionalen Markt zu erschliessen und zu bewahren**. Er ist an die Weisungen des Franchisinggebers gebunden. Unmittelbar aus der **Interessenwahrungs- und Treuepflicht** lassen sich folgende Pflichten ableiten:

- Ein **vertragliches Konkurrenzverbot**;
- Die Pflicht zur **sorgfältigen Behandlung** anvertrauter Sachen;
- **Auskunfts- und Informationspflichten**.

Der Franchisingnehmer kann ausserdem dazu verpflichtet werden, bestimmte Mengen von Produkten zu beziehen. Durch Kunden- oder Gebietsbindungen kann eine Beschränkung des Abnehmerkreises vereinbart werden.

Leistungsstörungen

Wie auf alle Innominatverträge sind grundsätzlich die **allgemeinen Bestimmungen des OR** anwendbar, soweit sich nicht eine analoge Übernahme von sachgerechten Typenrecht aufdrängt.

Schuldnerverzug: Die Leistungen im Franchisingvertrag stehen in einem Synallagma, weshalb dem Verzugsgläubiger die **Wahlrechte gemäss Art. 107 ff. OR** zustehen.

- ⇒ Der Rücktritt wird zur Kündigung mit **Wirkung ex nunc**, da eine Vertragsauflösung ex tunc ausgeschlossen ist.

Auf eine **unverschuldete nachträgliche Unmöglichkeit** der Leistung einer Partei ist **Art. 119 Abs. 1 und 2 OR** anwendbar. Mit dem **Unmöglichwerden der einen Leistung erlischt auch die Gegenleistungspflicht**. Eine blosser Teilunmöglichkeit oder auch eine vorübergehende Unmöglichkeit kann im Sinne eines wichtigen Grundes zur Auflösung des Vertragsverhältnisses führen.

Beendigung

Nachvertragliche Pflichten

Nach Beendigung des Vertrags haben die Parteien gewisse **Rückgabe- und Rücknahmepflichten**. Der Franchisingnehmer muss grundsätzlich Gegenstände, die ihm zum Gebrauch überlassen wurden, dem Franchisinggeber zurückgeben oder dürfen nicht mehr benutzt werden.

Ordentliche Beendigung

Üblicherweise werden Franchisingverträge vorerst *für eine bestimmte Mindestdauer abgeschlossen*. Für den Fall, dass die vereinbarte Mindestdauer abläuft, ohne dass rechtzeitig vor deren Ablauf gekündigt wurde, wird in der Praxis häufig eine **Verlängerung um eine bestimmte Zeit vereinbart (sog. Verlängerungsklausel)**.

Wenn **kein ordentliches** Kündigungsrecht vereinbart wurde, ist die Rechtslage unklar. Die Anwendung des jederzeitigen Kündigungsrechts von Art. 404 OR ist unpassend und umstritten.

Grundsätzlich wird die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Regelung von **Art. 546 Abs. 1 OR** befürwortet, die von einer **sechsmonatigen Kündigungsfrist** ausgeht.

Ausserordentliche Beendigung

Beim Franchisingvertrag stehen regelmässig die persönlichen Fähigkeiten der Parteien im Vordergrund. Dies führt dazu, dass mangels vertraglicher Regelung **veränderte Umstände, die die Person betreffen, zur Auflösung des Vertrags führen können**.

Angesichts des Dauerschuldverhältnis kann ein Franchisingvertrag jederzeit **aus wichtigem Grund gekündigt** werden.

Einzelfragen

In Anbetracht der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum AVV kann ein zwingender Anspruch auf **Kundschaftsentschädigung** nach **Art. 418u OR** auch im Franchisingvertrag unter folgenden Umständen gegeben sein:

- Der **Franchisingnehmer ist eng** in die Vertriebsorganisation des Franchisinggebers **eingebunden**;
- Der vom Franchisingnehmer akquirierte Kundenstamm wird nach Beendigung **dem Produkt oder der Marke treu bleiben und nicht dem Franchisingnehmer**.

In der Praxis ist es üblich ein **nachvertragliches Konkurrenzverbot** zu vereinbaren, was in den Schranken von Art. 19/20 OR sowie Art. 27 ZGB zulässig ist. Die Schutzbedürftigkeit des Franchisingnehmers kann im Einzelfall zusätzlich einen Anspruch auf *Karenzentschädigung in analoger Anwendung von Art. 418d Abs. 2 OR* rechtfertigen.

Nach nicht umstrittener Ansicht soll der Franchisingnehmer nach Beendigung des Vertrags einen **Ersatzanspruch** für von ihm auf Anweisung des Franchisinggebers getätigte **Investitionen** haben, die im Zeitpunkt der Beendigung noch nicht amortisiert sind.

Kartellrechtliche Schranken werden v.a. dann relevant, wenn Exklusivitätspflichten mit dem Franchisingvertrag verbunden werden.

D) Sponsoringvertrag

Der Sponsoringvertrag regelt die *Beziehung zwischen Sponsor und Sponsoringnehmer*. Der Sponsor leistet finanzielle Beiträge in der Form von Sachmitteln oder Dienstleistungen an den Sponsoringnehmer und bezieht diesen in seine Kommunikationsstrategie ein. Ziel des Sponsors ist die Steigerung des eigenen Bekanntheitsgrades und eine gewisse Imagepflege und -profilierung.

Sponsoringverträge lassen sich wie folgt unterscheiden:

- Nach dem **Gegenstand** wird unterschieden zwischen Sport-Sponsoring, Kultur-Sponsoring und Sozio-Sponsoring. Unterscheidungskriterium bildet das Gebiet, in dem der Sponsoringnehmer tätig ist.
- In Bezug auf den **Sponsoringnehmer oder das -objekt** unterscheidet man zwischen Personen-Sponsoring, institutionellem Sponsoring (Sportverbände, Museen usw.) und Projekt-Sponsoring (Veranstaltungen oder andere Ereignisse).

Rechtsnatur und Abgrenzungen

Der Sponsoringvertrag setzt sich aus verschiedenen Nominalelementen zusammen und ist somit (mindestens) ein **gemischter Vertrag**. Kommen zusätzlich innominatvertragliche Elemente dazu, handelt es sich um einen **Vertrag sui generis**.

- **Auftragsähnliches** Element: Der Sponsor hat die Pflicht, den Sponsoringnehmer in seine Kommunikationsstrategie einzubeziehen.
- Werden zusätzlich Güter ausgetauscht oder hergestellt wie namentlich beim Projekt-Sponsoring, enthält der Vertrag ausserdem **kauf- oder werkvertragliche** Elemente.
- Beim Personen-Sponsoring kann der Sponsoringnehmer die Sponsorleistung als regelmässigen Lohn erhalten, was einem **arbeitsvertraglichen** Element entspricht.
- Eine **miet- oder (seltener) pachtrechtliche** Komponente erhält der Sponsoringvertrag, wenn dem Sponsor die Nutzung einer Sache gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird.
- Das institutionelle Sponsoring enthält zuweilen ein **Garantievertragsselement**, etwa wenn die Spieler eines Vereins zu Auftritten an speziellen Anlässen und somit zur Mitwirkung bei kommunikativen Massnahmen verpflichtet werden.
- Im Sinne eines **Lizenzvertrags** kann vereinbart werden, dass die Nutzung von Immaterialgütern gewährt wird.

Der Sponsoringvertrag ist von anderen Vertragstypen wie folgt **abzugrenzen**:

- Die Leistungen der Parteien stehen beim **Sponsoringvertrag** in einem Synallagma, im Gegensatz zur Schenkung.
- Beim Sponsoring wird der Werbeeffect durch die Bekanntheit des Sponsoringnehmers oder eines Ereignisses erzielt, beim **Merchandising** stammt dieser Effect von einer bestimmten Marke.
- Beim verkehrstypischen Sponsoringvertrag haben die Parteien keinen Willen zur gemeinsamen Zweckverfolgung, ihre Leistungen stehen in einem Austauschverhältnis.

Inhalt

Pflichten des Sponsoringnehmers

Personen-Sponsoring

Beim Personen-Sponsoring geht der Sponsoringnehmer (SN) einer personenbezogenen Aktivität nach. Er **überlässt dem Sponsor Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüter** und duldet deren Nutzung.

Institutionelles Sponsoring

Institutionelle SN haben in der Regel dieselben Pflichten wie natürliche Personen. Zusätzlich müssen sie dem Sponsor ihre **Kommunikationsmittel für Massnahmen der Publizitätsförderung zur Verfügung** stellen.

Projekt-Sponsoring

Beim Projekt-Sponsoring kommen zum bereits gesagten Vereinbarungen über die Durchführung projektbezogener Anlässe und die Übernahme publizitätsfördernder Massnahmen durch den Sponsor hinzu.

Pflichten des Sponsors

Der Sponsor erbringt hauptsächlich **Geld- und/oder Sach- bzw. Dienstleistungen**. Dabei kann es sich um eine einmalige Zuwendung handeln oder um Teilleistungen während der gesamten Vertragsdauer. Oft sichert der Sponsor ausserdem den Einbezug des Sponsoringnehmers in die eigenen kommunikativen Aktivitäten zu.

Leistungsstörungen

Auch auf den Sponsoringvertrag finden grundsätzlich die **allgemeinen Bestimmungen des OR** Anwendung.

Wurde ein bestimmter Termin für die Leistung des Sponsors vereinbart, gerät er mit Ablauf des Termins in **Verzug** (Art. 102 Abs. 2 OR), und der SN **kann ohne Nachfrist vom Vertrag zurücktreten**. Ohne Termin sind die allgemeinen Regeln von Art. 75 ff. OR anzuwenden.

Viele Sponsoringverträge haben eine ähnliche Struktur wie Sukzessivlieferungsverträge, weshalb die **Anwendung von Art. 107 OR nur für rückständige Teilleistungen sachgerecht** ist; ein Rücktritt vom gesamten Vertrag ist nicht möglich.

Die **Einrede des nicht erfüllten Vertrags** nach Art. 82 OR kommt einzig bei Leistungen infrage, die einen funktionellen Zusammenhang mit der fälligen Sponsorleistung aufweisen.

Werden **mangelhafte Sachleistungen** erbracht, findet das entsprechende Gewährleistungsrecht des Kauf- oder Werkvertrags Anwendung (v.a. Nachlieferung).

Eine Haftung erfolgt analog **Art. 398 Abs. 2 OR nur bei Verschulden**.

Die Einwilligung des SN zur **Nutzung seiner Persönlichkeitsrechte ist jederzeit widerrufbar** (vgl. Art. 27 ZGB). Erfolgt der **Widerruf jedoch zur Unzeit**, beurteilt sich die Rechtslage **analog Art. 404 Abs. 2 OR**, d.h., dem Sponsor steht ein Schadenersatzanspruch zu. Im Übrigen haftet SN für die gehörige Erfüllung des Vertrags nach art. 97 ff.

Beendigung

Der Sponsoringvertrag ist in der Regel ein Dauerschuldverhältnis, das nach Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer erlischt.

⇒ Beide Parteien können **stets aus wichtigem Grund kündigen**.