



# 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.

# Einführung

---

## A) Thema des OR BT

Zum Besonderen Teil des Obligationenrecht gehört die zweite Abteilung des OR, insbesondere der Titel "Die einzelnen Vertragsverhältnisse".

Es finden sich auch Normen über die einfache Gesellschaft im OR (Art. 530-551 OR), diese werden jedoch zum Gesellschaftsrecht gezählt.

Das BT enthält zudem auch Regeln zu anderen Materien, nicht nur zu den Vertragsverhältnissen.

Weiter regelt das OR BT nicht abschliessend alle Verträge, denn Verträge finden sich auch im ZGB oder anderen Gesetzen (ZGB 182 ff., 634, 799 II, VVG, PBG, PauRG, KKG, CISG).

## B) Verhältnis OR AT - BT

Das OR AT enthält Regeln, welche für alle Rechtsgeschäfte gelten und somit "vor der Klammer" stehen. Die Regeln des OR AT und OR BT können sich jedoch auch widersprechen. Es besteht keine lückenlose Koordination zwischen OR AT und BT (bspw. OR 97-197, 119-185). Die Normen sind dann entweder kumulativ oder alternativ anwendbar.

– Grundsatz ist die Anspruchskonkurrenz. Die Ansprüche bestehen nebeneinander.

*Bsp.: Schadensersatzanspruch OR 97 & kaufrechtliche Gewährleistung OR 197 ff.*

– Ausnahmsweise gilt jedoch Exklusivität der Ansprüche. Ein Anspruch verdrängt dabei einen anderen.

*Bsp.: Schadensersatzanspruch OR 97 & werkvertragliche Gewährleistungsansprüche.*

## C) Typensystem

Aus wirtschaftlich-praktischen Gründen erstellte das OR BT ein Vertragstypensystem:

– Veräusserungsverträge

- Kaufvertrag (OR 184 ff.)
- Tausch (OR 237 ff.)
- Schenkung (OR 239 ff.)

– Gebrauchsüberlassungsverträge

- Miete und Pacht (OR 253 ff.)
- Gebrauchsleihe (OR 305 ff.)
- Darlehen (OR 312 ff.)

– Aufbewahrungs- und Sicherungsverträge

- Hinterlegungsvertrag
- Garantievertrag (OR 11)
- Bürgschaft (OR 492 ff.)
- Weitere Kreditsicherungsformen

– Dienstleistungsverträge

- Einzelarbeitsvertrag und verwandte Arbeitsverträge (OR 319 ff.)
- Werkvertrag (OR 363 ff.)
- Verlagsvertrag
- einfacher Auftrag und GoA (OR 394 ff.)
- Maklervertrag
- Auftragsähnliche Verhältnisse

– Risikoverträge

- Leibrente und Verpfändung
- Spiel
- Wette

Dabei ist diese Typenordnung stark von der Entstehungszeit des OR geprägt. Deshalb fehlt die gesetzliche Regelung von heute stark verbreiteten Verträgen und andere geregelte Verträge kommen heute kaum mehr vor.

Das OR ist stark durch das römische Recht geprägt. Dabei können Widersprüche entstehen, wenn für bestimmte Verträge römischrechtliche Regeln übernommen wurden und für andere aber nicht. Zudem ist der heute bedeutende Sozialschutzgedanke dem römischen Recht noch fremd. Weiter besteht ein latenter Widerspruch zwischen dem römischen Typensystem und dem Grundgedanken der Vertragsfreiheit.

Das Typensystem ist jedoch kein Numerus Clausus, sondern dient der Ordnung und Orientierung. So können Verträge auch Elemente von zwei Vertragstypen enthalten (Bspw. enthält der Werklieferungsvertrag Elemente des Werk- sowie des Kaufvertrags).

Dies hat zur Folge, dass eine Vereinbarung, welche keinem Vertragstyp zuzuordnen ist, trotzdem einen gültigen Vertrag darstellen kann. Immer wenn ein Vertrag einem bestimmten Typ entspricht, sind die dafür geltenden zwingenden Bestimmungen einzuhalten (bspw. OR 266k, 404 I). Die meisten Normen des OR BT sind jedoch dispositiver Natur und kommen nur zum Einsatz, um lückenhafte privatautonome Verträge funktionstüchtig zu erhalten.

Bei Innominatverträgen, welche keinem gesetzlichen Typus zugeordnet werden können, kommen die dispositiven und zwingenden Gesetzesnormen nicht unmittelbar zur Anwendung. Die Gerichte versuchen aber auch hier ihre Entscheidungen an den gesetzgeberischen Wertungen auszurichten.

## **D) Innominatverträge**

Innominatkontrakte sind Vereinbarungen ausserhalb des Typensystems. Kommen ein Innominatvertrag nicht nur einzeln, sondern gehäuft und über längere Zeit vor, wird er mit einem spezifischen Namen versehen. Dies macht ihn jedoch noch nicht zu einem Nominatvertrag - dazu bräuchte es der gesetzlichen Regelung des Vertragstyps. Die Normen des OR BT finden auf die Innominatverträge keine unmittelbare aber eine sinngemässe Anwendung. So wird auf die gesetzlichen Regeln zurückgegriffen, wenn ein Innominatvertrag lückenhaft ist.

Zu den Innominatkontrakten gehören:

- Leasing
- Alleinvertriebsvertrag
- Lizenzvertrag
- Franchisingvertrag
- etc.

# Veräusserungsverträge I: Grundlagen des Kaufvertrags

## A) Grundlagen

### 1.) Vorbemerkung

Das Schweizer Kaufrecht ist Einheitsrecht, es bestehen keine besonderen Regeln für den Konsumenten- oder den Handelskauf. Dies hängt damit zusammen, dass die Schweiz den konsumentenrechtlichen Acquis communautaire (Gesamtheit des gültigen Rechts) der EU nicht in nationales Recht umgesetzt hat.

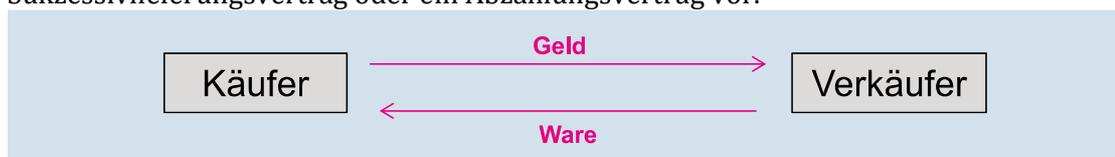
Zudem besteht in der Schweiz kein separates Handelsgesetzbuch.

Es gibt aber durchaus einzelne Bestimmungen im OR für Konsumentengeschäfte.

Bsp.: Haustürgeschäft, OR 40a ff.

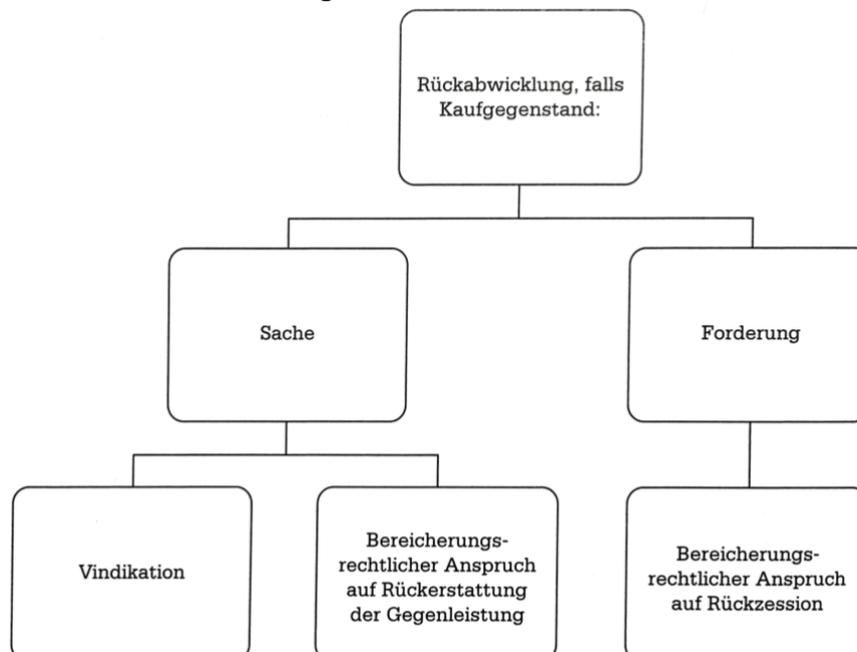
### 2.) Begriff des Kaufvertrags

Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übertragen und ihm Eigentum daran zu verschaffen. Der Käufer hat dafür den Kaufpreis in Geld zu bezahlen. (OR 184 I) Es handelt sich also um einen Austausch von Ware gegen Geld. Es besteht kein Dauerschuldverhältnis, es sei denn, es liege ein Sukzessivlieferungsvertrag oder ein Abzahlungsvertrag vor.



Damit handelt es sich beim Kaufvertrag um einen synallagmatischen (vollkommen zweiseitiger) Vertrag, da die Leistungspflichten in einem Austauschverhältnis stehen. Damit sind OR 82, 107 ff. und 119 anwendbar!

Der Kaufvertrag bezweckt die Übertragung der endgültigen Verfügungsmacht über den Kaufgegenstand an den Käufer. Der Kaufvertrag ist ein Verpflichtungsgeschäft, welches durch Verfügungsgeschäft (*Besitzübertragung, Grundbucheintrag, Zession*) erfüllt wird. Ungültige Verpflichtungsgeschäfte ziehen je nach Art des Kaufgegenstandes unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich:



### 3.) Essentialia negotii

#### a) Kaufgegenstand

Der Kaufgegenstand muss mindestens im Erfüllungszeitpunkt bestimmbar sein. Der Vertrag muss also Anhaltspunkte zur Bestimmung des Kaufgegenstands enthalten oder die Partei muss ein Wahlrecht besitzen.

Kaufgegenstand können sein:

- Bewegliche Sachen (Fahrnis) - ZGB 713
- Unbewegliche Sachen (Grundstücke) - ZGB 655
- Tiere, auch wenn sie keine Sachen darstellen (ZGB 641a I)
- Unkörperliche Sachen (*Strom, Wasser, Gas*)
- Absolute Rechte (*Bsp.: Immaterialgüterrechte / Urheberrechte / Markenrechte*)
- Relative Rechte (*Bsp.: Forderungen / Gesellschaftsanteile*)
- Sonstige wirtschaftliche Vorteile (*Bsp.: Know-how, Kundenkartei*)
- Sachgesamtheiten (*Bsp.: Bibliothek, Hausrat, Warenlager*)
- Rechtsgesamtheiten (*Bsp.: Unternehmensvermögen / Erbschaft*)

Da der Kaufgegenstand weder dem Verkäufer gehören noch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen muss, können auch fremde oder zukünftige Sachen oder Rechte verkauft werden. Beim Verkauf einer fremden Sache erlangt der Käufer jedoch nur das Eigentum, wenn er gutgläubig war bzw. sein durfte (ZGB 714 II i.V.m. ZGB 933 ff.). Beim Verkauf einer zukünftigen Sache ist zu unterscheiden zwischen:

- Kauf einer erhofften Sache (emptio rei speratae)  
Hierbei handelt es sich um einen suspensiv bedingten Kauf, bei dem der Verkäufer das Risiko der Unmöglichkeit trägt.
- Hoffnungskauf (emptio spei)  
Hier trägt der Käufer das Risiko des Ausfalls der anvisierten Gewinnaussicht.

#### b) Kaufpreis

Auch der Kaufpreis muss zumindest im Erfüllungszeitpunkt nach den Umständen bestimmbar sein (OR 184 III). Es genügt, dass anhand von objektiven Kriterien die Bestimmung des Kaufpreises ermöglicht ist, ohne dass es eine erneute Einigung der Parteien bedarf. Es kann auf einen an einem bestimmten Tag gültigen Preis der Ware verwiesen werden oder das Bestimmungsrecht kann einer Partei oder einem Dritten (bspw. einem Gutachter) überwiesen werden. Hat die Ware einen Marktpreis, gilt gemäss OR 212 I die Vermutung, dass der mittlere Marktpreis am Ort der Erfüllung gemeint ist.

Der Kaufpreis muss in Geld geleistet werden. Grundsätzlich hat eine Barzahlung zu erfolgen (OR 233 I). Die Erfüllung durch Buchgeld kann jedoch ebenfalls, auch konkludent, vereinbart werden.

Es kann sowohl in Schweizer Franken wie auch in einer Fremdwährung bezahlt werden. Gemäss OR 84 II besitzt der Käufer die Möglichkeit, trotzdem in Schweizer Franken zu bezahlen (sog. Alternativermächtigung). Diese Möglichkeit kann ihm jedoch durch eine Effektivklausel verwehrt werden.

Grundsätzlich ist die Höhe des Kaufpreises frei verhandelbar. Schranken ergeben sich aber aus dem Verbot der Rechts- oder Sittenwidrigkeit (OR 19 f.), der Übervorteilung (OR 21) oder aus öffentlichem Recht.

#### 4.) Erscheinungsformen

Kaufgegenstand	Dauer	Erfüllungsort	Kaufpreiszahlung
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fahrniskauf (Art. 187 OR)/ Grundstückkauf (Art. 216 ff. OR)</li> <li>• Spezieskauf/ Gattungskauf</li> <li>• Viehkauf (Spezialregeln bei der Gewährleistung: Art. 198 u. 202 OR)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einmalaustausch</li> <li>• Sukzessiv-lieferungsvertrag</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Platzkauf</li> <li>• Fernkauf</li> <li>• Versandungskauf</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Barkauf</li> <li>• Kreditkauf</li> <li>• Pränumerando-kauf</li> </ul>

##### a) Fahrnis- und Grundstückkauf

- Fahrniskauf - OR 184-215  
Ein Fahrniskauf besteht gemäss OR 187 I, wenn der Kaufgegenstand weder ein Grundstück noch ein in das Grundbuch aufgenommenes Recht ist. Bestandteile eines Grundstücks können Gegenstand eines Fahrniskaufs sein, wenn sie als bewegliche Sachen übergehen sollen.
- Grundstückkauf - OR 216 ff.  
Der Grundstückkaufvertrag enthält bestimmte Besonderheiten:
  - Es bedarf einer öffentlichen Beurkundung
  - Eigentumsübergang erfolgt mit Eintragung ins Grundbuch
  - Der Kaufpreis wird mit gesetzlichen Grundpfandrechten gesichert
  - Nutzen und Gefahr gehen bei Besitzantritt über (OR 220)
  - Rechtsgewährleistung wie beim Fahrniskauf (OR 221), aber ein Gutgläubensschutz in Bezug auf Grundbucheinträge
  - Sachgewährleistung als Haftung für Mindermass des Flächeninhalts mit fünfjähriger Verjährungsfrist (OR 219)

##### b) Spezies- und Gattungskauf

- Spezieskauf  
Es wird nur ein individuell bestimmter Kaufgegenstand geschuldet.
- Gattungskauf  
Der Kaufgegenstand ist nach dem Parteiwillen nur qualitativ (der Gattung nach) und quantitativ (nach Mass, Zahl oder Gericht) bestimmt. Es handelt sich um eine begrenzte Gattungsschuld (Vorratsschuld), wenn der Gesamtumfang der Gattung vertraglich begrenzt wird (*Bsp.: Kies auf bestimmtem Steinbruch*).  
Die Unterscheidung ist bedeutend für:
  - Erfüllungsort (OR 74)
  - Gefahrtragungsregeln (OR 185)
  - Bestimmungsrecht des Verkäufers besteht nur bei Gattungskauf (OR 71 I)
  - Verkäufer muss bei Gattungskaufe Ware von mind. mittlerer Qualität liefern (OR 71 II). Beim Spezieskauf führt jede Abweichung von der Qualität zu Ansprüchen des Käufers.

### **c) Einmalaustausch- und Sukzessivlieferungsvertrag**

- Einmalaustauschvertrag  
Es kommt zum einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung.
- Sukzessivlieferungsvertrag  
Der Verkäufer erbringt seine Leistung in zeitlich gestaffelten Teillieferungen und die Bezahlung des Kaufpreises erfolgt in Raten. Es handelt sich damit um ein Dauerschuldverhältnis. Gerät der Verkäufer mit einer Teillieferung in Verzug, stehen dem Käufer die Rechte aus OR 107 ff. nur bezüglich dieser Teillieferung zu. Der Käufer kann noch nicht vom Vertrag zurücktreten, da zukünftige Teillieferungen noch nicht fällig sind. Er verfügt jedoch über dieses Recht, wenn der Verkäufer es als wahrscheinlich erscheinen lässt, dass er auch mit späteren Teillieferungen in Verzug geraten wird. Nimmt der Käufer eine Teillieferung nicht an, gerät er in Gläubigerverzug (OR 91 ff.). Da er wohl den Kaufpreis auch nicht bezahlt gerät er zudem auch in Schuldnerverzug (OR 107 ff.).

### **d) Platz-, Fern- und Versendungskauf**

Diese Kaufarten unterscheiden sich nach ihrem Erfüllungsort. Beim Platzkauf hat der Verkäufer am gesetzlichen Erfüllungsort die Ware zu übergeben. Beim Versendungskauf hat der Verkäufer die Ware an einen vereinbarten Ort zu versenden. Beim Fernkauf hat der Verkäufer die Ware nicht nur zu versenden, sondern auch zu überbringen.

### **e) Bar-, Kredit-, Pränumerandokauf**

Grundsätzlich hat gemäss OR 184 II die Übergabe der Kaufsache Zug um Zug mit der Zahlung des Kaufpreises zu erfolgen (Barkauf). Beim Kreditkauf liefert der Verkäufer vor Zahlung des Kaufpreises. Beim Pränumerandokauf zahlt der Käufer vor der Lieferung.

### **f) Weitere Arten**

- Kauf nach Muster - OR 222:  
Der Verkäufer sichert die im Muster verkörperten Eigenschaften eines Produktes zu. Weicht die Ware vom Muster ab, kommen die Sachgewährleistungsansprüche von OR 197 ff. zur Anwendung.
- Kauf auf Probe - OR 223 ff.:  
Beim Kauf auf Probe handelt es sich um einen vermutungsweise suspensiv bedingten Kauf. Die Bedingung liegt in der Genehmigung der Kaufsache. Der Kaufvertrag wird also erst verbindlich, wenn ihn der Käufer ausdrücklich, konkludent oder durch Schweigen genehmigt. Befindet sich die Sache beim Verkäufer, muss der Käufer innert vereinbarter oder üblicher Frist den Vertrag genehmigen. Besitzt er die Sache selbst schon, gilt der Vertrag nach OR 225 als genehmigt, wenn er nicht innert Frist die Nichtannahme erklärt und die Sache zurückgibt. Das Schweigen gilt damit als Genehmigung.

## **5.) Abgrenzungen**

### **a) Zum Tauschvertrag - OR 237 f.**

Im Tausch werden gleichwertige Tauschgegenstände ausgetauscht. Die Gegenleistung besteht damit nicht in Geld, sondern in einem anderen Gegenstand. Die Vorschriften des Kaufrechts finden analog auf den Tausch Anwendung. Bei einer Schlechterfüllung bestehen die kaufrechtlichen Rechts- und Sachgewährleistungsnormen (OR 192 ff. bzw. 197 ff.). Ist die Sache mangelhaft, hat die geschädigte Partei gemäss OR 238 Anspruch auf Wandelung, Minderung oder Ersatzlieferung.

Der Tausch ist vor allem bei markanter Geldentwertung (Hyperinflation) von grossem Interesse.

Werden zwei Kaufverträge mit einer Verrechnungsabrede abgeschlossen, handelt es sich um einen Tausch, wenn die Verträge synallagmatisch verbunden sind und ein allfälliges Aufgeld nur sehr geringfügig ist.

**b) Zur Schenkung - OR 239 ff.**

Die Schenkung ist unentgeltlich, da der Beschenkte keine Gegenleistung erbringt. Deshalb stellt die Schenkung einen einseitig verpflichtenden Vertrag dar. Der Beschenkte muss die Schenkung aber annehmen. Gemischte Schenkungen sind heikel, da aus persönlichen Gründen der Schenkungsgegenstand zurückgefordert werden kann.

**c) Zu den Gebrauchsüberlassungsverträgen**

Miete (OR 253 ff.), Pacht (OR 275 ff.), Leihe (OR 305 ff.) und Darlehen (OR 312 ff.) überlassen eine Sache zur Nutzung oder zum Gebrauch auf Zeit gegen Entgelt. Dem Nutzer der Sache wird aber kein Vollrecht an der übertragenen Sache verschaffen.

**d) Zum Werkvertrag - OR 363 ff.**

Beim Werkvertrag liefert der Unternehmer ein bestimmtes Werk gegen eine Vergütung. Während der Kaufvertrag auf die endgültige Eigentumsverschaffung gerichtet ist, ist der Werkvertrag auf die Herstellung eines Werks gerichtet. Die Abgrenzung ist massgebend für die Gefahrentragung und die Gewährleistung. Schwierig ist diese Abgrenzung, wenn die verkaufte Sache erst noch herzustellen ist. Es handelt sich um einen Kaufvertrag, wenn das noch herzustellende Produkt ein Massen- bzw. Serienprodukt ist. Hingegen liegt ein Werkvertrag vor, wenn die individuellen Anforderungen und Bedürfnisse des Bestellers im Vordergrund stehen.

**6.) (Örtlicher) Anwendungsbereich**

Das Kaufrecht von OR 184 ff. kommt bei rein schweizerischen Sachverhalten zur Anwendung, bei sog. Binnensachverhalten. Besteht jedoch ein internationaler Bezug regeln das IPRG, welches Recht anwendbar ist. Dabei kommt Schweizer Recht zur Anwendung, wenn der Verkäufer seinen Sitz oder seine Niederlassung in der Schweiz hat.

**B) Abschluss, Form und Inhalt des Vertrags**

**1.) Abschluss**

Für den Abschluss eines Kaufvertrages gelten die allgemeinen Vertragsabschlussregeln des OR.

Einzig beim Steigerungsgkauf (OR 229 ff.) bestehen kaufrechtliche Besonderheiten. Freiwillige öffentliche Versteigerungen werden öffentlich angekündigt und bei ihnen besteht ein freies Bietrecht. Der Ausruf stellt eine invitatio ad offerendum dar. Die einzelnen Gebote stellen Offerten nach OR 3 ff. dar, wobei die Annahme durch Zuschlag an den Höchstbietenden erfolgt. Bei einer Internetauktion bildet die Freischaltung des Objekts sowohl die Offerte des Anbieters wie auch dessen antizipierte Annahme an den höchsten Bieter.

Selten ist der Versteigerer selbst auch Veräusserer. Meist handelt der Versteigerer als direkter oder indirekter Stellvertreter. Bei direkter Stellvertretung kommt der Vertrag mit Zuschlag zustande, bei indirekter Stellvertretung kommt der Kaufvertrag zunächst zwischen Versteigerer und Erwerber zustande.

## 2.) Form und Inhalt des Vertrags

### a) Form

Grundsätzlich sind Kaufverträge formfrei gültig (OR 11), es sei denn, die Parteien vereinbaren eine Form (OR 16). Von Gesetzes wegen kann jedoch auch eine Formbedürftigkeit bestehen, deren Umfang für die essentialia negotii besteht.

– Einfache Schriftlichkeit

- Fusions- und Vermögensübertragungsvertrag (FusG 12 II bzw. 70 II)
- Vorverkaufsverträge an Grundstücke mit unbestimmtem Kaufpreis (OR 216 III)

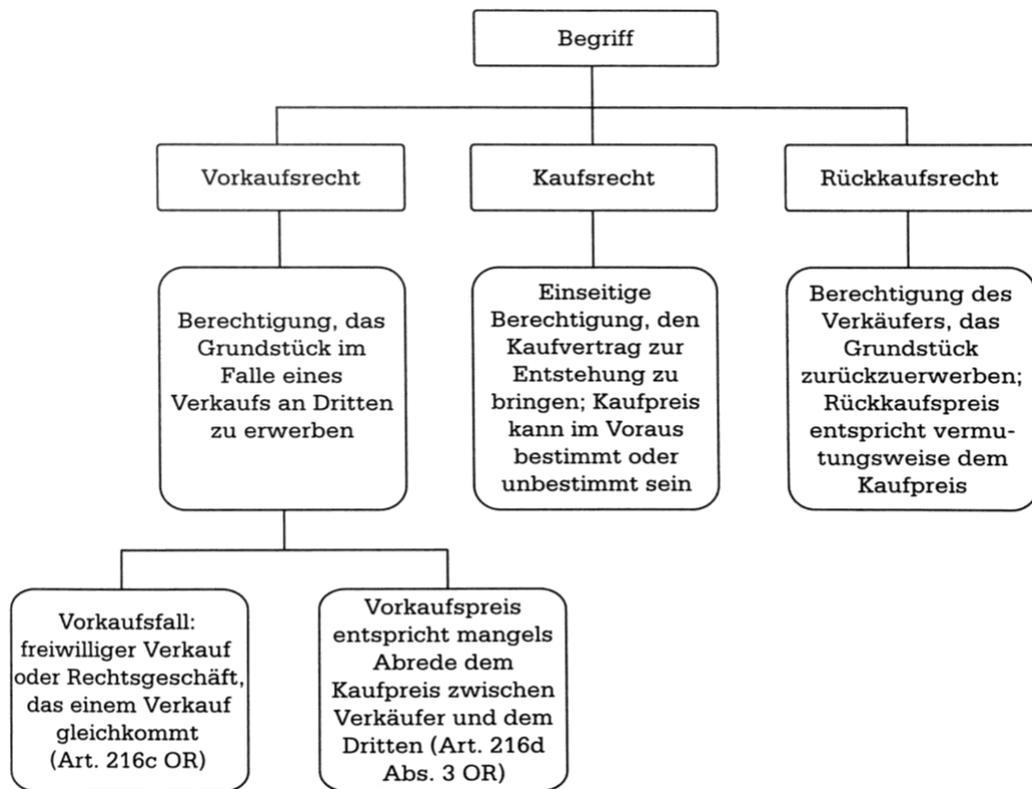
– Öffentliche Beurkundung

- Grundstückkaufvertrag (OR 216 I)
- Verträge, welches limitiertes Vorkaufsrecht, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen (OR 216 II)

Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Die Organisation des Beurkundungswesens und das Beurkundungsverfahren sind kantonale geregelt, die Wirkung der Beurkundung hingegen nach Bundesrecht: Die Beurkundung erbringt vollen Beweis (ZGB 9). Es müssen alle objektiv wesentlichen Punkte richtig, wahrheitsgemäss und vollständig beurkundet werden. Das Grundstück ist genau zu beschreiben. Bezüglich des Kaufpreises sind nicht nur Höhe sondern auch Modalitäten der Zahlung zu beurkunden. Zusätzlich sind auch subjektiv wesentliche Punkte zu beurkunden, also alles, was conditio sine qua non für den Vertrag ist. Ist der Kauf eines Grundstücks mit Fahrnis verbunden und ein Globalpreis vereinbart, müssen auch die Fahrnisgegenstände in der öffentlichen Beurkundung aufgeführt werden.

Die Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte stellen Gestaltungsrechte dar. Sie sind nicht abtretbar, jedoch aber vererbbar. Sie werden für 10 bzw. 25 Jahre im Grundbuch vorgemerkt. Sie können nur bedingungslos und unwiderruflich ausgeübt werden.

Auch Vorverträge bedürfen nach OR 216 II grundsätzlich der öffentlichen Beurkundung. Wurde eine Konventionalstrafe vereinbart, unterliegt auch diese dem Formzwang, sofern sie Leistungspflichten bekräftigt, deren Eingehung und Einhaltung der Formvorschriften erfordert. Formlos gültig sind hingegen Konventionalstrafen, die bloss dazu dienen, das negative Interesse abzugelten.



Grundsätzlich ist ein formungültiger Vertrag nichtig (OR 11 II). Die Nichtigkeitsfolge wird jedoch durch das Rechtsmissbrauchsverbot (ZGB 2 II) eingeschränkt. So ist die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich, wenn beide Parteien den Vertrag freiwillig und irrtumsfrei sowie in Kenntnis des Formmangels und seiner Folgen erfüllt haben.

## b) Inhalt

Es gilt der Grundsatz der Inhaltsfreiheit (OR 19 I). Dieser ist jedoch durch OR 19 und 20 I (Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit, Unmöglichkeit) beschränkt. Verstösst ein Vertrag gegen diese Inhaltsschranken, hat dies verschiedene Folgen:

- Umfasst er Unwirksamkeitsgrund alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte, ist der gesamte Vertrag nichtig. Der Vertrag wird ex tunc aufgehoben, ein Dauerschuldverhältnis jedoch ex nunc. Ist nur das Mass der Bindung widerrechtlich, kann der Gebundene über den Bestand oder Nichtigkeit des Vertrags entscheiden.
- Liegt ein teilbarer Vertrag vor, wird blosse Teilnichtigkeit angenommen (OR 20 II). Eine allfällige salvatorische Klausel geht dabei vor.
- Bei Überschreitung der Grenzen kann der Vertrag im Sinne der geltungserhaltenden Reduktion auch auf das erlaubte Mass herabgesetzt werden. Dies kann im Gesetz vorgesehen sein.

Hatte eine Vertragspartei Kenntnis vom Unwirksamkeitsgrund, ist sie nach den Regeln der culpa in contrahendo schadensersatzpflichtig.

## c) Übergang von Nutzen und Gefahr

### 1.) Allgemeine Grundsätze

Die Gefahrtragung regelt die Auswirkungen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Verkäufer auf die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung. Die allgemeine Regel von OR 119 bestimmt, dass die Lieferpflicht des Verkäufers entfällt, wenn die Sache unverschuldet untergegangen ist. Der Verkäufer verliert dabei den Anspruch auf

Gegenleistung, trägt somit die Preisgefahr (OR 119 II). Dies gilt nur, solange nicht durch Vertrag oder Gesetz etwas anderes bestimmt ist (OR 119 III).

Man unterscheidet zwischen der Preisgefahr, der Sachleistungsgefahr und Sachgefahr.

## 2.) Regelung von Art. 185 OR

OR 185 regelt lediglich die Preisgefahr. Mit der Preisgefahr geht stillschweigend auch die Sachleistungsgefahr über. Die Sachgefahr trägt jedoch der Eigentümer.

Gemäss OR 185 I geht die Gefahr beim Spezieszkauf nach der Regel "periculum est emptoris" mit Vertragsabschluss auf den Käufer über, bei Gattungsware muss die Ware zudem ausgeschieden und allenfalls zur Versendung aufgegeben werden. Bei suspensiv bedingten Kaufverträgen geht die Gefahr mit Eintritt der Bedingung auf den Käufer über. Dies hat zur Folge, dass der Käufer zahlen muss, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Der Verkäufer muss aber eine erhaltene Versicherungssumme als stellvertretendes Compondum an den Käufer herausgeben.

Die Regeln gelten jedoch nur sofern nicht eine Ausnahme begründet ist.

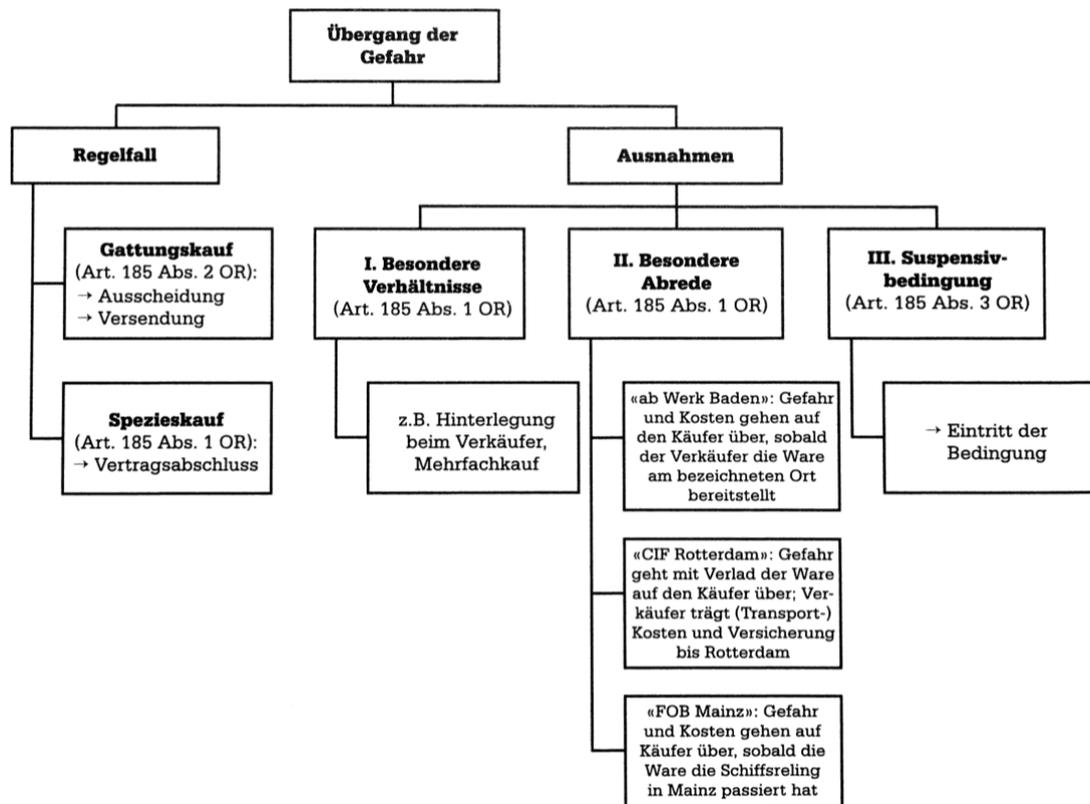
– Besondere Verhältnisse liegen vor:

- Mehrfachverkauf
- Verkäufer hat Recht, den Kaufgegenstand zu bestimmen
- Kaufgegenstand bleibt nach Vertragsschluss unter der Sachherrschaft des Verkäufers
- Kaufgegenstand muss noch hergestellt werden

– Besondere Verabredungen sind anzunehmen:

- Vereinbarung eines Erfüllungsortes
- Bezugnahme auf Incoterms. Diese International Commercial Terms wurden ursprünglich für den internationalen Schiffsgüterverkehr geschaffen. Einige der insgesamt 11 Klauseln können jedoch für alle Transportarten verwendet werden.
  - EXW (Ex Works): Ab Werk bedeutet, dass der Verkäufer die Ware an einem bestimmten Ort zur Verfügung stellt. Die Gefahr geht in diesem Zeitpunkt auf den Käufer über.
  - FOB (Free on Board): Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn sich die Ware an Bord im Verschiffungshafen befindet. Der Käufer trägt ab diesem Zeitpunkt die Gefahr.
  - CIF (Cost, Insurance and Freight): Der Verkäufer übernimmt die Kosten des Transport und die Versicherung der Ware bis zum Bestimmungshafen. Sobald die Ware in das Schiff im Verschiffungshafen geladen wird, trägt aber der Käufer die Gefahr des Untergangs der Ware.
- Beim Grundstückkauf geht die Gefahr zum vereinbarten Übernahmzeitpunkt über (OR 220)

### 3.) Schematische Übersicht



## D) Pflichten des Verkäufers

### 1.) Lieferung des Kaufgegenstands

Eine Übergabe des Kaufgegenstands im Sinne von OR 184 I ist nur bei Sachen möglich. Dem Käufer wird die Verfügungsgewalt über den Gegenstand verschaffen.

#### a) Bewegliche Sachen

Die Lieferpflicht wird durch Übergabe des Besitzes an der Sache erfüllt. Dies geschieht nach ZGB 922 I durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Käufer die Gewalt über die Sache verschaffen (Bsp.: Schlüssel).

Die Sache kann auch ohne Übergabe durch ein Traditionssurrogat verschaffen werden:

- Besitzeskonstitut - ZGB 924 I  
Der Verkäufer bleibt aufgrund eines Rechtsverhältnisses (bspw. Hinterlegungsvertrag) im unmittelbaren, unselbstständigen Besitz der Sache.
- Besitzwandlung  
Bei der Besitzwandlung hat der Käufer die Sache bereits in seinem Besitz. Es genügt eine einfache Erklärung, um ihn zum selbstständigen Besitzer zu machen.
- Besitzanweisung - ZGB 924 I  
Ein Dritter ist im Besitz des Kaufgegenstands. Der Verkäufer erfüllt seine Lieferpflicht mit Vereinbarung mit dem Käufer, dass dieser nun über die Sache verfügen kann. Eine Benachrichtigung des Dritten ist nicht zwingend notwendig.
- Besitzvertrag - ZGB 922 II  
Bei der offenen Besitzlage bemächtigt der Verkäufer den Käufer dazu, die Gewalt über die Sache auszuüben.
- Übergabe der Wertpapiere - ZGB 925 I  
Anstelle der Sache können auch die Wertpapiere übergeben werden.

## **b) Unbewegliche Sachen**

Die Übergabe an den Käufer erfolgt durch die Übergabe der Mittel, die dem Käufer die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache ermöglichen.

*Bsp.: Übergabe der Hausschlüssel*

## **2.) Verschaffung des (unbelasteten) Eigentums am Kaufgegenstand**

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das unbelastete Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen. Diese Pflicht erfüllt er durch das Verfügungsgeschäft. Verletzt der Verkäufer diese Pflicht, entstehen dem Käufer Ansprüche aus Rechtsgewährleistung (OR 192 ff). Die Parteien können von diesen Grundsätzen abweichen.

### **a) Bewegliche Sache**

Die Eigentumsverschaffung an beweglichen Sachen erfolgt durch Übertragung des Besitzes bzw. durch Traditionssurrogat. Zusätzlich ist der übereinstimmende Wille der Parteien erforderlich.

### **b) Grundstücke**

Das Eigentum an Grundstücken wird mit der Eintragung des Käufers im Grundbuch übertragen (ZGB 656 I/958 ff.). Die Grundbucheintragung erfolgt aufgrund eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrags oder einer Steigerungsprotokolls sowie der Eintragungsermächtigung des Verkäufers.

### **c) Immaterialgüterrechte**

Die Erfindung, das Kennzeichen, das Design, das Geheimnis sowie das Werk im urheberrechtlichen Sinn können formfrei durch übereinstimmende Willenserklärung übertragen werden. Einfache Schriftlichkeit benötigt es für die Übertragung des Patents (PatG 33 II), der eingetragenen Marke (MSchG 17 II) oder des eingetragenen Designs (DesG 14 II). Erst mit Eintragung des Übergangs im jeweiligen Register ist der Übergang auch gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam. Wird ein Unternehmen verkauft, gehen auch seine Marken auf den Käufer über (MSchG 17 IV).

### **d) Forderungen und sonstige (relative) Rechte**

Eine Forderung wird durch Zession übertragen, welche die schriftliche Form benötigt (OR 165 I). Sonstige Rechtsgüter werden mit der Verschaffung der tatsächlichen Vorteile übertragen.

### **e) Sach- und Rechtsgesamtheiten**

Bei Sach- und Rechtsgesamtheiten müssen alle Sachen einzeln übertragen werden. Es gilt das Prinzip der Singularsukzession.

*Bsp.: Bei Übergabe einer Bibliothek muss jedes einzelne Buch separat übergeben werden. Oder die Mittel zur Bibliothek (Schlüssel) müssen übergeben werden.*

Bei Forderungen ist hingegen eine Globalzession denkbar.

Beim Unternehmenskauf wird diese Regelung unpraktisch und teuer. Es kann deshalb ein Vermögenübertragungsvertrag nach FusG 69 ff. abgewickelt werden (OR 181 IV). In einem Inventar werden alle Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens bezeichnet. Wird die Vermögensübertragung ins Handelsregister eingetragen, gehen alle im Inventar aufgeführten Posten von Gesetz wegen auf den Erwerber über (FusG 73 II).

### **f) Wertpapiere**

Bei Wertpapieren muss in jedem Fall der Besitz an der Urkunde übertragen werden (OR 967 I). Ansonsten unterscheiden sich die Voraussetzungen nach Art:

- Ordrepapiere: Sie sind zusätzlich zu indossieren (OR 967 II). Ein Indossement ist eine auf die Urkunde gesetzte Abtretungserklärung.
- Namenspapiere (OR 974 ff.): Neben der Übergabe der Urkunde braucht es eine schriftliche Abtretungserklärung gemäss OR 165 I.
- Wertrechte: Sie werden gemäss OR 973c IV durch eine schriftliche Abtretungserklärung übertragen.
- Inhaberpapiere: Hier reicht die blosser Übertragung des Papiers (OR 978 ff.).

### 3.) Lieferung zur richtigen Zeit

Grundsätzlich kann der Käufer die Ware sofort nach Kaufvertragsabschluss fordern (OR 75). Gemäss OR 184 II haben die Leistungen jedoch Zug um Zug zu erfolgen, weshalb auch die Zahlung des Kaufpreises sofort zu erfolgen hat.

### 4.) Lieferort

#### a) Gesetzliche Regelung

Stückschulden (Spezieskauf) sind dort zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befinden (OR 74 II 2).

Gattungsschulden (Gattungskauf) sind an dem Ort zu erfüllen, an dem der Verkäufer bei Vertragsschluss seinen Wohnsitz hatte (OR 74 II 3). Der Verkäufer erfüllt seine Lieferungsspflicht durch Bereitstellen der Ware. Es handelt sich damit um eine Holschuld.

#### b) Vertragliche Regelung

Die Parteien können den Liefer- bzw. Erfüllungsort beliebig vertraglich regeln. Dies beeinflusst die Gefahrtragung unmittelbar.

##### – Fernkauf

Der Verkäufer hat die Sache an den Sitz des Käufers zu liefern, nicht bloss zur versenden. Es handelt sich damit um eine Bringschuld.

##### – Distanzkauf / Versendungskauf

Beim Versendungsverkauf muss der Verkäufer die Ware versenden. Es handelt sich damit um eine Schickschuld oder um eine modifizierte Holschuld.

### 5.) Nebenpflichten

Nach OR 188 trägt der Verkäufer die Kosten der Übergabe (*Bsp.: Verpacken, Messen, Wägen und Aussonderung der Ware*). Bei Frankolieferung trägt er vermutungsweise auch die Transportkosten (OR 189 II und III). Beim Distanzkauf hat er die Ware zu versenden. Zudem muss der Verkäufer alles unternehmen, um die vertragsgemässe Erfüllung des Kaufvertrags sicherzustellen. Daher treffen ihn auch Aufbewahrungs-, Mitteilungs- und Aufklärungspflichten.

Vertraglich können beliebige weitere Pflichten vereinbart werden. (*Bsp.: Montage-, Unterhalts-, Finanzierungs- oder Versicherungspflichten*)

## E) Pflichten des Käufers

### 1.) Zahlung des Kaufpreises

#### a) Inhalt

Der Käufer ist gemäss OR 211 I verpflichtet, den Kaufpreis in Geld zu bezahlen. Häufig wird aber ein Teil des Kaufpreises mit einem Sachwert getilgt. Dabei ist zwischen drei Konstellationen zu unterscheiden:

##### – Erfüllungssurrogat

Bei der Leistung an Erfüllung statt wird die Bezahlung des Kaufpreises durch die Hingabe einer Sache ersetzt. Es handelt sich um einen Tauschvertrag, da keine Geldzahlung erfolgt.

Bei der Hingabe der Sache erfüllungshalber rechnet der Verkäufer den Erlös aus der Verwertung der Sache an den Kaufpreis an. Es handelt sich dabei um einen Kaufvertrag mit speziellen Tilgungsmodalitäten für den Kaufpreis.

- Kaufvertrag mit Verrechnungsabrede  
Es werden zwei separate Kaufverträge mit Verrechnungsabrede konzipiert. Ansonsten liegen voneinander unabhängige Leistungen vor.
- Innominatvertrag  
Man kann auch einen Innominatkontrakt annehmen, welcher sowohl kauf- wie auch tauschvertragliche Elemente enthält. Dabei sind die beiden Leistungsverhältnisse untrennbar miteinander verknüpft.

#### **b) Zeit**

Grundsätzlich wird der Kaufpreis Zug um Zug gegen die Übergabe des Kaufgegenstandes fällig (OR 184 II). Bei Steigerungskäufen hat der Käufer gemäss OR 233 I sofort direkt an der Versteigerung selbst zu bezahlen.

#### **c) Ort**

Geldschulden sind Bringschulden (OR 74 II 1). Erfüllungsort ist damit der Sitz oder Wohnsitz des Verkäufers.

### **2.) Annahme des Kaufgegenstands als Obliegenheit**

Nach OR 211 I hat der Käufer die Pflicht, die gekaufte und vertragsgemäss angebotene Sache anzunehmen. Das stellt jedoch keine einklagbare Pflicht dar, sondern vielmehr eine Obliegenheit. Kommt der Käufer dieser Obliegenheit nicht nach, entstehen im Rechtsnachteil, indem er ihn Gläubigerverzug (OR 91 ff.) gerät.

Eine echte Pflicht zur Annahme des Kaufgegenstandes kann angenommen werden, wenn der Verkäufer ein erkennbares Interesse an der Annahme hat.

*Bsp.: Verkauf eines Warenlagers wegen Geschäftsaufgabe*

### **3.) Nebenpflichten**

Gemäss OR 188 hat der Käufer die Nebenpflicht, die Kosten der Beurkundung und der Abnahme zu bezahlen. Beim Distanzkauf hat er die Transportkosten zu tragen (OR 189 I). Beim Kauf auf Abruf muss er die Ware abrufen und beim Spezifikationskauf die Pflicht, die Beschaffenheit der Ware zu bestimmen (OR 72).

Vertraglich können weitere Pflichten vereinbart werden. Grundsätzlich hat der Käufer alles zu unternehmen, um die vertragskonforme Durchführung des Kaufs zu sichern.

Dazu gehören auch Obhuts- und Schutzpflichten.

# Veräusserungsverträge II: Leistungsstörungenrecht beim Kaufvertrag

## A) Vertragsverletzung

### 1.) Überblick

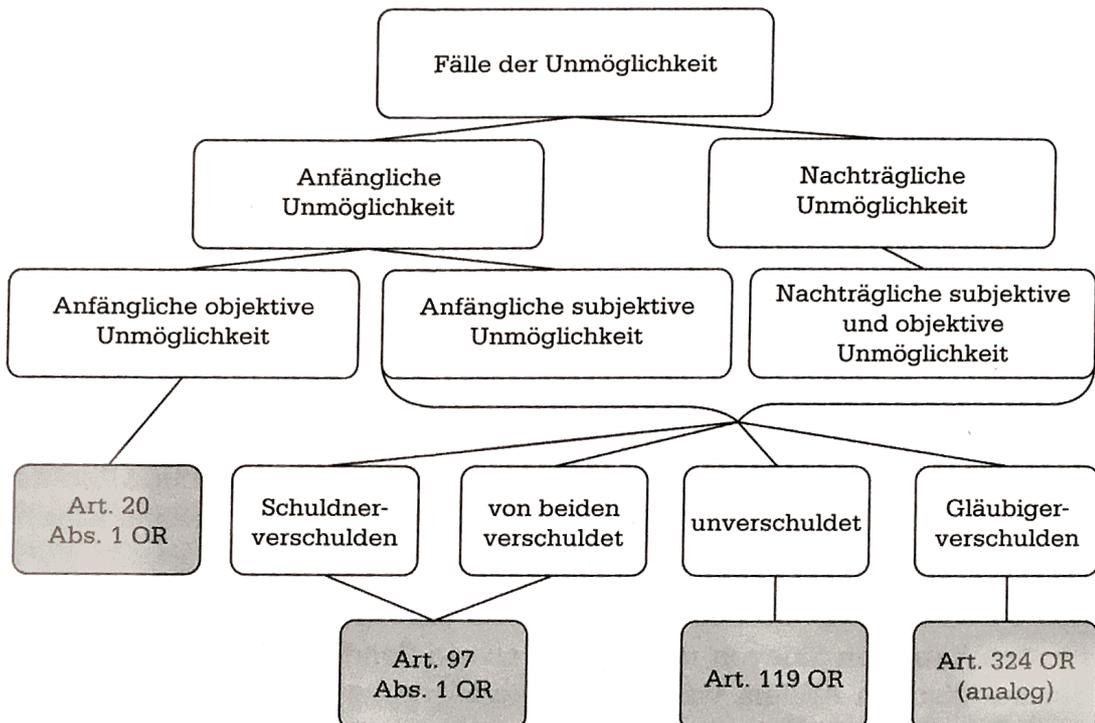
Ein Vertrag kann gar nicht, schlecht oder verspätet erfüllt werden. Dies liegt meist daran, dass eine Vertragspartei ihre Pflichten verletzt.

Nichterfüllung	Späterfüllung	Schlechterfüllung
• Vertrag wird gar nicht erfüllt	• Vertrag wird verspätet erfüllt	• Vertrag wird qualitativ fehlerhaft erfüllt

In OR 97 ff. finden sich die allgemeinen Bestimmungen einer solchen Nicht-, Schlecht- oder Späterfüllung. Das Kaufvertragsrecht enthält jedoch ebenfalls Normen, die bestimmte Fälle einer Vertragsverletzung separat regeln (namentlich die Rechts- und Sachgewährleistung). Die entsprechenden Regelungen können dabei von den allgemeinen Normen des OR AT abweichen, was zu Koordinationsproblemen führt. Diese Zweiteilung hat historische Gründe. Im römischen Recht bestand für den Kauf von Sklaven und Zugtieren ein Sonderrecht. Der Käufer konnte die Rechtsbehelfe der Wandelungsklage und der Minderungsklage verschuldenunabhängig ausüben.

### 2.) Nichtleistung

Leistet einer der beiden Parteien gar nicht, gelten die Grundsätze zur Ummöglichkeit des OR AT. Das Kaufrecht enthält keine Besonderheiten, mit Ausnahme der Gefahrtragungsregel nach OR 185. Der Fall der Nichtleistung trifft praktisch nur auf den Verkäufer zu, da die Pflicht des Käufers bloss in der Kaufpreiszahlung besteht. Da man Geld zu haben hat, kann die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung nicht unmöglich werden.



- Verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit – OR 97 I  
Hat der Verkäufer die Unmöglichkeit verschuldet, entfällt zwar seine Pflicht zur Leistung, dem Käufer wird jedoch ein Schadensersatzanspruch zugesprochen.
- Unverschuldete nachträgliche Unmöglichkeit – OR 119  
Entstand die Unmöglichkeit unverschuldet, gilt die Forderung des Käufers auf Lieferung der Kaufsache als erloschen (OR 119 I). Gleichzeitig geht die Forderung des Verkäufers auf den Kaufpreis unter (OR 119 II), soweit der Käufer die Preisgefahr nicht tragen muss (OR 119 III i.V.m. OR 185).
- Gefahrübergang  
Die Gefahr geht mit Abschluss des Kaufvertrages (OR 185 I), bei Ausscheidung bzw. Versendung der Ware (OR 185 II) oder bei Eintritt der vereinbarten Bedingung (OR 185 III) auf den Käufer über. Ausnahmsweise können jedoch besondere Verhältnisse oder gegenteilige vertragliche Vereinbarungen (Incoterms) vorliegen, die den Gefahrenübergang verzögern (OR 185 I).

### 3.) Schlechtleistung

Wird der Vertrag qualitativ oder quantitativ fehlerhaft erfüllt, haftet die schlecht erfüllende Partei gemäss OR 97 I auf Schadensersatz. Hier sind jedoch die Sonderregeln des Kaufvertragsrechts zur Rechts- und Sachgewährleistung zu beachten. Vorallem die Untersuchung der Ware und eine Mängelrüge werden im Kaufvertragsrecht vorgesehen. Der Käufer kann sich neben den Sachgewährleistungsansprüchen von OR 197 ff. alternativ auf die Bestimmungen von OR 97 ff. berufen. Dies bringt dem Käufer jedoch keinen Vorteil, da der Käufer die kaufrechtlichen Modalitäten (Untersuchung und Rüge) auch einhalten muss, wenn er sich auf OR 97 ff. stützt. Zudem gilt für beide Anspruchsgrundlagen die kurze Zweijahresfrist von OR 210.

### 4.) Spätleistung

#### a) Im bürgerlichen Verkehr

Liefert eine der Parteien zu spät, liegt ein Schuldnerverzug nach OR 102 ff. vor. Der Käufer zahlt seine Rechnung nicht bei Fälligkeit oder der Verkäufer liefert nicht rechtzeitig. Der Gläubiger kann zwischen den Ansprüchen der Erfüllung, dem Schadensersatz und dem Rücktritt auswählen. Vorausgesetzt ist, dass

- die Leistung bei Fälligkeit nicht erbracht wurde,
- die Leistungserbringung noch möglich ist,
- der Schuldner gemahnt wurde,
- sowie ihm eine Nachfrist gesetzt wurde.

#### b) Im kaufmännischen Verkehr

Die allgemeinen Regeln werden im Kaufrecht modifiziert (OR 190 f., 214 f.). Die Parteien eines Kaufvertrags sind vermutungsweise daran interessiert, die Waren schnell umzuschlagen. Der Gesetzgeber vermutet deshalb, dass der Käufer bei nicht rechtzeitiger Lieferung der Ware die Ware andersweitig beschafft und daher vom Vertrag zurücktreten möchte.

##### - Verzug des Verkäufers – OR 190 f.

Der Verkäufer befindet sich mit Ablauf des vereinbarten Termins im Verzug, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- Kaufmännischer Verkehr: Darunter wird ein Kauf zum Wieder- und Weiterverkauf verstanden. Es darf damit nicht zum Eigengebrauch gekauft worden sein. Die Parteien müssen hingegen nicht Kaufleute sein.
- Bestimmter Lieferungsstermin: Dabei reicht ein einfaches Verfalltagsgeschäft noch nicht aus. Vielmehr benötigt es ein relatives Fixgeschäft. Es ist aus dem Vertrag hervorzugehen, dass der Käufer eine nachträgliche Lieferung nicht annehmen muss, aber darf.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, entfällt die Pflicht des Käufers, dem Verkäufer eine Nachfrist für die Lieferung zu setzen. Er profitiert ohne Nachfristsetzung von den Wahlrechten aus OR 107 II. OR 190 I vermutet weiter, dass der Käufer auf die Lieferung verzichtet und stattdessen Schadensersatz beanspruchen möchte. Möchte der Käufer auf die Lieferung beharren, muss er dies unverzüglich anzeigen (OR 190 II). Damit gilt die gegenteilige Vermutung wie im bürgerlichen Verkehr (OR 107 II).

Der Schadensersatzanspruch des Käufers besteht verschuldensunabhängig. Der Anspruch entfällt jedoch, wenn sich der Verkäufer exkulpieren kann (OR 97 I analog angewendet). Dies dürfte dem Verkäufer im kaufmännischen Verkehr jedoch nur selten gelingen, da er das Beschaffungsrisiko trägt. Der Schadensersatzanspruch umfasst das positive Interesse. Der Käufer ist so zu stellen, als ob der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Die Lehre eröffnet dem Käufer auch die Möglichkeit vom Vertrag zurückzutreten und nur das negative Interesse zu verlangen.

Die Berechnung des Schadensersatz erfolgt nach der konkreten (OR 191 II) oder nach der abstrakten (OR 191 III) Schadensberechnungsmethode. Es wird darauf abgestellt, ob die Ware einen Markt- oder Börsenpreis besitzt.

- Konkrete Schadensberechnung: Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preis, zu dem Ersatzware angeschafft wurde.
- Abstrakte Schadensberechnung: Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Markt- oder Börsenpreis zur Erfüllungszeit.

Die Berechnungsmethoden von OR 191 werden analog auch im bürgerlichen Verkehr angewandt. Zudem gilt OR 191 nicht nur für den Verzug, sondern auch für den Schaden bei Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit.

#### - Verzug des Käufers

Befindet sich der Käufer mit seiner Kaufpreiszahlung in Verzug, gelten grundsätzlich die Regeln von OR 102 ff. Es besteht kein Unterschied zwischen dem bürgerlichen und kaufmännischen Verkehr. Der Verkäufer kann grundsätzlich erst nach fruchtlos verstrichener Nachfrist und nach Erklärung des Leistungsverzichts vom Vertrag zurücktreten (OR 107 II).

OR 214 gewährt dem Verkäufer das Recht, ohne Nachfristansetzung vom Vertrag zurückzutreten und damit auf den Kaufpreis zu verzichten. Dabei ist OR 214 nicht auf den kaufmännischen Verkehr beschränkt. Vorausgesetzt ist, dass es sich um einen Bar- bzw. Pränumerandokauf handelt. Der Käufer muss den Kaufpreis also bar oder im Voraus bezahlt haben.

Der Verkäufer kann den Vertrag jedoch auch aufrechterhalten, wenn er dies möchte. Setzt er eine Nachfrist, kann er frei auf die Wahlrechte von OR 107 II zurückgreifen.

Nach OR 214 II muss der Verkäufer jedoch unverzüglich mitteilen, dass er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen möchte. Bei verspäteter Anzeige ist das Rücktrittsrecht aus OR 214 I verwirkt.

Beim Kreditverkauf besteht das Rücktrittsrecht nur beim expliziten Vorbehalt im Kaufvertrag (OR 214 III). Der Vertrag ist dadurch resolutiv bedingt. Gemäss SchKG ist bei Konkurs des Käufers ein Rücktrittsrecht jedoch unwirksam.

Macht der Verkäufer von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, steht ihm ein vertraglicher Herausgabeanspruch zu. Der Käufer muss ihm für den Gebrauch der Sache eine Entschädigung leisten. Der Kaufpreis ist hingegen nach OR 213 II zu verzinsen. Liegt kein gültiger Rücktrittsvorbehalt vor, hat der Verkäufer nur Anspruch auf Schadensersatz. Dies ist weniger günstig, da der Verkäufer so das Insolvenzrisiko des Käufers trägt.

OR 215 regelt die Schadensersatzpflicht im kaufmännischen Verkehr. Dabei entspricht die Regelung mutatis mutandis OR 191.

## 5.) Passivlegitimation

Die Ansprüche des Käufers richten sich gegen den Verkäufer. Die Passivlegitimation des Verkäufers ist kritisch, wenn er eine juristische Person darstellt und die Ware bei einer Filiale bzw. Zweigniederlassung gekauft wurde. Eine Filiale ist eine wirtschaftlich selbstständige, rechtlich aber unselbstständige Einheit. Sie ist Teil einer Hauptunternehmung. Ansprüche aus dem Betrieb einer Zweigniederlassung begründen am Ort der Zweigniederlassung einen Gerichtsstand (ZPO 12). Passivlegitimiert ist jedoch die Hauptunternehmung. Der Kunde kann seine Mängelrechte daher in irgendeiner Filiale geltend machen, da alle Filialen Teil der Hauptunternehmung sind. Wurde vertraglich ein Nachbesserungsrecht gewährt, ohne dass die Modalitäten geregelt wurden, ist in Analogie zum CISG anzunehmen, dass der Verkäufer Kosten und Gefahr der Nachbesserung trägt.

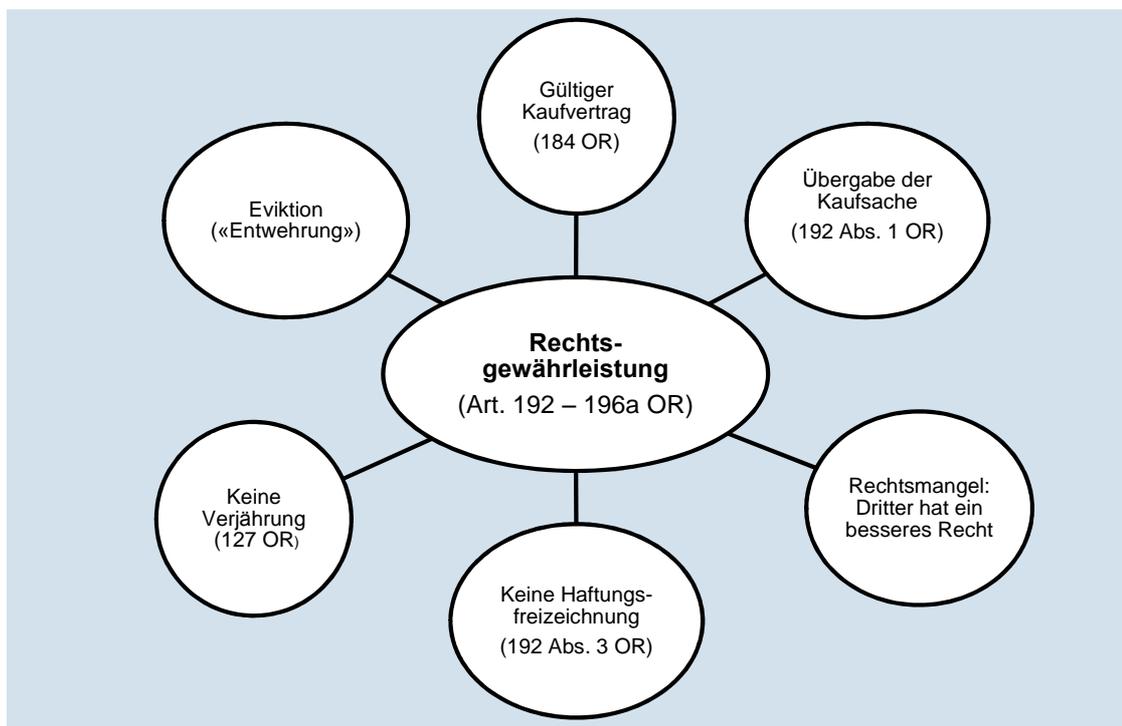
## B) Rechtsgewährleistung

### 1.) Begriff

OR 192-196a regeln die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers im Fall, in welchem ein besser berechtigter Dritter die Herausgabe des Kaufgegenstandes fordert. Der Verkäufer hat damit seine Eigentumsverschaffungspflicht verletzt.

OR 192 ff. gelten für den Fahrnis-, den Grundstücks- sowie den Forderungskauf. Bezüglich des Forderungskaufs ist jedoch OR 171 zu beachten. Danach haftet der Verkäufer für den Bestand (Verität) der Forderung, nicht aber für die Bonität des Schuldens, sofern er sich nicht dazu verpflichtet hat (OR 171 II).

### 2.) Voraussetzungen



#### a) Gültiger Kaufvertrag, Übergabe der Kaufsache, kein Haftungsausschluss

Als erste Voraussetzung muss ein gültiger Kaufvertrag vorliegen (OR 184 i.V.m. 1). Zudem muss die Kaufsache dem Käufer übergeben werden. Wurde die Kaufsache noch nicht übergeben, kommen die allgemeinen Bestimmungen über den Verzug bzw. die Nichterfüllung zur Anwendung (OR 102 ff, 97 I).

Die Pflicht zur Rechtsgewährleistung kann jedoch vertraglich beschränkt oder aufgehoben werden (OR 192 III). Die Haftungsfreizeichnung ist ungültig, wenn der Verkäufer das bessere Recht eines Dritten absichtlich verschwiegen hat.

#### **b) Rechtsmangel und keine Kenntnis desselben**

Der Rechtsmangel besteht darin, dass der Käufer nicht Eigentümer der Sache wird. Der Kaufgegenstand ist damit bereits bei Vertragsschluss mit einem Recht eines Dritten belastet. Wird die Kaufsache erst nach Vertragsschluss durch den Verkäufer belastet, haftet dieser dem Käufer nach den Bestimmungen der Nicht- bzw. Schlechterfüllung (OR 97 I).

Der Käufer darf zudem den Vertrag nicht in Kenntnis der Gefahr der Entwehrung eingegangen sein. Die Bestimmungen der Rechtsgewährleistung kommen auch dann zur Anwendung, wenn der Käufer bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt die Entwehrungsgefahr hätte erkennen müssen.

#### **c) Eviktion**

Gemäss der Eviktionstheorie wird vorausgesetzt, dass der Kaufgegenstand dem Käufer vollständig oder teilweise entzogen wird (OR 192 I). Dies muss dabei nicht klageweise geschehen, eine einfache Geltendmachung genügt. Hingegen reicht es noch nicht, wenn ein Dritter lediglich droht, die Sache vom Käufer herauszuverlangen.

##### **- Vollständige Entwehrung**

Bei einer Totaleviktion wird der Kaufgegenstand ganz entzogen, wodurch der Käufer die Kaufsache weder gebrauchen noch nutzen kann. Dies ist jedoch relativ selten, da der Käufer den Kaufgegenstand behalten darf, wenn er ihn gutgläubig erworben hat (ZGB 714 II i.V.m. 933 I). Dies gilt jedoch nicht bei Diebstahl oder Verlust, wobei hier eine fünfjährige Frist besteht (ZGB 934 I). Zudem muss der Käufer den Kaufgegenstand herausgeben, wenn er hätte erkennen müssen, dass der Verkäufer nicht Verfügungsberechtigt ist (ZGB 936 I).

Die Rechtsfolgen der vollständigen Entwehrung richten sich nach OR 195.

Für den Grundstückskauf sind die Rechtsgewährleistungsvorschriften des Fahrniskaufs gemäss OR 221 anwendbar. Der gutgläubige Käufer ist hier jedoch durch ZGB 973 I privilegiert, da er in jedem Fall Eigentümer bleibt.

##### **- Teilweise Entwehrung**

Der Kaufgegenstand verbleibt beim Käufer, dessen Recht oder Nutzung daran wird jedoch durch ein Nutzungs- oder Pfandrecht eines Dritten eingeschränkt. Die Rechtsfolgen richten sich nach OR 196.

#### **d) Verjährung**

Für die Rechtsgewährleistungsansprüche gilt die allgemeine zehnjährige Frist von OR 127. Die Frist beginnt mit Übergabe der Sache zu laufen. Bei einem Kulturgut im Sinne des KGTG beträgt die relative Frist ein Jahr ab Entdeckung des Mangels und die absolute Verjährungsfrist 30 Jahre seit Vertragsschluss (OR 196a). Eingetragene Kulturgüter (KGTG 31) können jedoch weder ersessen noch gutgläubig erworben werden (KGTG 3 II a).

### **3.) Verfahren**

OR 193 regelt mit ZPO 78 ff. den Gewährleistungsprozess. Wird der Käufer vom Dritten gerichtlich auf Herausgabe der Sache belangt, kann der Käufer dem Verkäufer den Streit verkünden. Damit wird der Verkäufer aufgefordert, im Prozess Unterstützung zu leisten (ZPO 79 I). Der Verkäufer kann dies tun, muss aber nicht.

Hat der Käufer den Streit rechtzeitig verkündet, wirkt ein Urteil auch gegen den Verkäufer, selbst wenn dieser nicht am Prozess beteiligt war (ZPO 80 i.V.m. 77).

Wurde die Streitverkündung unterlassen, wird der Verkäufer von der Gewährleistungspflicht befreit, wenn er nachweisen kann, dass bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstigeres Urteil hätte erlangt werden können (OR 193 II). Der Käufer muss es jedoch nicht zum Prozess kommen lassen. Er kann die Ansprüche des Dritten aussergerichtlich anerkennen, einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich schliessen oder ein Schiedsgericht anrufen. Dabei bleibt der Verkäufer nur rechtsgewährleistungspflichtig, wenn der Käufer ihm sein Vorhaben rechtzeitig mitgeteilt hat und ihm die Führung des Prozesses anbietet (OR 194 I). Unterlässt der Käufer diese Anzeige, behält er seine Rechtsgewährleistungsansprüche nur, wenn er nachweisen kann, dass er zur Herausgabe der Sache verpflichtet war (OR 194 II).

#### **4.) Rechtsfolgen**

##### **a) Bei vollständiger Entwehrung**

Der Kaufvertrag ist ipso iure, ohne spezielle Erklärung seitens des Käufers, aufgehoben (OR 195 I). Der Käufer hat einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Rückzahlung des verzinsten Kaufpreises. Dabei handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, nicht um einen bereicherungsrechtlichen. Hat der Käufer den Kaufgegenstand genutzt, natürliche oder zivile Früchte gewonnen oder versäumt zu gewinnen wird seinem Kaufpreisanspruch ein entsprechender Abzug gemacht (OR 195 I 1 geht OR 938 vor).

Zudem hat der Käufer Anspruch auf Ersatz für die weiteren Kosten, sofern er diese nicht bereits vom Dritten erhalten hat (OR 195 I 2) sowie Ersatz für die Kosten des Entwehrungsprozesses (OR 195 I 3).

Zudem hat der Käufer einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz des unmittelbaren Schadens, bspw. der Beurkundungskosten oder Zölle (OR 195 I 4).

Die Pflicht zum Ersatz des weiteren mittelbaren Schadens, des entgangenen Gewinns, besteht nur, wenn sich der Verkäufer bucht exkulpiert (OR 195 II).

##### **b) Bei teilweiser Entwehrung**

Der Vertrag wird im Grundsatz nicht aufgehoben. Der Käufer hat einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz seiner Kosten, Verwendungen und Auslagen in Analogie zu OR 195 I (OR 196 I). Wird ihm bloss ein Teil des Kaufgegenstandes entzogen, hat er einen anteilmässigen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises.

Ausnahmsweise wird der Kaufvertrag richterlich aufgehoben, wenn anzunehmen ist, dass der Käufer den Vertrag im Wissen um die teilweise Entwehrung nicht abgeschlossen hätte (OR 196 II). In diesem Fall muss der Käufer den Kaufgegenstand nebst dem bezogenen Nutzen zurückgeben. (OR 196 III).

#### **5.) Checkliste Rechtsgewährleistung**

##### **a) Voraussetzungen**

- 1) Gültiger Kaufvertrag (OR 184 i.V.m. 1)
- 2) Übergabe der Kaufsache
- 3) Keine Haftungsfreizeichnung (OR 192 III)
- 4) Rechtsmangel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (OR 192 I)
- 5) Keine Kenntnis des Rechtsmangels bei Vertragsschluss (OR 192 II)
- 6) Entzug des Kaufgegenstandes (OR 192 I / 196)
- 7) Geltendmachung des Rechtsbehelfs innert 10 Jahren seit Übergabe der Sache (OR 127), bei Kulturgüter gilt OR 196a



## a) Bestand eines Sachmangels bei Gefahrenübergang

Der Sachmangel i.w.S. ist die Abweichung zwischen dem Ist- und dem Sollzustand. Dabei wird der Wert oder die Tauglichkeit der Sache aufgehoben oder gemindert (Sachmangel i.e.S.) oder eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

### – Zugesicherte Eigenschaft

Die zugesicherte Eigenschaft ist ein zum Vertragsbestandteil gewordenenes Versprechen des Verkäufers, dass die Kaufsache ein bestimmt umschriebenes, objektiv feststellbares Merkmal aufweist oder das ein solches fehlt (Bsp.: unfallfreies Auto). Dabei kann es sich um körperliche, rechtliche oder wirtschaftliche Merkmale handeln. Die Haftung besteht sowohl bei Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit der Sache sowie bei erheblicher Minderung.

Die Zusicherung stellt eine Wissenserklärung dar, welche auch konkludent erfolgen kann. Es genügt bereits eine Erklärung, welche der Käufer nach Treu und Glauben als Zusicherung verstehen darf.

Die Zusicherung muss den Kaufentscheid des Käufers beeinflussen, wobei diese Beeinflussung für den Verkäufer erkennbar sein muss. Bei Zusicherungen, die nach der Lebenserfahrung geeignet sind, den Käufer zum Kauf zu veranlassen, wird die Kausalität jedoch bereits vermutet.

Die Zusicherung als unselbstständige Garantie muss von der selbstständigen Garantie (OR 111) abgegrenzt werden. Eine selbstständige Garantie wird angenommen, wenn der Verkäufer einen zukünftigen Erfolg verspricht, welcher über die vertragsgemässe Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht. Auf die selbstständige Garantie sind die Ansprüche nach OR 97 anwendbar.

### – Sachmangel i.e.S.

Der Sachmangel i.e.S. ist gemäss OR 197 ein körperlicher (Unzugänglichkeiten in der physischen Beschaffenheit) oder rechtlicher (Beschaffenheit bzw. die Eigenschaften der Kaufsache verstossen gegen objektives Recht) Mangel, welcher den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert.

Wird eine andere Ware geliefert, muss zwischen einem Spezies- und einem Gattungskauf unterschieden werden.

- Beim Spezieskauf stellt die falsche Lieferung eine Falschlieferung (aliud) dar. Danach kommen OR 97 und 107 ff. zur Anwendung. Fehlen nur bestimmte Eigenschaften, liegt ein Sachmangel vor (peius).
- Fehlen beim Gattungskauf bestimmte Merkmale, wird ein aliud angenommen, wenn die Ware nicht mehr der vereinbarten Gattung zuzuordnen ist. Handelt es sich noch um die vereinbarte Gattung, liegt eine Schlechtlieferung (peius) vor. Eigentlich sollte jedoch auf diese Unterscheidung verzichtet und beide Fälle dem Gewährleistungsrecht unterstellt werden.

Handelt es sich um einen Quantitätsmangel, da der Verkäufer eine andere als die vereinbarte Menge liefert, handelt es sich beim Gattungskauf um eine teilweise Nichterfüllung. Der Verkäufer gelangt in Verzug (OR 107, 190 ff.). Beim Spezieskauf wird hingegen die Grösse oder Menge der Kaufsache meist als Zusicherung angenommen, weshalb die Sachgewährleistungsansprüche greifen. Der Sachmangel i.e.S. muss stets erheblich sein. Das Kriterium der Erheblichkeit ist erfüllt, wenn der Käufer in Kenntnis des Mangels den Vertrag nicht oder nicht unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen hätte. Massgebend ist dabei der objektive Verkehrswert. Ohne spezielle Abmachung entspricht die Ware dem vorausgesetzten Gebrauch, wenn sie sich nach der Verkehrsauffassung für den gewöhnlichen Gebrauch der Ware der gleichen Art eignet.

Der Verkäufer besitzt die Nebenpflicht, die Ware angemessen zu verpacken. Verletzt er diese Nebenpflicht, kann der Käufer Schadensersatz nach OR 97 I fordern.

– Zeitpunkt und Beweislast

Der Sachmangel muss bereits vor oder beim Gefahrenübergang vorliegen. Dafür genügt bereits, wenn im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs (OR 185) der Mangel im Keime vorliegt.

Nimmt der Käufer die Ware vorbehaltlos an und rügt anschliessend deren Mangelhaftigkeit, trägt er die Beweislast für den Mangel. Verweigert der Käufer die Annahme der Sache, muss der Verkäufer die Mängelfreiheit beweisen.

**b) Keine Haftungsfreizeichnung und keine Kenntnis des Mangels**

– Keine Haftungsfreizeichnung

Die Haftung des Verkäufers aus Sachgewährleistung besteht nur, wenn er sich nicht gültig von der Haftung freigezeichnet hat. Gemäss OR 199 kann sich der Verkäufer ausdrücklich oder konkludent durch vertragliche Vereinbarung beschränkt oder komplett freizeichnen, soweit er den Mangel nicht arglistig verschweigt (bspw. durch Vorspielen des Vorhandenseins bestimmter Eigenschaften). Eine gesetzliche, vertragliche oder sich aus Treu und Glauben ergebende Aufklärungspflicht darf ebenfalls nicht verletzt werden.

Die Tragweite einer Haftungsbefreiungsabrede muss durch Auslegung stets im Einzelfall ermittelt werden. Die Gewährleistung für einen Mangel ist vertraglich nicht ausgeschlossen, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer nach den konkreten Umständen rechnen musste. Es ist widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, eine Eigenschaft zuzusichern und gleichzeitig die Haftung dafür völlig auszuschliessen. Der Käufer darf daher trotz einer Klausel auf die Zusicherungen des Verkäufers vertrauen. Eine blosse Beschränkung der Haftung ist hingegen zulässig.

Im Verhältnis von OR 199 und 100 I gilt OR 199 exklusiv, wobei die Bestimmung jedoch OR 100 I nicht ausdrücklich ausschliesst. OR 100 I gilt jedoch nur in den Fällen, in denen das Verhalten des Verkäufers den Tatbestand von OR 97 erfüllt.

– Keine Kenntnis des Mangels

Kennt der Käufer den Sachmangel bei Vertragsabschluss, ist er nicht schutzbedürftig. Blosse Verdachtsmomente des Käufers reichen jedoch noch nicht für die Ausnahme von der Verkäuferhaftung.

Hätte der Käufer den Mangel bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt erkennen können, haftet der Verkäufer nur, wenn er das Nichtvorhandensein zugesichert hat. Zum Ausschluss der Haftung muss grobe Fahrlässigkeit vorliegen.

**c) Untersuchung der Ware und Rüge**

Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers (OR 201) gilt für alle Arten von Kaufverträgen. Man darf sich also nicht auf eine Zusicherung des Verkäufers verlassen sondern muss auch deren Vorliegen überprüfen. Dabei gilt OR 201 insbesondere auch beim Konsumentenkauf. Der Unerfahrenheit des Käufers wird jedoch bei den Anforderungen an die Warenprüfung und bei der Frist Rechnung getragen.

OR 201 ist dispositiver Natur, weshalb die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit vertraglich ausgeschlossen oder abgeändert werden kann.

– Untersuchung der Ware

Die Ware ist grundsätzlich am Ablieferungsort, wo die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Kaufsache auf den Käufer übergeht, zu untersuchen. Dabei hat der Käufer die Prüfung vorzunehmen, sobald sie nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Die Frist beginnt mit dem Empfang der Ware an zu laufen. Bei der Fristbestimmung sind die Umstände des Einzelfalls massgeblich und die brachenabhängigen Gebräuche sowie Art, Beschaffenheit und Umfang der Ware werden berücksichtigt.

*Bsp.: Ein Rasenmäher muss nicht bereits im Winter auf seine Funktionsfähigkeit geprüft werden, es reicht eine Überprüfung im Frühling.*

*Bsp.: Verderbliche Ware ist innert kürzester Zeit zu untersuchen.*

Auch der Umfang der Prüfungsobliegenheit bestimmt sich nach dem üblichen Geschäftsgang. Die Ware muss sicherlich auf offene Mängel geprüft werden, auf solche, die für den aufmerksamen Käufer erkennbar sind. Versteckte Mängel müssen hingegen nicht gesucht werden und auch ein Experte muss nicht immer beigezogen werden. Bei grösseren Lieferungen genügen Stichproben.

Für die Prüfung kann der Gebrauch, der Verbrauch oder das Entfernen der Originalverpackung erforderlich sein. Zu umfangreiche Handlungen können jedoch als konkludente Genehmigung gelten.

Im Grundsatz muss auch der Zwischenhändler die Ware untersuchen. Es sei denn, der Endabnehmer wird direkt beliefert.

Ein Mangel ist versteckt oder geheim, wenn er trotz sachgemässer Untersuchung nicht erkannt wird oder der Käufer nachweisen kann, dass der Mangel nicht durch eine solche Untersuchung entdeckt worden wäre.

Der Käufer hat die Untersuchungskosten zu tragen (OR 188), kann diese jedoch vom Verkäufer als Schadensersatz (OR 102 II) zurückfordern, wenn die Gewährleistungsansprüche erfolgreich geltend gemacht wurden.

– Mängelrüge

Die Mängelrüge stellt eine empfangsbedürftige, nicht formbedürftige Wissenserklärung dar. Der Verkäufer trägt dabei das Übermittlungsrisiko.

Die Mängelrüge ist inhaltlich so konkret zu formulieren, dass der Verkäufer nach Treu und Glauben ohne weitere Zusatzinformationen Art, Inhalt und Umfang des Mangels erkennen und entscheiden kann, wie er sich im Hinblick auf die mögliche Haftung verhalten soll.

Offene Mängel sind sofort zu rügen. Die Frist beginnt mit der Entdeckung des Mangels zu laufen. Eine Rüge eines Mangels innert zwei bis drei Tagen gilt noch nicht als verspätet.

Versteckte Mängel müssen sofort nach ihrer Entdeckung gerügt werden. Ein Mangel ist entdeckt, wenn er zweifelsfrei festgestellt wird.

Versäumt der Käufer die Mängelrüge, ist die gekaufte Sache grundsätzlich genehmigt und die Sachmängelrechte verwirren. Wurde die Untersuchung gänzlich unterlassen, bezieht sich die Genehmigungsfiktion nur auf die offenen Mängel. Trotz unterlassener Rüge gilt die Ware als nicht genehmigt, wenn der Verkäufer absichtlich Mängel verschwiegen oder falsche Eigenschaften vorspiegelt hat.

Die Beweislast für die rechtzeitige Untersuchung und Rüge sowie für die absichtliche Täuschung trägt der Käufer.

#### d) Wahl eines Rechtsbehelfs durch den Käufer

Der Käufer muss sich für

- Minderung
  - Wandelung
  - Ersatzlieferung
  - gegebenenfalls mit Schadensersatz kombiniert
- entscheiden. Dabei sind die Rechtsbehelfe nicht kumulierbar.



Der Käufer ist an seine Wahlerklärung gebunden, wenn der Verkäufer ein schutzwürdiges Interesse an der Unwiderruflichkeit hat.

Das freie Wahlrecht des Käufers ist eingeschränkt, indem nur Minderung verlangt werden kann, wenn die Sache durch sein Verschulden untergegangen ist oder weiterveräussert oder umgestaltet wurde (OR 207).

Auch ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Käufer den Vertrag durch Weiternutzung der Sache genehmigt. Auch verliert der Käufer seine Gewährleistungsansprüche, wenn der Verkäufer sein Recht auf Nachlieferung (OR 206 II) ausübt. Das Gericht kann entscheiden, dass nur Minderung besteht, wenn aufgrund der Umstände Minderung als die angemessene Folge erscheint (OR 205 II).

#### **e) Verjährung**

Sachgewährleistungsansprüche verjähren bei Fahrnis nach 2 Jahren (OR 210 I), bei Grundstücken nach 5 Jahren (OR 219 III). Es gelten Sonderregeln für Sachen, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurden (OR 210 II) sowie für Kulturgüter (OR 210 III).

### **3.) Rechtsfolgen**

Sind die Voraussetzungen erfüllt, hat der Käufer die Wahl, den Kaufvertrag aufzuheben (Wandelung), den Kaufpreis zu reduzieren (Minderung) oder eine andere Ware zu fordern (Ersatzlieferung). Es besteht hingegen kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch des Käufers. Ein solcher kann von den Parteien jedoch vereinbart werden.

Die Parteien können die Gewährleistungsfolgen parteiautonom regeln. Die Wandelung ist ein Gestaltungsrecht, d.h. eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Dadurch wird der Vertrag rückgängig gemacht und in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet.

#### **a) Wandelung**

Durch die Wandelung wird der Kaufvertrag ex tunc rückgängig gemacht und in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Dessen Rechtsnatur ist umstritten, scheint jedoch obligatorischer Natur zu sein. Andere sehen den Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der Sache als Vindikationsanspruch und den Anspruch des Käufers auf Rückerstattung des Kaufpreises als bereicherungsrechtlichen Anspruch.

##### **– Ansprüche des Käufers**

Gemäss OR 208 II besitzt der Käufer einen Anspruch auf Rückerstattung des verzinsten Kaufpreises, Ersatz der Prozesskosten und seiner Verwendungen sowie Erstattung der Kosten des Rücktransports der Kaufsache zum Verkäufer. Zudem hat der Käufer Anspruch auf Schadensersatz. Dieser ist verschuldensunabhängig bei unmittelbaren Schäden (OR 208 II), verschuldensabhängig bei weiterem mittelbarem Schaden (OR 208 III). Für die Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden ist die Länge der Kausalkette entscheidend.

- **Unmittelbarer Schaden:** Der Verkäufer haftet für die unmittelbaren Schäden, bei denen sich kein zusätzliches Kausalitätsglied zwischen dem Mangel und dem Schaden schiebt. So kann auch ein Mangelfolgeschaden unter OR 208 II fallen, siehe dazu auch den Papageienfall. Grundsätzlich gehören zum unmittelbaren Schaden alle Auslagen, die der Käufer infolge der mangelhaften Lieferung hatte. Der Mangelschaden wird ebenfalls vom Verkäufer getragen, da der Käufer die mangelhafte Sache zurückgibt.
- **Mittelbarer Schaden:** Diese Schadensposten sind nur ersatzfähig, wenn sich der Verkäufer nicht gemäss OR 97 I exkulpieren kann. Dazu muss er beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Dazu gehört auch der Nachweis, dass die Ware genügend geprüft wurde oder man vergewissert hat, dass der Hersteller seine Qualitätskontrolle durchgeführt hat. Unter die

Mangelfolgeschäden fallen der entgangene Gewinn, der Haftungsschaden sowie die Goodwill-Schäden.

– Ansprüche des Verkäufers

Der Verkäufer hat Anspruch auf sorgfältige Aufbewahrung der Sache durch den Käufer, Rückgabe der Sache und Erstattung des durch den Käufer gezogenen Nutzens (OR 208 I). Geht die Sache vor Ausübung des Wahlrechts durch den Käufer unter, bleibt das Recht zur Wandelung grundsätzlich bestehen (OR 207 I). Nur wenn der Käufer den Untergang verschuldet hat oder die Sache von ihm weiterveräußert oder umgestaltet wurde, ist ihm nur noch die Minderung offen (OR 208 III).

**b) Minderung**

Die Minderung führt zur Vertragsanpassung indem der Kaufpreis reduziert wird. der Käufer behält die mangelhafte Sache, womit der Kaufvertrag bestehen bleibt. Die Minderung wird nach der proportionalen relativen Methode berechnet.

$$\frac{\text{herabgesetzter Kaufpreis}}{\text{vertraglicher Kaufpreis}} = \frac{\text{Wert der Kaufsache}}{\text{hypothetischer Wert der mangelfreien Ware}}$$

Der geminderte Kaufpreis muss zum ursprünglichen Preis im selben Verhältnis stehen wie der objektive Wert der mangelhaften Kaufsache zum hypothetischen objektiven Wert der mangelfreien Ware.

Der Mangel ist regelmässig die Differenz zwischen dem Wert der mangelfreien und dem der mangelhaften Ware, was meist dem Reparaturaufwand entspricht.

Bei einer völlig wertlosen Sache kann der Käufer nur wandeln (OR 205 III).

Der Minderwert wird im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bemessen.

Der Käufer ist nicht berechtigt, die Minderung mit einem Schadensersatzanspruch nach OR 208 II zu kombinieren. Anspruchsgrundlage des Schadensersatzanspruchs ist OR 97 I.

**c) Ersatzlieferung**

Der Käufer hat bei der Lieferung einer Gattungsware Anspruch auf Lieferung vertragskonformer Ware von derselben Gattung (OR 206 I). Dabei kommt es nicht auf die Vertretbarkeit der Sache an.

Vorausgesetzt wird, dass eine Schlechtlieferung (peius) vorliegt. Die Falschlieferung (aliud) soll hingegen nach den Regeln des Verzugs (OR 107) beurteilt werden. Ein aliud liegt vor, wenn die gelieferte Sache nicht den vereinbarten Gattungsmerkmalen entspricht; beim peius gehören die Sachen jedoch der vereinbarten Gattung an.

Die Unterscheidung sei jedoch aufzugeben und beide Fälle seien OR 206 I zu unterstellen.

**d) Schadensersatz**

Möchte der Käufer lediglich Schadensersatz fordern, kann er dies nur gestützt auf OR 97 tun. Dazu müssen die kaufrechtlichen Modalitäten der Untersuchung, der Rüge und die kurze Verjährungsfrist jedoch eingehalten sein.

**e) Ersatzlieferungsrecht des Verkäufers**

Der Verkäufer besitzt nach OR 206 II beim Gattungskauf ein Ersatzlieferungsrecht, welches die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers verdrängt, sofern der Verkäufer auch allen Schaden nach OR 208 ersetzt. Das Ersatzlieferungsrecht besteht beim Platz- sowie beim Distanzkauf. Der Verkäufer muss die mangelfreie Ware sofort nach der Rüge des Käufers liefern. Ist auch die zweite Lieferung mangelhaft besteht das Ersatzlieferungsrecht des Verkäufers nicht noch ein zweites Mal.

## 4.) Checkliste Sachgewährleistung

### a) Voraussetzungen

- 1) Gültiger Kaufvertrag (OR 184 i.V.m. 1 ff.)
- 2) Sachmangel (OR 197)
- 3) Sachmangel bei Gefahrübertragung (OR 185)
- 4) Keine Haftungsfreizeichnung (OR 199)
- 5) Keine Mangelkenntnis (OR 200)
- 6) Untersuchung der Ware (OR 201)
- 7) Sofortige Rüge des Mangels (OR 201)
- 8) Geltendmachung des Rechtsbehelfs innert Frist (OR 210 I, 210 III)

### b) Rechtsfolgen

- Wandelung (OR 208)
  - Ansprüche des Käufers: Rückerstattung des Kaufpreises inkl. Zins + Ersatz der Prozesskosten + Verwendungen / Schadensersatz.
  - Ansprüche des Verkäufers: Rückgabe der Sache + Ersatz des durch den Käufer gezogenen Nutzens.
- Minderung (OR 205)
- Ersatzlieferung (OR 206 I)
- Schadensersatz (OR 97)

## D) Durchsetzung kaufrechtlicher Ansprüche

### 1.) Rechtsgewährleistungsansprüche

Die Verjährung der Rechtsgewährleistungsansprüche ist grundsätzlich nicht im Gesetz geregelt, weshalb die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist von OR 127 Anwendung findet. Die Frist beginnt dabei mit Übergabe der Sache zu laufen.

Bei der Lieferung von Kulturgütern i.S.v. KGTG 2 I beträgt die Frist nach OR 196a 1 Jahr seit Entdeckung des Mangels und 30 Jahre seit Vertragsschluss.

### 2.) Sachgewährleistungsansprüche

#### a) Fristen und Beginn

- 2 Jahre:

Sachgewährleistungsansprüche müssen innert 2 Jahren seit Ablieferung der Sache geltend gemacht werden (OR 210 I). Dabei handelt es sich um die ordentliche Verjährungsfrist.
- 5 Jahre:

Die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre, wenn die bewegliche Kaufsache bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurde und Mängel der Kaufsache die Mangelhaftigkeit des Werks verursacht haben (OR 210 II). Dabei muss die Kaufsache als Stoff zur Herstellung eines unbeweglichen Werks i.S.v. OR 371 II verwendet worden sein (*Bsp.: Backsteine, Glas oder vorgefertigte Bauelemente*). Es muss nicht unbedingt eine Neuherstellung vorliegen sondern es kann sich auch um das Ergebnis von Umbau-, Erneuerungs- oder Reparaturarbeiten handeln. Der Mangel der Kaufsache muss die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werks zumindest mitverursacht haben. Die 5-Jahres-Frist gilt zudem für die Gewährleistung für Mängel eines Gebäudes beim Grundstückkaufvertrag (OR 219 III).
- 10 Jahre:

Gemäss OR 127 beträgt die Frist 10 Jahre, wenn der Verkäufer den Käufer durch absichtliche Täuschung von der rechtzeitigen Geltendmachung der Sachgewährleistungsansprüche abgehalten hat. Dazu gehört auch die absichtliche Täuschung über die Qualität der Ware.

– 30 Jahre

30 Jahre beträgt die absolute Frist für Kulturgüter (OR 210 III / 196a). Die relative einjährige Frist beginnt mit Entdeckung des Mangels zu laufen. Die Frist beginnt mit Ablieferung der Kaufsache zu laufen. Nicht verlangt ist hingegen, dass der Käufer Kenntnis vom Mangel hat.

**b) Unterbrechung und Geltendmachung**

Die 2 und 5-Jahres-Fristen können gehemmt (OR 134) und unterbrochen (OR 135) werden. Unterbrechungsgründe sind die Anerkennung der Ansprüche des Käufers durch den Verkäufer oder durch eine Unterbrechungshandlung nach OR 135 II. Dadurch wird eine neue Frist in Ganz gesetzt. Hat der Verkäufer den Anspruch des Käufers schriftlich anerkannt oder ist der Anspruch durch ein Gerichtsurteil festgestellt worden, beginnt die 10-jährige Frist zu laufen (OR 137).

Die Verjährung kann einredeweise im Stadium des Verfahrens geltend gemacht werden (OR 142). Dabei ist die Einrede spätestens mit dem ersten Parteivortrag an der Hauptverhandlung zu erheben (ZPO 228 I).

OR 210 findet auch dann Anwendung, wenn der Käufer seine Ansprüche wegen Sachmängel auf OR 97 ff. stützt.

**c) Vertragliche Änderungen der Frist**

Die Verjährungsfristen von OR 210 I-III können vertraglich verlängert werden. Die Obergrenze bildet dabei die allgemeine Zehnjahresfrist von OR 127, bzw. 30 Jahre für Kulturgüter (OR 210 III).

Ebenfalls zulässig ist eine vertragliche Verkürzung der Frist. Gemäss OR 210 IV darf beim Konsumentenkauf die Frist für neue Sachen nicht weniger als 2 Jahre und bei gebrauchten Sachen nicht weniger als 1 Jahr betragen. OR 210 IV a-c stellen dabei kumulative Voraussetzungen vor. Die Frist für Kulturgüter (OR 210 III) kann nicht verkürzt werden.

In der Praxis wird häufig eine einjährige oder kürzere Garantiefrist vereinbart.

Gleichzeitig werden alle anderen Ansprüche wegbedungen. Dies ist als Verkürzung der 2-Jahres-Frist zu verstehen. Bei einer zweijährigen Garantiefrist verschiebt sich der Beginn der Verjährungsfrist nicht. Bei Garantien von mehr als 2 Jahren beginnt die Frist mit Ablieferung der Kaufsache zu laufen.

Die Garantie kann auch als eigentlicher Garantievertrag ausgelegt werden, wodurch die ordentliche 10-Jahres-Frist greifen würde.

**d) Einredeweise Geltendmachung der Mängel und Verrechnung**

Ein verjährter Sachgewährleistungsanspruch kann klageweise nicht mehr durchgesetzt werden. Hat der Käufer die Mängelrüge jedoch form- und fristgerecht erhoben, kann die Verjährung einredeweise geltend gemacht werden (OR 210 V).

Dies begründet ein Zahlungsverweigerungsrecht des Käufers.

Dringt der Käufer mit der Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Kaufpreisklage des Verkäufers durch, treten die Rechtsfolgen des geltend gemachten Anspruchs ein.

Der Käufer kann seine Sachgewährleistungsansprüche gegen den Kaufpreisanspruch oder gegen andere Forderungen des Verkäufers verrechnen.

**3.) Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung**

Der Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung verjährt innerhalb der Regelfrist von 10 Jahren (OR 127).

Stammt die Forderung aus der Lieferung von Lebensmitteln, Essen und Getränken an Konsumenten, verjährt die Forderung gemäss OR 128 II nach 5 Jahren. Ebenfalls nach 5 Jahren verjähren Forderungen aus dem Kleinverkauf von Waren (OR 128 III).

## E) Sicherung kaufrechtlicher Ansprüche

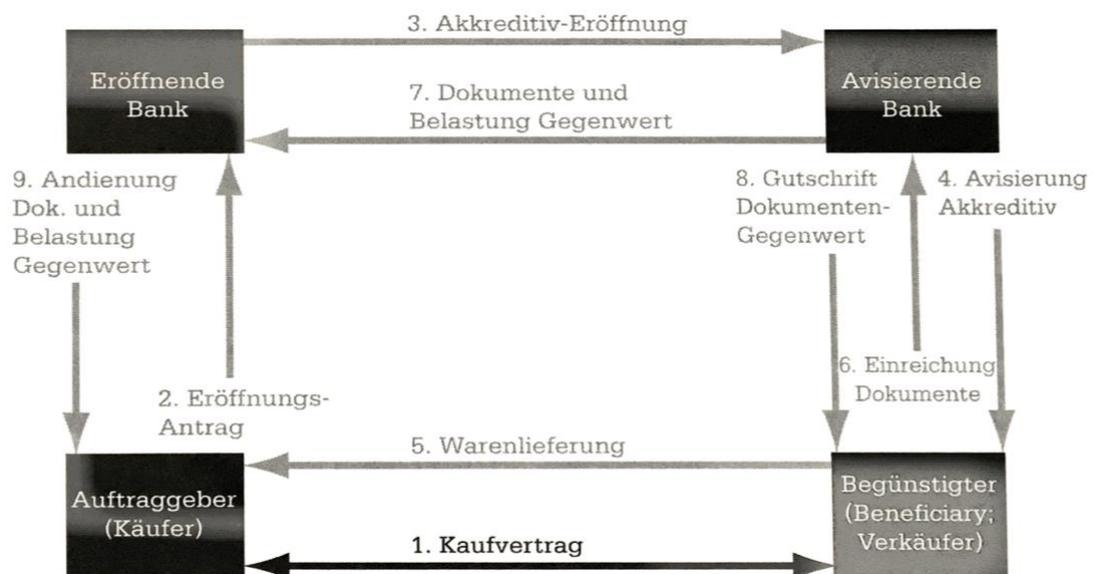
### 1.) Allgemeines

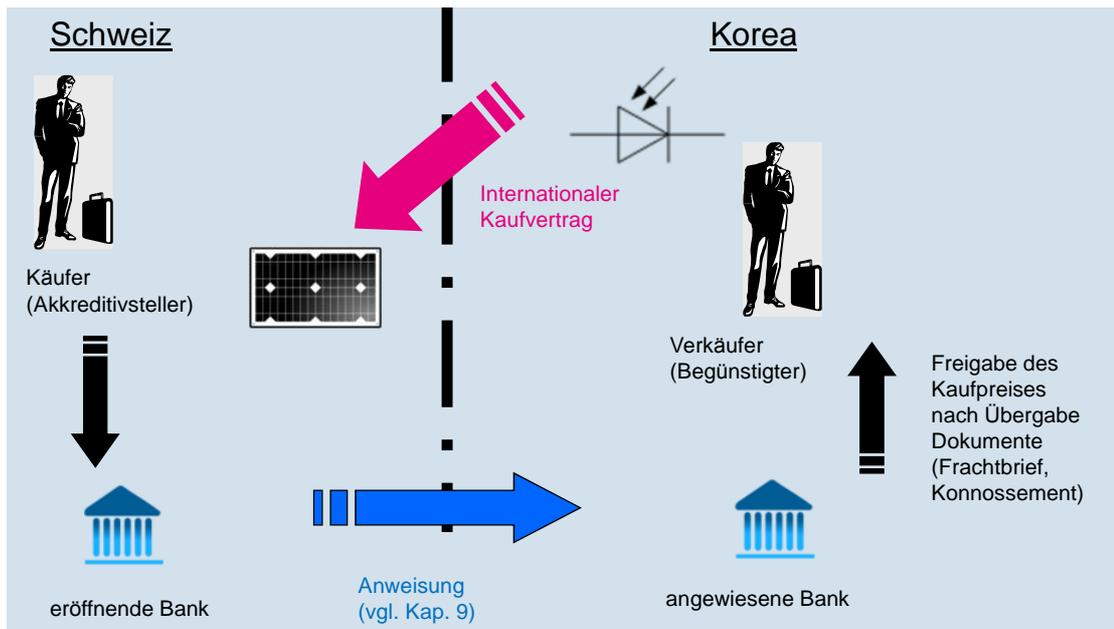
Fällt der Austausch von Waren gegen den Kaufpreis zeitlich und/oder örtlich auseinander, kann die vorleistende Partei ein Interesse an der Sicherstellung ihres Anspruchs haben. Die Sicherheiten werden in Kapitel 6 detailliert behandelt. Hier wird nur auf den Dokumentenakkreditiv verwiesen, da dieser in internationalen Kaufverträgen häufig verwendet wird.

### 2.) Dokumentenakkreditiv

Bei internationalen Kaufverträgen wird häufig ein bestätigtes Dokumentenakkreditiv eröffnet. Dies ermöglicht, auch einen Distanzkauf Zug um Zug zu erfüllen.

Der Käufer beauftragt als Akkreditivsteller seine inländische Bank (eröffnende Bank), zugunsten des Verkäufers ein Dokumentenakkreditiv zu eröffnen. Die eröffnende Bank beauftragt dann im Rahmen eines Anweisungsverhältnisses die Bank des Verkäufers (Angewiesene), dem Verkäufer (Begünstigter) die Akkreditivöffnung mitzuteilen und zu bestätigen. Der Kaufpreis wird jedoch erst freigegeben, wenn der Bank ein Verfügungsrecht über die Ware verschafft wurde. Es muss klar sein, dass die Ware vorhanden und versendet worden ist. Dabei gilt der Grundsatz der Dokumentenstrenge. Die der Bank eingereichten Dokumente müssen exakt mit den Instruktionen des Käufers übereinstimmen.





## F) Verhältnis kaufrechtlicher Ansprüche zum OR AT

⇒ Grundsatz: "lex specialis derogati legi generali"

### 1.) Konkurrenz zu OR 97 ff.

Der Käufer kann seine gewährleistungsrechtlichen Ansprüche neben OR 197 ff. alternativ auch auf OR 97 ff. stützen. Dabei müssen die kaufrechtlichen Spezialbestimmungen zur Untersuchung und Rüge (OR 201) und die Verjährungsfrist von OR 210 stets beachtet werden. Die Haftung von OR 97 setzt ein Verschulden des Verkäufers voraus.

### 2.) Konkurrenz zu OR 23 ff.

Der Käufer kann den Vertrag alternativ auch wegen eines Grundlagenirrtums anfechten. Dabei müssen die kaufrechtlichen Untersuchungs- und Rügeobligationen sowie die Frist von OR 210 nicht eingehalten sein. Die Berufung auf den Grundlagenirrtum ist jedoch nicht mehr möglich, wenn der Käufer Sachgewährleistungsansprüche erhoben hat, da der Vertrag so konkludent genehmigt wird (OR 31). Dies scheint jedoch nicht sachgerecht. Ferner ist der Grundlagenirrtum verwehrt, wenn der Irrtum mit fehlenden Eigenschaften der Kaufsache begründet wird, für welche der Verkäufer die Gewährleistung wegbedungen hat.

Kaufrechtliche Rechtsgewährleistung und Grundlagenirrtum stehen in Anspruchskonkurrenz.

Alternative Konkurrenz besteht auch zwischen der Anfechtung eines Vertrages wegen Täuschung oder Drohung und der Sach- und Rechtsgewährleistung.

### 3.) Konkurrenz zu OR 41 ff.

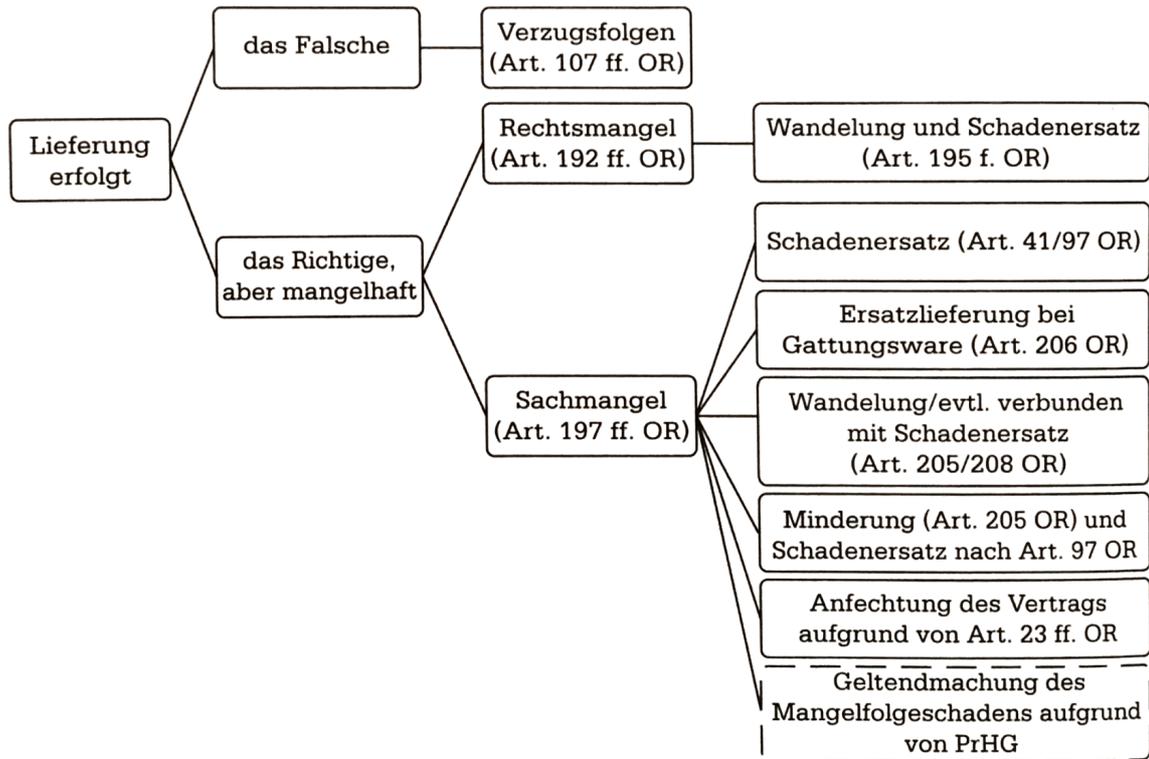
Alternativ können auch ausservertragliche Ansprüche gegeben sein. Dazu müssen jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen von OR 41 ff. erfüllt sein. Neben der Schlechterfüllung muss der Verkäufer ein absolutes Recht des Käufers verletzen oder dessen Vermögen schädigen und dabei gegen Schutznormen verstossen.

### 4.) Konkurrenz zum PrHG

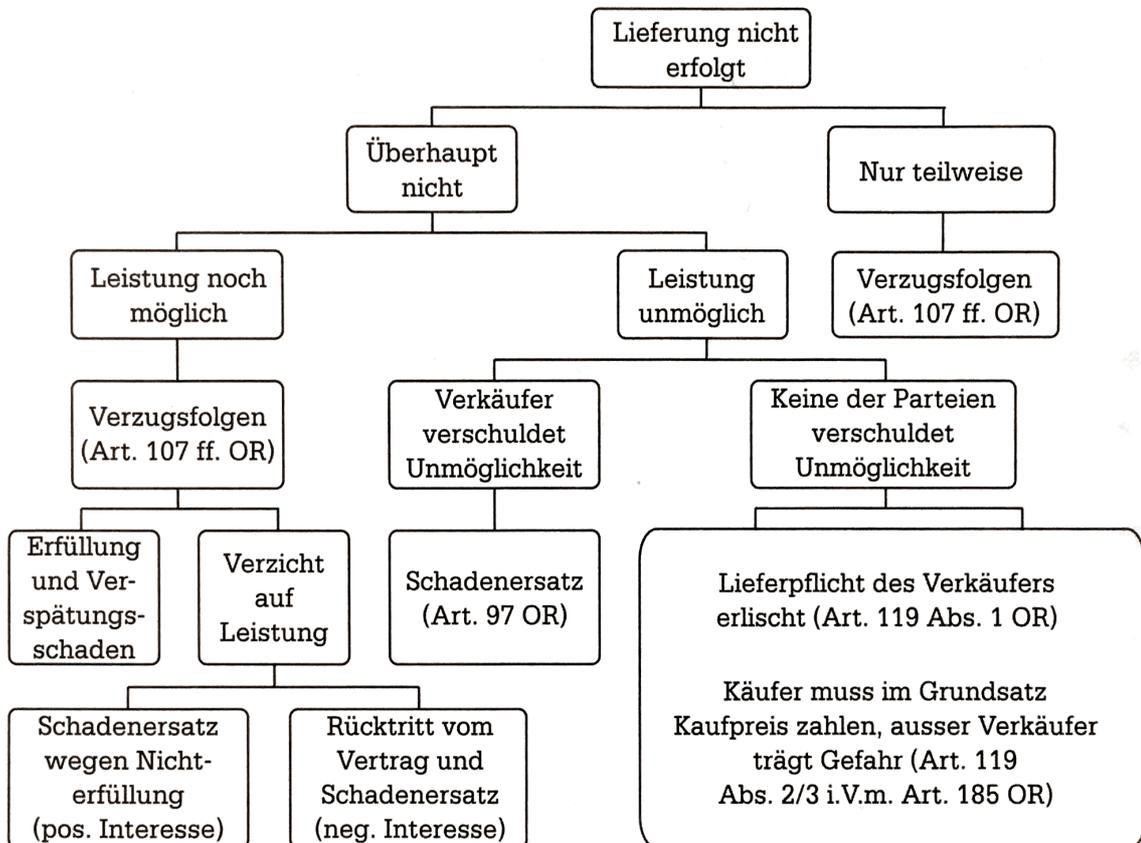
Auch die Haftung nach PrHG steht in alternativer Konkurrenz zur Sachmängelhaftung des OR. Die Produkthaftung bezieht sich jedoch nur auf Mängelfolgeschäden. Die Schäden am Produkt selbst können ausschliesslich durch die Sachgewährleistung nach OR 197 ff. geltend gemacht werden.

## G) Zusammenfassung: Leistungsstörungenrecht beim Kaufvertrag

Leistung wurde zum vereinbarten Termin erbracht:



Leistung wurde zum vereinbarten Termin NICHT erbracht:



# Veräusserungsverträge III: Internationales Kaufrecht und Schenkung

---

## A) Das CISG

### 1.) Aufbau des CISG

Das CISG (United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods), auch Wiener Kaufrecht genannt, stellt ein multilateraler Staatsvertrag dar. Er ist in vier Teile gegliedert:

- 1) Anwendungsvoraussetzungen, Anwendungsbereich; Auslegung von Willenserklärungen
- 2) Abschluss von Kaufverträgen
- 3) Rechte und Pflichten der Parteien, Rechtsbehelfe im Falle von Leistungsstörungen
- 4) Völkerrechtliche Schlussklauseln

### 2.) Anwendungsbereich des CISG

#### a) Zeitlicher Anwendungsbereich

Das CISG wurde im April 1980 in Wien abgeschlossen. Es ist seit dem 1. Januar 1988 in Kraft. Gemäss CISG 100 II findet es auf Verträge Anwendung, die an oder nach dem Tag geschlossen wurden, an dem das Übereinkommen für die jeweilige Vertragsstaaten in Kraft getreten ist (CISG 1 I a) oder für welche die Regeln gemäss IPRG anwendbar sind (CISG 1 I b). Für die Schweiz ist das CISG am 1. März 1991 in Kraft getreten.

#### b) Räumlicher und personeller Anwendungsbereich

Das CISG kommt direkt zur Anwendung, wenn die Vertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (CISG 1 I a) und das CISG nicht vertraglich ausgeschlossen wurde (CISG 6). Die Niederlassung ist dabei der Ort, an welchem die geschäftlichen Tätigkeiten tatsächlich und schwerpunktmässig betrieben werden. Es braucht daher eine gewisse Dauer und Stabilität der Einrichtung.

Momentan gibt es 87 Vertragsstaaten, wozu beinahe alle EFTA- und EU-Mitgliedstaaten gehören. Zudem muss die Streitigkeit vor dem Gericht eines Vertragsstaates ausgetragen werden, denn nur die Gerichte sind an die unmittelbare Anwendung des CISG gebunden.

Gemäss CISG 1 I b kommt das Übereinkommen auch zur Anwendung, wenn nur eine Vertragspartei seine Niederlassung in einem Vertragsstaat hat. Dazu muss sich das angerufene Gericht in einem Vertragsstaat befinden. Dann bestimmt sich das anwendbare Recht nach IPRG 118 I i.V.m. Haager Übereinkommen 3. Kommt das Recht einer Vertragspartei zur Anwendung, findet auch das CISG Anwendung. Ist ein (Schieds-)Gericht eines Nichtvertragsstaates zuständig, kommt das CISG nur zur Anwendung, wenn das Kollisionsrecht auf das Recht eines Vertragsstaates verweist oder der Vertrag eine Rechtswahl auf das CISG enthält.

Gemäss CISG 1 III wird die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien nicht berücksichtigt. Auch spielt es keine Rolle, ob die Parteien Kaufleute sind.

#### c) Sachlicher Anwendungsbereich

##### – Kaufverträge

Das CISG regelt den Warenkauf. Dazu muss ein Vertrag das Eigentum an einem Kaufgegenstand entgeltlich übertragen. Vom Warenverkauf erfasst sind sowohl

Stück- wie auch Gattungskauf, Kauf nach Muster, Spezifikationskauf und Sukzessivlieferungsverträge.

Werklieferungsverträge unterstehen ebenfalls grundsätzlich dem CISG, wenn der Unternehmer auch das Material liefert, es sei denn, der Besteller liefert selbst einen wesentlichen Teil der notwendigen Stoffe oder aber die Pflicht des Verkäufers besteht überwiegend in der Arbeitsleistung oder anderen Dienstleistungen (CISG 3 I).

Bei Distributionsverträgen (Vertriebsvertrag) / Franchising untersteht der Rahmenvertrag grundsätzlich nicht dem CISG. Für die einzelnen Bezugsverträge zwischen Distributor und Lieferant kann das CISG jedoch Anwendung finden. Keine Anwendung findet das CISG auf Tauschverträge, Schenkungen, Miet-Kaufverträge und Leasingverträge.

– Kaufgegenstand

Waren nach CISG sind bewegliche, körperliche Sachen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Ware bereits besteht oder noch herzustellen ist. Auch der Dokumentenkauf, bei welchem ein Dokument die Ware repräsentiert, untersteht dem CISG.

Nicht Anwendung findet das CISG auf Grundstückkaufverträge und auf den Kauf von immateriellen Rechtsgütern. Auch nicht auf den Kauf von Standardsoftware, bei welchem der lizenzvertragliche Charakter überwiegt.

– Ausnahmen

• CISG 2:

Gemäss lit. a fallen Konsumentengeschäfte nicht unter das CISG, dabei werden Waren für private Verwendungszwecke erworben.

Unter lit. b ff. fallen verschiedene Tatbestände wie Versteigerungen, Zwangsvollstreckungsmassnahmen, Kauf von Wertpapieren, Schiffen, Flugzeugen und elektrischer Energie.

• CISG 4:

Nach lit. a wird die Gültigkeit des Vertrages nicht geregelt. Auch die Wirkungen des Vertrags auf Eigentums, bspw. die Voraussetzungen der Übertragbarkeit von Eigentum, regelt das CISG nicht (lit. b). Zudem werden auch Verjährung, Stellvertretung, Abtretung und Schuldübernahme nicht vom CISG geregelt.

• CISG 5:

Mangelfolgeschäden aus Tod oder Körperverletzung sind von der Geltung des CISG ausgeschlossen. Hingegen fallen Regressansprüche des Käufers gegen den Verkäufer unter das CISG.

– Ausschluss und Modifikation des CISG

Die Parteien können die Anwendung des CISG ausdrücklich oder konkludent vertraglich ausschliessen. (Opting-out)

Auch können die Parteien nur einzelne Bestimmungen des CISG modifizieren.

Der Geltungsbereich des CISG kann zudem erweitert werden, so dass bspw. auch ein Kaufvertrag über ein Schiff vom CISG erfasst wird. (Opting-in)

### 3.) Allgemeines (CISG 7-13)

#### a) Auslegung und Lückenfüllung

Nach CISG 7 I ist der internationale Charakter des Übereinkommens zu berücksichtigen. Die Einheitlichkeit der Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel soll dabei gefördert werden.

Deshalb ist das Übereinkommen zunächst autonom ausgelegt werden. Ein Rückgriff auf nationales Recht und bestimmte nationale Begriffe und Qualifikationen muss vermieden werden. Ausländische Entscheidungen und ausländische Literatur soll berücksichtigt werden.

Von grosser Bedeutung sind auch die Parteigepflogenheiten und Handelsgebräuche gemäss CISG 8-9.

#### **b) Form**

Der Kaufvertrag kann grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden (CISG 11). Dies gilt sowohl für den Abschluss wie auch für die Abänderung oder die Aufhebung des Vertrags. Gemäss CISG 6 kann jedoch auch Schriftlichkeit vereinbart werden, wozu eine Übermittlung per Telefax (CISG 13) oder E-Mail genügt.

CISG 11 hat Vorrang vor nationalen Form- und Beweisvorschriften, unabhängig davon, ob diese materiell- oder prozessrechtlich qualifiziert werden.

### **4.) Zustandekommen des Vertrags**

#### **a) Angebot**

Ein Angebot nach CISG 14 ist eine bestimmte, auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung. Sie muss Ware, Menge und Preis bestimmen. Zudem braucht es einen Bindungswillen des Erklärenden. Fehlt dieser, liegt bloss ein *invitatio ad offerendum* vor, eine blosser Einladung zur Offertenstellung.

Die Offerte wird mit Zugang beim Empfänger wirksam (CISG 15 I). Bis zu diesem Zeitpunkt kann sie noch zurückgenommen werden.

Danach kann die Offerte nur noch widerrufen werden (CISG 16). Die Offerte ist gemäss CISG 16 II jedoch unwiderruflich, wenn diese eine feste Annahmefrist enthält, auf andere Weise die Unwiderruflichkeit zum Ausdruck bringt oder wenn der Empfänger im Vertrauen auf die Unwiderruflichkeit Vermögensdispositionen getroffen hat.

Das Angebot erlischt gemäss CISG 17 durch Rücknahme oder wirksamer Widerruf sowie durch Ablehnung durch den Antragsgegner.

#### **b) Annahme**

Die Annahme muss inhaltlich allen Punkten der Offerte entsprechen. Modifiziert sie einzelne Punkte, stellt sie eine Gegenofferte dar (CISG 19 I). Weicht das Akzept nur unwesentlich von der Offerte ab, kommt der Vertrag modifiziert zustande, sofern der Offerent den Änderungen nicht widerspricht (CISG 19 II). Modifikationen des Preises, der Qualität, der Quantität der Ware oder des Orts und der Zeit der Lieferung sind stets wesentlich (CISG 19 III).

Die Annahme kann schriftlich, mündlich oder konkludent erfolgen (CISG 18 I). Schweigen darf nicht als Annahme gedeutet werden, es sei denn, dies ist unter bestimmten Umständen üblich.

Auch die Annahme wird grundsätzlich erst mit Zugang beim Offerenten innerhalb der von diesem gesetzten Frist wirksam (CISG 18 II). Ist die Offerte nicht befristet, muss eine mündliche Offerte sofort angenommen werden.

Trifft die Annahme verspätet ein, kommt grundsätzlich kein Vertrag zustande.

Ausnahmsweise entsteht ein Vertrag, wenn der Offerent eine entsprechende Erklärung abgibt (CISG 21 I) oder wenn die Erklärung transportverzögert ist und der Offerent nicht protestiert (CISG 21 II).

#### **c) Zeitpunkt des Vertragsschlusses**

Der Vertrag kommt mit dem fristgerechten Zugang der Annahme beim Offerenten zustande (CISG 23 f.). Die Erklärung muss gemäss CISG 24 in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein.

#### **d) Battle of the Forms**

Im internationalen Verhältnis ist ein strengerer Massstab anzuwenden als im Binnenverhältnis. Die AGB muss vor Vertragsschluss übersandt oder zugänglich gemacht werden. Ein blosser Hinweis auf die AGB reicht nicht aus.

Widersprechen sich die AGB der Vertragsparteien unwesentlich, werden die AGB des Annahmeerklärenden Vertragsbestandteil, sofern der Anbietende nicht unverzüglich die Änderung beanstandet (CISG 19 II).

Widersprechen sich die AGB hingegen wesentlich, stellt das Angebot eine Gegenofferte dar (CISG 19 I).

Nach der "Theorie des letzten Wortes" setzt sich diejenige Vertragspartei durch, die den Vertragsbedingungen der anderen Partei zuletzt widerspricht. Gemäss der Rechtsgültigkeitstheorie ("knock-out rule") werden die AGB hingegen unberücksichtigt gelassen, da diesbezüglich kein Konsens zustande gekommen ist.

## 5.) Änderung des Vertrags

Der Kaufvertrag kann gemäss CISG 29 I formfrei geändert oder aufgehoben werden. Ein vereinbarter Schriftenvorbehalt ist jedoch bindend. Die Vorbehaltsklausel kann nicht formfrei aufgehoben werden (CISG 29 II). Darf eine Partei sich auf das Verhalten der anderen Partei verlassen, kann diese sich aber ausnahmsweise nicht auf die Schriftformklausel berufen.

*Bsp.: Verkäufer erfüllt den Vertrag trotz bloss mündlicher Änderung vorbehaltlos.*

## 6.) Pflichten des Verkäufers (CISG 30-34)

### a) Lieferung der Ware und der Dokumente

Der Verkäufer muss nach CISG 30 die verkaufte Ware liefern, das Eigentum verschaffen sowie die auf die Ware bezogenen Dokumente aushändigen. Das CISG regelt nicht, wie das Eigentum übertragen wird. Dies wird durch das anwendbare Recht (meist am Ort der gelegenen Sache) geregelt.

#### - Lieferort

Der Lieferort kann von den Parteien vertraglich bestimmt werden. Liegt keine Parteivereinbarung vor, bestimmt sich der Lieferort nach CISG 31 f. Bei einem Versandkauf, bei welchem die Ware durch einen Dritten vom Verkäufer zum Käufer transportiert werden muss, liegt eine Schickschuld vor (CISG 31 a). Der Verkäufer erfüllt demnach mit Übergabe der Sache an den ersten Beförderer. Liegt kein Versandkauf vor, ist die Ware an einem bestimmten Ort zur Verfügung zu stellen (Holschuld). Ist die Ware entweder spezifiziert oder gattungsmässig aus einem bestimmten Vorrat zu liefern oder erst noch herzustellen und befindet sie sich an einem bestimmten Ort bzw. wird dort hergestellt, ist dieser Ort der Lieferort (CISG 31 b). In allen anderen Fällen ist die Niederlassung des Verkäufers der Lieferort (CISG 31 c).

Der Lieferort ist auch vertraglicher Erfüllungsort und demnach bestimmend für den Gerichtsstand (LugÜ 5 Ziff. 1).

#### - Übergang der Gefahr (CISG 66-70)

Der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs entscheidet darüber, ob der Käufer noch für die Ware zu bezahlen hat, wenn sie beschädigt oder zerstört wird. Zahlungspflicht besteht, wenn die Beschädigung nach Gefahrenübergang eintritt. Die Frage ist unter dem CISG besonders relevant, da die Ware meist grenzüberschreitend transportiert wird und der Transport eine potenzielle Gefahr für die Ware darstellt.

- Versandkauf (CISG 67): Gefahr geht auf den Käufer mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer zur Übermittlung an den Käufer über. Bei Gattungsware muss die Ware zudem individualisiert werden.
- Holschuld (CISG 69): Gefahr geht mit Übernahme des Gutes über.
- Bringschuld (CISG 69 II): Hat die Lieferung am Sitz des Käufers oder an einem dritten Ort zu erfolgen, geht die Gefahr über, sobald die Lieferung fällig ist. Eine Bringschuld wird bspw. bei „FOB“ erreicht.

- Lieferzeit  
Der Lieferzeitpunkt bzw. -zeitraum wird grundsätzlich vertraglich bestimmt (CISG 33 a und b). Einer Partei kann auch eine Bestimmungsbefugnis eingeräumt werden, d.h. das Recht, den Lieferzeitpunkt zu bestimmen.  
Wurde nichts vereinbart, hat die Lieferung gemäss CISG 33 c innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsschluss zu erfolgen.

## **b) Lieferung vertragsgemässer Ware (CISG 35 ff.)**

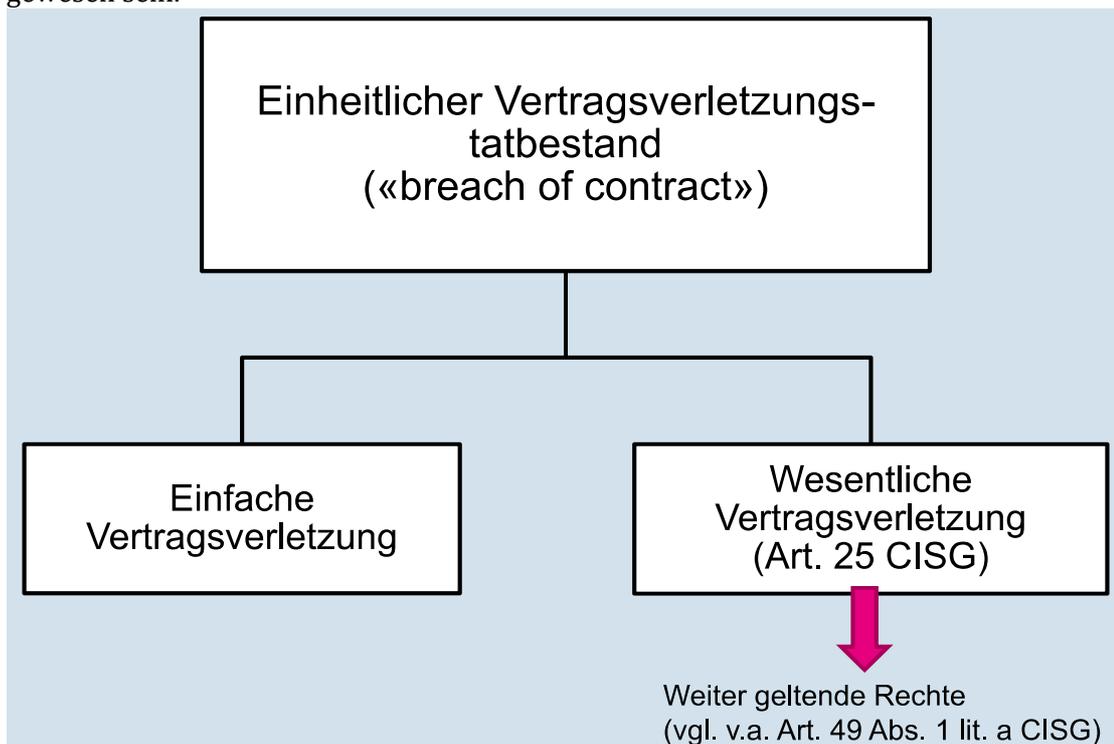
- Allgemeines  
Die Ware hat in jeder Hinsicht (Qualität, Menge, Art, Verpackung usw.) vertragsgemäss zu sein (CISG 35 I). So stellen auch Verpackungsmängel Sachmängel dar, da die Verpackung nach CISG 35 II d zur Beschaffenheit der Ware gehört. Auch die Zulieferung und Lieferung eines aliud gilt als nicht vertragsgemässe Lieferung, anstelle einer Nichtlieferung. Zudem hat die Ware frei von Rechten und Ansprüchen von Dritten zu sein (CISG 41 f.). Rechtsmängel werden damit weitgehend gleich behandelt wie Sachmängel.
- Voraussetzungen der Vertragsmässigkeit  
Die Vertragsmässigkeit der Ware bestimmt sich primär nach dem konkreten Vertrag (CISG 35). Es ist auf den individuellen, im Vertrag festgelegten Massstab abzustellen (subjektiver Fehlerbegriff).  
Haben die Parteien die Eigenschaften des Vertragsgegenstands nicht genügend vertraglich geregelt ist die Ware gemäss CISG 35 II unter folgenden Voraussetzungen vertragsgemäss:
  - Eignung der Ware zum gewöhnlichen Gebrauch (CISG 35 II a): Dabei bestimmt sich der gewöhnliche Gebrauch nach der Verkehrsauffassung. Die Erwartungen an die Ware bestimmen sich nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten und den rechtlichen Vorgaben.
  - Eignung der Ware zum bestimmten Zweck, wenn ein solcher ausdrücklich oder konkludent zugesichert wurde (CISG 35 II b): Die Ware muss mit den öffentlichen Vorschriften übereinstimmen. Dabei haftet der Käufer, wenn die Ware nicht den öffentlichen Vorschriften seines Landes entspricht. Hingegen haftet der Verkäufer, wenn er (a) spezifisches Wissen besitzt, (b) der vertraglichen Verpflichtung unterliegt, Ware zu liefern, die mit den relevanten öffentlichen Vorschriften übereinstimmt oder (c) im Land des Verkäufers und des Käufers dieselben Vorschriften gelten.
  - Aufweisung der Eigenschaften der Probe bzw. des Musters, sofern nach Probe oder Muster verkauft wird (CISG 35 II c).
  - Branchenübliche Verpackung der Sache, welche einen angemessenen Schutz der Ware gewährleistet.
 Kannte der Käufer die Vertragswidrigkeit der Ware, haftet der Verkäufer nicht gemäss CISG 35 II (CISG 35 III).  
Der Verkäufer hat weiter die Sache unbelastet von Rechten oder Ansprüchen Dritter zu liefern (CISG 41 f.). Dabei reicht bereits die blosser Behauptung der Rechte Dritter für eine Haftung des Verkäufers. Die Rechte können sowohl dinglicher (bspw. Sicherungsrechte von Waren- oder Geldkreditgläubigern) als auch obligatorischer (bspw. Zurückbehaltungsrechte) Natur sein.  
Öffentlich-rechtliche Einschränkungen der Nutzbarkeit, bspw. Konsumenten- oder Umweltschutzvorschriften, fallen unter CISG 35 und sind daher Sachmängel.
- Zeitpunkt der Vertragsmässigkeit  
Die Ware muss die vertragsgemässe Beschaffenheit beim Gefahrenübergang aufweisen (CISG 36 I i.V.m. 66 ff.). Übernimmt der Käufer die Ware, trägt er die Beweislast für die Vertragswidrigkeit der Ware. Weist er die Ware hingegen zurück, muss der Verkäufer die Vertragsmässigkeit beweisen.

Der Verkäufer kann auch eine Garantie für die Haltbarkeit der Ware für eine bestimmte Zeit abgeben. Damit wird dem Käufer die Beweislast abgenommen, dass während der Garantiefrist auftretende Mängel ihre Ursache in Eigenschaften haben, die bereits bei Gefahrenübergang vorlagen.

## 7.) Rechtsbehelfe des Käufers (CISG 45)

Alle Rechtsbehelfe setzen voraus, dass der Verkäufer eine seiner Pflichten nicht erfüllt. Dabei wird von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung ausgegangen. Das Verschulden des Verkäufers ist irrelevant, selbst bei einem Schadensersatzanspruch des Käufers. Es besteht damit eine Garantiehafung des Verkäufers. Liegt jedoch ein unüberwindbarer Hinderungsgrund nach CISG 79 vor, wird er von seiner Schadensersatzpflicht befreit und kann in natura erfüllen. Dem Käufer bleiben jedoch die restlichen Rechtsbehelfe erhalten (CISG 79 V).

Der zentrale Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung findet sich in CISG 25. Zwar stellen auch bloss unbedeutende Abweichungen vom Vertrag eine Nichterfüllung dar, gewisse Rechtsbehelfe können jedoch erst bei wesentlicher Vertragsverletzung ausgeübt werden. Dabei ist die Vertragsverletzung wesentlich, wenn dem Käufer ein erheblicher Nachteil entsteht, ihm also das entgeht, was er aus dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Dieser Nachteil muss für die vertragsbrüchige Partei bzw. eine objektive Vergleichsperson grundsätzlich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussehbar gewesen sein.



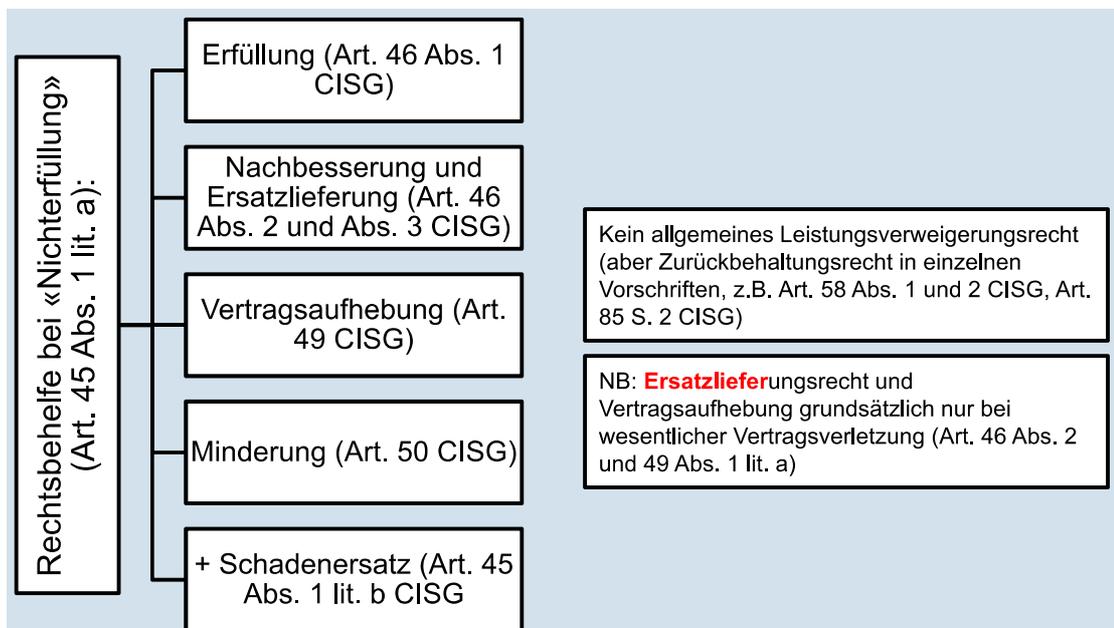
Der Käufer wird grundsätzlich auf den von ihm gewählten Rechtsbehelf behaftet, wenn der Verkäufer im Vertrauen auf die Entscheidung des Käufers Dispositionen getroffen hat.

### a) Voraussetzung: Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (CISG 38-40, 44)

#### - Untersuchung der Ware

Nach CISG 38 I hat der Käufer die Ware innerhalb einer solch kurzen Frist zu untersuchen, wie es die Umstände erlauben. Für die Bemessung der Frist sind die Umstände des Einzelfalls, die Art der Ware sowie die am Ort der Untersuchung gegebenen Möglichkeiten massgebend.

- Mängelrüge  
Der Käufer muss jegliche Art der Vertragswidrigkeit der Ware rügen. Dabei ist die Mitteilung nicht formbedürftig, Schriftlichkeit jedoch empfohlen. Die Mängelrüge reist auf Risiko des Empfängers, des Verkäufers (CISG 27). Der Käufer hat die Art der Vertragswidrigkeit genau zu substantiieren. Die Mängelrüge hat zudem innerhalb angemessener Frist zu erfolgen (CISG 39 I). Dabei werden die Umstände des Einzelfalls, die Art der Ware sowie die im konkreten Fall beanspruchte Untersuchungsfrist berücksichtigt. Gemäss CISG 39 II muss die Mängelrüge spätestens innerhalb von zwei Jahren nach Übergabe der Ware erfolgen. Dies stellt eine absolute Verwirkungsfrist dar. Die Parteien können die Untersuchungs- und Rügefristen vertraglich abändern, bspw. durch eine längere Garantiefrist.
- Folgen der Fristversäumung  
Die Versäumung der Mängelrüge führt zum Verlust sämtlicher Rechtsbehelfe des Käufers. Bei vernünftiger Entschuldigung verbleibt dem Käufer jedoch das Recht auf Minderung und auf Schadenersatz ohne entgangenen Gewinn (CISG 44). Der Verkäufer verliert sein Recht, sich auf die Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers zu berufen, wenn er die Vertragswidrigkeit kannte und dem Käufer diese nicht offenbart hat (CISG 40).



## b) Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche (CISG 46)

Hat der Verkäufer noch nicht geliefert, kann der Käufer nach CISG 46 I die Erfüllung verlangen. Wurde geliefert, hat der Käufer Anspruch auf Nachbesserung (CISG 46 III) sowie auf Ersatzlieferung (CISG 46 II).

- Erfüllungsanspruch (CISG 46 I)  
Vorausgesetzt ist die Nichtlieferung bei Fälligkeit. Der Erfüllungsanspruch ist jedoch ausgeschlossen, wenn
  - der Käufer einen Rechtsbehelf ausgeübt hat, der mit dem Erfüllungsanspruch unvereinbar ist.
  - der Verkäufer nach CISG 79 f. wegen Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit wird.
 Gemäss CISG 28 muss ein Gericht, dass nach seinem eigenen Recht eine Entscheidung auf Realerfüllung bei gleichartigen Kaufverträgen nicht fällen würde, dies auch unter dem CISG nicht tun.
- Anspruch auf Ersatzlieferung (CISG 46 II)

Vorausgesetzt ist eine wesentliche Vertragsverletzung (CISG 25). Die Abweichung muss so gravierend sein, dass es dem Käufer nicht zuzumuten ist, die Ware trotz seines Mangels zu behalten und sich mit Minderung oder Schadensersatz abzufinden. Berücksichtigt werden dabei der Verwendungszweck der Ware, das Ausmass der Qualitätsabweichung sowie vertraglich spezifische Eigenschaften der Kaufsache. Der Anspruch auf Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist nach Anzeige des Mangels geltend gemacht werden. Zudem setzt die Ersatzlieferung voraus, dass der Käufer die ursprünglich gelieferte vertragswidrige Ware zurückgeben kann (CISG 82 I). Lässt sich der Mangel sowohl durch Nachbesserung wie auch durch Ersatzlieferung beheben und wählt der Käufer die Ersatzlieferung, kann der Verkäufer den Anspruch innert Frist gemäss CISG 48 I durch Nachbesserung abwehren. Sind die Voraussetzungen erfüllt, hat der Käufer Anspruch auf Austausch der nicht vertragsmässigen gegen vertragsgemässe Ware. Die Kosten des Transport der Ersatzware und der Aufbewahrung der mangelhaften Ware (CISG 86 f.) sind vom Verkäufer zu tragen. Zudem sind dem Käufer alle anderen Nachteile zu ersetzen, die ihm durch die Fehlerhaftigkeit der ersten Lieferung entstanden sind, sofern diese nicht durch Ersatzlieferung behoben werden können.

- Anspruch auf Nachbesserung (CISG 46 III)

Vorausgesetzt ist, dass die Nachbesserung dem Verkäufer zuzumuten ist und dass der Käufer seinen Anspruch entweder mit Mängelrüge oder innerhalb angemessener Frist geltend gemacht hat. Zumutbarkeit für den Verkäufer liegt vor, wenn zwischen den Interessen des Käufers und dem Aufwand des Verkäufers keine zu grosse Divergenz besteht. Bei objektivem Missverhältnis ist die Nachbesserung unzumutbar. Dies ist der Fall, wenn die Nachbesserung für den Verkäufer unverhältnismässig kostspielig ist. Bei objektiv erheblichen Mängeln kann der Käufer dann zwischen Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung wählen, bei minder gewichtigen Mängeln zwischen Schadenersatz und Minderung. Die Art und Weise der Nachbesserung ergeben sich aus dem konkreten Mangel. Dabei steht die Wahl der Mittel dem Verkäufer zu. Die Ware ist grundsätzlich am Bestimmungsort nachzubessern. Muss die Sache zur Reparatur in eine Werkstatt des Verkäufers geschafft werden, muss der Verkäufer den Transport organisieren. Er trägt Kosten und Gefahr der Nachbesserung. Die Nachbesserung hat innert angemessener Frist zu erfolgen.

### c) **Vertragsaufhebung (CISG 49)**

- Voraussetzungen

- Wesentliche Vertragsverletzung (CISG 49 I a): Die Nichterfüllung einer Pflicht des Verkäufers muss eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen. Dabei geht es oft um die Lieferung nicht vertragsgemässer Ware. Eine Spätlieferung stellt grundsätzlich keine Vertragsverletzung dar. Aus dem Vertrag oder aus den Umständen kann jedoch ein besonderes Interesse des Käufers an der Einhaltung des Liefertermins festgestellt werden, womit auch die Spätlieferung ausnahmsweise unter CISG 49 I a fällt.
- Nachfristsetzung für die Lieferung (CISG 49 I b i.V.m. 47 I): Der Käufer hat eine angemessene Nachfrist zu setzen und darf erst nach dessen furchtlosem Ablauf den Vertrag aufheben. Bei der Nichtlieferung wird der Käufer vom Nachweis einer wesentlichen Vertragsverletzung entbunden.
- Erklärung der Vertragsaufhebung (CISG 26): Die Erklärung kann formlos und deshalb auch mündlich oder konkludent erfolgen. Die Formulierung ist nebensächlich, es muss bloss klar sein, dass der Käufer wegen der Vertragsverletzung nicht mehr zur Vertragserfüllung bereit ist.

- **Erklärungsfrist:** Die Frist beginnt mit der (sorgfältsmässigen) Kenntnis der Vertragsverletzung durch den Käufer zu laufen. Die Frist wird durch das Absenden der Mitteilung gewahrt. Das Risiko des Verlusts, der Verzögerung oder der Entstellung auf dem Übermittlungsweg trägt der Verkäufer (CISG 27). Ist der Liefertermin verstrichen und die Lieferung noch nicht erfolgt, kann der Käufer beliebig lange mit der Ausübung seines Rechts auf Vertragsaufhebung abwarten. Möchte der Verkäufer Klarheit, kann er ihm nach CISG 49 II und III seine Lieferbereitschaft unter Fristennennung anzeigen. Daraufhin hat der Käufer gegebenenfalls zu reagieren. Wurde die Ware nach Verstreichen des Liefertermins geliefert, muss der Verkäufer die Vertragsaufhebung innerhalb angemessener Frist erklären (CISG 49 II a). Bei anderen Vertragsverletzungen, bei welchen die Lieferung an sich erfolgt ist, muss die Vertragsverletzung wesentlich sein und der Mangel ordnungsgemäss gerügt werden. Die Vertragsaufhebung muss innert angemessener Frist gemäss CISG 47 II b erklärt werden. Versäumt der Käufer die Frist, verliert er sein Recht zur Vertragsaufhebung. Die Rechte auf Minderung und auf Schadensersatz bleiben ihm jedoch noch erhalten.
- **Rechtsfolgen**  
Durch die Vertragsaufhebung erlöschen die beidseitigen Leistungspflichten (CISG 81 I) und bereits erbrachte Leistungen sind zurückzugeben (CISG 81 II). Hat der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuzahlen, hat er ihn zu verzinsen (CISG 84 I).

#### **d) Minderung (CISG 50)**

Bei der Minderung wird der Kaufvertrag an die nicht vertragsgemässe Ware angepasst. Der Preis wird so herabgesetzt, als ob von vornherein die weniger wertvolle Ware Vertragsgegenstand gewesen wäre. Minderung kann nicht verlangt werden, sofern der Mangel gemäss CISG 37 oder 48 behoben wird.

- **Voraussetzungen**  
Gemäss CISG 50 muss eine nicht vertragsgemässe Ware nach CISG 35 geliefert worden sein. Dabei reicht eine objektive Vertragswidrigkeit der Ware. Unerheblich ist zudem, ob der Mangel nach CISG 25 wesentlich oder geringfügig ist. Der Mangel muss unter CISG 40 und 44 rechtzeitig und substantiiert gerügt werden (CISG 39).  
Die Minderung ist ein einseitiges, nicht fristgebundenes Recht des Käufers, welches er durch formfreie Erklärung ausüben kann.
- **Berechnung**  
Nach der proportionalen Berechnung hat sich der herabgesetzte Kaufpreis zum vertraglichen Kaufpreis so zu verhalten wie der Wert der gelieferten Ware zum hypothetischen Wert der vertragsgemässen Ware. Massgeblicher Zeitpunkt für die Wertbestimmung ist dabei derjenige Zeitpunkt, in dem der Käufer die Ware übernehmen musste.  
Im CISG ist eine Herabsetzung des Kaufpreises auf Null möglich, anders als im schweizerischen Recht!
- **Rechtsfolgen**  
Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt, verlangt er eine entsprechende Kürzung des Kaufpreises und kann gegen die Kaufpreisklage des Verkäufers Einrede erheben. Hat der Käufer bereits bezahlt, kann er den zu viel bezahlten Betrag verzinst zurückfordern.  
Die Rechtsbehelfe sind – mit Ausnahme des Schadensersatzanspruchs - nicht kombinierbar!

### e) Zurückbehaltungsrecht

Das CISG enthält kein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht bei Vertragsverletzungen. Ein solches Zurückbehaltungsrecht wird jedoch in einzelnen Bestimmungen vorgesehen (CISG 58 I und II oder 85). Dabei kann das Zurückbehaltungsrecht auf die gewichtige Nichterfüllung aller Pflichten ausgedehnt werden.

### f) Schadensersatz (CISG 45 I b sowie 51 f.)

#### - Garantiehafung des Verkäufers

Der Schadensersatzanspruch ist gemäss CISG 45 I b verschuldensunabhängig und besteht auch ohne vertragliche Garantiezusage. Die Haftung ergibt sich bloss aus der Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht. Der Schadensersatzanspruch kann jedoch vertraglich wegbedungen werden.

#### - Kombination mit anderen Rechtsbehelfen

Nach CISG 45 II kann der Käufer den Schadensersatzanspruch mit seinen anderen Rechtsbehelfen nach CISG 46-52 kombinieren.

#### - Entlastung des Schuldners

Gemäss CISG 79 I haftet der Schuldner nicht, wenn er die Vertragsverletzung vernünftigerweise nicht beherrschen konnte, diese nicht vorhersehbar war und das Leistungshindernis ausserhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegt. Dabei erstreckt sich CISG 79 I auch auf anfängliche Leistungshindernisse.

Ein Geldmangel ist grundsätzlich überwindbar (Geld hat man zu haben). Stellt der Verkäufer die Ware selbst her, gehört der Herstellungsbereich inklusive der Beschaffung des Rohmaterials in seinen verantwortlichen Herrschaftsbereich. Bei einem marktbezogenen Gattungskauf hat der Verkäufer in der Regel für die Unmöglichkeit der Lieferung einzustehen; er trägt das Beschaffungsrisiko. Wirtschaftliche Unmöglichkeit entlastet nur in seltenen Ausnahmefällen. Auch bei der Lieferung vertragswidriger Ware wird die Entlastung des Verkäufers die Ausnahme bleiben.

Grundsätzlich haftet der Verkäufer stets für seine Hilfspersonen. Er kann sich nur von der Pflichtverletzung des Dritten befreien, wenn die Entlastungsvoraussetzungen kumulativ für ihn und den Dritten vorliegen (CISG 79 II).

Hat die andere Partei die Nichterfüllung der Pflicht selbst verursacht, kann sich der Schuldner vollständig entlasten (CISG 80).

#### - Berechnung des Schadens (CISG 74 ff.)

Ersatzfähig ist nur den in Geld berechenbare materielle Schaden inkl. Entgangenem Gewinn (CISG 74 I). Der Gläubiger ist so zu stellen, als ob der Vertrag vertragsgemäss erfüllt worden wäre. Dabei ist nur derjenige Schaden zu ersetzen, der hätte vorausgesehen werden können. Diese Vorhersehbarkeitsregel ermöglicht den Parteien, das Risiko des Vertragsbruchs abzuschätzen. Die Zusicherung eines bestimmten Verwendungszwecks erhöht das Haftungsrisiko, konkrete Produktbeschreibungen oder Haftungsbeschränkungen reduzieren es. Zum Schadensersatz gehören auch die üblichen Reparatur- oder Rücktransportkosten. Entgangene Weiterverkaufsgewinne sind nach der normalen Marge zu ersetzen. Vergeblich aufgewandte Kosten sind bis zur Höhe des zu erwartenden und voraussehbaren Gewinns zu ersetzen.

Bei Mangelfolgeschäden wird auf die bestimmungsgemässe Verwendung der Kaufsache abgestellt.

Die Partei, welche wegen eines Vertragsbruchs Ansprüche geltend macht, trägt die Pflicht zur Schadensminderung (CISG 77).

Hat der Gläubiger den Vertrag nach CISG 49 aufgehoben, ist sein Nichterfüllungsschaden einfach zu berechnen. Konkret kann der Schadensberechnung durch Differenz zwischen dem im Vertrag vereinbarten

Preis und dem Preis des Deckungsgeschäfts berechnet werden (CISG 75),  
abstrakt anhand des Marktpreises (CISG 76).

## **8.) Nacherfüllungsrecht des Verkäufers**

Nach CISG 48 I ist der Verkäufer auch nach Verstreichen des Liefertermins berechtigt, die Vertragsverletzung zu beseitigen und damit den Vertrag zu erfüllen. Das Recht des Käufers zur Vertragsaufhebung geht aber dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers vor. Trotzdem kann der Käufer von seinem Recht nur Gebrauch machen, wenn der Verkäufer von seinem Nacherfüllungsrecht innerhalb angemessener Frist nach der Mängelanzeige keinen Gebrauch macht.

Regelmässig weiss der Verkäufer nicht, welchen Rechtsbehelf der Käufer wählen wird.

Nach CISG 48 II-IV kann der Verkäufer ein Angebot auf Mängelbeseitigung stellen, welchem der Käufer unverzüglich widersprechen muss, wenn er es zurückweisen möchte. Damit kann der Verkäufer seine Ungewissheit beseitigen.

### **a) Behebung des Mangels**

Der Mangel kann durch Nachlieferung von fehlenden Teilen oder Fehlmengen, durch Ersatzlieferung beim Gattungskauf oder durch Reparatur behoben werden. Beim Spezialeskauf kann eine fehlerfreie Sache geliefert werden, wenn diese wirtschaftlich einer vertretbaren Sache entspricht.

Dabei muss der Mangel stets vollständig behoben werden. Wie dies der Verkäufer tut ist seiner Wahl überlassen, er besitzt ein Wahlrecht. Unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit des Käufers kann der Verkäufer auch mehrere Nacherfüllungsversuche unternehmen. (Bspw. Zuerst Nachbesserung, danach Ersatzlieferung).

Die Kosten der Nacherfüllung trägt alleine der Verkäufer. Er hat dem Käufer selbst Kosten zu erstatten, die diesem durch die Beseitigung des Mangels entstehen.

### **b) Zumutbarkeit**

Die Nachbesserung hat ohne unzumutbare Verzögerung durchgeführt zu werden und darf keine unzumutbaren Unannehmlichkeiten verursachen. Der Käufer darf zudem nicht in Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen gelassen werden. Die Unzumutbarkeit trifft nicht erst ein, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung angenommen werden kann. Die Belastungen müssen also nicht geradezu unerträglich sein, jedoch gravierender als bloss geringfügig. Abgestellt wird auf eine objektive Käuferperspektive.

### **c) Rechtsfolgen**

Ist die Nacherfüllung erfolgreich, ist die Vertragsverletzung behoben und alle weiteren Rechtsbehelfe des Käufers erlöschen, mit Ausnahme des Schadensersatzanspruches nach CISG 48 I.

Scheitert die Nacherfüllung hingegen, stehen dem Käufer alle weiteren Rechtsbehelfe des CISG 45 I wieder zur Verfügung.

## **9.) Pflichten des Verkäufers (CISG 53 ff.)**

### **a) Zahlung des Kaufpreises**

Der Kaufpreis bestimmt sich primär nach dem Kaufvertrag. Ist er nicht bestimmbar, gilt nach CISG 55 die sog. Marktpreisregel. Es wird vermutet, dass die Parteien vom marktüblichen Preis ausgehen.

Zur Zahlung des Kaufpreises gehören auch alle Massnahmen und Handlungen, welche für die Durchführung der Zahlung erforderlich sind (CISG 54).

Als Zahlungsmittel kommt neben Bargeld auch die bargeldlose Überweisung infrage. Checks muss der Verkäufer jedoch grundsätzlich nicht annehmen. Zudem ist es

primär Sache der Parteien, die Währung zu bestimmen. Fehlt eine solche Regelung bestimmt sich die Währung nach CISG 9.

Der Zahlungsort wird in CISG 57 geregelt. Dieser ist der Ort der Niederlassung des Verkäufers (Bringschuld) oder der Ort der Übergabe.

Die Zahlung des Kaufpreises hat grundsätzlich nach CISG 58 I Zug um Zug mit der Lieferung der Ware oder der Dokumente zu erfolgen. Bei der Bringschuld und beim Versendungskauf entsteht die Zahlungspflicht mit Eintreffen der Ware am Bestimmungsort.

### **b) Annahme der Ware**

Gemäss CISG 60 besitzt der Käufer die Pflicht, die Ware (physisch) zu übernehmen. Dazu gehört auch das Entladen der Ware und bei der Holschuld das Organisieren des Transports.

Zudem hat der Käufer alle Handlungen vorzunehmen, die vernünftigerweise von ihm erwartet werden können, damit der Verkäufer die Lieferung vollziehen kann.

Hat der Käufer die Pflicht, die Ware zu spezifizieren, muss er dies als Teil seiner Abnahmepflicht tun. Unterlässt er dies, kann der Verkäufer nach CISG 65 die Spezifikation selbst vornehmen.

Mit der Annahme der Ware anerkennt der Käufer zwar nicht deren Vertragsgemässheit, er trägt jedoch die Beweislast für eine Vertragswidrigkeit.

### **c) Weitere Pflichten**

Weitere Pflichten können auf Handelsbräuchen beruhen (CISG 9 I) oder sich aus dem Vertrag ergeben. Bspw. ergeben sich Vertriebs-, Preis- oder Ausschliesslichkeitsbindungen.

## **10.) Rechtsbehelfe des Verkäufers**

CISG 61 I knüpft die Rechtsbehelfe des Verkäufers an die Nichterfüllung einer Käuferpflicht. Dabei entsprechen die Rechtsbehelfe des Verkäufers mutatis mutandis denjenigen des Käufers (CISG 61-65).

## **B) Schenkungsvertrag (OR 239-252)**

### **1.) Begriff**

Die Schenkung ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, mit dem eine Person einer anderen unter Lebenden eine Zuwendung aus ihrem Vermögen macht, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten (OR 239 I).

- Einseitig verpflichtend  
Lediglich der Schenker verpflichtet sich. Trotzdem handelt es sich um einen Vertrag, da der Beschenke die Schenkung annehmen muss, wenn diese auch stillschweigend erfolgen kann. Die Parteien müssen einen Rechtsbindungswillen haben, weshalb die Erfüllung einer sittlichen Pflicht (OR 239 III) oder das Erbringen einer Gefälligkeit oder die echte Geschäftsführung ohne Auftrag keine Schenkung darstellen.
- Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers  
Der Schenkungsvertrag ist auf Eigentumsübertragung bzw. auf Verschaffen der Inhaberschaft einer Forderung oder eines Recht gerichtet. Der Vermögenszuwachs beim Beschenkten muss kausal auf die Vermögensverminderung beim Schenker zurückgehen.
- Unentgeltlichkeit  
Die Zuwendung muss ohne Gegenleistung erfolgen. Sie darf bloss von einer Schenkungsabsicht getragen werden. Auflagen gelten nicht als Gegenleistung (OR 245 f.).
- Unter Lebenden  
Erfolgt die Zuwendung aus dem Nachlass des Schenkenden, liegt eine Zuwendung von Todes wegen vor. Diese muss den erbrechtlichen Formvorschriften genügen.

- Rechtsbindungswille
- Gegenstand der Schenkung  
Gegenstand der Schenkung kann alles sein, was auch Kaufgegenstand sein könnte. Die Erbringung einer unentgeltlichen Dienstleistung stellt damit keine Schenkung dar.

## 2.) Arten

### a) Schenkungsversprechen und Schenkung von Hand zu Hand

- Schenkungsversprechen  
Das Schenkungsversprechen ist das der Schenkung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft. Dieses bedarf bei Fahrnis und Forderungen der einfachen Schriftlichkeit, bei Grundstücken einer öffentlichen Beurkundung (OR 243 I und II). Ein mündliches Schenkungsversprechen ist trotz Annahme durch den Beschenkten ungültig. Die Verfügung über die Sache und der Vertragsabschluss fallen demgemäss auseinander.
- Handschenkung  
Die Schenkung von Hand zu Hand wird bei Fahrnis durch Besitzübergabe an den Beschenkten vollzogen. Das Verfügungsgeschäft fällt mit dem Verpflichtungsgeschäft zusammen. Der Schenkungsvertrag ist hierbei formfrei gültig.  
Eine Handschenkung bei Immobilien und dinglichen Rechten ist nicht möglich, da diese Schenkungsverträge eine öffentliche Beurkundung benötigen (OR 242 III i.V.m. 243 II) sowie einer Eintragung ins Grundbuch (OR 242 II).

### b) Schenkung unter Auflage und bedingte Schenkung

- Schenkungen unter Auflage  
Die Schenkung ist an eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht des Beschenkten geknüpft werden. Der Handlungsspielraum des Beschränkten wird dadurch eingeschränkt. Die Auflage muss vom Beschenkten angenommen werden (OR 246 I). Der Schenkungsvertrag ist jedoch unabhängig von der Erfüllung der Auflage gültig. Der Vollzug der Auflage kann jedoch als Nebenleistungspflicht klageweise geltend gemacht werden (OR 246 I und II). Erfüllt der Beschenkte in ungerechtfertigter Weise nicht, kann die Schenkung sogar widerrufen werden.
- Bedingte Schenkung  
Die Wirksamkeit der Schenkung wird vom Eintritt einer ungewissen zukünftigen Tatsache abhängig gemacht (OR 245 I i.V.m. 151 ff.). Es kann sich um eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung handeln.  
*Bsp.: Mutter verspricht der Tochter auf ihren Uniabschluss eine teure Kette. (Suspensivbedingung)*  
*Bsp.: Vater schenkt Sohn ein Auto, unter der Bedingung, dass dieser keine strassenverkehrsrechtliche Delikte begeht. (Resolutivbedingung)*
- Schenkungen mit Rückfallsrecht  
Der Schenkung behält sich nach OR 247 I das Recht vor, dass bei Vorversterben des Beschenkten die geschenkte Sache an ihn zurückfällt (Resolutivbedingung). Bei Grundstücken ist das Rückfallsrecht im Grundbuch einzutragen (OR 247 II i.V.m. 959).

### c) Schenkung von Todes wegen

Die Schenkung entfaltet ihre Wirkung erst im Nachlass des Schenkers. Deshalb müssen die erbrechtlichen Formvorschriften gewahrt werden.

#### **d) Gemischte Schenkung**

Die Zuwendung erfolgt nicht völlig unentgeltlich. Der Beschenkte erbringt bewusst eine Gegenleistung, welche jedoch erheblich tiefer ist als der Verkehrs- oder Ertragswert der geschenkten Sache. Es liegt damit eine Mischung zwischen Schenkungs- und Kaufvertrag vor. Die schenkungsrechtlichen Vorschriften werden dabei auf den gesamten Innominatkontrakt angewendet, wenn der Schenker in Schenkungsabsicht handelt.

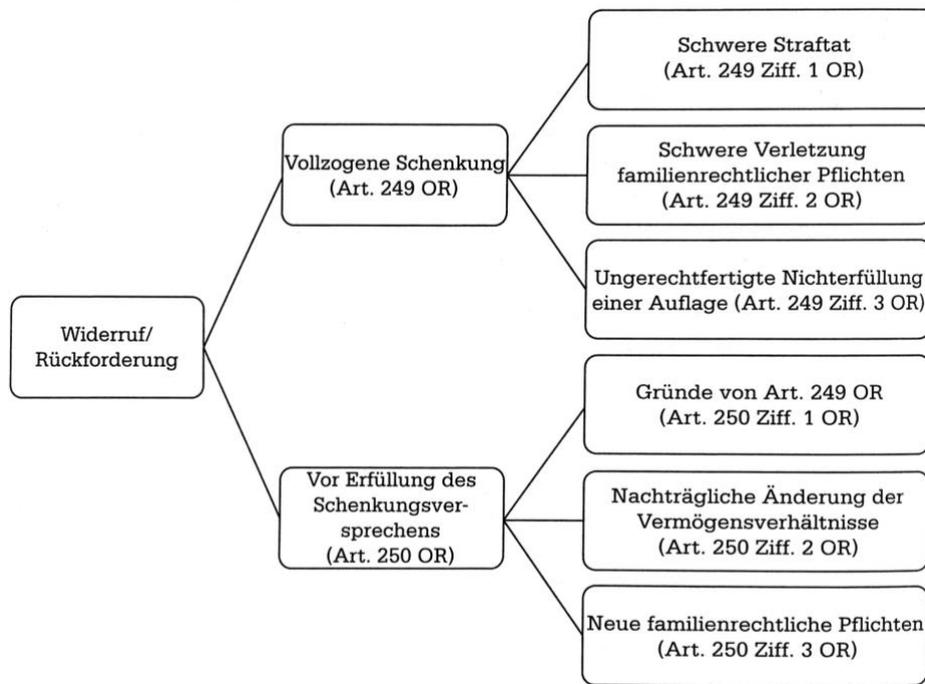
### **3.) Gültigkeitsvoraussetzungen**

- Form  
Grundsätzlich gilt Formlosigkeit. Ein Schenkungsversprechen muss jedoch bei Fahrnis die Schriftform (OR 243 I), bei Grundstücken die öffentliche Beurkundung (OR 243 II) wahren. Schenkungen von Todes wegen müssen die erbrechtlichen Formen beachten.
- Handlungsfähigkeit des Schenkers  
Der Schenker muss nach OR 240 I i.V.m. ZGB 17 ff. handlungsfähig sein. Der Handlungsunfähige (Unmündige oder Entmündigte) kann nur übliche Gelegenheitschenkungen ausrichten (OR 240 II i.V.m. ZGB 305 i.V.m. ZGB 408). Dasselbe gilt für gesetzliche Vertreter zulasten ihrer Kindern bzw. für den Beistand zulasten der verbeiständeten Person (ZGB 412 I). Aus dem Arbeitserwerb oder Taschengeld kann auf ein handlungsunfähiger Schenker ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schenken (OR 323 I).
- Urteilsfähigkeit des Beschenkten  
Der Beschenkte muss lediglich urteilsfähig sein (OR 241 I i.V.m. ZGB 19 II). Der gesetzliche Vertreter kann die Annahme einer Schenkung untersagen oder die Rückgabe einer Sache anordnen (OR 241 II). Ein Urteilsunfähiger kann nur mit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters eine Schenkung erwerben.
- Weitere Schenkungsschranken  
Die schenkungsweise Entäusserung der Familienwohnung wird von der Zustimmung des Ehegatten abhängig gemacht (OR 169 I). Schenkungen während 5 Jahren vor dem Tod unterliegen der erbrechtlichen Herabsetzungsklage (ZGB 527 Ziff. 3).

### **4.) Rechtsfolgen**

Der Beschenkte hat Anspruch auf Erfüllung, d.h. auf Übertragung des Schenkungsgegenstands. Bei Nicht- oder Schlechterfüllung stehen ihm die Rechtsbehelfe von OR 97 ff. zur Verfügung. Nicht aber OR 107 ff, da ein Synallagma fehlt. Der Anspruch richtet sich bei Tod des Schenkers gegen dessen Erben. Widerkehrende Leistungen erlöschen jedoch grundsätzlich mit dem Tod des Schenkers (OR 252).

- Haftung und Gewährleistung  
Die Haftung des Schenkers beschränkt sich auf die absichtliche und grobfahrlässige Schadenszuführung (OR 248 I). Gewährleistung für die geschenkte Sache besteht nur, wenn sie vertraglich vereinbart wurde (OR 248 II) oder der Schenker den Mangel arglistig verschwiegen hat (OR 199 analog).
- Wirkung des Widerrufs  
Dem Schenker werden in OR 249-251 verschiedene Widerrufsrechte gewährt. Diese wirken ex nunc und geben dem Schenker einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung des Schenkungsgegenstandes.



- Frist

Der Widerruf muss innerhalb eines Jahres erfolgen, nachdem der Schenker vom Widerrufsgrund Kenntnis erhielt (OR 251 I). Das Klagerecht kann im Todesfall auf die Erben üben

# Miete

---

## A) Elemente des Mietvertrags

### 1.) Begriff der Miete

Beim Mietvertrag überlässt der Vermieter dem Mieter eine bestimmte Sache für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Entgelt zum Gebrauch (OR 253). Der Mietvertrag gehört damit (neben Pacht & Leihe) zu den Gebrauchsüberlassungsverträgen. Es handelt sich um ein Dauerschuldverhältnis.

### 2.) Mietsache

Mietgegenstand ist eine zumindest der Gattung nach bestimmte bewegliche oder unbewegliche Sache.

Bezüglich der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (OR 253a) gelten bestimmte Vorschriften für Kündigungsfristen und -termine, Formerfordernisse und weitere mietrechtliche Schutzbestimmungen. Diese speziellen Schutzbestimmungen sind jedoch nach OR 253a II nicht auf Ferienwohnungen anwendbar, die für max. drei Monate gemietet werden.

### 3.) Gebrauchsüberlassung

Der Mieter besitzt das Recht, die Mietsache ungestört zu gebrauchen. Der zulässige Gebrauch ergibt sich dabei aus dem Vertrag und der Zweckbestimmung der Mietsache. Der Gebrauch umfasst auch Einrichtungen, die dem Mieter nicht ausschliesslich überlassen wurden. (*Bspw. Treppenhaus, Lift, Velokeller, ...*)

Die Schutzbestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen gelten gemäss OR 253a I auch für Nebensachen, die zusammen mit den Räumen überlassen werden. Für die Miete eines individuellen Parkplatzes sind die Bestimmungen über die Wohnräume hingegen nicht anwendbar. Es braucht dafür einen individuellen Zusammenhang zwischen dem Parkplatz und der Miete der Wohnung. Daher wird vorausgesetzt, dass die Nebensache nur zum Gebrauch überlassen wird, weil über die Hauptsache ein Mietvertrag besteht.

Der Mieter besitzt zudem nachbarrechtliche (ZGB 679/684) und besitzesrechtliche (ZGB 926-929) Ansprüche. Zudem hat er einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Bund, wenn dieser Rechte enteignet (EntG 5 I).

### 4.) Entgeltlichkeit

Die Miete ist begriffsnotwendig entgeltlich (OR 253). Dabei muss das Entgelt nicht zwingend Geld sein, es kann auch eine Sach- oder Dienstleistung sein. Der Mietzins muss bestimmt oder wenigstens objektiv bestimmbar sein. Herrscht keine Einigung über die Höhe des Mietzinses, ist kein Mietvertrag zustande gekommen.

Ist kein Mietzins geschuldet, liegt eine Leihe vor.

### 5.) Mietdauer

Der Mietvertrag ist ein Dauervertrag, wobei er befristet oder unbefristet sein kann.

#### - Befristeter Mietvertrag

Die Miete endet mit Ablauf einer vereinbarten Dauer ohne Kündigung (OR 255 II).

Dabei kann sich die zeitliche Begrenzung auch aus der Vereinbarung eines Ereignisses ergeben, mit welchem das Mietverhältnis beginnen oder enden soll.

Während der Vertragsdauer kann der Vertrag nur durch ausserordentliche Kündigung oder durch einen Aufhebungsvertrag aufgehoben werden. Ist die vereinbarte Dauer offensichtlich übermässig, ist der Vertrag persönlichkeitsrechtswidrig gemäss OR 20 i.V.m. 27.

- Unbefristeter Mietvertrag

Ein unbefristeter Mietvertrag kann durch Kündigung oder durch einen Aufhebungsvertrag beendet werden.

Im Zweifelsfall vermutet OR 255 III das Vorliegen eines unbefristeten Mietverhältnisses. Ein zeitlich unbegrenzter, weder befristete noch kündbare Mietvertrag („ewige Miete“) stellt eine übermässige Bindung der Vertragsparteien dar und ist daher nach OR 20 II teilnichtig: Der Richter hat die Vertragsdauer festzulegen.

## **B) Abgrenzungen**

### **1.) Pacht (OR 275 ff.)**

Der Verpächter überlässt dem Pächter die Sache oder ein nutzbares Recht nicht bloss zum Gebrauch, sondern auch zum Bezug der Früchte oder Ertragnisse. Der Pächter hat die Sache so zu erhalten und zu bewirtschaften, dass die den ihrer Natur nach möglichen Nutzen abwerfen kann.

Die Unterscheidung zur Miete ist vor allem bezüglich des Zahlungsrückstandes wichtig.

### **2.) Gebrauchsleihe (OR 305 ff.)**

Die Sache wird einem Dritten unentgeltlich zum Gebrauch überlassen. Dabei besteht keine Unentgeltlichkeit, wenn der Benützer eine Gegenleistung an einen Dritten erbringt oder zwar keinen Mietzins bezahlt, jedoch für allfällige Reparaturen und Unterhaltsarbeiten aufkommen muss, soweit diese über die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache (OR 307 I) hinausgehen.

### **3.) Darlehen (OR 312 ff.)**

Der Darleher überträgt das Eigentum an Geld oder anderen vertretbaren Sachen, welche verbraucht werden dürfen. Der Borger hat jedoch die Sache der gleichen Art in gleicher Menge zu rückerstatten (OR 312).

### **4.) Hinterlegung (OR 472 ff.)**

Der Hinterleger vertraut dem Aufbewahrer eine bewegliche Sache an, ohne dass der Aufbewahrer diese nutzen oder gebrauchen darf (OR 472 I i.V.m. 474 I). Die Hinterlegung ist grundsätzlich unentgeltlich (OR 472 II), es kann jedoch allenfalls eine Aufwandentschädigung gefordert werden (OR 473 I, 475 II).

### **5.) Wohnrecht (ZGB 776 ff.)**

Die Rechte des Mieters sind persönlicher Natur und deshalb nur gegenüber dem Vermieter wirkend. Ein Wohnrecht kann jedoch auch als beschränktes dingliches Recht ausgestaltet werden, womit ein Haus oder ein Teil desselben zu Wohnzwecken genutzt werden darf. Das Recht ist dann unübertragbar, unvererblich und kann sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich eingeräumt werden. Das dinglich wirkende Wohnrecht muss öffentlich beurkundet und ins Grundbuch eingetragen werden (ZGB 776 III i.V.m. 746 I). Es kann auch durch Vermächtnis, Erbvertrag oder im Rahmen einer Scheidung (ZGB 121 III) eingeräumt werden.

### **6.) Leasing und andere Innominatverträge**

➤ Kapitel 11

## **C) Zustandekommen des Mietvertrages**

Als Konsensualvertrag kommt der Mietvertrag mit Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte zustande.

Der Mietvertrag kann neben dem Eigentümer auch vom Besitzer derjenigen oder vom Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts (bspw. Nutzniesser) abgeschlossen werden. Parteien eines Mietvertrages können natürliche und juristische Personen,

Personengesellschaften oder öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten sein. Gemeinsame Mieter bildet notwendigerweise eine Streitgenossenschaft. Der Mietvertrag unterliegt keinen Formvorschriften. Schriftlichkeit ist jedoch aus Beweisgründen verkehrüblich.

Für die Ankündigung einer Mietzinserhöhung oder für die Kündigung müssen kantonale genehmigte Formulare verwendet werden (Formularpflicht). Einige Kantone schreiben dem Vermieter zudem vor, ein Formular für die Bekanntgabe des Anfangsmietzins und des geltenden Mietzins zu gebrauchen, wobei die Erhöhung des Mietzinses begründet werden muss.

Häufig werden Mieten durch vom Mieterverband oder Hauseigentümerverband zur Verfügung gestellte Formularverträge abgeschlossen. Die sich darin befindenden AGB unterliegen besonderen Auslegungsgrundsätzen. Nach OR 256 II a ist eine beschränkte Inhaltskontrolle der AGB zulässig.

Eine Familienwohnung kann nur mit dem Einverständnis beider Ehegatten vermietet oder untervermietet werden (ZGB 169 I). Ohne Zustimmung ist der Vertrag nach OR 20 nichtig. Im Übrigen sind die Regeln des OR AT auf den Vertragsschluss anwendbar.

## **D) Pflichten des Vermieters**

### **1.) Hauptpflichten**

#### **a) Übergabe und Unterhalt der Sache**

Gemäss OR 256 I hat der Vermieter die Mietsache zum vereinbarten Zeitpunkt in einen zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben. Fehlt eine Vereinbarung ist die Mietsache nach OR 757 sofort nach Abschluss des Mietvertrags zu übergeben.

Die Qualität des Mietobjekts ist Teil der vertraglichen Leistungspflicht des Vermieters. Der vertragsgemässe Zustand ergibt sich primär aus dem Verwendungszweck und sekundär aus dem bestimmungsgemässen bzw. üblichen Gebrauch des Mietobjekts. Dabei ist ein objektiver Massstab anzuwenden. Ist das Mietobjekt bei Übergabe mangelbehaftet, hat der Mieter Ansprüche aus OR 258. Darüber hinaus hat der Vermieter die Pflicht, die Sache während der gesamten Mietdauer im vertragsgemässen Zustand zu erhalten (OR 256 I). Ausgenommen ist nur der sog. „Kleine Unterhalt“, für welchen der Mieter nach OR 259 selbst aufkommen muss. Eine Verletzung der Unterhaltspflicht löst Mängelrechte des Mieters aus (OR 259a ff.).

*Bsp.: Baulärm und schwieriger Zugang zu einem Ferienhaus, Defekte Waschmaschine, Schmutziger Innenhof, ...*

#### **b) Abweichende Vereinbarungen**

Abweichende Übergabe- bzw. Unterhaltspflichten, welche sich zum Nachteil des Mieters auswirken, sind als Bestandteil von AGBs (OR 256 II a) oder in Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräumen (OR 256 II b) nichtig.

### **2.) Nebenpflichten**

Aus Vertrag, Gesetz oder nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann der Vermieter weitere Nebenpflichten besitzen. Dabei handelt es sich insbesondere um Auskunfts-, Schutz- und Obhutspflichten (bspw. OR 256a oder 256b).

## **E) Pflichten des Mieters**

### **1.) Hauptpflichten**

#### **a) Zahlung des Mietzinses und der Nebenkosten**

Gemäss OR 253 i.V.m. 257 ff. Hat der Mieter einen Mietzins zu bezahlen. Eine Pflicht zur Bezahlung von Nebenkosten muss besonders vereinbart werden (OR 257a II).

- Mietzins  
Mit dem Mietzins wird die Überlassung der Mietsache entschädigt, der Unterhaltsaufwand des Vermieters und die erforderlichen Investitionen finanziert sowie der Wertverlust durch die Nutzung abgegolten. Erfolgt die Mietzinszahlung (zumindest teilweise) nicht in Geld, ist abzuklären, ob allenfalls ein unzulässiges Koppelungsgeschäft vorliegt. Gemäss OR 254 liegt ein solches im Zusammenhang mit Wohn- oder Geschäftsräumen vor, wenn:
  - Der Mietvertrag von der Zustimmung zum Koppelungsgeschäft abhängig gemacht wird, d.h. das Koppelungsgeschäft unabdingbare Voraussetzung für das Mietverhältnis darstellt.
  - Die durch das Koppelungsgeschäft auferlegte Verpflichtung in keinem direkten Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache steht.  
Bsp.: — *Verpflichtung, rückwirkend eine Mietzinserhöhung zu bezahlen.*  
— *Verpflichtung, dem Vermieter eine Vollmacht über ein Bankkonto zu erteilen (Lastschriftverfahren).*  
— *Verpflichtung, Schulden des Vermieters zu übernehmen.*
- Nebenkosten  
Durch Nebenkosten werden Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen, entgolten (OR 257a I). Dazu gehören gemäss OR 257b I Aufwendungen für Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten sowie für öffentliche Abgaben. Der Vermieter ist verpflichtet, die tatsächlichen Nebenkosten mit Belegen nachzuweisen (OR 257b II).
- Zahlungstermine  
Gemäss OR 257c sind der Mietzins und die Nebenkosten grundsätzlich am Ende eines Monats fällig (Postnumerandozahlung). In der Praxis wird aber häufiger eine Pränumerandozahlung vereinbart (Fälligkeit am Monatsanfang). Der Mieter trägt das Verlust- und Verzögerungsrisiko, da Geldschulden Bringschulden sind (OR 74 II 1). Gerät der Mieter in Verzug, besitzt der Vermieter gemäss OR 257d ein ausserordentliches Kündigungsrecht.

## b) Rückgabe der Mietsache

Nach OR 267 hat der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietvertrags in demjenigen Zustand zurückzugeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt.

## 2.) Nebenpflichten

- Sorgfaltspflicht und Rücksichtnahme – OR 257f I und II  
Der Mieter hat die Sache sorgfältig zu gebrauchen und auf die Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht zu nehmen. Das Mass der Sorgfalt richtet sich dabei nach dem vertraglichen Verwendungszweck der Mietsache und den Umständen des Einzelfalls. Der Mieter haftet dabei für sein eigenes sowie für das Verhalten von Hilfspersonen (OR 101).  
Bsp.: *Beschädigung der Mietsache, Übermässige Abnutzung des Mietobjekts, Störung der Nachbarn, tätlicher Angriff oder schwere Gefährdung anderer Hausbewohner, ...*  
OR 257f verpflichtet zudem zum vertragsgemässen Gebrauch der Sache. Deshalb ist der Mieter bei zweckwidrigem Gebrauch auch schadensersatzpflichtig, wenn keine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt.  
Bei vertragswidrigem Gebrauch der Mietsache kann der Vermieter gemäss OR 97 ff. Schadensersatz geltend machen oder gemäss OR 257f II f. fristlos kündigen.
- Meldepflicht – OR 257g I  
Mängel, die der Mieter nicht selbst beseitigen muss, hat er dem Vermieter zu melden. Sofern möglich ist auch ein noch bevorstehender Mangel zu melden. Keine Meldepflicht besteht hingegen für Mängel, die der Vermieter oder seine Hilfsperson

kennen sollte. Unterlässt der Mieter die Meldung, ist er dem Vermieter nach OR 97 I für den daraus entstandenen Schaden schadensersatzpflichtig.

- Duldungspflicht – OR 257h I und II

Der Mieter hat Arbeiten an der Sache zu dulden, die zur Beseitigung von Mängeln oder der Vermeidung von Schäden notwendig sind. Zudem ist dem Vermieter die Besichtigung der Sache zu gestatten, soweit dies für den Unterhalt, den Verkauf oder die Weitervermietung notwendig ist.

- Kleiner Unterhalt – OR 259

Kleine Mängel hat der Mieter auf eigene Kosten zu beseitigen.

*Bsp.: Reparatur oder Ersatz von Steckdosen, Glühbirnen, Dichtungen, Schlössern, usw. bis zum Betrag von 100-150 CHF.*

Erfordert die Behebung des Mangels Fachwissen, fällt dieser nicht unter den kleinen Unterhalt. Im Zweifelsfall obliegt die Unterhaltungspflicht dem Vermieter. OR 259 ist bei Wohn- und Geschäftsraummietsachen einseitig zwingend.

- Gebrauchspflicht

Grundsätzlich trifft den Mieter keine Gebrauchspflicht. In beschränktem Umfang kann eine solche jedoch aus der Obhutspflicht des Mieters abgeleitet werden.

*Bsp.: Räume müssen auch bei Nichtgebrauch minimal beheizt werden.*

## **F) Erneuerung und Änderungen an der Mietsache**

Gemäss OR 260 f. ist eine Erneuerung oder Änderung der Mietsache während der Mietdauer grundsätzlich möglich, sofern die Interessen der Gegenpartei berücksichtigt und gewahrt werden. Die Bestimmungen sind einseitig zwingend, der Mieter kann nicht im Voraus auf die Rechte verzichten.

Während beim Unterhalt bloss Mängel behoben werden, greifen Erneuerungs- und Änderungsarbeiten in die Bausubstanz ein und bewirken eine Verbesserung oder Modernisierung der Mietsache. Die Unterscheidung ist relevant, da keine Verpflichtung zu Umbauarbeiten besteht und nur Umbauarbeiten eine Mietzinserhöhung rechtfertigen.

### **1.) Durch den Vermieter (OR 260)**

Erneuerungen und Änderungen durch den Vermieter sind zulässig, wenn sie für den Mieter zumutbar sind und wenn das Mietverhältnis nicht gekündigt ist (OR 260 I). Zudem müssen bei Ausführung der Arbeiten die Mieterinteressen berücksichtigt werden (OR 260 II). Ziel ist es, zu verhindern, dass der Mieter Unannehmlichkeiten erdulden muss, ohne in den Genuss der Vorzüge zu kommen.

*Bsp.: Mieter darf nicht „herausmodernisiert“ werden.*

Trotz Erneuerung oder Änderung muss die Mietsache im vertraglich vereinbarten Zustand erhalten bleiben. Die Zumutbarkeit beurteilt sich nach Art und Dauer des Mietverhältnisses, der Nützlichkeit der Änderung sowie den finanziellen Folgen für den Mieter.

### **2.) Durch den Mieter (OR 260a)**

Umbauten durch den Mieter können die Möglichkeit des Vermieters auf Weitervermietung der Mietsache einschränken. Deshalb darf der Mieter Erneuerungen oder Änderungen nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters vornehmen (OR 260a I). Die Zustimmung hat zur Folge, dass der Vermieter die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands nur verlangen kann, wenn dies schriftlich vereinbart wurde (OR 260a II). Dabei ist OR 260a zwingend, weshalb keine strengeren Formvorschriften vereinbart werden dürfen.

Der Mieter kann eine Entschädigung verlangen, sofern bei Ende des Mietverhältnisses noch ein erheblicher Mehrwert besteht (OR 260a III).

## G) Wechsel des Eigentümers

Gemäss OR 261 I geht bei Eigentumsübergang das Mietverhältnis oder ein beschränktes dingliches Recht auf den neuen Eigentümer über.

⇒ Kauf bricht Miete nicht

Grundsätzlich kann der neue Vermieter jedoch auf den nächsten Kündigungstermin mit gesetzlicher Kündigungsfrist kündigen (OR 261 II b). Bei Wohn- oder Geschäftsräumen ist eine Kündigung jedoch nur möglich, wenn dringender Eigenbedarf nachgewiesen wird (OR 261 II a). Erfolgt die Kündigung vor den Fristen, ist der bisherige Vermieter für den entstandenen Schaden haftbar (OR 261 III).

Der Mieter eines Grundstücks kann sein Mietverhältnis im Grundbuch vormerken lassen (OR 261b I). Damit stellt er die vertragsgemässe Nutzung auch bei einem Eigentümerwechsel sicher (OR 261b II, ZGB 959 II).

## H) Kein Ausschluss der Verrechnung im Voraus

Die Parteien können nicht im Voraus auf eine Verrechnung der Forderungen aus dem Mietverhältnis verzichten (OR 265). Erst wenn eine Forderung entstanden ist, kann auf eine Verrechnung verzichtet werden.

## I) Beendigung des Mietverhältnisses

### 1.) Ordentliche Beendigung des Mietverhältnisses

#### a) Befristete Mietverhältnisse

Das befristete Mietverhältnis endet ohne Kündigung mit dem Ablauf der vertraglich vereinbarten Dauer (OR 266 I). Wird das Mietverhältnis stillschweigend fortgesetzt, wird ein neues unbefristetes Mietverhältnis begründet (OR 266 II).

Kettenmietverträge, wobei mehrere befristete Mietverträge aufeinanderfolgen, sind grundsätzlich zulässig, sofern kein Rechtsmissbrauch vorliegt. Ein solcher liegt vor, wenn kein objektiver Grund die Kette von Verträgen rechtfertigt.

#### b) Unbefristete Mietverhältnisse

Ein unbefristetes Mietverhältnis kann unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine durch beide Parteien gekündigt werden (OR 266a I). Der Kündigungstermin ist der Zeitpunkt, auf welchen das Mietverhältnis wirksam aufgelöst werden kann. Die Kündigungsfrist bezeichnet die Zeitspanne, die zwischen dem Kündigungszugang und dem Kündigungstermin liegen muss. Diese Fristen können durch Vertrag verlängert, nicht aber verkürzt werden. Die Kündigungstermine sind grundsätzlich frei vereinbar.

Es gelten unterschiedliche gesetzliche Fristen und Termine:

- Unbewegliche Sachen und Fahrnisbauten (OR 266b)  
Mit einer Frist von drei Monaten kann auf einen ortsüblichen Termin oder ansonsten auf das Ende einer sechsmonatigen Dauer gekündigt werden.
- Wohnungsmiete (OR 266c)  
Kündigung kann nach einer Frist von drei Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder ansonsten auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer erfolgen.
- Geschäftsräume (OR 266d)  
Es gilt eine Frist von sechs Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer.
- Möblierte Zimmer (OR 266e)  
Mit einer Frist von zwei Wochen kann auf Ende einer einmonatigen Mietdauer gekündigt werden.
- Bewegliche Sachen (OR 266f)  
Kündigung kann nach einer Frist von drei Tagen auf einen beliebigen Zeitpunkt erfolgen.

Eine ordentliche Kündigung kann auch zusammen mit einer ausserordentlichen Kündigung ausgesprochen werden, für den Fall, dass diese ungültig ist.

## **2.) Ausserordentliche Beendigung des Mietverhältnisses**

Unter besonderen Voraussetzungen kann ein Mietverhältnis auch bereits vor dessen ordentlichem Ablauf beendet werden. Dies gilt sowohl bei befristeten wie auch bei unbefristeten Mietverhältnissen.

Eine ausserordentliche Kündigung erlaubt das Gesetz im Mietrecht nur in bestimmten Fällen. Ist ein geltend gemachter Kündigungsgrund nicht gegeben, wird die Kündigung in eine ordentliche Kündigung umgewandelt. Ist hingegen bloss die Kündigungsfrist oder der Kündigungstermin nicht eingehalten, erfolgt die Kündigung gemäss OR 266a II auf den nächstmöglichen Kündigungstermin.

### **a) Kündigung infolge Zahlungsrückstand - OR 257d**

Der Vermieter kann dem Mieter ausserordentlich kündigen, wenn sich dieser mit der Zahlung des Mietzinses oder der Nebenkosten im Verzug befindet. Der Mieter fällt dabei automatisch mit Nichtbezahlung in Verzug (OR 102 II), eine Mahnung ist nicht notwendig. Jedoch muss der Vermieter dem Mieter eine Zahlungsaufforderung mit ausdrücklicher Kündigungsandrohung zustellen.

Die Frist beträgt 10 Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen 30 Tage. Zahlt der Mieter nicht innert dieser Frist, kann der Vermieter fristlos bzw. mit einer Frist von 30 Tagen auf das Ende eines Monats kündigen. Bei erfolgreicher Kündigung schuldet der Mieter dem Vermieter zudem Schadensersatz.

Der Vermieter verstösst hingegen gegen Treu und Glauben, wenn er dem Mieter die Kündigung androht, bevor er Gewissheit über dessen Nichtbezahlung besitzt. Auch ein bloss (nach objektiven Kriterien) geringfügiger Teilbetrag im Verzug reicht nicht für eine ausserordentliche Kündigung aus.

### **b) Kündigung infolge Verletzung der Sorgfaltspflicht - OR 257f**

Verletzt der Mieter seine Sorgfaltspflicht oder gebraucht er die Sache nicht vertragsgemäss, kann der Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen ausserordentlich kündigen. Die Vertragsbeendigung setzt eine (1) schwere Pflichtverletzung voraus, die sich (2) wiederholt / andauert, und welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter (3) unzumutbar macht.

*Bsp.: Die Untermiete ohne Zustimmung und bei Vorliegen eines Verweigerungsgrund von OR 262 II stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar.*

Der Vermieter hat den Mieter unter Bezugnahme auf die konkrete Pflichtverletzung schriftlich zu ermahnen. Begeht der Mieter eine erneute Pflichtverletzung, kann der Vermieter ihm fristlos bzw. bei Wohn- und Geschäftsräumen nach einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen.

Bei Wohn- und Geschäftsräumen ist dabei das amtliche Formular zu verwenden (VMWG 9). Eine fristlose Kündigung ist auch dann möglich, wenn der Mieter der Mietsache vorsätzlich schweren Schaden zugefügt hat (OR 257f IV).

Bei erfolgreicher Kündigung besitzt der Vermieter einen Schadensersatzanspruch gemäss OR 97. Dieser erstreckt sich auf den Schaden infolge der Sorgfaltspflichtverletzung sowie auf den durch die vorzeitige Vertragsauflösung entstehenden Mietzinsausfall, sofern das Objekt nicht sofort weitervermietet werden kann.

### **c) Kündigung aus wichtigen Gründen - OR 266g**

Beide Parteien können das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Termin kündigen, wenn wichtige Gründe die Vertragserfüllung unzumutbar machen. OR 266g ist damit ein gesetzlich geregelter Fall der *clausula rebus sic stantibus* und stellt einen Auffangtatbestand dar.

Wichtige Gründe sind objektiv schwerwiegende, aussergewöhnliche, bei Vertragsabschluss unbekannt und unvorhersehbare Umstände, welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar machen. Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit wird die Situation im Zeitpunkt der Kündigung mit derjenigen im Zeitpunkt des Vertragsabschluss verglichen, Art und Schwere des wichtigen Grundes, die Zeitspanne zwischen dem Eintritt des wichtigen Grundes und der Kündigungserklärung sowie die verbleibende Mietdauer berücksichtigt. Der Grund darf in keinem Fall von der kündigenden Partei verschuldet sein.

*Bsp.: Persönlicher Streit zwischen Vermieter und Mieter als wichtiger Grund.*

In der Kündigung müssen die wichtigen Gründe angegeben werden. Auf Verlangen des Mieters müssen diese zudem präzisiert werden (OR 271 II).

Die vermögensrechtlichen Folgen werden vom Gericht unter Würdigung aller Umstände geregelt. Dabei ist eine Entschädigung nur dann zu leisten, wenn dies billig erscheint.

Eine Kündigung aus wichtigem Grund können die Parteien vertraglich weder ausschliessen noch erschweren.

**d) Kündigung infolge Konkurs des Mieters - OR 266h**

Der Konkurs des Mieters führt nicht automatisch zur Beendigung des Mietverhältnisses. Es erlaubt aber dem Vermieter, Sicherheiten für die künftigen Mietzinse zu verlangen. Dabei müssen bei befristeten Mietverträgen der Mietzins und die Nebenkosten bis zum Vertragsende, bei unbefristeten Mietverträgen bis zum ersten ordentlichen Kündigungstermin gedeckt werden. Werden die Sicherheiten nicht innert angemessener Frist geleistet, kann der Vermieter fristlos kündigen. Für Mietzinse, die bei Konkurseröffnung bereits fällig sind, muss der Vermieter gestützt auf OR 257d (Zahlungsverzug) vorgehen.

OR 266h ist absolut zwingendes Recht.

**e) Kündigung wegen Mängeln an der Mietsache - OR 259b a**

Der Mieter kann ausserordentlich kündigen, wenn die Mietsache mit schweren Mängeln behaftet ist und diese nicht innert angemessener Frist vom Vermieter beseitigt wurden.

**f) Kündigung bei Tod des Mieters - OR 266i**

Die Erben des Mieters können unter Einhaltung der gesetzlichen Frist auf den nächstmöglichen gesetzlichen Termin kündigen, wobei ihnen eine gewisse Überlegungsfrist einzuräumen ist. Der Vermieter ist hingegen grundsätzlich nicht zur vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses berechtigt. Das Recht steht nur den Erben des Mieters zu.

Lassen die Erben den nächstmöglichen Termin ungenutzt verstreichen, verwirkt ihr ausserordentliches Kündigungsrecht. Sie haben dann entweder ordentlich zu kündigen oder unter den Voraussetzungen von OR 264 die Mietsache vorzeitig zurückzugeben.

OR 266i ist zugunsten der Erben relativ zwingendes Recht.

**g) Kündigung bei beweglichen Sachen zum privaten Gebrauch - OR 266k**

Diese Bestimmung dient primär dem Konsumentenschutz. Danach darf ein Mieter einer beweglichen Sache, die seinem Privatgebrauch dient und vom Vermieter in gewerblicher Tätigkeit vermietet wird, mit einer Frist von 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen.

Der Vermieter hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung. Die Vorschrift ist zugunsten des Mieters relativ zwingend.

### **3.) Form der Kündigung**

Grundsätzlich kann die Miete formfrei gekündigt werden. Bei Wohn- und Geschäftsräumen bedarf die Kündigung jedoch der Schriftform (OR 266l I). Der Vermieter muss dabei ein von Kanton genehmigtes Formular verwenden, welches dem Mieter vorzeigt, wie er vorzugehen hat, wenn er die Kündigung anfechten oder das Mietverhältnis erstrecken möchte (OR 266l II).

Eine Ehegatte kann die Familienwohnung nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten kündigen (OR 266m I, III). Die Kündigung des Vermieters hat an beide Ehegatten zu erfolgen (OR 266n I).

Entspricht die Kündigung nicht den Formvorschriften, ist sie nach OR 266o nichtig.

### **4.) Rückgabe der Mietsache**

Gemäss OR 267 I muss der Mieter die Mietsache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt.

Gibt der Mieter die Sache nicht zurück, schuldet er für die Zeit des Verzugs den bisherigen Mietzins weiter. Dazu besteht keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die Pflicht wird aber aus einem faktischen Vertrag abgeleitet.

Die aus der Nutzung ergebende Abnutzung und der Wertzerfall sind bereits im Mietzins enthalten. Der Vermieter kann Nachforderungen deshalb nur geltend machen, wenn der Mieter die Sache beschädigt oder übermässig genutzt hat (OR 267 I).

In Lebensdauertabellen wird die gewöhnliche Nutzungsdauer von Sachen festgehalten. Der jeweilige Abnutzungsgrad wird bei Mietbeginn im Antrittsprotokoll festgehalten.

Der Mieter hat nur dann Ersatz zu leisten, wenn die Abnutzung höher ausfällt.

Nach OR 267 II sind entgegenstehende, im Voraus getroffene Vereinbarungen über eine Ersatzpflicht des Mieters nichtig, soweit sie sich nicht auf den Schadensersatz beschränken.

#### **a) Prüfung und Meldung an den Mieter**

Bei der Rückgabe hat der Vermieter die Obliegenheit, den Zustand der Sache zu prüfen. Allfällige Mängel muss er dem Mieter sofort anzeigen (OR 267a I). Unterlässt er die sofortige Anzeige, verliert er bei offenkundigen Mängel seine Ansprüche (OR 267a II). Versteckte Mängel müssen gemäss OR 267a III sofort nach Entdeckung gemeldet werden.

Der Mieter hat hingegen keine Pflicht, die Sache bei Übernahme zu prüfen. Ihm entstehen jedoch bei Nichtprüfung Nachteile, da er nur noch erschwert nachweisen kann, dass die Sache bereits im Zeitpunkt der Übernahme mangelhaft war. Ein Rückgabeprotokoll ist daher nur aussagekräftig, wenn auch ein Antrittsprotokoll vorliegt.

#### **b) Vorzeitige Rückgabe der Mietsache - OR 264**

Die Regelung kommt nur zur Anwendung, wenn der Mieter die Mietsache definitiv und vollumfänglich zurückgeben möchte.

Gibt der Mieter die Sache zurück, ohne die Kündigungsfrist oder den Kündigungstermin einzuhalten, wird er gemäss OR 264 I nur von seinen Verpflichtungen befreit, wenn er dem Vermieter mind. einen zumutbaren Ersatzmieter vorschlägt.

Dem Vermieter ist dabei genügend Zeit zur Prüfung des Ersatzmieters zu gewähren. Zumutbar ist ein Ersatzmieter, wenn er zahlungsfähig und bereit ist, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Solvenz wird dabei angenommen, wenn der Mietzins nicht mehr als einen Drittel des Nettoeinkommens beträgt. Ist der Ersatzmieter zahlungsunfähig, gilt er nur dann als unzumutbar, wenn wichtige, objektive Gründe gegen ihn vorliegen.

Der Vermieter ist jedoch nicht verpflichtet, den vorgeschlagenen Ersatzmieter zu akzeptieren. Er kann ihn ablehnen, auch wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Mieter wird jedoch aus seinen Verpflichtungen

entlassen, ab dem Zeitpunkt, ab dem der Ersatzmieter die Wohnung übernommen hätte.

Nimmt der Mieter den vorgeschlagenen Ersatzmieter an, tritt dieser anstelle der ausziehenden Partei in den Vertrag ein.

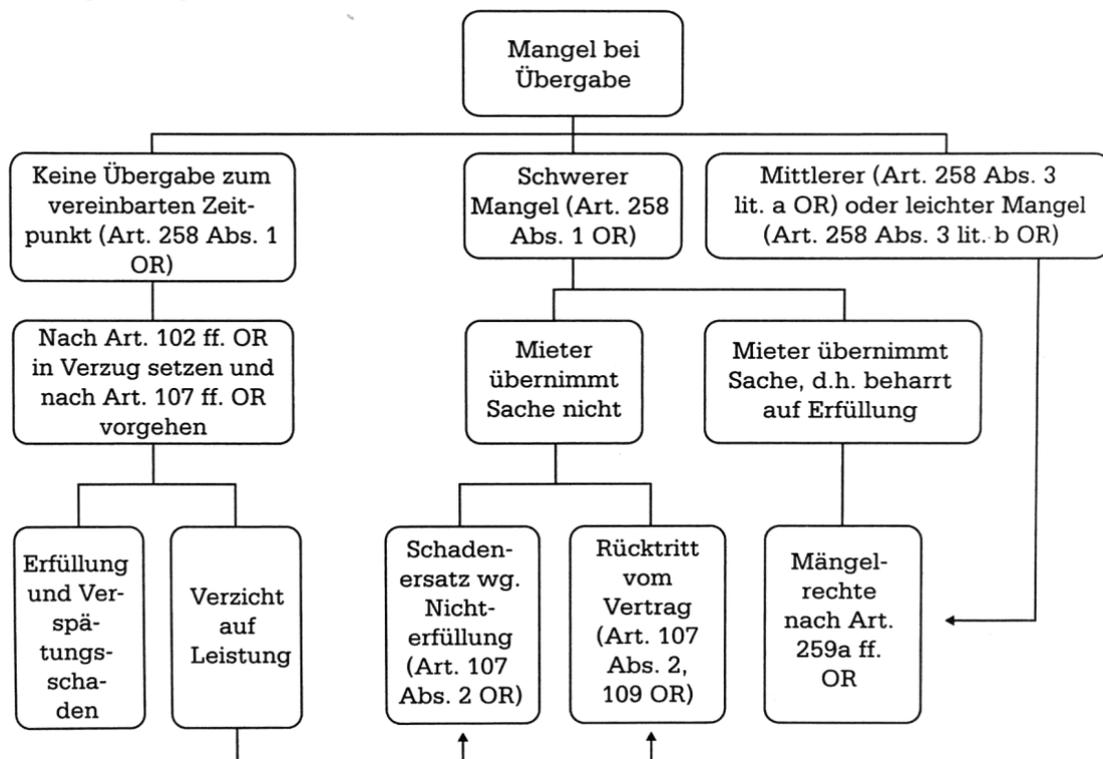
Erfüllt der Ersatzmieter die gesetzlichen Anforderungen nicht, bleibt der Mieter für den Mietzins solange zahlungspflichtig, bis er das Mietverhältnis aus Vertrag oder Gesetz beenden kann (OR 264 II).

OR 264 ist einseitig zwingend.

## J) Leistungsstörungen - OR 258 ff.

### 1.) Verzug und Mängel bei der Übergabe (OR 258)

Übergibt der Vermieter die Sache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder mit einem Mangel, welcher die Tauglichkeit beeinträchtigt oder ausschliesst, kann der Mieter gemäss OR 258 I nach den Regeln von OR 107-109 über die Nichterfüllung von Verträgen vorgehen.



#### a) Verzug

Bei verspäteter Leistung durch den Vermieter wird dem Mieter nicht rechtzeitig die tatsächliche Sachherrschaft eingeräumt, bzw. die Schlüssel zum Mietobjekt nicht ausgehändigt. Auf diesen Fall sind die Verzugsregeln von OR 102 ff. anzuwenden. Der Mieter hat dem Vermieter gemäss OR 107 I eine Nachfrist zur Erfüllung zu setzen. Nach fruchtlosem Ablauf kann er auf Erfüllung plus Verzögerungsschaden klagen oder auf die Mietsache verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.

#### b) Schlechterfüllung

Der Mietsache fehlt eine vertraglich zugesicherte oder nach vertraglichem Gebrauchszweck erforderliche Eigenschaft. Der Mangel kann körperlicher (Bspw. undichte Fenster) oder unkörperlicher Art (Bspw. Lärm- und Geruchsmissionen) sein. Es werden Sach- sowie Rechtsmängel erfasst. Der Mangel muss jedoch

schwerwiegend sein, so dass dem Mieter der Gebrauch der Sache objektiv nicht zugemutet werden kann.

– Mieter verweigert die Übernahme der Sache

Gemäss OR 107 II kann er wertmässig am Vertrag festhalten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrag zurücktreten.

– Mieter übernimmt die Sache

Indem der Mieter auf die Vertragserfüllung beharrt, kann er nach OR 258 II i.V.m. 259a ff. auf Beseitigung des Mangels, Reduktion des Mietzinses, auf Schadensersatz, auf Übernahme des Vermieters eines Rechtsstreits mit einem Dritten oder auf Hinterlegung des Mietzinses klagen.

Bei einem weniger gravierenden Mangel, welcher die Tauglichkeit der Mietsache bloss vermindert (OR 258 III a), muss der Mieter die Sache übernehmen, kann jedoch die Rechte von OR 259a ff. geltend machen. Bei kleinen leichten Mängeln bei Mietantritt kann der Mieter gemäss OR 259a ff. vorgehen.

Der Mieter muss die Mängel dem Vermieter substantiiert mitteilen. Die Unterlassung dieser Kundgabe führt nicht zum Verlust der Mängelrechte, der Mieter muss jedoch beweisen, dass die Sache nicht in vertragsgemäsem Zustand übergeben wurde.

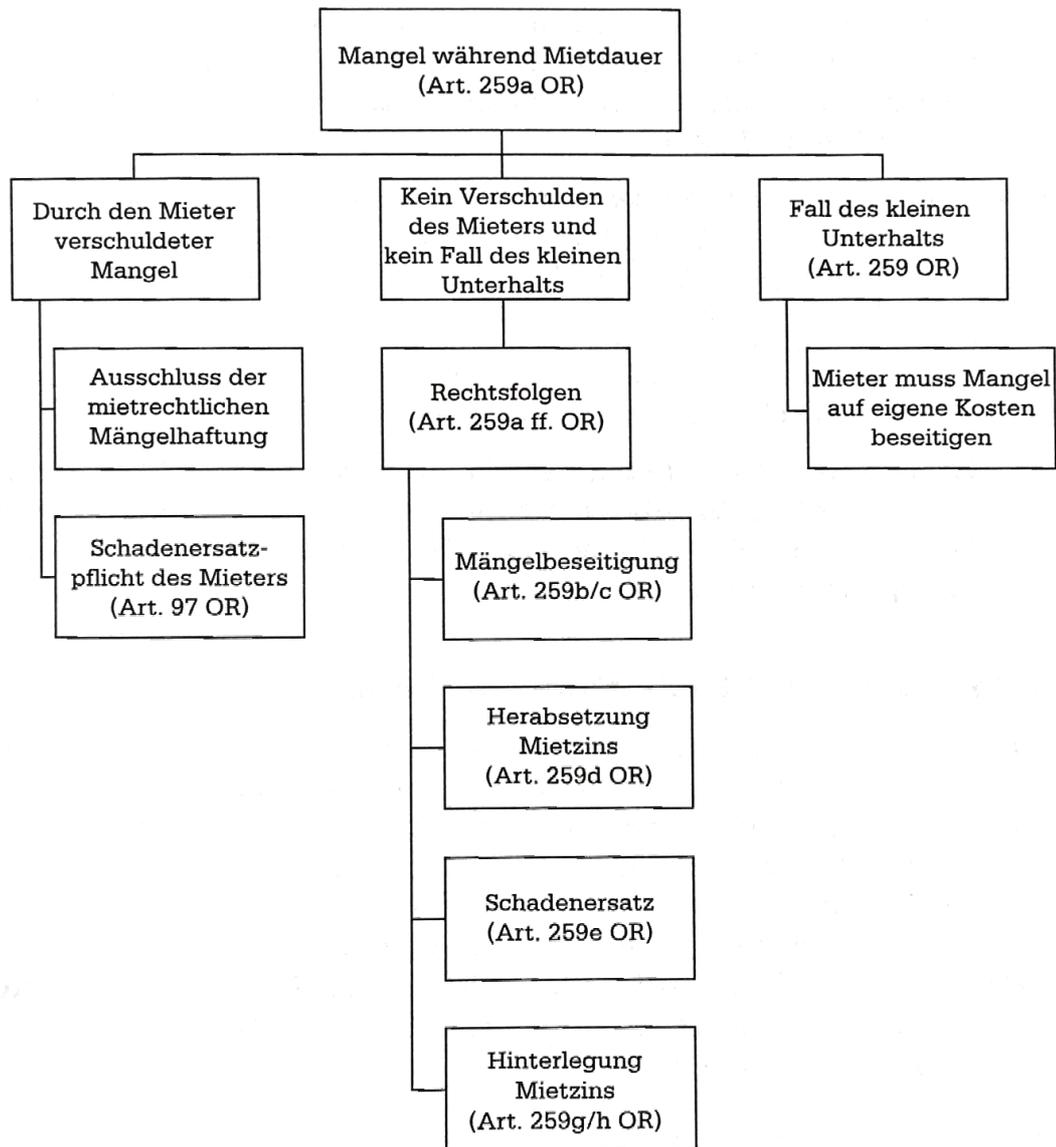
## **2.) Mängel während der Mietdauer (OR 259-259i)**

Ein Mangel während der Mietdauer kann in zwei Formen vorliegen.

1. Die Mietsache weicht vom Vertrag ab.
2. Der vertragsgemässe Gebrauch der Sache wird gestört.

*Bsp.: Lärmimmissionen durch Mitbewohner*

Die Vermieterhaftung setzt kein Verschulden des Vermieters und auch keine fristgerechte Mängelrüge des Mieters voraus. Die Mängel müssen jedoch nach OR 257g gemeldet werden.



### a) OR 259b - Beseitigung des Mangels

Der Vermieter besitzt die Pflicht, einen Mangel an der Mietsache innerhalb einer angemessenen Frist zu beheben. Wird der Mangel nicht behoben stehen dem Mieter vorbehaltlich OR 259c folgende Rechte zur Verfügung:

- Schwerwiegende und mittlere Mängel  
Unter den Voraussetzungen von OR 259b a kann der Mieter ausserordentlich kündigen. Dafür hat der Mieter dem Vermieter keine Frist zur Mängelbehebung zu setzen.
- Mittlere Mängel  
Der Mieter kann hier auch die Beseitigung des Mangels auf Kosten des Vermieters fordern (OR 259b b).

### b) OR 259d - Herabsetzung des Mietzinses

Bei schwerwiegenden und mittleren Mängeln kann der Mieter eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen. Dieses Gestaltungsrecht übt der Mieter durch Mitteilung an den Vermieter aus. Um das Recht auf Herabsetzung auszuüben, muss der Gebrauch um mind. 5%, bzw. 2% bei dauernder Beeinträchtigung, beeinträchtigt werden. Der Anspruch auf Mietzinsreduktion besteht bis zur vollständigen Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustands.

**c) OR 259e - Schadensersatz**

Der Vermieter haftet für Mängelfolgeschäden, sofern er sich nicht exkulpieren kann. Für das Mass der Haftung und den Umfang des Schadensersatzes finden die allgemeinen Regeln von OR 99 ff. und 42 ff. Anwendung. OR 259e ist in den Schranken von OR 256 II und 100 I dispositives Recht.

Grundsätzlich steht der Schadensersatzanspruch nur dem Mieter zu. Geschädigte Dritte können sich bei Personen- und Sachschäden auf die Werkeigentümerhaftung nach OR 58 berufen.

Der Schadensersatzanspruch aus Miete, der Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung (OR 41 ff.) sowie die Werkeigentümerhaftung (OR 58) stehen in Anspruchskonkurrenz zueinander.

**d) OR 259f - Übernahme des Rechtsstreits**

OR 259f setzt das Bestehen eines Rechtsmangels voraus. Ein solcher liegt vor, wenn ein Dritter ein Recht an der Mietsache geltend macht, welches dem Recht des Mieters auf Gebrauch der Sache entgegensteht. Dazu gehören Ansprüche aus Eigentum, beschränkten dinglichen Rechten oder aus Nachbarrecht.

Die Übernahme des Streits durch den Vermieter führt zu einem Parteiwechsel im Prozess zwischen Mieter und Drittem.

**e) OR 259g/h - Hinterlegung des Mietzinses**

Der Mieter einer unbeweglichen Sache kann unter bestimmten Voraussetzungen den Mietzins hinterlegen. Dies soll die Durchsetzung seiner Mängelrechte erleichtern. Es ist ein Mangel vorausgesetzt, welcher vom Vermieter beseitigt werden muss. Der Mieter muss den Vermieter schriftlich zur Mängelbeseitigung auffordern und die Hinterlegung künftiger Mietzinse androhen. Dabei muss dem Vermieter eine angemessene Frist gesetzt werden.

Hinterlegt werden kann der künftige Mietzins, solange der Mangel nicht beseitigt wurde. Unabhängig von der Schwere des Mangels kann der gesamte Mietzins (inkl. Nebenkosten) hinterlegt werden.

Der Mietzins ist bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle zu hinterlegen. Dies ist meist ein Sperrkonto bei einer Schlichtungsbehörde.

Hinterlegte Mietzinse gelten als bezahlt (OR 259g II). Die hinterlegten Mietzinse fallen dem Vermieter zu, sofern der Mieter nicht innert 30 Tagen die Schlichtungsbehörde anruft (OR 259g I).

Das Verfahren richtet sich nach ZPO 197 ff.

**K) Sicherung der Ansprüche des Vermieters**

Durch die Vermietung geht der Vermieter ein Risiko ein, da es zum Ausfall der Mietzinszahlungen bzw. zu einer Beschädigung der Mietsache kommen kann. Dem Vermieter stehen daher gewisse Instrumente zur Absicherung zur Verfügung:

- Bürgschaft oder Garantie einer dritten Person
- Unterzeichnung des Mietvertrags durch weitere Personen, die sich solidarisch verpflichten.
- gesetzliches Recht auf ausserordentliche Kündigung im Falle des Zahlungsrückstandes des Mieters (OR 257d)
- Retentionsrecht an beweglichen Sachen bei der Geschäftsraummietsache (OR 268 ff.)
- Sicherheitsleistung des Mieters (Mietzinsdepot oder Mietzinskaution)
- Sicherheiten für künftige Mietzinse, falls Mieter in Konkurs fällt.

**1.) Sicherheitsleistung des Mieters**

Vertraglich kann der Mieter zur Hinterlegung einer Sicherheit verpflichtet werden. OR 257e regelt die Modalitäten der Kaution bei Wohn- und Geschäftsraummietsachen.

Gemäss OR 257e I ist der Vermieter verpflichtet, die Kautions unverzüglich bei einer Bank auf einem Sparkonto oder einem Depot, welches auf den Namen des Mieters lautet, zu hinterlegen. Die Kautions ist zu verzinsen. Bei Wohnräumen darf die Kautions nicht mehr als drei Monatszinse betragen (OR 257e II).

Die Bank darf die Kautions nur mit Zustimmung beider Parteien oder aufgrund eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls oder Urteils freigeben. Hat der Vermieter innerhalb eines Jahres seit Beendigung des Mietverhältnisses keinen rechtlichen Anspruch geltend gemacht, kann der Mieter die Herausgabe der Sicherheit verlangen.

## **2.) Retentionsrecht bei der Geschäftsraummiete**

Der Vermieter von Geschäftsräumen hat für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins (inkl. Nebenkosten) ein Retentionsrecht an den beweglichen, pfändbaren Sachen (OR 268 III), welche sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören (OR 268 I). Es handelt sich um ein gesetzliches Pfandrecht, welches keinen Besitz des Vermieters voraussetzt.

Das Retentionsrecht erstreckt sich auch auf Sachen des Untermieters, sofern dieser seinen Mietzins nicht bezahlt (OR 268 II). Zudem sind auch Sachen Dritter betroffen, wenn der Vermieter nicht wissen konnte, dass diese Sachen nicht dem Mieter gehören (OR 268a).

Zieht der Mieter aus oder schafft er die Sachen fort, kann der Vermieter so viele Gegenstände zurückhalten, als zur Deckung der Forderung notwendig sind (OR 268b I). Der Vermieter hat zudem gemäss OR 268b II ein zehntägiges Verfolgungsrecht.

## **L) Untermiete**

Der Mieter besitzt das zwingende Recht, die Mietsache unter- bzw. weiterzuvermieten (OR 262). Der Mietvertrag zwischen dem Vermieter und dem Mieter bleibt dabei unvermindert bestehen. Auch kettenartige Untermietverträge (Unter-Untermietverträge) sind zulässig.

### **1.) Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter**

Der Mieter muss die Zustimmung des Vermieters einholen, um die Mietsache untervermieten zu können (OR 262 I). Der Vermieter kann seine Zustimmung gemäss OR 262 II verweigern, wenn:

- a. der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben.
- b. die Bedingungen der Untermiete im Verhältnis zu dem Mietbedingungen missbräuchlich sind
- c. dem Vermieter wesentliche Nachteile aus der Untermiete entstehen, da bspw. die Sache erheblich intensiver genutzt werden würde.

Der Mieter muss zudem die Absicht besitzen, das Mietobjekt in absehbarer Zukunft wieder selbst zu benutzen.

Vermietet der Mieter die Mietsache ohne Zustimmung des Vermieters, kann der Vermieter nach OR 257f bzw. 266g den Mietvertrag ordentlich oder nach vergeblicher Abmahnung ausserordentlich kündigen.

### **2.) Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter**

Zwischen dem Mieter und dem Untermieter besteht ein Mietvertrag, auf welchen die Bestimmungen von OR 253 ff. Anwendung finden.

Der Untermietvertrag ist auch gültig, wenn der Vermieter seine Zustimmung zu Recht verweigert. Der Mieter wird dann wegen Nichterfüllung des Untermietvertrags nach OR 97 I schadensersatzpflichtig.

Ein Anspruch auf Erstreckung des Untermietvertrags besteht nur beim andauernden Hauptmietverhältnis.

Für einen Mieterwechsel ist die Zustimmung des Untermieters nicht erforderlich. Das Untermietverhältnis wird nicht auf den neuen Mieter übertragen. Der Untermieter kann vom Mieter, wenn die Rückgabe der Mietsache vor Ablauf der Untermiete erfolgt, Schadensersatz für teilweise Nichterfüllung nach OR 97 fordern.

### **3.) Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter**

Der Vermieter kann den Untermieter trotz fehlender vertraglicher Beziehung zum vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache anhalten (OR 262 III).

Bei Geschäftsräumen besitzt der Vermieter ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen des Untermieters (OR 268 II).

### **4.) Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften**

Für das Schlichtungsverfahren sind ZPO 197 ff. anwendbar.

## **M) Übertragung der Miete auf einen Dritten**

Gemäss OR 263 I kann der Mieter von Geschäftsräumen den Mietvertrag mit allen Rechten und Pflichten auf einen Dritten übertragen. Der Vermieter muss auch hier zustimmen, darf die Zustimmung aber nur aus wichtigen Gründen verweigern (OR 263 II).

Der Dritte tritt an Stelle des Mieters in das Mietverhältnis ein (OR 263 III). Der Mieter bleibt jedoch noch solange solidarisch verpflichtet, bis das Mietverhältnis nach Vertrag oder Gesetz beendet worden wäre. Die Höchstfrist beträgt jedoch zwei Jahre (OR 263 IV).

Es handelt sich damit um eine gesetzlich geregelte Form der Vertragsübernahme.

## **N) Mieterschutz bei Wohn- und Geschäftsräumen**

OR 269-270e enthalten zahlreiche Schutzbestimmungen vor missbräuchlichen Mietzinses oder anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters.

OR 271-273c regeln zudem den zwingenden Kündigungsschutz.

# Leihe und Darlehen

---

## A) Begriffliches

Der Oberbegriff der Leihe wird aufgeteilt in:

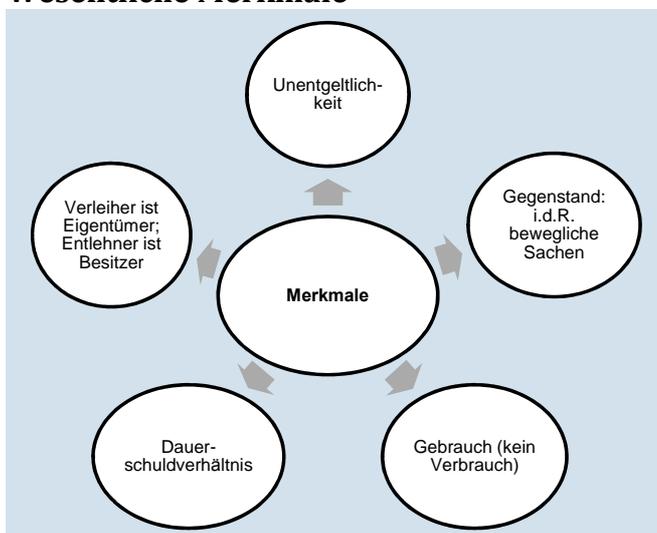
- Gebrauchsleihe (OR 305 ff.)
- Darlehen (OR 312 ff.)

Im Folgenden wird bei der Gebrauchsleihe von der Leihe gesprochen.

## B) Leihe

Die Leihe ist die unentgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch. Nach Beendigung des Vertrags ist die Rückgabe derselben Sache geschuldet (OR 305).

### 1.) Wesentliche Merkmale



- Unentgeltlichkeit  
Die Leihe ist zwingend unentgeltlich. Würde eine Gegenleistung vorliegen, käme eine Miete, Pacht oder Tausch in Frage. Aufgrund des fehlenden Synallagma ist die Leihe ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag.
- Gegenstand  
Gegenstand der Leihe sind in der Regel bewegliche Sachen. Es können aber auch unbewegliche Sachen oder nutzbare Rechte verliehen werden. Vorausgesetzt ist bloss, dass die Sache gebraucht werden kann. Gewöhnliche Forderungen scheiden deshalb als Vertragsgegenstand aus.
- Gebrauch  
Der Entlehner erhält die Sache zum Gebrauch, nicht jedoch zum Verbrauch. Das Gebrauchsrecht ergibt sich direkt aus der vertraglichen Vereinbarung oder aus der Beschaffenheit der Sache oder ihrer Zweckbestimmung (OR 306 I).
- Dauerschuldverhältnis  
Die Leihe ist ein Gebrauchsüberlassungsvertrag und ist auf bestimmte oder unbestimmte Dauer angelegt. Damit wird ein Dauerschuldverhältnis begründet, welches ordentlich oder ausserordentlich beendet werden kann.
- Eigentumsverhältnisse  
Der Verleiher bleibt Eigentümer der Sache und hat damit sowohl einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der Sache aus der Leihe sowie einen sachenrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der geliehenen Sache (ZGB 641 II). Der Entlehner erhält unmittelbaren Besitz und kann die Besitzesschutzklagen (ZGB 926 ff.) erheben.

## 2.) Abgrenzungen

### a) Zu Miete und Pacht

Die Leihe ist im Unterschied zur Miete und Pacht zwingend unentgeltlich.

*Bsp.: Werden Bücher in Bibliothek gegen eine Gebühr ausgeliehen, besteht ein Mietverhältnis.*

### b) Zur Schenkung

Im Gegensatz zur Schenkung wird bei der Leihe das Eigentum an der Sache nicht übertragen.

### c) Zur Nutzniessung

Auch der Nutzniesser ist zu unentgeltlichem Gebrauch und Nutzung befugt. Der Nutzniesser ist jedoch dinglich berechtigt und profitiert damit von einer verstärkten Rechtsposition.

### d) Zum Gefälligkeitsverhältnis

Diese Abgrenzung fällt besonders schwer. Es ist zu ermitteln, ob der Verleiher durch die Überlassung der Sache rechtlich gebunden sein will. Dazu ist sein Verhalten, seine Erklärungen und die Umstände zu beachten und nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es wird damit auf den Rechtbindungswillen abgestellt.

*Bsp.: In der Regel wird die Leihe unter Verwandten als reines Gefälligkeitsverhältnis eingestuft.*

## 3.) Pflichten der Parteien

### a) Hauptpflichten

Der Verleiher ist verpflichtet, dem Entlehner den Vertragsgegenstand zum unentgeltlichen Gebrauch zu überlassen. Der Entlehner hat einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung.

Hauptpflicht des Entlehnens ist die Rückgabe derselben Sache nach erfolgtem Gebrauch an den Verleiher. Es handelt sich um eine Stückschuld.

Der Entlehner hat in der Regel keine Gebrauchspflicht, es sei denn, die Sache erfordert zwingend einen Gebrauch.

*Bsp.: Der ausgeliehene Hund benötigt Auslauf.*

Gebraucht der Entlehner die Sache, muss er sie sorgfältig gebrauchen und in ihrer Substanz erhalten. Er darf die Sache damit nicht verbrauchen. Allfällige Früchte und Erträge gehören analog zu ZGB 756 I dem Entlehner. Der Entlehner darf die Sache nicht an einen Dritten weiterveräußern (OR 306 II).

### b) Kostentragung

Der Entlehner muss die gewöhnlichen Erhaltungskosten tragen, wozu gemäss OR 307 I auch die Fütterungskosten eines Tieres gehören. Ausserordentliche Kosten sind hingegen vom Verleiher zu bezahlen. Der Entlehner kann für diese Kosten nach den Grundsätzen der GoA Ersatz verlangen (OR 307 II i.V.m. 422). Um der Ersatz der Kosten sicherzustellen, steht ihm ein Retentionsrecht zu (ZGB 895 ff.).

## 4.) Beendigungsgründe

Die Beendigungsgründe von OR 309-311 sind unvollständig und teilweise missverständlich umschrieben. Unumstritten besitzt der Entlehner jedoch das Recht, die Sache jederzeit zurückzugeben und damit die Leihe zu beenden.


**a) Ordentliche Beendigung**

Gemäss OR 309 I endet die Leihe bei bestimmtem Gebrauch:

- sobald der Entlehner die Sache vertragsgemäss gebraucht hat; oder
  - mit Ablauf der Dauer, binnen deren dieser Gebrauch hätten stattfinden können.
- Aufgrund der Vertragsfreiheit kann jedoch stets ein Rückgabetermin oder eine zeitliche Leihdauer vertraglich vereinbart werden. Der Entlehner ist dann primär an diese Parteivereinbarung gebunden.

Die Leihe endet in den Fällen von OR 309 I automatisch und ohne weitere Erklärung. Ergibt sich keine Vertragsdauer, kann der Verleiher die Sache auf einen beliebigen Termin zurückfordern (OR 310). Dafür benötigt es eine an den Entlehner gerichtete Kündigung, die mit ihrem Zugang wirksam wird. In gewissen Fällen ist dem Entlehner nach Treu und Glauben eine Rückgabefrist einzuräumen.

**b) Ausserordentliche Beendigung**

Gemäss OR 309 II besitzt der Verleiher ein ausserordentliches Kündigungsrecht auf einen beliebigen Termin, wenn:

- der Entlehner die Sache vertragswidrig gebraucht;
- der Entlehner den Zustand der Sache verschlechtert;  
Ein Teil der Lehre anerkennt auch die unverschuldete Verschlechterung der Sache als ausserordentlicher Beendigungsgrund.  
*Bsp.: Der ausgeliehene Hund erkrankt.*
- der Entlehner die Sache einem Dritten zum Gebrauch überlässt; oder  
War der Entlehner nicht zur Überlassung an einen Dritten befugt, kann die Leihe gemäss OR 306 II i.V.m. 309 II gekündigt werden.
- in Fällen des unvorhergesehenen dringenden Eigenbedarfs.  
Dringender Eigengebrauch ist zu bejahen, wenn dem Verleiher nicht zugemutet werden kann, dass er länger auf die ausgeliehene Sache verzichtet.  
*Bsp.: M hat ihre Küchenmaschine ihrer Nachbarin ausgeliehen. Überraschend meldet kündigt sich Besuch an, weshalb M die Küchenmaschine zum Backen eines Kuchen benötigt.*

Allgemein können Dauerschuldverhältnisse stets aus wichtigen Gründen auf einen beliebigen Termin gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Weiterführung des Darlehens den Parteien nicht mehr zuzumuten ist (ZGB 2).

### **c) Beendigung von Gesetzes wegen**

Die Leihe endet automatisch mit dem Tod des Entleihers. Die Erben sind zur sofortigen Rückgabe der geliehenen Sache verpflichtet (OR 311).

Der Tod des Verleihers beendet das Leihverhältnis nicht automatisch. Die Erben können jedoch allenfalls aus wichtigem Grund die Leihe ausserordentlich kündigen.

## **5.) Haftung**

### **a) Des Verleihers**

Der Entlehner hat einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung, d.h. auf Überlassung des Leihgegenstands (OR 305).

Bei Nicht- oder Schlechterfüllung haftet der Verleiher nach OR 97 ff. auf Schadensersatz. Nach herrschender Lehre haftet der Verleiher jedoch nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz (OR 99 II). Diese Haftungsbeschränkung gilt auch für zugesicherte Eigenschaften.

Ist die Leistung der Sache nachträglich unmöglich geworden, ohne dass den Verleiher ein Verschulden trifft, wird er von seiner Verpflichtung zur Übergabe befreit (OR 119 I).

Die Sache muss überdies die zum Gebrauch erforderlichen Eigenschaften bzw. die zugesicherten Eigenschaften aufweisen (Gewährleistung).

### **b) Des Entleihers**

Der Entlehner ist zur Rückgabe der geliehenen Sache verpflichtet. Ist die Rückgabe unmöglich, haftet er für jedes Verschulden (auch leichte Fahrlässigkeit) nach OR 97 ff. auf Schadensersatz. Diese Schadensersatzpflicht besteht auch bei der Rückgabe der Sache mit Mängeln (Schlechterfüllung). Ist die Rückgabe unverschuldet unmöglich, ist der Entlehner von der Rückgabepflicht gemäss OR 119 I befreit.

Wird die Sache durch den Entlehner vertragswidrig gebraucht oder wird die Sache ohne Befugnis einem Dritten überlassen, haftet der Entlehner nach OR 306 III auch für den Zufall.

### **c) Wegen Verzugs**

Da die Leihe ein unentgeltliches Rechtsgeschäft darstellt, kommen OR 107 ff. nicht zur Anwendung. Die Verzugsfolgen beschränken sich auf den Erfüllungs- bzw. Schadensersatzanspruch sowie auf die Zufallshaftung (OR 103).

### **d) Mehrere Entlehner**

Mehrere Entlehner haften gemäss OR 308 solidarisch. Dabei wird nicht nur ein allfälliger Schadensersatzanspruch solidarisch geschuldet, sondern die Solidarität erstreckt sich auf die Erhaltungs- und insb. die Rückgabepflicht.

## **C) Das Darlehen**

Durch das Darlehen wird der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geld oder anderen vertretbaren Sache verpflichtet und der Borger zur Rückerstattung von Sachen der gleichen Art in gleicher Menge und Güte (OR 312).

In der Regel handelt es sich um die Übertragung einer Summe Geld zum Wertverbrauch. Naturaldarlehen spielen eine geringere Rolle.

Der Zins ist kein begriffsnotweniges Element des Darlehens. Er wird im Geschäftsverkehr jedoch üblicherweise vereinbart.

## **Darlehensvertrag**

zwischen

\_\_\_\_\_ [Name, Adresse], «Darleiher»,

und

\_\_\_\_\_ [Name, Adresse], «Borger».

### **Präambel**

Der Borger möchte den Erwerb einer Häckselmaschine drittfinanzieren. Der Darleiher ist bereit, diese Finanzierung zu den vereinbarten Bedingungen auszurichten.

### **I. Darlehensbetrag**

Der Darlehensbetrag beträgt CHF 8000.00 netto.

### **II. Zins**

Der Zinssatz bleibt während der gesamten Laufzeit des Darlehens unverändert 6 % pro Jahr. Die Zinszahlungen sind jeweils per 29. Dezember des Jahres fällig.

### **III. Verpflichtungen der Parteien**

Der Darleiher verpflichtet sich, dem Borger den vereinbarten Betrag innerhalb von 10 Tagen nach Abschluss dieses Vertrages zu übergeben.

Der Borger verpflichtet sich, die vereinbarten Zinsen zu zahlen und den erhaltenen Betrag nach Ablauf der Vertragsdauer dem Darleiher zurückzugeben.

### **IV. Sicherheiten**

Zur Sicherung des Darlehens wird ein separater Sicherungsvertrag abgeschlossen.

### **V. Rückzahlung**

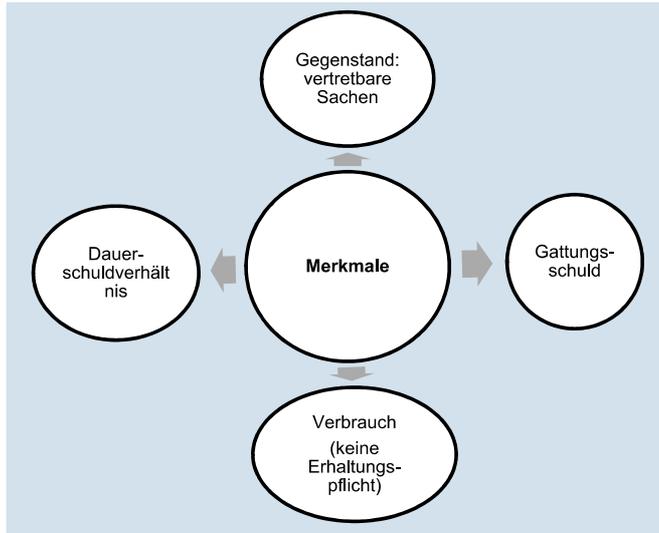
Das Darlehen hat eine feste Laufzeit von 2 Jahren ab dem Datum des Vertragschlusses und ist spätestens innert 10 Tagen nach Ablauf der Laufzeit vollständig zurückzuzahlen.

Ist der Borger mit den Zins- oder Amortisationszahlungen im Rückstand, so kommt er damit ohne weitere Mahnung des Darleihers in Verzug. Bei Verzug gilt ein Verzugszins in der Höhe des vereinbarten Jahreszinses zuzüglich 2 % pro Jahr.

### **VI. Schlussbestimmungen**

[...]

## 1.) Wesentliche Merkmale



- Gegenstand  
Gegenstand des Darlehens sind vertretbare Sachen, regelmässig Geld. Beim Darlehen handelt es sich um eine Gattungsschuld. Das Darlehensverhältnis wird nicht nur durch physische Übertragung der Sache begründet, sondern auch durch Gutschrift der Darlehenssumme als Buchgeld auf das Bankkonto.
- Verbrauch  
Die Überlassung erfolgt zum Verbrauch. Der Borger hat keine Erhaltungspflicht. Das Recht zum Verbrauch setzt voraus, dass der Borger unbelastetes Eigentum erhält.
- Dauerschuldverhältnis  
Das Darlehen begründet ein Dauerschuldverhältnis. Die Darlehensvaluta wird dem Borger für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit überlassen.

## 2.) Abgrenzungen

### a) Zu Gebrauchsüberlassungsverträgen

Beim Darlehen erhält der Borger das Eigentum an der Sache und der Darleiher verliert sein Eigentum deshalb. Die Rückerstattungspflicht des Borgers bezieht sich nicht auf dieselbe Sache, sondern auf eine Sache derselben Gattung.

### b) Zu Veräusserungsverträgen

Hier wird auf den Parteiwillen abgestellt. Ist eine Rückerstattungspflicht des Borgers vereinbart, liegt ein Darlehen vor. Ist eine Veräusserung gewollt, liegt je nach Entgeltlichkeit ein Kauf oder eine Schenkung vor.

### c) Zur Hinterlegung

Bei der Hinterlegung hat der Aufbewahrer kein Benutzungsrecht und seine Rückerstattungspflicht erstreckt sich auf dieselbe Sache (Stückschuld). Zudem liegt das wirtschaftliche Interesse beim Hinterleger, beim Darlehen hingegen hauptsächlich beim Borger.

Besonders schwierig ist die Abgrenzung, wenn ein *depositum irregulare* im Sinne von OR 481 vorliegt. Bei einem solchen werden vertretbare Sachen zur Aufbewahrung gegeben (Gattungsschuld). Zur Abgrenzung ist hier auf den Parteiwillen, die Interessenlage und den wirtschaftlichen Zweck des Vertrags abzustellen. Steht das Aufbewahrungsinteresse im Vordergrund, handelt es sich um eine Hinterlegung. Ist hingegen die Kapitalanlage Zweck des Vertrags, liegt ein Darlehen vor.

#### **d) Zur einfachen Gesellschaft**

Die Abgrenzung ist insbesondere zum partiarischen Darlehen zu ziehen, bei welchem der Darleiher neben dem Rückerstattungsanspruch auch an einem allfälligen Gewinn beteiligt ist, den der Borger mit dem geliehenen Geld erwirtschaftet.

Eine einfache Gesellschaft liegt vor, wenn mit gemeinsamen Mitteln ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird. Für die einfache Gesellschaft sprechen insbesondere die Verlustbeteiligung sowie Mitwirkungs- und/oder Kontrollrechte des Geldgebers.

#### **e) Zum Kreditkartenvertrag**

Im Kreditkartenvertrag kann eine Kreditklausel vereinbart werden, die dem Karteninhaber die Möglichkeit gibt, Rechnungsbeträge später zu bezahlen. Dies stellt ein Darlehenselement dar.

### **3.) Pflichten der Parteien**

#### **a) Hauptpflichten**

##### **– Des Darleihers**

Hauptpflicht des Darleihers ist die Aushändigung einer bestimmten Summe Geld. bzw. anderer vertretbarer Sachen und die Verschaffung des Eigentums an diesen Sachen (Aushändigungspflicht). Die Darlehenssumme kann bar oder durch Kontogutschrift (Buchgeld) geleistet werden. Während das Gelddarlehen eine Bringschuld darstellt, ist das Naturaldarlehen eine Holschuld.

Zudem hat der Darleiher die Darlehenssache während der Vertragsdauer beim Borger zu belassen, um ihm den ungehinderten Ge- und Verbrauch der Sache zu ermöglichen (Belassungspflicht)

##### **– Des Borgers**

Der Borger trifft die Rückerstattungspflicht. Dabei hat er Sachen der gleichen Art in gleicher Menge und Qualität zurückzuerstatten (Gattungsschuld). Im Grundsatz kann die Rückgabe deshalb nicht unmöglich werden. Der Borger hat dem Verleiher das Eigentum an den zurückerstatteten Sachen zu verschaffen. Ist nichts anderes vereinbart, gilt das Nennwertprinzip. Danach ist der gleiche Geldbetrag bzw. die gleiche Menge an vertretbaren Sachen zurückzuerstatten, die ausgehändigt wurde. Dies gilt auch bei Fremdwährungsdarlehen. Einen allfälligen Kursverlust trägt damit der Darleiher.

#### **b) Besonderheiten beim entgeltlichen Darlehen**

Bei entgeltlichen Darlehen trifft den Borger zudem die Vergütungspflicht in Form von periodisch oder einmalig zu zahlenden Zinsen. Besteht diese Vergütungspflicht durch vertragliche Vereinbarung oder durch die gesetzliche Vermutung nach OR 313, liegt ein synallagmatisches Verhältnis vor. Dieses Austauschverhältnis führt zur Anwendung der Rechtsbehelfe von OR 107 ff. im Schuldnerverzug.

#### **c) Annahmepflicht**

In der Lehre ist umstritten, ob der Borger die Pflicht hat, die Darlehenssumme anzunehmen. Wird eine Annahmepflicht bejaht, gerät der Borger bei Nichtannahme in Schuldnerverzug. Da die Interessen an der Ausrichtung des Darlehen hauptsächlich beim Borger liegen, wird in der Regel keine Annahmepflicht angenommen. Der Borger fällt so bei Nichtannahme bloss in Gläubigerverzug.

### **4.) Besondere Verjährungsvorschrift**

Der Anspruch des Borgers auf Aushändigung des Darlehens verjährt innerhalb von sechs Monaten nach Eintritt des Verzugs (OR 315). Die Verjährung beginnt dabei mit Eintritt des Verzugs, d.h. vorbehaltlich von OR 102 II mit Mahnung des Schuldners.

Die Formulierung von OR 315, wonach auch der Anspruch des Darleihers auf Abnahme des Darlehens verjährt, ist missverständlich, da in der Regel keine Annahmepflicht des

Borgers besteht. Die Bestimmung ist so zu verstehen, dass der Darleiher die Darlehensvaluta nach Eintritt des Gläubigerverzugs während sechs Monaten bereitzuhalten hat. Er muss seine Rechte während dieser Frist geltend machen. Allfällige Darlehenszinsen unterliegen bei periodischer Leistung der fünfjährigen Frist nach OR 128 Ziff. 1 oder der allgemeinen 10-Jahres-Frist von OR 127. Der Rückerstattungsanspruch unterliegt ebenfalls der allgemeinen Verjährungsvorschrift.

## 5.) Zins

Im gewöhnlichen Verkehr erfolgt ein Darlehen gemäss OR 313 vermutungsweise zinslos. Im kaufmännischen Verkehr sind jedoch Zinsen zu bezahlen. Kaufmännischer Verkehr liegt dabei vor, wenn entweder der Darleiher gewerbsmässig Darlehen gewährt oder der Borger das Darlehen im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit aufnimmt. Die Zinsvereinbarung ist formfrei gültig und kann auch stillschweigend oder konkludent vereinbart werden.

### a) Begriff

Zins ist die Vergütung für die Überlassung der Darlehensvaluta durch den Darleiher. In der Regel handelt es sich um Geld, Zins kann jedoch auch in Naturalform entrichtet werden.

Zum Zins i.w.S. gehören Leistungen, welche die Höhe der Darlehensvaluta übersteigen. Der Darleiher erhält mehr zurück, als er hingegeben hat.

*Bsp.: Kommissionen, Teuerungsausgleichszahlungen, ...*

Das KKG geht bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses gemäss KKG 33 ff. i.V.m. 6 von diesem weiteren Zinsbegriff aus, indem auch Amortisationskosten einberechnet werden.

Keine Zinszahlung ist hingegen eine Leistung, die vollkommen unabhängig von der Darlehenshöhe und der Vertragsdauer geschuldet ist.

*Bsp.: Transportkosten, Bearbeitungsgebühren, ...*

### b) Dauer der Zinszahlung

Der Beginn und das Ende der Zinszahlung richten sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Fehlt eine solche Vereinbarung, beginnt die Zinsschuld mit Hingabe der Darlehenssumme zu laufen.

Grundsätzlich endet die Zahlungspflicht mit dem Ablauf der Vertragsdauer. Bei frühzeitiger Rückzahlung des Darlehens endet die Zinspflicht daher noch nicht. Deshalb wird oft eine Vorfälligkeitsentschädigung vereinbart. Durch Bezahlung dieser Entschädigung wird der Borger von weiteren Zinszahlungen befreit.

### c) Zinshöhe und Missbräuchlichkeit

Grundsätzlich bestimmt sich die Höhe des Zinses nach dem Vertrag, die Parteien sind jedoch nicht völlig frei in der Festsetzung des Zinsfusses. Fehlt eine Abrede über die Zinshöhe, ist der am nächsten Handelsplatz übliche Zins geschuldet (OR 314 I). Ist auch kein üblicher Zins festzustellen, greift subsidiär die Regel von OR 73 I, wonach ein Zins von 5% geschuldet wird.

Jedoch sind in verschiedenen Bereichen Zinsschranken vorgesehen. Gemäss KKG 14 i.V.m. VKKG 1 darf der Zinssatz 15% nicht überschreiten, ansonsten ist der Konsumkreditvertrag nichtig (KKG 15 I). Zudem gelten die allgemeinen Grenzen von ZGB 27 und OR 20f. Das Bundesgericht hat einen Zinssatz von 18% jedoch noch als zulässig angesehen.

Fällt der Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des KKG, wird bei einer Verletzung der Höchstzinsvorschriften eine modifizierte Teilnichtigkeit gemäss OR 20 II angenommen. Der Zinsfuss kann demnach reduziert werden.

#### d) Fälligkeit

Grundsätzlich ist der Zins als Jahreszins zu entrichten (OR 314 II). Der Zins ist damit zwölf Monate nach Aushändigung des Darlehens geschuldet. Üblicherweise besitzt das Jahr 360 Zinstage.

#### e) Verbot der Zinseszinsen

Gemäss OR 314 III ist es im nicht kaufmännischen Verkehr den Parteien verboten, im Voraus zu vereinbaren, dass der Zins zum Kapital geschlagen und wiederum verzinst wird. Einer nach Fälligkeit des Zinses vereinbarter Zinseszins ist praxisgemäss jedoch zulässig.

Gerät der Borger mit der Zinszahlung in Verzug, stehen dem Darleiher die Rechte aus OR 107 ff. zur Verfügung. Es ist hier zulässig, dass Verzugszinsen auf die verspätete Zinszahlung geschlagen werden.

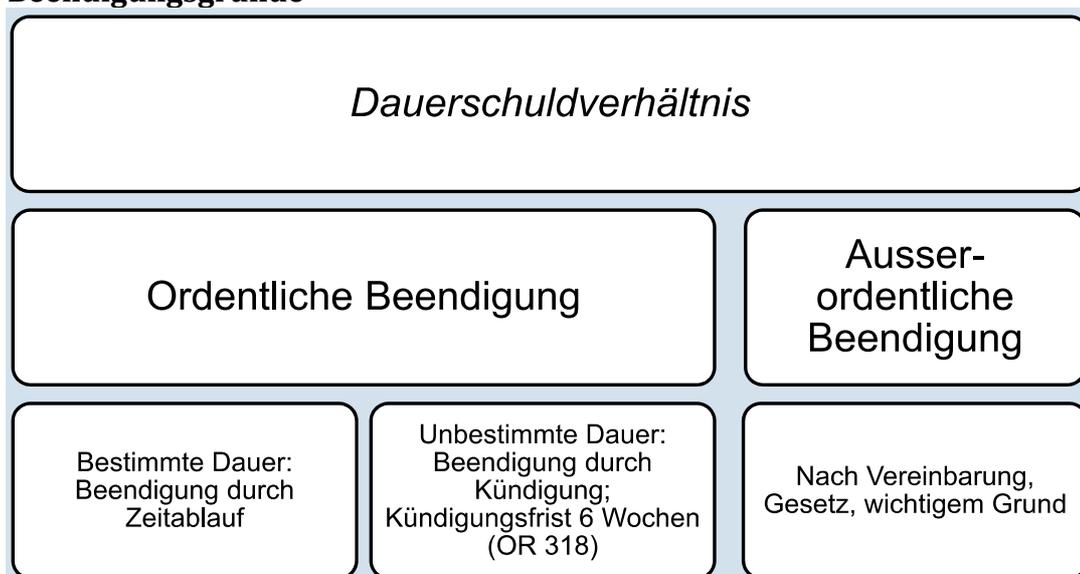
### 6.) Absicherung des Darlehens

Häufig wird für die Gewährung eines Darlehens eine dingliche oder obligatorische Sicherheit bestellt.

*Bsp.: Pfand, Sicherungsabtretung, Bürgschaft, Garantie, ...*

Diese Sicherheit steht im synallagmatischen Verhältnis zur Darlehensgewährung.

### 7.) Beendigungsgründe



#### a) Ordentliche Beendigung

Das auf bestimmte Zeit gewährte Darlehen endet mit Zeitablauf. Die Rückzahlung hat sofort mit Ablauf der bestimmten Zeit zu erfolgen.

Das auf unbestimmte Dauer eingegangene Darlehen muss durch Kündigung beendet werden. Liegt keine Parteivereinbarung vor, ist ein Darlehen gemäss OR 318 innert sechs Wochen nach erster Aufforderung zurückzubezahlen. Die Aufforderung ist als Kündigung zu betrachten, welche grundsätzlich formfrei erfolgen kann.

#### b) Ausserordentliche Beendigung

Eine ausserordentliche Beendigung des Darlehensvertrags kann sich aus der Vereinbarung selbst, aus Gesetz oder aus wichtigem Grund ergeben. Das Gericht entscheidet nach Ermessen, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Die Beendigung aus wichtigem Grund ist dabei nur in engen Grenzen zugelassen.

*Bsp.: Verletzung von Bedingungen für die Überlassung der Valuta,  
schwerwiegende Vermögensverschlechterung des Borgers,  
Nichtverwendung der Valuta für das anvisierte Projekt, ...*

Die allgemeine Vermögensverschlechterung des Borgers stellt keinen wichtigen Grund dar und berechtigt nicht zur Kündigung. Der Darleiher muss dieses Risiko einkalkulieren.

Die Rechtsprechung differenziert zwischen persönlicher und wirtschaftlicher Unzumutbarkeit. Eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit liegt bei der längeren zinslosen Überlassung eines Darlehens bei unerwarteter Bedürftigkeit des Darleihers vor.

## **8.) Konsumentendarlehen gemäss KKG**

### **a) Anwendungsbereich**

Das KKG ist anwendbar auf Konsumkreditverträge gemäss KKG 1. Dazu gehören Konsumentendarlehen, aber auch Leasingverträge und Kreditkartenverträge.

In persönlicher Hinsicht ist das KKG anwendbar, wenn der Borger eine natürliche Person und die Darlehensvaluta nicht zur beruflichen oder gewerblichen Verwendung bestimmt ist (KKG 3). Der Darleiher muss das Darlehen gewerbsmässig gewähren (KKG 2).

In sachlicher Hinsicht darf das Darlehen nicht unter einen Ausnahmetatbestand von KKG 7 fallen. Es darf kein unentgeltliches Darlehen sein und auch nicht durch eine bankübliche Sicherheit gesichert sein (KKG 7 I a-c). Die Darlehenssumme muss zudem zwischen CHF 500-80'000 liegen (KKG 7 I e). Das KKG ist weiter nicht anwendbar, wenn der Kredit innert drei Monate zurückbezahlt werden muss (KKG 7 I f).

### **b) Kreditfähigkeitsprüfung und Sanktionen**

Gemäss KKG 22 ff. wird dem Darleiher eine Kreditfähigkeitsprüfung auferlegt. Diese Prüfung soll die Vermeidung der Überschuld des Konsumenten sicherstellen.

Verletzt der Darleiher seine Prüfungspflichten, verliert er die Zinsen und die Kosten des Kredits (KKG 32 II). Bei schwerwiegender Verletzung verliert er sogar das Darlehensvaluta (KKG 32 I).

### **c) Formvorschriften**

Der Darlehensvertrag gemäss KKG ist schriftlich abzufassen und hat verschiedene Angaben (KKG 9-12) zu enthalten. Der Konsument muss zudem eine Kopie des Vertrags erhalten.

Sind diese Formvorschriften verletzt, ist der Vertrag nach KKG 15 I nichtig. Der Konsument hat die Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzubezahlen, schuldet jedoch keine Zinsen und Kosten (KKG 15 II). Die Rückzahlung der Darlehensvaluta hat in gleich hohen Raten zu erfolgen (KKG 15 III).

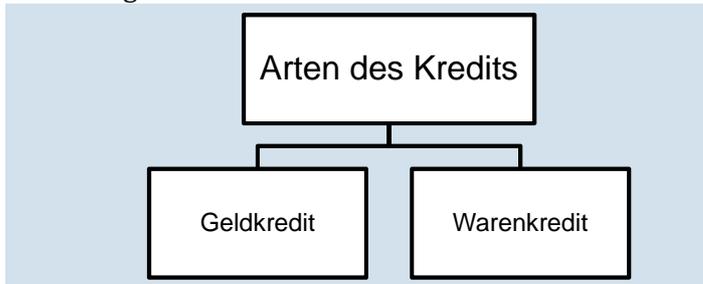
Wesentlicher Vertragsinhalt ist die Angabe des effektiven Jahreszinses (KKG 9 II). Dieser wird bestimmt als "*Gesamtkosten des Kredits für die Konsumentin oder den Konsumenten in Jahresprozenten des gewährten Kredits*" (KKG 6). Die Berechnung erfolgt gemäss KKG 33 f.

# Kreditsicherungsverträge

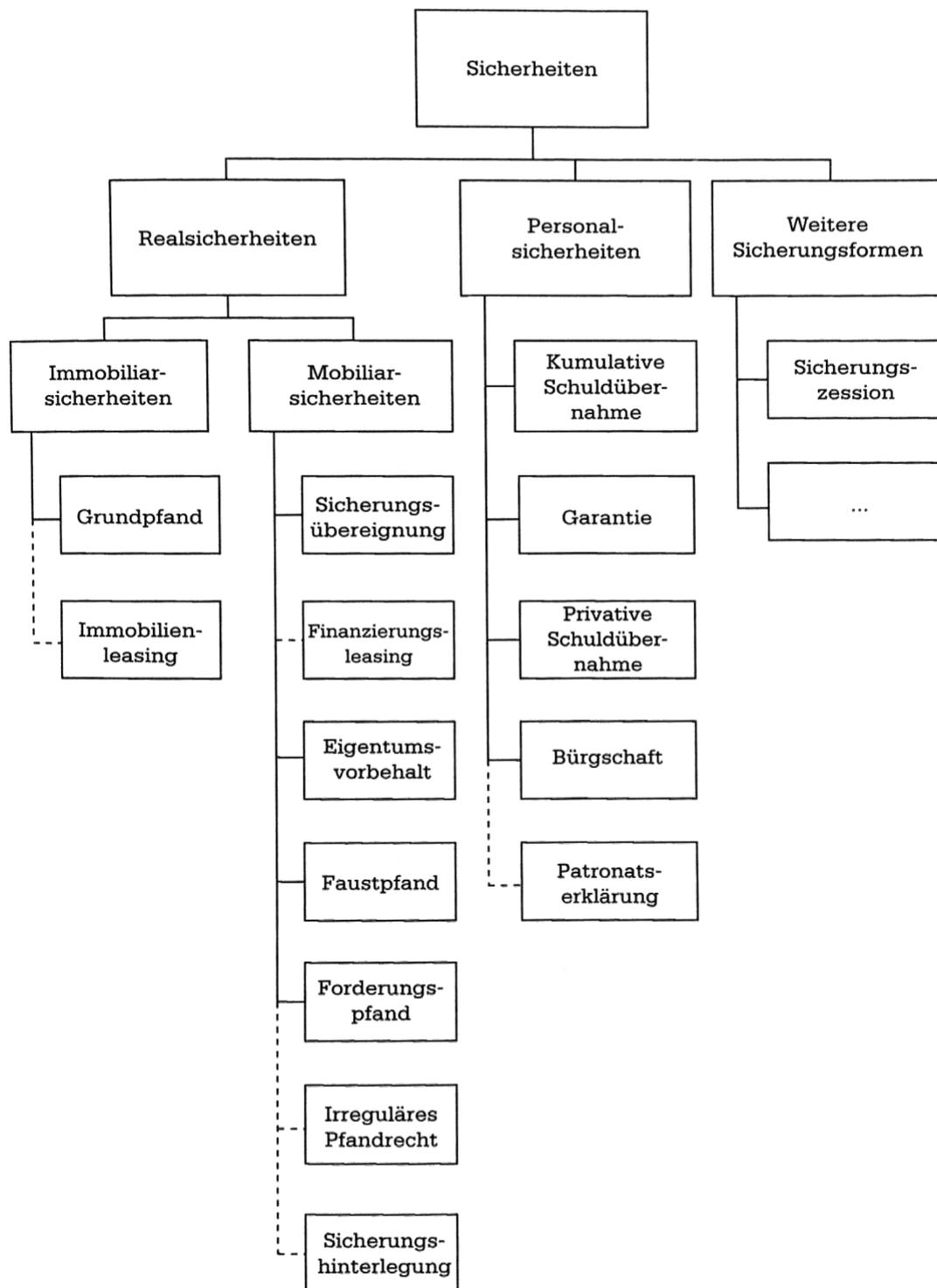
---

## A) Arten des Kredits und dessen Sicherung

Kredite und Darlehen werden relativ häufig ausgerichtet, da ein Erwerber eine grössere Anschaffung oft nicht aus eigenen Mitteln bezahlen kann. Der Kredit wird aber meist nur ausgerichtet, wenn der Kreditgeber Sicherheiten erhält, welche die rechtzeitige Rückzahlung des Betrags sicherstellen.



- Geldkredit  
Der gebräuchliche Darlehensvertrag wird in OR 305-311 geregelt.
- Warenkredit  
Der Erwerber kann für eine Sache auch einen Kredit erhalten, dadurch dass er die Sache nicht sofort bezahlen muss. Die Bezahlung der Sache wird vom Veräusserer aufgeschoben.
  - Kreditkauf: Zahlungsaufschub für den ganzen Kaufpreis
  - Abzahlungs- und Teilzahlungskauf: Mehrere Raten
  - Vollamortisations-Leasing: Da der Erwerber das Leasingobjekt in Raten bezahlen kann, kommt der Aufschub der Schuld einem Darlehen gleich.
- Sicherheiten  
Sowohl Geld- wie auch Warenkredit können abgesichert werden:
  - Eine Personalsicherheit liegt vor, wenn ein Dritter mit seinem ganzen Vermögen für die gesicherte Schuld einsteht.
  - Bei einer Realsicherheit wird dem Gläubiger ein Vorzugsrecht in Bezug auf einen Gegenstand eingeräumt. Dabei wird zwischen Immobilien, beweglichen Sachen und unkörperlichen Sicherheiten unterschieden.Bei Kaufgeschäften besteht zudem die Möglichkeit eines (dinglichen) Eigentumsvorbehalts gemäss ZGB 715.



## B) Sicherungsvertrag

Beim Geldkredit kann der Sicherungsvertrag im Kreditvertrag integriert sein oder aber als eigenes Vertragsdokument neben dem Darlehensvertrag bestehen. Wenn nicht der Schuldner selbst die Sicherheit stellt, entsteht ein Dreiparteiengeschäft.

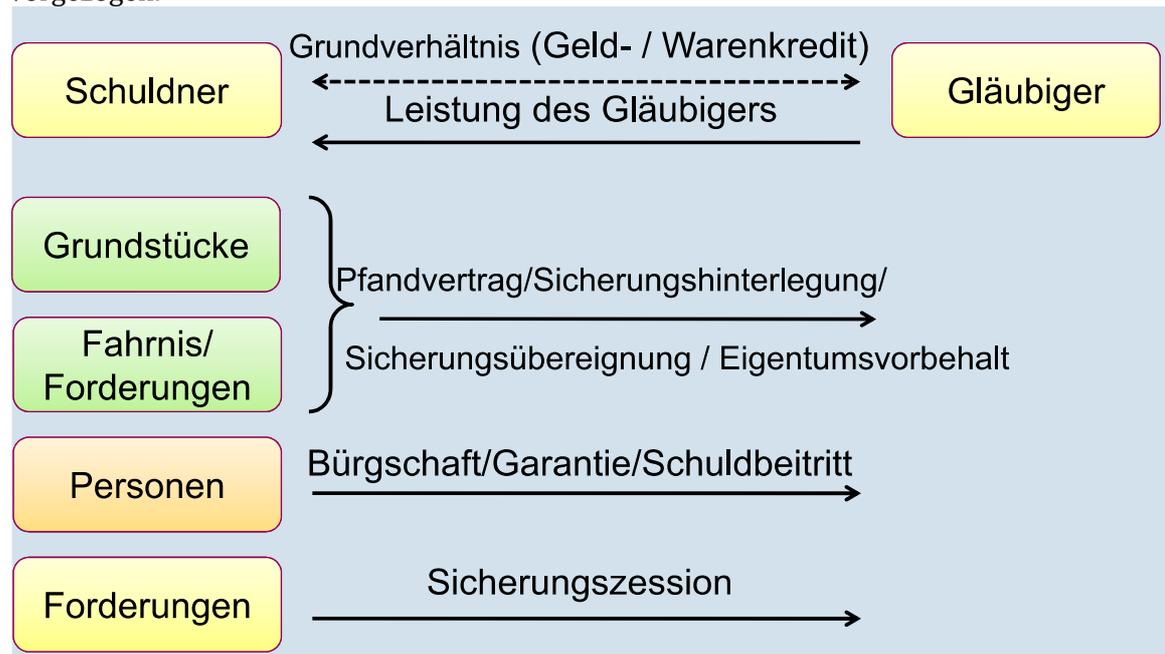
- Kreditgeschäft: Der Kreditgläubiger als Geldgeber (Darleiher) und der Darlehensschuldner (Borger) werden berechtigt und verpflichtet.
- Sicherungsgeschäft: Der Sicherungsgläubiger (meist identisch zum Kreditgläubiger) und der Sicherungsgeber sind beteiligt. Dabei kann der Sicherungsgeber der Darlehensschuldner sein, aber auch eine Drittperson, ein anderes Unternehmen oder eine befreundete Person.

Essentialia negotii eines Sicherungsvertrags sind die Parteien, der Sicherungsgrund (Hauptforderung) und das Sicherungsobjekt.

Bei Realsicherheiten mittels Mobilien entsteht regelmässig ein besonderes Besitzverhältnis, welches einer vertraglichen Regelung bedarf. Vorbilder einer möglichen Regelung sind der Hinterlegungsvertrag (OR 472 ff.) oder die Gebrauchslleihe (OR 305 ff.).

### C) Gesetzliche Regelung und Entwicklungen in der Praxis

Verschiedene Sicherungsarten sind im Gesetz nicht oder nicht genügend geregelt, weil sie aus den Bedürfnissen der modernen Kreditpraxis entstanden sind. So hat die globale Sicherungszession das gesetzlich vorgesehene Forderungspfand weitgehend verdrängt und die Sicherungsübereignung wird dem Faustpfand wegen der einfacheren Verwertung vorgezogen.



#### 1.) Realsicherheiten und Sicherungszession

##### a) Pfandrecht

Das Pfandrecht ist ein beschränktes dingliches Recht, welches durch Pfandvertrag entsteht und dem Pfandgläubiger das Recht einräumt, sich aus dem Erlös des Pfandes zu befriedigen (ZGB 891 I). Verpfändet werden können Grundstücke, Fahrnis sowie Forderungen und andere Rechte.

- Fahrnispfand (ZGB 884 ff.)



Der Fahrnispfandvertrag ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag, der dem Pfandnehmer einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Pfandgeber aus Übertragung des Pfandbesitzes einräumt. Es handelt sich um einen Innominatkontrakt sui generis. Das Pfandrecht entsteht nur, wenn der Pfandvertrag gültig zustande gekommen ist (Kausalitätsprinzip).

- **Verpflichtungsgeschäft:** Der Pfandgeber muss bereit sein, dem Pfandnehmer die Sache zur Sicherung einer Forderung zu übertragen. Es muss Einigkeit bezüglich des Gegenstandes, der gesicherten Forderung und der Pfandbestellung durch Besitzesübertragung bestehen.
- **Verfügungsgeschäft:** Das Erfordernis der Besitzübertragung ist zwingendes Recht. Gemäss ZGB 884 III und 717 ist die Besitzverschaffung ohne Übergabe gegenüber Dritten unwirksam.

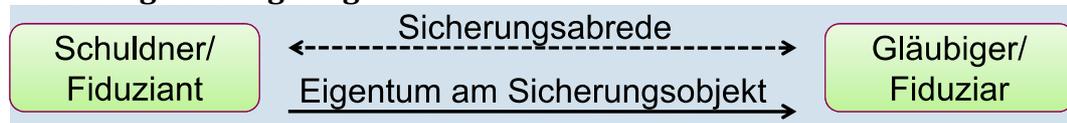
Die strikte Durchführung des Faustpfandprinzips (ZGB 884 II) bringt gewichtige Nachteile mit sich. Der Schuldner kann die Pfandsache nicht mehr nutzen und einen Kredit nicht an allfälligen Erträgen zurückbezahlen. Die Verpfändung ist zudem gegen aussen publik und wirft ein schlechtes Licht auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners. Das Fahrnispfand hat deshalb an Bedeutung verloren. Sehr bedeutend ist jedoch immer noch das Pfandrecht der Banken an den Wertschriftendepots ihrer Kunden (Depotpfandrecht).

- Forderungspfand (ZGB 899 ff.)

Das Forderungspfandrecht muss im Unterschied zum formfrei gültigen Faustpfand schriftlich vereinbart werden, falls die Forderung nicht in einer Urkunde besteht (ZGB 900 I). Die Faustpfandbestimmungen sind subsidiär anwendbar (ZGB 899 II).

In der Praxis ist das Forderungspfand weitgehend durch die Sicherungszession verdrängt worden. Die Abgrenzung kann hierbei schwer fallen. Es wird jedoch von einer faktischen Vermutung zugunsten der Sicherungszession gesprochen.

**b) Sicherungsübereignung**

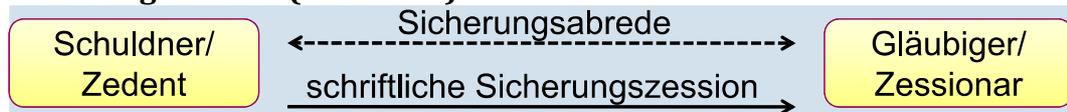


Der Sicherungsgeber (Fiduziant) überträgt dem Sicherungsnehmer (Fiduziar) zwecks dinglicher Sicherung einer Forderung eine Sache zu fiduziarischem Eigentum. Der Fiduziar kann Dritten gegenüber als unbeschränkter Rechtsträger auftreten. Im Innenverhältnis ist er jedoch verpflichtet, das Sicherungsobjekt nur im Rahmen des Sicherungszwecks zu gebrauchen. Der Fiduziar kann also mehr, als er darf und besitzt damit eine überschüssende Rechtsmacht.

Grundsätzlich verfolgt die Sicherungsübereignung den gleichen Zweck wie das Fahrnispfand. Der Fiduziar erwirbt jedoch volles Eigentum. Auf diesen unvollkommen zweiseitigen Innominatkontrakt sui generis sind die Vorschriften des Faustpfandes sinngemäss anwendbar.

Der Besitz am Sicherungsobjekt muss auf den Gläubiger übergehen. Der Schuldner kann das Sicherungsobjekt daher nicht mehr weiter nutzen. Zudem besitzt der Schuldner nur einen vertragliche Rückübertragungsanspruch, keinen dinglichen.

**c) Sicherungszession (OR 164 ff.)**



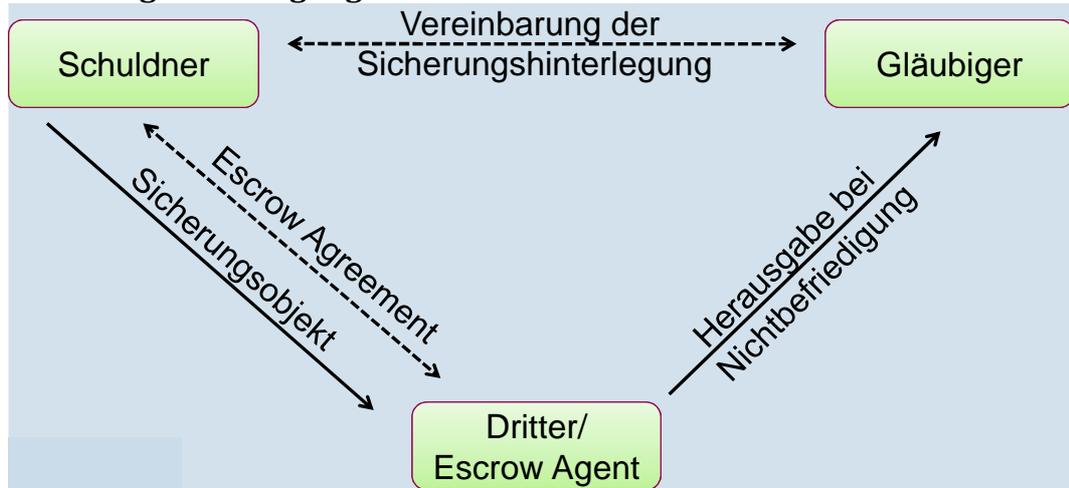
Bei der Sicherungszession tritt der Sicherungszedent (Fiduziant) dem Sicherungszessionar (Fiduziar) eine Forderung oder ein Recht zur Sicherstellung einer Hauptforderung zu vollem Recht ab. Grundsätzlich sind die Bestimmungen über die Abtretung (OR 164 ff.) anwendbar. Die Sicherungszession ist das Spiegelbild der Sicherungsübereignung.

Die Globalzession ist die Abtretung sämtlicher gegenwärtiger und künftiger Forderungen aus einem Geschäft zur Sicherstellung von Krediten. Sie ist zulässig, sofern die künftigen Forderungen hinsichtlich der Person des Drittschuldners, des Rechtsgrundes und der Höhe hinreichend bestimmbar sind. Eine Grenze bildet jedoch ZGB 27 II. Weiter muss die Globalzession sachlich beschränkt sein oder der Kreis der gesicherten Forderungen muss eingeschränkt werden. Eine ausdrückliche zeitliche Beschränkung der Globalzession kommt selten vor; häufiger ist eine konkludente Limitierung. Es werden die Regeln über die Zession (OR 164 ff.) und vereinzelt die Bestimmungen über das Forderungspfandrecht (ZGB 899 ff.) analog angewendet.

- Verpflichtungsgeschäft:  
Der Fiduziant verpflichtet sich, dem Fiduziar das Sicherungsobjekt zur Sicherung fiduziarisch abzutreten. Dieses Verpflichtungsgeschäft bedarf der schriftlichen Form (ZGB 900 I analog).
- Sicherungsobjekt:  
Grundsätzlich sind alle Forderungen abtretbar, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (OR 164 I). Dies gilt auch für bedingte und künftige (aber bestimmbare) Forderungen.
- Verfügungsgeschäft:  
Die Sicherungszession ist ein Verfügungsvertrag, welcher die Schriftform benötigt (OR 165 I). Der Zessionar muss nicht namentlich genannt sein, eine Blankozession ist zulässig. Der gute Glaube des Zessionars ersetzt die fehlende Verfügungsmacht grundsätzlich nicht, nur ausnahmsweise in OR 164 II. Der Zedent haftet für den Bestand (Verität) der Forderung, nicht aber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (Bonität).
- Regelung der Notifikation und Einziehung:  
Die Benachrichtigung des Schuldners (Notifikation) ist keine Gültigkeitsvoraussetzung der Zession. Bleibt sie aus, kann der Schuldner sich weiterhin mit Leistung an den Zedenten befreien (OR 167). Wird dem Zedenten das Einziehungsrecht auf Zusehen hin überlassen, liegt ein Inkassomandat mit einer Inkassovollmacht vor, welche jederzeit widerrufbar ist (OR 404). In der Bankpraxis wird häufig vorläufig auf die Notifikation verzichtet, da diese die Bonität des Zedenten erheblich vermindert.
- Nebenrechte und -pflichten des Zedenten  
Beim Inkassomandat und beim Factoring besteht ein zusätzlicher Regelungsbedarf, da es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt. Der Zedent hat deshalb oft die Pflicht, periodisch Debitorenlisten einzureichen. Zudem hat er alles zu tun, was im Interesse des Zessionars für die Einziehung notwendig ist. Direkt an ihn geleistete Zahlungen hat er an den Zessionar auszuliefern. Oft wird auch vereinbart, dass der Zedent dem Zessionar jederzeit Einblick in die Bücher zu gewähren hat.
- Nebenrechte und -pflichten des Zessionars  
Der Zessionar besitzt eine überschüssende Rechtsmacht. Ihm steht die Nutzung der zedierten Forderung zu und auch die Neben- und Vorzugsrechte gehen auf den Zessionar über (OR 170 I). Der Zessionar ist jedoch verpflichtet, eingezogene Zinsen von seiner Hauptforderung abzuziehen. Zudem hat er die zedierten Forderungen zu verwalten, falls nicht der Zedent mit der Einziehung beauftragt wurde.
- Verwertung  
Oft vereinbaren die Parteien, unter welchen Voraussetzungen der Zessionar die zedierten Forderungen verwerten darf. Fehlt eine vertragliche Regelung, erhält der Zessionar das Recht zur Befriedigung bei Fälligkeit der Sicherungsforderung. Ein in Verzug setzen ist demnach nicht notwendig. Für die Verwertung der Forderung stehen ihm zwei Möglichkeiten offen:
  - Einziehung der zedierten Forderung direkt beim Drittschuldner
  - Verkauf der Forderung nach den Grundsätzen der Privatverwertung. Hier trifft den Zessionar eine Abrechnungspflicht, indem er einen allfälligen Überschuss an den Zedenten herauszugeben hat.
Bei der sicherungshalber erfolgten Abtretung handelt es sich um eine Erfüllung zahlungshalber und nicht um eine Leistung an Erfüllung statt.
- Geltendmachung der Hauptforderung  
Der Sicherungszessionar kann die Hauptforderung erst geltend machen, nachdem er die Einziehung der abgetretenen Forderung erfolglos versucht oder dem Zedenten die Rückzession angeboten hat. Durch die Sicherungszession wird die Hauptforderung damit gestundet.

- Pflicht zur Rückzession  
 Der Zessionar muss die zedierten Forderungen nach Erfüllung oder sonstigem Untergang der Hauptschuld zurückzedieren. Die Forderungen fallen aufgrund der fehlenden Akzessorietät nicht automatisch zurück. Es kann jedoch eine Resolutivbedingung vereinbart werden. Die Rückzession bedarf ebenfalls der Schriftlichkeit. Der Anspruch auf Rückzession ist obligatorischer (bereicherungsrechtlicher) Natur. Hat der Zessionar die Forderung bereits eingezogen, bezieht sich der Anspruch auf das entsprechende Surrogat. Die Sicherungszession ist vor allem im Kreditgeschäft der Banken von grosser Bedeutung. Eine erweiterte Form der Sicherungszession ist das sog. Factoring.

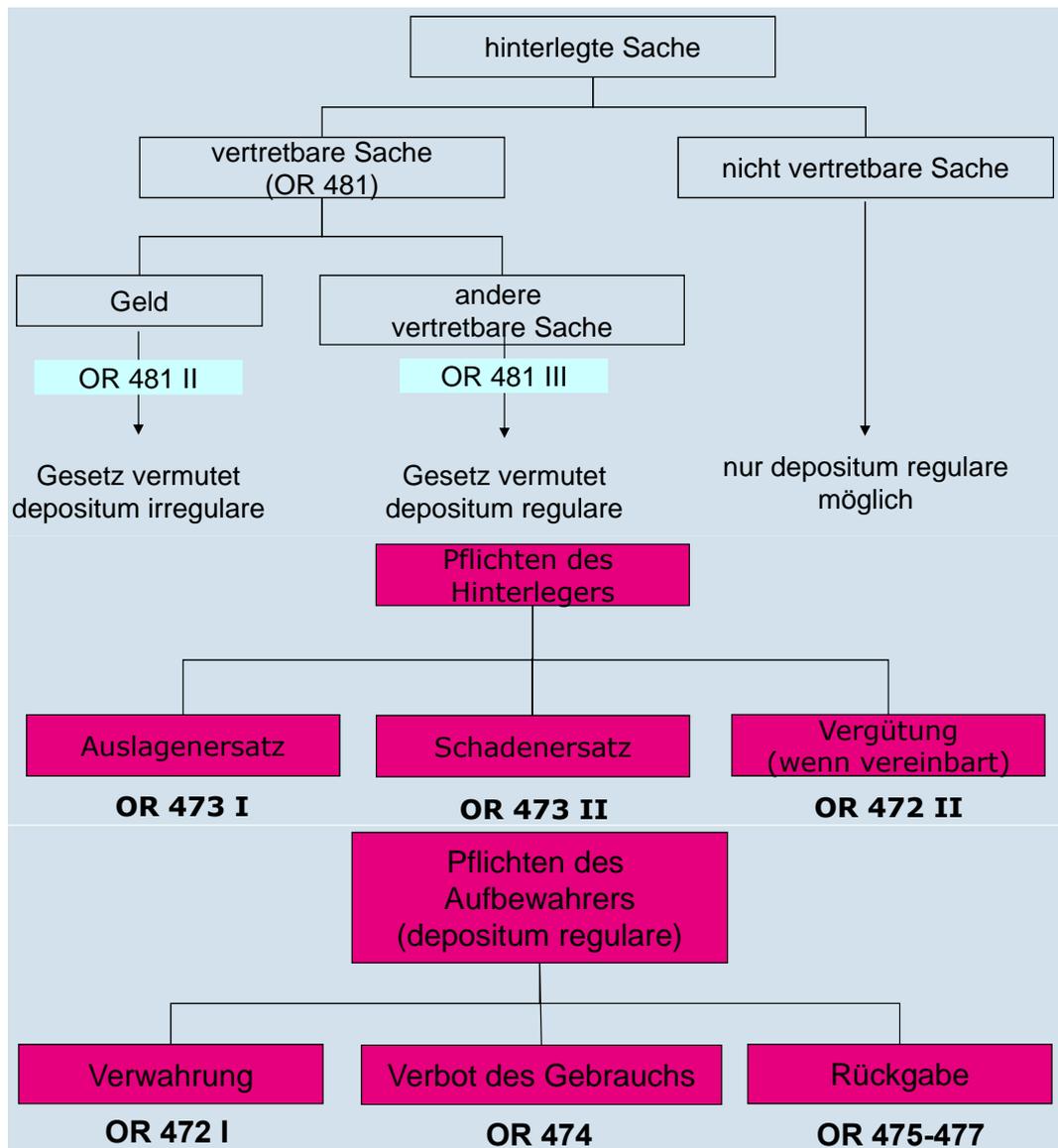
**d) Sicherungshinterlegung**



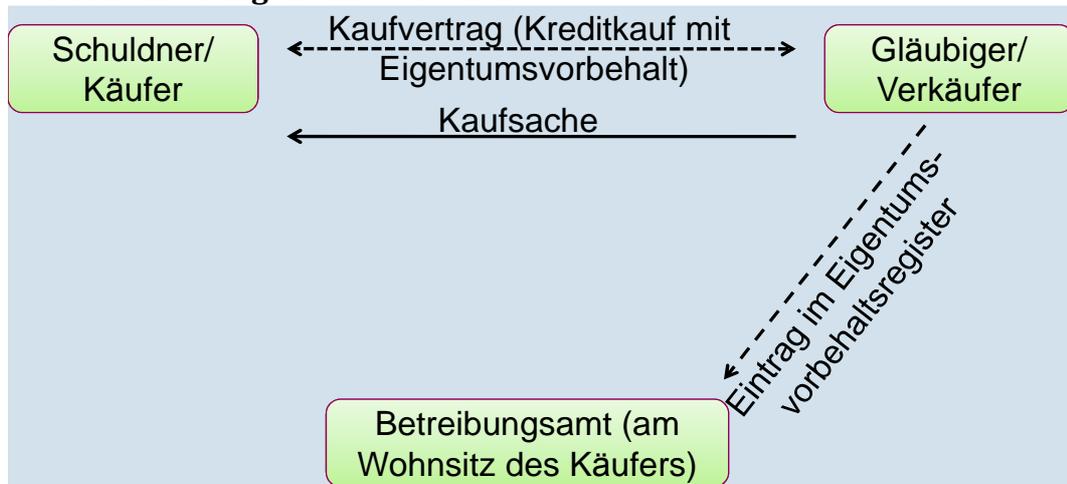
Bei der Sicherungshinterlegung übergibt der Schuldner einem Dritten ein Sicherungsobjekt mit der Auflage, dieses zu Sicherungszwecken aufzubewahren und dem Gläubiger bei Nichtbefriedigung herauszugeben. Es handelt sich damit um eine Kombination eines Pfandrechts mit einem Hinterlegungsvertrag. Dieses Rechtsgeschäft wird oft „Escrow Agreement“ genannt.

**e) Hinterlegungsvertrag**

Hinterlegung im Allgemeinen	depositum irregulare	Lagergeschäft	Gast- und Stallwirte
OR 472-480	OR 481	OR 482-486	OR 487-491
OR 473, 472 II	OR 472 I, 474-479		
Pflichten des Hinterlegers	Pflichten des Aufbewahrs		



### f) Verkauf unter Eigentumsvorbehalt



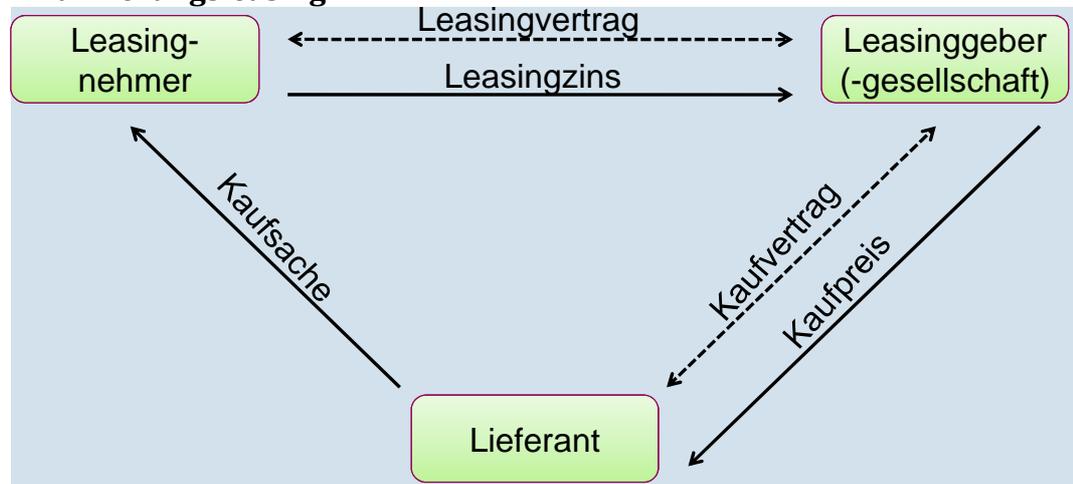
Es ist umstritten, ob ein Eigentumsvorbehalt nur beim Warenkredit oder sogar nur bei Kaufverträgen i.e.S. vereinbart werden kann. Dabei wird jedoch zur letzteren Ansicht tendiert.

Der Kreditgeber behält sicherungshalber das Eigentum an der verkauften Sache so lange, bis der gesamte Preis bezahlt ist. Der Besitzer geht jedoch bereits auf den

Erwerber über, womit er die Sache nutzen kann. Der Eigentumsvorbehalt ist nur in den Grenzen von ZGB 715 f. zulässig. Es braucht ein konstitutiver Registereintrag, um die notwendige Publizität zu gewährleisten. Diese Einträge im Eigentumsvorbehaltsregister müssen jedoch nicht gekannt werden. Es besteht kein öffentlicher Glaube des Vorbehaltsregisters. Der Eigentumsvorbehalt ist daher beim gutgläubigen Erwerb eines Drittkäufers unwirksam. Der Drittkäufer kann sich jedoch nicht auf seinen guten Glauben berufen, wenn er nicht die erforderliche Aufmerksamkeit aufgewendet hat (ZGB 3 II). Vor allem bei Gebrauchswagen oder Kunstgegenständen wird dem Erwerber eine Nachforschungspflicht auferlegt, wenn die Situation zu Misstrauen Anlass gibt.

Das Eigentumsvorbehaltsregister wird durch das Betreibungsamt geführt (ZGB 715 I, EigVV 1 ff.). Der Eigentumsvorbehalt ist im Register am Wohnsitz des jeweiligen Käufers einzutragen (ZGB 715 I). Wird der Wohnort verletzt und der Eintrag nicht innert 3 Monaten angepasst, wird der Eigentumsvorbehalt gegenüber Dritten unwirksam (EigVV 3 III).

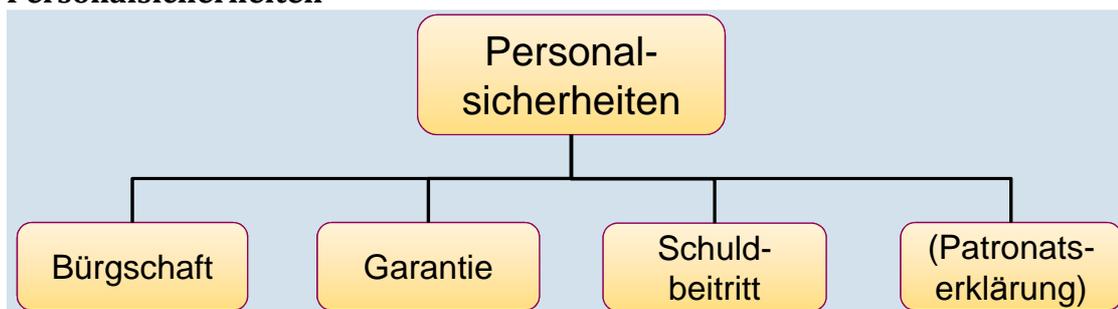
### g) Finanzierungsleasing



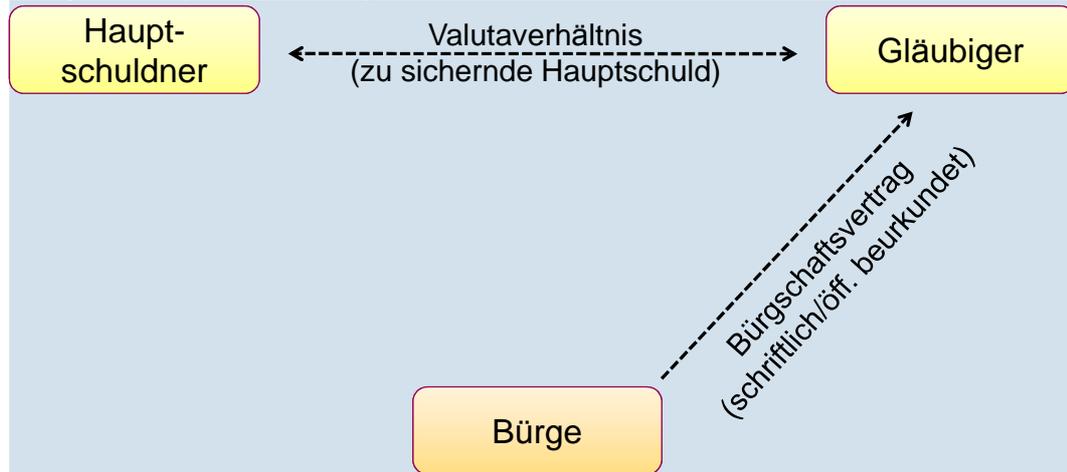
Der Leasinggesellschaft kommt die Funktion eines Financiers zu, der gleichzeitig ein Sicherungseigentumsähnliches Recht am Leasingobjekt besitzt. Die Leasinggesellschaft erwirbt das Leasingobjekt zwar zu Eigentum, nimmt es jedoch nie in eigenen Besitz. Dem Leasingnehmer werden die Pflichten eines Eigentümers weitgehend überbunden, die Leasinggesellschaft behält jedoch ein dingliches Recht am Leasingobjekt. Das Leasingobjekt kann bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Leasinggebühren zurückgenommen werden.

Damit stellt sich die Frage, unter welchen Umständen ein Leasingvertrag als verdeckte Mobiliarhypothek gilt, auf die das Faustpfandprinzip gemäss ZGB 884 i.V.m. 717 anwendbar ist.

### 2.) Personalsicherheiten



## a) Bürgschaft (OR 492-512)



Der Bürge verpflichtet sich im einseitig verpflichtenden Bürgschaftsvertrag, für die Erfüllung der Schuld einzustehen (OR 492 I). Leistet der Hauptschuldner nicht, kann der Hauptgläubiger auf den Bürgen zurückgreifen.

Die Bürgschaft ist akzessorisch zur Hauptschuld (OR 492 II) und sichert die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners oder die Erfüllung eines Vertrags.

### - Formvorschriften in OR 493

Alle objektiven und subjektiv wesentlichen Punkte unterstehen den Formvorschriften von OR 493: Unterschrift des Bürgen, Bezeichnung des bestimmbar Gläubigers, Angabe der Schuld, Bürgschaftserklärung, zahlenmässig bestimmter Höchstbetrag, allfällige Schlechterstellungen gegenüber der gesetzlichen Bürgschaft.

Bei einer Bürgschaft von natürlichen Personen für einen Betrag über 2'000 CHF muss zudem eine öffentliche Beurkundung erfolgen (OR 493 II). Dies liegt auch dann vor, wenn die Bürgschaft auf mehrere Bürgschaftserklärungen aufgeteilt ist (OR 493 IV). Die Nichteinhaltung der Form führt grundsätzlich zur Nichtigkeit.

### - Sicherungsgrund

Die Hauptleistung muss zumindest bestimmbar sein, was sich aus dem Grundsatz der Akzessorietät sowie aus persönlichkeitsrechtlichen Aspekten ergibt. Auch die Person des Gläubigers muss bestimmbar sein.

Für künftige, noch unbestimmte Forderungen ist eine Bürgschaft deshalb nur zulässig, wenn das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner genannt wird. Zudem darf die Persönlichkeit des Bürgen nicht verletzt werden.

### - Belangbarkeit des Bürgen

Die Regeln über die Belangbarkeit des Bürgen (OR 495 ff.) stellen auf die jeweilige Bürgschaftsart ab:

- Solidarische Bürgschaft (OR 496): Bürge kann bei Leistungsrückstand und erfolgloser Mahnung oder bei offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners belangt werden.
- Einfache Bürgschaft (OR 495 I): Bürge kann erst subsidiär belangt werden, wenn der Hauptschuldner Konkurs gegangen ist oder erfolglos betrieben wurde.
- Mitbürgschaft (OR 497): Mehrere Bürgen verbürgen sich gemeinsam für die gleiche Hauptschuld.

### - Höchstbetrag der Haftung (OR 499 I)

Der zwingend vorgeschriebene, zahlenmässig bestimmte Höchstbetrag beschränkt die Bürgenhaftung nach oben.

### - Beendigung der Bürgschaft (OR 509 ff.)

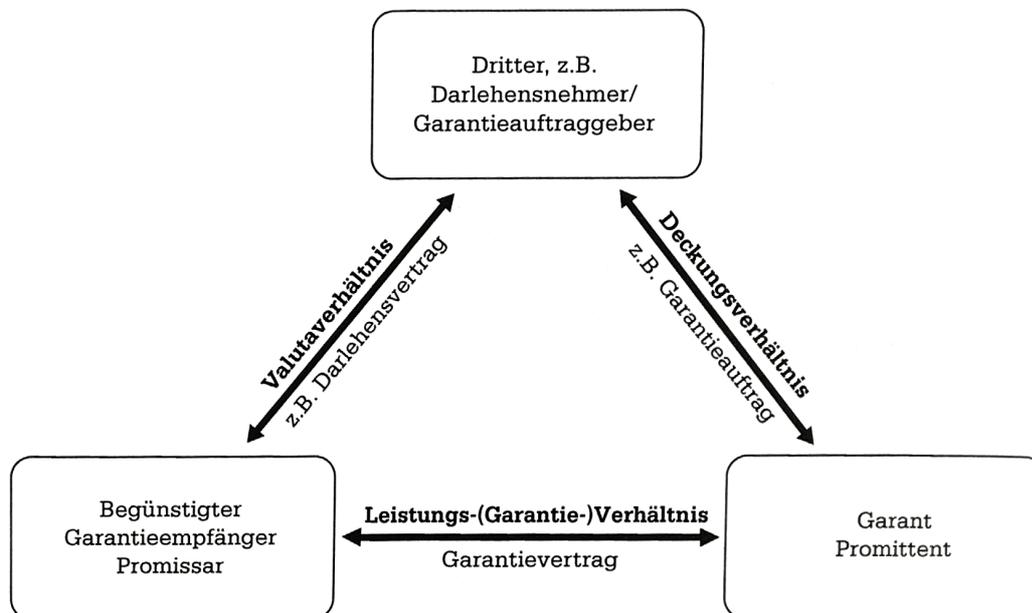
Aufgrund ihrer Akzessorietät endet die Bürgschaft grundsätzlich bei Erfüllung oder Untergang der Hauptforderung (OR 509 I). Ausnahmsweise kann die Bürgschaft jedoch weiterhin bestehen bleiben (OR 117 III für das

Kontokorrentverhältnis). Zudem gibt es Gründe, die eine Bürgschaft unabhängig von der Hauptschuld untergehen lassen (OR 509 II-VI und 510 ff.). Die Parteien können zudem weitere Beendigungsgründe vereinbaren.

In der Praxis ist vor allem die Bankenbürgschaft von Bedeutung. Private Bürgschaften sind weniger verbreitet, wozu sicherlich auch die Formerfordernisse beigetragen haben, die vor übereilten Bürgschaften abhalten sollen (OR 493). Im internationalen Verhältnis wurde die Bürgschaft weitgehend von der Garantie verdrängt, da diese einfacher zu vollstrecken ist und weniger strenge Formvorschriften bestehen.

## b) Garantievertrag (OR 111)

Der Garantievertrag ist unter der etwas verwirrenden Marginalie „Vertrag zulasten eines Dritten“ geregelt. Er sichert als selbstständiger Vertrag die Leistung eines Dritten als solche, unabhängig von der Gültigkeit der Verpflichtung des Dritten. Sind die im Garantievertrag umschriebenen Voraussetzungen erfüllt, ist der Garant zur Zahlung verpflichtet. Der Eintritt des Garantiefalls ist über den Wortlaut der Garantieklausel nicht näher zu substantiieren. Vorbehalten bleibt ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch.



Eine reine Garantie liegt vor, wenn der Garant dem Promissar (welcher durch die Garantie begünstigt wird) die Leistung eines Dritten verspricht, ohne dass diese Garantie von einem Schuldverhältnis im Valutaverhältnis abhängig ist.

Die bürgschaftsähnliche Garantie bezieht sich dagegen wirtschaftlich ausschliesslich auf das Valutaverhältnis.

Hinsichtlich der gesicherten Leistung lassen sich unterscheiden:

- Bietungsgarantie (Offengarantie, „bid bond“, „Tender bond“)
- Anzahlungsgarantie („advance payment guarantee“)
- Erfüllungsgarantie („performance bond“)
- Konnossementsgarantie („bill of lading guarantee“, „letter of indemnity“)

Die Garantie ist nicht akzessorisch, setzt also kein gültiges Grundgeschäft voraus.

Daher kann der Garant dem Dritten die Einreden des Promissars aus dem Valutaverhältnis nicht entgegenhalten. Ist die garantierte Leistung jedoch widerrechtlich oder unsittlich und ist der Garant Adressat der verletzten Norm, ist der Garantievertrag nichtig.

Die Abgrenzung der Garantie gegenüber der Bürgschaft fällt oft schwer.

Problematisch ist die Abgrenzung in folgender Situation: Der Promissar macht gestützt auf einen schriftlichen Garantievertrag ihren Anspruch auf Schadensersatz

gegenüber dem Garanten geltend. Dieser beruft sich auf Formungültigkeit der Vereinbarung, da kein formlos gültiger Garantie-, sondern ein formbedürftiger Bürgschaftsvertrag vorliege.

Abgrenzungskriterien sind:

- Im Zweifelsfall wird wegen der strengeren Vorschriften eine Bürgschaft vermutet. Vor allem bei Garantieerklärungen von Privatpersonen.
- Bei geschäftsgewandten Banken und Sicherungsgeschäften über Auslandsgeschäfte wird hingegen eine Garantie vermutet.
- Wichtigstes Unterscheidungskriterium ist die Akzessorietät. Ob eine solche vorliegt, ist aus dem Willen der Parteien zu ermitteln.
- Ein Einredeverzicht gilt als Indiz für eine Garantieerklärung, da dadurch die Akzessorietät zur gesicherten Forderung aufgehoben wird. Der Garant kann jedoch Einwendungen, die sich auf die Gültigkeit des Garantievertrags beziehen, trotz Einredeverzichts vorbringen.
- Nicht entscheidend ist ein eigenes Interesse der sichernden Person am Gesamtgeschäft. Ein solches kann jedoch als Indiz für einen Garantievertrag sprechen.
- Muss zur Feststellung der garantierten Leistung vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden, ist vermutungsweise auf eine Bürgschaft zu schliessen.

Der Garant kann bei Fälligkeit der Garantie belangt werden. Diese tritt ein, wenn die garantierte Leistung nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfolgt. Es benötigt hingegen weder eine Mahnung noch eine Nachfrist. Die Garantieleistung wird jedoch hinfällig, wenn der Promissar die Annahme oder eine notwendige Mitwirkungshandlung verweigert oder das abgesicherte Risiko schuldhaft herbeiführt.

Zudem müssen auch die Abrufvoraussetzungen, unter denen der begünstigte Dritte die Garantie abrufen kann, erfüllt sein. Bei Bankgarantien wird oft eine Zahlungspflicht auf erste Anforderung vereinbart (unbedingte Garantie). Ohne spezielle Vorschriften genügt eine formfreie Abruferklärung zur Begründung des Zahlungsanspruchs. Oft wird aber die Vorlage von bestimmten Dokumenten vorgeschrieben. Dabei kann es sich um Gerichtsurteile, Schiedsurteile, Konnossemente, Lieferscheine usw. handeln (dokumentarische oder bedingte Garantie). Auch kommen Garantien mit dem Versprechen des Garanten vor, bei Eintritt besonderer Voraussetzungen (Effektivklauseln) zu zahlen.

Ist die Garantie fällig und die Abrufvoraussetzungen erfüllt, kann der Promissar direkt den Garanten belangen. Es kann jedoch auch eine Subsidiarität der Bürgschaft vereinbart werden.

Garantien sind regelmässig befristet auf den Eintritt des Garantiefalls oder auf die Inanspruchnahme der Garantie. Fehlt eine Befristung, gelten die gesetzlichen Verjährungsregeln nach OR 127.

Die Garantie basiert meist auf einem Garantieauftrag, d.h. einem Schuldverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Garant. Dieses Deckungsverhältnis wird meist als einfacher Auftrag (OR 394 ff.) angesehen. Der Garant verpflichtet sich gegenüber dem Garantieauftraggeber, mit dem Promissar einen Garantievertrag abzuschliessen. Der Garant unterliegt dabei Instruktions-, Sorgfalts- und Treuepflichten. Der Garantieauftraggeber hat dagegen eine Garantiekommission zu entrichten und für Aufwendungen, vor allem für die erbrachte Garantiezahlung, Ersatz zu erbringen. Wurde die Garantie jedoch geleistet, ohne dass ein Garantiefall vorlag, entfällt die Ersatzpflicht des Garantieauftraggebers.

### **c) Schuldbeitritt**

= kumulative Schuldübernahme

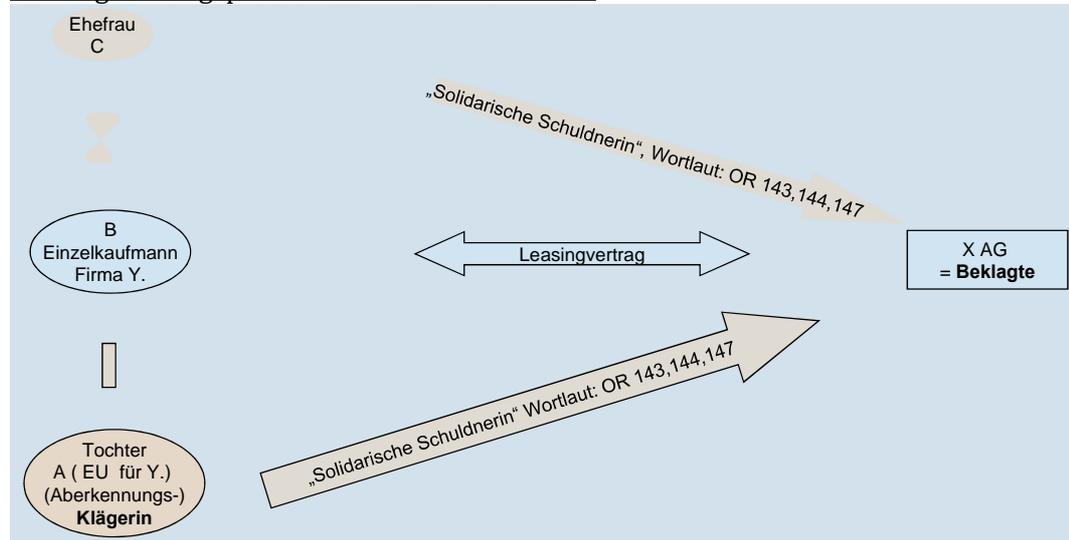
= Schuldmitübernahme

In einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden verpflichtet sich der Beitretende, die Schuld aus dem Hauptgeschäft solidarisch i.S.v.

OR 143 ff. mit zu übernehmen. Dabei kommt es zu keinem Schuldnerwechsel, die Position des Gläubigers wird jedoch verstärkt.

Für die Abgrenzung zur Bürgschaft ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Hat der sich verpflichtende Vertragspartner ein erkennbares eigenes Interesse am Geschäft, liegt vermutungsweise ein Schuldbeitritt vor. Bei der Bürgschaft hat der Bürge meist nur ein Sicherungsinteresse an der Erfüllung der Hauptschuld.

Zur Abgrenzungsproblematik: BGE 129 III 702



- 1) Entscheidend ist nach OR 18 der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien, nicht die Vertragsbezeichnung (in casu als Schuldbeitritt).
- 2) Für die Abgrenzung von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme ist das Kriterium entscheidend, ob der Bürge ein eigenes Interesse an der Schuldübernahme besitzt.
- 3) Frau und Tochter haben kein eigenes Interesse, bloss das Interesse zur Sicherung des Leasingvertrags.
- 4) Formungültige Bürgschaft liegt vor!

#### d) Patronatserklärung

Die Patronatserklärung ist ein gesetzlich nicht geregeltes Sicherungs- bzw. sicherungsartiges Geschäft für fremde Verbindlichkeiten. Es handelt sich daher in der Regel um einen Innominatkontrakt.

Sie wird auch Comfort Letter, Letter of Responsibility, Letter of Awareness, Sicherstellungserklärung usw. genannt. Meist wird die Erklärung von einer Mutter- oder anderen Konzerngesellschaft für die Kredite zugunsten ihrer Tochter- oder sonstiger verbundener Gesellschaften abgegeben. Neben unverbindlichen Gentlemen's Agreements kommen auch verbindliche Kreditgarantien vor. Auch in der Literatur findet sich keine generelle Definition. Es bestehen zahlreiche Umschreibungsversuche: "versichernde Erklärung", "Kreditsicherungsinstrument der besonderen Art" oder "garantieähnliche Erklärung sui generis".

Die Verbindlichkeit einer Patronatserklärung ist durch Auslegung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu ermitteln. Es wird derjenige Erklärende haftbar gemacht, der das berechtigte Vertrauen enttäuscht, welches durch die Patronatserklärung hervorgerufen wurde.

# Werkvertrag

---

## A) Allgemeines

### 1.) Begriffe

#### a) Werkvertrag

Mit dem Abschluss eines Werkvertrags verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (OR 363). Damit handelt es sich beim Werkvertrag um einen vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag.

Die Leistungspflicht des Herstellers richtet sich auf Herstellung und Ablieferung des Werks. Die Dauer der Herstellung hat hierbei grundsätzlich keinen Einfluss auf die Leistung. Deshalb ist der Werkvertrag kein Dauervertrag. Grundsätzlich bedarf der Werkvertrag keiner besonderen Form.

Der Besteller ist zur Bezahlung eines Werklohns oder Werkpreises verpflichtet. Dabei wird nach herrschender Lehre Entgeltlichkeit vermutet, wenn nach den Umständen das Werk nur gegen eine Vergütung geliefert wird. Ist nicht auf eine solche zu schliessen und liegt auch keine ausdrückliche Regelung der Parteien vor, ist ein Auftrag oder ein Innominatkontrakt anzunehmen.

Eine Offerte zum Abschluss eines Werkvertrags ist jedoch meist unentgeltlich. Übersteigt sie jedoch den üblichen Rahmen, ist der Besteller zu einer Vergütung nach den Regeln des Werkvertrags (OR 374) verpflichtet, auch wenn er die Offerte letztlich ablehnt.

#### b) Werk

Unter Werk i.S.v. OR 363 ist der versprochene Arbeitserfolg zu verstehen und nicht das Tätigwerden selbst. Der Arbeitserfolg kann körperlicher oder unkörperlicher Art sein, vorausgesetzt ist bloss die objektive Bestimmbarkeit.

##### – Körperliche Werke

OR 363 ff. sind auf bewegliche und unbewegliche Sachen zugeschnitten, welche entweder hergestellt werden oder als Bestand einer bereits vorhandenen Sache bearbeitet werden. Auch das Ergebnis von Arbeiten am menschlichen Körper kann ein Werk darstellen, sofern die übrigen Voraussetzungen des Werkvertrags erfüllt sind.

##### – Immaterielle Werke

Vorausgesetzt ist hierbei, dass ein Erfolg vereinbart wurde. Ausgeschlossen sind daher Verträge über eine Prozessführung oder einen Heilungserfolg, da sich hier ein konkreter Erfolg nicht versprechen lässt.

Umstritten ist, ob sich das geistige Arbeitsprodukt körperlich manifestieren muss, bspw. als Schriftstück oder Modell. Nach dieser Auffassung wäre eine Bühnenaufforderung daher ein auftragsähnlicher Innominatkontrakt mit werkvertraglichen Elementen.

Bei der Anwendung von Werkvertragsregeln auf immaterielle Werke passen bestimmte Rechtsfolgen nicht. Es kann deshalb notwendig sein, den Vertrag einem anderen Vertragstypus zuzuweisen oder einen Innominatkontrakt anzunehmen. Dadurch kann das Werkvertragsrecht analog angewendet werden.  
*Bsp.: Misslungene Theateraufführung muss nicht nachgebessert werden.*

### 2.) Abgrenzungen

#### a) Abgrenzung zum Kaufvertrag

Der Kaufvertrag ist auf die entgeltliche Übereignung einer Sache gerichtet. Der Werkvertrag hingegen auf die Herstellung einer individuell angefertigten Sache. Ist

die Sache vor Vertragsabschluss bereits hergestellt, kann nur noch ein Kaufvertrag abgeschlossen werden. Jedoch ist es möglich, eine bereits hergestellte Sache noch im Rahmen eines Werkvertrags zu bearbeiten.

Schwierigkeiten der Abgrenzung ergeben sich vor allem bei:

– Kauf einer zukünftigen Sache

Hier verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer eine Sache zu übereignen, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht existiert. Es handelt sich um einen Kaufvertrag, obwohl die Herstellungspflicht Gegenstand des Kaufvertragsversprechens ist. Grund dafür ist, dass die Sache serienmässig hergestellt wird.

– Kauf mit Montagepflicht

Die Verpflichtung, eine Sache zu liefern wird mit einer Montageverpflichtung verbunden, wobei dafür ein einheitlicher Preis vereinbart wurde. Dabei handelt es sich um einen gemischten Vertrag, welcher Elemente des Kaufvertrags mit solchen des Werkvertrags kombiniert.

Für die Qualifikation des Vertrags sind dann die kaufrechtlichen Elemente gegen die werkvertraglichen Elemente abzuwägen. Ist die Montage bloss untergeordnet, liegt ein Kaufvertrag vor. Ist die Montage mit der Sachlieferung gleichwertig, entsteht ein gemischtes Vertragsverhältnis. Steht die Montage im Vordergrund, handelt es sich um ein Werklieferungsvertrag.

Massgebendes Kriterium ist der Wert der Arbeitsleistung im Verhältnis zum Wert der Sachlieferung.

Kauf- und Werkvertrag führen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen:

- Nachbesserung kann nur beim Werkvertrag verlangt werden (OR 368 II), nicht aber beim Kauf (OR 205 f.).
- Beim Kauf geht die Gefahr bereits bei Vertragsschluss über (OR 185), beim Werkvertrag erst bei Ablieferung des Werks (OR 376).
- Im Werkvertrag profitiert der Besteller von einem erweiterten Rücktrittsrecht:
  - Beim voraussehbaren Verzug (OR 366)
  - Bei Kostenüberschreitung (OR 375)
  - Jederzeit, wenn Unternehmer schadlos gehalten wird (OR 377)
- Nur der Unternehmer kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verlangen (ZGB 837 I 3).

Kein Unterschied besteht bezüglich der Verjährung.

## **b) Abgrenzung zum Auftrag**

Der Auftrag hat ein Tätigwerden zum Gegenstand, geschuldet ist ein Wirken. Beim Werkvertrag wird hingegen ein Erfolg geschuldet. Zudem ist der Auftrag gesetzlich vermutet unentgeltlich, der Werkvertrag jedoch entgeltlich.

Abgrenzungsprobleme bestehen danach nur bei einem entgeltlichen Auftrag. Für den Werkvertrag muss der Erfolg objektiv versprochen werden können.

Abgrenzungsprobleme bestehen bei:

– Architekten- bzw. Ingenieurvertrag

Ein Werkvertrag liegt vor, wenn sich der Architekt bzw. Ingenieur zur Erstellung von Plänen, Werkzeichnungen und Bauprojekten verpflichtet. Bei Kostenvoranschlägen ist ein Werkvertrag anzunehmen, wenn der fehlerhafte Kostenvoranschlag auf einem Planungsfehler beruht. Handelt es sich um einen Rechnungsfehler, liegt ein Auftrag vor.

Ein Auftrag liegt vor, wenn der Vertrag nur die Leitung und Überwachung der Bauausführung und die Arbeitsvergabe an Dritte vorsieht.

– Gesamtvertrag

Verpflichtet sich der Architekt bzw. Ingenieur sowohl zur Projektierung als auch zur Bauleitung, liegt ein Gesamtvertrag vor. Das Bundesgericht geht dann von einem gemischten Vertragsverhältnis aus. Projektfehler werden deshalb nach Werkvertragsrecht und unsorgfältige Bauaufsicht nach Auftragsrecht beurteilt.

Der Bauherr sollte bei einem Gesamtvertrag stets alle Mängel rügen, da ansonsten einige Gewährleistungsansprüche gemäss OR 367/370 verwirken könnten. Die Auflösung des Gesamtvertrags wird hingegen nach Auftragsrecht (OR 404) beurteilt, was sich zu Ungunsten des Architekten auswirkt.

– Zahnbehandlungsvertrag

Der Zahnarzt übernimmt oft nicht nur eine Behandlung, sondern fertigt auch Prothesen usw. an. Trotzdem wird der Zahnbehandlungsvertrag vom Bundesgericht ganz dem Auftragsrecht unterstellt. Denn dem Patient kann durch die Behandlung kein konkreter Erfolg zugesichert werden.

Die Vertragszuordnung hat folgende Bedeutung:

- Ein Beauftragter haftet nur für Verschulden (OR 398), der Unternehmer hingegen auch ohne Verschulden (OR 368).
- Der Besteller kann bei unvollendetem Werk nur gegen Vergütung und volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten (OR 377). Im Auftragsrecht erlaubt OR 404 den jederzeitigen Rücktritt, ohne dass hier eine Entschädigung geschuldet ist.

### c) **Abgrenzung zum Arbeitsvertrag**

Sowohl der Arbeitnehmer wie auch der Unternehmer verpflichten sich, eine Dienstleistung für eine andere Person zu erbringen. Die Abgrenzung erfolgt nach drei Kriterien:

- Der Arbeitnehmer schuldet nur Arbeitseinsatz und Sorgfalt, der Unternehmer auch einen Erfolg der Arbeit.
- Die Entschädigung beim Werkvertrag ist erfolgsabhängig, der Arbeitnehmer wird nach Arbeitsaufwand entschädigt.
- Im Arbeitsvertrag besteht ein Subordinationsverhältnis, nicht so im Werkvertrag.

Schwierigkeiten der Abgrenzung bestehen, wenn eine Person von zu Hause arbeitet oder sie nach Regie- oder Akkordarbeit entlohnt wird, wobei sich der Lohn nach erbrachter Arbeitsleistung oder quantitativen Arbeitserfolg richtet.

Die Qualifikation zieht folgende Rechtsfolgen nach sich:

- Beim Arbeitsvertrag trägt der Arbeitgeber die Gefahr (OR 324a), beim Werkvertrag bis zur Übergabe der Unternehmer (OR 376).
- Das Arbeitsrecht enthält zahlreiche zwingende Bestimmungen. Das Werkvertragsrecht hingegen ist dispositiv.

## 3.) **Erscheinungsformen**

### a) **Bauwerkvertrag**

– Begriff und Inhalt

Bei Begriff des "Bauwerkvertrag" handelt es sich nicht um einen gesetzlichen Begriff, er hat sich jedoch in der Rechtssprache eingebürgert. Beim bestellten Werk handelt es sich um ein Bauwerk. Dabei wird ein Werk gemäss OR 58 wie auch unbewegliche Bauwerke nach OR 371 II und auch nur einzelne Arbeiten an einem Werk erfasst. Ein Unternehmer kann sich in mehreren Weisen verpflichten:

- Teilunternehmer: Er erstellt nicht das ganze Gebäude, sondern nur einen Teil davon. Es wird nur eine Teilleistung gestützt auf einen Werkvertrag erfüllt. Den Vertrag kann er mit dem Bauherrn oder den Generalunternehmern abschliessen.
- Generalunternehmer: Er ist für die gesamte Ausführung der Baute zuständig. Er verwirkt ein fremdes Projekt und zielt zur Erstellung des Bauwerks Subunternehmern bei und koordiniert diese.

- Totalunternehmer: Er leistet nicht nur Ausführungsarbeiten, sondern auch Planungs- und Projektierungsarbeiten. Er fertigt sein eigenes Projekt entweder selbst oder mit Hilfe von Subunternehmern an.
- Subunternehmer: Durch einen Subunternehmervertrag können Subunternehmen zur Errichtung einzelner Arbeiten verpflichtet werden. Ein Subunternehmer ist mit dem Besteller grundsätzlich nicht vertraglich verbunden, es sei denn, dies sei im Hauptvertrag vereinbart. Der Besteller hat dadurch kein Weisungsrecht gegenüber dem Subunternehmer.

Häufig verpflichtet sich der Architekt, die Funktion des Bauunternehmens zu übernehmen. Ist er zur Ausführung eines Bauwerks verpflichtet, ist er im werkvertraglichen Sinn Unternehmer. Es liegt damit kein Auftrag vor.

– SIA-Norm 118

Allgemeine Vertragsbedingungen stellen eine wichtige Rolle dar. Die SIA-Norm ist ein privates Regelwerk des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins. Die Norm erhält nur Geltung, wenn sie als Vertragsbestandteil übernommen wurde. Für die Auslegung von SIA-Normen sind die Auslegungsgrundsätze für AGB anzuwenden.

Die SIA-Norm 118 regelt die Vertragspflichten der Parteien, die Abnahme des Werks und die Mängelhaftung. Sie enthält aber auch Bestimmungen zum Gerichtsstand oder zur vorzeitigen Vertragsbeendigung. Auch wird das Zustandekommen des Vertrags geregelt, vor allem für das Submissionsverfahren. Dabei können verschiedene Anbieter ein Angebot zur Herstellung eines Werks vorlegen. Bei öffentlichen Bauten muss ein solches Verfahren manchmal zwingend durchgeführt werden.

Die Regeln der SIA-Norm 118 stimmen überwiegend mit OR 363-379 überein. In einigen Bereichen besteht jedoch eine Abweichung oder es werden andere Begriffsdefinitionen gebraucht.

Die Norm soll den Abschluss und die Gestaltung der Werkverträge erleichtert und einen einheitlichen Standard schaffen. Sie ist vor allem für grössere Bauvorhaben geeignet.

## **b) Werklieferungsvertrag**

Der Unternehmer schuldet dem Besteller nicht nur die Erstellung eines Werks, sondern auch die Herstellung aus selbst beschaffenem Stoff. Der Unternehmer muss daher auch der erforderlichen Stoff oder mindestens einen Teil davon liefern (Stofflieferungspflicht).

Die Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Werklieferungsvertrag wird in OR 363 nicht getroffen, ist jedoch gebräuchlich. Es handelt sich stets um einen Werkvertrag, der den Regeln von OR 363-379 untersteht. Bei der Gewährleistung verweist OR 365 I jedoch auf das Kaufrecht, wobei dabei nur die Rechtsgewährleistung zu verstehen ist.

CISG 3 I bestimmt, dass Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware Kaufverträgen gleichzustellen sind. Internationale Werklieferungsverträge fallen unter diese Bestimmungen. Dabei sind die zusätzlichen Anwendungsvoraussetzungen von CISG 1, 2 und 6 einzuhalten.

## **c) Werkvertragsähnliche Innominatkontrakte**

Es gibt Innominatkontrakte, welche keinem gesetzlichen Vertragstyp entsprechen. Diese Innominatkontrakte bieten den Vorteil, dass die Rechtsfolgen individuell angepasst werden können. Würde man das Auftragsrecht anwenden (aufgrund OR 394 II), käme es zu unangemessenen Lösungen.

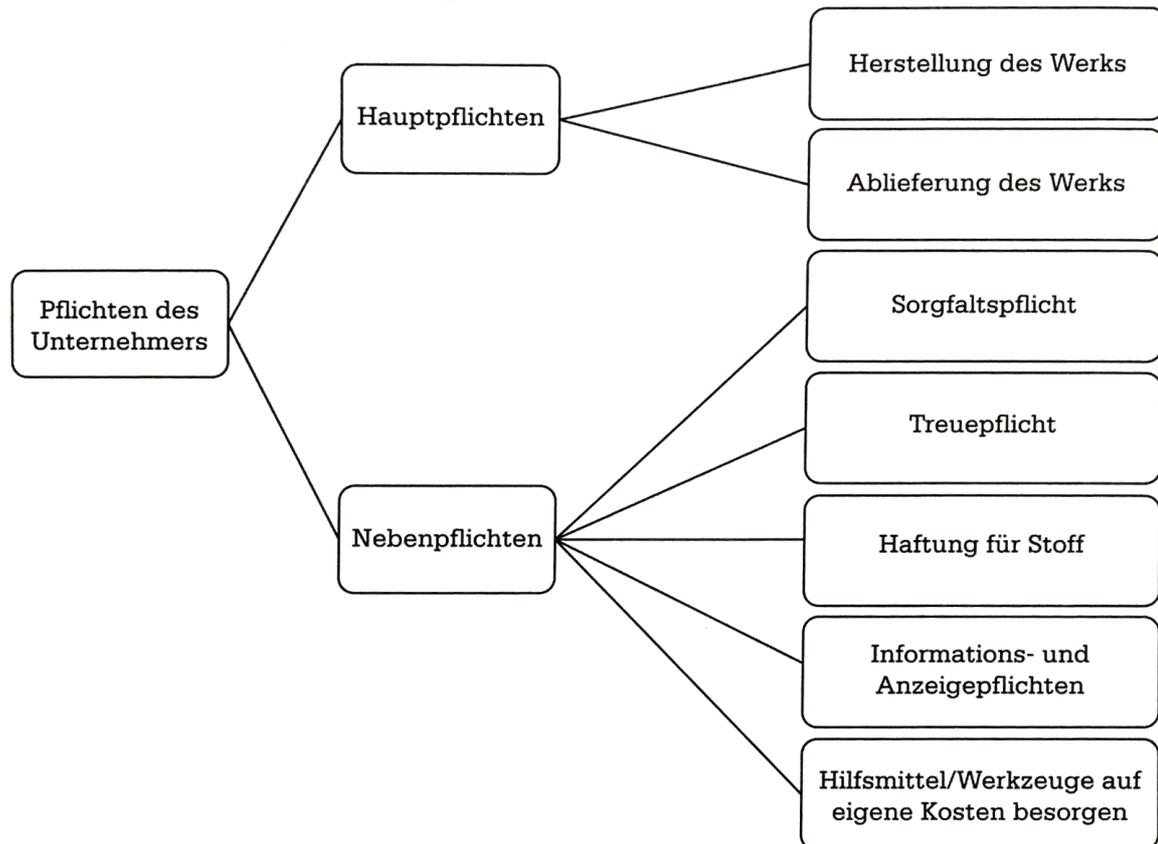
Ausgangspunkt für die Auslegung eines Innominatkontrakts bildet die Vereinbarung der Parteien. Ist die Vereinbarung lückenhaft, muss entschieden werden, an welchen Vertragstypus sich der Vertrag anlehnt. So können Regeln des Werkvertrags analog

angewendet werden. Die analoge Anwendung muss jedoch stets zu einem widerspruchsfreien Vertragsganzen führen.

Beispiele solcher Innominatkontrakte sind:

- Veranstaltungsverträge wie Vorstellungsbesuche, Orchester-, Musiker- oder Künstlerverträge
- Softwareherstellungsverträge
- Wartungsverträge
- Bewirtschaftungsverträge
- Unentgeltlicher Werkvertrag

## B) Pflichten und Rechtsstellung des Unternehmers



### 1.) Hauptpflicht: Herstellung und Ablieferung des Werks

Der Unternehmer verpflichtet sich zur Herstellung eines Werks aus Rohmaterialien, Rohprodukten oder Halbprodukten, es sei denn, es handle sich um ein immaterielles Werk. Dabei ist das Werk rechtzeitig abzugeben. Es wird nur richtig erfüllt, wenn in persönlicher, qualitativer und zeitlicher Hinsicht vertragskonform erfüllt wird.

#### - Persönliche Leistungspflicht

Grundsätzlich hat der Unternehmer das Werk persönlich auszuführen, es sei denn, es komme nicht auf seine persönlichen Fähigkeiten an (OR 364 II). Keine persönliche Leistungspflicht ist anzunehmen beim Generalunternehmervertrag. Eine persönliche Leistungspflicht besteht hingegen bei Kunstwerken. Die persönliche Leistungspflicht umfasst die Herstellung des Werks, nicht aber die Beschaffung des Werkstoffes.

#### - Beizug Dritter

Ist der Unternehmer nicht persönlich zur Ausführung verpflichtet, kann er Arbeiten an Dritte vergeben. Er kann persönliche Aufsicht ausüben oder aber die Herstellung an einen Dritten vergeben. Trotzdem haftet er dem Besteller nach Massgabe von OR 101, da es sich bei den beigezogenen Personen um Erfüllungsgehilfen handelt. War er nicht zum Beizug eines Dritten bemächtigt, haftet er zusätzlich nach OR 97 I.

- Rechtzeitige Abgabe  
Die Pflicht zur rechtzeitigen Ablieferung ist stillschweigend vorausgesetzt. Der Ablieferungstermin ergibt sich aus der Vereinbarung der Parteien oder durch Auslegung. Verspätet sich der Unternehmer, gerät er in Schuldnerverzug gemäss OR 102-109. Ist die Ablieferungsverzögerung voraussehbar, kann der Besteller vorzeitig vom Vertrag zurücktreten (OR 366 I). Es ist dabei grundsätzlich eine Ansetzung einer Nachfrist durch den Besteller notwendig. Ein Verzug einer Teilleistung reicht zudem noch nicht für den Rücktritt.

## 2.) Nebenpflichten

Die Nebenpflichten können von unselbstständigem Charakter sein oder selbstständige Pflichten darstellen, die dem Besteller einen klagbaren Anspruch verschaffen.

### a) Pflichten betreffend Stoff und Hilfsmittel; Anzeigepflichten

Gemäss OR 365 II hat der Besteller Rechenschaft über den gelieferten Stoff abzulegen und einen allfälligen Rest zurückzugeben. Der vom Besteller gelieferte Stoff ist dabei sorgfältig zu behandeln. Nach OR 364 III hat er die notwendigen Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften auf seine Kosten zu besorgen. Der Unternehmer muss über Mängel an Stoff oder Baugrund oder über sonstige Verhältnisse informieren, welche die Ausführung des Werks gefährden (OR 365 III). Dem Besteller ist zudem anzuzeigen, dass seine Weisungen die gehörige Werkherstellung verunmögliche (OR 369).

### b) Sorgfaltspflicht (OR 364 I)

Für den Umfang der Haftung des Unternehmers wird auf den Sorgfaltsmassstab des Arbeitnehmer verwiesen (OR 321e). Der Anwendungsbereich dieser Norm ist jedoch umstritten.

Die arbeitsrechtlichen Vorschriften werden nur in wenigen Fällen den werkvertraglichen Bedürfnissen gerecht. Der Verweis auf OR 321e sollte deshalb eng verstanden werden.

Im Werkvertrag gelten im Allgemeinen höhere Anforderungen an die Sorgfalt des Unternehmers, als an die Sorgfalt des Arbeitnehmers gestellt werden. Denn der Unternehmer ist oft eine sachkundige Person und arbeitet selbstständig. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich dabei stets nach den konkreten Umständen und nach den anerkannten Regeln der Technik. Bei der Ausführung und Ablieferung der Arbeiten ist gewissenhaft vorzugehen. Nachlässigkeiten sind zu vermeiden und die Rechtsgüter des Bestellers sollten nicht beeinträchtigt werden.

Führt die Sorgfaltspflichtverletzung zu einem Schaden an Rechtsgütern des Bestellers, haftet der Unternehmer nach OR 97 ff. Für seine Hilfspersonen haftet der Unternehmer gemäss OR 101 wie für sein eigenes Verhalten. Für Mängel am abgelieferten Werk haftet er hingegen nach OR 367-371.

### c) Allgemeine Treuepflicht des Unternehmers?

Ein Teil der Lehre nimmt auch für den Werkvertrag eine Treuepflicht im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten an. Die überwiegende Lehre verneint jedoch eine Treuepflicht. Gemäss ZGB 2 sind jedoch die Interessen der Gegenpartei zu wahren und den Unternehmer treffen daher Aufklärungs-, Beratungs- und Geheimhaltungspflichten.

## 3.) Gefahrentragung

Man unterscheidet zwischen:

- Preisgefahr
- Leistungsgefahr
- Sachgefahr

<b>Preisgefahr</b>	<b>Leistungsgefahr</b>	<b>Sachgefahr</b>
• = Risiko für Bestand der Werklohnforderung	• = Risiko für Anspruch auf Werkherstellung	• = Risiko für unmittelbaren Verlust

Befindet sich der Unternehmer im Verzug, sind die allgemeinen Verzugsregeln anwendbar.

#### a) Grundsatz

Geht das Werk vor der Übergabe an den Besteller ohne Verschulden des Unternehmers zufällig unter, trägt der Unternehmer das Risiko der Preisgefahr. Er hat weder Anspruch auf Lohn noch auf Ersatz seiner Auslagen (OR 376 I). Ist die Leistungserstellung objektiv möglich, trifft den Unternehmer auch die Leistungsgefahr. Er hat damit ein zweites Werk herzustellen. Für dieses hat er Anspruch auf Vergütung, nicht jedoch auf Entschädigung seines Mehraufwands. Der Unternehmer wird von der Leistungspflicht nur befreit, wenn sich der Besteller in Annahmeverzug befindet (OR 367 I) oder wenn das Werk durch Umstände untergegangen ist, die aus seiner Sphäre stammen (OR 367 III). Mit der Ablieferung des Werks geht auch die Gefahr auf den Besteller über. Geht das Werk nach Übergabe unter, hat der Besteller die Vergütung trotzdem zu bezahlen. Die Sachgefahr für den zufälligen Untergang des Stoffs trifft diejenige Partei, die den Stoff geliefert hat (OR 376 II).

#### b) Ausnahmen

Die Gefahr geht bereits vor Ablieferung des Werks auf den Besteller über, wenn sich dieser im Gläubigerverzug befindet (OR 376 I). Ihn trifft dann Preis- und Leistungsgefahr, d.h. er hat das Werk und die Auslagen des Unternehmers zu bezahlen, obwohl sein Anspruch auf Werkherstellung untergegangen ist. Der Besteller trägt zudem die Preisgefahr, wenn das Werk wegen eines Mangels des von ihm gelieferten Stoffes oder infolge einer seiner Anweisungen untergeht (OR 376 III). Der Unternehmer darf jedoch nur dann Ersatz verlangen, wenn er rechtzeitig auf die Gefahr hingewiesen hat (OR 376 III). Verfügt der Besteller über mehr Sachwissen, kann dem Unternehmer eine unterlassene Anzeige nicht angelastet werden. Ist der Besteller verschuldet, kann der Unternehmer Schadensersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses verlangen (OR 376 III).

#### 4.) Sicherung der Werklohnforderung

Der Unternehmer besitzt ein dingliches Retentionsrecht nach ZGB 895 an einer beweglichen Sache des Bestellers, welche ihm bspw. für eine Reparatur übergeben wurde. Das Retentionsrecht kann auch noch nach Verjährung der Werklohnforderung geltend gemacht werden (OR 140).

Bei Bauwerkverträgen oder Arbeiten an Gebäuden kann der Unternehmer seine Werklohnforderung durch ein Bauhandwerkerpfandrecht (ZGB 837 I 3, 839 ff.) sichern lassen. Auch Subunternehmen können ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen, selbst wenn sie vertragliche Ansprüche nur gegenüber dem Generalunternehmen haben. Der Bauherr haftet daher mit seinem Grundstück für Vergütungen, welche das Generalunternehmen dem Subunternehmen schuldet. Der Bauherr ist damit der Gefahr einer doppelten Zahlungspflicht ausgesetzt. Vor der doppelten Inanspruchnahme kann sich der Bauherr nur schützen, wenn er mit dem Generalunternehmen vereinbart, dass dieser erst bezahlt wird, wenn er seine Subunternehmen befriedigt hat.

## C) Pflichten und Rechtsstellung des Bestellers

### 1.) Hauptpflicht: Bezahlung des Werklohns

Der Besteller ist verpflichtet, dem Unternehmer für das Werk einen Lohn zu bezahlen (OR 363). Der Werkvertrag ist nach herrschender Lehre stets entgeltlich.

#### a) Entstehung und Fälligkeit des Werklohns

Der Anspruch auf den Werklohn entsteht mit Vertragsabschluss. Fällig wird der Werklohn aber erst bei Ablieferung des Werks (OR 372 I). Sind Teillieferungen und Teilzahlungen vereinbart, kommt OR 372 II zur Anwendung. Oft werden jedoch Ratenzahlungen vereinbart, die bereits vor Werkablieferung fällig werden (siehe SIA-Norm 118 144).

Umstritten ist, ob die Ablieferung eines unvollendeten Werks zur Fälligkeit des Werklohns führt. Das Bundesgericht sieht die Vollendung als notwendige Voraussetzung für die Fälligkeit. Liefert der Unternehmer ein halbfertiges Werk und weist es der Besteller nicht zurück, liegt in jedem Fall eine gültige Ablieferung vor, womit der Anspruch auf Werklohn fällig wird. Die Unvollendetheit gilt jedoch als Mangel.

Es spielt für die Fälligkeit der Werklohnforderung keine Rolle, ob das Werk mangelhaft abgeliefert wird. Der Besteller kann dann jedoch Nachbesserung verlangen oder die Zahlung des Werklohns trotz Fälligkeit verweigern, bis die Nachbesserungspflicht erfüllt ist (OR 82). Bei Wandelung entfällt die Werklohnforderung.

Die Rechnungsstellung des Unternehmers hat keinen Einfluss auf den Fälligkeitszeitpunkt. Die Verjährung kann daher nicht hinausgeschoben werden, indem die Rechnung später gestellt wird.

Gerät der Besteller mit der Werklohnzahlung in Verzug, sind OR 102 ff. anwendbar.

#### b) Höhe des Werklohns

##### – Bei "fester Übernahme"

Wurde ein fixer Preis bestimmt, sind die Parteien an diesen gebunden. Allfällige Mehraufwendungen sind vom Unternehmer selbst zu tragen. Fixe Preise werden oft vereinbart, wenn das Werk "schlüsselfertig" abgeliefert werden soll.

Kann das Werk jedoch durch unvorhersehbare ausserordentliche Umstände nicht hergestellt werden oder bringt die Herstellung einen erheblichen Mehraufwand mit sich, kann der Fixpreis nach richterlichem Ermessen erhöht oder das Vertragsverhältnis aufgelöst werden (OR 373 II). Es spielt keine Rolle, ob die Parteien von falschen Voraussetzungen ausgegangen sind oder ob sich die Verhältnisse nachträglich geändert haben. Es wird jedoch stets ein erhebliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorausgesetzt.

##### – Übernahme ohne festen Preis

Wurde der Preis nicht im Voraus bestimmt, wird dieser nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (OR 374). Dabei wird auf das übliche Mass der Vergütung abgestellt.

OR 374 ist auch anwendbar, wenn die Parteien den Werklohn bloss ungefähr bestimmt haben. Hier ist ebenfalls ein angemessener Gewinn für den Unternehmer einzuberechnen.

#### c) Überschreiten des Kostenansatzes

Überschreitet der Unternehmer seinen ungefähren Kostenvoranschlag erheblich, kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten (OR 375 I). Problematisch ist diese Vertragsauflösung bei Bauten auf dem Grundstück des Bestellers, weil die Herstellung des ursprünglichen Zustandes nicht praktikabel ist. In diesem Fall sieht das Gesetz in OR 375 II vor, dass der Besteller dem Unternehmer Ersatz zu leisten hat oder eine Preisminderung verlangen kann.

Der Besteller muss eine übermäßige Überschreitung eines Kostenvoranschlages nicht hinnehmen. Dabei wird eine erhebliche Überschreitung angenommen, wenn der Kostenvoranschlag um 10% überschritten wird. Ein Mehrbetrag, was auch einen Mehrwert darstellt, wird meist hälftig zwischen Unternehmer und Besteller geteilt. Hat der Unternehmer die Kostenerhöhung hingegen verschuldet herbeigeführt, muss er diesen höheren Anteil selbst übernehmen.

Das Verhältnis zwischen OR 374 und 375 ist umstritten. OR 375 I regelt den unverbindlichen Kostenvoranschlag, der Auskunft über den mutmasslichen Preis des Werks geben soll. Der Kostenvoranschlag ist kein Vertragsbestandteil im Sinne einer Preisvereinbarung. Der geschuldete Preis bestimmt sich daher nach dem tatsächlichen Aufwand des Unternehmers (OR 374).

## **2.) Nebenleistungspflichten**

### **a) Abnahme und Genehmigung des Werks**

Der Besteller muss das Werk abnehmen und überprüfen. Dabei handelt es sich weniger um eine Pflicht, sondern um eine Obliegenheit. Nimmt der Besteller das vollendete und gehörig angebotene Werk nicht an, gerät er nach OR 91 in Annahmeverzug.

Die Begriffe "Ablieferung", "Abgabe", "Abnahme" und "Genehmigung" werden teilweise unterschiedlich verstanden, wodurch Missverständnisse entstehen können. Die Abnahme des Werks ist der gleiche Vorgang wie die Ablieferung, jedoch aus der Sicht des Bestellers. Von der Abnahme ist die Genehmigung zu unterscheiden. Die Genehmigung ist eine Willenserklärung des Bestellers, mit der das abgelieferte Werk als vertragskonform akzeptiert wird. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erklärt werden. Grundsätzlich ist sie unwiderruflich, sie kann jedoch auch mit einer Bedingung verknüpft werden.

### **b) Übrige Nebenpflichten**

Den Besteller trifft eine Rügepflicht. Stellt er Mängel fest, muss er diese dem Unternehmer mitteilen (OR 367). Unterlässt er die Mitteilung, gilt das Werk als genehmigt und die Mängelrechte entfallen. Die Mängelrüge muss präzise formuliert sein. Wurden mehrere Werke hergestellt, müssen die Mängel jedes Werkes separat gerügt werden.

Oft wird eine Mitwirkungspflicht des Bestellers vereinbart. Bspw. muss der Baugrund zur Verfügung gestellt werden, Material muss besorgt werden, Instruktionen erteilt oder Pläne geliefert werden (SIA-Norm 118 99, 110 I, 116 I). Verletzt der Besteller eine solche Pflicht, können Schadensersatzpflichten oder sogar ein Recht des Unternehmers auf Vertragsrücktritt nach OR 107 ff. entstehen.

## **D) Mängelhaftung des Unternehmers**

Der Unternehmer ist zur Ablieferung eines mängelfreien Werks verpflichtet. Deshalb hat er für allfällige Mängel einzustehen. Die Mängelhaftung wird dabei oft als Gewährleistung bezeichnet.

Die Mängelhaftung wird in OR 367-371 geregelt. Erleidet der Besteller einen Schaden, ohne dass ein Mangel vorliegt, kann allenfalls Schadensersatz nach den allgemeinen Regeln in OR 97 ff. geltend gemacht werden.

Die Mängelhaftung ist wie die gesamten Werkvertragsregeln dispositiv und kann von den Parteien abgeändert, wegbedungen oder durch die SIA-Norm 118 ersetzt werden.

## 1.) Voraussetzungen

### a) Bestehen eines Werkmangels

Der Werkmangel besteht in einer Abweichung des Werks vom Vertrag. Dem Werk fehlt eine vereinbarte Eigenschaft oder es mangelt ihm an einer Eigenschaft, welche vorausgesetzt werden durfte.

Die Parteien schliessen meist ausdrücklich oder stillschweigende Eigenschaftsvereinbarungen. Die Vertragsabreden können sich an technische Normen anlehnen oder durch allgemeine oder besondere Merkmale umschrieben werden. Welche Eigenschaften vereinbart wurden, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Fehlt dem Werk eine vereinbarte Eigenschaft, ist es stets mangelhaft, auch wenn es nach den anerkannten Regeln der Technik zum Gebrauch tauglich ist. Der Besteller darf auch nach Treu und Glauben Eigenschaften bezüglich der Gebrauchstauglichkeit und Wertqualität erwarten. Der Unternehmer schuldet ein Werk, dass zum Gebrauch tauglich ist und dessen Wertqualität der Normalbeschaffenheit entspricht. Die Tauglichkeit und Qualität kann sich aus Berufsanzen ergeben.

Es kann sich um tatsächliche oder rechtliche, offene oder geheime, Primär- und Sekundärmängel handeln. Mängel können auch an unkörperlichen Werken auftreten.

*Bsp.: Rechtlicher Mangel: Werk entspricht nicht den öffentlich-rechtlichen Sicherheitsvorschriften.*

*Bsp.: Primärmangel: Mangel im Betonfund*

*Bsp.: Sekundärmangel: Mauerriss aufgrund fehlerhaftem Betonfundament*

### b) Kein Selbstverschulden des Bestellers

Der Mangel darf nicht vom Besteller verschuldet sein (OR 369). Es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn der Besteller Reparatur oder Ersatz für Mängel beanspruchen könnte, die er selbst verursacht oder verschuldet hat. Den Beweis für das Verschulden des Bestellers hat der Unternehmer zu erbringen.

### c) Keine Genehmigung des Werks

Wenn der Besteller das Werk genehmigt, kann er keine Mängelrechte mehr ausüben, da diese mit der Gewährleistung verwirkt (OR 370). Die Genehmigung des Werks kann dabei ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Als stillschweigende Genehmigung gilt bspw. die unterlassene Mängelrüge (OR 370 II). Die Genehmigung umfasst jedoch nur offene Mängel. Mängelrechte bezüglich versteckter oder arglistig verschwiegener Mängel verwirken nicht (OR 370 I).

Das Werk gilt insb. als genehmigt, wenn der Besteller seinen Obliegenheiten nicht nachkommt (OR 370 II). Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion, die unwiderlegbar ist.

#### – Prüfungspflicht

Der Besteller muss das Werk rechtzeitig und sorgfältig prüfen (OR 367 I). Die Prüfungsfrist und das Mass der gebotenen Sorgfalt bestimmen sich nach Übung und Natur des Werks.

#### – Anzeigepflicht

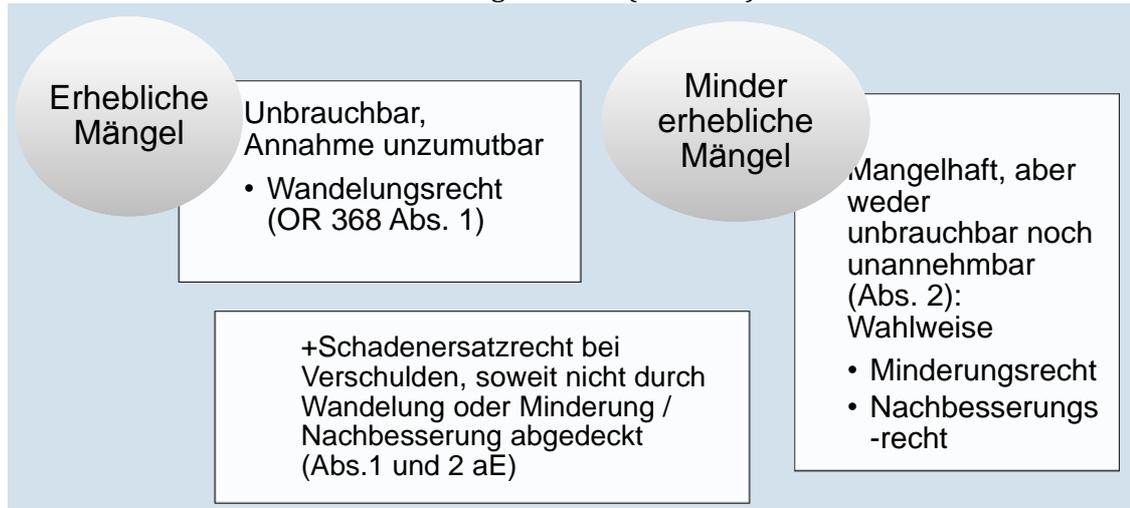
Entdeckte Mängel müssen unverzüglich nach Prüfung des Werks oder nach ihrer Entdeckung angezeigt werden (OR 367 I). Als Faustregel gilt bei Bauwerken eine Frist von 7 Tagen. Die Mitteilung muss an den Unternehmer gerichtet und genügend substantiiert sein. Die Mängelrüge kann dabei auch stillschweigend erfolgen.

## 2.) Mängelrechte des Bestellers (OR 368)

Bei den werkvertraglichen Bestimmungen über die Mängelhaftung handelt es sich um eine abschliessende Sonderregelung. Man kann sich nicht stattdessen auf OR 97 berufen. OR 368 unterscheidet zwischen erheblichen und minder erheblichen Mängeln:

- Erheblich: Das Werk ist für den Besteller unbrauchbar oder die Abnahme ist unzumutbar. Die Annahme des Werks kann deshalb verweigert werden. Es kann vom Vertrag zurückgetreten werden (OR 368 I) und das positive Vertragsinteresse geltend gemacht werden (OR 107).
- Minder erheblich: Das Werk ist mangelhaft, aber weder unbrauchbar noch unannehmbar. Hier kann Minderung oder Nachbesserung verlangt werden. Der Besteller kann damit, im Gegensatz zum Kaufrecht, zwischen Minderungs- oder Nachbesserungsrecht auswählen.

Mangelfolgeschäden können bei erheblichen sowie minder erheblichen Mängeln geltend gemacht werden. Das Recht auf Schadensersatz besteht neben den Mängelrechten, soweit diese den Schaden nicht abdecken. Schadensersatz kann jedoch nur bei Verschulden des Unternehmers verlangt werden (OR 368 I).



### a) Wandlungsrecht

Das Wandlungsrecht kann gemäss OR 368 I nur bei erheblichen Mängeln geltend gemacht werden. Die Annahmeverweigerung kann nur unter strengen Voraussetzungen geltend gemacht werden. Es muss abgeklärt werden, ob der Mangel so erheblich ist, dass er eine Vertragsauflösung rechtfertigt. Das Werk muss dazu gänzlich unbenutzbar sein und der Werkmangel darf sich nicht beheben lassen. Durch das Wandlungsrecht kann der Besteller den Vertrag ex tunc einseitig auflösen (OR 205 I analog), was zur Rückabwicklung des Vertrags führt. Der Unternehmer hat bereits erhaltene Werklohnzahlungen samt Zins zurückzubezahlen und der Besteller hat das Werk nebst bezogenem Nutzen zurückzugeben (OR 208 I analog). Die Rückabwicklungspflichten sind Zug-um-Zug zu erfüllen (OR 82). Das Wandlungsrecht beschlägt grundsätzlich den ganzen Vertrag.

Das Wandlungsrecht ist ein Gestaltungsrecht, weshalb die Wandelungserklärung unwiderruflich und unbeding ist. Die Parteien können bloss zusammen vereinbaren, dass ein gewandelter Vertrag wiederhergestellt werden soll.

Hat der Besteller das Wandlungsrecht ausgeübt, erlöschen Minderungs- und Nachbesserungsrechte, weil die vertragliche Anspruchsgrundlage wegfällt.

Bei Werken, die auf Grund und Boden errichtet wurden, wird das Wandlungsrecht durch OR 368 III eingeschränkt. Führt die Entfernung des Werks zu unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer, können nur Minderung oder Nachbesserung verlangt werden. OR 368 III ist auch anwendbar, wenn das Werk auf Grund und Boden eines Dritten erstellt wird.

### b) Recht auf Minderung

Sind die Mängel weniger erheblich, kann der Besteller nach OR 368 II die Vergütung in Höhe des Minderwertes herabsetzen. Nach der Gestaltungstheorie handelt es sich beim Minderungsrecht um ein unwiderrufliches Gestaltungsrecht. Die Literatur

nimmt jedoch eine Vertragstheorie an, wonach die Minderung durch eine Vereinbarung zwischen den Parteien entsteht.

Das Minderungsrecht setzt einen effektiven Wertverlust des Werks voraus. Dieser Werkverlust ergibt sich aus der Differenz zwischen dem mangelhaften Werk und dem mängelfrei gedachten Werk. Umstritten ist jedoch, in welchem Umfang diese Wertdifferenz geltend gemacht werden kann.

Das Bundesgericht und die Mehrheit der Lehre berechnen die Herabsetzung nach der relativen Berechnungsmethode, bei welcher die volle Vergütung in dem Verhältnis zu kürzen ist, in dem der Wert des mängelfrei gedachten Werks zum Wert des mangelhaften Werks steht.

Vereinzelte Stimmen in der Lehre sind der Ansicht, dass der Werklohn stets um den vollen Betrag des Minderwertes zu kürzen sei (absolute Berechnungsmethode).

Die Minderungserklärung ist unwiderruflich und lässt Wandelungs- und Nachbesserungsansprüche erlöschen. Mit der Minderungserklärung zeigt der Besteller, dass er am Vertrag festhalten möchte. Auf diese Erklärung darf der Unternehmer vertrauen und muss sich deshalb eine spätere Wandelung nicht gefallen lassen.

### **c) Nachbesserungsrecht**

Gemäss OR 368 II hat der Besteller bei minder erheblichen Mängeln auch die Möglichkeit, das Werk unentgeltlich verbessern zu lassen. Die Nachbesserungserklärung lässt eine Nachbesserungsschuld des Unternehmers entstehen, die auf Mängelbeseitigung gerichtet ist. Der Besteller soll so gestellt werden, wie wenn das Werk mängelfrei geliefert worden wäre. Ein Anspruch auf Neuherstellung besteht grundsätzlich nicht. Ein solcher Anspruch wird nur ausnahmsweise bejaht, wenn die Nachbesserung sachlich unmöglich ist. Die Neuherstellung darf dem Unternehmer jedoch keine übermässigen Kosten verursachen.

Das Nachbesserungsrecht setzt voraus, dass die Mängel objektiv beseitigt werden können und die Kosten der Beseitigung nicht übermässig hoch ausfallen. Die Übermässigkeit ist am Verhältnis der Kosten der Mängelbeseitigung zum entsprechenden Nutzen für den Besteller zu messen.

Lässt der Besteller einen Mangel nachbessern, erlöschen die Rechte auf Minderung und Wandelung auf diesen Mangel bezogen. Gerät der Unternehmer bei der Ausführung der Nachbesserung in Verzug, lebt das ursprüngliche Wahlrecht jedoch wieder auf (OR 107 II i.V.m. OR 368). Scheitert die Nachbesserung an übermässigen Kosten, oder liefert der Unternehmer ein verbessertes aber immer noch mangelhaftes Werk, kann der Besteller erneut zwischen Wandelung, Minderung oder nochmaliger Nachbesserung auswählen.

Weigert sich der Unternehmer, seiner Nachbesserungspflicht nachzukommen, sind die allgemeinen Regeln der Nichterfüllung von OR 102 ff. anwendbar.

### **d) Ersatz des Mangelfolgeschadens**

Der Besteller kann bei Verschulden des Unternehmers zusätzlich ein Recht auf Schadensersatz bei Mangelfolgeschäden geltend machen (OR 368 I und II). Der Mangelfolgeschaden ist der Schaden, der über die Mangelhaftigkeit des Werks hinausgeht.

Der Mangelfolgeschaden ist dabei zu unterscheiden von anderen Schäden, die dem Besteller durch vertragswidriges Verhalten des Unternehmers entstehen können. Diese Schäden sind nicht durch OR 368 gedeckt.

Das Recht auf Schadensersatz kann nicht anstelle einer Wandelung, Minderung oder Nachbesserung verlangt werden. Zudem wird ein Verschulden vorausgesetzt. Ist der Schaden durch eine Hilfsperson verursacht worden, greift die Hilfspersonenhaftung von OR 101, womit der Unternehmer ohne eigenes Verschulden haftet.

Gewährleistungsrecht			
Wandelung	Minderung	Nachbesserung	Ersatz des Mangelfolgeschadens
Voraussetzungen			
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Erheblicher Mangel</li> <li>• Werk unbrauchbar oder Annahme unzumutbar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Minder erheblicher Mangel</li> <li>• Minderwert des Werks</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Minder erheblicher Mangel</li> <li>• Mängelbeseitigung objektiv möglich</li> <li>• Keine übermässigen Kosten für Unternehmer</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Schaden als Folge eines Mangels</li> <li>• Verschulden des Unternehmers</li> </ul>
Rechtsfolgen			
Vertragsaufhebung ex tunc und Rückabwicklung der Leistungen	Herabsetzung des Werklohns	Unentgeltliche Mängelbeseitigung durch Unternehmer	Schadenersatz

### 3.) Verjährung

Die Mängelrechte von OR 368 verjähren nach OR 371. Diese Bestimmung geht den allgemeinen Verjährungsbestimmungen von OR 127 ff. vor.

OR 371 enthält eine strenge Verjährungsregelung mit kurzen Fristen. Diese schützen vor allem den Unternehmer, der nach kurzer Zeit vom Risiko der Mängelhaftung befreit wird. Für den Besteller drohen durch die kurzen Verjährungsfristen nicht zu unterschätzende Nachteile.

Die Ansprüche von OR 368 verjähren gemäss OR 371 I nach zwei Jahren ab Ablieferung der Sache. Es soll verhindert werden, dass der Unternehmer nicht mehr auf Materiallieferanten zurückgreifen kann.

Wird das abgelieferte bewegliche Werk in ein unbewegliches Werk integriert und verursacht es einen Mangel am unbeweglichen Werk, verjähren die Ansprüche nach fünf Jahren seit Abnahme des Werks (OR 371 I). Generell verjähren die Ansprüche wegen Mängeln eines unbeweglichen Werkes auch nach fünf Jahren (OR 371 II). Zweckgedanke dieser längeren Frist ist, dass erst nach längerer Zeit erkennbar ist, ob das Werk den Anforderungen der Festigkeit genügt. Die fünfjährige Frist gilt sowohl für offene wie auch für versteckte Mängel.

Eine Ausnahme besteht, wenn der Unternehmer einen Mangel absichtlich verschwiegen hat. Diese Ansprüche verjähren gemäss OR 127 erst nach 10 Jahren. Dies folgt aus einer analogen Anwendung von OR 210 VI, auf den das Werkvertragsrecht in OR 371 III ausdrücklich verweist.

## E) Beendigung des Werkvertrags

### 1.) Allgemein

Grundsätzlich endet der Vertrag durch beidseitige Erfüllung der Leistungen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Vertrag jedoch auch vorzeitig beendet werden. Neben den besonderen Bestimmungen in OR 375-379 sind auch die Beendigungsgründe des AT wie Schuldnerverzug (OR 107 II / 91) oder Zahlungsunfähigkeit (OR 83) anwendbar.

Bereits behandelt wurde die Vertragsauflösung wegen

- schwerwiegenden Mängeln (OR 368 I)
- unverhältnismässiger Überschreitung des Kostenansatzes (OR 375)
- ausserordentlichen Umständen bei Fixpreisvereinbarungen (OR 373 II)

## **2.) Rücktrittsrecht des Bestellers (OR 377)**

Solange das Werk nicht vollendet ist, kann der Besteller gemäss OR 377 jederzeit und ohne Angabe von Gründen zurücktreten. Dieses Rücktrittsrecht ist ein spezielles Kündigungsrecht, auch wenn es sich beim Werkvertrag nicht um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Es wirkt fristlos und mit Wirkung ex nunc.

Durch den Rücktritt wird der Vertrag aufgelöst. Der Besteller muss den Unternehmer aber voll entschädigen. Der Unternehmer ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Die bereits geleistete Arbeit muss vergütet werden und dem Unternehmen sind erlittene Vermögensnachteile zu ersetzen. Diese Grundsätze führen zu einem verschuldensunabhängigen Anspruch des Unternehmers auf das positive Vertragsinteresse.

Besitzt der Besteller hingegen einen triftigen Grund zur Vertragsauflösung, kann er seinerseits Schadensersatz verlangen. Dafür muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Unternehmers und dem Grund der Vertragsauflösung bestehen.

OR 377 ist nach herrschender Lehre dispositiver Natur, weshalb die Parteien andere Modalitäten für die Vertragsauflösung vorsehen können.

## **3.) Unmöglichkeit der Erfüllung (OR 378)**

### **a) Untergang des Werks (OR 376)**

Geht das Werk vor Übergabe an den Besteller durch Zufall unter, kann der Unternehmer weder Werklohn noch Ersatz für seine Auslagen verlangen. Er trägt das Verlustrisiko alleine. Ausgenommen sind die Fälle, in welchen sich der Besteller in Annahmeverzug befindet (OR 367 I). Die Preisgefahr für den gelieferten Stoff trägt derjenige, der ihn geliefert hat (OR 376 II).

Das Werk muss neu hergestellt werden, sofern dies objektiv noch möglich ist. Für diese Leistung ist Vergütung zu leisten, nicht aber für den durch den Untergang begründeten Mehraufwand.

Ist der Untergang auf den vom Besteller gelieferten Stoff oder Baugrund oder auf seine Weisungen zurückzuführen, kann der Unternehmer Vergütung für die bereits geleistete Arbeit und sonstige Auslagen fordern (OR 376 III). Vorausgesetzt ist, dass der Besteller rechtzeitig vom Unternehmer auf die Gefahr aufmerksam gemacht wurde.

### **b) Unmöglichkeit in der Person des Bestellers (OR 378)**

Ist dem Unternehmer die Fertigstellung des Werks aus anderen Gründen objektiv unmöglich und liegen die Gründe dafür beim Besteller, besitzt der Unternehmer einen Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit sowie für die vom Preis nicht umfassten Auslagen (OR 378 I). Es kommen alle Unmöglichkeitfälle in Betracht, welche in die Risikosphäre des Bestellers fallen.

Hat der Besteller die Unmöglichkeit verschuldet, kann der Unternehmer zusätzlich Schadensersatz für den entgangenen Gewinn verlangen (OR 378 II).

Die Ansprüche aus OR 378 stehen dem Unternehmer jedoch nur zu, wenn ihn selbst keinerlei Verschulden trifft.

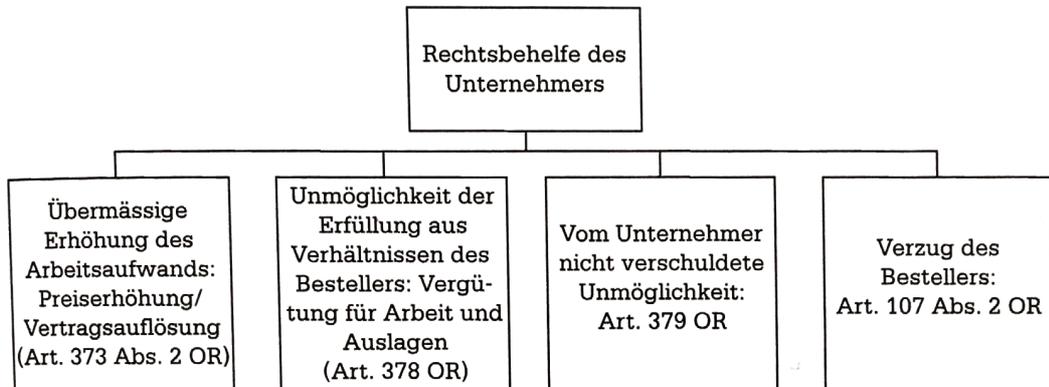
### c) Unverschuldete Unmöglichkeit in der Person des Unternehmers (OR 379)

Ist der Unternehmer unverschuldet nicht mehr in der Lage, das Werk fertigzustellen (bspw. durch seinen Tod oder dauerhafte Invalidität), ist gemäss OR 379 zu unterscheiden:

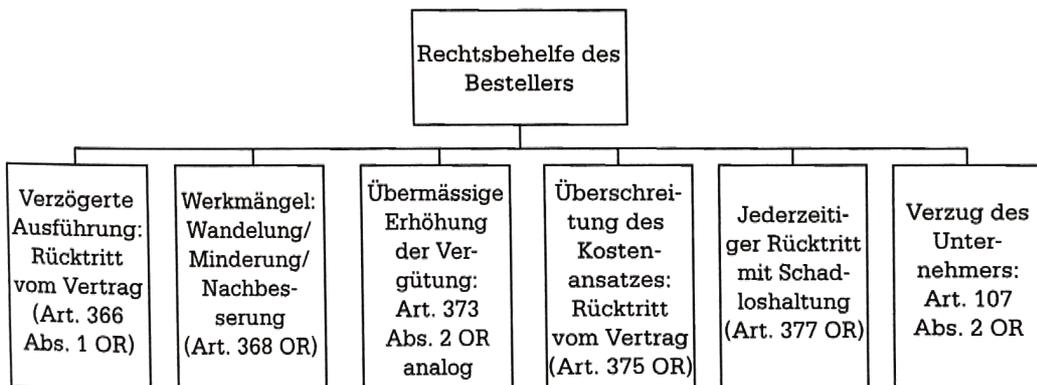
- Abhängig von persönlichen Eigenschaften: Der Vertrag erlöscht mit dem Eintritt der Unmöglichkeit (OR 379 I). Der Besteller hat bereits ausgeführte Teile des Werks anzunehmen und zu vergüten, sofern diese für ihn brauchbar sind. Die Brauchbarkeit beurteilt sich nach Interessenlage des Bestellers.
- Unabhängig von persönlichen Eigenschaften: Der Werkvertrag dauert fort, allenfalls mit den Rechtsnachfolgern. Dies ergibt sich e contrario aus OR 379 I. Bei der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit i.S.v. OR 379 handelt es sich immer um eine objektive Unmöglichkeit.

## 4.) Zusammenfassung der Rechtsbehelfe von Besteller und Unternehmer

### a) Rechtsbehelfe des Unternehmers



### b) Rechtsbehelfe des Bestellers



# Einfacher Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag

---

## A) Gegenstand und Umfang des Auftrags

### 1.) Einfacher Auftrag

#### a) Merkmale

Mit dem Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber, ein ihm übertragenes Geschäft vertragsgemäss zu besorgen (OR 394 I). Dieses Geschäft kann rechtlicher oder tatsächlicher Art, entgeltlich oder unentgeltlich sein.

– Arbeitsleistung im Hinblick auf ein Ziel

Der Beauftragte erbringt seine Arbeitsleistung mit Blick auf ein bestimmtes vertraglich vereinbartes Ziel. Dabei wird das Tätigwerden, nicht aber das Erreichen des angestrebten Ziels vereinbart. Deshalb kann keine Erfüllungsklage gegen den Beauftragten erhoben werden. Hingegen besitzt der Auftraggeber ein Weisungsrecht und ihm steht ein jederzeitiges Kündigungsrecht zu (OR 404).

– Sorgfältiges Tätigwerden

Der Beauftragte haftet gemäss OR 398 II für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Der Beauftragte muss damit im Sinne des Vertrags tätig werden. Dabei wird der Umfang des Auftrags gemäss OR 396 I primär durch vertragliche Vereinbarung bestimmt. Wird der Vertragsumfang nicht ausdrücklich bezeichnet, bestimmt sich dieser nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts.

In diesem Rahmen ist der Beauftragte ermächtigt, für den Auftraggeber tätig zu werden. Dabei kann sich ein Auftrag auch erst im Laufe der Vertragserfüllung konkretisieren.

*Bsp.: Arzt muss die notwendigen Massnahmen je nach Heilungsverlauf seines Patienten laufend anpassen.*

– Tathandlungs- und Rechtshandlungsauftrag

In einem Auftrag können nach OR 396 sowohl ein Tathandlungs- als auch ein Rechtshandlungsauftrag enthalten sein. Die Dienstleistung ergibt sich dabei aus der Vereinbarung der Parteien.

– Begrenztes Rechtsgeschäft oder Dauerschuldverhältnis

Beim Dauerschuldverhältnis endet der Vertrag nicht mit dem Erreichen des gesetzten Ziels, sondern erst durch Kündigung oder Zeitablauf.

*Bsp.: Girovertrag mit der Bank*

– Typus

Der Auftrag stellt einen zweiseitigen Vertrag dar. Der unentgeltliche Auftrag ist ein unvollkommen zweiseitiger, der entgeltliche Auftrag ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag.

– Terminologie

Der Begriff "Auftrag" wird auch für die Offerte zu einem Auftrag (OR 395) oder für die Bezeichnung der Leistung, die dem Beauftragten obliegt (OR 397 II) verwendet.

#### b) Bedeutung

OR 394 ff. stellen den Grundtatbestand aller Verträge über Arbeitsleistung dar (OR 394 II), weshalb der Auftrag eine solch grosse Bedeutung besitzt.

Viele Merkmale des Auftrags ergeben sich daher erst aus der Abgrenzung zum Arbeitsvertrag, zum Werkvertrag, zur einfachen Gesellschaft, zum

Gefälligkeitsverhältnis, zu Rat und Auskunft sowie zu Mäkler-, Agentur-, Kommissions- und Frachtvertrag.

Das Auftragsrecht ist damit ein Auffangtatbestand für alle Verträge auf Arbeitsleistung. Es können aber auch gemischte Verträge oder Innominatkontrakte vorliegen.

Der Auftrag spielt in der Praxis insbesondere im Bereich der Dienstleistungen eine grosse Rolle.

## 2.) Gesetzliche Sonderformen und auftragsähnliche Verträge

Es bestehen verschiedene Sonderformen des Auftrags:

- Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (OR 406a-406h)
- Kreditbrief und Kreditauftrag (OR 407-411)
- Mäklervertrag (OR 412-418)
- Agenturvertrag (OR 418a-418v)
- Kommission (OR 425-438)
- Speditionsvertrag (OR 439)
- Frachtvertrag (OR 440-457)

## 3.) Abgrenzungen

### a) Abgrenzung zur Vollmacht

Mit dem Auftrag erhält der Beauftragte nach OR 396 II vermutungsweise auch eine entsprechende Ermächtigung (Vollmacht) zur Vornahme der notwendigen Rechtshandlungen. Die Vollmacht ist ein einseitiges, vom Grundverhältnis unabhängiges Rechtsgeschäft.

Zum Schutz des Auftraggebers verlangt OR 396 III bei einigen Rechtshandlungen das Vorliegen einer Spezialvollmacht. Eine solche ist notwendig für Schenkung, Veräusserung und Belastung von Grundstücken, für das Eingehen wechselrechtlicher Verbindlichkeiten sowie die Prozessführung.

Im Übrigen sind die Regeln der Stellvertretung massgebend (OR 32 ff.).

### b) Abgrenzung zum Werkvertrag

#### – Abgrenzungskriterium

Im Gegensatz zum Auftrag ist beim Werkvertrag ein Erfolg geschuldet. Es muss beim Werkvertrag objektiv möglich sein, den versprochenen Erfolg zuzusichern. Es gibt zudem keinen unentgeltlichen Werkvertrag, er ist stets entgeltlich.

#### – Abgrenzungsprobleme

Seit das Bundesgericht auch geistige Werke als Gegenstand eines Werkvertrags zulässt, hat sich die Abgrenzungsproblematik verschärft. Unklarheit besteht vor allem in Fällen, in welchen die objektive Zusicherung eines Ziels unklar ist.

##### • Arztvertrag:

Ein Vertrag über die ärztliche Behandlung kann kein Werkvertrag darstellen, da der Arzt nur sein Tätigwerden nach ärztlicher Kunst versprechen kann, nicht aber einen Heilungserfolg. Diese Auffassung wird auch für einen Labor- oder Röntgenarzt vertreten sowie für Behandlungsverträge, in denen die Heilbehandlung im Vordergrund steht.

##### • Anwaltsvertrag:

Der Anwalt kann nur sein fachgerechtes Tätigwerden garantieren, jedoch keinen Erfolg vor Gericht. Problematisch und umstritten sind Gutachten. Dieses ist nur dann als Werkvertrag zu qualifizieren, "wenn das Resultat nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann." Ein Rechtsgutachten ist demnach als Auftrag zu qualifizieren.

##### • Sachverständige:

Handelt es sich um ein technisches Gutachten, welches objektiv überprüfbar ist, handelt es sich um einen Werkvertrag. Ansonsten um einen Auftrag.

- Personenbeförderung:  
Es handelt sich um Aufträge, da nur das vertragsgemässe Vorgehen zur Erreichung des Ziels versprochen werden kann.
- Rechtsfolgen der Unterscheidung  
Die Qualifikation ist wichtig für die Haftung sowie den Rücktritt.
  - Der Auftrag unterliegt nach OR 398 der Verschuldenshaftung, beim Werkvertrag besteht die Haftung verschuldensunabhängig (OR 368).
  - Im Auftragsrecht besteht mit OR 404 ein zwingendes jederzeitiges Rücktrittsrecht, während im Werkvertrag nur gegen Vergütung und volle Schadloshaltung zurückgetreten werden kann (OR 377).

### c) Abgrenzung zum Arbeitsvertrag

- Abgrenzungskriterium  
Zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag besteht ein fließender Übergang. So können Arbeitnehmer bei Dritten als Selbständigerwerbende wahrgenommen werden.  
Die Qualifikation des Vertrags im Hinblick auf die Zwecke des öffentlichen Rechts ist unerheblich. Nach OR 18 ist auch die rein formale Bezeichnung des Vertrags höchstens ein Indiz für eine Vertragsqualifikation. Massgebend sind vielmehr:
  - Subordinationsverhältnis:  
Je stärker der Beauftragte/Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Auftraggebers/Arbeitgebers eingebunden ist, desto eher handelt es sich um einen Arbeitsvertrag. Im Arbeitsvertrag bestehen umfassende Kontroll- und Rechenschaftspflichten.
  - Selbstständigkeit / Weisungsrecht:  
Der Auftraggeber ist selbstständig tätig, während der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers aktiv wird. Dem Arbeitgeber werden Arbeitsplatz, Arbeitszeiten, Arbeitswerkzeuge, Ferien und ein Konkurrenzverbot vorgeschrieben. Im Auftragsrecht kann der Auftraggeber auch Art und Weise der Zielerreichung vorgeben (OR 397).
  - Wirtschaftliche Abhängigkeit:  
Ein Vertrauensverhältnis spricht für einen Auftrag, eine sozialverträgliche Auflösung dieses Vertragsverhältnisses hingegen für einen Arbeitsvertrag. Dabei hat stets eine Gesamtwürdigung aller Umstände zu erfolgen. Es geht stets auch um die Frage, ob ein Beauftragter von den arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen profitieren soll oder nicht.
- Rechtsfolgen der Unterscheidung  
Beim Auftrag wird von zwei gleichberechtigten Vertragsparteien ausgegangen, wobei ein jederzeitiges Kündigungsrecht besteht (OR 404). Das Arbeitsrecht geht hingegen von einem schutzbedürftigen Arbeitnehmer aus, der vor Übergriffen des stärkeren Arbeitgebers geschützt werden muss. Deshalb bestehen arbeitsrechtliche Kündigungsvorschriften und Pflichten des Arbeitgebers (OR 322-330b).

### d) Abgrenzung zur einfachen Gesellschaft

- Abgrenzungskriterium  
Eine einfache Gesellschaft entsteht, wenn zwei oder mehrere Personen mit gemeinsamen Kräften und Mitteln die Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks anstreben (OR 530 I). Beim Auftrag hingegen wird das Ziel vom Auftraggeber gesetzt. Dabei ist der Auftraggeber weisungsberechtigt.  
*Bsp.: Management-Vertrag für Sängerin ist ein Auftrag, trotz gemeinsamem Ziel.*  
Die einfache Gesellschaft ist eine Gewinn- und Verlustgemeinschaft, während von einem erfolgreich durchgeführten Auftrag der Auftraggeber profitiert. Abgrenzungsprobleme stellen sich, wenn der Beauftragte über eine

Erfolgsbeteiligung entschädigt wird. Entscheidungskriterium bildet dabei, wer das Verlustrisiko zu tragen hat. Liegt diesen allein beim Auftraggebers, liegt ein Auftrag vor.

- Rechtsfolgen der Unterscheidung  
Neben dem Verlustrisiko unterscheiden sich Auftrag und einfache Gesellschaft in der Haftung gegenüber Dritten: Die Mitglieder der einfachen Gesellschaft haften solidarisch (OR 544 III), wobei beim Auftrag die Haftung genauer zu prüfen ist. Weiter kann eine einfache Gesellschaft Vermögenswerte gemeinsam halten und bewirtschaften, an denen die Gesellschafter beteiligt sind. Die einfache Gesellschaft weist eine körperschaftliche Struktur auf.

#### e) **Abgrenzung zum blossen Gefälligkeitsverhältnis**

- Abgrenzungskriterium  
Der Auftrag ist ein zweiseitiger Vertrag und damit für beide Vertragsparteien verbindlich. Bei der Gefälligkeit leistet jemand ohne Willen zu einer vertraglichen Bindung einem anderen eine Leistung. Der fehlende Rechtsbindungswille ist zentrales Abgrenzungskriterium.  
Diese Unterscheidung aufgrund des inneren Willens der Vertragsparteien führt jedoch zu schwierigen Abgrenzungsfragen. Nach einem Schadensfall ist der Bindungswille oft schwer zu beurteilen.  
*Bsp.: Hund ausführen und Blumen giessen als Gefälligkeit.*
- Rechtsfolgen der Unterscheidung  
Mit blosser Gefälligkeit kommt kein Vertrag zustande und es entstehen keine vertraglichen Rechtsfolgen, wie bspw. Erfüllungsanspruch und Schadensersatzanspruch. Mögliche Ansprüche können sich jedoch aus Vertrauenshaftung, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung oder analog zur GoA ergeben.

#### f) **Abgrenzung zu Rat und Auskunft**

- Abgrenzungskriterium  
Bedeutend für die Unterscheidung ist die Frage, ob erkennbar war, dass die Antwort für den Fragenden von besonderer Bedeutung ist. Wird jemand aufgrund seiner besonderen Fachkunde gefragt, handelt es sich um einen unentgeltlichen Auftrag. Das Vorliegen eines Vertrags wird jedoch nur mit Zurückhaltung angenommen.  
*Bsp.: Eine ortsunkundige Person erhält von einem Passanten eine falsche Wegbeschreibung und verliert aufgrund der Verspätung einen Job.  
= reine Auskunft*  
*Bsp.: Information auf Wikipedia  
= reine Auskunft*  
*Bsp.: Telefonische Bitte, ein Kunstwerk zu schätzen.  
= unentgeltlicher Auftrag*
- Rechtsfolgen der Unterscheidung  
Ein Rat oder eine Auskunft lösen keine vertragsrechtlichen Rechtsfolgen aus. Eine Haftung auf enttäuschem Vertrauen, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung könnte jedoch stets vorliegen.

### 4.) **Erscheinungsformen**

#### a) **Anwaltsvertrag**

Das Rechtsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Klient untersteht in allen Bereichen der anwaltlichen Tätigkeit dem Auftragsrecht. Dies gilt auch dann, wenn der Anwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand tätig wird. Hier greift jedoch öffentliches Recht ein, indem der bestellte Anwalt vom Staat honoriert wird.

Der Anwalt untersteht der Disziplinaufsicht einer Behörde. Dies ändert jedoch nichts am auftragsrechtlichen Charakter seiner Beziehung zu den Klienten.

### **b) Arztvertrag**

Der Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient untersteht unbestritten dem Auftragsrecht. Der Arzt verspricht, sich fachgerecht um die Genesung des Patienten zu kümmern, der Erfolg dieser Genesung lässt sich jedoch nicht versprechen. Dasselbe gilt für den Zahnbehandlungsvertrag.

Der Arzt unterliegt einer Aufklärungspflicht. Für jeden Eingriff ist eine Einwilligung des Patienten erforderlich, die nur nach genügender Aufklärung rechtsgültig erklärt werden kann. Dazu gehören Informationen bezüglich des Zustands des Patienten, die Krankheitsentwicklung, Therapie und Risiken sowie Kosten und allfällige Invalidität. Ausnahmsweise kann die Aufklärungspflicht des Arztes jedoch mit Blick auf das Wohl des Patienten limitiert werden.

Der Arzt ist der Dokumentation verpflichtet.

### **c) Architekten-/Ingenieurvertrag**

Siehe Kapitel 7 und 10.

### **d) Bank-/Treuhandvertrag**

Die meisten bankenrechtlichen Verträge enthalten auftragsrechtliche Elemente:

- Ausführen von Zahlungsaufträgen für Klienten;
- Bearbeiten von Dossiers;
- Geschäftstätigkeit an der Börse für Klienten.

Der Vermögensverwaltungsvertrag gilt als gemischter Vertrag. Er erhält Elemente des Auftrags, Girovertrags, Hinterlegungsvertrags und Kommission. Hier stellt sich die Frage der Rückerstattungspflicht von Retrozessionen und anderen Zuwendungen von Dritten.

Die Beziehung zwischen Bank und Kunde untersteht den AGB der Bank. Diese gehen der gesetzlichen Regelung regelmässig vor.

Beim Treuhandvertrag erwirbt der Treuhänder/Fiduziar Sachen, Werte oder Forderungen zu vollem Recht und verpflichtet sich, diese im Interessen des Treugebers/Fiduzianten nach dessen Weisungen zu verwalten. Der Treuhänder handelt in eigenem Namen aber auf Rechnung des Treuhandgebers. Es handelt sich grundsätzlich um einen Auftrag.

## **B) Entstehung des einfachen Auftrags**

Der Auftrag entsteht durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien.

Der Beauftragte wird im Rahmen des Auftrags für eine andere Person tätig, sei dies für den Auftraggeber oder für eine dritte Person. Der Auftrag bildet damit das Grundverhältnis für die dadurch begründete direkte oder indirekte Stellvertretung. Der Auftrag als Vertrag ist jedoch von der Vollmacht abzugrenzen.

Der Auftrag kann grundsätzlich formfrei entstehen. Dies gilt selbst dann, wenn der Beauftragte im Rahmen des Auftrags ein formbedürftiges Rechtsgeschäft abschliessen soll, bspw. den Grundstückskauf (OR 216 I). Weder Auftrag noch Vollmacht unterliegen den Formvorschriften. Der Beauftragte kann sich aber auf den formlosen Auftrag und die damit erteilte Vollmacht stützen, sofern das Gesetz keine besonderen Formvorschriften vorsieht. Beim Grundstückskauf ist in der Praxis eine schriftliche Vollmacht meist notwendig, womit die Formfreiheit der Vollmacht infrage gestellt wird.

OR 395 erhält eine Konkretisierung des Schweigens auf einen Auftrag (OR 6): Wer gewerbmässig tätig ist oder sich öffentlich für eine Tätigkeit empfohlen hat, muss einen Auftrag nach kurzer Bedenkfrist sofort ablehnen, um nicht vertraglich gebunden zu sein. Dabei handelt es sich jedoch nach überwiegender Lehre um eine blosse Auslegungsregel, womit das jederzeitige Kündigungsrecht (OR 404) bestehen bleibt.

## C) Die Rechtsstellung des Auftraggebers

### 1.) Weisungsrecht

Mit dem Auftrag kann nicht nur das anzustrebende Ziel vorgegeben werden, sondern auch Art und Weise der Erreichung dieses Ziels. Um diese Ausführung sicherzustellen, gewährt das Gesetz dem Auftraggeber ein Weisungsrecht in OR 397 I.

Weisungen des Auftraggebers sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen. Sie begründen und begrenzen die Verantwortung des Beauftragten.

Das Weisungsrecht unterliegt jedoch verschiedenen Beschränkungen. Zudem wird der Beauftragte oft als Fachperson herangezogen und weiss deshalb besser über die Art und Weise der Zielerreichung Bescheid.

– Vertragsrechtliche Schranken

Das Weisungsrecht beschränkt sich stets auf die Erfüllung des Auftrags. Es muss stets ein Kausalzusammenhang zum konkreten Auftrag bestehen. Geht die Weisung über diesen Rahmen hinaus, besteht allenfalls ein neuer Auftrag oder eine Vertragsänderung. Die Weisung wird dann erst durch Annahme durch den Beauftragten verbindlich.

– Schranken der Rechtsordnung

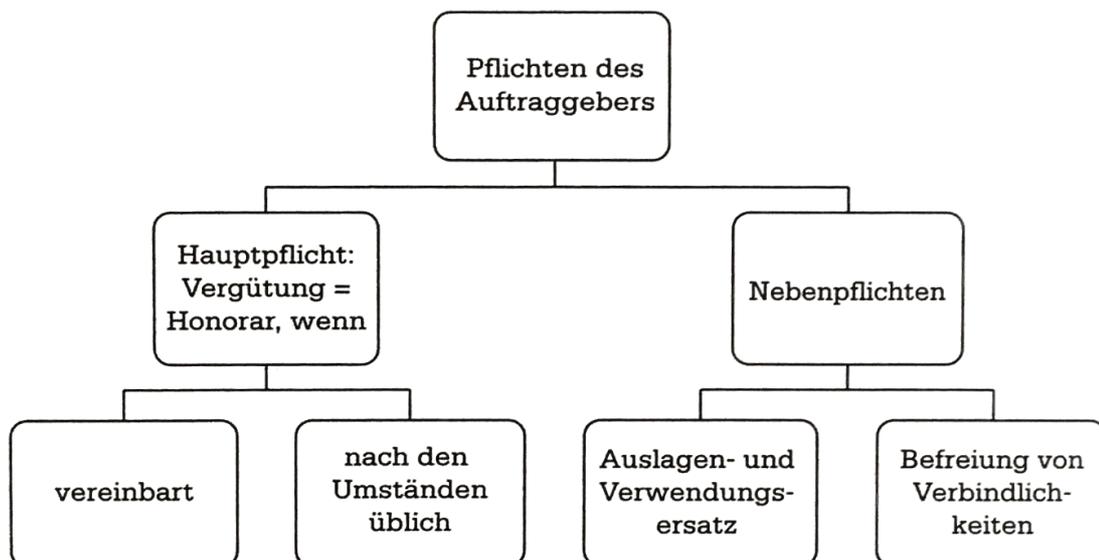
Weisungen dürfen gemäss OR 19 I weder rechts- noch sittenwidrig und auch nicht unmöglich sein.

– Unzweckmässige oder unsachgemässe Anweisungen

Der Beauftragte muss, je nach seiner Fachkompetenz, die Zweckmässigkeit und Sachmässigkeit einer Weisung prüfen. Bei hoher Fachkenntnis übernimmt der Beauftragte auch die Verantwortung, dass das Ziel mit den richtigen Mitteln angestrebt wird (OR 397). Bezüglich einer unzweckmässigen oder unsachgemässen Weisung unterliegt der Beauftragte einer Aufklärungs- und Abmahnungspflicht. Beharrt der Auftraggeber trotz Abmahnung auf seiner Weisung, kann der Beauftragte (1) der Weisung folgen und sich von jeder Haftung befreien (OR 369) oder (2) den Auftrag nach OR 404 sofort kündigen.

Der Beauftragte hat auch bei grundsätzlich zulässigen Weisungen ein beschränktes Recht, von ihnen abzuweichen (OR 397 I). Bspw. präsentiert sich die Sachlage anders, als dies die Vertragsparteien erwartet haben. Nach Treu und Glauben hat der Beauftragte dann ein Recht, ein Vorgehen zu wählen, das dem vermutlichen Willen des Auftraggebers entspricht.

### 2.) Pflichten



### **a) Vergütung**

Es spricht eine faktische Vermutung zugunsten der Entgeltlichkeit (OR 394 III). Denn da Dienstleistungen regelmässig nur entgeltlich erbracht werden, kam es mit der Zeit zu einer Umkehr der gesetzlichen Vermutung, wonach ein Entgelt nur bei Verabredung oder wenn üblich geschuldet ist. Heutzutage ist ein Entgelt stets als üblich anzusehen.

Eine Honorarvereinbarung wird angenommen, wenn der Auftrag als professionelle Leistung ausgeführt wird und nicht nur ehrenamtlich erfolgt.

Wurde die Höhe der Vergütung nicht vereinbart, ist eine übliche, angemessene Vergütung geschuldet. Dabei sind verschiedene Berechnungsarten denkbar: Pauschalsummen, Stunden-, Tages- oder Wochenansätze, Wert des besorgten Geschäfts oder Erfolgsbeteiligungen. Erfolgshonorare sind bei Rechtsanwälten jedoch nach BGFA 12 e verboten. Ein zusätzliches Erfolgshonorar ist jedoch erlaubt, jedoch nicht das ausschliessliche Erfolgshonorar. Berufs- oder Verbandstarife können Anhaltspunkte für die Berechnung der angemessenen Vergütung bieten.

– Fälligkeit

Die Honorarforderung entsteht mit Abschluss des Auftrags, der das Schuldverhältnis begründet. Fällig wird das Honorar mit der Ausführung der letzten Leistung. Der Beauftragte ist damit vorleistungspflichtig.

– Vergütung bei Nicht-/Schlechtleistung

Der Auftraggeber kann die Einrede der unsorgfältigen Vertragserfüllung erheben. Dies berechtigt ihn zur Reduktion des Honorars. Bei völlig nutzloser Mandatsausführung kann das Honorar sogar ganz gestrichen werden.

### **b) Auslagen- und Verwendungsersatz (OR 402 I)**

Neben dem Honorar schuldet der Auftraggeber dem Beauftragten auch den Ersatz aller Auslagen und Verwendungen. Die Ausgaben müssen durch den konkreten Auftrag bedingt sein und sind von den Kosten abzugrenzen, die der Beauftragte als Unternehmer selbst zu tragen hat. Der Beauftragte darf daher über den Auslagen- und Verwendungsersatz keinen Gewinn erwirtschaften.

Zudem sind nur diejenigen Auslagen und Verwendungen zu entschädigen, die mit der richtigen oder sinnvollen Ausführung des Auftrags entstanden sind. Verursachte der beauftragte entgegen den Weisungen zusätzliche Auslagen und Verwendungen, sind ihm diese nicht zu ersetzen.

### **c) Befreiung von Verbindlichkeiten (OR 402 I analog)**

Beauftragte gehen regelmässig im Interesse des Auftragsgebers Verpflichtungen gegenüber Dritten ein, welche ihre Passiven erhöhen. Der Auftraggeber hat den Beauftragten auch von diesen Verbindlichkeiten zu befreien.

Zu einem Schuldnerwechsel kommt es jedoch nur mit Zustimmung des Dritten. Ohne diese Zustimmung bleibt der Beauftragte in der obligatorischen Pflicht. Den Auftraggeber trifft dann jedoch die Pflicht zur Vergütung dieser Verwendungen, so dass OR 402 I direkt angewendet werden kann.

### **d) Haftung für Schäden**

Der Auftraggeber muss dem Beauftragten den Schaden ersetzen, den dieser in Ausführung des Auftrags erlitten hat. Der Auftraggeber haftet, sofern er nicht beweisen kann, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist (OR 402 II).

Es handelt sich damit um eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr.

Zufallsschäden sind hingegen nur zu ersetzen, wenn dem Auftraggeber die Realisierung dieser Gefahr als Verschulden zuzurechnen ist.

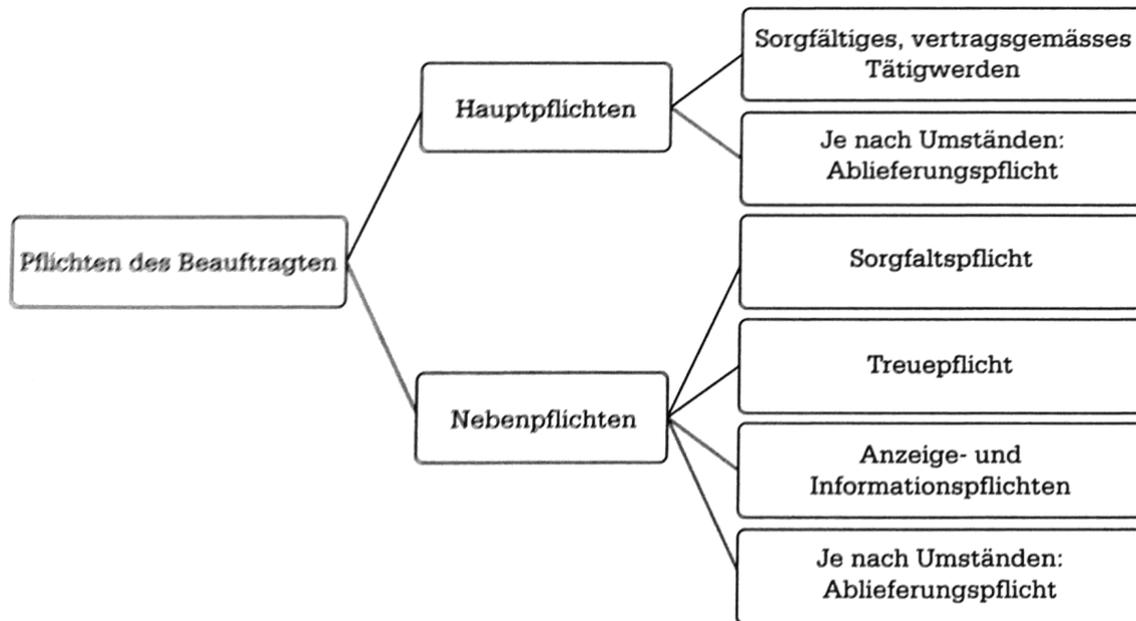
Für nicht verschuldete Schäden kann der Beauftragte grundsätzlich keinen Ersatz verlangen. Bei einem unentgeltlichen Auftrag können jedoch auch nicht verschuldete Schäden geltend gemacht werden (OR 422 I). Vorausgesetzt ist ein mit dem Auftrag

verbundenes Risiko. Die analoge Anwendung von OR 422 begründet sich darin, dass der Auftraggeber das Risiko der Ausführung wie bei der GoA teilweise selbst tragen soll.

#### e) **Gemeinsame Auftragsvergabe**

Wird der Auftrag von mehreren Auftragsgebern gemeinsam vergeben, besteht zwischen den Auftragsgebern eine solidarische Haftung gemäss OR 403 I.

### D) Die Rechtsstellung des Beauftragten



#### 1.) **Hauptpflichten**

##### a) **Vertragsgemässes Tätigwerden**

Der Beauftragte schuldet lediglich ein vertragsgemässes Tätigwerden, nicht aber die Verwirklichung des angestrebten Ziels. Der Beauftragte muss jedoch in persönlicher, qualitativer und zeitlicher Hinsicht vertragskonform erfüllen.

Die vertragsgemässe Erfüllung beinhaltet nicht nur eine Handlungs-, sondern auch eine Unterlassungspflicht. Sämtliche Handlungen, welche die Erreichung des Ziels erschweren oder verunmöglichen, sind zu unterlassen.

Der Beauftragte muss Sachen herausgeben, die ihm im Rahmen der Auftragserfüllung zugekommen sind (OR 400 I). Diese Herausgabepflicht stellt eine Hauptpflicht dar, wenn der Vertrag auf die Beschaffung von Gegenständen gerichtet ist.

Der Beauftragte haftet somit für die getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrags (OR 398 II).

##### b) **Persönliche Leistungspflicht und Recht zur Übertragung des Auftrags an einen Dritten (OR 398 III)**

Grundsätzlich hat der Beauftragte seinen Auftrag persönlich zu erfüllen (OR 398 III). Aus den Umständen kann jedoch die Heranziehung von Drittpersonen notwendig sein. OR 398 III ist als Ausnahmeregelung zu OR 68 eng auszulegen.

###### – Substitut und Hilfsperson

In OR 399 II findet sich bezüglich des Bezugs von Substituten ein Haftungsprivileg für den Beauftragten. Diese Haftung hebt sich von der allgemeinen Hilfspersonenhaftung in OR 101 ab.

- Es handelt sich um eine Hilfsperson, wenn diese bloss untergeordnete Aufgaben wahrnimmt und im gleichen Betrieb wie der Beauftragte angestellt ist. Die Hilfsperson wird vornehmlich im Interesse des beauftragten beigezogen.

*Bsp.: Operationskrankenschwester, die dem Chirurgen die Geräte reicht.*

- Ein Substitut ist wirtschaftlich meist selbstständig und erbringt die Hilfeleistung ohne Leitung oder Aufsicht des Beauftragten. Ein Substitut wird meist im Interesse des Auftraggebers beigezogen. Hier kommt es regelmässig zu einem eigenständigen Vertrag zwischen dem Experten und dem Beauftragten.

*Bsp.: Stellvertreter eines Arztes während dessen Ferienabwesenheit*

– Rechtsfolgen der befugten oder unbefugten Substitution

Gemäss OR 398 II ist festzustellen, ob der Substitut befugt oder unbefugt herbeigezogen wurde. Eine befugte Substitution ist anzunehmen, wenn der Beauftragte zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt, genötigt oder die Übertragung üblich war.

- Eine Ermächtigung zur Substitution liegt vor, wenn der Auftraggeber seine Zustimmung erteilt, dass der Beauftragte einen Unterauftrag auf Rechnung des Auftragsgebers erteilt. Zwischen dem Substitut und dem Auftraggeber entsteht jedoch kein eigenständiges Vertragsverhältnis.
- Eine Nötigung zur Substitution besteht, wenn der Beauftragte verhindert ist, den Auftrag selbst auszuführen und der Auftraggeber durch die Unterlassung geschädigt würde.
- Übungsgemäss zulässig ist allgemein, was in derartigen Fällen zu geschehen pflegt. Für gewisse Sachfragen ist der Beizug eines Substituten üblich. Das persönliche Vertrauensverhältnis darf jedoch bei der Substitution keine entscheidende Rolle spielen.

Gemäss OR 399 I haftet der Beauftragte für die Handlungen des Substituten, wenn der Beauftragte den Substituten unbefugt herbeigezogen hat. Die Substitution stellt damit eine positive Vertragsverletzung dar, so dass der Beauftragte gemäss OR 97 I haftet.

War der Beauftragte zur Substitution befugt, haftet er nur für die gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Substituten (OR 399 II). Es handelt sich jedoch nicht wie bei OR 55 um eine Kausalhaftung, sondern um eine beschränkte Verschuldenshaftung. Die Beweislast richtet sich daher nach OR 97.

In beiden Fällen hat der Auftraggeber ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Substituten, obwohl kein direktes Vertragsverhältnis besteht (OR 399 III).

## 2.) Nebenpflichten

### a) Sorgfaltspflichten

OR 398 I verweist für die Festlegung der Sorgfaltspflicht auf das Arbeitsrecht und damit auf OR 321a I und 321e. Der Beauftragte haftet für jedes Verschulden, auch für leichte Fahrlässigkeit. Gemäss OR 321e II sind jedoch haftungsmildernde Umstände zu berücksichtigen (Berufsrisiko, Bildungsgrad, Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Eigenschaften des Beauftragten).

Der Verweis auf das Arbeitsrecht überzeugt jedoch nicht. Die arbeitsrechtlichen Vorgaben lassen sich nur schlecht auf das Auftragsrecht übertragen. Beim Auftrag sollte ein höherer Sorgfaltsstandart festgelegt werden.

Im Rahmen des unentgeltlichen Auftrags soll zudem die Möglichkeit einer Haftungsreduktion gemäss OR 99 II berücksichtigt werden. Diese Möglichkeit hat jedoch nur Auswirkungen auf die Schadensbemessung, nicht aber auf die Haftungsbegründung.

Die Besonderheiten des Auftragsrechts sind damit zu berücksichtigen. Der Beauftragte kann sich nicht auf seine geringe Fachkompetenz berufen. Mit der

Übernahme des Auftrags muss er zur erwarteten Sorgfalt fähig sein. Es kommt zur Anwendung eines Sorgfaltsmassstabes, wie ihn ein durchschnittlicher Fachmann anwenden würde. Die konkreten Umstände sind jedoch entscheidend.

*Bsp.: Architekt haftet für unsorgfältigen Kostenvoranschlag.*

*Bsp.: Anwalt haftet für die Einhaltung von Fristen.*

## **b) Rechenschafts- und Erstattungspflicht (OR 400 I)**

Aufgrund der relativen Selbstständigkeit des Beauftragten hat der Auftraggeber oft keinen direkten Einblick in die Arbeit des Beauftragten. Deshalb besitzt der Auftraggeber ein Auskunftsrecht und der Beauftragte unterliegt einer Informations- und Rechenschaftspflicht.

### – Pflicht zur Rechenschaftsablegung

Der Beauftragte hat dem Auftraggeber jederzeit Auskunft über den gesamten Auftrag sowie über Einzelfragen zu geben. Der Auftraggeber hat ein Recht auf alle Informationen, die für die Beurteilung des erteilten Auftrags notwendig sind. Der Beauftragte hat den Auftraggeber daher auch über aufgetretene Schwierigkeiten oder begangene Fehler zu unterrichten. Wie der Beauftragte quantitativ und qualitativ zu informieren hat, hängt von der gestellten Frage ab, ergibt sich jedoch auch oft aus den Umständen. Eine Honorarrechnung kann deshalb oft bereits als Information über die geleisteten Arbeiten genügen. Einen Sonderfall dieser Rechenschaftspflicht bildet die Aufklärungspflicht des Arztes. Dieser hat seinen Patienten nicht nur über allfällige Gefahren und Risiken der Behandlung aufzuklären, sondern auch über den Fortgang des Heilungsprozesses. Wenn die Aufklärung den Heilungsprozess gefährden könnte, kann der Arzt ausnahmsweise von seiner Aufklärungspflicht abweichen. Bei dauernden Urteilsunfähigkeit des Patienten hat der Arzt die Erwachsenenschutzbehörde zu benachrichtigen, sofern dies zur Wahrung der Interessen des Patienten angezeigt erscheint (OR 397a). Die Dokumentationspflicht dient zudem der Behandlungssicherheit und der Beweissicherung.

### – Abrechnungspflicht

Die Abrechnungspflicht besteht, soweit der Beauftragte im Rahmen der Vertragserfüllung Vermögenswerte des Auftraggebers entgegennimmt, verwaltet oder ausgibt. Dem Auftraggeber ist eine detaillierte und umfassende Kontrolle zu gestatten. Dies betrifft sicherlich die Schlussabrechnung. Inwieweit Zwischenabrechnungen zu erstellen sind, ergibt sich aus den vertraglichen Vereinbarungen und den Umständen. Der Beauftragte hat auf Wunsch des Auftraggebers die Originalbelege herauszugeben.

### – Ablieferungspflicht

Die Ablieferungspflicht kann sowohl Haupt- wie auch Nebenpflicht darstellen. Der Beauftragte hat alles herauszugeben, was ihm im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung von Dritten oder vom Auftraggeber zugekommen ist. Ausgenommen von der Ablieferungspflicht sind lediglich persönliche Hilfsmittel des Beauftragten, Entwürfe und interne Arbeitsunterlagen. Der Auftraggeber besitzt grundsätzlich jedoch ein Recht auf Einsicht in diese Unterlagen. Die Ablieferungspflicht betrifft auch indirekte Vorteile (bspw. Rabatte, Provisionen, Retrozessionen, Rückvergütungen, etc.), die dem Beauftragten von Dritten zukommen, sofern der Auftraggeber nicht auf diese Vorteile verzichtet hat. Der Beauftragte soll durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren. Der Herausgabeanspruch ist sofort fällig, soweit nichts anderes vereinbart wurde. Der Beauftragte hat die Vermögenswerte deshalb ablieferungs-fähig bereitzuhalten (OR 75). Ihm steht grundsätzlich kein Rückbehaltungsrecht zu, soweit nicht:

- die Einrede des nicht erfüllten Vertrags möglich ist (OR 82)
- ein dingliches Retentionsrecht geltend gemacht werden kann (ZGB 895)

- die Voraussetzungen für ein obligatorisches Retentionsrecht erfüllt sind.
- Legalzession (OR 401 I und II)  
OR 401 I ordnet eine Legalzession für alle Forderungen an, welche der Beauftragte in eigenem Namen aber auf Rechnung des Auftraggebers erworben hat. Dabei wird eine Annäherung der indirekten an die direkte Stellvertretung vorgesehen. Denn der Auftraggeber ist in der Lage, den Übergang der Forderungen ohne Zutun des Beauftragten durchzusetzen. Die Forderungen gehen über, sobald der Auftraggeber selbst allen seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Bei einem Dauerschuldverhältnis tritt die Legalzession erst durch Kündigung ein.  
Dieselbe Regelung gilt, wenn der Beauftragte in Konkurs fällt (OR 401 II).
- Aussonderung (OR 401 III)  
Hält der Beauftragte bewegliche Sachen zu Eigentum, die er im eigenen Namen aber auf Rechnung des Auftraggebers erworben hat, können diese Sachen nicht in die Konkursmasse des Beauftragten fallen.  
Umstritten ist, ob OR 401 III analog auch für Sachen angewendet werden kann, welche der Auftraggeber dem Beauftragten überlassen hat. Diese Frage wird bspw. relevant, wenn der Auftraggeber dem Beauftragten einen Vermögenswert zur treuhänderischen Verwaltung überlässt.

### c) Haftung mehrerer Beauftragter (OR 403 II)

Haben mehrere Beauftragte einen Auftrag gemeinschaftlich übernommen, haftet sie gegenüber dem Auftragsgeber solidarisch sowohl für Haupt- wie auch für Nebenpflichten.

Grundsätzlich ist von der gemeinschaftlichen Zusammenarbeit auszugehen. Dies umfasst auch die gemeinsame Planung, Organisation und Durchführung des Auftrags, wenn die Beauftragten die Aufgaben unter sich aufgeteilt haben. Es ist trotzdem stets zu prüfen, wer Vertragspartei des Auftrags ist.

Umstritten ist die Frage, ob die Beauftragten auch für das Verschulden eines einzelnen Beauftragten solidarisch einstehen müssen. Die herrschende Lehre verweist auf OR 146, wonach ein Solidarschuldner die Rechtsstellung der anderen nicht verschlechtern darf.

## E) Folgen der Vertragsverletzung

Da die vertragliche Leistung des Beauftragten nur schwer überprüft werden kann, können mögliche Vertragsverletzungen nur erschwert ermittelt und sanktioniert werden. Die Sorgfaltspflichtverletzung ist vom geschädigten Auftraggeber zu beweisen. Dieser muss nachweisen, dass der Beauftragte nicht im versprochenen Umfang Tätigkeiten entwickelt hat, die zur Erreichung des Ziels notwendig waren.

- Spät oder Nichterfüllung  
Wird der Beauftragte nicht im vereinbarten Umfang oder gar nicht tätig, greifen die allgemeinen Bestimmungen zur Spät- oder Nichtleistung gemäss OR 102 ff. Dem Auftragsgeber stehen die Wahlrechte von OR 107 ff. zur Verfügung. Bei einer unmöglichen Leistung sind OR 20 bzw. 119 anwendbar.
- Schlechtleistung  
Schwieriger ist der Nachweis einer nicht gehörigen, sorgfaltswidrigen Erfüllung. Soweit ein kausal verursachter Schaden nachgewiesen werden kann, haftet der Beauftragte dem Auftraggeber nach OR 97 ff. bzw. 398 II. Der Schaden bemisst sich dabei gemäss OR 99 III i.V.m. OR 43 f.
- Freizeichnung  
Die weitgehenden Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung (OR 100) sind auch im Auftragsrecht anwendbar. Aus OR 398 ergibt sich kein Hinweis auf eine Einschränkung eines Haftungsausschlusses. Der Beauftragte kann seine Haftung daher für leichte

Fahrlässigkeit ausschliessen. Auch für die Hilfspersonenhaftung nach OR 101 I kann sich der Beauftragte nach OR 101 II und III freizeichnen.

## **F) Beendigung des Auftrags**

### **1.) Erfüllung**

Ein Auftrag geht durch die vertragskonforme Erfüllung unter. Dabei ist ein Auftrag erfüllt, wenn das angestrebte Ziel erreicht wurde oder das Ziel trotz sorgfältigem Tätigwerden des Beauftragten nicht erreicht werden konnte. Bei Dauerschuldverhältnisse ist eine punktuelle Erfüllung des Vertragsziels in der Regel nicht möglich. Ein dauerhafter Auftrag kann deshalb nur durch Kündigung beendet werden.

### **2.) Widerruf / Kündigung**

#### **a) Jederzeitiges Kündigungsrecht**

Der Auftrag kann während seiner Laufzeit von beiden Parteien jederzeit gekündigt werden (OR 404 I). Dabei widerruft der Auftraggeber den Auftrag genau genommen, der Beauftragte kündigt den Auftrag jedoch.

Die Kündigung muss nicht begründet werden und ist voraussetzungslos gültig. Bloss die Kündigung zur Unzeit löst besondere Rechtsfolgen aus.

Die Kündigung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Gestaltungsgeschäft. Damit ist die Kündigung unwiderruflich, bedingungs- und abtretungsfeindlich. Die Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber und Beauftragtem wird endgültig verändert; der Vertrag ist zu liquidieren.

Die Kündigung ist im Zeitpunkt des Zugangs beim Empfänger wirksam. Dieser Zugang beim Empfänger ist allein massgebend. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass der Empfänger von der Kündigung Kenntnis hat. Die Kündigung ist zwar bedingungsfeindlich, der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung kann jedoch trotzdem festgelegt werden.

Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung ex nunc. Die bereits entstandenen Forderungen bleiben gültig, so dass beide Parteien Forderungen aus ihren erfüllten Haupt- und Nebenpflichten stellen können.

Die Kündigung ist grundsätzlich an keine Form gebunden. Formvorschriften können zwar vereinbart werden, das Kündigungsrecht darf jedoch faktisch nicht erschwert oder verunmöglicht werden.

#### **b) Zwingender Charakter von OR 404**

Das jederzeitige Kündigungsnach nach OR 404 I ist zwingend und nicht dispositiv. Grund für die zwingende Ausgestaltung des Kündigungsrechts ist das besondere Vertrauensverhältnis, das zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten besteht. Fällt dieses Vertrauensverhältnis dahin, müssen die Parteien kündigen können.

In der Lehre wird diese Rechtsprechung des Bundesgerichts vehement kritisiert. Das Vertrauen spiele nur bei typischen Auftragsverhältnissen eine Rolle. Dabei ist unklar, was ein typischer Auftrag sei. Das Kündigungsrecht soll nach der Lehre auf Fälle beschränkt werden, in denen tatsächlich ein zentrales Vertrauensverhältnis besteht. Besonders umstritten ist die Anwendung von OR 404 I bei Dauerschuldverhältnissen. Hier steht das Kündigungsrecht im besonderen Widerspruch zum Grundsatz *pacta sunt servanda*. Das Bundesgericht tendiert wohl dazu, auch bei Dauerschuldverhältnissen OR 404 analog anzuwenden, soweit dies als sachgerecht erscheint.

Durch die zwingende Ausgestaltung von OR 404 I kann das jederzeitige Kündigungsrecht vertraglich weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Vertragliche Vereinbarungen sind hinfällig, wonach die Kündigung:

- mit einer bedingungslos fällig werdenden Konventionalstrafe oder anderer Zahlung verbunden ist, sofern diese Strafcharakter hat;
- nur bei Vorliegen vordefinierter Gründe möglich ist;
- nur zu gewissen Zeitpunkten der Vertragserfüllung zulässig ist.

Auch bei gemischten Verträgen oder Innominatverträgen ist die Anwendung von OR 404 I umstritten. Es soll stets sachgemäss entschieden werden, ob sich die Anwendung von OR 404 I rechtfertigt.

- Gesamtarchitekturvertrag ✓
- Liegenschaftsverwaltungsvertrag ✓
- Management-Vertrag ✓
- externer Vermögensverwaltungsvertrag ✓
- Franchisingvertrag ✗
- Chartervertrag ✗

OR 404 wird zurzeit revidiert. Danach sollen die Parteien ein wahrhaft dauerhaftes Auftragsverhältnis eingehen können.

### c) **Widerruf zur Unzeit (OR 404 II)**

OR 404 II sieht eine Schadensersatzpflicht vor, wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgte. Auch diese gesetzliche Bestimmung soll jedoch revidiert werden. Für die Anwendung von OR 404 II müssen zwei kumulative Voraussetzungen vorliegen:

- Keinen sachlich vertretbaren Grund für die Kündigung
- Betroffene Partei erleidet durch die Kündigung einen besonderen Nachteil, da bereits Dispositionen getroffen wurden

Eine Vertragsauflösung, die durch eine Vertragsverletzung der anderen Partei ausgelöst wurde, fällt wohl meist nicht unter OR 404 II.

Wird bei Dauerschuldverhältnissen eine Kündigungsregel vereinbart, stellt eine ausserordentliche Kündigung vermutungsweise eine Kündigung zur Unzeit dar, soweit die kündigende Partei keinen wichtigen Grund vorweisen kann. Dafür genügen rein wirtschaftliche Gründe nicht.

Vermutungsweise kommt es zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses, soweit dieses nicht grösser ist als das positive Vertragsinteresse. Ansonsten ist bloss das positive Vertragsinteresse zu ersetzen. In der Lehre wird diese Rechtsprechung kritisiert.

Schwierig ist die Abgrenzung zu OR 402 I. Aufwendungen sich grundsätzlich nach OR 402 I zurückzufordern, auch wenn sich diese Investitionen als nutzlos erwiesen haben. Nach OR 404 II können damit nur Aufwendungen geltend gemacht werden, die von OR 402 I nicht gedeckt sind. Aufwendungen des Auftragsgebers sind von OR 402 I nicht erfasst.

### 3.) **Erlöschen**

Aus OR 398 III ergibt sich die gesetzliche Vermutung, dass der Beauftragte den Auftrag persönlich zu erfüllen hat. In OR 405 I befindet sich deshalb die Vermutung, dass der Auftrag durch Tod, Handlungsunfähigkeit, Konkurs oder Verschollenenerklärung einer der Parteien ohne Willenserklärung erlischt.

Durch das Erlöschen des Auftrags können keine Ansprüche mehr entstehen. Die bereits entstandenen Ansprüche sind hingegen zu erfüllen. Diese gehen auf die Erben oder gesetzlichen Vertreter bzw. auf die Konkursmasse über.

Hat der Beauftragte keine Kenntnis davon, dass der Auftrag nach einem in OR 405 genannten Grund erloschen ist, behält er seine Ansprüche gegenüber dem Auftraggeber aus den von ihm geführten Geschäften bis zu Zeitpunkt, in dem er vom Erlöschensgrund Kenntnis erlangt hat (OR 406). OR 406 hat jedoch keine Wirkung auf das Verhältnis des Beauftragten zu Dritten.

Es bestehen jedoch verschiedene Ausnahmen. Demnach erlöscht das Auftragsverhältnis nicht,

- wenn die Parteien die Fortführung des Auftrags in den Fällen von OR 405 vertraglich vereinbart haben (da OR 405 I dispositiv ist);
- wenn die Fortführung sich aus der Natur des Geschäfts ergibt;
- wenn die Interessen des Auftraggebers gefährdet sind, so dass der Beauftragte die Geschäfte fortführen muss, bis der Auftraggeber bzw. seine Rechtsnachfolger in der Lage sind, dies selbst zu tun oder den Auftrag zu erneuern (OR 405 II).

## G) Die Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419-424)

### 1.) Typisierung der Geschäftsführung ohne Auftrag

#### a) Begriff

Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) liegt immer dann vor, wenn eine Person (als Geschäftsführer) für eine andere (den Geschäftsherrn) handelt, ohne dass es dafür einen Rechtsgrund gibt.

Gegenstand der GoA können alle Tathandlungen und Rechtshandlungen sein.

Vertretungsfeindliche Geschäfte, verbotene oder rechtswidrige Tätigkeiten können hingegen nicht Gegenstand der GoA sein.

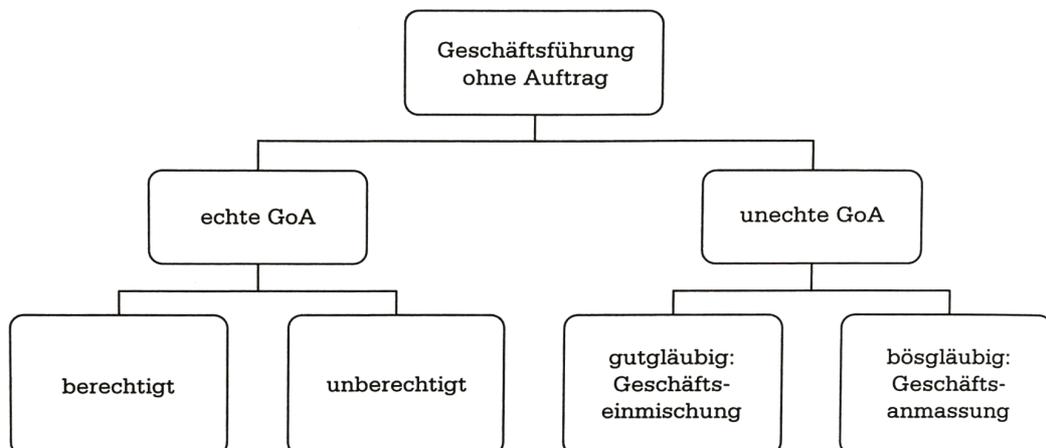
#### b) Funktion / gesetzliche Einordnung

Die GoA ist ein gesetzliches Schutzverhältnis, welches ein quasivertragliches oder quasideliktisches Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn begründen kann. Der Geschäftsführer ist bei Abschluss eines Vertrags stets zur Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn verpflichtet. Es entstehen Rechtsfolgen und Ansprüche, die denen des Auftrags ähnlich sind.

Die GoA ist gesetzessystematisch dem Auftrag angegliedert. Es handelt sich jedoch bei der GoA um einen Entstehungsgrund einer Obligation, was auch die Einordnung im AT rechtfertigen würde. Da die Geschäftsbesorgungen jedoch meist in Überschreitung eines erteilten Auftrags vorgenommen werden, rechtfertigt sich die gesetzliche Positionierung im BT.

Sowohl das Privatrecht wie auch das öffentliche Recht nehmen auf die GoA Bezug. Zudem lassen sich die Grundsätze der GoA auf vertragliche Beziehungen übertragen, bspw. auf die Haftung gegenüber dem unentgeltlich tätigen Beauftragten, auf eine Ersatzpflicht im Mietrecht oder auf die Begründung einer Entschädigungspflicht des Bestellers für ein unvollendetes Werk.

#### c) Erscheinungsformen



### 2.) Echte Geschäftsführung ohne Auftrag

Bei der echten GoA besorgt ein Geschäftsführer ein Fremdgeschäft, wobei er die Interessen des Geschäftsherrn wahrt und zu dessen Nutzen handelt.

## a) **Echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag**

### – Voraussetzungen

- **Fremdes Geschäft:** Das besorgte Geschäft beschlägt nicht ausschliesslich den eigenen Handlungsbedarf des Geschäftsführers. Das Geschäft ist objektiv (nach seinem Inhalt) fremd oder subjektiv (durch den Willen des Geschäftsführers) fremd.

*Bsp.: Objektiv fremd: Füttern eines zugelaufenen Tiers*

*Bsp.: Subjektiv fremd: Fangen eines gefährlichen Tieres auf dem Grundstück und im Interesse des Nachbarn.*

Die Geschäftsführung hat jedoch objektiv im Interesse des Geschäftsherrn zu liegen und muss dessen mutmasslichem Willen entsprechen.

- **Ohne Auftrag:** Zwischen den Parteien darf weder ein Auftrag noch ein anderes Vertragsverhältnis bestehen.
- **Wille, tätig zu werden:** Der Geschäftsführer muss den Willen besitzen, im Interesse einer anderen Person tätig zu werden. Bei objektiv fremden Geschäften wird dieser Wille vermutet. Ansonsten muss der Wille bewiesen werden. Geschäftsführer und Geschäftsherr müssen sich jedoch nicht kennen.
- **Geschäftsführung ist geboten:** Es reicht nicht aus, dass die Tätigkeit lediglich nützlich ist. Die Geschäftsführung muss geboten sein, da der Geschäftsherr diese nicht selbst besorgen kann. Der Geschäftsherr muss daher hilfsbedürftig und die Besorgung muss dringlich sein. Gegen den Willen des Geschäftsherrn sind an sich keine Tätigkeiten geboten (OR 420 III). Es wird auf den mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn abgestellt und darauf, ob der Geschäftsführer nach Treu und Glauben auf ein Interesse des Geschäftsherrn schliessen durfte.

### – Rechtsstellung von Geschäftsführer und Geschäftsherrn

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Geschäfte im Interesse des Geschäftsherrn sorgfältig nach dessen tatsächlichem oder mutmasslichem Willen auszuführen (OR 419). Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Zur sorgfältigen Ausführung gehört die Informations-, Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Geschäftsführers.

Der Geschäftsführer haftet für jede Fahrlässigkeit (OR 420 I). Der Richter kann die Haftung jedoch mildern, wenn der Geschäftsführer handelte, um einen drohenden Schaden abzuwehren (OR 420 II). Umstritten ist, ob OR 420 II die Haftungsmilderung von OR 99 II ausschliesst oder beide Normen kumulativ angewendet werden können. Für den Schaden einer herbeigezogenen Hilfsperson haftet der Geschäftsführer nach OR 101 I.

Handelt der Geschäftsführer gebotenerweise und mit der notwendigen Sorgfalt, hat der Geschäftsherr ihm alle notwendigen und nützlichen Auslagen mit Zins zu ersetzen, auch wenn das Tätigwerden letztendlich nicht zum gewünschten Erfolg geführt hat. Zudem ist der Geschäftsführer von Verbindlichkeiten zu befreien (OR 422 I).

Erleidet der Geschäftsführer einen Schaden, ist ihm dieser nach OR 422 I nach Ermessen des Richters zu ersetzen. Dazu braucht es kein Verschulden des Geschäftsherrn. Der Geschäftsführer soll durch die uneigennützigkeitsgemässe, sorgfältige Geschäftsbesorgung keinen Nachteil erleiden.

Es besteht jedoch kein Anspruch auf Vergütung für die Besorgung der fremden Geschäfte. Dies gründet auf der Idee der Uneigennützigkeit der GoA. Im Zusammenhang mit professionellen Rettungskräften ist diese Regelung jedoch problematisch. Deshalb meint die Lehre, eine Entschädigung kann analog zu OR 394 III beansprucht werden, sofern dies üblich ist.

## **b) Echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag**

- Begriff  
Die Geschäftsbesorgung durch den Geschäftsführer war nicht geboten oder der Geschäftsherr hat ein gültiges Einmischungsverbot ausgesprochen (OR 420 III).
- Rechtsstellung von Geschäftsführer und Geschäftsherrn  
Es entsteht keine besondere Nähe und kein Vertrauen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn. Es kommt daher zu keinem quasivertraglichen Verhältnis, womit nur noch ausservertragliche Ansprüche angewendet werden können. Auslagen und Ersatz für Verwendungen können nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 62 ff.) zurückverlangt werden. Der Ersatz beschränkt sich damit auf den Betrag, um den der Geschäftsherrn bereichert ist (OR 422 III, 423 II).  
Eine Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsführer bleibt stets vorbehalten. Durch eine solche Genehmigung würden die Regeln über den Auftrag zur Anwendung gelangen (OR 424).

## **3.) Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag**

Dem Geschäftsführer fehlt bei der unechten GoA der Fremdgeschäftsführungswille. Der Geschäftsführer meint entweder in irriger Vorstellung, es handle sich um sein eigenes Geschäft, oder greift in fremde Rechte ein, um sich selbst zu bereichern.

### **a) Unechte gutgläubige GoA / Geschäftseinmischung**

Der Geschäftsführer irrt sich über die Geschäftsführung, wobei dieser Irrtum jedoch entschuldbar ist. Eine gutgläubige GoA liegt demnach nur solange vor, als der Geschäftsführer den Irrtum nicht hätte erkennen müssen. Ansonsten ist er bösgläubig.

Auch hier trifft den Geschäftsführern eine Auskunft- und Rechenschaftspflicht. Da kein vertragliches Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn vorliegt und auch kein Verschulden des Geschäftsführers, kann lediglich auf die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 62 ff.) zurückgegriffen werden.

### **b) Unechte bösgläubige GoA / Geschäftsanmassung (OR 423)**

Eine Geschäftsanmassung liegt vor, wenn der Geschäftsführer in eigenem Interesse handelt und sich dabei bewusst ist, dass er ohne Rechtfertigungsgrund in eine fremde Rechtssphäre eingreift.

*Bsp.: Fortsetzung eines Auftrags trotz Widerruf*

*Bsp.: Unbefugtes, bösgläubiges Ausüben fremder geschützter Rechte (Markenrechte, Urheberrechte, Patente).*

Rechtsfolgen der Geschäftsanmassung sind gemäss OR 423:

- Der Geschäftsherr ist befugt, sämtliche Vorteile aus dem Geschäft herauszuverlangen (Gewinnabschöpfung, OR 423 I);
- das Vorteilsaneignungsrecht beinhaltet auch einen Anspruch auf Übertragung dinglicher Rechte, Abtretung von Forderungen und Herausgabe vereinnahmter Gelder;
- der Geschäftsherr kann sich jeden Vorteil aneignen, den sich der Geschäftsführer kausal aus der Geschäftsführung verschafft hat.

Der Geschäftsführer ist dem Geschäftsherrn gemäss OR 423 II nur insoweit zur Ersatzleistung und Entlastung verpflichtet, als er ungerechtfertigt bereichert ist. Der Geschäftsführer besitzt hingegen kein Recht auf Vergütung oder Anspruch auf Schadenersatz. Ihn trifft ein Übernahmeverschulden, womit er der Haftungsverschärfung von OR 420 III unterliegt. Damit haftet er auch für den Zufall. Bezüglich der Verjährung des Herausgabeanspruchs plädiert das Bundesgericht für die einjährige Verjährungsfrist nach OR 60, da ein deliktisches Verhältnis angenommen werden kann. Ein anderer Teil der Lehre wendet hingegen die 10-

Jahres-Frist von OR 127 an, da der Geschäftsführer nicht besser geschützt werden soll als bei der echten GoA.

#### 4.) Abgrenzungen

##### a) Stellvertretung

Sowohl der Stellvertreter als auch der Geschäftsführer werden für eine andere Person tätig. Die GoA regelt jedoch das Innenverhältnis, welches grundsätzlich keine Wirkungen gegenüber Dritten entfaltet. Die Stellvertretung hingegen befasst sich mit dem Aussenverhältnis und den sich daraus ergebenden Auswirkungen auf das Innenverhältnis.

Beide Rechtsfiguren überlappen sich jedoch regelmässig. Handelt der Geschäftsführer mit Vollmacht in fremdem Namen und überschreitet er diese Vollmacht, sind die Regeln der GoA anwendbar. Solange der Geschäftsführer in eigenem Namen handelt (indirekte Stellvertretung), wird er dem Dritten verpflichtet. Zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn entstehen keine direkten Ansprüche. Genehmigt der Geschäftsherr das Handeln des Geschäftsführers (OR 424) und dies als stellvertretungsrechtliche Genehmigung (OR 38 I) zu verstehen ist, kann der Geschäftsherr direkt verpflichtet und berechtigt werden. Damit entfaltet die GoA auch Wirkungen im Aussenverhältnis.

##### b) Gefälligkeit

Gefälligkeiten ziehen grundsätzlich keine Rechtsfolgen nach sich. In Abgrenzung zur GoA ist im Einzelfall abzuklären, ob sich die Anwendung der geschäftsführungsrechtlichen Regeln rechtfertigen.

Das Bundesgericht hat die Haftung nach OR 422 I analog auf ein Gefälligkeitsverhältnis angewendet, mit der Begründung, dass die Risiken schadensgeneigter und gefährlicher Tätigkeiten von demjenigen getragen werden sollen, in dessen Interesse und Nutzen sie ausgeführt werden. Die analoge Anwendung von OR 422 I ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn die Gefälligkeitshandlung mit besonderen Risiken behaftet ist und der Schaden aufgrund der Verwirklichung dieser Risiken eintritt. Zufallsschäden sind damit von der Haftung ausgenommen.

#### 5.) Konkurrenzen

##### a) Vertragsrecht

Ansprüche aus der GoA lassen sich nur geltend machen, wenn der Geschäftsführer irrtümlich vom Bestand eines Vertrags ausgeht oder wenn er im Rahmen eines Vertragsverhältnisses tätig wird, der Vertrag sich aber als ungültig oder inexistent erweist. Überschreitet er hingegen vertragliche Kompetenzen, ist Vertragsrecht anwendbar.

Zwischen vertraglichen Ansprüchen und Ansprüchen aus GoA kann grundsätzlich keine Konkurrenz entstehen, da bei der GoA der Rechtsgrund fehlt. Ausnahmen sind möglich, wenn neben Ansprüchen aus OR 97 ff. ein Gewinnherausgabeanspruch nach OR 423 I besteht. Die Konkurrenz besteht jedoch nur, wenn der Gewinn in einem Bereich erzielt wurde, der vertraglich der anderen Vertragspartei zusteht.

*Bsp.: Verletzung eines Konkurrenzverbotes*

*Bsp.: Unerlaubte Untermiete*

##### b) Deliktsrecht

Ein Eingriff in eine fremde Rechtsphäre lässt Ansprüche aus GoA (Gewinnherausgabe) und unerlaubter Handlung (Schadensersatz) entstehen. Es ist umstritten, ob die Ansprüche in Anspruchskonkurrenz stehen oder kumulativ geltend gemacht werden können.

**c) Sachenrecht**

Die echte GoA geht als quasivertragliches Verhältnis den sachenrechtlichen Ansprüchen vor. Bei der unechten GoA gehen jedoch die sachenrechtlichen Besitzes- und Ausgleichsansprüche vor. Kann ein Gewinn nicht aufgrund von ZGB 940 herausverlangt werden, ist OR 423 heranzuziehen.

**d) Bereicherungsrecht**

Das Verhältnis der echten GoA zur ungerechtfertigten Bereicherung ist unklar und umstritten. Deshalb lässt sich nicht sagen, dass die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung immer subsidiär sind.

# Auftragsähnliche Verhältnisse

## A) Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (OR 406a-406h)

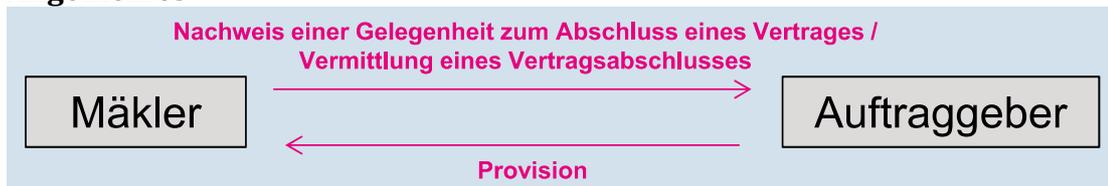
Der Beauftragte verpflichtet sich, dem Auftraggeber Personen für die Ehe oder eine feste Partnerschaft zu vermitteln (OR 406a). Dies geschieht gegen eine Vergütung.

Früher bestand kein klagbarer Anspruch auf einen Mäklerlohn. Heiratsvermittler erbrachten ihre Leistungen daher oft nur auf Vorauszahlung. Wurde keine Leistung erbracht, konnte der Kunde sein Geld nur gerichtlich zurückfordern. Dies wurde meist nicht getan, da der Kunde seine Privatsphäre schützen wollte.

Mit der neuen Regelung sollen Kunden von Ehe- und Partnerschaftsvermittlungen geschützt werden. Der Vertrag braucht damit neu der Schriftlichkeit (OR 406d), es besteht ein Rücktrittsrecht des Auftraggebers (OR 406e), ein jederzeitiges Kündigungsrecht des Auftraggebers (OR 406d Ziff. 7), Pflicht des Beauftragten zur Diskretion (OR 406g II) und die Möglichkeit der gerichtlichen Herabsetzung unverhältnismässiger Honorare (OR 406h).

## B) Mäklervertrag (OR 412-418)

### 1.) Allgemeines



Der Mäkler erhält den Auftrag, gegen eine Provision Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln (OR 412).

Es können 3 Typen von Mäklern unterschieden werden:

- Nachweismäkler  
Er muss lediglich nachweisen, dass er für den Vertragsabschluss ein Interessent vorhanden ist und der Auftraggeber muss die Gelegenheit bekommen, mit diesem Interessenten zu einem Vertragsschluss zu gelangen.
- Vermittlungsmäkler  
Zusätzlich zum Nachweis eines Interessenten muss er den Vertragsabschluss fördern, bspw. indem er bei den Vertragsverhandlungen mitwirkt und damit vermittelt.
- Zuführungsmäkler  
Er muss nicht nur einen Interessenten nachweisen, sondern die beiden Parteien auch zusammenführen, ohne jedoch dabei den Vertragsschluss zu fördern.

Mäklerverträge sind vor allem im Immobiliengeschäft verbreitet, finden sich jedoch auch bei Kredit-, Miet- und Pachtverträge, Handelsgeschäfte, Versicherungen und beim Kauf oder Verkauf von Unternehmen.

### a) Anwendbares Recht

OR 412-418 regeln den Mäklervertrag.

OR 417 (Herabsetzung des Mäklerlohns) ist dabei absolut zwingend.

In OR 412 II findet sich zudem einen Verweis auf das Auftragsrecht im Allgemeinen.

Damit sind die Vorschriften des einfachen Auftrags anwendbar, sofern OR 412-218 keine speziellen Regelungen vorsehen. Anwendbar sind insbesondere OR 398 II sowie OR 404. Die Anwendung einiger Vorschriften des Auftragsrechts auf den Mäklervertrag ist jedoch unpassend. So trifft den Beauftragten nicht dieselbe Treuepflicht und den Mäkler besitzt keine allgemeine Handlungspflicht.

OR 418 sieht zudem vor, dass Kantone spezielle Regelungen für Börsenmakler, Sensale und Stellenvermittler vorsehen können. Im Schweizer Börsenhandel sind jedoch keine Mäkler mehr zugelassen.

Die gewerbsmässige Stellenvermittlung untersteht den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung (AVG).

## **b) Abgrenzungen**

- Agenturvertrag  
Beim Agenturvertrag handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, während der Mäkler nur für einzelne Geschäfte tätig wird.
- Kommission  
Der Kommissionär schliesst in eigenem Namen aber auf Rechnung eines Dritten Verträge ab, der Mäkler hingegen bietet nur eine Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder vermittelt den Abschluss eines Vertrags.
- Einfacher Auftrag  
Der Mäklervertrag ist im Gegensatz zum einfachen Auftrag zwingend entgeltlich. Die Entlohnung des Vermittlers wird zudem erst bei erfolgreicher Vermittlung fällig.
- Pauschalreisevertrag  
Eine Pauschalreise liegt vor, wenn ein Reiseveranstalter eine Reise als Kombination verschiedener Dienstleistungen zu einem Gesamtpreis anbietet. Vermittelt eine Partei jedoch nur den Abschluss eines Vertrags mit dem Anbieter einer Luxusjacht, liegt ein Mäklervertrag vor, da weder ein Reiseveranstalter existiert noch eine Reise angeboten wird.

## **2.) Entstehung und Beendigung des Vertrags**

Die Entstehung des Mäklervertrags unterliegt den allgemeinen Regeln des Vertragsschluss (OR 1 ff.) sowie den speziellen Regelungen zum Auftrag (OR 412 II i.V.m. OR 395). Damit kann der Mäklervertrag formfrei abgeschlossen werden.

Auch für die Beendigung ist Auftragsrecht anwendbar (OR 412 II), wonach die Parteien jederzeit ohne Gründe einen Vertrag widerrufen oder kündigen können (OR 404).

## **3.) Pflichten des Mäklers**

Grundsätzlich trifft den Mäkler keine Handlungspflicht. Wird er jedoch nicht tätig, entfällt sein Anspruch auf Provision. Vertraglich können jedoch bestimmte Tätigkeitspflichten vorgesehen werden.

*Bsp.: Pflicht zum Inserieren*

Anders verhält es sich beim sog. Alleinauftrag, der Exklusivmäklerei. Der Auftraggeber darf hier keinen anderen Mäkler beauftragen (Exklusivität). Bei solchen Verträgen muss der Mäkler tätig werden.

Der Mäkler besitzt grundsätzlich dieselben Treue- und Sorgfaltspflichten wie der Beauftragte, sobald er für den Auftraggeber tätig wird. Er hat die Interessen seines Auftraggebers zu vertreten und die bestmöglichen Konditionen auszuhandeln. OR 415 nennt bestimmte Treuepflichten ausdrücklich:

- Ist der Mäkler in einer dem Vertrag widersprechenden Weise für einen anderen tätig geworden oder hat er sich wider Treu und Glauben einen Lohn versprechen lassen, hat er weder Anspruch auf einen Lohn noch auf Ersatz seiner Aufwendungen.
- Ist der durch die Treuepflichtverletzung verursachte Schaden grösser als die Provision und der Aufwendersersatz, hat der Mäkler dem Auftraggeber auch für den zusätzlichen Schaden Ersatz zu leisten.

Die Doppelmäkelei, also eine Tätigkeit des Mäklers für beide Parteien, kann mit dem Selbsteintritt verglichen werden. Sie ist nur beim Nachweis- und Zuführungsmäklers zulässig, da dort ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist. Die Interessen beider Parteien können gewahrt werden. Wird jedoch auch der Vertragsabschluss gefördert

(bei Vermittlungsmäkelei), ist eine Doppelvermittlung unzulässig, da es unmöglich ist, die Interessen beider Parteien gleichzeitig zu vertreten.

Ein Selbsteintritt des Mäklers ist grundsätzlich möglich, allerdings hat der Mäkler den Auftraggeber darüber zu informieren. Nur bei vorgängiger ausdrücklicher Information des Auftraggebers hat der Mäkler beim Selbsteintritt einen Anspruch auf Provision.

#### 4.) Rechte des Mäklers

Gemäss OR 413 hat der Mäkler einen Anspruch auf einen Mäklerlohn, wenn der Mäklervertrag gültig zustande gekommen ist. Der Mäklerlohn ist damit erfolgsabhängig. Für den Anspruch auf Provision sind 2 Elemente notwendig:

- 1) Mäkler muss einen geeigneten Interessenten nachweisen oder vermitteln
- 2) Auftraggeber muss mit dem Interessenten den Vertrag abschliessen

In beiden Fällen muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Mäklertätigkeit und dem Vertragsschluss bestehen. Sind die Voraussetzungen kumulativ erfüllt, hat der Mäkler auch dann einen Anspruch auf den Mäklerlohn, wenn der Mäklervertrag widerrufen wird.

Den Auftraggeber trifft hingegen keine Pflicht, den Vertrag mit dem vom Mäkler vermittelten Interessenten abzuschliessen.

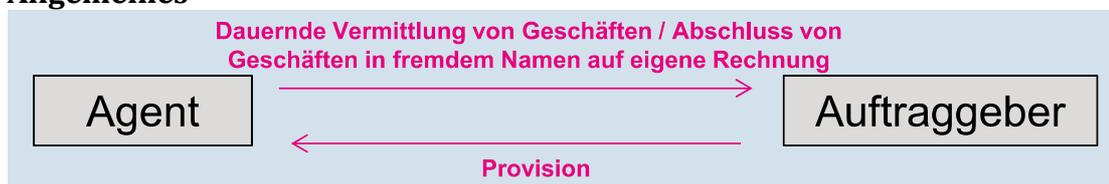
Da OR 413 dispositiver Natur ist, können die Parteien auch andere Vereinbarungen treffen. Für die Abweichung benötigt es jedoch eine eindeutige Formulierung. Eine Vereinbarung einer Vergütung, die sich am Aufwand orientiert, ist zudem nicht möglich. Es würde so ein einfacher Auftrag vorliegen, da der Mäklervertrag erfolgsabhängig ist. Die Höhe des Mäklerlohns wird grundsätzlich vertraglich bestimmt. Fehlt eine vertragliche Vereinbarung, sieht OR 414, dass der Lohn durch eine örtliche Taxe festgesetzt wird. Eine Tarifordnung kann vorsehen, dass ein bestimmter Prozentsatz des Erlöses an den Mäkler bezahlt werden soll. Das Bundesgericht betrachtet einen Prozentsatz von 2% als üblich.

OR 417 enthält die zwingende Regelung, dass der Richter einen unverhältnismässigen Mäklerlohn bei einem Grundstückkauf oder für die Vermittlung eines Einzelarbeitsvertrags auf Antrag des Schuldners herabsetzen kann. Damit sollen ungerechtfertigte Gewinne verhindert werden. Dabei bleibt der tatsächliche Aufwand des Mäklers für die Beurteilung der Unverhältnismässigkeit unbeachtlich.

Gemäss OR 413 III hat der Mäkler nur einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, wenn die Parteien dies vertraglich vereinbart haben. Aufwendungsersatz kann jedoch auch dann nur verlangt werden, wenn es zu keinem Vertrag zwischen dem Auftraggeber und einer Drittperson kommt.

### C) Agenturvertrag (OR 418a-418v)

#### 1.) Allgemeines



Der Agent übernimmt die Verpflichtung, dauernd für einen Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen und Rechnung abzuschliessen (OR 418a I).

Durch die Regelung über den Agenturvertrag sollte der Agent bessergestellt werden, der vom Auftraggeber wirtschaftlich stark abhängig ist. So wurden zahlreiche zwingende Normen eingeführt. Die gesetzliche Regelung ist dabei im Wesentlichen auf den Verkaufsagenten, nicht jedoch auf Dienstleistungs- oder Versicherungsagenten zugeschnitten.

## a) Anwendbares Recht

Die gesetzliche Regelung erhält zahlreiche zwingende Normen:

- unabdingbarer Anspruch des Agenten auf Delcredere-Provision (OR 418c III)
- unabdingbarer Anspruch des Agenten auf Entgelt bei Konkurrenzverbot (OR 418d II)
- Einsichtsrecht des Agenten (OR 418k II)
- Entschädigungsanspruch des Agenten bei Verhinderung seiner Tätigkeit (OR 418m I und II)
- Retentionsrecht des Agenten (OR 418o I)
- Verbot unterschiedlicher Kündigungsfristen für Auftraggeber und Agenten (OR 418q III)
- Kündigung aus wichtigem Grund (OR 418r)
- unabdingbarer Anspruch auf Entschädigung für die Kundschaft (OR 418u I)

Von weiteren Normen kann nur mittels schriftlicher Erklärung abgewichen werden:

- Anwendung der Regeln über den Agenturvertrag bei nebenberuflichen Agenten (OR 418a II)
- Tätigkeit für andere Auftraggeber (OR 418c II)
- Gebietsschutz und bestimmte Kundenkreise (OR 418f III)
- Wegbedingung des Anspruchs auf Vermittlungs- oder Abschlussprovision (OR 418g III)
- Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist (OR 418q I)

Die übrigen Regeln sind dispositiver Natur.

Je nach Branche gelten weitere Regeln, die sich nicht im OR befinden. So ist bspw. die Vertretungsbefugnis des Versicherungsagenten in VVG 34 und 44 II geregelt.

Es bestehen folgende Arten des Agenten:

### – Vermittlungsagentur

Im Zweifelsfall ist gemäss OR 418e I von einer Vermittlungsagentur auszugehen. Hier besitzt der Agent keine Ermächtigung, Geschäfte für den Auftraggeber abzuschliessen. Auf den Vermittlungsagenten sind die Vorschriften über den Mäklervertrag anwendbar. Analoge Anwendung findet dabei vor allem OR 413 I. Ebenfalls anwendbar ist OR 415

### – Abschlussagentur

Der Abschlussagent ist ermächtigt, als direkter Stellvertreter Geschäfte im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers abzuschliessen. Auf ihn finden die Regeln über die Kommission Anwendung (OR 418b). Anwendbar sind vor allem OR 427, 429, 433 und 436.

### – Hauptberuflicher Agent

Er arbeitet mehr als 50% seiner Arbeitszeit als Agent und der Erlös macht dabei mehr als 50% seines Einkommens aus. Für den Versicherungsagenten sind VVG 34 und 44 III zu beachten, sowie das VAG.

### – Nebenberuflicher Agent

Er arbeitet weniger als 50% und erzielt mit der Agentur weniger als 50% seines Einkommens. Hier kann das Agenturrecht wegbedingt werden (OR 418a II), mit Ausnahme der Vorschriften über das Delcredere, das Konkurrenzverbot und der Auflösung des Vertrags aus wichtigen Gründen.

Aus der Gesetzessystematik ergibt sich zudem, dass die Regeln über den einfachen Auftrag subsidiär auf den Agenturvertrag angewendet werden können.

## b) Abgrenzungen

### – Handelsreisendenvertrag (OR 347 ff.)

Der Agent ist begriffsnotwendig selbständiger Gewerbetreibender. Der Handelsreisende hingegen ist Arbeitnehmer und damit weisungsgebunden sowie untergeordnet tätig.

- Alleinvertriebsvertrag  
Der Agent handelt als direkter Stellvertreter in fremden Namen. Der Alleinvertriebsberechtigte handelt hingegen in eigenem Namen. Er schliesst auf eigene Rechnung Geschäfte ab und trägt das volle Vertriebsrisiko.
- Auftrag, Mäklervertrag und Kommission  
Der Agent handelt auf Dauer für den Auftraggeber. Es liegt ein Dauerschuldverhältnis vor.

## 2.) Form, Entstehung und Beendigung des Vertrags

### a) Form

Grundsätzlich kann der Agenturvertrag formfrei abgeschlossen werden. Für gewisse Abweichungen vom dispositiven Recht schreibt das Gesetz jedoch die Schriftlichkeit vor.

### b) Entstehung

Es bestehen keine nennenswerten Sondervorschriften.

### c) Beendigung

Befristete Agenturverträge enden ohne Kündigung automatisch durch Zeitablauf (OR 418p I). Eine stillschweigende Verlängerung wird höchstens für 1 Jahr angenommen (OR 418p II).

Als Dauerschuldverhältnis kann der Agenturvertrag durch ordentliche oder ausserordentliche Kündigung beendet werden. Dabei kann ohne Begründung gekündigt werden. Es sind jedoch die Fristen nach OR 418q zu beachten. Im ersten Jahr kann der Vertrag auf das Ende des folgenden Kalendermonats gekündigt werden. Ab dem zweiten Jahr besteht eine Kündigungsfrist von zwei Monaten auf das Ende eines Kalendervierteljahres.

Die Parteien können jedoch eine längere Kündigungsfrist oder einen anderen Endtermin vereinbaren (OR 418q II). Es ist jedoch verboten, für den Agenten und den Auftraggeber unterschiedliche Fristen vorzusehen (OR 418q III).

Eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ist nach OR 418r jederzeit möglich. Für die Folgen der fristlosen Kündigung verweist das Gesetz auf die Bestimmungen des Arbeitsvertrags (OR 337 ff.). Fehlt ein wichtiger Grund, treten die Rechtsfolgen nach OR 377c ein. Als wichtige Gründe gelten bspw. die Begehung einer strafbaren Handlung oder das Verlangen oder Annehmen von Schmiergeldern.

Das Agenturverhältnis erlischt ausserdem durch den Tod oder die Handlungsunfähigkeit des Agenten sowie durch den Konkurs des Auftraggebers (OR 418s I). Beim Tod des Auftraggebers kommt es nur zum Erlöschen des Vertrags, wenn der Vertrag wesentlich mit seiner Person verknüpft war (OR 418s II). Dies ist bspw. der Fall, wenn der Agent den Auftrag nur angenommen hat, weil er den Auftraggeber persönlich kennt. Beim Todesfall des Auftraggebers findet OR 338a II analog Anwendung.

## 3.) Pflichten des Agenten

Gemäss OR 418c I ist der Agent verpflichtet, die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wahren. Darunter ist derselbe Sorgfaltsmassstab zu verstehen, der in OR 398 I für den einfachen Auftrag gilt. Das Gesetz sieht keine allgemeine Treuepflicht des Agenten vor. Es statuiert jedoch die Geheimhaltungspflicht und das vertraglich mögliche Konkurrenzverbot:

### – Geheimhaltungspflicht (OR 418d I)

Der Agent wird über die Vertragsdauer hinaus zur Geheimhaltung verpflichtet. Der Agent muss Geschäftsgeheimnisse damit geheim halten. Die Geheimhaltungspflicht wird erst aufgehoben, wenn kein Interesse des Auftraggebers mehr daran besteht.

- Vertragliches Konkurrenzverbot  
Der Agent darf grundsätzlich auch für andere Auftraggeber tätig sein (OR 418c II). Vertraglich kann jedoch ein Konkurrenzverbot vereinbart werden. Dies führt zu einem zwingenden Anspruch des Agenten auf ein angemessenes Entgelt bei Auflösung des Vertrags, die sog. Konkurrenzentschädigung (OR 418d II).
- Vertragliche Übernahme des Delcredere-Risikos (OR 418c III)  
Durch vertragliche Vereinbarung kann sich der Agent ausserdem verpflichten, dass Delcredere-Risiko zu übernehmen. Dies ist eine Garantiehaftung für die Bonität der von ihm vermittelten Kunden. Trägt der Agent dieses Risiko, hat er einen zwingenden Anspruch auf ein angemessenes Entgelt. Ist keine Übernahme des Delcredere-Risikos vereinbart, hat der Agent zumindest die Zahlungsfähigkeit der Kunden zu prüfen (OR 418c I).

#### 4.) Rechte des Agenten

##### a) Anspruch auf Provision

Der Agent besitzt einen Anspruch auf Provision für alle Geschäfte, die er während des Vertragsverhältnisses vermittelt oder abschliesst (OR 418g). Er hat selbst dann Anspruch auf die Provision, wenn ein Geschäft ohne seine Mitwirkung abgeschlossen wurde, sofern er den Dritten als Kunden geworben hat (OR 418g I).

Wurde einem Agenten ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis ausschliesslich zugewiesen, hat er Anspruch auf Provision für alle Geschäfte, die mit Kunden des Gebiets oder Kundenkreises abgeschlossen wurden (OR 418g II). Besitzt der Agent für verschiedene Kantone ein Alleinverkaufsrecht, hat er Anspruch auf Provision für jeden Vertrag auf diesem Gebiet. Dies gilt selbst dann, wenn der Agent nicht zwischen Auftraggeber und Kunde vermittelte.

Der Anspruch auf Provision entfällt, wenn die Ausführung eines Geschäfts unterbleibt und der Grund dafür nicht vom Auftraggeber zu vertreten ist (OR 418h I) oder wenn der Auftraggeber das Geschäft zwar erfüllt, jedoch die Gegenleistung unterbleibt (OR 418h II).

Hindert der Auftraggeber den Agenten durch Verletzung seiner vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten daran, seine Provision zu verdienen, schuldet der Auftraggeber dem Agenten eine angemessene Entschädigung (OR 418m I).

##### b) Anspruch auf Kosten- und Auslagenersatz

Da der Agent als selbstständiger Kaufmann tätig ist, hat er grundsätzlich keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten und Auslagen. Der Auftraggeber schuldet jedoch nach OR 418n I angemessenen Ersatz für Kosten, die durch Weisung des Auftraggebers entstanden sind, oder Auslagen, die der Agent als Geschäftsführer ohne Auftrag auf sich genommen hat (OR 422 I). Dazu gehören Frachten und Zölle, Kosten für allgemeine Werbung oder ausserordentliche Reisen des Agenten.

##### c) Inkasso- und Delcredere-Provision

Der Auftraggeber schuldet dem Agenten für seine auftragsgemäss eingezogenen und abgelieferten Beträge eine angemessene Inkassoprovision (OR 418l I). Dem Agenten steht zudem zwingend ein Anspruch auf Provision zu, wenn er das Delcredere-Risiko gemäss OR 418c III übernommen hat.

##### d) Kundschaftsentschädigung

Erweitert sich der Kundenkreis des Auftraggebers durch die Tätigkeit des Agenten wesentlich und können weiter Vorteile aus der Geschäftsverbindung mit dieser Kundschaft erwartet werden, hat der Agent zwingend Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung (OR 418u). Diese Entschädigung ist als Gegenleistung für einen Vorteil anzusehen, den der Auftraggeber nach Auflösung des Agenturvertrags

noch nützen kann. OR 418u begrenzt die Kundschaftsentschädigung jedoch auf maximal einen Nettojahresverdienst.

Wird das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst, den der Agent zu vertreten hat, fällt der Anspruch auf die Entschädigung dahin (OR 418u III).

Voraussetzungen sind demnach:

- 1) Erweiterung des Kundenkreis durch Tätigkeit des Agenten
- 2) Vorteile für den Auftraggeber auch nach Auflösung des Agenturvertrags
- 3) Keine Unbilligkeit
- 4) Auflösung nicht vom Agenten zu vertreten, Schuldlosigkeit

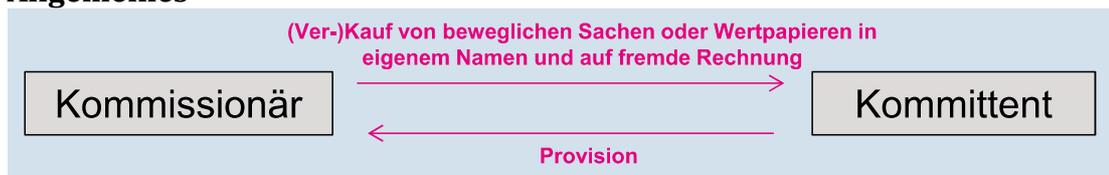
#### e) **Karenzentschädigung**

Wurde ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart, hat der Agent Anspruch auf eine Karenzentschädigung (OR 418d II). Dies ist der Ausgleich dafür, dass der Agent nicht bei der Konkurrenz arbeiten kann. Der Anspruch auf Karenzentschädigung ist zwingender Natur.

Es ist in der Lehre umstritten, ob Kundschafts- und Karenzentschädigung kumuliert werden können. Eine Kumulation ist u.E. möglich, wenn sowohl die Voraussetzungen von OR 418d II und 418u gegeben sind.

### D) **Kommission (OR 425-439)**

#### 1.) **Allgemeines**



Der Einkaufs- oder Verkaufskommissionär kauft oder verkauft gegen eine Provision in eigenem Namen aber auf fremde Rechnung bewegliche Sachen oder Wertpapiere. Grundstückskäufe sowie Geschäfte in fremdem Namen und/oder auf eigene Rechnung fallen nicht unter die Kommission, sondern unter das Auftragsrecht.

#### a) **Anwendbares Recht**

Die gesetzlichen Bestimmungen enthalten Regeln über die Einkaufs- und Verkaufskommission sowie über die Spedition (OR 439).

Zwingend ist einzig OR 437 über die (umstrittene) Vermutung des Selbsteintritts des Kommissionärs.

Gemäss OR 425 II kommen subsidiär die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung. Damit kann die Kommission jederzeit widerrufen werden (OR 404) und die Treue- und Sorgfaltspflichten aus dem Auftragsrecht finden Anwendung.

Besondere Vorschriften gelten im Bereich des Effektenhandelns der Banken im Börsengesetz (BEHG).

#### b) **Abgrenzungen**

– Mäklervertrag

Der Kommissionär schliesst Geschäfte selbst ab, der Mäkler hingegen vermittelt sie bloss.

– Agenturvertrag

Kommissionsverträge sind regelmässig auf ein Einzelgeschäft beschränkt. Der Agenturvertrag hingegen ist ein Dauerschuldverhältnis. Der Vermittlungsagent vermittelt Geschäfte zudem bloss. Der Verkaufsentwickler schliesst seine Geschäfte als direkter Stellvertreter ab. Der Kommissionär handelt hingegen als indirekter Stellvertreter.

- Alleinvertriebsvertrag  
Der Kommissionär handelt für fremde Rechnung, während der Alleinvertriebsberechtigte auf eigene Rechnung handelt. Das wirtschaftliche Risiko trifft bei der Kommission den Kommittenten, den Auftraggeber.
- Trödelvertrag  
Der Trödler handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, während der Kommissionär als indirekter Stellvertreter agiert.

## 2.) Entstehung und Beendigung des Vertrags

Die allgemeinen Regeln des einfachen Auftrags finden Anwendung (OR 425 II). Dabei ist auch OR 404 auf die Kommission anwendbar!

## 3.) Pflichten des Kommissionärs

Der Kommissionär unterliegt denselben Sorgfalts- und Treuepflichten wie der Beauftragte (OR 425 II i.V.m. 398 II). Das Gesetz erweitert und präzisiert diese Pflichten jedoch:

- Informationspflicht und Weisungsgebundenheit  
OR 426 I sieht eine Informationspflicht des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten vor. Jede wichtige Nachricht ist an den Kommittenten weiterzuleiten und von der Ausführung eines Auftrags ist Anzeige zu machen. Zudem ist der Kommissionär weisungsgebunden. Gemäss OR 428 I ist der Kommissionär zur Vergütung des Preisunterschiedes verpflichtet, wenn er die Ware billiger verkauft. Einen erwirtschafteten Gewinn durch einen teureren Verkauf oder billigeren Kauf muss er dem Kommittenten anrechnen (OR 428 III). Handelt der Kommissionär schuldhaft, haftet er auf Schadensersatz (OR 428 II).
- BEHG  
Für Effektenhändler beinhaltet das BEHG weitere Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten, bspw. die Pflicht zur Sicherstellung der bestmöglichen Auftrags Erfüllung, zur Verhinderung der Benachteiligung von Kunden aufgrund allfälliger Interessenkonflikte sowie zum Hinweis auf mit einer bestimmten Geschäftsart verknüpften Risiken (BEHG 11).  
Mit Schaffung von FIDLEG und FINIG wird das BEHG aufgehoben.
- Versicherungspflicht  
Der Kommissionär kann vertraglich dazu verpflichtet werden, das Kommissionsgut zu versichern. Dazu hat er jedoch eine spezifische Weisung des Kommittenten zu erhalten (OR 426 II).
- Delcredere-Risiko  
Die Parteien können die Übernahme des Delcredere-Risikos durch den Kommissionär vereinbaren. Damit hat er für die Zahlung oder anderweitige Erfüllung des Schuldners einzustehen (OR 430 I). Ist eine solche Risiko-Übernahme vereinbart, hat der Kommissionär Anspruch auf eine Delcredere-Provision (OR 430 II). Dieser Anspruch ist jedoch nicht zwingend.

## 4.) Rechte des Kommissionärs

Die Provision ist erfolgsabhängig. Der Kommissionär erlangt nach OR 432 I erst dann einen Anspruch auf Provision, wenn das Geschäft vollständig ausgeführt ist. Kein Anspruch besteht, wenn der Kommittent sein Verkaufsauftrag widerruft, bevor der Kommissionär den Kaufvertrag abgeschlossen hat. Der Provisionsanspruch entsteht jedoch auch dann, wenn das Geschäft aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grund nicht ausgeführt worden ist. Kommt ein Geschäft aus einem anderen Grund nicht zur Ausführung, hat der Kommissionär lediglich Anspruch auf eine ortsübliche Vergütung für seine Bemühungen (OR 432 II). Der Anspruch auf Provision entfällt, wenn sich der Kommissionär unredlich verhält (OR 433 I).

Der Kommissionär hat ausserdem Anspruch auf Ersatz für Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen, sofern diese im Interesse des Kommittenten getätigt worden sind (OR 431 I).

Gemäss OR 434 besitzt der Kommissionär zudem ein Retentionsrecht am Kommissionsgut und am Verkaufserlös.

## 5.) Eigentum am Kommissionsgut und Legalzession

### – Verkaufskommission

Bei der Verkaufskommission hat der Kommittent das Kommissionsgut an den Kommissionär zu übergeben. Der Verkaufskommissionär erwirbt jedoch nicht notwendigerweise Eigentum (OR 396 II).

### – Einkaufskommission

Bei der Einkaufskommission wird der Kommissionär stets Eigentümer des Kommissionsgutes. Dieses Eigentum hat er auf den Kommittenten zu übertragen.

Hat der Kommittent seine Verbindlichkeiten erfüllt, gehen die Forderungen aus Verkauf und Kauf des Kommissionsgutes gemäss OR 425 II i.V.m. 401 I auf ihn über. Ausserhalb des Konkurses des Kommissionärs gilt dies nur für Forderungen gegenüber Dritten und nicht für bewegliche Sachen, welche der Einkaufskommissionär für den Kommittenten erworben hat. Für bewegliche Sachen besteht im Konkurs jedoch ein Aussonderungsrecht (OR 425 II i.V.m. 401 III).

## 6.) Selbsteintritt des Kommissionärs

Der Kommissionär darf unter bestimmten Bedingungen auch selbst in ein Geschäft eintreten (OR 436). Damit wird der Kommissionär bei der Einkaufskommission selbst als Verkäufer und bei der Verkaufskommission als Käufer tätig.

Beim Selbsteintritt kommt es jedoch regelmässig zu einem Interessenkonflikt.

Der Selbsteintritt ist deshalb nach OR 436 I nur bei Waren, Wechseln oder anderen Wertpapieren zulässig, die einen Börsen oder Marktpreis haben. Vertraglich kann der Selbsteintritt aber auch bei Waren zugelassen werden, die keinen Börsen- oder Marktwert haben. Der Selbsteintritt kann auch ganz oder teilweise ausgeschlossen werden.

Das Gesetz vermutet den Selbsteintritt des Kommissionärs, wenn er gemäss OR 436 als Eigenhändler tätig sein darf und er dem Kommittenten keinen anderen Käufer oder Verkäufer nennt (OR 437).

Der Anspruch auf Provision bleibt auch beim Selbsteintritt bestehen.

## E) Speditionsvertrag (OR 439)

Der Spediteur verpflichtet sich gegen Vergütung, in eigenem Namen aber für Rechnung des Versenders einen Gütertransport zu organisieren. Der Spediteur führt den Transport in der Regel nicht selber durch, sondern schliesst einen Frachtvertrag mit einem Dritten ab.

Er haftet für

- Schaden ausserhalb des Transports  
⇒ Wie ein Kommissionär
- Schaden in Ausführung des Transports  
⇒ Nach den Bestimmungen des Frachtvertrag

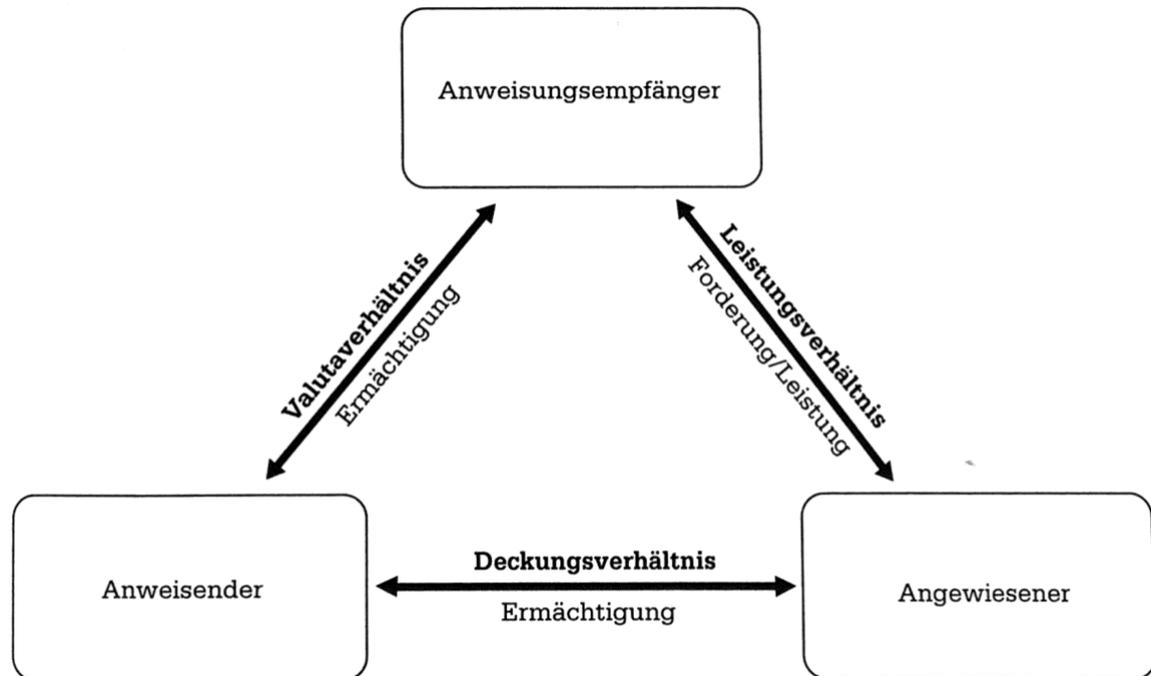
## F) Frachtvertrag (OR 440-457)

Gemäss OR 440 übernimmt der Frachtführer die Ausführung des Transports von Sachen gegen eine Vergütung. Der Personentransport wird als Auftrag qualifiziert!

Der Frachtführer handelt dabei in fremdem Namen und auf fremde Rechnung (direkte Stellvertretung), während der Spediteur (OR 439) in eigenem Namen aber auf fremde Rechnung handelt (indirekte Stellvertretung).

Die Haftung des Spediteurs richtet sich nach dem Auftragsrecht, diejenige des Frachtführers nach OR 447. Die Normen zum Frachtvertrag sind nur anwendbar, soweit keine Spezialregelungen zwischen den Parteien bestehen.

## G) Anweisung (OR 466-471)



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

– Valutaverhältnis

Die vertragliche Beziehung zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger besteht in dem zwischen den beiden vorhandenen Grundgeschäft. Dabei kann es sich um einen Kauf- oder Werkvertrag oder um einen Auftrag handeln. Die Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger dient dabei meist zur Tilgung einer Schuld des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger (OR 467).

– Leistungsverhältnis

Der Anweisungsempfänger erhält gegenüber dem Angewiesenen ein Forderungsrecht. Dies allerdings nur, wenn der Angewiesene die Anweisung vorbehaltlos angenommen hat (OR 468 I). Eine solche Annahme kann formfrei und auch durch konkludentes Handeln erfolgen.

– Deckungsverhältnis

Dieses Deckungsverhältnis wird von OR 468 II und III geregelt. Der Angewiesene wird vom Anweisenden ermächtigt, an den Anweisungsempfänger zu leisten. Der Angewiesene ist grundsätzlich nicht zur Annahme der Anweisung verpflichtet, es sei denn, der Angewiesene ist Schuldner des Anweisenden und seine Lage wird durch Leistung an den Anweisungsempfänger nicht verschlechtert (OR 468 II).

Eine Schadensersatzpflicht des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden entsteht, wenn er seine vertragliche oder gesetzliche Pflicht zur Leistung an den Anweisungsempfänger verletzt.

– Abgrenzung zum Vertrag zugunsten Dritter

Der Promittent ist zur Leistung an den Dritten verpflichtet. Bei Anweisung wird man bloss zur Leistung ermächtigt.

– Abgrenzung zum Inkassomandat

Beauftragter erhebt Zahlung in fremdem Namen und auf eigene Rechnung. Bei der Anweisung handelt Anweisungsempfänger im eigenen Namen und regelmässig auf eigene Rechnung.

Die Anweisung findet vor allem im Zusammenhang mit dem bargeldlosen Zahlungsverkehr und Kreditkartensystemen Anwendung.

# Innominatverträge I: Allgemeiner Teil

## A) Begriff und Abgrenzung

Die Verträge des Besonderen Teils (Nominatverträge) stammen noch aus dem römischen Recht. Im Gegensatz zum römischen Recht gelten im schweizerischen Recht jedoch

- das Prinzip der Vertragsfreiheit und damit auch der
- Grundsatz der Typenfreiheit.

Deshalb dürfen Verträge beliebig kombiniert werden oder aber auch neuartige Verträge geschlossen werden. Das Bedürfnis nach Innominatverträgen ist durch den technischen Fortschritt und die sozioökonomischen Veränderungen stark gewachsen.

⇒ Innominatverträge sind Verträge, die weder im BT noch in Spezialgesetzen ausdrücklich geregelt werden.

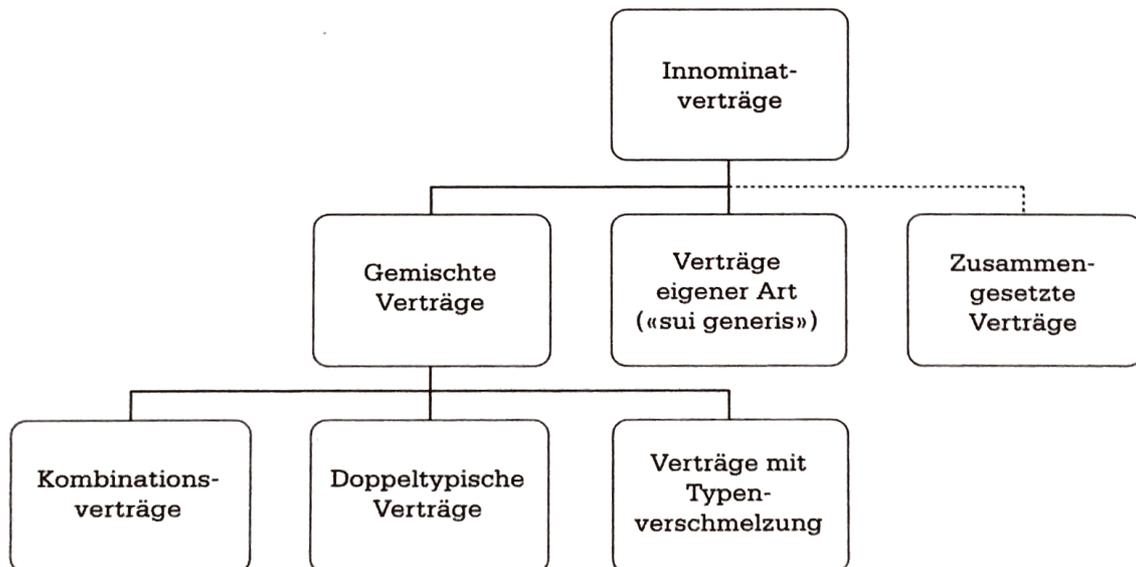
Damit handelt es sich um eine Negativdefinition. Ob das Gesetz den Vertragstypus erwähnt, ist jedoch unerheblich. Die Nennung eines Vertrags ohne Normierung ändert damit an seiner Qualifikation als Innominatvertrag nichts.

*Bsp.: Vorvertrag, Vergleich (OR 396 III), Kontokorrentvertrag*

Für die Abgrenzung zwischen Nominat- und Innominatkontrakt wird auf die *essentialia negotii* des konkreten Vertrags abgestellt. Stimmen diese mit einem gesetzlichen Vertragstypus überein, liegt ein Nominatvertrag vor. Diese essentiellen Vertragselemente gehen jedoch nicht immer klar aus dem Vertrag hervor. In solchen Fällen ist eine Gesamtbetrachtung des zu beurteilenden Vertrags notwendig.

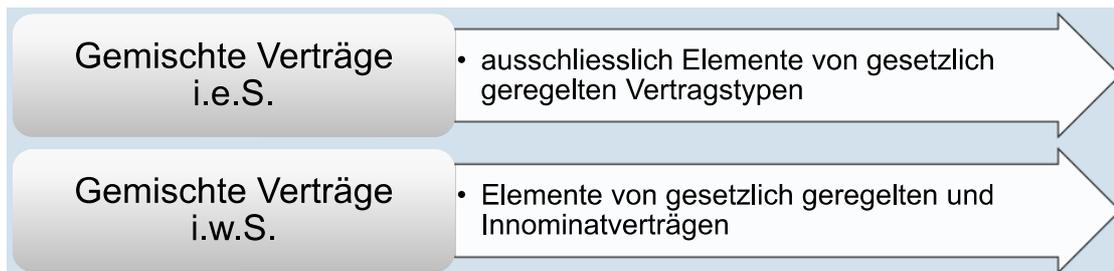
Ist die Anwendung der gesamten Regeln des betreffenden Vertragstypus für den konkreten Vertrag nicht sachgemäss, muss ein Innominatvertrag angenommen werden.

## B) Arten



### 1.) Gemischte Verträge

Gemischte Verträge sind einheitliche Verträge, welche Merkmale verschiedener Vertragstypen enthalten.



– Abgrenzung zu Vertrag sui generis

Oft ist die Abgrenzung zwischen einem gemischtem Vertrag und einem Vertrag sui generis sehr schwierig. Insbesondere bei Verträgen, deren Elemente sowohl aus gesetzlichen und unregulierten Verträgen entstammen, kann sowohl ein gemischter Vertrag wie auch ein Vertrag sui generis angenommen werden.

*Bsp.: Leasingvertrag kann als gemischter Vertrag oder als Vertrag sui generis (aufgrund der fehlenden Unterscheidung zwischen Gebrauchsüberlassung und Amortisationselement) angesehen werden.*

Gemischte Verträge i.e.S. müssen **ausschliesslich aus gesetzlich geregelten Vertragstypen** stammen.

*Bsp.: Hauswart wohnt in einer Wohnung (Mietvertrag) und leistet dafür gleichzeitig Hauswantsdienste (Arbeitsvertrag).*

– Abgrenzung zum zusammengesetzten Vertrag

Die vereinbarten Hauptleistungen müssen eine **Einheit** bilden, indem sie in Verbindung miteinander geschuldet sind. Die Einheit des betroffenen Rechtsgeschäfts ist das massgebende Abgrenzungskriterium gegenüber einem zusammengesetzten Vertrag (Verbindung von Verträgen). Entscheidend für die Abgrenzung ist der Parteiwille, der mittels Auslegung zu ermitteln ist. Formelle Kriterien sind hingegen nicht massgebend. Es spielt damit keine Rolle, ob ein Vertrag öffentlich beurkundet wird oder nicht.

*Bsp.: Leasingvertrag braucht grundsätzlich keine öffentliche Beurkundung, jedoch schon wenn dem Leasingnehmer über ein Grundstück eine Kaufoption eingeräumt wird.*

– Abgrenzung zu Nominatverträgen mit blosser Beimischung

Gemischte Verträge sind zudem abzugrenzen gegenüber Nominatverträgen mit blosser Beimischung. Bei einem gemischtem Vertrag muss die Mischung der Typenelemente so gestaltet sein, dass die blosser Anwendung der Rechtsnormen eines Vertragstypus ungerecht wäre. Vielmehr müssen **Normen verschiedener Nominattypen berücksichtigt** werden, um dem Charakter des Vertrags Rechnung zu tragen.

– Abgrenzung zum Vertrag mit untergeordneter Beimischung

Beim echten gemischtem Vertrag muss **jede Hauptleistung für sich eine gewisse Selbstständigkeit** aufweisen. Hat ein vertragstypisches Tatbestandsmerkmal nur untergeordnete Bedeutung, handelt es sich um einen Vertrag mit (untergeordneter) Beimischung weiterer Elemente. In einem solchen Fall wird der Vertrag grundsätzlich allein von den Normen des hauptsächlichen Vertragstypus beherrscht.

*Bsp.: Bei einem Verkauf mit Versandungspflicht handelt es sich um einen Kaufvertrag, da die Versandungspflicht von untergeordneter Bedeutung ist.*

**a) Kombinationsverträge (Zwillingsverträge, gekoppelte Verträge)**

Eine Partei wird zu mehreren Hauptleistungen verpflichtet, die je verschiedenen Nominattypen angehören. Die Gegenleistung besteht meist in einer einheitlichen Geldzahlung.

*Bsp.: Architekt verpflichtet sich zur Projektierung und Planung (Werkvertrag) sowie zur Bauleitung (Auftrag).*

*Bsp.: Internatsvertrag: Wohnraum, Verpflegung, Ausbildung.*

## **b) Doppeltypische Verträge (Zwitterverträge, Verträge mit Doppelnatur)**

Die Parteien verpflichten sich zum Austausch von Leistungen, die je einer unterschiedlichen Art von Nominatvertrag angehören.

*Bsp.: Hauswart wohnt in einer Wohnung (Miete) gegen Leistung von Hauswartsdiensten (Arbeitsvertrag).*

Dasselbe gilt für Verträge, bei denen zwar die gleiche Leistungsart ausgetauscht wird, jede Leistung jedoch einen unterschiedlichen Vertragsgegenstand zum Inhalt hat.

*Bsp.: A leiht B eine DVD, B dafür A ein Buch.*

## **c) Verträge mit Typenverschmelzung**

Diese Verträge haben eine Leistung zum Gegenstand, die eine gleichartige Struktur aufweist, funktionale jedoch zwei unterschiedliche Vertragstypen vereinigt.

*Bsp.: Gemischte Schenkung als äusserlich reiner Kaufvertrag (jedoch Kaufvertrag & Schenkung)*

*Bsp.: Bauleitung eines Architekten, zwischen Werkvertrag und Auftrag.*

## **2.) Verträge eigener Art (Verträge sui generis)**

Vertrag, der eine neue, dem Gesetz unbekannt Art von Leistung zum Gegenstand hat. Durch die Vereinbarung der Parteien besteht eine neue

- innere Einheit,
- wobei es sich nicht bloss um eine Mischung aus gesetzlich geregelten Elementen handelt und
- nicht gesetzlich geregelt ist.

*Bsp.: Automatenaufstellungsvertrag, Alleinvertriebsvertrag, Badeanstaltsvertrag*

*Bsp.: Leasingvertrag besteht aus einem Mietelement, Kaufelement und Darlehenselement. Dabei lassen sich die einzelnen Elemente nicht klar auseinanderhalten.*

## **3.) Zusammengesetzte Verträge (Vertragsverbindung)**

Nach überwiegender Ansicht handelt es sich hierbei nicht um Innominatverträge, sondern um eine weitere Rechtsfigur.

Zusammengesetzte Verträge bestehen aus verschiedenen Verträgen, die für sich selbständig sind. Sie fügen sich nicht zu einem einheitlichen und selbständigen Vertrag zusammen.

Die Verträge sind jedoch auch nicht voneinander unabhängig, sondern stehen in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis. Die Leistung und Gegenleistung stehen einander wie bei einem Austauschvertrag als Synallagma gegenüber. Entscheidend ist damit die Koppelungsabrede. Damit ist das Schicksal eines Vertrags untrennbar mit dem des anderen verknüpft, so dass sich bspw. ein Rücktritt von einem Vertrag sich auf den Bestand des anderen auswirkt. Die Verträge müssen weiter gleichzeitig abgeschlossen wurden.

*Bsp.: Der Kauf einer Liegenschaft wird mit der Vereinbarung eines Energielieferungsvertrags verbunden.*

Der Unterschied zwischen einem Koppelungsvertrag und einem zusammengesetzten Vertrag ist sehr gering und für die Rechtsanwendung kaum von Bedeutung.

## **4.) Abgrenzungen**

- Zum gesetzlichen Mischvertrag

Solche Verträge liegen vor, wenn das Gesetz ausdrücklich eine bestimmte Rechtsfolge an die Vermischung von Typenelementen knüpft.

*Bsp.: Werklieferungsvertrag (OR 365 I)*

- Zum typischen Vertrag mit Beimischung

*Bsp.: Versendungskauf, Kauf mit Montagepflicht.*

## C) Rechtsanwendung

### 1.) Vorbemerkungen

Nach welchem Regeln sollen Innominatverträge ausgelegt oder ergänzt werden?  
Grundsätzlich sind stets die Regeln des OR AT anwendbar. Jedoch kommt es bei besonderen Verträgen oft auch zu besonderen Problemen, die nicht mit den allgemeinen Regeln gelöst werden können.

### 2.) Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung von Innominatverträgen ist der übereinstimmende wirkliche Parteiwille (subjektive Auslegung). Es ist nach denjenigen Regeln zu entscheiden, die sich im Vertrag finden. Nur wenn die tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie verstanden werden durften und mussten (objektive Auslegung). Der Vorrang der subjektiven Auslegung ergibt sich aus OR 18.

### 3.) Ergänzung

Eine allfällige Vertragslücke muss mittels Ergänzung geschlossen werden.

#### a) Allgemeine Vertragsergänzungslehre

Nominatverträge können grundsätzlich auf zwei Arten ergänzt werden:

- Richterliche Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen (Vertrauensprinzip)
- Vertragsergänzung mithilfe dispositiver Regelung oder nach Gewohnheits- oder Richterrecht (ZGB 1 II und III)

Ein Teil der Lehre differenziert, ob der konkrete Vertrag hauptsächlich einem gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet werden kann oder ob die konkrete individuelle Vereinbarung nicht unter einen einzigen Typenvertrag subsumiert werden kann. Atypische (individuell gestaltete) Verträge sind grundsätzlich eher nach dem Vertrauensprinzip (subjektiv und objektiv) zu ergänzen, hingegen Lücken in reinen Typenverträgen durch den Beizug von dispositiven Regeln sowie von Gewohnheits- und Richterrecht.

Dieselben Grundsätze der Lückenfüllung gelten in abgewandelter Form auch bei Innominatverträgen, welche sich im Laufe der Zeit zu einem Verkehrstypus entwickelt haben (verkehrstypische Innominatverträge).

Auch bei solchen Verträgen ist die Vertragsergänzung grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen. Das richterliche Vertragstypenrecht kann ebenfalls herbeigezogen werden. Jedoch nicht bei atypischen Innominatverträgen.

#### b) Theorien

- Absorptionstheorie  
Bei gemischten Verträgen soll das Recht des überwiegenden Vertragstypus zur Anwendung gelangen. Die Normen des untergeordneten Vertragstypus werden damit absorbiert. Die Absorptionstheorie ist vor allem für Verträge mit Beimischung konzipiert. Die Unterordnung eines Vertrags unter einen einzigen Vertragstyp führt jedoch regelmässig zu unangemessenen Resultaten.  
*Bsp.: Der Architektenauftrag darf nicht ganz unter das Auftragsrecht subsumiert werden, wenn er auch Pläne entwirft (Werkcharakter).*
- Kombinationstheorie  
Die einzelnen Elemente eines gemischten Vertrags sind herauszufiltern und danach ist jedes Element einem Vertragstypus zuzuordnen. Für jedes Typenelement kommen dann die entsprechenden Typennormen kumulativ zur Anwendung. Die Theorie versucht damit, jeder Verpflichtung besonders Rechnung zu tragen. Das Gesamtbild des Vertrags und der wirkliche Wille der Parteien werden jedoch meist verdrängt.

*Bsp.: Auf Architektenvertrag mit Pflicht zur Projektierung und Bauleitung wird Werkvertrag sowie Auftrag angewendet.*

- Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen  
In dieser Weiterentwicklung der Kombinationstheorie werden die Regeln eines Vertragstyps nicht blind auf das vertragstypische Element angewandt, sondern es wird zusätzlich geprüft, ob die Norm im Hinblick auf den gesamten Vertrag passt. Diese Theorie kommt der Vertragswirklichkeit am nächsten.
- Theorie der analogen Rechtsanwendung  
Diese Theorie untersucht nicht, welche spezifischen Regeln Anwendung finden sollen, sondern befasst sich allein mit der Methode der Rechtsanwendung. Die Normen für Nominatverträge können höchstens mittelbar angewendet werden aufgrund der fehlenden Kongruenz von Innominatverträgen mit den besonders geregelten Verträgen. Die Theorie hilft alleine nicht viel. Sie enthält jedoch die These, dass das Nominatrecht im Zuge der freien richterlichen Rechtsfindung in Betracht gezogen werden kann.
- Kreationstheorie  
Das Gericht hat die anwendbaren Normen selbst zu kreieren, sofern kein Gewohnheitsrecht besteht. Diese Methode eignet sich besonders für die Entwicklung von Richterrecht für Innominatverträge, die im Rechtsverkehr an Bedeutung gewinnen und sich zu eigenständigen Vertragstypen entwickeln. Singuläre Innominatverträge sind jedoch stets nach dem Vertrauensprinzip zu ergänzen.
- Fazit  
Keine Theorie vermag für sich alleine zu überzeugen. Es bedarf vielmehr ihrer Kombination. Massgebend ist damit ein Methodenpluralismus, wonach in jedem Einzelfall zu prüfen ist, welche Theorien in welcher Kombination in Betracht kommen.  
Einige Stimmen sprechen sich dafür aus, dass direkt die allgemeinen Grundsätze der Vertragsergänzung herbeigezogen werden sollen. Der Gewinn aus einem Pluralismus mehrerer Methoden sei gering.

#### **4.) Rechtsprechung**

Das Bundesgericht musste sich bereits mehrfach mit der Rechtsanwendung bei Innominatverträgen befassen.

*Bsp.: Bei einem Architektenvertrag wandte das Bundesgericht die Kombinationstheorie an. Es tendiert zur Kombinationstheorie bei Gesamtverträgen im Baurecht.*

*Bsp.: Bei einem Liegenschaftsverwaltungsvertrag überwiege das Auftragsselement, wonach OR 404 angewendet wurde (Absorptionstheorie).*

*Bsp.: Ein Automatenaufstellungsvertrag mit zusätzlicher Verpflichtung des Aufstellers, auch für den ordnungsgemässen Betrieb des Automaten zu sorgen, wurde vorwiegend mietrechtlich betrachtet (Absorptionstheorie).*

*Bsp.: Bei einem Hotel-Managementvertrag handle es sich um einen gemischten Vertrag (Miet-, Gesellschafts-, Lizenzvertrag sowie Auftrag). Hier wandte das Bundesgericht die Theorie der gesetzlichen Einzelanordnung an.*

Die Methode des Bundesgerichts wurde lange als "Absorption mit Ausweichklausel" beschrieben. Seit dem Entscheid zum Architektenvertrag tendiert das Bundesgericht jedoch eher zum Kombinationstheorie. Die konkreten Umstände und der hypothetische Parteiwille werden nur herbeigezogen, wenn eine generell-abstrakte Norm fehlt. Der Entscheid über den Hotel-Managementvertrag lässt hoffen, dass das Bundesgericht weiterhin die Theorie der gesetzlichen Einzelanordnungen favorisiert.

## 5.) Rechtsanwendung bei verschiedenen Innominatvertragsarten

### a) Gemischte Verträge

Zuerst sollte der gemischte Vertrag durch eine analogiefähige Eigennorm des konkreten Vertrags ergänzt werden. Fehlt eine analogiefähige Eigennorm, ist eine passende dispositive Norm aus einem in Vertrag enthaltenen Typenrecht übernommen werden. Dabei soll das Gesamtergebnis stets sachgerecht sein. Ergibt sich kein solches Ergebnis, ist eine Fremdnorm herbeizuziehen. Wird auch so kein zufriedenstellendes Ergebnis geschaffen, hat das Gericht eine besondere Norm zu schaffen.

Bei eigenständigen Vertragstypen (*Bspw. Leasing-, Lizenz- oder Franchisingvertrag*) soll das Gericht wie bei Nominatverträgen vorgehen:

- nach Gewohnheitsrecht,
- mittels analoger Anwendung einer dispositive Norm (Theorie der analogen Rechtsanwendung)
- mit einer neuen generell-abstrakte Norm nach ZGB 1 und ZGB 3.

Bei singulären und atypischen Innominatverträgen hat das Gericht analog zu ZGB 4 i.V.m. ZGB 2 vorzugehen. Der Vertrag ist unmittelbar und konkret-individuell nach dem Vertrauensprinzip zu ergänzen.

### b) Verträge sui generis

Hier fehlt ein klarer Bezug zu einem im BT oder im Spezialgesetz geregelten Vertragstypus. Dispositives Typenrecht kann daher nicht ohne weiteres herangezogen werden. Die Verträge sind daher wie singuläre Innominatverträge zu ergänzen, womit dem individuellen Charakter mittels des Vertrauensprinzips Rechnung getragen wird.

Ausnahmsweise wird jedoch trotzdem dispositives Recht herbeigezogen. Dies ist jedoch nur angebracht, wenn die Anwendung des Typenrechts sachgerecht ist. Entwickelt sich ein vertrag sui generis ebenfalls zu einem verkehrstypischen Vertrag, haben die Gerichte generell-abstrakte Normen zu schaffen. Andernfalls ist nach dem Vertrauensprinzip vorzugehen.

### c) Zusammengesetzte Verträge

Auf die einzelnen Verträge wird das entsprechende Vertragstypenrecht oder Innominatvertragsrecht angewendet. Dabei darf jedoch die Gesamtkonzeption des Vertrags nie aus den Augen gelassen werden, weshalb man bei der Lückenfüllung auf ein harmonisches Gesamtergebnis achten muss.

## 6.) Anwendung von zwingenden Vertragstypenrecht

Die Anwendung von zwingenden Normen setzt ein gewisses Schutzbedürfnis zumindest einer Partei voraus, die sozial oder wirtschaftlich schwächer ist. Es muss eine "Schutzlücke" bestehen. Dann sind sie jedoch grundsätzlich stets anwendbar, da sie einen bestimmten Schutz gewährleisten bzw. im öffentlichen Interesse liegen.

Als Grundsatz ist zwingendes Vertragstypenrecht nur für den jeweiligen Vertragstyp anwendbar. Bei Innominatverträgen ist daher zuerst zu prüfen, ob sich die Schutzbedürftigkeit einer Partei mit der Atypizität des konkreten Vertrags ändert. Besteht eine Schutzlücke, ist wie bei der Vertragslücke vorzugehen.

- Beim Innominatvertrag, der sich zu einem Verkehrstypus verdichtete, ist eine generell-abstrakte Regelung zu treffen. Insbesondere bei gemischten Verträgen sind die einzelnen zwingenden Normen für die einzelnen Vertragstypen zu prüfen.
- Verträge sui generis bedürfen u.U. eigene Schutznormen, welche vom Gericht zu ermitteln sind.
- Bei singulären und atypischen Innominatverträgen hat die konkret-individuelle Norm stets dem Schutzbedürfnis der beteiligten Parteien zu genügen.

Die Anwendung zwingender Normen hat damit insbesondere bei verkehrstypischen Innominatverträgen an Bedeutung gewonnen. Für die Anwendung auf atypische Innominatverträge benötigt es im Einzelfall einer Interessena

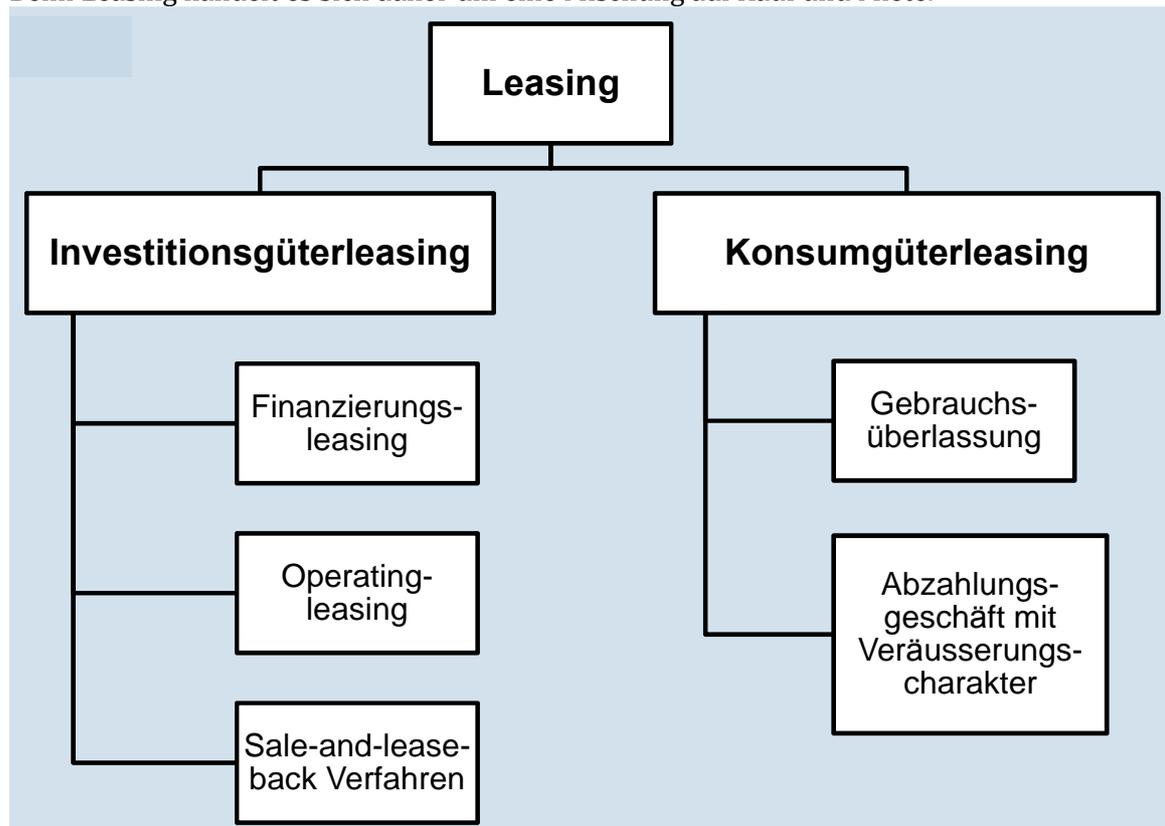
# Innominatverträge II: Leasing

## A) Begriff und Erscheinungsformen des Leasings

Leasing leitet sich vom englischen Verb "to lease" (vermieten/verpachten) ab.

- Der Leasinggeber stellt dem Leasingnehmer während eines bestimmten Zeitraums ein bewegliches oder unbewegliches Gut zur Verfügung und überlässt es zur freien Nutzung.
- Das volle Erhaltungsrisiko des Leasingobjekts wird dem Leasingnehmer übertragen. Der Leasingnehmer schuldet dem Leasinggeber ein Entgelt in Raten (Leasingzins), welcher dem amortisierten Verkehrswert des Leasingobjekts entspricht.

Beim Leasing handelt es sich daher um eine Mischung auf Kauf und Miete.



### 1.) 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 OR 100 und 199 wegbedungen werden.

Beim indirekten Leasing handelt es sich um ein Drei-Parteien-Verhältnis, da sich eine dritte Partei zwischenschaltet, um das Leasinggeschäft zu finanzieren. Ein Teil der Lehre sieht dieses Drei-Parteien-Verhältnis als zwingendes Merkmal an, womit es sich beim Herstellerleasing um ein blosses Mietverhältnis handeln würde, was jedoch nicht immer sachgerecht ist.

### 2.) 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 dabei ein im Grundbuch vorgemerktetes Kaufrecht zuerkannt. Beim Mobilienleasing wird meist von einer Kaufoption abgesehen.

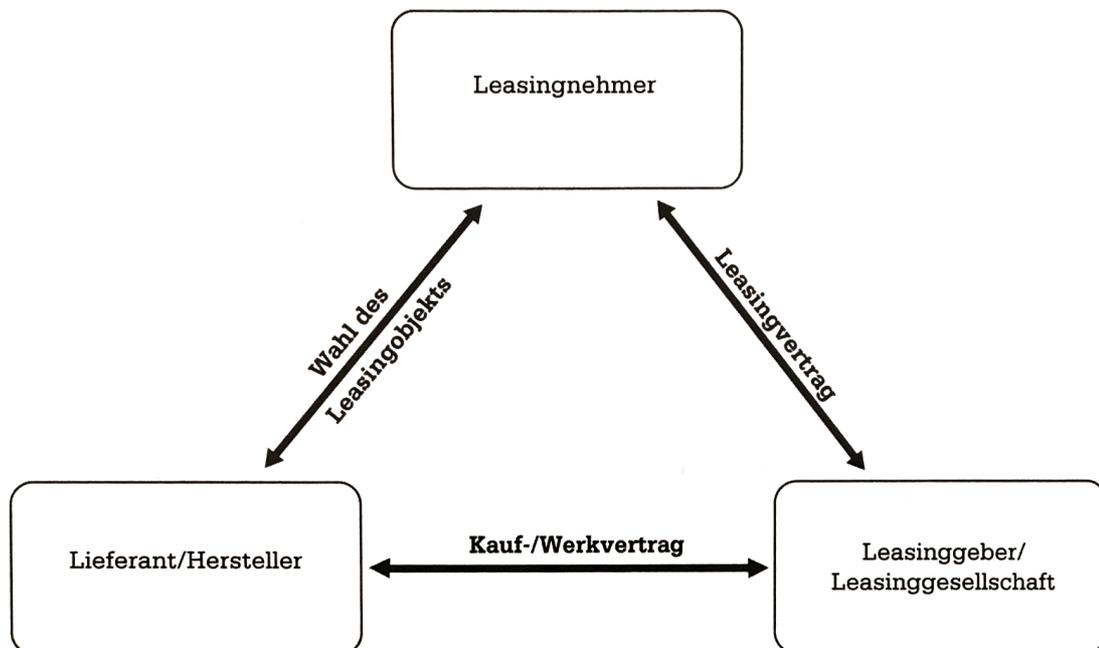
### 3.) Investitions- und Konsumgüterleasing

Das massgebende Abgrenzungskriterium ist der Verwendungszweck des Leasingobjekts. Investitionsgüter werden von Unternehmen gewerblich genutzt; Konsumgüter hingegen für private Zwecke. Das bedeutsamste Konsumgüterleasing ist dabei das Autoleasing. Nur beim Konsumgüterleasing ist das KKG anwendbar, welches bestimmte Voraussetzungen für die Leasinggesellschaften statuiert.

### 4.) Finanzierungsleasing

Dies ist die wichtigste Erscheinungsform des Leasings. Das Finanzierungsleasing kann sowohl Mobilien- oder Immobilienleasing als auch Investitions- oder Konsumgüterverträge betreffen.

Das Finanzierungsleasing ist ein gemischter Innominatkontrakt. Angewendet wird: An einem Finanzierungsleasing sind stets 3 Parteien beteiligt. Der Leasingnehmer bestellt beim Leasinggeber eine Sache. Der Leasinggeber erwirbt das Leasingobjekt mittels Kauf- oder Werkvertrag vom Lieferanten und erwirbt damit das Eigentum daran. Er überlässt es dem Leasingnehmer jedoch von Anfang an zum Gebrauch.



*Bsp.: Der Leasingnehmer sucht sich beim Händler ein Auto aus, welches vom Leasinggeber gekauft und sodann dem Leasingnehmer zum Gebrauch überlassen wird.*

Der Leasingzins ist abhängig davon, ob eine Voll- oder Teilamortisation vereinbart wurde. Bei der Vollamortisation bekommt die Leasinggesellschaft die Aufwendungen für den Erwerb des Leasingobjekts ganz zurück, zuzüglich eines Zinses in Form eines Gewinnes.

Beim Teilamortisationsleasing betrifft die Amortisation nur einen Teil der Investition des Leasinggebers, so dass mehrere Verträge abgeschlossen werden müssen, um eine Vollamortisation zu erreichen.

Leasingverträge sind Dauerschuldverhältnisse, die regelmässig nicht gekündigt werden können.

### 5.) Operating-Leasing

Ein wirtschaftliches Gut wird für eine relativ kurze, jedenfalls auf eine beträchtlich unter der notwendigen Amortisationszeit liegende Dauer verleast. Dabei handelt es sich um kein Leasing im eigentlichen Sinne, da das Merkmal der Unkündbarkeit oder der Amortisation fehlt.

Zweck solcher Vereinbarungen ist es, den Leasinggegenstand mehrmals zu verleasen. Für den Leasingnehmer besteht der Vorteil darin, kurzfristige Investitionsengpässe zu überbrücken. Deshalb verbleiben das Investitionsrisiko und die Gefahr für den zufälligen Untergang regelmässig beim Leasinggeber. Es handelt sich daher um einen atypischen Leasingvertrag und wird meist als Miete qualifiziert. Auch das Operating-Leasing ist ein Zweiparteiengeschäft, welches sich nicht vom Herstellerleasing unterscheidet.

## 6.) Sale-and-lease-back

Der Eigentümer einer Sache verkauft diese an eine Leasinggesellschaft, welche ihm das Objekt gleich wieder mittels Leasingvertrags zum Gebrauch überlässt. Damit wird ein steuerrechtlicher Vorteil angestrebt, da der Leasingnehmer das Objekt nicht als Anlagevermögen bilanzieren muss und die Leasingraten als Aufwand steuerlich abgesetzt werden können.

Diese Variante ist in der Schweiz für Mobilien aufgrund des Faustpfandprinzips in ZGB 717 I unwirksam. Beim Immobiliengeschäft ist das Sale-and-lease-back-Verfahren jedoch gebräuchlich. Wird hier kein dingliches Recht zugunsten des Leasingnehmers im Grundbuch eingetragen, ist ein solches gegenüber Dritten nicht durchsetzbar.

## B) Rechtsnatur des Finanzierungsleasings und Abgrenzungen

### 1.) Qualifikation

Beim typischen Leasinggeschäft ist das Gebrauchsüberlassungselement vorherrschend. Es ist jedoch nicht klar, ob es sich hierbei um einen gemischten Vertrag oder um einen Vertrag sui generis handelt.

⇒ Bundesgericht tendiert zum gemischten Vertrag

Abweichende Stimmen sehen den Leasingvertrag jedoch als Veräusserungsvertrag auf Raten oder als Kreditvertrag sui generis mit Elementen des Auftrags, des Darlehens und der Sicherungsübereignung. Die unterschiedlichen Qualifikationsversuche haben jedoch nur beschränkte Auswirkungen.

Der Leasingvertrag enthält Elemente

- der Miete
- allenfalls der Pacht
- des Darlehens
- des Kaufs
- des Auftrags (beim Finanzierungsleasing)

Da der Dreiparteiencharakter eine wichtige Rolle spielt (namentlich für den Übergang der Gewährleistungsrechte), lässt es sich durchaus rechtfertigen, den Leasingvertrag als Vertrag sui generis zu behandeln.

Besondere Bedeutung hat die Qualifikation auch für das Konkursrecht. Wird das finanzierte Objekt nicht zu Eigentum übertragen, fällt es nicht in die Konkursmasse des Leasingnehmers. Wird der Leasingvertrag als Gebrauchsüberlassungsvertrag angesehen, besitzt der Leasinggeber daher im Konkursfall ein Aussonderungsrecht. Überwiegt jedoch das Veräusserungselement, besitzt der Leasinggeber kein Aussonderungsrecht.

### 2.) Abgrenzungen

- Zum Kaufvertrag:

Den Leasinggeber trifft keine Eigentumsverschaffungspflicht gemäss OR 184. Es findet keine Übertragung von Eigentum auf den Leasingnehmer statt.

- Zum Miet- und Pachtvertrag:

Der Leasingnehmer hat nicht nur Gebrauchsrechte an der Leasing Sache, sondern auch weiter reichende Pflichten, die denen eines Eigentümers nahekommen. Er besitzt eine vollumfängliche Nutzungs- und Gebrauchsmöglichkeit und trägt die Verantwortung und Haftung für das Leasingobjekt, was auch den Unterhalt umfasst. Der Leasingzins deckt zudem nicht nur den Gebrauchswert, sondern auch die Amortisation der Sache.

## **C) Entstehung**

Grundsätzlich ist der Leasingvertrag formfrei gültig.

Gemäss KKG 11 I und II ist jedoch ein Leasingvertrag schriftlich abzuschliessen und er benötigt einen bestimmten Inhalt, wenn er unter das KKG fällt. KKG 11 ist dabei zwingendes Recht und seine Nichteinhaltung bewirkt Nichtigkeit des Vertrags (KKG 15 I).

Im Übrigen untersteht der Leasingvertrag den allgemeinen Regeln des OR. Nur ausnahmsweise kommen zwingende Formvorschriften zur Anwendung. Wird bspw. bei einem Leasingvertrag über ein Grundstück dem Leasingnehmer eine Kaufoption eingeräumt, muss diese Klausel öffentlich beurkundet werden (OR 216 II), der Leasingvertrag selbst benötigt jedoch keine öffentliche Beurkundung.

Gemäss der zwingenden mietrechtlichen Bestimmung OR 256 II sind Klauseln in vorformulierten AGBs nichtig, welche den Mieter gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen benachteiligen. Nach überwiegender Ansicht kann diese Bestimmung analog auf das Konsumentenleasing angewendet werden.

## **D) Inhalt**

Die Rechte und Pflichten der Parteien richten sich weitgehend nach dem Miet- oder Pachtrecht. Der Leasinggeber hat jedoch keine Gewähr für die Erhaltung des Leasingobjekts zu leisten. Zudem muss der Leasinggeber nicht für den aussergewöhnlichen Unterhalt des Leasingobjekts aufkommen.

### **1.) Pflichten des Leasingnehmers**

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 geschuldet, wenn der Leasinggegenstand vom Leasingnehmer nur teilweise oder gar nicht mehr genutzt werden kann, da er bspw. untergegangen ist.

Dem Leasingnehmer werden regelmässig Pflichten aus der Beziehung Lieferant/Hersteller - Leasinggeber überbunden. Typisch ist der vertragliche Ausschluss der Gewährleistungspflichten des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmers. Im Gegenzug werden die kaufrechtlichen Ansprüche des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten/Hersteller an den Leasingnehmer abgetreten.

Das Leasingobjekt wird üblicherweise direkt vom Lieferanten/Hersteller an den Leasingnehmer geliefert. Deshalb wird der Leasingnehmer meist vertraglich verpflichtet, eine Abnahmebestätigung zu erstellen und dem Leasinggeber einzureichen. Damit wird festgehalten, dass das Objekt angemessen untersucht wurde und keine Mängel festgestellt wurden.

### **2.) Pflichten des Leasinggebers**

Zentrale Pflicht des Leasinggebers ist die Überlassung des Leasinggutes an den Leasingnehmer zur freien Nutzung und zum freien Gebrauch für einen bestimmten Zeitraum. Das Rechtsverhältnis mit dem Lieferanten/Hersteller ist regelmässig ein Kauf- oder Werkvertrags. Bis auf die Pflicht zur Kaufpreiszahlung werden die Pflichten des Leasinggebers jedoch meist auf den Leasingnehmer abgewälzt.

Beim Finanzierungsleasing hat der Leasingnehmer oft nur gegenüber dem Leasinggeber einen Lieferungsanspruch, nicht gegenüber Lieferant/Hersteller. Regelmässig wird jedoch ein direktes Lieferungsrecht des Lieferanten an den Leasingnehmer vereinbart.

## **E) Leistungsstörungen**

Grundsätzlich gelten für Innominatverträge die allgemeinen Haftungsbestimmungen des OR (OR 97 ff). Es können aber auch Bestimmungen des BT oder richterliche Regeln Anwendung finden, sofern dies sachgerecht ist.

## 1.) Gefahrtragung

Die Gefahrtragung, d.h. das Risiko für den zufälligen Untergang der Sache, liegt im Mietverhältnis beim Vermieter. Bei analoger Anwendung des Mietrechts auf den Leasingvertrag würde die Gefahrtragung deshalb beim Leasinggeber liegen. In der Praxis wird dieses Risiko jedoch meist mittels AGB auf den Leasingnehmer überwält. Eine solche Risikoüberwälzung muss zulässig sein, wenn sie nicht bloss im Rahmen einer Globalübernahme akzeptiert wird.

Im Übrigen richtet sich die Regelung der Gefahrtragung beim Leasingvertrag nicht nach der kaufrechtlichen Regel OR 185. Es gelten dagegen die Bestimmungen des AT über die Unmöglichkeit (OR 97 bzw. 119). Trifft den Leasinggeber ein Verschulden am Untergang der Leasing Sache, hat der Leasingnehmer Schadensersatzanspruch nach OR 97. Besteht kein Verschulden, führt der Untergang der Sache zur Auflösung und Rückabwicklung des Vertrags gemäss OR 119.

## 2.) Verzug des Leasingnehmers

Der Leasingnehmer ist verpflichtet, den vereinbarten Leasingzins termingerecht zu entrichten. Bei verspäteter Zahlung stehen dem Leasinggeber die allgemeinen Rechte aus OR 102 ff. und 107 II zur Verfügung.

Bei der Zinszahlung handelt es sich um ein Verfalltagsgeschäft, weshalb der Leasingnehmer ohne Mahnung in Verzug fällt (OR 108 3).

## 3.) Haftung gegenüber dem Leasingnehmer

Direkter Vertragspartner des Leasingnehmers ist der Leasinggeber. Weist das Leasingobjekt Mängel auf, kann sich der Leasingnehmer grundsätzlich bloss an den Leasinggeber halten. Dies ist jedoch meist unpraktisch, da die Leasinggesellschaft oft eine reine Finanzgesellschaft ist. Diesem Umstand wird Rechnung getragen.

### a) Gewährleistungshaftung

Im Drei-Parteien-Leasingverhältnis wird die Gewährleistungspflicht des Leasinggebers regelmässig wegbedungen. Die Freizeichnung ist in den Schranken von OR 100 bzw. 101 II gültig, da das AGB-Verbot von OR 256 II a generell nicht auf Leasingverträge anwendbar ist, bloss auf Konsumentenleasingverträge. Möglich ist ferner eine Freizeichnung im Kauf- bzw. Werkvertrag, wobei bei Kaufverträgen OR 199 zu beachten ist.

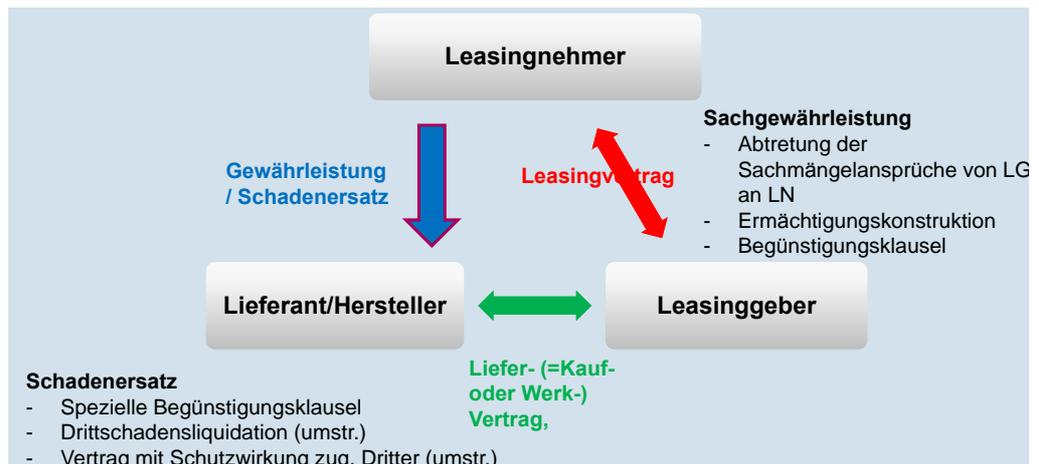
#### – Rechtsgewährleistung

Der Leasingnehmer hat dem Leasinggeber in Analogie zu OR 159f oder 192 anzuzeigen, wenn jemand ein besonderes recht am Leasingobjekt behauptet. Der Leasinggeber muss dann den Streit gegenüber dem dritten übernehmen. Beim Finanzierungsleasing wird die Rechtsgewährleistung üblicherweise auf Ansprüche der Leasinggesellschaft gegenüber dem Lieferanten/Hersteller beschränkt.

#### – Sachgewährleistung

Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit aus dem Kauf- bzw. Werkvertrag zwischen dem Lieferanten/Hersteller - Leasinggeber wird in der Praxis meist dem Leasingnehmer überbunden. Zudem muss sich der Leasingnehmer regelmässig dazu verpflichten, bei Mangelhaftigkeit des Objekts die Annahme zu verweigern und dem Leasinggeber dies sofort anzuzeigen. Ansonsten hat er den Schaden selbst zu tragen.

Da dem Leasinggeber die Nähe zum Leasinggut fehlt, wird er sich von der Sachmängelhaftung allgemein freizeichnen. Im Gegenzug wird dem Leasingnehmer die Möglichkeit eingeräumt, bei Sachmängeln direkt gegen den Lieferanten/Hersteller vorzugehen.



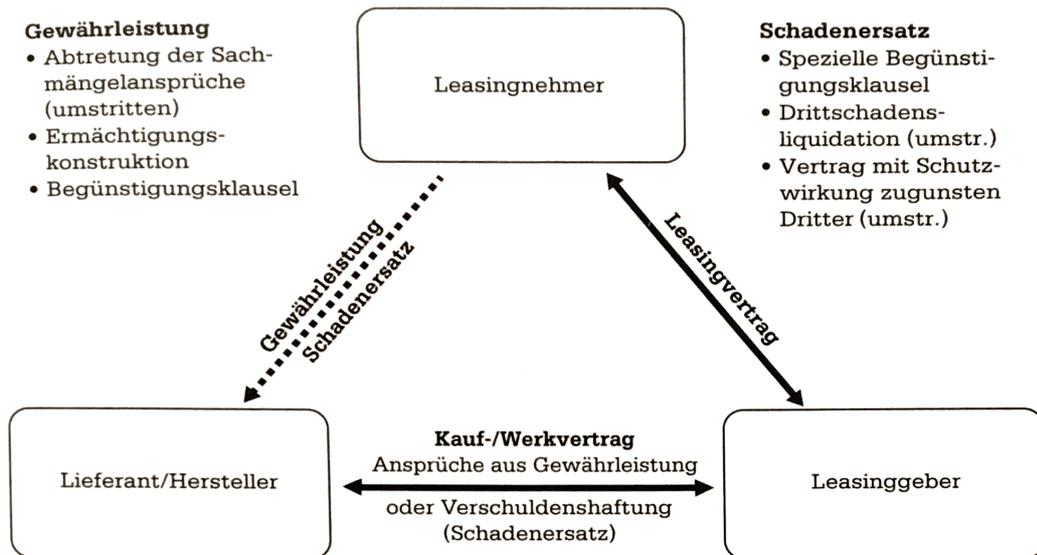
– Direktes Forderungsrecht des Leasingnehmers

Das direkte Forderungsrecht kann auf verschiedene Weisen begründet werden:

- Abtretungskonstruktion: Die Leasinggesellschaft tritt ihre kauf- oder werkvertraglichen Ansprüche gegen den Lieferanten/Hersteller an den Leasingnehmer ab. Da es sich bei den Ansprüchen auf Wandelung und Minderung um Gestaltungsrechte handelt, können diese jedoch grundsätzlich nicht abgetreten werden. Denn sie werden erst nach ihrer Ausübung zu zedierbaren Ansprüchen. Die h.L. meint jedoch, dass die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche im Bündel abgetreten werden, folglich auch das Wandelungs- und Minderungsrecht.
- Stellvertretung/Prozessvollmacht: In den AGB wird dem Leasingnehmer regelmässig eine Vollmacht zur Geltendmachung von Sachmängelansprüchen eingeräumt. Der Leasingnehmer hat damit das Recht bzw. die Pflicht, bei mangelhafter Lieferung als direkter Stellvertreter des Leasinggebers direkt gegen den Lieferanten/Hersteller vorzugehen. Der Leasingnehmer muss den aus dem Prozess resultierenden Erlös an die Leasinggesellschaft abliefern. Diese Regelung ist zulässig und kommt dem Leasingnehmer auch zugute, da bei einer Minderung die Leasingraten herabgesetzt werden müssen (analog OR 259d).
- Echter Vertrag zugunsten Dritter (OR 112 II): Durch eine besonders vereinbarte Begünstigungsklausel im Kauf- oder Werkvertrag erwirbt der Leasingnehmer die Sachmängelrechte unmittelbar und originär. Dadurch kann er die Rechte des Leasinggebers ausüben und die Leistungen vom Lieferanten/Hersteller empfangen.

**b) Betreffend Schadensersatzansprüche gegen den Lieferanten/Hersteller**

Schadensersatzansprüche des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten/Hersteller werden oft an den Leasingnehmer abgetreten oder durch eine Vollmacht an ihn delegiert. Eine Abtretung der Schadensersatzansprüche ist ohne weiteres möglich. Dabei handelt es sich vor allem um Ansprüche auf Ersatz von Mängelfolgeschäden, die beim Leasingnehmer entstehen, wenn das Leasingobjekt mangelhaft ist. Der Leasinggeber zeichnet sich jedoch standardmässig von der Haftung frei und der Schaden trifft nur beim Leasingnehmer ein. Die Person des Anspruchsberechtigten (Leasinggeber) und des Geschädigten (Leasingnehmer) fallen damit auseinander. Die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche durch den Leasingnehmer ist, vorbehaltlich einer Begünstigungsklausel, deshalb schwierig. Als Rechtsgrundlage kommt die Drittschadensliquidation oder die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Beide Theorien sind jedoch in der Schweiz nicht anerkannt.



### c) Nicht- oder verspätete Lieferung des Leasingobjekt

Das Leasingobjekt wird meist vom Leasingnehmer direkt beim Lieferanten/Hersteller bestellt und der Leasinggeber wird erst zu einem späteren Zeitpunkt im Hinblick auf die Finanzierung eingeschaltet. Das Leasingobjekt wird direkt an den Leasingnehmer geliefert. Die Haftung des Leasinggebers für verspätete Lieferung oder Nichtlieferung wird üblicherweise deshalb ausgeschlossen. Eine solche Wegbedingung ist zulässig.

Fraglich ist, ob der Leasingnehmer beim Lieferverzug gegen den Leasinggeber vorgehen kann, wenn dieser seine Haftung nicht ausgeschlossen hat. Dies ist grundsätzlich abzulehnen, da der Leasinggeber regelmässig keinen Einfluss auf den Liefervorgang hat. Trifft in jedoch ausnahmsweise ein Verschulden an der Spätleistung (bspw. durch verspätete Zahlung des Kaufpreises), kann der Leasingnehmer gegen ihn aus Verzug nach OR 102 ff. vorgehen. In der Praxis wird jedoch regelmässig eine Beweislastumkehr vereinbart, so dass der Leasingnehmer beweisen muss, dass den Leasinggeber ein Verschulden trifft.

Ist die verspätete Lieferung oder Nichtlieferung dem Lieferanten/Hersteller zuzuschreiben, besteht erneut das Problem, dass zwischen ihm und dem Leasingnehmer kein direktes Vertragsverhältnis besteht. Ein direktes Forderungsrecht kann aber auch hier begründet werden.

## 4.) Beendigung

Der Leasingvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer. In der Regel wird keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vereinbart. Die Laufzeit des Vertrags berechnet sich aus dem Leasingzins.

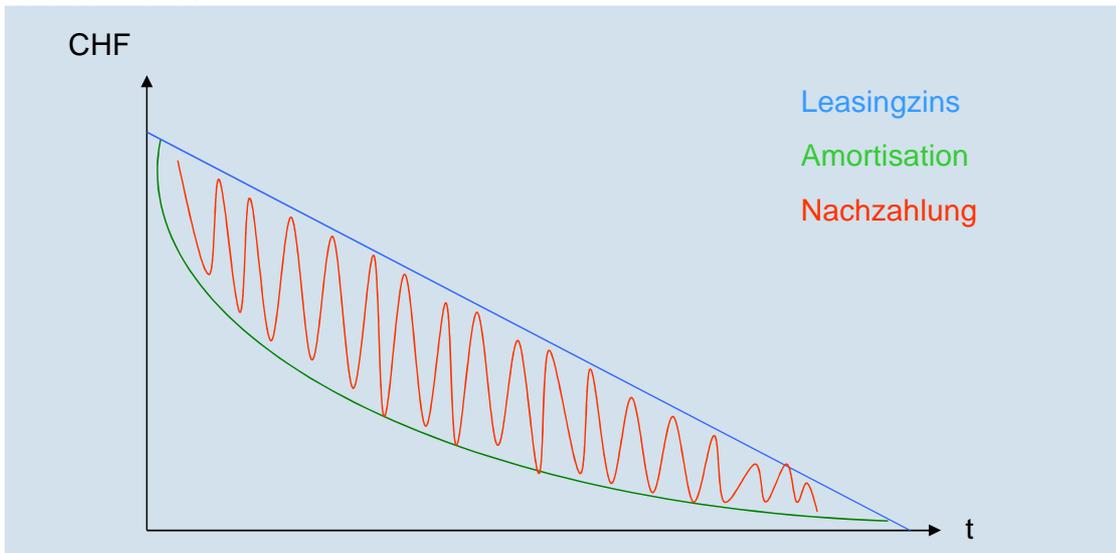
Bei ausbleibender Zahlung des Leasingzins besteht meist eine vertragliche Regelung, die den Leasinggeber zur fristlosen Kündigung berechtigt. Bei fehlender Regelung kommt OR 107 ff. zur Anwendung, wenn einzelne Raten ausbleiben. Bleiben mehrere Raten aus, könnte die mietrechtliche Regelung von OR 257d (Fristlose Kündigung nach Ausbleiben von 2 aufeinanderfolgenden Raten) analog angewendet werden. Die Zulässigkeit der Analogie ist jedoch umstritten.

Wird aufgrund eines mangelhaften Leasingobjekts der Kauf- bzw. Werkvertrag aufgehoben, fällt nach h.L. auch der Leasingvertrag dahin.

Aufgrund des Dauerschuldverhältnisses beim Leasingvertrag ist ausserdem immer eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen möglich.

Beim Konsumentenleasing ist dabei KKG 17 zu beachten, welcher eine vorzeitige Erfüllung durch den Leasingnehmer erlaubt. Für das Mobilienleasing gilt zwingend KKG 17 III. Danach kann der Leasingnehmer den Vertrag jederzeit mit einer

Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Leasingdauer auflösen. Der Leasinggeber kann in solchen Fällen keine Nachzahlungen über die Leasingraten hinaus geltend machen, die einen Leasingnehmer von der vorzeitigen Kündigung abhalten würden.



Der Leasingnehmer hat die Pflicht, bei Vertragsende den Leasinggegenstand in ordnungsgemäsem Zustand dem Leasinggeber herauszugeben.

## 5.) Anwendung des KKG

Gemäss KGG 1 II a fallen Leasingverträge über bewegliche, dem privaten Gebrauch dienende Konsumgüter, welche bei vorzeitiger Beendigung einer Erhöhung des Leasingzinses vorsehen, unter das KKG. Dieses Gesetz enthält verschiedene zwingende Bestimmungen.

Der Vertrag muss zwingend schriftlich abgeschlossen werden und das KKG schreibt zudem einen Mindestinhalt des Vertrags vor. Bei Verstoss dagegen sind Leasingverträge zugunsten des Leasingnehmers nichtig (KKG 15 i.Vm. 11).

Gemäss KKG 21 kann der Leasingnehmer alle Ansprüche (insb. auch Sachmängelhaftung) auch gegenüber dem Leasinggeber geltend machen, wenn die Voraussetzungen von KKG 21 I a-e kumulativ erfüllt sind. Danach sind Kredite an Kunden des Lieferanten nur von der Leasinggesellschaft zu gewähren und der Leasingnehmer muss den Kredit aufgrund einer solchen Abmachung erhalten haben (Exklusivitätsklausel). Ausserdem muss der Leasingnehmer einen Anspruch über 500 CHF gegenüber dem Lieferanten bereits erfolglos geltend gemacht haben und die Ware darf nicht dem Leasingvertrag entsprechen oder nicht oder nur teilweise geliefert worden sein. Damit entfallen bei Anwendung des KKG die Probleme, welche mit dem Dreieckcharakter des Leasinggeschäfts bestehen. Die Voraussetzungen von KKG 21 I a-e werden jedoch nur selten alle erfüllt, da es in der Praxis oft an einer Exklusivitätsklausel fehlt. Sind ausnahmsweise alle Voraussetzungen gegeben, ist eine Freizeichnung des Leasinggebers unzulässig.

# Innominatverträge III: Besonderer Teil (ohne Leasing)

---

## A) Alleinvertriebsvertrag (AVV)

### 1.) Begriff und Verbreitung

Der AVV ist ein Mittel der gezielten Absatzförderung. Der Lieferant räumt dem Abnehmer ein örtlich, sachlich und teilweise zeitlich exklusives Bezugsrecht für bestimmte Waren oder Produkte ein. Im Gegenzug verpflichtet sich der Abnehmer zum Vertrieb der Waren oder Produkte unter Einhaltung verschiedener Pflichten. Der AVV ist in der Schweiz nicht gesetzlich verankert, besitzt jedoch grosse wirtschaftliche Bedeutung. Er hat den Agenturvertrag weitgehend verdrängt. Der AVV wird vor allem in der Automobil-, Maschinen- und Kosmetikindustrie verwendet. Der Lieferant muss kein Kapital investieren und kann das Absatzrisiko auf den Abnehmer abwälzen. Der Abnehmer hingegen profitiert von der Bekanntheit der Produkte und verfügt über das alleinige Recht, das Produkt in einem bestimmten Gebiet zu vertreiben. Art und Anzahl der gegenseitigen Pflichten variieren stark.

Es lassen sich zwei Verkehrstypen unterscheiden:

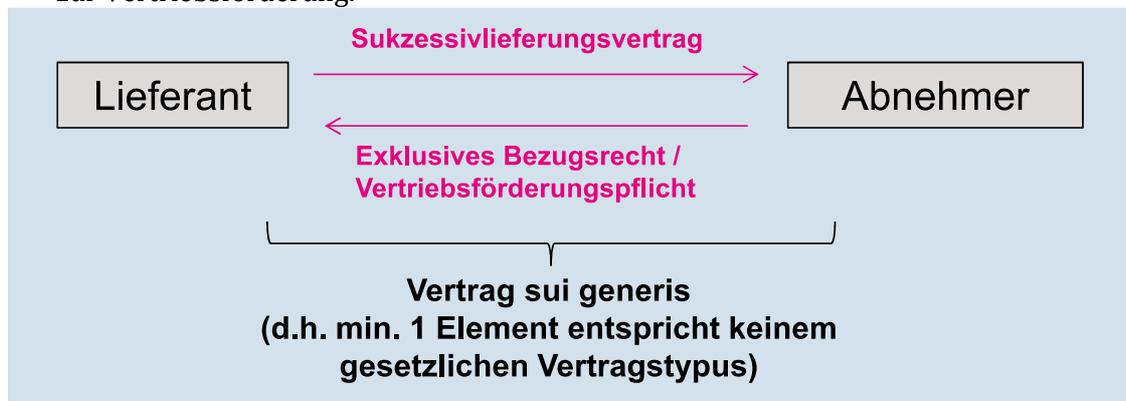
- AVV ohne Integration des Abnehmers  
Der ausschliesslichen Lieferpflicht des Lieferanten stehen Mindestbezugspflichten des Abnehmers gegenüber.
- AVV mit Integration des Abnehmers  
Der Abnehmer wird in die Absatzorganisation des Lieferanten integriert, wobei zusätzliche Vertriebsbindungsklauseln vereinbart werden.

### 2.) Rechtsnatur und Abgrenzungen

#### a) Qualifikation

Der AVV ist ein Rahmenvertrag, der aus folgenden Elementen besteht:

- Sukzessivlieferungsvertrag  
Kaufvertrag mit sukzessiver Lieferungspflicht des Lieferanten und Abnahme- und Zahlungspflicht des Abnehmers.
- Bezugsrecht des Abnehmers  
Verbunden mit exklusiven Gebietszuweisung sowie der Pflicht des Abnehmers zur Vertriebsförderung.



Damit ist ein AVV ein Vertrag sui generis, der zum einen aus dem Typenelement des Kaufs und zum anderen über eine gesetzlich nicht geregelte Vereinbarung über das exklusive Bezugsrecht, die Gebietszuweisung und die Vertriebsbindung besteht. Der AVV ist ein Dauerschuldverhältnis. Dies ergibt sich aus der sukzessiven Lieferungspflicht des Lieferanten und der Vertriebsförderungspflicht des Abnehmers.

Bei der Pflicht zur Absatzförderung handelt es sich um eine agenturvertragsrechtliche Verpflichtung. Der Agenturvertrag geht jedoch von einem Ungleichgewicht zwischen dem Auftraggeber und dem Agenten aus. Dieses Ungleichgewicht ist jedoch beim AVV untypisch. Deshalb sind die zwingenden Bestimmungen des Agenturvertragsrechts nicht ohne weiteres analog anwendbar. Das vertragliche Konkurrenzverbot gibt dem AVV einen arbeitsvertraglichen oder gesellschaftsähnlichen Charakter.

Da die Gebietsschutzabrede zulasten Dritter geht, erhält auch OR 111 Bedeutung: Die Gebietsschutzverpflichtung wirkt wie ein Garantievertrag gegenüber dem Alleinvertreter.

## **b) Abgrenzungen**

- Vom Vorvertrag  
Der AVV ist ein Dauerschuldverhältnis und deshalb kein Vorvertrag nach OR 22, der nach dem Abschluss des Hauptvertrags erlischt. Der AVV ist vielmehr ein Rahmenvertrag.
- Vom Kaufvertrag  
Kaufverträge sind auf den einmaligen Austausch von Ware und Kaufpreis gerichtet. Beim AVV besteht jedoch eine laufende Erfüllungspflicht. Deshalb handelt es sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag mit zusätzlichem Rechte- und Pflichtenkatalog.
- Vom Auftrag und Agenturvertrag  
Der Alleinvertreter handelt auf eigene Rechnung und in eigenem Namen. Dies unterscheidet ihn von Agenten und Beauftragten, die beide ein fremdes Geschäft besorgen.
- Vom Arbeitsvertrag und Handelsreisender  
Es fehlt an einem Subordinationsverhältnis, der Alleinvertreter arbeitet auf selbstständiger Basis. Er ist nicht an Weisungen des Lieferanten gebunden, die über die vertraglichen Pflichten hinausgehen.
- Vom Franchisingvertrag  
Der Franchisingnehmer ist stärker in ein Absatzförderungssystem eingebunden. Es besteht eine höhere Kooperationsintensität, ein einheitliches Marketingsystem und eine Gebührenpflicht des Franchisingnehmers. Zudem sollen alle Kooperationsbemühungen dem Vertriebssystem als Ganzes dienen.

## **3.) Inhalt**

### **a) Pflichten des Lieferanten**

- Lieferpflicht zu den vereinbarten Konditionen
- Schutz des Kundenstamms (Gebietszuweisung)  
Zuweisung eines Gebiets zur ausschliesslichen Nutzung an den Abnehmer
- Einhaltung des Konkurrenzverbots  
Unterlassung des direkten oder indirekten Absatzes auf diesem Gebiet
- Unterstützung des Abnehmers in dessen Bemühungen zur Vertriebsförderung
- Verfügungstellung von Marken, andere Kennzeichen und Ausstattungen sowie Duldung deren Nutzung

### **b) Pflichten des Abnehmers**

- Bezahlung des vereinbarten Preis
- Abnahmeverpflichtung / Bezugspflicht
- Förderung des Vertriebs des Produkts  
Dazu gehören auch die Werbung, Marktforschung, der Kunden- und Ersatzteildienst und die Lagerhaltung.

- Beachtung der Vertriebsbindung  
Durch Klauseln über Preisbindungen, Direkt- oder Querverlieferungsverbote, selektiven Vertrieb usw.
- Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Informationen

#### 4.) Leistungsstörungen

##### a) Allgemein

Die allgemeinen Regeln des OR, insb. OR 97 ff., sind auf den AVV anwendbar. Bei kaufrechtlichen Elementen muss jedoch geprüft werden, ob spezifisches Kaufrecht für die einzelnen Lieferungen allenfalls vorgeht. Denn im Bezug auf die einzelnen Lieferungen liegt ein klarer Kaufvertrag vor, nicht aber in Bezug auf den gesamten AVV, da dieser ein Dauerschuldverhältnis ist.

Bei Vernachlässigung der Vertriebsförderungspflichten handelt es sich um eine Schlechterfüllung gemäss OR 97 I. Deshalb kann der Lieferant Schadensersatz verlangen, wenn er den Schaden nachweist und sich der Abnehmer nicht exkulpieren kann.

Da der AVV ein Dauerschuldverhältnis ist, besteht im Verzugsfall kein Rücktrittsrecht nach OR 107 II mit Bezug auf den gesamten Vertrag. Das Rücktrittsrecht wandelt sich vielmehr in ein Kündigungsrecht ex nunc. Die Anwendung von OR 107 ff. ist ausnahmsweise möglich in Bezug auf einzelne Nebenpflichten. In diesem Fall wird der Rahmenvertrag nicht beendet, es sei denn, dies entspreche dem hypothetischen Parteiwillen (OR 20 II).

##### b) Kaufrechtliche Gewährleistung

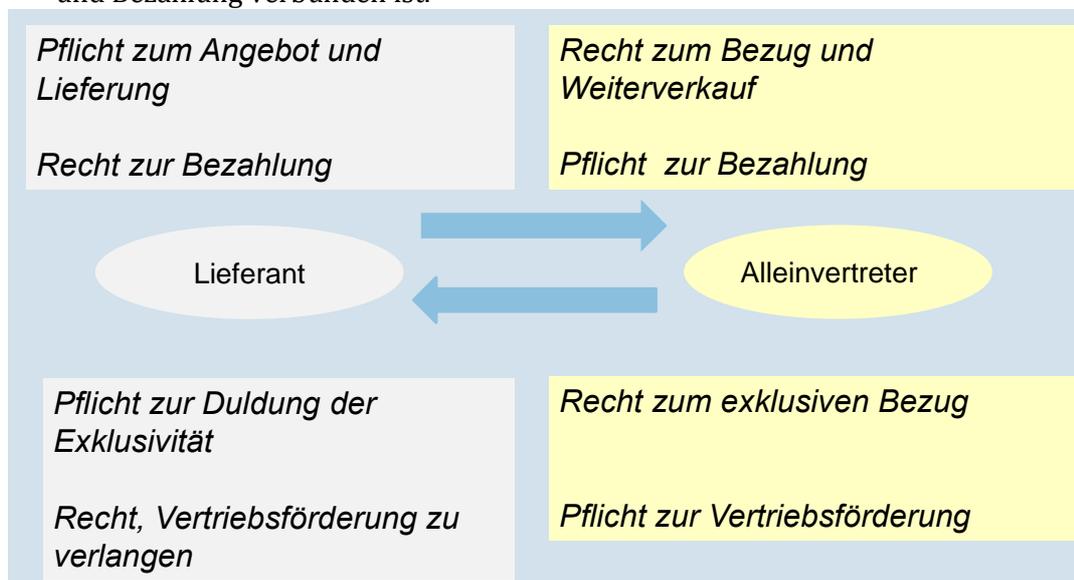
Werden Pflichten aus dem Sukzessivlieferungsvertrag verletzt, sind zudem die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln zu beachten.

Werden die Produkte aus laufender Produktion bezogen, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag, auf den die Vorschriften des Werkvertrags anwendbar sind (insb. OR 365 II).

##### c) Anwendung von OR 82 im Doppelsynallagma

Als Rahmenvertrag besteht der AVV aus zwei sich gegenüberstehenden Leistungs paaren:

- Die Exklusivitätsabrede, die mit der Vertriebsförderungspflicht verbunden ist;
- das Recht zum Verkauf der Produkte, das mit der Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung verbunden ist.



OR 82 ist nur auf synallagmatische Verträge anwendbar. Beim AVV stellt sich die Frage, ob das Leistungsverweigerungsrecht auf übers Kreuz angerufen werden kann.  
*Bsp.: Lieferant verletzt die Pflicht, den indirekten Absatz im Exklusivitätsgebiet zu unterlassen. In der nächsten Periode verweigert der Abnehmer die Kaufpreiszahlung.*

Das Bundesgericht spricht sich tendenziell gegen eine solche Möglichkeit aus. Im Falle eines intensiven Einbezugs des Abnehmers in die Verkaufsorganisation sollte OR 82 jedoch übers Kreuz angewendet werden dürfen. Das Leistungsverweigerungsrecht im Sukzessivlieferungsverhältnis kann für den Abnehmer nämlich ein wirksames Mittel bei Verletzung des Exklusivitätsrechts darstellen. Die Anwendung übers Kreuz wird deshalb von der Lehre bejaht.

## 5.) Beendigung

Wurde nichts Besonderes vereinbart und beträgt die Vertragsdauer unter einem Jahr, ist die agenturrechtliche Vorschrift von OR 418q I analog anwendbar. Ist der Vertrag jedoch für eine längere Zeit abgeschlossen, ist die sechsmonatige Kündigungsfrist des Gesellschaftsrechts (OR 546 I) herbeizuziehen, da hier die zweimonatige Kündigungsfrist des Agenturrechts zu kurz wäre.

Dauerschuldverhältnisse können zudem jederzeit aus wichtigem Grund aufgelöst werden, wenn ihre Fortsetzung unzumutbar wäre. Deshalb muss das Agenturvertragsrecht (OR 418r) nicht analog herbeigezogen werden.

Im Übrigen ist OR 405 analog anwendbar: Durch den Tod des Abnehmers wird der Vertrag aufgelöst, nicht aber ohne weiteres durch den Tod des Lieferanten. Der Konkurs führt in aller Regel zur Auflösung des Vertrags.

## 6.) Einzelfragen

### a) Kundschaftsentschädigung

Das Agenturvertragsrecht sieht in OR 418u eine spezielle Entschädigung des Agenten nach Vertragsschluss vor, wenn der Kundenkreis des Auftraggebers sich durch dessen Tätigkeit wesentlich verändert. Die analoge Anwendung dieser Regelung auf den AVV ist angemessen, wenn

- der Alleinvertreter wie ein Agent in die Organisation des Auftraggebers integriert sei,
- der Bekanntheitsgrad der Marke des Lieferanten gesteigert werde und
- davon auszugehen sei, dass sie Kunden nach Vertragsauflösung der Marke (und damit dem Lieferanten) treu bleiben.

### b) Konkurrenzverbot

Je stärker der Abnehmer in die Vertriebsorganisation des Lieferanten eingebunden ist, desto höher ist seine Treuepflicht einzustufen und desto eher ist ein vertragliches Konkurrenzverbot zu bejahen. Die Annahme eines Konkurrenzverbots während der Vertragsdauer ist jedoch umstritten.

Nach Vertragsende wird es grundsätzlich bejaht. Eine Entschädigung für ein nachvertragliches Konkurrenzverbot wird in Analogie zum Agenturvertrag (OR 418d) geregelt.

### c) Kartellrecht

Gemäss KG 5 II wird eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden vermutet und muss von den betreffenden Parteien im konkreten Fall widerlegt werden, um eine Sanktion zu vermeiden. Insbesondere Gebietsabreden sind häufig Gegenstand eines AVV.

## B) Lizenzvertrag

Der Lizenzgeber wird verpflichtet, dem Lizenznehmer die Benutzung eines Immaterialgüterrechts oder eines anderen immateriellen Gutes zu gestatten. Der Lizenznehmer schuldet dafür eine Lizenzgebühr. Vertragsgegenstand können neben gesetzlich geschützten Immaterialgüterrechten (Marke, Patent, Design, Werke der Literatur und Kunst) auch vertragliche und weitere immaterielle Rechte sein, die nicht absolut wirken (Fabrikations- oder Betriebsgeheimnisse, Know-how, usw.).



### 1.) Erscheinungsformen

Die Lizenz wird oft zur Gebrauchsüberlassung zur Verfügung gestellt, weshalb in der Regel ein Dauerschuldverhältnis vorliegt.

Es gibt Marken-, Patent- und Designlizenzverträge, Firmenlizenzverträge, Urheberrechtslizenzverträge und Lizenzverträge an Geheimverfahren. Grundsätzlich ist jedes unkörperliche und vertraglich erfassbare Gut lizenzfähig.

#### – Echte Lizenz - unechte Lizenz

Bei einer echten Lizenz ist das Immaterialgut absolut geschützt (bspw. Marke, Patent, Sortenschutzrecht, Design, Werk, Persönlichkeitsrecht). Vertragsgegenstand eines unechten Lizenzvertrags können demgegenüber auch bloss relative Rechte oder auch nur faktisch geheimes technisches oder kommerzielles Wissen (Know-how) sein. Deshalb werden unechte Lizenzverträge oft auch Know-how-Verträge genannt.

#### – Ausschliessliche Lizenz - einfache Lizenz

Bei einer ausschliesslichen (Exklusiv-)Lizenz besitzt der Lizenznehmer ein Recht zur ausschliesslichen Benutzung des lizenzierten Gutes. Es dürfen keinen weiteren Personen eine Lizenz am gleichen Gut vergeben werden und der Lizenzgeber hat sich selbst der Nutzung zu enthalten. Liegt keine Ausschliesslichkeitsabrede vor, handelt es sich um eine einfache Lizenz.

#### – Unterlizenz

Der Lizenznehmer vergibt seinerseits eine Lizenz am lizenzierten Immaterialgut. Eine solche Lizenz ist immer abhängig von der Hauptlizenz des Lizenznehmers. Im Zweifelsfall hat der Lizenznehmer tendenziell keine Berechtigung zur Vergabe einer Unterlizenz.

#### – Zwangslizenz

Der Lizenznehmer besitzt einen gesetzlichen Anspruch auf den Abschluss eines bestimmten Lizenzvertrags oder eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde bestimmt die Modalitäten der Lizenzvereinbarung. Solche Zwangslizenzen verstossen gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit und sind deshalb nur aus besonderen öffentlich-rechtlichen Gründen zugelassen.

### 2.) Rechtsnatur und Abgrenzungen

#### a) Qualifikation

Obwohl der Lizenzvertrag in verschiedenen Spezialgesetzen erwähnt wird, ist er nicht gesetzlich geregelt. Da er sehr vielfältig ausgestaltet sein kann, handelt es sich

entweder um einen Vertrag sui generis oder um einen gemischten Vertrag. Er weist folgende Elemente auf:

- Miete bzw. Pacht: Da es sich bei der Nutzung des Immaterialguts um eine Gebrauchsüberlassung handelt, enthält der Lizenzvertrag Elemente der Miete bzw. Pacht. Eine direkte Anwendung der Miet- und Pachtrechtsbestimmungen wird mehrheitlich abgelehnt, weil viele Regeln sozialpolitisch motiviert sind.
- Gesellschaftsrecht: Gesellschaftsähnliche Lizenzverträge enthalten Pflichten der Parteien zur Zusammenarbeit: Ausnützung einer Erfindung auf gemeinsame Rechnung, gegenseitige Einräumung von Lizenzen, Mitteilung von Rechtsverletzungen und deren gemeinsame Verfolgung usw. Auf solche Verträge können gesellschaftsrechtliche Verträge (OR 546) angewendet werden.
- Kaufrecht: Der typische Lizenzvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis. Ein Lizenzvertrag kann vertraglich aber auch als einmaligen Leistungsaustausch geregelt werden. Dann kommen insb. kaufrechtliche Bestimmungen zur Anwendung.

## **b) Abgrenzungen**

- Vom Mietvertrag  
Mietverträge haben stets körperliche Sachen zum Gegenstand, keine Immaterialgüterrechte oder Know-how.
- Vom Pachtvertrag  
Der Pachtvertrag setzt die Überlassung des Vertragsgegenstands voraus, welcher nach Vertragsende zurückgegeben werden muss. Das lizenzierte Schutzrecht verbleibt hingegen beim Lizenzgeber.
- Vom Kaufvertrag  
Der Kaufvertrag ist kein Dauerschuldverhältnis. Der Lizenzvertrag ist hingegen nicht auf den einmaligen Austausch von Gütern gerichtet.
- Vom Verlagsvertrag  
Der Verleger besitzt nicht nur Nutzungsrechte, sondern auch die dem Verlagsgeber zustehenden Abwehrrechte gegenüber Dritten.
- Vom Franchisingvertrag  
Der Franchisingvertrag enthält Lizenzvereinbarungen regelmässig als eines von mehreren Elementen. Der Franchisingnehmer wird berechtigt, allfällige Marken, Schutzrechte und Know-how zu verwenden. Im Vordergrund steht jedoch die Einbindung des Franchisingnehmers in ein gesamtes und einheitliches Absatzkonzept.

## **3.) Inhalt**

### **a) Gemeinsame Pflichten der Parteien**

Beide Parteien besitzen aufgrund des Dauerschuldcharakters eine Treuepflicht.

### **b) Pflichten des Lizenzgebers**

- Genussverschaffung  
Der Lizenzgeber muss dem Lizenznehmer eine Nutzungsmöglichkeit am Lizenzgegenstand verschaffen. Die Genussverschaffungspflicht wird je nach Art des Lizenzobjekts und der Vertragsgestaltung von unterschiedlichen Handlungs- und Mitteilungspflichten begleitet.
- Unterlassungspflicht  
In der Lehre wird diskutiert, ob die Hauptpflicht des Lizenzgebers bloss eine Unterlassungspflicht sei, indem er das Recht am Immaterialgut während der Vertragsdauer nicht ausüben darf. Oder aber ob die Genussverschaffung auch weitere Nebenpflichten auslöst.

- Genusserhaltung  
Bei absoluten Immaterialgüterrechten muss der gesetzliche Schutz aufrechterhalten werden, bspw. durch Bezahlen allfälliger Gebühren. Handelt es sich um Know-how, hat der Lizenzgeber für dessen Sicherheit gegenüber Unberechtigten zu sorgen.
- Information  
Ein Informationsaustausch über neue Erkenntnisse und Erfahrungen muss ausdrücklich vereinbart werden, ansonsten besteht diese Pflicht nicht.
- Vertragliche Zusatzelemente  
Es können zusätzliche Pflichten vereinbart werden, wie bspw. die finanzielle Beteiligung des Lizenzgebers am Unternehmen des Lizenznehmers, ein Kontroll- und Weisungsrecht oder die gleichzeitige Einräumung von mehreren Lizenzen. Je enger der gegenseitige Informationsaustausch und die Kontrolle, desto eher handelt es sich um einen Franchising- oder Gesellschaftsvertrag.

### c) Pflichten des Lizenznehmers

- Lizenzgebühr  
Der Lizenznehmer hat die vereinbarte einmalige oder periodische Lizenzgebühr zu bezahlen. Die Höhe kann dabei von nicht bestimmten Elementen, bspw. dem zukünftigen Umsatzes, abhängig gemacht werden. In diesen Fällen besitzen der Lizenznehmer eine Abrechnungspflicht und der Lizenzgeber ein Kontrollrecht.
- Schutz des Immaterialgutes  
Der Lizenznehmer hat alles zu unterlassen, was den absoluten Rechtsschutz des Immaterialgutes beeinträchtigen könnte.
- Benutzungspflicht  
Die überwiegende Lehre bejaht eine Benutzungspflicht, wenn es sich um einen exklusiven Lizenzvertrag handelt.

## 4.) Leistungsstörungen

### a) Allgemein

Die allgemeinen Regeln des OR sind anzuwenden. Zudem gelten die für Dauerschuldverhältnisse entwickelten Rechtsgrundsätze.

### b) Nichtigkeit

Besteht das zugrunde liegende Schutzrecht nicht oder ist ein als geheim ausgegebenes Know-how bereits allgemein zugänglich, ist die Leistung des Lizenzgebers anfänglich objektiv unmöglich. Dies führt nach herrschender Lehre zur Nichtigkeit des Lizenzvertrags nach OR 20.

Der Lizenzgeber wird aus *culpa in contrahendo* oder wegen absichtlicher Täuschung schadensersatzpflichtig, wenn er die Nichtigkeitsgründe kannte oder hätte kennen müssen.

### c) Gewährleistung

Sichert der Lizenzgeber dem Lizenznehmer die Existenz eines Schutzrechts oder eine spezifische Qualität des Immaterialgutes zu, haftet er ihm dafür nach OR 97 ff. bzw. nach den einschlägigen miet-, pacht- oder kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln.

## 5.) Beendigung

Ein Lizenzvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauern, mit Ausübung eines Kündigungsrechts oder durch Aufhebungsvertrag (OR 115).

Grundsätzlich wird der Vertrag aufgelöst, wenn der absolute Schutz des Immaterialgutes abläuft oder aus einem anderen Grund endet. Bei Know-how endet der Vertrag mit dessen Wegfall. Bei gemischten Lizenzverträgen ist der spätere Ablauftermin

massgebend. Der Wegfall eines Lizenzobjektes muss jedoch zu einer Reduktion der Lizenzgebühr führen.

Der Lizenzvertrag kann aus wichtigen Gründen ex nunc gekündigt werden. Die Weiterführung des Lizenzvertrags muss unzumutbar erscheinen. Stirbt eine Partei, wird der Vertrag nur aufgelöst, wenn deren Persönlichkeit für den Vertragsschluss kausal war.

## 6.) Einzelfragen

### a) Rechtsnatur der Lizenz

Der vereinbarten Lizenz kommt obligatorische Wirkung zu (keine absolute). Die Eintragung in einem Register zugunsten des Lizenznehmers verleiht dem Lizenzvertrag jedoch auch Wirkungen gegenüber Dritten, soweit das betreffende Registerrecht eine solche vorsieht (bspw. PatV 105 III).

### b) Sachlegitimation bei Patentverletzungen

Aufgrund der obligatorischen Wirkung des Lizenzvertrages, kann der Lizenznehmer grundsätzlich nicht selber gegen Dritte vorgehen, die das Patentrecht verletzen. Ihm fehlt es an der Aktivlegitimation. Der Lizenzgeber kann den Lizenznehmer jedoch zur Prozessführung ermächtigen.

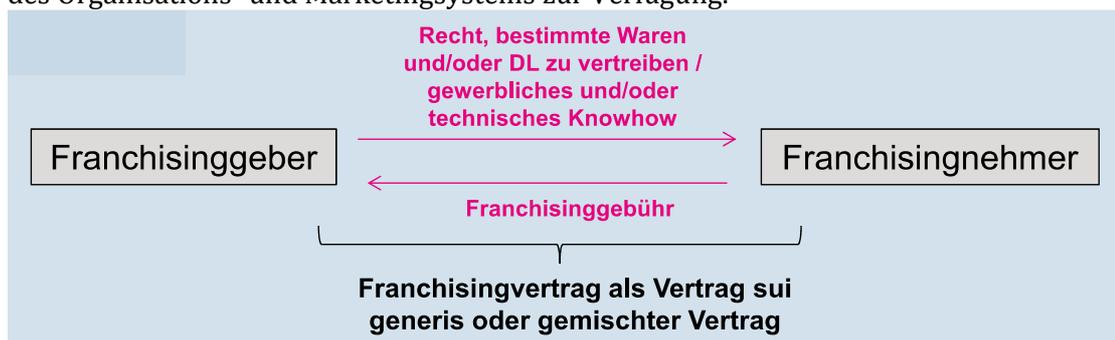
### c) Kartellrecht

Lizenzvertragliche Abreden dürfen den Wettbewerb weder ungerechtfertigt beeinträchtigen noch ganz beseitigen (KG 5 I). Eine Ausnahme der kartellrechtlichen Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn die Lizenz geeignet ist, technisches oder berufliches Wissen zu fördern (KG 5 II a).

## C) Franchisingvertrag

### 1.) Begriff und Funktion

Der Franchisinggeber räumt dem Franchisingnehmer gegen Entgelt das Recht ein, bestimmte Waren oder Dienstleistungen zu vertreiben. Dazu gehört auch die Nutzung von Image, Kennzeichen, Ausstattung, Symbolen oder sonstigen Schutzrechten. Der Franchisinggeber stellt zudem sein gewerbliches oder technisches Know-how bezüglich des Organisations- und Marketingsystems zur Verfügung.



Das Franchising stammt aus den USA und hat auch in Europa grosse Verbreitung erlangt. Ein Produkt mit überregionaler Marktgeltung kann so nach einem einheitlichen Marketingkonzept vertrieben werden. Der Franchisinggeber kann sein eigenes Absatzkonzept verwirklichen, ohne das unmittelbare Vertriebsrisiko zu tragen. Der Franchisingnehmer kann seine rechtliche Selbstständigkeit begründen und von einem bereits entwickelten Vertriebskonzept profitieren.

## 2.) Erscheinungsformen

- Produkte- und Betriebsfranchising  
Beim Produkteleasing wird eine bestimmte Ware mit einer bekannte Marke (bspw. Coca-Cola) vertrieben. Beim Betriebsfranchising hingegen wird ein ganzer Bündel von standardisierten Dienstleistungen, geschützten Rechten, Know-how und allenfalls auch Waren zur Verfügung gestellt (bspw. Hilton, McDonald's).
- Partnerschafts- und Subordinationsfranchising  
Stehen die Parteien in einem partnerschaftlichen Verhältnis, spricht man vom Partnerschaftsfranchising. Ein Subordinationsfranchising liegt hingegen vor, wenn der Franchisingnehmer zwar rechtlich ein selbstständiger Unternehmer ist, wirtschaftlich und persönlich aber stark vom Franchisinggeber abhängig ist.

## 3.) Rechtsnatur und Abgrenzungen

### a) Qualifikation

Der Franchisingvertrag ist ein typischer Vertrag sui generis. Er setzt sich zusammen aus Elementen:

- des Kaufs
- des Auftrags
- der Miete bzw. Pacht
- der einfachen Gesellschaft (beim Partnerschaftsfranchising)
- des Agentur- und Lizenzvertrags
- des Arbeitsvertrag (beim Subordinationsfranchising)

Im Vordergrund steht jedoch die Absatzförderungspflicht des Franchisingnehmers, ergänzt durch das Dienst- und Arbeitsleistungselement und das Gebrauchsüberlassungselement.

### b) Abgrenzungen

- Zum Auftrag  
Der Franchisingvertrag geht weiter als ein blosser Auftrag und stellt ein Dauerschuldverhältnis dar.
- Zum Werkvertrag  
Die Absatzförderungspflicht setzt ein blosses Tätigwerden voraus und ist nicht primär auf einen bestimmten Erfolg ausgerichtet.
- Zum Einzelarbeitsvertrag  
Beim Partnerschaftsfranchising ist der Franchisingnehmer persönlich, organisatorisch und wirtschaftlich unabhängig. Beim Subordinationsfranchising kann sich jedoch eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutznormen aufdrängen.
- Zur Agentur  
Der Franchisingnehmer handelt in eigenem Namen, der Agent in fremden.
- Zum AVV  
Der Franchisingnehmer ist stärker in das Absatzkonzept des Franchisinggebers eingebunden, da der Franchisinggeber weitergehende Leistungspflichten und Kontroll- und Weisungsrechte hat.
- Zur Einfachen Gesellschaft  
Nur beim Partnerschaftsfranchising besteht eine Interessengemeinschaft. Beim Subordinationsfranchising besteht die einzige gemeinsame Absicht darin, Gewinn zu erwirtschaften, was noch nicht für ein Gesellschaftsverhältnis ausreicht.
- Zum Lizenzvertrag  
Der Lizenzvertrag ist oft Bestandteil eines weiter gehenden Franchisingvertrags.

#### 4.) Inhalt

Auch durch ihren Umfang vermögen Franchisingverträge das Verhältnis der Parteien nur in den Grundzügen zu ordnen. Es besteht eine Vielfalt an Ausgestaltungsmöglichkeiten.

##### a) Pflichten des Franchisinggebers

###### – Lizenzähnliche Pflichten

Der Franchisinggeber ist regelmässig verpflichtet, dem Franchisingnehmer die Nutzungsbefugnis an absolut und objektiv geschützten Immaterialgütern einzuräumen. Dazu gehört meist die Pflicht zur Genusserhaltung und Verteidigung dieser Schutzrechte. Für das entwickelte System- oder Marketingkonzept hat der Franchisinggeber Gewähr zu leisten und muss es weiterentwickeln.

###### – Auftragsähnliche Pflichten

Der Franchisinggeber hat durch Weisungen und Dienstleistungen für die einheitliche Vertretung und Durchsetzung des Konzepts zu sorgen. Dies geschieht mittels Beratung sowie Schulung und Ausbildung. Zusätzlich sind die notwendigen Kontrollen vorzunehmen, um die systemgetreue Ausführung des Konzepts sicherzustellen. Verschiedene Franchisingnehmer desselben Systems hat er gleich zu behandeln.

###### – Weitere Pflichten

Es besteht eine Gewährleistung des Gebietsschutzes für den Fall, dass ein Territorium bezeichnet wurde, für das der Franchisingnehmer die Exklusivität besitzt. Die Exklusivitätszusage kommt einem Garantieverprechen gemäss OR 111 gleich.

##### b) Pflichten des Franchisingnehmers

###### – Lizenzähnliche Pflichten

Der Franchisingnehmer hat eine Gebühr für die Leistungen des Franchisinggebers zu bezahlen. Die Franchisinggebühr besteht regelmässig aus:

- Eintrittsgebühr, mit welcher die Vorleistungen des Franchisinggebers abgegolten werden, und
- laufende regelmässige Gebühren, mit denen die Einräumung der Rechte und die Erbringung der Dienstleistungen entschädigt werden sollen. Sie berechnen sich aus einem Prozentsatz des Umsatzes.

Für die Berechnung der Franchisinggebühr ist der Franchisingnehmer zur Abrechnung verpflichtet. Zudem ist der Franchisingnehmer regelmässig zur Benutzung der überlassenen Schutzrechte verpflichtet. Zur Verfügung gestelltes Know-how hat er zudem geheim zu halten.

###### – Auftragsähnliche Pflichten

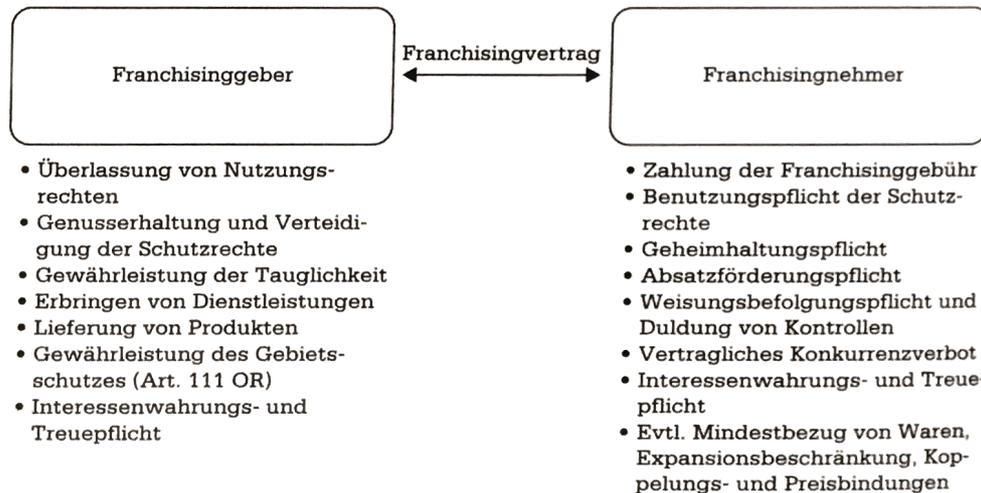
Es besteht eine Pflicht zur Absatzförderung. Die Waren und Dienstleistungen sind in eigenem Namen und auf eigene Rechnung anzubieten. Dabei muss der regionale Markt erschlossen und bewahrt werden. Dabei ist der Franchisingnehmer an Weisungen des Franchisinggebers gebunden und hat Kontrollen zu dulden. Aus der Interessenwahrungs- und Treuepflicht lassen sich folgende Pflichten ableiten:

- Vertragliches Konkurrenzverbot
- Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen
- Pflicht zur sorgfältigen Behandlung anvertrauter Sachen
- Auskunft- und Informationspflicht

###### – Weitere Pflichten

Der Franchisingnehmer kann zudem zum Bezug einer bestimmten Menge von Produkten verpflichtet werden. Durch Kunden- oder Gebietsbindungen kann eine Beschränkung des Abnehmerkreises vereinbart werden. Durch

Expansionsbeschränkung kann dem Franchisingnehmer bspw. verboten werden, ohne Bewilligung sein Geschäft zu vergrössern oder verkleinern, zu verlegen oder weitere Filialen zu eröffnen. Zulässig sind auch Koppelungsbindungen, mit denen der Franchisingnehmer zum Bezug weiterer Leistungen verpflichtet wird. Kartellrechtlich heikel, aber nicht ausgeschlossen, sind Preisempfehlungen oder sogar eine Preisbindung.



## 5.) Leistungsstörungen

Grundsätzlich sind die allgemeinen Bestimmungen des OR anwendbar, sofern sich nicht eine analoge Anwendung von sachgerechtem Typenrecht aufdrängt.

Beim Schuldnerverzug ist zu beachten, dass die Leistungen in einem Synallagma stehen, weshalb dem Verzugsgläubiger die Wahlrechte nach OR 107 ff. zustehen. Wegen der Ausgestaltung als Dauerverhältnis ist eine Vertragsauflösung ex tunc jedoch ausgeschlossen. Der Rücktritt wird zur Kündigung mit Wirkung ex nunc.

Bei einer unverschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung einer Partei ist OR 119 I und II anwendbar. Mit dem Unmöglichwerden einer Leistung erlischt auch die Gegenleistung, es sei denn, es wurde eine abweichende Risikoverteilung vereinbart (OR 119 III). Eine blosser Teilunmöglichkeit oder bloss vorübergehende Unmöglichkeit kann aus wichtigem Grund zur Vertragsauflösung führen. Dieser Grundsatz gilt auch für die verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit und eine positive Vertragsverletzung. Ob OR 97 I ein Rücktrittsrecht gestatten, ist umstritten. Die Möglichkeit auf Vertragsbeendigung ergibt sich jedoch meist aus der Verletzung des Treueverhältnisses. Auch wenn der Vertrag nicht aufgelöst wird, kann der Gläubiger nach OR 97 I Schadensersatz verlangen.

## 6.) Beendigung

### a) Nachvertragliche Pflichten

Es bestehen gewisse Rückgabe- und Rücknahmepflichten. Der Franchisingnehmer muss grundsätzlich Gegenstände, die ihm zum Gebrauch überlassen wurden, dem Franchisinggeber zurückgeben. Immaterialgüterrechte und Know-how, darf er ab Vertragsbeendigung nicht mehr weiter benutzen.

Während des Franchisingvertrags erwirbt der Franchisingnehmer oft Vertragsware und Ersatzteile, wobei deren Eigentum auf ihn übergehen. Bei Vertragsbeendigung liegt die Rückgabe dieser Produkte grundsätzlich im gegenseitigen Interesse. Damit wird die Ausschliesslichkeit des Konzepts geschützt und dem Franchisingnehmer verbleiben keine Waren, die er nicht mehr verwenden darf. Der Franchisingnehmer hat wohl aber kein Rückgaberecht, wenn er die Vertragsbeendigung verschuldet hat. Hingegen wird er für eine verschuldete Leistungsstörung schadensersatzpflichtig gemäss OR 97 I.

## **b) Ordentliche Beendigung**

Üblicherweise werden Franchisingverträge für eine bestimmte Mindestdauer abgeschlossen. Während diesem Zeitraum ist eine ordentliche Kündigung unmöglich. Durch eine Verlängerungsklausel wird regelmässig eine Verlängerung des Vertrags nach Ablauf der Mindestdauer vorgesehen.

Wurde kein ordentliches Kündigungsrecht vereinbart, ist die Anwendung von OR 404 meist unpassend. Die agenturvertragsrechtliche Kündigungsfrist in OR 418q ist meist unverhältnismässig kurz. Deshalb wird die sechsmonatige Kündigungsfrist des gesellschaftsrechtlichen OR 546 I analog angewendet.

Der Franchisingnehmer tätigt oft grössere Investitionen, um sich eine eigene Existenz nach Vorgaben des Franchisingkonzepts aufzubauen. Für die Amortisation dieser Investitionen ist eine Mindestlaufzeit des Vertrags notwendig. In Analogie zum Arbeitsrecht (OR 336a) wird eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung durch den Franchisinggeber zugesprochen.

## **c) Ausserordentliche Beendigung**

Beim Franchisingvertrag stehen oft die persönlichen Fähigkeiten der Parteien im Vordergrund. Veränderte Umstände, welche die Person betreffen, können deshalb zur Vertragsauflösung führen. Massgeblich sind Umstände wie Tod, Handlungsunfähigkeit, Zahlungsunfähigkeit, Konkurs und Pfändung. Eine Ausnahme gilt für den Konkurs des Franchisinggebers. Hier soll es der Konkursverwaltung erlaubt sein, gemäss SchKG 211 in den Franchisingvertrag einzutreten.

Das Dauerschuldverhältnis kann jederzeit aus wichtigem Grund gekündigt werden. Neben subjektiven können auch objektive Gründe zur Unzumutbarkeit führen.

Üblicherweise enthalten Franchisingverträge eine beispielhafte Aufzählung von Kündigungsgründen. Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ist jedoch stets zwingender Natur und kann nicht vertraglich beschränkt werden.

## **7.) Einzelfragen**

### **a) Kundschaftsentschädigung**

Die analoge Anwendung von OR 418u ist umstritten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bestehen, wenn

- der Franchisingnehmer eng in die Vertriebsorganisation des Franchisinggebers eingebunden ist; (vor allem beim Subordinationsfranchising)
- der vom Franchisingnehmer akquirierte Kundenstamm nach Beendigung dem Produkt oder der Marke treu bleibt.

### **b) Nachvertragliches Konkurrenzverbot**

Üblicherweise wird ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart, was in den Schranken von OR 19/20 sowie ZGB 27 zulässig ist. Im Einzelfall kann ein Anspruch auf Karenzentschädigung analog zu OR 418d II gerechtfertigt sein.

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot kann unterschiedlich ausgestaltet werden. Dem Franchisingnehmer kann die Tätigkeit in derselben Branche für eine gewisse Zeit verboten werden oder aber nur die Bedienung desselben Kundenstamms mit eigenen Produkten und Dienstleistungen. Im zweiten Fall ist eine Kumulation von Kundschafts- und Karenzentschädigung ausgeschlossen.

### **c) Investitionersatzanspruch des Franchisingnehmers**

Der Franchisingnehmer besitzt bei Vertragsbeendigung einen Ersatzanspruch für von ihm getätigte Investitionen, die im Zeitpunkt der Vertragsauflösung noch nicht amortisiert sind. (jedoch umstritten)

Entscheidendes Kriterium ist dabei vor allem die Schutzbedürftigkeit des Franchisingnehmers. Vor allem beim Subordinationsfranchising sollte deshalb ein Investitionersatzanspruch bejaht werden.

## d) Kartellrecht

Kartellrechtliche Schranken werden vor allem bei Exklusivitätspflichten relevant. Ein Franchisingvertrag kann Gebietsabreden und Preisbindungen enthalten, die nach KG 5 IV eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermuten lassen.

## D) Repetition: Übersicht Absatzförderungsverträge

	Auftrag (OR 394-406)	Agenturvertrag (OR 418a-v)	Alleinvertriebs-Vertrag	Franchising
<b>Def.</b>	Vertrag, durch den Beauftragter sich verpflichtet, die ihm vom Ag. übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss (d.h. sorgfältig) zu besorgen (OR 394 I)	Austauschvertrag, der Agenten verpflichtet, dauernd für Ag. Geschäfte zu <i>vermitteln</i> oder in dessen Namen und auf dessen Rechnung <i>abzuschliessen</i> , ohne mit ihm in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (OR 418a I)	Austauschvertrag, der -Lieferant verpflichtet, dem Alleinvertreter (AV) sukzessive Waren zu liefern und den Lieferanten, diese zu bezahlen; -den AV zu deren Bezug berechtigt; (räumlich, sachlich, zeitlich begrenzt) und ihn idR zur Vertriebsförderung verpflichtet	Austauschvertrag, der -Fg. verpflichtet, dem Fn. das Konzept zu überlassen und den Fn. zu beraten und zu unterrichten (BGE 118 II 159) -Fn. berechtigt und verpflichtet, gegen Bezahlung Waren oder DL des Ag zu vertreiben -nach dessen (einheitl. Absatz- und Werbe-) Konzept -im eig. Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko
<b>Arten</b>	Tathandlungs- / Rechtshandlungsauftrag	Abschlussagentur: subs. Kommission (OR 418b)/ Vermittlungs-agentur: subs. Mäklervertrag (OR 418b) Beso Reg. für Vers.-agentur (VVG 34)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ohne Integration AV</li> <li>• Mit Integration AV: dann ausschliessliche Lieferpflicht und idR Mindestabnahmepflicht</li> </ul>	Produktfranchising - Betriebsfranchising Subordinationsfranchising – Partnerschaftsfranchising
	Auftrag (OR 394-406)	Agenturvertrag (OR 418a-v)	Alleinvertriebs-Vertrag	Franchising
<b>(Un-) Selbständigkeit</b>	IdR selbst. Erwerb (privat-rechtlich: immer)	IdR selbst. Erwerb	IdR selbst. Erwerb	IdR selbst. Erwerb
<b>Risiko-tragung</b>	Eigenes (ausn. fremdes) Risiko	Eigenes Risiko (Vorbehalt OR 418n)	Eigenes Risiko	Eigenes Risiko
<b>Weisungs-gebundenheit</b>	(IdR beschränkte) Weisungsgebundenheit (OR 397)	Keine Weisungsgebundenheit in org. Hinsicht (aber idR stärkere wirtsch. Abhängigkeit als Beauftr.)	Keine allg. Weisungs- und Kontrollbefugnis Ag/Vk (idR)	Keine allg. Weisungs- und Kontrollbefugnis Fg. (idR)
<b>Einmal-/Dauer-vertrag Beendigung</b>	Einmalig od. dauerhaft; zwingend jederzeit widerrufbar	Dauerhaft Eigene Beendigungsvorschriften OR 404 nicht anwendbar!	Dauerhaft (Rahmenvtg) Beendigungsvorschr. analog Agentur ? Umstr., abhängig von konkreter Vereinbarung und Dauer	Dauerhaft Beendigungsvorschr. abh von Typ: Partnerschaftsf.: idR einf. Ges.; Sub.f. wie AVV Ausn. Arbeits- od. Mietvertrag

	Auftrag (OR 394-406)	Agenturvertrag (OR 418a-v)	Alleinvertriebs-Vertrag	Franchising
Besonderheiten		Schriftlichkeit für versch. Klauseln nötig (Uebernahme Delcredereprovision; Konk.verbot, Gebietszuweisung ohne Exkl., Umfang Provision, Prov. Abrechnung, Abkürzung ord. Kündigungsfrist)  Kundschaftsentschädigung (OR 418u)	Vertriebsbindungen: Achtung: Kartellrecht (Art. 5 KG, Verlautbarungen der WeKo)	Kartellrecht wie AVV
Rechtssprechung	BGE 109 II 462 ff, 466 (Abgz Innominatkontrakte) BGE 121 III 310 ff. (pers. Leistungspflicht)	BGE 122 III 66 ff.: Kundschaftsentschädigung BGE 4C.276/2006: Abgrenzung zum Handelsreisenden (Arb.-) Vtg.	Früher BGE 88 II 169 ff. = Pra 51 (1962) Nr. 127: Kundschaftsentschädigung grundsätzlich nicht auf den AVV anwendbar. Aenderung der Praxis in BGE 134 III 497	BGE 118 II 157: Leading case

## E) Sponsoringvertrag

Der Sponsor leistet finanzielle Beiträge in der Form von Sachmitteln oder Dienstleistungen an den Sponsoringnehmer und bezieht diesen in seine Kommunikationsstrategie ein. Der Sponsoringnehmer entfaltet eine bestimmte Tätigkeit und überlässt dem Sponsor die Nutzung seines Namens, seines Images oder andere Rechte für kommunikative Massnahmen. Ziel des Sponsors ist die Steigerung des eigenen Bekanntheitsgrads und eine gewisse Imagepflege und -profilierung.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Sponsoringvertrags ist gross und nimmt weiter zu. Sponsoring ist ein effizientes Werbemittel zur Durchsetzung unternehmerischer Ziele. Der Sponsor kommt zu einer mittel- oder längerfristigen Umsatzsteigerung, der Sponsoringnehmer erlangt eine willkommene Finanzquelle.

Es gibt folgende Erscheinungsarten des Sponsoringvertrags:

- Sport-Sponsoring, Kultur-Sponsoring und Sozio-Sponsoring
- Personen-Sponsoring, institutionelles Sponsoring und Projekt-Sponsoring

### 1.) Rechtsnatur und Abgrenzungen

#### a) Qualifikation

Der Sponsoringvertrag setzt sich aus verschiedenen Nominatenelementen zusammen und ist damit mindestens ein gemischter Vertrag. Bei zusätzlichen innominatvertraglichen Elementen handelt es sich um einen Vertrag sui generis.

- Auftragsähnliches Element, da der Sponsor verpflichtet ist, den Sponsoringnehmer in seine Kommunikationsstrategie einzubeziehen. Der Sponsoringnehmer hingegen muss einer bestimmten Aktivität nachkommen.
- Kauf- oder wertvertragliches Element, beim Projekt-Sponsoring, bei welchem Güter ausgetauscht oder hergestellt werden.
- Arbeitsvertragliches Element, beim Personen-Sponsoring, da hier als Sponsorleistung ein Lohn vereinbart werden kann.
- Miet- oder pachtrechtliches Element, wenn dem Sponsor die Nutzung einer Sache gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird.
- Garantievertragselement beim institutionellem Sponsoring, wenn Spieler eines Vereins zu Auftritten an speziellen Anlässen sowie zur Mitwirkung bei kommunikativen Massnahmen verpflichtet werden.

- Lizenzvertragliches Element, wenn die Nutzung von Immaterialgütern gewährt wird.

## **b) Abgrenzungen**

- Von der Schenkung  
Die Leistungen der Parteien stehen im Sponsoringvertrag in einem Synallagma. Die Schenkung ist hingegen ein einseitig verpflichtender Vertrag.
- Vom Merchandising  
Beim Sponsoring wird der Werbeeffect durch die Bekanntheit des Sponsoringnehmers oder eines Ereignisses erzielt, beim Merchandising stammt dieser Effekt von einer bestimmten Marke.
- Von Einfacher Gesellschaft  
Beim Sponsoringvertrag fehlt ein Wille zur gemeinsamen Zweckverfolgung, die Leistungen stehen in einem Austauschverhältnis.

## **2.) Inhalt**

### **a) Pflichten des Sponsoringnehmers**

- Personen-Sponsoring  
Der Sponsoringnehmer geht hier einer personenbezogenen Aktivität nach (bspw. Sport oder Kunst). Er überlässt dem Sponsor Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüter und duldet deren Nutzung bspw. in der Werbung des Sponsors. Üblicherweise ist der Sponsoringnehmer an der Teilnahme vom publizitätsfördernden Massnahmen verpflichtet. Er trägt zudem zur visuellen Verbreitung der Werbebotschaft bei, vor allem, indem er die Ausrüstungs- und Bekleidungsgegenstände des Sponsors öffentlich gebraucht. Es können Verpflichtungen vereinbart werden, nicht für einen Konkurrenten tätig zu werden oder Exklusivitäts- und Prioritätsabreden zugunsten des Hauptsponsors.
- Institutionelles Sponsoring  
Diese Sponsoringnehmer haben grundsätzlich dieselben Pflichten wie natürliche Personen. Zusätzlich müssen sie ihre Kommunikationsmittel für die Publizitätsförderung zur Verfügung stellen.
- Projekt-Sponsoring  
Hier kommen Vereinbarungen über die Durchführung projektbezogener Anlässe und die Übernahme publizitätsfördernder Massnahmen durch den Sponsor hinzu.

### **b) Pflichten des Sponsors**

Der Sponsor erbringt hauptsächlich Geld- oder Sach- bzw. Dienstleistungen. Dabei kann es sich um eine einmalige Zuwendung handeln oder um Teilleistungen während der Vertragsdauer. Oft sichert der Sponsor zudem den Einbezug des Sponsoringnehmers in die eigene kommunikativen Aktivitäten zu.

## **3.) Leistungsstörungen**

Grundsätzlich finden die allgemeinen Bestimmungen des OR Anwendung. Die Leistung des Sponsors erfolgt einmalig oder in Teilleistungen. Üblicherweise vereinbaren die Parteien den Zeitpunkt der Erfüllung im Voraus, ansonsten sind OR 75 ff. anzuwenden. Wurde ein bestimmter Termin vereinbart, gerät er mit Ablauf dieses Termins in Verzug (OR 102 II) und der Sponsoringnehmer kann ohne Nachfrist vom Vertrag zurücktreten (OR 108 3). Die Anwendung von OR 107 ist nur bei rückständigen Teillieferungen sachgerecht, ein Rücktritt vom gesamten Vertrag ist daher nicht möglich. Ist das Festhalten am Vertrag unzumutbar, kann ein Rücktritt nach OR 107/109 jedoch zulässig sein. Handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis kommt eine Kündigung aus wichtigem Grund in Frage.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach OR 82 ist nur beschränkt zulässig. Sie kommt einzig bei Leistungen infrage, die einen funktionellen Zusammenhang mit der fälligen Sponsorleistung aufweisen.

Werden mangelhafte Sachleistungen erbracht, findet das Gewährleistungsrecht des Kauf- oder Werkvertrags Anwendung. Meist entspricht eine Nachlieferung mängelfreier Ware am besten den Interessen der Parteien. Ein Nachlieferungsrecht setzt jedoch eine vertragliche Regelung voraus. Bei fehlerhaft erbrachten Dienstleistungen haftet der Sponsor analog zu OR 398 II nur bei Verschulden.

Die Einwilligung des Sponsoringnehmers zur Nutzung seiner Persönlichkeitsrechte ist jederzeit widerrufbar (ZGB 27). Ein Eingriff in die Persönlichkeit muss jedoch von gewisser Intensität sein, um eine Persönlichkeitsverletzung darzustellen. Erfolgt der Widerruf der Einwilligung zur Unzeit, steht dem Sponsor analog zu OR 404 II ein Schadensersatzanspruch zu. Im Übrigen haftet der Sponsoringnehmer nach OR 97 ff.

#### **4.) Beendigung**

Es handelt sich regelmässig um ein Dauerschuldverhältnis, das nach Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer erlischt. Beide Parteien können jedoch auch aus wichtigem Grund kündigen.

### **F) Weitere Innominatverträge**

#### **1.) Factoringvertrag**

Der Factoringnehmer (Klient) ist berechtigt, das Risiko der Zahlungsunfähigkeit und die administrativen Umtriebe von Debitoren auf den sog. Faktor (spezialisiertes Finanzunternehmen) zu übertragen. Gegen eine Factoringgebühr übernimmt der Faktor folgende Verpflichtungen:

- Führung der Debitorenbuchhaltung, Fakturierung, Führung des Mahnwesens und des Inkassos;
- Finanzierung offener Buchforderungen (Bevorschussung);
- evtl. Übernahme des Delcredereisikos (OR 171 II).

Kern des Factoringvertrags ist die Zession der Debitorenforderungen an den Faktor. Der Klient zediert sämtliche bestehenden und zukünftigen Forderungen (/Globalzession) gegen Entgelt an den Faktor. Dieser übernimmt als neuer Gläubiger das Inkasso der Forderungen und oft auch das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Schuldner. Die Forderungen sind in Bezug auf den Rechtsgrund und die Höhe bestimmbar. Für die Zession bedarf es Schriftlichkeit (OR 165 I).

Als echtes Factoring werden Vereinbarungen bezeichnet, bei denen das Delcredereisiko vom Faktor übernommen wird. Beim unechten Factoring fehlt eine entsprechende Delcrederevereinbarung.

#### **2.) Trödelvertrag**

Der Vertrödler übergibt dem Trödler eine Sache zum Zweck der Weiterveräußerung an Dritte. Der Trödler verkauft die Sache in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Der Trödler besitzt das Wahlrecht, dem Vertrödler den vereinbarten Schätzungspreis oder bei Nichtverkauf die Sache zurückzugeben.

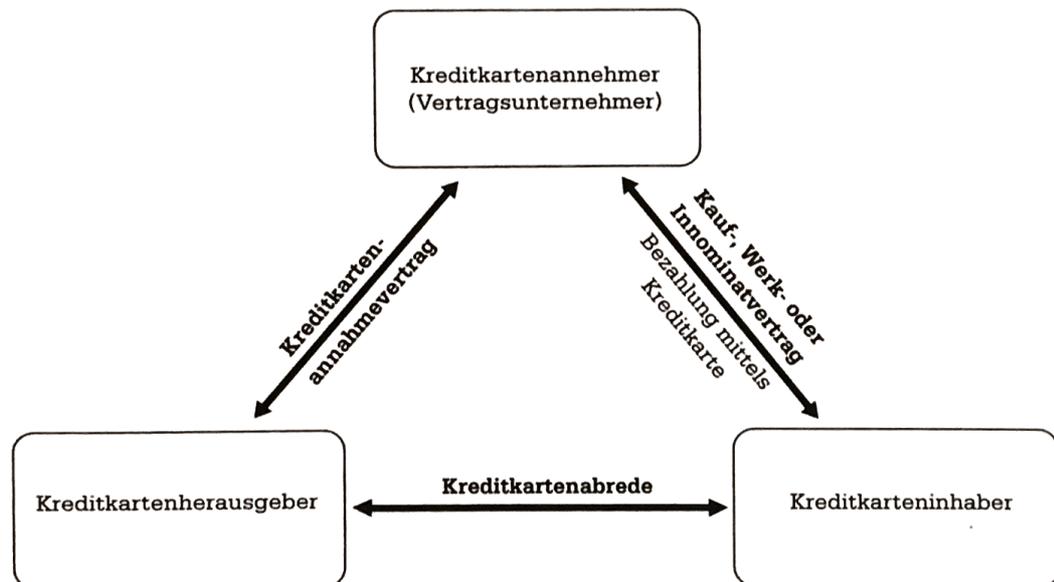
Der Vertrödler ist verpflichtet, den Besitz zu übergeben und das Eigentum am Trödlergegenstand dem Trödler zu verschaffen.

Der Trödler überträgt das Risiko der Unverkäuflichkeit auf den Vertrödler und muss keine finanziellen Mittel für den Eigenerwerb aufbringen. Der Vertrödler ist interessiert, die Absatztätigkeit an einen Dritten auszulagern.

Früher diente der Trödelvertrag vor allem für den Verkauf von Unikaten und stellte daher einen Nischenvertrag dar. Heute hat er jedoch zunehmende Bedeutung, da er als Absatzförderungsinstrument für industriell gefertigte Massenprodukte verwendet wird.

### 3.) Kreditkartengeschäft

- Einfaches Kreditkartengeschäft  
Durch die Ausgabe einer Kreditkarte wird der Karteninhaber vom Kreditkartenherausgeber ermächtigt, Waren des Unternehmens auf Kredit zu beziehen (Kundenkreditkarten, bspw. Hotel-, Restaurant-, Warenhausketten). Im Gegenzug bezahlt der Kreditkarteninhaber die monatlichen Rechnungen und evtl. eine Jahresgebühr. Ihn trifft eine Sorgfaltspflicht für die Kreditkarte. Deren Verlust hat er umgehend anzuzeigen.  
Es handelt sich um ein Zwei-Parteien-Verhältnis.
- Qualifiziertes Kreditkartengeschäft  
Hier handelt es sich um ein Drei- oder sogar um ein Vier-Parteien-Verhältnis. Neben dem Kreditkarteninhaber und dem Kreditkartenherausgeber wird der jeweilige Vertragsunternehmer oder Kreditkartenannehmer in das Vertragsverhältnis einbezogen. Dieser verpflichtet sich, dem Kreditkarteninhaber bargeldlos seine Waren und Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen und dem Kreditkartenaussteller eine Provision (3-5%) zu bezahlen.



Damit bestehen 3 Vertragsverhältnisse:

- Kreditkartenabrede zwischen Kartenherausgeber und Karteninhaber  
⇒ Innominatvertrag sui generis, der einem Auftrag ähnelt
- Kreditkartenannahmevertrag zwischen Kartenherausgeber und Kartenannehmer  
⇒ Innominatvertrag sui generis, der einem Maklervertrag ähnelt
- Kreditkartenbenützungsabrede zwischen Kartenannehmer und Karteninhaber  
⇒ Nominatvertrag, bspw. Kauf- oder Werkvertrag, oder Innominatvertrag, bspw. Gastaufnahmevertrag

Qualifizierte Kreditkarten sind zum einen "travel and entertainment"-Karten, welche von Reiseunternehmen, Banken oder Kreditkartenorganisationen ausgegeben werden (bspw. American Express, Eurocard, Visa). Zum anderen kann es sich um Bankkreditkarten handeln, mit denen zusätzlich ein Konsumkredit in Anspruch genommen werden kann (bspw. Visa, Mastercard). Diese Karten erfüllen eine Kreditfunktion.

### 4.) Management-Consulting-Vertrag (Unternehmensberatungsvertrag)

Der Vertrag besteht zwischen einem Unternehmen und einer externen Fachperson und richtet sich auf die Beratung bei der Analyse und Lösung von Problemen im unternehmerischen Bereich.

Es handelt sich damit um einen Vertrag auf Arbeitsleistung, welche jedoch von einem selbstständigen Spezialisten verrichtet wird. Es handelt sich daher um ein Auftragsverhältnis mit einzelnen atypischen Elementen. Atypisches Element ist bspw. die Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens. Es handelt sich nicht um einen Werkvertrag, obwohl er werkvertragliche Elemente enthält, da eine Erfolgsgarantie fehlt. Deshalb liegt ein gemischter Vertrag vor. Inhalt des Vertrags ist eine zielgerichtete Geistesarbeit.

Es bestehen 3 Erscheinungsformen:

- Gutachtervertrag  
Der Berater führt eine Analyse durch und erstellt ein Gutachten. Dazu besorgt er sich die nötigen Informationen, interpretiert die gewonnenen Daten und stellt das Ergebnis in einem Analysebericht dar. Der Beratene ist zur Bezahlung eines Entgelts sowie zur Mitwirkung verpflichtet.
- Beratungsvertrag  
Neben der Analyse erstellt der Berater zusätzlich einen schriftlichen Problemlösungsvorschlag, welcher bei verschiedenen Lösungsvorschlägen die optimale Variante bezeichnet.
- Realisierungsvertrag  
Der Berater wird auch beim Vollzug der erarbeiteten Lösung tätig. Er legt die Arbeitsabläufe und organisatorische Massnahmen fest, führt Personalschulungen durch und übernimmt oft auch eine Organstellung oder ein anderes Exekutivmandats des beratenen Unternehmens.

Die Haftung des Beraters richtet sich nach OR 97 ff. Für eine sorgfältige Vertragsausführung haftet er gemäss OR 398 II und ist zur Geheimhaltung verpflichtet.

## 5.) Joint-Venture-Vertrag

Zwei oder mehrere Parteien verfolgen das Ziel, gemeinsam eine Gesellschaft zu gründen, ihre Stimm- und Mitwirkungsrechte in der Gesellschaft zu koordinieren und die für das gemeinsame Projekt notwendigen Durchführungsverträge abzuschliessen.

Damit ist der Joint-Venture-Vertrag ein Kooperationsmodell. Zum anderen handelt es sich aber auch um ein Finanzierungsinstrument.

Ein Joint-Venture-Vertrag wird vorwiegend als einfache Gesellschaft qualifiziert. Jedoch weist er regelmässig zusätzliche Elemente auf, weshalb es sich um einen gemischten Vertrag handelt. Beinhaltet er Innominatenelemente, handelt es sich um einen Vertrag sui generis. Der Vertrag stellt zudem einen zusammengesetzten Vertrag, eine Vertragskombination, dar. Er besteht aus folgenden 3 Leistungspaaren:

- Gründung der Trägergesellschaft: Die Parteien verpflichtet sich zur Gründung einer Trägergesellschaft. Zusammen bilden sie deren Muttergesellschaft. Sie einigen sich hinsichtlich des Gegenstandes, des Zwecks, der Kapitalstruktur sowie der statutarischen Regeln.
- Stimmbindungen: Für eine kooperative Zusammenarbeit müssen Problemlösungsregeln vereinbart werden. Dies geschieht durch Stimmbindungen und Abreden über die Willensbildung in der Trägergesellschaft.
- Pflicht zum Abschluss von Durchführungsverträgen: Durch diese Verträge wird die gemeinsame Verwirklichung des angestrebten Projekts ermöglicht. (Bsp.: Übertragung von Immaterialgüterrechten oder Know-how, Projektfinanzierung, Personalwesen).

## 6.) Vergleich

Durch einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich wird ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beigelegt. Aufgrund einer fehlenden Legaldefinition handelt es sich um einen Innominatvertrag. Ein Streit besteht, wenn die Parteien voneinander abweichende Standpunkte bezüglich ihrer tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse haben. Diese Abweichung führt zu einem unterschiedlichen Ergebnis.

Grundsätzlich können die Parteien über jedes streitige oder ungewisse Rechtsverhältnis einen Vergleich abschliessen, über das sie verfügen können. Schranken ergeben sich aber aus dem zwingenden Recht (OR 341).

Es gilt Formfreiheit. Der Vergleich kann sogar formfrei abgeschlossen werden, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis formbedürftig ist. Das Verfügungsgeschäft hat jedoch in der entsprechenden Form zu erfolgen.

Als Innominatvertrag unterliegt der Vergleich den Regeln des OR AT. Somit sind auch die Bestimmungen über den Grundlagenirrtum (OR 24 I 4) anwendbar. Der Vergleich kann jedoch nicht angefochten werden, wenn der Irrtum einen Punkt betrifft, der umstritten war und durch Vergleich beseitigt werden sollte.