



# 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.

## § 1 Einleitung

### V. BESONDERE KATEGORIEN VON VERTRÄGEN

#### 1. Die Kategorie der Dauerverträge

##### A. Begriff und Rechtsgrundlagen

Die Dauerschuld verlangt ein fortdauerndes und wiederholtes Leistungsverhalten, mit dem der Schuldner solange fortzufahren hat, bis die Schuld durch Zeitablauf oder aus einem anderen Grund als der Erfüllung untergeht.

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz bei Dauerschuldverhältnissen anerkannt ist von Lehre und Rechtsprechung die Regel, wonach die Auflösung eines Dauervertrags mit Wirkung ex tunc ausgeschlossen ist, sobald mit der charakteristischen Dauerleistung begonnen wurde, sobald also das Dauerschuldverhältnis „in Vollzug“ gesetzt worden ist. Ein Rücktritt (Wirkung ex tunc) wird in diesen Fällen durch eine Kündigung (mit Wirkung ex nunc) ersetzt. Eine Rückabwicklung des schon geleisteten soll nicht möglich sein.

##### B. Die Auflösung von Dauerverträgen

###### *Allgemeines:*

Eine Dauerschuld erlischt nicht durch Erfüllung, sondern es ist ein Auflösungsgrund vorausgesetzt.

###### *Die ordentliche Auflösung:*

Sie erfolgt entweder automatisch durch Zeitablauf (bei Verträgen auf bestimmte Dauer) oder durch eine ordentliche Kündigung (bei Verträgen auf unbestimmte Dauer). Für die Kündigung gelten gesetzliche und allenfalls vertragliche Fristen und Termine. Bei bestimmten Vertragsverhältnissen werden diese Regeln durch einen besonderen Kündigungsschutz ergänzt.

###### *Die ausserordentliche Kündigung:*

Hier müssen die Fristen und/oder Termine für die Kündigung nicht eingehalten werden. Auch die ausserordentliche Auflösung eines Dauervertrags kann auf Vereinbarung oder auf Gesetz beruhen. Fehlen vertragliche Abmachungen über eine mögliche ausserordentliche Kündigung, kommt eine solche nur bei Vorliegen bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen in Betracht. Dies können z.B. der Tod des Mieters, der Eintritt der Handlungsunfähigkeit einer Partei, die Zahlungsunfähigkeit usw. sein. In gewissen Fällen ist eine ausserordentliche Auflösung auch aus wichtigen Gründen zulässig (im Sinne einer Generalklausel). Es sind immer die speziellen Schutzvorschriften bei den einzelnen Dauerschuldverhältnissen zu beachten.

###### *Der aufgelöste Dauervertrag:*

Mit Auflösung des Dauervertrags sind die Leistungspflichten für die Zukunft erloschen. Häufig bleiben die Parteien jedoch aus dem Vertrag weiter gebunden (fortdauernde Vertragspflichten).

→ z.B. Rückgabepflichten, Pflicht zur Einhaltung des Konkurrentverbots...

### 3. Die Kategorie der Konsumentenverträge

Aus der Verfassung ergibt sich die Pflicht des Bundes, Massnahmen zum Schutz der Konsumenten zu treffen. Daraus hat sich das Konsumentenschutzrecht ergeben. Ausgereift ist dieses Rechtsgebiet indes noch lange nicht (zumal sich nicht einmal eine Definition des Begriffs „Konsument“ findet).

Damit ein Vertrag als Konsumvertrag gilt, müssen 3 VSS erfüllt sein:

- Es muss um eine Leistung des üblichen Verbrauchs gehen; die
- für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten bestimmt ist; und die
- von der Gegenpartei angeboten wird, die dies im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit tut.

In den verschiedenen Vorschriften, die dem Konsumentenschutz dienen, lassen sich gewisse Instrumente erkennen, die allesamt zwingender Natur sind:

- Bestimmungen, die sich auf die Anbahnung und den Abschluss von Konsumentenverträgen beziehen (→ z.B. vorvertragliche Informationspflichten, Formvorschriften, Mindestinhalte...)
- Bestimmungen, die den Inhalt von Konsumentenverträgen beschlagen (→ Höchstzinsvorschrift). Die Verletzung solcher Bestimmungen muss nicht zwingend zur Nichtigkeit führen, die Rechtsfolgen sind zum Teil spezialgesetzlich geregelt.
- Bestimmungen, die der Auflösung von Konsumentenverträgen gelten
- Bestimmungen, die sich mit der prozessualen Durchsetzung von Ansprüchen aus Konsumentenverträgen befassen. Sie betreffen vor allem den Gerichtsstand oder Beweiserleichterungen.

## § 3 Der Fahrniskauf

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

- Allgemeine Bestimmungen zum Kaufrecht: OR 184 – 186
- Spezifische Normen zum Fahrniskauf: OR 187 – 215
- Art. 715 – 716 ZGB
- Art. 1 ff. KKG (soweit der Kaufvertrag die Merkmale des Konsumkreditvertrags erfüllt)
- Kantonales Recht, soweit OR 186 den Kantonen Kompetenzen zur privatrechtlichen Gesetzgebung einräumt.
- Internationale Vereinbarungen...

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

Typisch für den Kaufvertrag im Allgemeinen ist die Verpflichtung zum Austausch von Ware und Geld. Damit ist der Kaufvertrag ein Verpflichtungsgeschäft, es liegt ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag vor. Zentral ist dabei die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an einer Sache. Im Unterschied zur Schenkung geschieht diese Eigentumsübertragung beim Kaufvertrag entgeltlich.

Als Fahrniskauf ist jeder Kauf zu verstehen, bei welchem es nicht um eine Liegenschaft oder ein in das GB aufgenommenes Recht geht. Auch nicht körperliche Sachen, wie Obligationen können also Gegenstand eines Fahrniskaufes sein.

#### 3. Die Entstehung des Vertrags

Erforderlich ist der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen nach Art. 1 Abs. 1 OR. Es bedarf einer Einigung bezüglich Kaufgegenstand und Entgeltlichkeit. Es muss keine gesetzliche Formvorschrift eingehalten werden.

### II. DIE PFLICHTEN DES VERKÄUFERS

#### 1. Im Allgemeinen

Nach der allg. Bestimmung in OR 184 Abs. 1 ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Der Verkäufer hat seine Verpflichtung nach Inhalt, Qualität, Ort und Zeit richtig zu erfüllen. Damit er dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache übertragen kann, muss er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses selber Eigentümer der Sache sein, ansonsten kann er das Eigentum nicht übertragen und wird haftbar.

Der Käufer kann die Realerfüllung einklagen, solange diese noch möglich ist.

#### 2. Die Erfüllung in zeitlicher Hinsicht insbesondere

Zunächst gelten für die Erfüllung einer Sachleistungspflicht die allgemeinen Regeln von Art. 75 ff. und Art. 184 Abs. 2 OR (Zug-um-Zug-Regel). Gerät der Verkäufer in Verzug, so gelten die allgemeinen Regeln von Art. 102 ff. OR. Befindet sich jedoch der Verkäufer im kaufmännischen Verkehr im Verzug, sind die besonderen Regeln von Art. 190 und 191 OR anwendbar.

- Art. 190 OR betrifft die Wahlrechte des Käufers. Wenn ein bestimmter Liefertermin vereinbart wurde und der Verkäufer in Verzug ist, wird vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung in natura verzichtet und Schadenersatz aus Nichterfüllung will. Der vereinbarte Liefertermin wird also als Fixgeschäft angesehen: Nach dessen Ablauf kann der Verkäufer ohne das Einverständnis des Käufers nicht mehr wirksam erfüllen. Möchte der Verkäufer statt Schadenersatz wegen Nichterfüllung auf die nachträgliche Erfüllung beharren, muss er dies dem Käufer nach Ablauf des Lieferungstermins unverzüglich anzeigen. Dadurch wird das Fixgeschäft zum Mahngeschäft und die allgemeinen Regeln aus Art. 107 – 109 werden anwendbar.
- Art. 191 OR betrifft den Schadenersatz. Abs. 1 wiederholt die allgemeine Regel, wonach der Verkäufer dem Käufer im Verzugsfall Schadenersatz schuldet. Abs. 2 und 3 enthalten Präzisierungen für den kaufmännischen Verkehr: Der Käufer kann als Schaden die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preis geltend machen, den er bezahlen müsste, wenn er die Ware kurzfristig bei einem Dritten einkaufen müsste, weil sich der Verkäufer in Verzug befindet. Hat die Ware einen Markt- oder Börsenpreis, kann der Käufer als Schaden die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis zur Erfüllungszeit angeben. Bei diesen beiden Regeln steht es dem Käufer frei, nach den allgemeinen Regeln von Art. 191 Abs. 1 OR vorzugehen, wenn er so einen grösseren Schaden nachweisen kann.

### III. DIE PFLICHTEN DES KÄUFERS

#### 1. Im Allgemeinen

Nach Art. 184 Abs. 1 OR ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen. Art. 211 Abs. 1 OR ergänzt, dass die Ware nicht nur bezahlt, sondern auch angenommen werden muss, wenn sie vom Verkäufer vertragsgemäss angeboten wird. Der zu bezahlende Kaufpreis richtet sich nach dem Vertragsinhalt. Ist keiner bestimmt, richtet er sich nach dem mittleren Marktpreis zur Zeit der Erfüllung.

#### 2. Die Erfüllung in zeitlicher Hinsicht insbesondere

Nach Art. 213 Abs. 1 OR wird der Kaufpreis mangels anderer Abrede mit dem Übergang der Sache in den Besitz des Käufers fällig. Das heisst jedoch nicht, dass der Verkäufer vorleistungspflichtig ist, es reicht, wenn er seine Leistung anbietet. Beim Verzug des Käufers gelangen grundsätzlich die allgemeinen Regeln (OR 103 – 106) zur Anwendung. Spezielle Regeln gelten beim Pränumerando-, dem Barkauf und dem Kreditkauf (OR 214 f.) sowie der Schadenersatzberechnung im kaufmännischen Verkehr.

### IV. DIE RECHTSGEWÄHRLEISTUNG INSBESONDERE

#### 1. Das Problem

Der Verkäufer hat nach OR 184 Abs. 1 die Pflicht, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Diese Eigentumsverschaffung wird jedoch vereitelt, wenn ein Dritter aus rechtlichen Gründen (gestützt auf ein besseres Recht an der Sache, v.a. Eigentum) dem Käufer den Kaufgegenstand ganz oder teilweise entzieht. Art. 192 ff. OR auferlegt dem Verkäufer eine besondere Garantie für solche Fälle und geben dem Käufer im Fall einer Entwehrung bestimmte Rechte. Diese Rechtsgewährleistung spielt jedoch keine Rolle, sobald der gutgläubige Erwerber in seinem Eigentumserwerb geschützt ist.

## 2. Die Voraussetzungen der Gewährspflicht des Verkäufers

- Grundvoraussetzung ist eine Entwehrung (Eviktion): ein dritter entzieht dem Käufer aus Rechtsgründen, die bereits vor dem Vertragsabschluss bestanden haben, den Kaufgegenstand. Dieser Entzug der Sache muss nach der Übergabe der Kaufsache an den Käufer geschehen. Sie kann eine vollständige oder eine teilweise sein (z.B. Belastung durch dingliches Recht, Pfandrecht...).
- Der Käufer darf die Entwehrungsgefahr zur Zeit des Vertragsabschlusses grundsätzlich nicht gekannt haben. Kannte er die Gefahr, hat der Verkäufer nur dann Gewähr zu leisten, wenn er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.
- Der Käufer darf auf seine Ansprüche nicht wirksam verzichtet haben und es darf keine gültige Vereinbarung zur Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht bestehen.
- Das Recht des Dritten und seine Vorrangigkeit vor den Rechten des Käufers müssen sicher feststehen, der Käufer muss also zur Herausgabe der Sache oder zur Duldung des Rechts des Dritten verpflichtet sein. Diese Rechtssicherheit wird meist mittels Streitverkündung und ein gerichtliches Verfahren erzielt.

## 3. Die Rechtsfolgen: Gewährleistungsansprüche des Käufers

Sind alle diese Gewährleistungsvoraussetzungen erfüllt, so stehen dem Käufer mehrere Rechte zu.

- Bei vollständiger Entwehrung ist der Kaufvertrag als aufgehoben zu betrachten. Der Käufer hat Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises inkl. Zinsen sowie Schadenersatz für alle getätigten Aufwendungen (Gerichtskosten, sonstiger Schaden). Für diesen unmittelbar verursachten Schaden haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig. Für weiteren Schaden haftet er, wenn er nicht beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.
- Bei teilweiser Entwehrung kann der Käufer nicht die Aufhebung des Vertrags, sondern nur Ersatz des Schadens verlangen, welcher ihm durch die Entwehrung entstanden ist. Ist nach den Umständen anzunehmen, dass der Käufer den Vertrag mit Voraussicht der teilweisen Entwehrung gar nicht abgeschlossen hätte, kann er die Aufhebung verlangen.

## V. DIE SACHGEWÄHRLEISTUNG INSBESONDERE

### 1. Übersicht

In den Art. 197 – 210 OR regelt das Gesetz die Gewährleistung des Verkäufers wegen Mängeln der Kaufsache. Das System der Gewährleistung beruht auf einer besonderen, grundsätzlich verschuldensunabhängigen Einstandspflicht des Verkäufers: Dem Käufer stehen aufgrund des Mangels besondere Rechte zu, namentlich die Rechte auf Wandelung, Minderung und Ersatz des Mangelfolgeschadens.

Die gesetzliche Regelung ist grundsätzlich dispositiver Natur, die Parteien können durch Vereinbarung die Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers ändern, sei es zu Gunsten oder zu Ungunsten des Käufers (häufig auf dem Weg „AGB“).

## 2. Die Voraussetzungen der Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers

### A. Mangel der Kaufsache

Zuerst muss an der Kaufsache ein Sachmangel vorliegen. Der Mangel definiert sich aus dem entsprechenden Kaufvertrag. Es handelt sich um Fälle, in denen die Beschaffenheit der effektiv gelieferten Sache zum Nachteil des Käufers von der vertraglich versprochenen Beschaffenheit abweicht. Nach Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer für die zugesicherten Eigenschaften sowie dafür, dass die Sache nicht rechtliche oder körperliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.

- es geht also einerseits um die Zusicherung von Eigenschaften des Kaufobjekts, deren Fehlen einen Mangel begründet. Eine Garantie der entsprechenden Eigenschaften ist nicht erforderlich, es genügt eine Erklärung des Verkäufers über gewisse Eigenschaften, welcher der Käufer nach Treu und Glauben vertrauen darf. Von der Zusicherung muss die blosser Anpreisung unterschieden werden. Hier muss der Käufer nach Treu und Glauben selber erkennen, dass es sich bloss um reklamehafte Beschreibungen des Kaufgegenstandes handelt.
- Gewisse Eigenschaften der Kaufsache können vom Käufer auch erwartet werden, wenn der Verkäufer sie nicht ausdrücklich zusichert. Auch hier müssen die entsprechenden Eigenschaften vom Käufer nach Treu und Glauben vorausgesetzt werden dürfen.

Folgende Arten von Sachmängeln lassen sich auseinanderhalten:

- Körperliche Mängel: Die Kaufsache funktioniert nicht, ist schadhafte...
- Rechtliche Mängel: Die Kaufsache kann vom Käufer aus Gründen der Rechtsordnung nicht so gebraucht werden, wie er es aufgrund des Vertrags erwarten durfte. Z.B. Ein Grundstück wird als Bauland verkauft, obwohl es mit einem Bauverbot belegt ist. Diese Kategorie von Mängeln ist zu unterscheiden von der Rechtsgewährleistung, bei welcher ein Dritter eine privatrechtlich stärkere Stellung hat und dem Käufer die Kaufsache entwehrt.

Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist der Gefahrübergang. Der Verkäufer haftet für Mängel, die vor oder bei dem Gefahrübergang vorhanden sind, allerdings mit Einschluss jener Mängel, die in diesem Zeitpunkt bereits im Keime angelegt sind und erst später zu Tage treten. Für später entstandene Schäden haftet der Verkäufer grundsätzlich nicht, es sei denn, er habe sich gegenüber dem Käufer dazu verpflichtet oder er habe die nachträgliche Verschlechterung schuldhaft zu vertreten. Die Haftung des Verkäufers ist schuldunabhängig, er haftet auch, wenn er den Mangel nicht gekannt hat. Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels richtet sich nach der allgemeinen Regel aus Art. 8 ZGB.

### B. Weitere Voraussetzungen

- Der Käufer darf vom Mangel keine Kenntnis gehabt haben; hatte er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis davon, haftet der Verkäufer nicht.
- Die Mängelhaftung des Verkäufers darf nicht wegbedungen worden sein. (Keine Freizeichnungsklausel vorhanden)
- Der Käufer darf den Mangel nicht genehmigt haben.
- Der Käufer muss dem Verkäufer den Mangel rechtzeitig anzeigen (Mängelrüge).

Die Mängelrüge insbesondere:

Den Käufer trifft die Obliegenheit, die Kaufsache „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist“, zu prüfen und falls sich Mängel ergeben für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige zu machen. Wird diese Mängelrüge versäumt, gilt die Kaufsache grundsätzlich als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei einer übungsgemässen Untersuchung nicht zu erkennen waren.

Das Gesetz unterscheidet in Art. 201 OR zwischen offenen Mängeln, welche bei übungsgemässer Untersuchung sofort zu erkennen sind und somit sofort zu rügen sind, und geheimen Mängeln, welche sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen sind.

Die Rüge muss rechtzeitig erfolgen. Dabei muss auf die konkreten Umstände des Einzelfalls (v.a. Natur des Kaufgegenstands und Art des Mangels) geachtet werden. Das BGer hat eine siebentägige Rügefrist für angemessen gehalten.

Ferner muss die Mängelrüge hinreichend substantiiert sein. Keine Genehmigung infolge unterlassener oder nicht rechtzeitiger Rüge nimmt das Gesetz dort an, wo der Verkäufer den Käufer absichtlich über die Mängel getäuscht hat.

Der Verkäufer haftet in zeitlicher Hinsicht längstens für Mängel, die innerhalb eines Jahres seit Ablieferung der Kaufsache sichtbar werden; später entdeckte Mängel gehen zu Lasten des Käufers als des neuen Eigentümers.

### C. Zum Problem der Freizeichnungsklauseln insbesondere

Die Mängelhaftung des Verkäufers greift dann nicht Platz, wenn sie wegbedungen worden ist. Eine solche Freizeichnung ist grundsätzlich möglich. Oft geschieht sie in den AGB. Sie kann vollständig oder nur teilweise geschehen, braucht aber zu ihrer Gültigkeit auf jeden Fall den Konsens der Parteien. Freizeichnungsklauseln sind gesetzlichen Schranken unterworfen:

- Nach Art. 199 OR ist eine Freizeichnung ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Der Verkäufer kennt also den Mangel, klärt den Käufer aber nicht über diesen auf, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht (diese Aufklärungspflicht bestimmt sich nach dem Einzelfall und hängt u.a. von den Kenntnissen der Beteiligten ab).
- Auch Art. 100 OR ist anwendbar: Für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ist eine Wegbedingung der Haftung nichtig.
- Bei „formulärmässiger Freizeichnung“ kommen die Regeln über die AGB-Kontrolle zur Anwendung.

Es kann vorkommen, dass eine Freizeichnung und die Garantie bestimmter Eigenschaften vorliegen. Das eine schliesst das andere nicht per se aus. Es muss durch Auslegung bestimmt werden, welche Mängel von der Freizeichnung gedeckt sind und für welche der Verkäufer haftet. Wenn der Verkäufer jedoch in den AGB alle Haftung ablehnt und dem Käufer dennoch persönlich Zusicherungen macht, so haben diese den Vorrang wegen begründetem Vertrauen.

### 3. Die Rechtsfolgen: Gewährleistungsansprüche des Käufers

#### A. Übersicht

Dem Käufer stehen verschiedene Ansprüche zu, wenn die Kaufsache mangelhaft ist und auch die sonstigen Voraussetzungen für eine Gewährleistung erfüllt sind:

- das Recht auf Wandelung (OR 205 und 207 ff.)
- das Recht auf Minderung (OR 205)
- das Recht auf Schadenersatz (Mangelfolgeschaden, OR 208 Abs. 2 und 3)



Es besteht aber kein Recht auf Nachbesserung, ausser es wurde im Kaufvertrag so vereinbart. Diese Ansprüche des Käufers sind grundsätzlich von einem Verschulden des Verkäufers unabhängig. Bei dem Schadenersatzanspruch kann das Verschulden des Verkäufers jedoch teilweise eine Rolle spielen.

Bei den Gewährleistungsansprüchen bestehen besondere Verjährungsfristen, nach Ablauf deren der Anspruch gegen den Willen des Verkäufers nicht mehr durchgesetzt werden kann.

## B. Das Recht auf Wandelung

Wandelung bedeutet Auflösung des Kaufvertrags samt Rückabwicklung. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ist keine Klage notwendig, sondern eine blosser Wandelungserklärung ausreichend (also eine Ausübung eines Gestaltungsrechts). Im Streitfall entscheidet das Gericht dann über die Wandelung (insb. Über die Einhaltung der Fristen für die Mängelrüge). Es kann auch statt auf die verlangte Wandelung bloss auf Minderung erkennen, sofern die Umstände eine Wandelung als ungerechtfertigt erscheinen lassen. Es kann also nur bei einem Mangel gewisser Schwere die Auflösung des Vertrags verlangt werden!

Ist vom Käufer eine Wandelung verlangt worden, geschieht die Rückabwicklung nach Art. 208 OR:

- Der Käufer muss die Sache und den inzwischen bezogenen Nutzen an den Verkäufer zurückgeben (Obligationsanspruch, nicht Vindikation!)
- Der Verkäufer hat dem Käufer den erhaltenen Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten; Schadenersatzansprüche bleiben vorenthalten
- Die Rückerstattung der Leistungen erfolgt Zug-um-Zug.
- Sonderregeln gelten für den Fall des Untergangs der Kaufsache oder bei einer Mehrheit von Kaufsachen, bei denen nur einzelne Stück mangelhaft sind.

## C. Das Recht auf Minderung

Auch hier spricht das Gesetz von der Minderungsklage, obwohl das Recht als Gestaltungsrecht zu verstehen ist. Es braucht also auch hier eine blosser Minderungserklärung. Jedoch ist noch das Vorhandensein eines Minderwerts wegen des Mangels vorausgesetzt. Erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, ist nur Wandelung möglich. Ist die Minderung wirksam erklärt worden, erhält der Käufer eine Herabsetzung der Kaufpreisforderung, hat er den Preis bereits geleistet, steht ihm eine (vertragliche) Rückforderung zu. Der geminderte Kaufpreis wird nach einer relativen Methode berechnet: Der Kaufpreis ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der Sache in mängelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Das BGer lässt auch eine absolute Methode zu, wenn die Umstände des Einzelfalles dies zulassen: Das Abstellen auf die tatsächlichen oder geschätzten Kosten für die Verbesserung des Mangels.

Auch bei der Minderung kann der Käufer Schadenersatzansprüche geltend machen.

## D. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens

Neben den Rechten auf Wandelung und Minderung stehen dem Käufer Schadenersatzansprüche zu (= Ersatz des Mangelfolgeschadens).

- Es handelt sich um den Schaden, welcher über die mangelbedingte Beschädigung der Kaufsache hinausgeht. Es ist also eine Beeinträchtigung weiterer Rechtsgüter des Käufers ausserhalb der Kaufsache vorausgesetzt (Personen-, Sach- oder

Vermögensschaden). Für den Schaden an der Kaufsache selber kann kein Ersatz verlangt werden, da dies ja schon mit der Wandelung/Minderung ausgeglichen wird.

- Es sind die ausservertraglichen Ansprüche nach dem Profuktehaftpflichtgesetz zu unterscheiden!

#### a) Schadenersatz bei Wandelung

Für den Fall der Wandelung sieht Art. 208 OR eine besondere Schadenersatzfolge vor. Es wird zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden unterschieden.

- Für den Schaden, welchem dem Käufer durch die Lieferung der mangelhaften Kaufsache unmittelbar entstanden ist, haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig
- Für den weiteren Schaden haftet der Verkäufer, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

Diese Unterscheidung ist in der Lehre jedoch umstritten. Nach der neueren Praxis ist bei der Beurteilung auf die Länge der Kausalkette zwischen der Lieferung mangelhafter Ware und dem eingetretenen Schaden abzustellen. Auch unklar ist, ob sich der Ersatz auf das positive oder das negative Interesse bezieht.

#### b) Schadenersatz in den übrigen Fällen

Für Schäden in Fällen ausserhalb der Wandelung enthält das Gesetz keine Regelung. Art. 208 OR ist nach dem BGer auch nicht analog anwendbar! Es gelten vielmehr die Schadenersatzvoraussetzungen aus dem AT, wobei das Verschulden des Verkäufers nach Art. 97 Abs. 1 OR zu vermuten ist, zusätzlich sind die kaufrechtlichen Rüge- und Verjährungsregeln zu beachten. Die herrschende Lehre vertritt hingegen eine analoge Anwendung von Art. 208. Bei der Minderung bleibt der Vertrag bestehen, es ist als Schadenersatz hier also das positive Interesse geschuldet!

#### E. Die Verjährung

Die Mängelrechte des Käufers unterliegen einer kurzen Verjährung. Nach Art. 210 Abs. 1 OR verjähren sie mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt. Diese Regelung bildet das Gegenstück zu den für den Käufer günstigen Gewährleistungsansprüchen und soll zudem im Sinne der Rechtssicherheit für eine klare Rechtslage sorgen. Die Ein-Jahres-Frist gilt für alle Ansprüche des Käufers, also auch für die aus Schadenersatz.

Es bestehen Ausnahmen von dieser kurzen Verjährung:

- Der Verkäufer kann eine Haftung über längere Zeit übernehmen
- Hat der Verkäufer den Käufer absichtlich getäuscht, so gilt die 10-Jahres-Frist aus Art. 127 OR
- Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel kann der Käufer auch nach Ablauf der einjährigen Frist erheben, sofern er innerhalb eines Jahres nach Ablieferung der Kaufsache die Mängel beim Verkäufer gerügt hat.
- Beim Grundstückskauf verjähren die Mängelrechte des Käufers für Mängel eines Gebäudes nach 5 Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet. Die Rechtsprechung dehnte diese Verjährungsfrist auch auf unbebaute Grundstücke aus.

Zu Art. 210 OR bestehen Revisionsüberlegungen.

#### 4. Einzelfragen zur Sachgewährleistung

#### 5. Würdigung

Die Ordnung der Sachgewährleistung knüpft am römischen Recht an. Heute wäre ein umfassenderer Schutz der Konsumenten wünschenswert:

- sehr nachteilig für den Käufer ist die Rügeobliegenheit aus Art. 201 OR, sowie auch die kurze Verjährungsfrist von art. 210 OR. Die Pflicht, die empfangene Ware sofort auf Mängel zu überprüfen, ist vielen Konsumenten unbekannt.
- Ebenfalls zum Nachteil des Käufers ist die Tatsache, dass kein Recht auf Ausbesserung besteht.
- Den Gesetzgeber trifft also die Pflicht, die kritisierten Regeln zu verbessern.

### VI. EINZELFRAGEN ZUM FAHRNISKAUF

#### 1. Die Gefahrtragung

Art. 185 OR befasst sich mit dem Übergang von Nutzen und Gefahr, im Falle fehlender anderer Abreden (dispositiv). Nach der allgemeinen Regel von Art. 119 OR erlischt eine Forderung, wenn durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist. Abs. 3 sieht eine ausdrückliche Ausnahme vor für Fälle, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht. Art. 185 OR stellt eine solche spezielle Gesetzesvorschrift dar. Nach dieser Norm geht die Gefahr mit Abschluss des Vertrags auf den Käufer über. Der Käufer trägt also das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache zwischen Vertragsabschluss und Sachübergabe. Diese Norm benachteiligt den Käufer stark. Die Gerichte wenden daher die aufgeführten Ausnahmen grosszügig an.

## § 4 Der Grundstückkauf

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

- Art. 184 – 186 und 216 – 221 OR
- Für landwirtschaftliche GS: BGGB
- BewG

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

##### A. Der Grundstückkauf im engeren Sinn

Der Grundstückkauf ist ein Kaufvertrag, welcher ein Grundstück zum Gegenstand hat. Mangels anderer Regelung gilt auch hier die Zug-um-Zug-Regel aus Art. 184 Abs. 2 OR. Für den Begriff des Grundstücks ist auf das Sachenrecht abzustellen: Art. 655 Abs. 2 ZGB sagt, dass nicht nur Liegenschaften, sondern auch ins GB aufgenommene selbständige und dauernde Rechte, sowie Bergwerke und Miteigentumsanteile an einem GS gehören dazu.

##### B. Der Vorvertrag zu einem Grundstückkauf

Art. 216 Abs. 2 OR enthält Regelungen über den Vorvertrag, welcher in der Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Grundstückkaufvertrags besteht. Dieser Vorvertrag muss öffentlich beurkundet werden.

##### C. Der Vertrag auf Einräumung eines Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechts an einem GS

Es handelt sich bei diesen Rechten um Gestaltungsrechte, also Befugnisse, die Rechtsstellung einer anderen Person einseitig ohne deren Mitwirkung zu verändern. Im Folgenden geht es jedoch nicht um solche Gestaltungsrechte, sondern um vertragliche Kaufsrechte. Mangels anderer Abrede sind Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechte vererblich, aber nicht abtretbar.

Durch den Vertrag auf Einräumung eines Vorkaufsrechts wird ein vertragliches Vorkaufsrecht begründet: Der Vorkaufsberechtigte erhält vom Vorkaufsverpflichteten (meist: Eigentümer) das Gestaltungsrecht, bei Eintritt des Vorkaufsfalls durch einseitige Willenserklärung die Übertragung des Grundstücks zu Eigentum zu beanspruchen. Es gibt zwei Arten solcher vertraglichen Vorkaufsrechte:

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

Das Vorkaufsrecht kann nur ausgeübt werden, wenn der Vorkaufsfall eintritt, das GS also verkauft wird. Der Vorkaufsfall tritt nur ein, wenn das GS formgültig verkauft wird (Zuteilung an einen Erben im Erbfall genügt also beispielsweise nicht). Den Parteien steht es jedoch aufgrund der Privatautonomie frei, vertraglich zu bestimmen (öff. beurkundet!), was als Vorkaufsfall gelten soll. Der Eintritt des Vorkaufsfalls löst für den Verkäufer best.

Informationspflichten aus: er muss den Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis setzen.

Ist der Vorkaufsfall eingetreten, kann der Vorkaufsberechtigte sein Recht innert 3 Monaten beim Verkäufer geltend machen. Die Frist beginnt mit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrags.

- Wird der Kaufvertrag nach Ausübung des Vorkaufsrechts aufgehoben, beliebt dies für den Vorkaufsberechtigten ohne Folgen.
- Ist nichts anderes vorgesehen, kann der Vorkaufsberechtigte das GS zu den Konditionen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat.
- Die Ausübung des Vorkaufsrechts lässt die vertragliche Beziehung zwischen dem Verkäufer und dem Dritten unberührt. Kann der Verkäufer gegenüber dem Dritten seine Leistungspflichten wegen der Ausübung und Durchsetzung des Vorkaufsrechts nicht erfüllen, wird er ihm grundsätzlich aus Art. 98 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig.

Ein vertragliches Vorkaufsrecht lässt sich für max. 25 Jahre vereinbaren und im GB vormerken. Durch die Vormerkung wird das obligatorische Recht verstärkt. Das vorgemerkte Vorkaufsrecht hat Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht. Auch dem Grundbuchverwalter kommen Informationspflichten zu, wenn das GS verkauft wird. Der Berechtigte kann zudem verlangen, dass er das GS mit nur den Lasten erwerben kann, mit dem es bei Eintragung des Vorkaufsrechts belastet war → Grundbuchberichtigungsklage zur Löschung der nachträglich eingetragenen, den Berechtigten belastenden Rechte  
Ist das Vorkaufsrecht gültig ausgeübt worden, besteht die gleiche Rechtslage, wie wenn die beiden Parteien miteinander einen Kaufvertrag abgeschlossen haben. Der Berechtigte kann also vom Verkäufer klageweise die Eigentumsübertragung verlangen.

Der Vertrag auf Einräumung eines Kaufrechts führt dazu, dass der Berechtigte die Befugnis bekommt, die Sache einseitig durch blosser Willenserklärung käuflich zu erwerben und dies unabhängig von einem Vorkaufsfall (allenfalls aber geknüpft an andere Bedingungen). Ein vertragliches Kaufrecht über ein GS kann für max. 10 Jahre vereinbart und im GB vorgemerkt werden.

Der Vertrag auf Einräumung eines Rückkaufsrechts räumt dem Veräusserer (Rückkaufsberechtigten) eines GS das Gestaltungsrecht ein, unter gewissen vertraglich festgelegten Bedingungen durch einseitige Erklärung die entgeltliche Rückübertragung des GS vom Erwerber (Rückkaufsverpflichteten) zu verlangen. Es handelt sich also um ein Kaufrecht des Verkäufers. In der Praxis kommt ein solches Rückkaufsrecht häufig vor in Fällen, in denen der Käufer nicht innert einer best. Frist ein Wohn- oder Geschäftshaus auf dem GS baut.

Das Rückkaufsrecht kann für max. 25 Jahre vereinbart und im GB vorgemerkt werden. Ist das Rückkaufsrecht wirksam ausgeübt worden, herrscht die gleiche Rechtslage, wie wenn die Beteiligten miteinander einen Kaufvertrag abgeschlossen hätten.

### **3. Die Vertragsentstehung im Allgemeinen**

Erforderlich ist zunächst der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen im Sinn von Art. 1 Abs. 1 OR. Konsens allein genügt jedoch nicht, erforderlich ist des Weiteren die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrags. Als Handgeschäft ist der Grundstückkauf nicht möglich, denn für die Eintragung ins GB muss ein Grundbuchverwalter mitwirken, sodass Verpflichtung und Erfüllung notwendigerweise auseinanderfallen in zeitlicher Hinsicht.

#### 4. Die öffentliche Beurkundung im Besonderen

##### A. Allgemeines

Nach der Formvorschrift in Art. 216 Abs. 1 OR bedürfen Kaufverträge, die ein GS zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Das Formerfordernis aus Art. 657 Abs. 1 ZGB wird damit wiederholt und bestätigt. Die gleiche Formvorschrift gilt für die Vorverträge zu einem Grundstückskauf sowie für Verträge, die ein Vorkaufs-, Rückkaufs oder Kaufsrecht an einem GS begründen, mit Ausnahme jener Vorkaufsverträge, die den Preis nicht schon im Voraus bestimmen, hier genügt die einfache Schriftform.

Gemäss bundesgerichtlicher Formel ist die öffentliche Beurkundung die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren.

Der Zweck von Art. 216 OR ist ein mehrfacher: Übereilungsschutz, Abschluss- und Inhaltsklarheit sowie Rechtssicherheit. Das Verfahren der öff. Beurkundung ist grundsätzlich durch die Kantone zu regeln. Das Bundesrecht gibt jedoch Mindestanforderungen vor.

##### B. Der Umfang des Formzwanges

- Zunächst muss geklärt werden, wessen Willenserklärungen formbedürftig sind. Art. 216 Abs. 1 OR wie auch Art. 657 Abs. 1 ZGB beziehen den Beurkundungszwang auf den gesamten Kaufvertrag, wollen mit der Form also Käufer und Verkäufer schützen. Es müssen also die Willenserklärungen beider Parteien beurkundet werden.
- Welche Willenserklärungen sind in die Beurkundung aufzunehmen? Nach dem Bundesgericht beschränkt sich die Formvorschrift auf alle wesentlichen Punkte, also auf die objektiv und subjektiv wesentlichen.

Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte:

Zu diesen zu beurkundenden Punkten gehören die Parteien sowie ihre allfälligen Stellvertreter, das Kaufsobjekt (Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit!) und der Kaufpreis (=gesamte für das Kaufsobjekt versprochene Gegenleistung). Die Preisangabe muss wahr, also dem Willen der beiden Parteien entsprechend sein. Lassen die Parteien absichtlich einen unrichtigen Kaufpreis verurkunden so liegt eine Simulation vor, genauer: eine Teilsimulation mit Dissimulation des wahren Preises. Das simulierte Geschäft entfaltet nach Art. 18 Abs. 1 OR keine Wirkungen, weil der beurkundete Kaufpreis nicht dem Willen der Parteien entspricht. Das von den Parteien tatsächlich gewollte dissimulierte Geschäft ist aufgrund des Formmangels – fehlende Beurkundung des übereinstimmend gewollten Kaufpreises – formungültig. Die Bestimmbarkeit des Kaufpreises genügt, er muss also aus den beurkundeten Angaben ermittelt werden können.

Die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte:

Beurkundungsbedürftig sind neben den objektiv wesentlichen Punkten auch sämtliche im Einzelfall wesentlichen Verkaufsbestimmungen. Es handelt sich nach BGer dabei um Bedingungen, die den Parteien so wichtig, dass sie ohne Einigung darüber den Vertrag nicht abgeschlossen hätten. Der Beurkundungszwang umfasst jedoch nur Abreden, die ihrer Natur nach vom Rahmen eines Kaufvertrags erfasst werden, bzw. unmittelbar den Inhalt des Kaufvertrags, also das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen.

### C. Der Formmangel und seine Folgen

Folgende Arten von Formmängeln kommen in Betracht:

- Der Grundstückkauf wurde nicht öffentlich beurkundet, sondern nur mündlich oder in einfacher Schriftform
- Die öffentliche Urkunde umfasst nicht alle formbedürftigen Punkte
- Die in der öff. Urkunde enthaltenen formbedürftigen Punkte sind nicht korrekt wiedergegeben (z.B. unrichtige Beurkundung des Kaufpreises)
- Die öff. Urkunde ist keine solche im Rechtssinn, weil bei ihrer Errichtung eine Verfahrensvorschrift verletzt wurde, welche als Gültigkeitsvorschrift anzusehen ist.

Demgegenüber hat die blossige Missachtung von Ordnungsvorschriften durch die Urkundsperson keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Grundstückkaufs; sie kann aber für die Urkundsperson vermögensrechtliche und disziplinarische Verantwortlichkeit nach sich ziehen.

Die Rechtsfolgen:

Die Formvorschriften sind Gültigkeitsvorschriften. Ihre Missachtung macht den Kaufvertrag ungültig.

- Nach BGER bedeutet die Formungültigkeit eines Kaufvertrags dessen Nichtigkeit. Die allfällig von den Parteien erbrachten Leistungen sind ohne Rechtsgrund erfolgt, die Rückerstattung erfolgt nach den bereicherungsrechtlichen Regeln. Das Gericht muss die Formungültigkeit von Amtes wegen beachten. Auch unbeteiligte Dritte können den Mangel geltend machen. Der Mangel kann nicht geheilt werden, die Ungültigkeit ist absolut.  
Das BGER schwächt seinen Formnichtigkeitsbegriff jedoch ab durch das Rechtsmissbrauchsverbot: Wenn die Berufung auf Nichtigkeit einen offenen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt, ist sie unzulässig. Der Formmangel ist dann unbeachtlich und der Vertrag so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre.
- Der überwiegende Teil der Lehre kritisiert diese Nichtigkeitskonzeption des BGER und befürwortet stattdessen eine Ungültigkeit sui generis: Die Formungültigkeit ist vom Gericht nicht von Amtes wegen zu beachten, sondern muss von den Parteien geltend gemacht werden. Drittpersonen können sich nicht auf den Formmangel berufen. Der mit einem Formmangel behaftete Vertrag ist zunächst als unwirksam anzusehen. Wird der Vertrag erfüllt, ohne dass der Mangel von einer Partei geltend gemacht wird oder scheidet die Geltendmachung an der Rechtsmissbrauchsschranke, so heilt der Mangel → der Vertrag wird gültig. Wird der Mangel vor Erfüllung erfolgreich geltend gemacht, so besteht kein Anspruch auf Realerfüllung und Schadenersatz. Die erfolgreiche Geltendmachung nach der Vertragserfüllung räumt den Parteien Rückforderungsansprüche (Vindikation, ungerechtfertigte Bereicherung) ein.

Grundsätzlich entsteht aus dem formungültigen Vertrag kein Anspruch auf Schadenersatz. Eine Haftung kann sich jedoch aus unerlaubter Handlung (arglistige Täuschung) oder aus culpa in contrahendo ergeben. Laut BGER ist auch eine Vertrauenshaftung denkbar.

## II. DIE PFLICHTEN DES VERKÄUFERS

Nach Art. 184 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 216 Abs. 1 OR ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer am verkauften GS den Besitz und das Eigentum zu verschaffen. Das verkaufte GS, das als Kaufsache geschuldet ist, ergibt sich aus dem Vertrag (fast immer Speziesschuld). Die

Erfüllung der Besitzverschaffungspflicht richtet sich nach Art. 922 ff. ZGB. Für die Eigentumsverschaffung genügt im Gegensatz zu den beweglichen Sachen die Besitzübertragung nicht. Da die Eintragung des Erwerbers in das GB erforderlich ist, muss der Verkäufer den Käufer beim zuständigen GB-Amt als neuen Eigentümer anmelden und der Anmeldung die nötigen Ausweise beifügen. Vom Verkäufer ist also die Abgabe einer Willenserklärung an das GB-Amt. Der Erwerbsgrund (Kaufvertrag) gibt dem Käufer gegen den Verkäufer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung und bei Weigerung das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums.

Das verkaufte GS muss qualitativ den vertraglichen Bestimmungen entsprechen und zu der vereinbarten Zeit übertragen werden.

### III. DIE PFLICHTEN DES KÄUFERS

Der Käufer schuldet dem Verkäufer den Kaufpreis und ist zur Annahme des verkauften Grundstücks gehalten. Art. 214 OR, der dem Verkäufer bei Verzug des Käufers ein Rücktrittsrecht gewährt, ist auch beim Grundstückkauf anwendbar.

### IV. DIE RECHTSGEWÄHRLEISTUNG INSBESONDERE

Das Recht des Grundstückkaufs sieht keine Sonderregeln zur Entwehrung bei Grundstücken vor, deshalb sind die Regeln über die Rechtsgewährleistung beim Fahrniskauf sinngemäss anwendbar.

### V. DIE SACHGEWÄHRLEISTUNG INSBESONDERE

Für die Mängelhaftung des Verkäufers gelten einerseits die Regeln von Art. 197 ff. OR; andererseits treten Sonderregeln nach Art. 219 OR hinzu. Die Regeln des Fahrniskaufs gelten sinngemäss für:

- die Umschreibung des Mangelbegriffs
- die Obliegenheit des Käufers zur Mängelrüge
- die Möglichkeit der vertraglichen Freizeichnung und deren Schranken.
- Die Mängelrechte des Käufers, nämlich Wandelung, Minderung und Ersatz des Mangelfolgeschadens

Sonderregeln des Gewährleistungsrechts für Grundstücke sind in Art. 219 enthalten:

- Wenn das GS nicht das Flächenmass aufweist, welches im Kaufvertrag angegeben ist: die vom Verkäufer angegebene Grundstücksfläche gilt als Zusicherung, der Verkäufer wird also bei Mindermass gewährleistungspflichtig. Er haftet jedoch nicht, wenn er sich auf das Flächenmass verlassen hat, das im GB nach amtlicher Vermessung eingetragen ist, in diesem Fall trägt der Käufer das Risiko (evtl. hat er aber Ansprüche gegenüber dem Kanton).
- Es gilt zudem eine besondere Verjährungsregel: Die Pflicht zur Gewährleistung für Mängel eines Gebäudes verjährt mit dem Ablauf von 5 Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet. Diese Verjährungsfrist wurde von der Rechtsprechung auch auf unbebaute Grundstücke ausgedehnt.



## VI. EINZELFRAGEN

### 1. Die Gefahrtragung

Art. 220 OR stellt eine Vermutung auf: Ist für die Übernahme des Grundstücks – verstanden als Besitzübertragung – durch den Käufer ein bestimmter Zeitpunkt vertraglich festgestellt, so wird vermutet, dass Nutzen und Gefahr erst mit diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen. Die beschriebene Regelung stellt eine widerlegbare Vermutung auf und wird im Fall, da der Eigentumsübergang der Besitzverschaffung vorausgeht, unterschiedlich ausgelegt. Die Parteien sollten also dringend den Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr im öffentlich beurkundeten Vertrag klar und deutlich regeln.

### 2. Die Sicherung der Kaufpreisforderung

Die Eintragung eines Eigentumsvorbehalts beim Grundstückkauf ist gesetzlich ausgeschlossen (Art. 217 Abs. 2 OR). Für die Sicherung der Kaufpreisforderung sieht das Sachenrecht indessen zu Gunsten des Verkäufers ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht vor. Die Eintragung eines Pfandrechts muss jedoch spätestens 3 Monate nach der Übertragung des Eigentums erfolgen. In der Praxis wird häufig vereinbart, dass der Käufer spätestens bei der öff. Beurkundung des Grundstückkaufvertrags ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Bank beibringt.

### 3. Der Kauf von Stockwerkeigentum „ab Plan“

Als Miteigentumsanteil stellt das Stockwerkeigentum ein Grundstück im Rechtssinn dar. Der Kauf von Stockwerkeigentum ist also entsprechend den Regeln über den Grundstückkauf öffentlich zu beurkunden. Stockwerkeigentum kann unter gewissen Voraussetzungen schon vor Erstellung des Gebäudes begründet werden. Deshalb müssen auch Kaufverträge über solches Stockwerkeigentum „ab Plan“ möglich sein. Sie müssen auch öffentlich beurkundet werden.

Es stellen sich verschiedene Fragen: wann hat der Käufer seine Zahlungspflicht zu leisten? Trifft den Verkäufer eine Herstellungspflicht? ...

### 4. Der Kauf landwirtschaftlicher Grundstücke

Für den Kauf landwirtschaftlicher Grundstücke ist das BGGB massgebend. Zwei Regeln herausgepickt:

- Ein Eigentümer kann ein landwirtschaftliches Gewerbe, das er zusammen mit seinem Ehegatten bewirtschaftet nur mit Zustimmung seines Ehegatten veräussern.
- Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks bedarf einer Bewilligung. Sie wird erteilt, wenn kein Verweigerungsgrund vorliegt (z.B. mangelnde Selbstbewirtschaftung durch den Erwerber, Vereinbarung eines übersetzten Kaufpreises).

## § 6 Der internationale Warenkauf nach WKR

### I. ALLGEMEINES

Für internationale Warenkäufe bleiben gegenüber dem OR vorbehalten:

- Übereinkommen der UN über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.04.1980 (Wiener Kaufrecht WKR)
- Kollisionsrechtlichen Normen des schweizerischen internationalen Privatrechts, insbes. Art. 112 ff. IPRG

Das WKR enthält Kaufvertragsrecht für internationale (grenzüberschreitende) Sachverhalte. Es enthält Sachnormen über das materielle Kaufrecht, es bietet also eine eigene Lösung an und verweist nicht einfach auf das anwendbare nationale Recht. Das im WKR enthaltene Recht ist dispositiv, die Parteien können die Anwendung des Übereinkommens ganz oder teilweise ausschliessen.

### II. DER VERTRAGSABSCHLUSS

Der Vertragsabschluss kommt nach WKR durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zustande. Folgende Besonderheiten zum OR sind zu beachten:

- Bis zum Abschluss des Vertrags kann ein Angebot grundsätzlich widerrufen werden
- Dies trifft auch auf ein als unwiderruflich bezeichnetes Angebot, wenn die Rücknahmeerklärung dem Empfänger vor oder gleichzeitig mit dem Angebot zugeht.
- Eine verspätete Annahme ist dennoch wirksam, wenn der Anbietende unverzüglich den Annehmenden in diesem Sinn mündlich unterrichtet oder eine entsprechende schriftliche Mitteilung absendet.
- Eine besondere Form für den Vertragsabschluss wird nicht verlangt, weder als Gültigkeits- noch als Beweisform.

### III. DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN

#### 1. Allgemeines

Der Verkäufer ist verpflichtet, die Ware zu liefern, die sie betreffenden Dokumente zu übergeben und das Eigentum an der Ware zu übertragen. Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen und die Ware anzunehmen.

Das WKR unterscheidet im Gegensatz zum OR nicht zwischen verschiedenen Leistungsstörungen, sondern geht von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung aus. Eine solche liegt vor, wenn eine der Parteien ihre Verpflichtungen nach dem Vertrag oder dem Übereinkommen nicht erfüllt. Ob die Erfüllung ausbleibt, oder nur schlecht erfolgt, spielt keine Rolle.

Gewisse Rechte stehen dem Käufer nur zu, wenn der Verkäufer eine wesentliche Vertragsverletzung begangen hat. Wesentlich ist eine VV dann, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen – es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person in der gleichen Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte.

- objektive Schwere der Verletzung
- subjektive Komponente: Erkennbarkeit dieser schweren Folgen

Die Rechtsbehelfe aus VV stehen den Parteien grundsätzlich auch ohne Verschulden der Gegenpartei zu → Kausalhaftung. Es bestehen aber best. Befreiungsmöglichkeiten:

- Keine Einstandspflicht besteht, wenn die Nichterfüllung auf höhere Gewalt zurückzuführen ist
- Eine Partei kann sich nicht auf die Nichterfüllung von Pflichten der Gegenpartei berufen, wenn sie diese Nichterfüllung durch eigenes Handeln oder Unterlassen verursacht hat.

## 2. Die Rechtsbehelfe des Käufers bei VV des Verkäufers

Auch das WKR sieht eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers vor. Wenn er die Mängel an der Sache nicht innert angemessener Frist entdeckt hat oder hätte entdecken sollen, kann er sich grundsätzlich nicht mehr auf die Vertragsverletzung berufen. Wenn der Käufer jedoch eine vernünftige Entschuldigung für die verspätete Rüge hat, kann er den Preis dennoch mindern oder Schadenersatz verlangen. Durch Vereinbarungen können die strengen Rügeobliegenheiten aufgelockert werden.

Beim WKR verjährt das Recht, sich auf Mängel zu berufen 2 Jahre, nachdem der Käufer die Ware erhalten hat, es sei denn, es bestehe eine vertragliche Garantie, die länger andauert. Auch hier kann der Verkäufer sich nicht auf die abgelaufene Rügefrist berufen, wenn er dem Käufer absichtlich Mängel verheimlicht hat.

Der Käufer hat also folgende Rechte:

- das Recht, vom Käufer die Erfüllung zu verlangen (Realerfüllung)
- das Recht, Ersatzlieferung zu verlangen (nur bei wesentlicher VV)
- das Recht, Nachbesserung zu verlangen
- das Recht, den Vertrag aufzuheben (entspricht der OR-Wandelung)
- das Recht, den Kaufpreis zu mindern
- das Recht, Schadenersatz zu verlangen

## 3. Die Rechtsbehelfe des Verkäufers bei VV des Käufers

- das Recht, auf Zahlung des Kaufpreises, Annahme der Kaufsache und Erfüllung der sonstigen Pflichten zu beharren (Realerfüllung)
- das Recht, den Vertrag aufzuheben
- das Recht, Schadenersatz zu verlangen

## 4. Der Gefahrübergang

Dies ist der Zeitpunkt, von dem an der Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet ist, obwohl die Ware (durch eine vom Verkäufer nicht zu vertretende Ursache) untergegangen oder schlechter geworden ist. Häufig ist dieser Zeitpunkt vertraglich geregelt, so dass die gesetzliche Regelung keine Anwendung findet.

Fehlt eine Absprache, werden verschiedene Fälle unterschieden:

- Grundsätzlich geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald er die Ware übernimmt oder sie trotz Bereitstellung pflichtwidrig nicht übernimmt.
- Sonderbestimmungen gelten für den Versandkauf und für Waren, die sich auf dem Transport befinden.
- Hat der Verkäufer eine wesentliche VV begangen, so berühren die Bestimmungen über den Gefahrübergang die dem Käufer aus der Verletzung zustehenden Rechte nicht.

## § 8 Die Schenkung

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

Art. 239 – 252 OR, daneben noch weitere Bestimmungen (wie das BewG, das BGG, gewisse Normen des ZGB)

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

Die Schenkung ist jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert. Entscheidend ist also die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (unter Lebenden). Dabei ist wie gesagt die Unentgeltlichkeit, aber auch der Schenkungswille vorausgesetzt. Keine Schenkungen sind demzufolge das Ausschlagen einer Erbschaft oder die Erfüllung einer sittlichen Pflicht. Gegenstand der Schenkung kann eine bewegliche Sache, eine Forderung oder ein Grundstück sein.

- Eine Fahrnisschenkung kann entweder als Handschenkung (sofortige Erfüllung, Zusammenfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft) oder als Schenkungsversprechen (Verpflichtungsvertrag zu einer künftigen unentgeltlichen Zuwendung) eingegangen werden.
- Gleiches gilt für die Schenkung einer bereits bestehenden Forderung. Die Erfüllung des Schenkungsversprechens hat in schriftlicher Form zu geschehen. Von Handschenkung kann man auch hier sprechen, wenn der Abtretung (Verfügung) kein Verpflichtungsgeschäft vorausgegangen ist.
- Bei der Grundstückschenkung ist nur das Schenkungsversprechen möglich; eine Handschenkung scheidet aus sachenrechtlichen Gründen aus.

#### 3. Die Vertragsentstehung

Die Schenkung ist ein Vertrag, also ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Es sind also übereinstimmende Willenserklärungen vonnöten. Die Parteien müssen sich über das Schenkungsobjekt, sowie die Unentgeltlichkeit (Schenkungswille) einig sein. Wie bei einem Vertrag üblich, müssen die beiden Parteien also handlungsfähig sein. Eine urteilsfähige unmündige Person kann nach Art. 19 Abs. 2 ZGB jedoch auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Vorteile erlangen, die unentgeltlich sind.

Im Schenkungsrecht finden sich spezielle Formvorschriften:

- Das Schenkungsversprechen ist formbedürftig, da der Schenker vor unbedachter Freigiebigkeit bewahrt werden soll. Grundsätzlich bedarf das Schenkungsversprechen der schriftlichen Form. Bei Grundstücken braucht es jedoch eine öff. Beurkundung. Es genügt, wenn nur der Schenkende das Schenkungsversprechen unterzeichnet.
- Die Handschenkung erfolgt durch die Übergabe der Sache vom Schenker an den Beschenkten, bei Forderungen durch deren schriftliche Abtretung. Bei der Handschenkung von Fahrnis sind demnach keine besonderen Formvorschriften zu beachten.
- Für die Schenkung auf den Todesfall hin gelten die Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen. Es sind die besonderen Formvorschriften des Erbrechts zu beachten.

## II. DIE PFLICHTEN DES SCHENKERS

Der Schenker schuldet dem Beschenkten die Erfüllung seines Schenkungsversprechens. Er hat also die versprochene Zuwendung unentgeltlich vorzunehmen und dem Beschenkten Eigentum an der Sache zu verschaffen.

Wegen der Unentgeltlichkeit ist die Verantwortlichkeit des Schenkers jedoch eingeschränkt:

- Für Schaden, der dem Beschenkten aus der Schenkung erwächst, ist der Schenker nur bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit haftbar
- Eine Gewährspflicht trifft den Schenker hinsichtlich der geschenkten Sache oder der abgetretenen Forderung nur dann, wenn er es dem Beschenkten versprochen hat.

## III. EINZELFRAGEN

### 1. Bedingungen und Auflagen

Mit der Schenkung können Bedingungen und Auflagen verbunden werden

- Eine Bedingung ist eine rechtskräftige Bestimmung, welche die Verbindlichkeit oder die Auflösung des Schenkungsvertrags vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig macht.
- Eine Auflage hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Schenkung, kann jedoch vom Schenker sowie allenfalls von einer Behörde eingeklagt werden.
- Sonderfall einer Bedingung ist die Abrede, wonach die geschenkte Sache an den Schenker zurückfallen soll, sofern der Beschenkte vor ihm sterben sollte.

### 2. Die Aufhebung der Schenkung

→ OR 249 ff.

Es sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:

- Die Rückforderung der bereits erfüllten Schenkung, also der Schenkung von Hand zu Hand oder des bereits vollzogenen Schenkungsversprechens: Art. 249 OR
- Der Widerruf oder die Hinfälligkeit des noch nicht erfüllten Schenkungsversprechens: Art. 250 OR.

Der Widerruf kann innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt erfolgen, in welchem der Schenker vom Widerrufsgrund Kenntnis erhalten hat. Erben des Schenkers können klagen (Art. 251 Abs. 2 und 3 OR).

Beim Schenkungsversprechen zu wiederkehrenden Leistungen erlischt die Verbindlichkeit des Schenkers mit dessen Tod, sofern nicht etwas anderes bestimmt worden ist.

### 3. Die gemischte Schenkung

Die Vereinbarung der Parteien kann dahin gehen, dass ein Gegenstand „halb geschenkt“ verkauft wird. Dieses Vertragsverhältnis enthält einerseits kaufvertragsrechtliche und andererseits schenkungsrechtliche Elemente. Stets müssen die Parteien sich jedoch einig sein, dass nicht bloss ein günstiger Kaufvertrag vereinbart wurde, sondern dass ein Teil der Leistung unentgeltlich erfolgt.

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

## § 10 Die Miete

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

- Art. 253 – 273c OR
- Weitere gesetzliche Bestimmungen des Bundes und der Kantone, z.B. die VMWG, die ZPO etc.

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

Typisch ist die Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung (Zur-Verfügung-Stellung) einer Sache gegen Entgelt. Die Gebrauchsüberlassung ist auf Dauer angelegt, das Mietverhältnis kann befristet oder unbefristet sein.

- Durch die Gebrauchsüberlassung unterscheidet sich die Miete von den Veräußerungsgeschäften. Beim Leasingvertrag ist die Abgrenzung umstritten, da dieser Elemente beider Vertragstypen enthält.
- Miete ist die reine Gebrauchsüberlassung. Sie unterscheidet sich von der Pacht dadurch, dass es dort um eine nutzbare Sache oder um ein nutzbares Recht geht, das zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge überlassen wird. Nutzungsbefugnisse, die über eine blosser Gebrauchsüberlassung hinausgehen, sprechen also für eine Pacht.
- Die Miete richtet sich auf die Gebrauchsüberlassung einer bestimmten Sache, die am Ende der Mietdauer zurückzugeben ist. Bei einem Darlehen hingegen wird einer Person für eine bestimmte Dauer Geld (oder eine vertretbare Sache) zur Verfügung gestellt.
- Bei der Miete stehen die Parteien in einem Austauschverhältnis. Dadurch unterscheidet sich die Miete von der einfachen Gesellschaft, bei welcher ein gemeinsamer Zweck mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln angestrebt wird.
- Mit dem Mietvertrag kann – als Vertragsverbindung – ein anderer Vertragstyp kombiniert werden, etwa ein Einzelarbeitsvertrag.

Die Sache, die beim Mietverhältnis zum Gebrauch überlassen wird, kann Fahrnis oder eine unbewegliche Sache sein. Die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und über den Kündigungsschutz sind nur bei der Miete von Wohnungen und Geschäftsräumen anwendbar.

Der Vermieter ist regelmässig Eigentümer der Mietsache, dies muss jedoch nicht so sein.

#### 3. Die Vertragsentstehung

Der Mietvertrag entsteht nach den allgemeinen Regeln → Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Objektiv wesentlich sind die Gebrauchsüberlassung, deren Gegenstand und die Entgeltlichkeit des Vertrags. Die Höhe des Entgelts ist indessen nicht objektiv wesentlich (nach dem BGer schon).

Bei der einfachen Miete ist auf Mieter- sowie auf Vermieterseite nur jeweils eine Person beteiligt. Es gibt aber auch gemeinsame Mieten, wobei auf der einen oder auf beiden Seiten mehrere Parteien vorkommen. In diesen Fällen muss das Innen- vom Aussenverhältnis unterschieden werden.

Für den Vertragsabschluss setzt das Gesetz grundsätzlich keine Form voraus, auch nicht für die Wohnungsmiete. In anderer Hinsicht enthält das Mietrecht jedoch einige Formvorschriften (z.B. Schriftlichkeit bei der Nachfristansetzung vor Hinterlegung des Mietzinses durch den Mieter bei Mängeln der Sache während der Mietdauer etc...)

## II. DIE PFLICHTEN DES VERMIETERS

### 1. Im Allgemeinen

Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten. Dies ist die Hauptverpflichtung des Vermieters, mit welcher dauernd fortzufahren ist (Dauerschuld).

Diese Pflicht des Vermieters ist zum Teil dispositiv, zum Teil „relativ zwingend“.

- Zwingend ist die Hauptpflicht des Vermieters bei Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume.
- Bei anderen Mietverträgen darf durch individuelle Abreden von der Pflicht abgewichen werden, nicht aber in vorformulierten AGB. Freizeichnungsklauseln müssen also immer individuell ausgehandelt werden.

Den Vermieter treffen verschiedene Nebenpflichten:

- Auskunftspflicht
- Pflicht zur Tragung der mit der Sache verbundenen Lasten und öff. Abgaben (diese werden also durch den Mietzins mitabgegolten).
- Pflicht zur ordnungsgemässen Behandlung der durch den Mieter geleisteten Sicherheiten.
- Pflicht zur Zustimmung zu einem Untermietverhältnis, wenn kein gesetzlicher Verweigerungsgrund vorliegt.

### 2. Die Folgen der Nichterfüllung und der mangelhaften Erfüllung

Im Mietrecht werden die Nichterfüllungstatbestände zusammengefasst. Es wird unterschieden, ob die Leistungsstörung schon bei Übergabe der Mietsache besteht oder ob erst während der Mietdauer – also nach Mietantritt – Störungen entstehen.

#### A. Mangelhafte Erfüllung bei der Übergabe der Sache

Es sind zwei Fälle denkbar, in denen eine Leistungsstörung schon im Zeitpunkt der Übergabe der Sache eintritt:

- Der Vermieter übergibt die Sache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, befindet sich mit seiner Leistung also in Verzug.
- Die Sache wird übergeben, weist jedoch schon bei der Übergabe Mängel auf, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen → schwerwiegende Mängel

Sind diese VSS erfüllt, nennt das OR zwei Möglichkeiten für den Mieter als Rechtsfolgen:

- Er kann entweder nach Art. 107 – 109 OR über die Nichterfüllung von Verträgen vorgehen. Namentlich hat er das Recht, die Übernahme der Mietsache zu verweigern, indem er entweder am Vertrag festhält (mit Schadenersatzfolge) oder zurücktritt.

- Oder er kann die Sache übernehmen und auf gehörige Erfüllung beharren; diesfalls stehen ihm die Ansprüche aus Art. 159a-i OR zu, während die Rücktrittsmöglichkeit entfällt.

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

## B. Mängel nach Übergabe der Sache (während der Mietdauer; Art. 259 ff. OR)

### a. Die Voraussetzungen der Vermieterhaftung

Art. 259a Abs. 1 OR knüpft daran an, dass an der Mietsache nach Mietantritt Mängel entstehen, die der Mieter weder zu verantworten, noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat, oder dass der Mieter im vertragsgemässen Gebrauch der Sache gestört wird.

- Hauptfall ist der Mangel der Mietsache. Darunter ist jede Abweichung der zur Verfügung gestellten Mietsache vom Vertrag zu verstehen. Sie entspricht den Anforderungen des Vertrags nicht mehr. Denkbar sind unerfüllte Zusicherungen des Vermieters oder Abweichungen der Mietsache von dem nach Vertrag in guten Treuen vorausgesetzten Zustand.
- Mit der Störung des Mieters im vertragsgemässen Gebrauch der Sache werden Beeinträchtigungen umschrieben, deren Ursache nicht ein Sachmangel ist. Solche Beeinträchtigungen können etwa Lärm, andere Immissionen oder die Entwehrung durch Dritte sein.

Weiter ist für die Vermieterhaftung vorausgesetzt:

- dass der Mieter den Mangel nicht selber zu verantworten hat
- dass der Mangel nicht den sogenannten „kleinen Unterhalt“ betrifft, für den der Mieter selber aufkommen muss
- dass der Mieter nicht auf seine Mängelrechte verzichtet hat

Nicht vorausgesetzt ist jedoch ein Verschulden des Vermieters oder die fristgerechte Mängelrüge.

### b. Der Inhalt der Vermieterhaftung

Die folgenden Ansprüche stehen dem Mieter kumulativ zu, wenn alle obengenannten VSS erfüllt sind:

- Recht auf Mängelbeseitigung innert angemessener Frist. Kommt der Vermieter der Behebung nicht nach, kommen dem Mieter zusätzliche Behelfe zu.
  - Recht zur fristlosen Kündigung
  - Recht zur eigenen Mängelbeseitigung auf Kosten des Vermieters
- Recht auf Herabsetzung des Mietzinses für die Zeit zwischen Kenntnis des Mangels bis zu dessen Behebung, wenn die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert wird.
- Recht auf Schadenersatz bei Verschulden des Vermieters. Steht der Mangel und die Schädigung fest, wird ein Verschulden des Vermieters vermutet.
- Recht auf Übernahme des Rechtsstreits mit einem Dritten: Falls ein Dritter einen Anspruch auf die Sache erhebt, der sich mit den Rechten des Mieters nicht verträgt, so muss der Vermieter auf Anzeige des Mieters hin den Rechtsstreit übernehmen.



- Recht auf Hinterlegung des Mietzinses: Der Mieter einer unbeweglichen Sache kann den Mietzins hinterlegen. Mit der ordnungsgemässen Hinterlegung gelten die Mietzinse als bezahlt.

### III. DIE PFLICHTEN DES MIETERS

#### 1. Im Allgemeinen

- Als Hauptpflicht hat der Mieter den Mietzins zu bezahlen. Nebenkosten müssen vertraglich ausdrücklich geregelt sein, damit sie dem Mieter auferlegt werden können. Die Mietzinsschuld muss rechtzeitig bezahlt werden. Bei der Miete von Geschäftsräumen hat der Vermieter zur Sicherung seiner Forderungen ein besonderes Retentionsrecht. Der Vermieter kann zudem die Leistung von Sicherheiten verlangen (max. 3 Monatsmieten)
- Ferner hat der Mieter die Pflicht, die gemietete Sache sorgfältig zu gebrauchen und bei der Immobiliarmiete auf Nachbarn und Hausbewohner Rücksicht zu nehmen. Der Mieter darf die Mietsache nur so gebrauchen, wie es vertraglich vereinbart wurde. Missachtet der Mieter diese Pflicht, stehen dem Vermieter ein Kündigungsrecht und Schadenersatzansprüche zu.
- Schliesslich treffen den Mieter weitere Pflichten:
  - Pflicht zur Leistung einer Sicherheit, wenn eine solche vereinbart ist
  - Pflicht, gewisse Arbeiten an der Mietsache zu dulden
  - Pflicht, Mängel, welche der Mieter nicht selber beheben muss, dem Vermieter zu melden (sonst hat Vermieter Schadenersatzanspruch)
  - Pflicht, die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses in dem Zustand zurückzugeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt.
- Den Mieter trifft anders als den Pächter keine Pflicht, die Sache zu bewirtschaften oder zu gebrauchen.

#### 2. Der Zahlungsrückstand insbesondere

Art. 257d OR stellt besondere Regeln auf beim Verzug des Mieters. Dem Vermieter stehen in einem solchen Fall folgende Behelfe zu:

- Der Vermieter kann dem Mieter schriftlich eine Nachfrist ansetzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Erforderlich ist also eine schriftliche Nachfristansetzung durch den Vermieter, welche mind. 10 Tage und bei Wohn- und Geschäftsräumen mind. 30 Tage dauert. Die Frist beginnt ab dem Zeitpunkt, an welchem sie in den Machtbereich des Mieters gelangt (modifizierte Zusanstheorie). Ist der Mieter verheiratet und handelt es sich bei dem Mietobjekt um die Wohnung der Familie, muss der Vermieter die Kündigungsandrohung auch dem Ehepartner separat zusenden. Droht der Vermieter dem Mieter nicht ausdrücklich mit der Kündigung, kann er von den speziellen Rechten aus Art. 157d OR nicht profitieren.
- Bezahlt der Mieter auch innert der angesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter fristlos, bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mind. 30 Tagen auf das Ende des Monats kündigen. Die Kündigung muss bei Wohn- und Geschäftsräumen schriftlich erfolgen.
- Auf den Termin der wirksamen Kündigung hat der Mieter das Mietobjekt zurückzugeben. Kommt der Mieter dieser Pflicht nicht nach, kann er gerichtlich

ausgewiesen werden (Exmissionsverfahren). Dem Vermieter kommt kein Recht auf Selbsthilfe zu.

- Der Mieter, der durch seinen Zahlungsverzug Anlass zur vorzeitigen Vertragsauflösung gegeben hat, schuldet dem Vermieter zudem Schadenersatz (etwa für entgangene Mietzinse).

#### IV. DIE BEEINDIGUNG DER MIETE ALS DAUERSCHULDVERHÄLTNIS

##### 1. Das Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis im Allgemeinen

Das Mietverhältnis ist ein Dauerverhältnis und kann befristet oder unbefristet sein. Die Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters ist also eine Dauerschuld.

Daraus folgt, dass auch der Mieter bei vorzeitiger Rückgabe des Mietobjekts – also vor Ablauf der Mietdauer und ohne Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine – nicht von seinen Verpflichtungen befreit wird. Der Mietzins stellt also nicht eine Gegenleistung für den Gebrauch der Sache, sondern für die Zur-Verfügung-Stellung der Sache dar.

Der Vermieter muss sich jedoch dabei anrechnen lassen, was er durch die vorzeitige Rückgabe an Auslagen spart oder was er durch anderweitige Verwendung gewinnt bzw. gewinnen könnte. Zudem wird der Mieter befreit, wenn er einen für den Vermieter zumutbaren neuen Mieter vorschlägt; dieser muss zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen.

##### 2. Die Beendigungsgründe

###### A. Die ordentlichen Beendigungsgründe

Liegt ein befristetes Mietverhältnis vor, endet dieses ohne Kündigung mit Ablauf dieser Dauer. Setzen die Parteien das Mietverhältnis stillschweigend fort, gilt es nunmehr als unbefristetes.

Ist das MV unbefristet, kann es unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine von jeder Partei gekündigt werden, sofern die Parteien keine längere Frist oder keinen anderen Termin vereinbart haben.

- Kündigung ist die einseitige Willenserklärung des Vermieters oder des Mieters. Es handelt sich um ein auflösendes Gestaltungsrecht. Für die Kündigung gelten best. Fristen und Termine und bei Wohn- und Geschäftsräumen best. Formvorschriften. Gründe müssen keine genannt werden
- Kündigungstermin ist jener Zeitpunkt, auf den hin das MV wirksam aufgelöst werden kann
- Kündigungsfrist ist die Zeitspanne, die zwischen dem Zugang der Kündigungserklärung und dem Kündigungstermin liegen muss, damit die Kündigung auf diesen Termin hin Wirkung entfaltet.
- Halten die Parteien die gesetzlichen oder vertraglichen Fristen oder Termine nicht ein, so gilt die Kündigung für den nächstfolgenden Termin.

Haben die Parteien nichts vereinbart, sieht das Gesetz verschiedene Fristen und Termine vor:

- Miete unbeweglicher Sachen und Fahrnisbauten: Kündigung mit einer Frist von 3 Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder – wenn kein Ortsgebrauch vorliegt – auf das Ende einer sechsmonatigen Mietdauer.

- Miete von Wohnungen: Kündigung mit einer Frist von 3 Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder – wenn kein Ortsgebrauch vorliegt – auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer
- Miete von Geschäftsräumen: Kündigung mit einer Frist von 6 Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder – wenn kein Ortsgebrauch vorliegt – auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer
- Miete von möblierten Zimmern und von gesondert vermieteten Einstellplätzen oder ähnlichen Einrichtungen: Kündigung mit einer Frist von 2 Wochen auf Ende einer einmonatigen Mietdauer
- Miete von beweglichen Sachen: Kündigung mit einer Frist von 3 Tagen auf einen beliebigen Zeitpunkt.

Für die Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen stellt das Gesetz besondere Formvorschriften auf:

- Vermieter und Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen müssen schriftlich kündigen.
- Der Vermieter von Wohn- und Geschäftsräumen muss zudem ein bes. Formular verwenden, das vom Kanton genehmigt sein und einen Mindestinhalt aufweisen muss.
- Bes. Vorschriften gelten für die Kündigung einer Familienwohnung (OR 266I f.)

## B. Die ausserordentlichen Beendigungsgründe

Das Gesetz nennt auch die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung. Es müssen dafür besondere Gründe vorliegen.

- Kündigung aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für die kündigende Partei unzumutbar machen. Wichtige Gründe liegen nur vor, wenn die betreffenden Umstände - bei Vertragsabschluss weder bekannt, noch voraussehbar – bei objektiver Betrachtung die Erfüllung bis zur ordentlichen Lösungsmöglichkeit billigerweise unzumutbar machen. Die Umstände dürfen zudem nicht auf dem Verschulden der kündigenden Partei beruhen.

Als Rechtsfolgen kann eine Partei das MV mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen oder das Gericht nimmt nach Würdigung aller Umstände eine Beurteilung der vermögensrechtlichen Folgen vor.

- Möglich ist die fristlose Kündigung bei Konkurs des Mieters, sofern dieser nach Mietantritt eintritt.
- Kündigungsrecht der Erben bei Tod des Mieters, wobei die gesetzlichen Fristen dennoch zu wahren sind.
- Kündigung des Mieters einer beweglichen Sache, die seinem privaten Gebrauch dient und vom Vermieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit vermietet wird.
- Daneben sieht das Gesetz an diversen Orten weitere Möglichkeiten einer ausserordentlichen Kündigung vor (z.B. wenn der Vermieter schwere Mängel nicht behebt innert einer bestimmten Frist).

## 3. Die aufgelöste Miete

### A. Die Pflichten des Mieters

Der Mieter muss das Mietobjekt am Ende der Mietdauer zurückgeben. Der Vermieter hat drauf einen obligatorischen und als Eigentümer gar einen dinglichen Herausgabeanspruch. Dabei muss die Sache den Zustand aufweisen, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Die sich aus diesem korrekten Gebrauch ergebenden Abnützungen muss der Mieter nicht übernehmen. Für Wertebussen, die über die normale Benützung hinausgehen, ist der

Mieter jedoch ersatzpflichtig (Sorgfaltspflicht). Der Vermieter muss die Sache nach Erhalt sofort prüfen und Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem unverzüglich melden, sonst verliert er seine Ansprüche.

Vereinbarungen, wonach der Mieter sich im Voraus verpflichtet, bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Entschädigung zu bezahlen, die anderes als die Deckung des allfälligen Schadens einschliesst, sind nichtig.

Gibt der Mieter trotz Auflösung des MV die Räumlichkeiten nicht frei, schuldet er dem Vermieter bis zur Räumung eine mietzinsähnliche Entschädigung aus dem fortbestehenden mietvertragsähnlichen Verhältnis.

Bei der Immobiliarmiete darf der Vermieter das besetzte Mietobjekt nicht mit Selbsthilfe räumen, auch wenn die Mietdauer abgelaufen ist. Er muss dazu staatliche Hilfe in Anspruch nehmen.

## B. Die Pflichten des Vermieters

Nach Beendigung der Miete schuldet der Vermieter – sofern keine Schadenersatzforderungen erhoben werden – jene Handlungen, die zur Freigabe einer vom Mieter allenfalls gezahlten Sicherheitsleistung führen.

## V. SCHUTZVORSCHRIFTEN ZUGUNSTEN DES MIETERS

Es gibt Schutzvorschriften, die sich auf alle MV beziehen:

- Auskunftspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter
- Nichtigkeit von Freizeichnungsklauseln in AGB
- Schriftform der Nachfristansetzung der Kündigungsandrohung beim Zahlungsrückstand des M
- Mängelrechte im Allgemeinen
- Entschädigungsanspruch des M bei eigenen Investitionen am Mietobjekt
- Durchbrechung des Grundsatzes „Kauf bricht Miete“
- Grundsätzliche Möglichkeit der Untermiete; die erforderliche Zustimmung des V darf nur aus best. Gründen verweigert werden
- Recht zur vorzeitigen Rückgabe nach Massgabe von OR 264
- Nichtigkeit des Verrechnungsverbots
- Kündigungsrecht der Erben beim Tod des M
- Ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit bei beweglichen Sachen
- Nichtigkeit von Vereinbarungen über Leistungen bei der Rückgabe der Mietsache, soweit etwas anderes als die Deckung des allfälligen Schadens versprochen wird.
- Prüfungs- und Rügeobliegenheit des V für Mängel bei der Rückgabe der Sache

Daneben bestehen spezielle Schutzvorschriften bei der Wohn- und Geschäftsmiete:

Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse:

Missbräuchlich sind Mietzinse, mit denen ein übersetzter Betrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen. Es sind im Gesetz auch Ausnahmen angeführt, in denen Mietzinse in der Regel nicht missbräuchlich sind.

Neben der Markt- und der Kostenmiete gibt es noch 2 weitere Berechnungsmethoden für zulässige Mietzinse:

- bei der absoluten Berechnungsmethode wird der für ein Objekt allgemein zulässige Mietzins berechnet.

- Bei der relativen Berechnungsmethode wird das Vertrauen in das bisherige Verhalten des Vertragspartners geschützt. Es werden hier also Erhöhungsfaktoren seit der letzten Mietzinsfestsetzung untersucht.

Ist die Missbräuchlichkeit des Mietzinses erstellt, kann der Mieter den Mietzins bzw. dessen Erhöhung anfechten.

Anfechtung der Kündigung:

Sowohl der M wie auch der V können gemäss OR 271 innerhalb von 30 Tagen eine Kündigung bei der Schlichtungsbehörde anfechten, falls sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Zugunsten des M ist das Anfechtungsrecht zwingend. Art. 271a OR listet die missbräuchlichen Kündigungsgründe des V beispielhaft auf, um die Generalklausel aus Art. 271 OR zu verdeutlichen.

Von der Anfechtbarkeit der Kündigung ist die Nichtigkeit zu unterscheiden: eine Kündigung ist nichtig, wenn ihr ein grober Fehler anhaftet, wie etwa bei Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten.

Die Erstreckung des Mietverhältnisses:

Voraussetzung einer gerichtlichen Erstreckung der Mietdauer ist, dass die Kündigung eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses für den Mieter oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen sind. Dem Mieter wird durch die Erstreckung Zeit gegeben, eine angemessene Wohnung zu suchen.

- Der Gesetzgeber hat den Begriff Härte offen gelassen. Es kommt daher zu einer Beurteilung des Einzelfalls nach Recht und Billigkeit. Art. 272 Abs. 2 OR führt die wichtigsten der zu berücksichtigenden Umstände ausdrücklich auf (so z.B. die Bemühungen des Mieters, wirklich eine neue Wohnung zu finden).
- Art. 272a Abs. 1 OR führt Fälle auf, in denen eine Erstreckung ausgeschlossen ist (namentlich bei Zahlungsrückstand, Konkurs des Mieters...)
- Dem Gericht steht also ein grosser Ermessensspielraum zu. Es gibt aber eine Höchstdauer im Gesetz: für Wohnungen 4 Jahre, für Geschäftsräume 6 Jahre. Im Rahmen dieser Höchstdauer können eine oder 2 Erstreckungen gewährt werden.
- Der Mieter, dem schon einmal eine Erstreckung gewährt worden ist, kann eine zweite Erstreckung verlangen, sofern er darauf nicht verzichtet hat. Der Mieter muss aber nachweisen, dass er alles Zumutbare unternommen hat, um die Härte abzuwenden.
- Es sind spezielle Fristen für eine Erstreckung zu beachten (OR 273 Abs. 2 und 3)
- Die Vorschriften über die Erstreckung sind grundsätzlich zwingendes Recht zum Schutze des Mieters; er kann auf diese Rechte nur verzichten, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist.

Verfahrensfragen:

- Behördenorganisation und Verfahren im Allgemeinen: Die ZPO sieht vor, dass dem gerichtlichen Entscheidverfahren ein Verfahren vor einer Schlichtungsbehörde vorausgeht. Für Klagen aus Miete und Pacht unbeweglicher Sachen ist das Gericht am Orte der gelegenen Sache zuständig. Dies gilt auch für die Schlichtungsbehörde. Der Mieter kann auf diesen Gerichtsstand nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichten.
- Die Schlichtungsbehörde: Sie ist die erste Anlaufstelle für mietrechtliche Fragen. Sie soll die Parteien versuchen zu versöhnen, Lösungsvorschläge bringen oder sogar einen Entscheid fällen. Sie erfüllt zudem die Funktion einer Beratungsstelle. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ist Eintretensvoraussetzung für das nachfolgende gerichtliche Verfahren. Kommt es vor der Schlichtungsbehörde zu einer Einigung, hat der entsprechende Vergleich oder Klagerückzug die Wirkungen eines

rechtskräftigen Entscheids. Kommt keine Einigung zustande, kann die Schlichtungsbehörde entweder selber einen Entscheid fällen, einen Urteilsvorschlag unterbreiten (welcher als angenommen gilt, wenn die Parteien nicht innert bestimmter Frist eine Ablehnungserklärung abgeben) oder die Klagebewilligung ausstellen.

- Das Gericht: Die Partei, welcher die Klagebewilligung erteilt wurde, kann innert 30 Tagen beim Gericht Klage einreichen.

## VI. EINZELFRAGEN

### 1. Erneuerung und Änderung der Mietsache

Der Mieter muss Arbeiten an der Sache durch den Vermieter dulden, wenn sie zur Beseitigung von Mängeln oder zur Behebung oder Vermeidung von Schäden notwendig sind (Mietzinsherabsetzung und Schadenersatzansprüche des Mieters vorbehalten). Erneuerungen sind nur zulässig, wenn sie dem Mieter zugemutet werden können und das MV nicht gekündigt ist. Nach einer Kündigung braucht der Mieter Änderungen und Erneuerungen nicht mehr hinzunehmen für die verbleibende Zeit.

Der Mieter dagegen darf nur Veränderungen und Erneuerungen vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat. Der V kann die Wiederherstellung des früheren Zustands nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart worden ist. Es kann eine Entschädigung des Mieters vereinbart werden.

### 2. Beziehungen zu dritten Personen

#### A. Die Untermiete

Eine Untervermietung durch den M ist nur mit Zustimmung des V zulässig. Der V darf die Zustimmung jedoch nur aus best., im Gesetz umschriebenen Gründen verweigern.

Der UM ist vertraglich nur mit dem M verbunden, nicht mit dem V. Der Untervermieter haftete jedoch gegenüber dem Hauptvermieter dafür, dass der UM die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selber gestattet ist. Der UM muss alle Rechte und Pflichten erfüllen, die der Mieter auch hat.

#### B. Die Übertragung der Miete auf einen Dritten

Der Mieter von Geschäftsräumen kann das MV mit schriftlicher Zustimmung des V auf einen Dritten übertragen, was der V nur aus wichtigen Gründen ablehnen darf. Der dritte tritt an die Stelle des Mieters in das MV ein, das auf den Dritten übergeht. Der bisherige M wird von seinen Verpflichtungen gegenüber dem V grundsätzlich befreit, haftet für eine gewisse Zeit jedoch noch solidarisch mit dem neuen Mieter.

Für Mieter anderer Mietobjekte enthält das Gesetz keine Sondervorschriften, so dass die allgemeinen Regeln zur Anwendung kommen. Die Übertragung des MV auf einen Dritten setzt also ebenfalls die Zustimmung des V voraus, dieser kann die Zustimmung jedoch verweigern.

#### C. Der Wechsel des Eigentümers

Art. 261 – 261b OR befassen sich mit dem Wechsel des Eigentümers.

- Der Vermieter kann die Sache nach Abschluss eines Mietvertrags veräussern
- Dem V kann die Sache in einem Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren entzogen und einem anderen zugeschlagen werden

- Der V kann einem Dritten ein beschränktes dingliches Recht einräumen, was einem Eigentümerwechsel gleichkommen kann (z.B. Nutzniessung).

Das MV geht mit dem Eigentum der Sache auf den Erwerber über. Der neue Eigentümer hat gewisse Möglichkeiten der vorzeitigen Vertragsauflösung nach OR 261 Abs. 2. Eventuell kann dem Mieter gegenüber eine Schadenersatzpflicht des bisherigen Eigentümers entstehen. Ein Mietverhältnis kann zudem im GB vorgemerkt werden, was die Stellung des M stärkt. Jeder neue Eigentümer muss in diesem Fall dem Mieter gestatten, das Grundstück entsprechend dem Mietvertrag zu gebrauchen.

## **§ 12 Die Gebrauchsleihe, das Darlehen und der Konsumkreditvertrag**

### I. DIE GEBRAUCHSLEIHE

#### 1. Allgemeines

Durch den Gebrauchsleihvertrag verpflichtet sich der Verleiher, dem Entlehner eine Sache zum unentgeltlichen Gebrauch zu überlassen, und der Entlehner, dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauch dem Verleiher zurückzugeben.

- Gebrauchsüberlassung auf Zeit
- Unentgeltlichkeit des Geschäfts. Es handelt sich also um einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag.

Von der Miete unterscheidet sich die Gebrauchsleihe durch ihre Unentgeltlichkeit, vom Darlehen dadurch, dass der Verleiher Eigentümer der Sache bleibt (beim Darlehen wird der Borger Eigentümer der Sache). Anders als beim Hinterlegungsvertrag, der als Sicherungsgeschäft den Interessen des Hinterlegers dient, dient die Gebrauchsleihe den Interessen des Entlehners, der in den Genuss des Gebrauchs der Sache kommen soll. Anders als bei der Nutzniessung wird aber ein rein obligatorisches Recht begründet, bei der Gebrauchsleihe entsteht kein dingliches Nutzungsrecht.

Der Gebrauchsleihvertrag kommt durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zustande, eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben.

#### 2. Die Pflichten der Parteien

Der Verleiher verpflichtet sich zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung. Er hat die Sache zu übergeben und den vertragsgemässen Gebrauch durch den Entlehner zu dulden. Es handelt sich um eine Dauerschuld, sie ist so lange fortzusetzen, bis das Vertragsverhältnis endet. Bei einer mangelhaften Leihsache kommen wegen der Unentgeltlichkeit die Regeln des Schenkungsrechts und der positives Vertragsverletzung analog zur Anwendung.

Der Entlehner hat die Pflicht, die Sache nicht anders als vertragsgemäss zu gebrauchen und sie nach gemachtem Gebrauch zurückzugeben. Der zulässige Gebrauch ergibt sich aus Vertrag oder mangels Regelung aus der Zweckbestimmung der überlassenen Sache. Der Gebrauch ist von Entlehner persönlich auszuüben, er darf die Sache nicht einem anderen überlassen. Der Entlehner trägt die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache (bei Tieren insbesondere für die Fütterung) → Kostentragung für den gewöhnlichen Unterhalt. Haben mehrere Entlehner die Sache entlehnt, so haften sie solidarisch für die Erfüllung der Entlehnerpflichten.

#### 3. Die Beendigung

Der Entlehner kann den Vertrag jederzeit kündigen (da dies ja normalerweise auch im Interesse des Verleihers ist), unter Vorbehalt von Art. 2 ZGB und anderen Abreden.

Der Verleiher hat nur unter folgenden VSS die Befugnis, die Sache zurückzuverlangen:

- Die Gebrauchsleihe als Dauervertrag endet mit Ablauf einer vereinbarten Dauer. Ist keine Dauer vereinbart, endet der Vertrag, sobald der Entlehner von der Sache vertragsgemässen Gebrauch gemacht hat oder mit Ablauf der Zeit, in der dieser Gebrauch hätte stattfinden können.



- Lässt sich eine solche Dauer nicht ermitteln, kann der Verleiher die Sache beliebig zurückfordern, also den Vertrag zu einem beliebigen Zeitpunkt mit sofortiger Wirkung kündigen.

Das Gesetz kennt zudem ausserordentliche Beendigungsgründe:

- Die Gebrauchsleihe endet von Gesetzes wegen mit dem Tod des Entlehners
- Der Verleiher hat sodann ein vorzeitiges Kündigungsrecht in den von Art. 309 Abs. 2 OR vorgesehenen Fällen: Wenn der Entlehner die Sache vertragswidrig gebraucht oder einem Dritten zum Gebrauch überlässt, oder wenn der Verleiher die Sache selbst wegen einem unvorhergesehenen Fall dringend braucht. In diesen Fällen löst die vorzeitige Vertragsauflösung keine Schadenersatzpflicht der Verleihers aus.

## II. DAS DARLEHEN

### 1. Allgemeines

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung der Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte.

- Der Darlehensvertrag ist ein Gebrauchsüberlassungsvertrag: Der Borger soll eine Geldsumme auf Zeit nutzen können (Dauervertrag)
- Zu diesem Zweck wird vom Darleiher (Kreditgeber) Eigentum an dieser Geldsumme auf den Borger übertragen; der Darleiher behält eine obligatorische Forderung auf Rückerstattung der gleichen Summe oder bei Sachen der nämlichen Art gleicher Menge und Güte
- Ein Entgelt gehört nicht notwendigerweise zum Darlehensvertrag; ein Darlehen kann verzinslich oder unverzinslich sein. Im ersten Fall liegt ein vollkommen, im zweiten ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag vor.

Abgrenzung zur Gebrauchsleihe:

- GL immer unentgeltlich, Darlehen kann aber auch verzinslich sein
- Beim Darlehen geht die Geldsumme, bzw. die Sache, in das Eigentum des Borgers über

Abgrenzung zu Veräusserungsverträgen:

- Der Borger erhält nicht das Eigentum als Selbstzweck, sondern nur zum Wertgebrauch, mit der Verpflichtung, die gleiche Summe wieder zurückzuerstatten (Element der Gebrauchsüberlassung)

Abgrenzung zur Hinterlegung:

- Auch hier Element der Gebrauchsüberlassung. Bei der Hinterlegung geht es um die sichere Aufbewahrung. Deshalb hat dort der Hinterleger eine Vergütung zu bezahlen, beim Darlehen jedoch der Borger.

Besondere Arten des Darlehensvertrags:

- Partiarisches Darlehen: Vereinbarung, dass der Borger anstelle des Zinses oder neben dem Zins einen bestimmten Anteil am Geschäftsgewinn dem Darleiher bezahlt.
- Konsumkreditvertrag: Regelung durch ein Sondergesetz (KKG)

Auch der Darlehensvertrag entsteht durch Austausch übereinstimmender Willensäusserungen. Eine Form ist auch hier nicht vom Gesetz vorgeschrieben (in der Praxis erfolgt er jedoch meist schriftlich).

## 2. Pflichten der Parteien

Der Darleiher schuldet einerseits die Übertragung des Eigentums an der Geldsumme und andererseits die Überlassung des Geldes während der Vertragsdauer. Er unterlässt also die Rückforderung vor dem Vertragsablauf.

Wurde der Borger jedoch seit Vertragsabschluss zahlungsunfähig, kann der Darleiher die Herausgabe der Geldsumme verweigern. Auch nach Eintritt der Verjährung braucht der Darleiher das Geld nicht auszuhändigen.

Der Borger hat die Geldsumme vertragsgemäss entgegenzunehmen und nach Vertragsablauf in gleicher Summe bzw. in Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte zurückzuerstatten. Die Rückzahlungsverpflichtung ist eine Wertschuld: Nicht bestimmte Sachen sind geschuldet, sondern der entsprechende Wert zum Nominalbetrag, sozusagen die gemietete Kaufkraft. Zinsen sind nur zu entrichten, wenn sie vereinbart sind. Gerät der Borger mit der Zinszahlung in Verzug, kann der Darleiher nach den Art. 107 ff. OR vorgehen: angemessene Nachfrist ansetzen und nach unbenütztem Ablauf den Vertrag auflösen. Dann ist die Summe vorzeitig zur Rückzahlung fällig. Es kommt zu einer ex nunc wirkenden Kündigungswirkung. Wird ein Darlehen ausschliesslich zu einem bestimmten Zweck ausgerichtet, so besteht die vertragliche Nebenpflicht des Borgers, die Sache nicht zu einem anderen Zwecke zu gebrauchen. Als Darlehenssumme gilt der Kurswert oder der Marktpreis der Papiere oder Waren zum Zeitpunkt und am Ort der Hingabe (zum Schutz des Borgers ist diese Norm zwingend).

Der Anspruch des Darleihers auf Annahme des Darlehens verjährt in 6 Monaten, ab Eintritt des Verzugs an gerechnet. Eine Annahmepflicht des Borgers besteht nur bei einem verzinslichen Darlehen (da dem Darleiher sonst ein schützenswertes Interesse an der Abnahme seines Geldes fehlt).

Liegt ein unbefristetes Darlehen vor, so beginnt die Verjährungsfrist ohne Weiteres mit dem Ablauf der festen Vertragsdauer. Bei den unbefristeten Darlehen ist die Rechtslage umstritten. Grundpfandgesicherte Darlehensforderungen sind unverjährbar.

## 3. Die Beendigung

Als Dauerschuldverhältnis endet der Darlehensvertrag mit Ablauf der vereinbarten Dauer oder mangels solcher Abrede durch wirksame Kündigung. Fehlen jegliche Vereinbarungen, ist ein Darlehen innert 6 Wochen von der ersten Aufforderung an gerechnet zurückzuzahlen. Aus wichtigen Gründen kann der Darlehensvertrag auch vorzeitig gekündigt werden, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist.

# III. DER KONSUMKREDITVERTRAG

## 1. Allgemeines

Der Konsumkreditvertrag, ein Konsumentenvertrag, ist ein Vertrag über eine besondere Kreditierung, die in einem Darlehen bestehen kann, aber auch in anderen Erscheinungsformen vorkommt. Er ist speziell geregelt durch das KKG, ergänzt durch die VKKG.

Folgende Elemente sind typisch:

- Die Kreditgewährung, die in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder versprochen wird
- Die Beteiligung eines Kreditgebers; d.h. einer natürlichen oder juristischen Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt

- Die Beteiligung eines Konsumenten als Kreditnehmer; d.h. einer natürlichen Person, die einen KKV zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Beim KKV handelt es sich also nicht um einen feststehenden Vertragstypen, vielmehr können verschiedenste Vertragstypen dem KKG unterstellt sein, wenn sie die Anforderungen von Art. 1 KKG erfüllen (VSS siehe oben).

Das KKG verfolgt eine doppelte Zielrichtung:

- einerseits soll die schweizerische Rechtslage den europäischen Vorgaben angenähert werden
- andererseits sollen die Konsumenten geschützt werden. Dies geschieht z.B. durch die relativ zwingende Natur der Bestimmungen (es kann also nicht zu Ungunsten der Konsumenten von ihnen abgewichen werden).

Nicht anwendbar ist das KKG auf Verträge über Kredite von weniger als 500 und mehr als 80'000.- und bei weiteren Tatbeständen (siehe Art. 7 und 8 KKG).

KKV werden abschliessend durch den Bund geregelt. Der Gerichtsstand richtet sich nach der ZPO.

## 2. Abschluss, Form und Inhalt des Vertrags

Erforderlich ist zunächst der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Der KKV untersteht einer qualifizierten Form: er ist schriftlich abzuschliessen und der Konsument muss eine Kopie des Vertrags erhalten (wobei entgegen dem Wortlaut eine blosse Fotokopie nicht genügt, es bedarf eines unterschriebenen Vertragsdoppels). Ferner ist ein bestimmter Mindestinhalt vorgeschrieben, so muss z.B. das Widerrufsrecht, die entsprechende Frist und Form des Widerrufs enthalten sein im Vertrag.

Bei minderjährigen Konsumenten ist die schriftliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (welche spätestens bei Unterzeichnung des Vertrags durch den Konsumenten abzugeben ist; also weder nachträgliche noch formfreie Zustimmung möglich). Eine solche Zustimmung ist auch nötig, wenn der Minderjährige über das freie Kindesvermögen verfügen will.

Der Konsument kann den Antrag zum Vertragsabschluss oder die Annahmeerklärung innert 7 Tagen widerrufen. Diese Erklärung hat in schriftlicher Form zu erfolgen. Die Widerrufserklärung muss also spätestens am 7. Tag, nachdem der Konsument das Vertragsdoppel erhalten hat, der Post übergeben werden.

Die Nichteinhaltung der Form oder des Mindestinhalt bewirken grundsätzlich die Nichtigkeit des KKV. Der Konsument muss den empfangenen Kredit dann bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückerstatten, hat aber weder Zinsen noch Kosten zu erstatten, es erfolgt also eine Umwandlung in ein zinsloses Darlehen.

## 3. Die Rechte und Pflichten der Parteien

Grundsätzlich haben die Parteien ihre Rechte und Pflichten nach Massgabe des KKV zu erfüllen. Es bestehen jedoch zahlreiche Besonderheiten, welche die Stellung des Konsumenten verbessern:

- Der vom Konsumenten geschuldete Zins richtet sich grds. nach dem Vertrag. Der BRat legt aber einen Höchstzinssatz fest, der gegenwärtig bei 15% liegt

- Art. 17 KKG sieht das Recht des Konsumenten vor, die Pflichten aus dem KKV vorzeitig zu erfüllen. Er kann den bezogenen Kredit also jederzeit zurückzahlen. Der Sache nach läuft das auf eine ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit des Konsumenten hinaus. Macht er von diesem Recht Gebrauch, hat er Anspruch auf Erlass der Zinsen und angemessene Ermässigung der Kosten, die auf die nicht beanspruchte Kreditdauer entfallen.
- Das Rücktrittsrecht der Kreditgeberin bei Zahlungsverzug ist eingeschränkt
- Der Konsument darf zwingend die Einreden aus dem KKV gegenüber jedem Abtretungsgläubiger geltend machen (Art. 19 KKG)
- Der Kreditgeber darf Zahlungen oder Sicherheiten nicht in Form von Wechseln oder Checks annehmen.
- Der Konsument darf unter gewissen VSS die Rechte, die gegen ihn gegen den Lieferanten von Waren oder Dienstleistungen zustehen (namentlich Mängelrechte), auch gegenüber dem Kreditgeber geltend machen (sog. Einwendungsdurchgriff).

#### 4. Weitere Schutzvorschriften zu Gunsten des Konsumenten

- Von Gesetzes wegen besteht eine Pflicht des Kreditgebers zur Prüfung der Kreditfähigkeit vor Vertragsabschluss (Art. 28 ff. KKG). Damit soll eine Überschuldung des Konsumenten vermieden werden
- Verstösst der Kreditgeber in schwerwiegender Weise gegen die Art. 28, 29 oder 30 KKG, so verliert er die von ihm gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten. Der Konsument kann die bereits erbrachten Leistungen nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.
- Den Kreditgeber trifft ferner eine Meldepflicht zu Handen der Informationsstelle für Konsumkredit (ebenfalls zum Schutz vor Überschuldung des Konsumenten).
- Das KKG enthält sodann Bestimmungen über die (gewerbsmässige) Vermittlung von KKV.

## § 14 Der Einzelarbeitsvertrag

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

Art. 319 – 343 OR

Weitere besondere Bestimmungen des OR, das Gleichstellungsgesetz und weitere...

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser verpflichtet sich zur Entrichtung eines Lohns.

- Arbeitsleistung des AN
- Auf Zeit
- Im Dienst des AG → Unterordnungsverhältnis
- Entgeltlichkeit (Zeitlohn oder Akkordlohn)

#### Abgrenzung

- vom Werkvertrag: beim Werkvertrag ist der Unternehmer selbständig und es ist kein Dauervertrag
- vom Auftrag: Der Beauftragte handelt selbständig und nicht im Dienst des Auftraggebers. Entscheidend ist der Grad der rechtlichen Fremdbestimmung. Der Auftrag kann ein Dauerelement enthalten, ist aber nicht zwangsläufig ein Dauerverhältnis.

### II. DIE PFLICHTEN DES ARBEITNEHMERS

#### 1. Im Allgemeinen

Den AN trifft die Pflicht zur dauernden Leistung der vertraglich übernommenen Arbeit im Dienst des AG.

- der AN hat in eigener Person zu leisten, sofern nichts anderes vereinbart ist oder sich aus den Umständen ergibt
- den AN trifft eine Sorgfalts- und Treuepflicht: er hat die übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des AG in guten Treuen zu wahren.
- Der AN hat die Pflicht, über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für den AG von Dritten erhält, Rechenschaft abzulegen und dem AG alles sofort herauszugeben. Diese Herausgabepflicht betrifft auch alle Arbeitserzeugnisse.
- Der AN hat Überstunden zu leisten, soweit dies nötig ist und es ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Eine obere Grenze gibt das Arbeitsschutzrecht vor.
- Der AN muss allgemeine Anordnungen des AG sowie ihm besonders erteilte Weisungen nach Treu und Glauben befolgen, sofern diese rechtmässig sind.

#### 2. Haftung des AN

Der AN haftet dem AG für den Schaden, den er ihm schuldhaft – absichtlich oder fahrlässig – zufügt. Hier kann es zu einem Übernahmeverschulden kommen, wenn der AN einen Arbeitsvertrag eingegangen ist, für dessen Erfüllung er aufgrund seiner Ausbildung oder persönlichen Leistungsfähigkeit nicht geeignet ist.

Das Gesetz stellt eine allgemeine Umschreibung des Masses der Sorgfalt auf, für die der AN einzustehen hat. Dieses bestimmt sich nach Ausbildung, Berufsrisiko, Fähigkeiten und Eigenschaften des AN...

### III. DIE PFLICHTEN DES ARBEITGEBERS

#### 1. Im Allgemeinen

- Pflicht zur Lohnzahlung: Der Lohn ist nach Art und Höhe so zu entrichten, wie es verabredet, üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder GAV bestimmt ist. Das Gesetz enthält einige Sonderregelungen (z.B. zu Provisionen, Gewinnbeteiligungen...). Der Lohn ist grundsätzlich Ende Monat geschuldet, der AN ist also nach dispositiver Regelung vorleistungspflichtig. Lohn ist grundsätzlich nur geschuldet, wenn auch gearbeitet wurde. In gewissen Fällen besteht aber auch Anspruch auf Bezahlung, wenn nichts geleistet wurde, so z.B. in gewissen Umfang bei Krankheit, Unfall... Bezahlte der AG nicht rechtzeitig, kommen die Regeln über den Verzug zur Anwendung. Daneben bestehen einige Spezialregeln.
- Weitere Pflichten, wie Schutz des AN, Gewährung von Mutterschaftsurlaub, Ferien...

#### 2. Der Schutz der Persönlichkeit des AN insbesondere

Art. 328 Abs. 1 OR bestimmt, dass der AG die Persönlichkeit des AN zu achten und zu schützen hat. Daraus folgen viele Teilpflichten:

- Pflicht, den AN vor sexueller Belästigung zu schützen
- Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit des AN
- In gewissen Fällen Pflicht zur ausreichenden Verpflegung und Unterkunft des AN

Aspekte des Persönlichkeitsschutzes ergeben sich auch aus dem Gleichstellungsgesetz  
→ Diskriminierungsverbot

#### 3. Die Personalvorsorge insbesondere

Einige Verpflichtungen ergeben sich aus dem ZGB und dem Sozialversicherungsrecht.  
→ Pflicht zur Entrichtung von Beiträgen an die Vorsorgeeinrichtungen...

...

#### B. Das Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

Das vertragliche Verbot beinhaltet die Abrede, durch welche der AN sich verpflichtet, jede konkurrenzierende Tätigkeit während einer bestimmten Zeit zu unterlassen und dabei insbesondere nicht ein konkurrenzierendes Geschäft zu betreiben bzw. in einem solchen tätig zu sein.

- Konkurrenz liegt vor, wenn die Geschäfte bei einem ganz oder teilweise übereinstimmenden Kundenkreis gleichartige und folglich unmittelbar das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistungen anbieten
- Zur gültigen Vereinbarung eines Konkurrenzverbots ist die Handlungsfähigkeit des AN vorauszusetzen.
- Das KV muss schriftlich vereinbart sein.

- Das KV ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem AN Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den AG erheblich schädigen könnte.
- Das KV ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen. Es darf nur unter bestimmten Umständen drei Jahre überschreiten.
- Übertritt ein AN ein gültig vereinbartes KV, wird er dem AG schadenersatzpflichtig. Es kann auch eine Konventionalstrafe vereinbart werden → Wandelpön inkl. Ersatzpflicht für weiteren Schaden → nur wenn besonders schriftlich vereinbart, kann der AG die Konventionalstrafe und die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands verlangen. Zudem findet in diesem Fall eine Interessenabwägung statt.
- Das KV fällt dahin, wenn der AG kein nachweisbar erhebliches Interesse mehr daran hat. Ebenso, wenn dem AN die Kündigung nicht begründet wird oder wenn er selber kündigt aus vom AG zu verantwortenden Anlass.

## § 16 Der Werkvertrag

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

Art. 363 – 379 OR. Verweist auf Kaufvertragsrecht. Es sind auch sachenrechtliche Sonderbestimmungen zu beachten (z.B. Bauhandwerkerpfandrecht, ZGB 837 Abs. 1 Ziff. 3)

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

##### A. Im Allgemeinen

Typisch für den Werkvertrag ist die Herstellung eines Werks gegen Leistung der Vergütung (Werklohn). Ein Werkvertrag ist immer entgeltlich.

Die Herstellung des Werks besteht in der Bewirkung und Ablieferung eines Arbeitserfolgs. Der Unternehmer schuldet also nicht bloss Arbeitsleistung, sondern ein Arbeitsergebnis.

##### Abgrenzungen:

- vom Kaufvertrag: Beim WV ist die Herstellung einer Sache geschuldet, während der KV die Pflicht zur Übertragung einer Sache enthält. Geht der Kaufvertrag über eine Sache, die zuerst noch produziert werden muss, ist die Abgrenzung schwierig (z.B. Kauf einer Stockwerkeigentumsinheit ab Plan).
- Vom einfachen Auftrag: Beim Auftrag ist ein Tätigwerden geschuldet, beim WV ein bestimmter Erfolg.
- Vom EAV: Der Unternehmer ist beim WV selbständig tätig, steht also nicht im Dienst des Bestellers. Die Schuld erlischt zudem mit Erfüllung.
- Vom werkvertragsähnlichen Innominatkontrakt: Hier soll die Herstellung eines Werkes nach dem Vertrag unentgeltlich erfolgen. Diese Unentgeltlichkeit spricht gegen einen Werkvertrag und kann sich unter Umständen in einer Haftungsmilderung auswirken.
- Von der einfachen Gesellschaft: von dieser unterscheidet sich der WV durch die Gegenläufigkeit der Interessen. Bei der einfachen Gesellschaft schliessen sich mehrere Personen zum Erreichen eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln zusammen.

##### B. Besondere Erscheinungsformen

- Der Generalunternehmervertrag: Vertrag zwischen einem Besteller (Bauherrn) und einem Unternehmer, durch den sich der Letztere zur gesamten Ausführung eines Bauwerks verpflichtet. Der Generalunternehmer schuldet dem Bauherrn ein Gesamtergebnis. Er erledigt die anfallenden Arbeiten entweder selber oder delegiert sie an andere Unternehmen (in eigenem Namen und auf eigene Rechnung)  
→ Subunternehmen (z.B. Malerarbeiten, Gipser...)
- Subunternehmervertrag: Hier handelt es sich um einen Werkvertrag, mit dem der Generalunternehmer dem Subunternehmer Arbeiten, die er dem Bauherrn schuldet, auf eigene Kosten und Namen überträgt. Der Generalunternehmer hat also einen Werkvertrag mit dem Bauherrn und auch mit dem Subunternehmer.
- Totalunternehmervertrag: Werkvertrag, bei welchem der Unternehmer dem Bauherrn nicht nur die gesamte Ausführung an einer grösseren Baute, sondern auch die Planungsarbeiten dieser Baute verspricht.



- Werkvertrag mit einer Arbeitsgemeinschaft (= Konsortium): Die Herstellung eines Werkes wird von einer Mehrheit von Unternehmern versprochen, die sich zu diesem Zweck zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen aus Gründen wie etwa der Kapazitätsausweitung, Nutzung von Synergien, Risikoverteilung...

## II. DIE ENTSTEHUNG UND ÄNDERUNG DES WERKVERTRAGS

### 1. Die Entstehung

Der Werkvertrag entsteht mit dem Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Zwingend von den Parteien zu regeln sind das geschuldete Werk sowie die Entgeltlichkeit. Die Höhe des Werklohns muss jedoch nicht bestimmt werden.

Der Werkvertrag ist von Gesetzes wegen keiner besonderen Form unterstellt. Schriftform ist in der Praxis jedoch üblich. Dies hängt auch damit zusammen, dass oft AGB zur Anwendung kommen.

### 2. Die Bestellungsänderung

Darunter wird die rechtsgeschäftliche Änderung des Inhalts des (abgeschlossenen und fortbestehenden) Werkvertrags verstanden. Der Unternehmer schuldet dem Besteller aber die Ablieferung des Werks, das er vertraglich versprochen hat. Eine Bestellungsänderung bedarf daher einer besonderen Rechtsgrundlage, nämlich einer einvernehmlichen Vertragsänderung der Parteien oder eines wirksam ausgeübten Gestaltungsrechts.

- Eine vertragliche Bestellungsänderung geschieht durch einen Abänderungsvertrag
- Eine einseitige Bestellungsänderung ist dann möglich, wenn dem Besteller ein Gestaltungsrecht zusteht. Dieses kann sich ergeben aus Gesetz (analoge Anwendung von OR 377), aus Parteivereinbarung (in den Schranken der Rechtsordnung können beliebige Änderungsrechte vorgesehen werden, dies macht gerade bei grossen Gebäudekomplexen auch durchaus Sinn, da meist nicht alle Eventualitäten bedacht wurden) oder aus dem hypothetischen Parteiwillen (für den Fall, dass der Vertrag lückenhaft ist).

Zu beachten ist, dass der Unternehmer für einen allfälligen Mehraufwand einen Anspruch auf Mehrvergütung hat.

## III. DIE PFLICHTEN DES UNTERNEHMERS

Die werkvertragsrechtliche Hauptpflicht des Unternehmers besteht in der Herstellung eines Werkes. Mit der Werkablieferung erfüllt der Unternehmer diese Hauptpflicht. Richtige Erfüllung liegt aber nur vor, wenn in persönlicher, qualitativer und zeitlicher Hinsicht vertragskonform erfüllt wurde.

- der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen; eine Ausnahme gilt da, wo es nach der Natur des Geschäfts nicht auf die Persönlichkeit des Unternehmers ankommt.
- Das Werk muss auch qualitativ den vertraglich vereinbarten Anforderungen genügen. Eine Abweichung stellt einen Mangel dar. Da ein Arbeitsergebnis geschuldet ist, haftet der Unternehmer auch dann, wenn er sorgfältig gehandelt hat und ihn kein Verschulden trifft. Gänzlich unerfüllt bleibt die Leistungspflicht, wenn der Unternehmer ein anderes als das geschuldete Werk abgeliefert (aliud).
- Der Unternehmer muss auch in zeitlicher Hinsicht seiner Herstellungs- und Ablieferungspflicht richtig erfüllen. Es gelten die Regeln des Verzugs.

Den Unternehmer trifft eine Reihe von weiteren Pflichten und Obligationen:

- Der Unternehmer ist zur Sorgfalt verpflichtet
- Der Unternehmer ist verpflichtet, die zur Herstellung des Werks benötigten Hilfsmittel auf eigene Kosten zu besorgen.
- Den Unternehmer trifft eine Anzeigepflicht, wenn sich z.B. beim vom Besteller gelieferten Stoff oder dem angewiesenen Baugrund Mängel zeigen oder die Verhältnisse eine rechtzeitige Erfüllung gefährden.
- Der Unternehmer hat gegenüber fehlerhaften Weisungen des Bestellers ausdrücklich abzumahlen, also kundzutun, dass er die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne. Tut er dies nicht, so haftet er für die Schäden.
- Der Unternehmer, der die Lieferung eines Stoffs übernommen hat, hat hierfür Rechtsgewähr zu leisten.

#### IV. DIE PFLICHTEN DES BESTELLERS

Gemäss OR 363 hat der Besteller dem Unternehmer eine Vergütung (den Werklohn) zu bezahlen. Die Höhe dieses Werklohns bestimmt sich in erster Linie nach Vertrag. Wurde die Summe zum Voraus bestimmt, ist der Werkunternehmer grundsätzlich verpflichtet, das Werk zu diesem Betrag abzuliefern, selbst dann, wenn er Mehrarbeit oder grössere Auslagen als vorgesehen gehabt hat. Die vereinbarte Summe ist auch geschuldet, wenn der Unternehmer weniger Arbeit hatte als vorgesehen. Für ausserordentliche Umstände kann durch gerichtlichen Ermessensentscheid eine Preiserhöhung oder die Auflösung des Vertrags zugesprochen werden.

Wurde der Preis vertraglich gar nicht oder nur ungefähr bestimmt, so ist er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festzusetzen. Dabei ist auch ein Gewinnzuschlag zu leisten, nicht bloss Aufwandvergütung.

Fällig wird der Werklohn bei Ablieferung des Werkes. Der Werkunternehmer ist also vorleistungspflichtig. Es kann jedoch auch etwas anderes vereinbart werden (Akontozahlungen sind üblich). Es kann z.B. vereinbart werden, dass das Werk in Teilen zu liefern und die Vergütung ebenfalls in Teilen zu leisten ist.

Erfüllt der Besteller seine Zahlungspflicht nicht, stehen dem Unternehmer folgende Rechtsbehelfe zur Verfügung:

- Er kann zunächst über die allgemeinen Regeln des Schuldnerverzugs vorgehen und allenfalls den Vertrag auflösen. An die Stelle des Rücktritts tritt generell die Kündigung (ex nunc) soweit mit der Erfüllung bereits begonnen wurde. Dient es den Interessen des Unternehmers, kann er auch eine Rückabwicklung verlangen.
- Besteht das Werk in einer beweglichen Sache des Bestellers, die der Unternehmer reparieren musste, so steht diesem nach Massgabe von ZGB 895 ff. ein Retentionsrecht zu.
- Besteht das Werk in Arbeit und Material an einem Grundstück, so steht dem Unternehmer zur Sicherung seiner Forderung nach Massgabe von ZGB 837 Abs. 1 Ziff. 3 das (zum Voraus unverzichtbare) Recht auf Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts (Bauhandwerkerpfandrecht) zu. Es spielt dabei keine Rolle, ob der Werklohnschuldner oder eine andere Person Grundeigentümer ist.

## V. DIE MÄNGELHAFTUNG DES UNTERNEHMERS

### 1. Übersicht

In den Art. 367 – 371 OR ist die Mängelhaftung des Unternehmers geregelt. In gewissen Punkten wird dabei an die Regeln über die Sachgewährleistung angeknüpft, in anderen bestehen wichtige Unterschiede.

Die Regelung ist ebenfalls dispositiv.

Gemäss Art. 356 Abs. 1 OR haftet der Unternehmer dem Besteller für die Güte des Stoffes und hat Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer. Diese Verweisung betrifft indes nur die Rechtsgewährleistung für den Werkstoff; für Mängel am Werk bei selbst geliefertem Stoff ist nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts vorzugehen.

### 2. Die Voraussetzungen der Mängelhaftung des Unternehmers

- Der Mangel des Werks: Mangel = Abweichung vom Vertrag. Dies kann im Fehlen zugesicherter Eigenschaften oder von Eigenschaften, die der Besteller trotz fehlender Zusicherung nach Treu und Glauben voraussetzen durfte, bestehen.  
Damit die Mängelhaftung aktuell wird, muss das Werk abgeliefert sein. Zwar kann sich der Besteller auch wehren, wenn er während der Ausführung Mängel entdeckt, jedoch gehen diese nicht unter den Begriff der Mängelhaftung.  
Das Gesetz behandelt mehrere Arten von Mängeln, wie erhebliche und minder erhebliche Mängel, Mängel, die bei der Abnahme und der ordnungsgemässen Überprüfung nicht erkennbar waren, Mängel, die vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden, und Mängel, die erst später zu Tage treten.  
Von den Mängeln des Werks, die von der Mängelhaftung gedeckt sind, sind die anderen Mängel zu unterscheiden, die Gegenstand der allgemeinen Haftungsbestimmungen sind (nach OR 97 ff.) → Schädigung des Bestellers durch den Unternehmer vor Ablieferung, nachträgliche Verschlechterung des Werks, verspätete Ablieferung, die vertragswidrige Nichtvollendung oder der Lieferung eines aliud.
- Fehlen von Wegbedingung der Gewährleistung, Genehmigung und Selbstverschulden des Bestellers: Eine Genehmigung liegt vor, wenn der Besteller dem Unternehmer ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, er betrachte das Werk als vertragskonform ausgeführt und verzichte auf allfällige Mängelrechte. Vorbehalten bleiben die Mängel, die nicht sofort erkennbar waren. Ein Selbstverschulden liegt etwa vor, wenn der Besteller trotz ausdrücklicher Abmahnung an bestimmten mangelkausalen Ausführungsanweisungen festgehalten hat.
- Mängelrüge: den Besteller trifft wie den Käufer die Obliegenheit, nach Ablieferung des Werks dessen Beschaffenheit, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Die Rüge muss rechtzeitig erfolgen, was sich nach der Natur des Werks und der Art des Mangels beurteilen lässt (nach BGR bei gewöhnlichen Verhältnissen 7 Tage angemessen). Es besteht zudem eine absolute Verjährungsfrist, nach Ablauf derer die Rechte aus später gerügten Mängeln verwirkt sind.  
Ergeben sich Mängel erst später, müssen sie sofort nach Entdeckung gerügt werden, sonst gelten sie als genehmigt.  
Verheimlicht der Unternehmer Mängel arglistig, so ist Art. 203 OR analog anwendbar. Dass sich der Unternehmer in einem solchen Fall nicht auf die versäumte Mängelrüge berufen kann, ist von der Lehre anerkannt, vom BGR bisher jedoch verneint.  
Die Regeln der Mängelhaftung sind dispositiv, deshalb können die Parteien Regeln vereinbaren, die für den Besteller günstiger sind.

### 3. Die Rechtsfolgen: Mängelrechte des Bestellers

- Das Wandelungsrecht: Der Besteller hat das Recht, die Annahme des Werks zu verweigern, also den Werkvertrag rückgängig zu machen. Immerhin müssen erhebliche Mängel vorhanden sein, damit gewandelt werden kann (das Werk muss so weit vom Vertrag abweichen, dass es für den Besteller nutzlos ist oder ihm die Annahme nicht zugemutet werden kann). Bei Werken, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet worden sind und nur unter unverhältnismässigen Nachteilen wieder entfernt werden können, entfällt das Wandelungsrecht zum vornherein. Wie beim Kaufvertrag kann die Wandelung als Gestaltungsrecht mit einseitiger Erklärung ausgeübt werden. Bei wirksamer Wandelungserklärung muss der Vertrag rückabgewickelt werden (vertragliche Pflichten)
- Das Minderungsrecht: der Besteller kann bei einem Minderwert des Werkes auch einen Abzug am Werklohn machen. Dieses Recht steht dem Besteller insbesondere zu, wenn die Mängel nicht sehr erheblich sind und das Werk auf Grund und Boden des Bestellers errichtet wurde und nur unter unverhältnismässigen Nachteilen wieder entfernt werden könnte. Auch das Minderungsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Wurde es wirksam ausgeübt, berechnet sich der Werklohn nach der relativen Berechnungsmethode. Wurde der Lohn bereits entrichtet, entsteht eine Forderung auf Rückzahlung des zuviel bezahlten.
- Das Nachbesserungsrecht: Der Besteller hat Anspruch auf eine unentgeltliche Nachbesserung des Werks, sofern dies dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht. Die ursprüngliche Verpflichtung zur mängelfreien Werkherstellung lebt also wieder auf. Ausnahmsweise kann sogar eine Neuerstellung des Werks verlangt werden. Ob übermässige Kosten entstehen entscheidet sich nach dem Verhältnis zwischen Nutzen der Nachbesserung für den Bauherrn und den Kosten, die dem Unternehmer dadurch entstehen. Das Nachbesserungsrecht besteht auch bei wenig schweren Mängeln.  
Auch das Nachbesserungsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Wird die entstehende Nachbesserungsschuld wiederum nicht richtig ausgeführt, entstehen dem Besteller Wahlrechte (insbesondere kann er die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers von einem Dritten ausführen lassen).
- Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens: Bei Verschulden des Unternehmers hat der Besteller das Recht, Schadenersatz zu verlangen. Hier handelt es sich aber nun nicht um ein Gestaltungsrecht, sondern um eine Forderung. Mit Mangelfolgeschaden ist der Schaden gemeint, der dem Besteller ausserhalb des Werks entsteht. Es geht also hier nicht um den Schaden am Werk selber!  
Ein Verschulden des Unternehmers ist vorausgesetzt. Im Sinne von Art. 97 OR wird dieses vermutet, für die Hilfspersonenhaftung gilt OR 101.  
Der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens tritt kumulativ zu den anderen Mängelrechten des Bestellers, denn damit sollen ja gerade die Positionen ersetzt werden, die durch Wandelung, Minderung, Ausbesserung nicht gedeckt sind.  
Auch für den Ersatz des Mangelfolgeschadens ist eine rechtzeitige Mängelrüge vorausgesetzt.

#### Die Verjährung der Mängelrechte:

Art. 317 OR regelt die Verjährung der Mängelrechte mit Verweis auf die Regeln des Kaufvertragsrechts. Grundsätzlich verjähren die Ansprüche des Bestellers wegen Mängeln des Werks gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers. Der Werkunternehmer kann vertragliche jedoch eine längere Haftung übernehmen. Auch eine vertragliche Verkürzung der

gesetzlichen Verjährungsfrist ist möglich. Die Einreden des Bestellers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung des Werks die Mängelrüge an den Werkunternehmer gemacht worden ist.

Die Mängelrechte des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerks wegen Mängeln des Werks verjähren mit Ablauf von 5 Jahren nach der Ablieferung. Diese kurzen Verjährungsfristen gelten für alle Mängelrechte des Bestellers, auch für den Ersatz des Mangelfolgeschadens. In gewissen Fällen bleibt es indes bei einer 10-Jahresfrist (Art. 127), nämlich wenn der Unternehmer eine solche Haftung übernommen hat oder wenn der Unternehmer den Besteller hinsichtlich der Mängel absichtlich getäuscht hat.

#### 4. Einzelfragen zur Mängelhaftung

Der allgemeiner Erfüllungsanspruch und der Schadenersatzanspruch nach OR 97 scheiden bei Vorliegen eines Mangels aus. Diese Regeln werden von der Gewährleistungsregelung in den Art. 367 ff. OR verdrängt. Wenn eine andere Vertragsverletzung (nicht ein Mangel am Werk) besteht, bleiben die Rechtsbehelfe aus OR 97 natürlich bestehen.

Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung (OR 41) stehen dem Besteller bei erfüllten Voraussetzungen neben den Mängelrechten zu.

Die herrschende Lehre verneint die Anwendbarkeit der Regeln über die Willensmängel (insbes. Grundlagenirrtum), wenn ein Fall von Mängelhaftung bei einem vertragswidrig abgelieferten Werk vorliegt.

Hat der Besteller Nachbesserung gewählt, kann er die Bezahlung unter Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorübergehend verweigern.

Umstritten ist, ob der Besteller die Mängelrechte abtreten kann. Nach der herrschenden Lehre wird dies für alle Rechte, ausser Wandelung und Minderung bejaht.

## VI. DIE BEENDIGUNG DES WERKVERTRAGS

Der Hauptgrund für eine Beendigung ist die beidseitige vollständige Erfüllung der Pflichten. Die Forderungen der Parteien gehen mit der Erfüllung unter. Es bestehen aber auch besondere Beendigungsmöglichkeiten:

- Beendigung durch Rücktritt wegen Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes: Das Gesetz gewährt dem Besteller ein Rücktrittsrecht, sowohl während als nach der Ausführung des Werks, wenn ein mit dem Unternehmer vereinbarter Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten wird. Dies setzt voraus, dass der Preis bei der Vereinbarung Teil des Vertragsinhalts war und als Geschäftsgrundlage diente. Eigentlich liegt bei bereits begonnenen Werkarbeiten nicht ein Rücktritt, sondern eine Kündigung vor (Auflösung ex nunc).
- Beendigung durch Untergang des Werks vor der Übergabe: Geht das Werk vor der Übergabe durch Zufall (ohne Verschulden der Beteiligten) zugrunde, so kann der Unternehmer weder Lohn für seine Arbeit, noch Vergütung seiner Auslagen verlangen, es sei denn, der Besteller befinde sich im Annahmeverzug. Der Unternehmer trägt also die Vergütungsgefahr bis zur Übergabe. Vorbehalten bleibt der Fall, in dem das Werk durch Mängel des vom Besteller gelieferten Stoffs oder des angewiesenen Baugrunds oder infolge der vorgeschriebenen Art der Ausführung untergeht. Im letzten Fall kann der Unternehmer, wenn er den Besteller rechtzeitig auf diese Gefahren hingewiesen hat, eine Vergütung für bereits geleistete Arbeit, die im Werklohn nicht eingeschlossenen Ausgaben und, falls den Besteller ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung trifft, Schadenersatz verlangen.

- Beendigung durch Rücktritt des Bestellers gegen volle Schadloshaltung: Ist ein Werk noch unvollendet und hat der Besteller nicht aus besonderen Gründen ein Rücktrittsrecht, so ist die Vertragsauflösung durch den Besteller dennoch möglich, jedoch nur gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers. Das heisst, dem Unternehmer steht der Ersatz des positiven Interesses zu.
- Beendigung wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers: Wird die Vollendung des Werks durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich, so hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen. Bei verschuldeter Unmöglichkeit kann der Unternehmer ferner Schadenersatz verlangen.
- Die Beendigung wegen Todes oder Unfähigkeit des Unternehmers: Stirbt der Unternehmer oder wird er ohne seine Schuld zur Vollendung des Werks unfähig, so erlischt der Werkvertrag, wenn er mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen worden ist. Der Besteller ist diesfalls verpflichtet, den bereits ausgeführten Teil des Werks, soweit für ihn brauchbar, anzunehmen und zu bezahlen.

## § 18 Der einfache Auftrag

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

Das OR regelt den einfachen Auftrag in den Art. 394 – 406 OR. Je nach Sachgebiet sind dazu noch die Normen des öffentlichen Rechts (z.B. die Anwaltsgesetze der Kantone) und die Vorschriften der standesrechtlichen Organisationen der entsprechenden Berufe zu beachten.

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

Typisch für den einfachen Auftrag ist die Erbringung von Arbeitsleistungen (Dienstleistungen) in unabhängiger Position. Der Beauftragte verpflichtet sich, das ihm übertragene Geschäft vertragsgemäss zu erledigen. Es geht dabei stets um fremde Geschäfte, also um Interessen des Auftraggebers. Der einfache Auftrag kann entgeltlich oder unentgeltlich sein.

Geschuldet ist nicht ein bestimmtes Arbeitsresultat, sondern die sorgfältige Arbeitsleistung als solche. Unterscheiden kann man zwischen

- Tathandlungsaufträgen, bei denen der Beauftragte gewisse Tathandlungen vorzunehmen hat (z.B. Bewachung des Hauses)
- Rechtshandlungsaufträge, bei denen der Beauftragte Rechtshandlungen (im Namen des Auftraggebers oder in eigenem Namen) schuldet (z.B. Auftrag zum Kauf von Wertpapieren an eine Bank, Prozessführung eines Anwalts).

Alle Arbeitsleistungen, die nicht einer besonderen Vertragsart des OR unterstellt sind, werden nach den Normen des Auftragsrechts behandelt → Auffangbecken.

Abgrenzungen:

- vom Werkvertrag: Der einfache Auftrag unterscheidet sich hier darin, dass „nur“ ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet ist, aber kein bestimmtes Arbeitsresultat, wobei der Auftraggeber natürlich trotzdem einen bestimmten Erfolg anstrebt.
- Vom Einzelarbeitsvertrag: Der Beauftragte ist selbständig tätig, handelt also nicht im Dienst des Auftraggebers.
- Von den besonderen Auftragsarten (z.B. Ehevermittlungsauftrag): beim einfachen Auftrag liegen die in den Spezialtatbeständen verlangten Qualifikationsmerkmale nicht vor.
- Von der einfachen Gesellschaft: Beim einfachen Auftrag sind die Interessen gegenläufig, bei der einfachen Gesellschaft wollen mehrere Personen mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck erreichen.
- Von einer blossen Gefälligkeit: Hier kann die Abgrenzung schwierig sein. Entscheidend ist das Kriterium des Rechtsbindungswillens.
- Von der Geschäftsführung ohne Auftrag: Der Unterschied ist, dass beim einfachen Auftrag ein Vertrag vorliegt.
- Im Gegensatz zum Auftrag, der das Innenverhältnis der Parteien regelt, beschlägt die Vollmacht das Aussenverhältnis (also ob eine Person mit ihrem Verhalten die andere Person binden kann).

### 3. Die Vertragsentstehung

Der Auftrag entsteht mit dem Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Unabdingbar zu bestimmen ist die geschuldete Arbeitsleistung, diese muss zumindest bestimmbar sein. Eine Vereinbarung über die Entgeltlichkeit und deren Höhe ist nicht Voraussetzung für das Zustandekommen. Nach Art. 394 Abs. 3 OR schuldet der Auftraggeber eine Vergütung, wenn sie verabredet oder üblich ist. Das Honorar kann grundsätzlich vom Erfolg der Tätigkeit des Beauftragten abhängig gemacht werden (bei Anwälten ist dies jedoch verboten).

Ein Auftrag kann ausnahmsweise durch Schweigen entstehen (siehe dazu Art. 395 OR). Beim Auftragsrecht spielen AGB eine erhebliche Rolle.

Der einfache Auftrag ist von Gesetzes wegen an keine bestimmte Form gebunden, Schriftform ist jedoch in den meisten Branchen üblich. Der Umfang des Auftrags bestimmt sich nach der vertraglichen Vereinbarung. Ist nichts abgemacht, ist die Natur der zu besorgenden Geschäfte massgebend. Im Auftrag ist auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten, die zu dessen Ausführung gehören.

## II. DIE PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

### 1. Im Allgemeinen

Die Hauptpflicht besteht in der vertragsgemässen Besorgung des Geschäfts. Geschuldet ist also die sorgfältige Arbeitsleistung als solche. Obwohl die Tätigkeit in den meisten Fällen erfolgsbezogen ist, hängt die richtige Erfüllung nicht vom Eintritt des angestrebten Erfolgs ab.

Richtige Erfüllung liegt aber nur vor, wenn in persönlicher, zeitlicher und qualitativer Hinsicht vertragskonform erfüllt wird. Der Beauftragte hat das Geschäft grundsätzlich persönlich zu besorgen. Der Beizug der üblichen Hilfspersonen gilt jedoch ohne Weiteres als zulässig – es sei denn, dies sei vertraglich ausgeschlossen (etwa aus Diskretionsgründen). Die erforderliche Qualität ist schwer zu bemessen, da ja kein bestimmter Erfolg geschuldet ist. Sie liegt jedoch vor, wenn der Beauftragte sorgfältig und getreu die übertragene Arbeitsleistung ausführt. Der Beauftragte hat also eine gewisse Pflicht zur Interessenwahrung. Er muss nach Gesetzeswortlaut gleich sorgfältig handeln wie ein Angestellter, in Wirklichkeit trifft ihn jedoch oftmals eine erhöhte Sorgfaltspflicht aufgrund seiner unabhängigen Stellung. Den Beauftragten trifft ferner eine Informationspflicht, welche alle Angaben betrifft, die für den Auftraggeber von Bedeutung sind. Auch hat er sich an die Weidungen des Auftraggebers zu halten und ist zur Treue diesem gegenüber verpflichtet (je nach Art der übertragenen Aufgaben spielen diese Diskretions- und Geheimhaltungspflichten eine unterschiedliche Rolle). Auf Verlangen muss der Beauftragte jederzeit über seine Vertragserfüllung Rechenschaft ablegen und muss dem Auftraggeber alles durch den Auftrag erhaltene weitergeben (auch z.B. Schmiergelder und ähnliches).

Für den Fall des Schuldnerverzugs gelten mangels spezieller Regelung die Art. 102 ff. OR. Haben mehrere Beauftragte einen Auftrag gemeinschaftlich übernommen, so haften sie solidarisch und können den Auftraggeber nur durch gemeinschaftliches Handeln verpflichten.

### 2. Die Haftung des Beauftragten insbesondere

#### A. Die Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff und 398 OR

Die nicht richtige Erfüllung des Auftrags durch den Beauftragten führt zum Verlust des Auslagen- und Verwendungsersatzanspruchs. Zudem haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts.



Massgebend für die Schadenersatzpflicht sind die Art. 97 ff. OR. Die Sorgfaltspflichtverletzung des Beauftragten ist vom Auftraggeber zu beweisen (ebenso wie das Vorliegen des Schadens und der Kausalzusammenhang zwischen diesen beiden Faktoren). Gelingt ihm dieser Beweis, so ist das Verschulden des Beauftragten zu vermuten. Ihm obliegt dann der Exkulpationsbeweis.

Die Schadenersatzforderung verjährt nach den allgemeinen Regeln nach 10 Jahren (ausgenommen best. Ersatzforderungen gegenüber Architekten).

Die gesetzlichen Haftungsregeln sind dispositiver Natur, können also vertraglich abgeändert werden.

#### B. Die Honorarminderung

Die nicht richtige Erfüllung des Auftrags führt zum Verlust des Auslagen- und Verwendungsersatzanspruchs nach Art. 402 Abs. 1 OR. Das heisst aber nicht, dass der Beauftragte keinen Anspruch auf das Honorar hätte. Das Honorar ist bloss nicht geschuldet, wenn die Leistungen des Beauftragten für den Auftraggeber völlig nutzlos waren oder wenn die Vergütung selber für den Schaden aus mangelhafter Erfüllung konstitutiv ist. Sind die vom Beauftragten erbrachten Leistungen für den Auftraggeber zumindest teilweise brauchbar, findet eine Minderung des Honorars statt. Zu dieser Minderung kann eine Schadenersatzforderung des Auftraggebers hinzutreten.

### 3. Sonderfragen

#### A. Die Übertragung des Auftrags auf einen Dritten („Substitution“) und die Hilfspersonenhaftung

Art. 398 f. OR sprechen von der Substitution des Auftrags an einen Dritten, also die Übertragung der anfallenden Aufgaben zur selbständigen Erledigung. Wegen der persönlichen Natur der Arbeitsleistungspflicht ist eine solche grundsätzlich nicht zulässig. Ausnahmsweise ist eine solche Substitution jedoch erlaubt, nämlich, wenn der Beauftragte zur Weitergabe des Auftrags durch den Auftraggeber ermächtigt worden ist, eine Übertragung nach den Umständen absolut nötig oder Übungsgemäss zulässig ist.

Die Zulässigkeit beeinflusst die Haftung des Beauftragten: Bei unzulässiger Übertragung liegt eine positive Vertragsverletzung vor, so dass der Beauftragte für Schaden nach OR 97 haftet. War der Beauftragte zur Substitution befugt, haftet er nur für die sorgfältige Auswahl und Instruktion des Dritten.

Zu unterscheiden davon ist der erlaubte Beizug von Hilfspersonen für untergeordnete Aufgaben. In diesem Fall wird dem Beauftragten die Handlung der Hilfsperson zugerechnet. Ob eine Substitution oder ein Beizug einer Hilfsperson vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall nach der Selbständigkeit des Dritten und dadurch, ob dieser im Interesse des Auftraggebers (→ Substitution) oder des Beauftragten (→ Hilfsperson) gehandelt hat.

#### B. Der Übergang der erworbenen Rechte

Forderungsrechte, die der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers im eigenen Namen gegen Dritte erworben hat, gehen von Gesetzes wegen auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist.

### III. DIE PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS

Der Auftraggeber schuldet dem Beauftragten den Ersatz der Auslagen und Verwendungen (samt Zinsen), die dieser in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat, sowie die Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten. Bei vereinbarter Unentgeltlichkeit des

Auftrags sind die Auslagen und Verwendungen ebenfalls zu ersetzen. Es ist dann lediglich nicht noch zusätzlich ein Honorar geschuldet.

Ferner haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den diesem aus dem Auftrag erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist. Beim unentgeltlichen Auftrag haftet der Auftraggeber auch ohne Verschulden.

Beim entgeltlichen Auftrag hat der Auftraggeber bei richtiger Erfüllung überdies ein Honorar zu entrichten. Dessen Höhe bestimmt sich primär aus Vertrag, sekundär aus Verkehrsübung. Mehrere Auftraggeber haften dem Beauftragten solidarisch.

#### IV. DIE BEENDIGUNG DES AUFTRAGS

##### 1. Im Allgemeinen

Ausser der Erfüllung sieht das Gesetz folgende Beendigungsgründe vor:

- Beendigung durch Widerruf (Vertragsauflösung durch den Auftraggeber) oder Kündigung (Vertragsauflösung durch den Beauftragten). Auch der Widerruf ist also eigentlich eine Kündigung (Beendigung des Auftrags ex nunc)
- Beendigung durch Tod, eintretende Handlungsunfähigkeit oder Konkurs des Beauftragten oder des Auftraggebers, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts geschlossen werden muss. In Sonderfällen sieht das Gesetz eine Fortsetzungspflicht für den Beauftragten, seine Erben oder seinen Vertreter vor.

Der Beendigungsgrund wirkt erst, wenn der Beauftragte von ihm Kenntnis hat. Solange er gutgläubig Geschäfte tätigt, ohne von der Beendigung zu wissen, wird der Auftraggeber bzw. dessen Erben verpflichtet.

Beim entgeltlichen Auftrag hat der Beauftragte grundsätzlich Anspruch auf die Vergütung jener Leistungen, die er bis zur Beendigung erbracht hat, auf Ersatz von Auslagen und Verwendungen und auf Übernahme eingegangener Verbindlichkeiten.

##### 2. Die Vertragsbeendigung nach Art. 404 OR insbesondere

Gemäss OR 404 Abs. 1 kann der Auftrag von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Dies weil ein Auftrag bei einem zerstörten Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien meist wenig Sinn macht.

Dieses Widerrufs- oder Kündigungsrecht ist zwingender Natur, es kann also nicht vertraglich wegbedungen oder (z.B. durch Konventionalstrafabreden) erschwert werden!!

Erfolgt die Beendigung zur Unzeit, wird der Auftrag gleichwohl beendet. Der beendigende Teil ist dann aber verpflichtet, dem anderen entstandene Schäden zu ersetzen. Es ist kein Verschulden vorausgesetzt, da die Beendigung zu Recht erfolgt.

Unzeitig ist die Beendigung dann, wenn dem anderen ein Vertrauensschaden entsteht.

Besonderen Umständen wird bei der Ersatzbemessung Rechnung getragen.

Der geschuldete Ersatz beinhaltet nicht den entgangenen Gewinn, der sich aus dem beendeten Auftrag hätte erzielen lassen. Es geschieht nur ein Ausgleich des negativen Interesses!

Für den Fall der unzeitigen Auflösung des Auftrags kann wirksam eine Konventionalstrafe vereinbart werden.

## V. ANHANG: BESONDERE AUFTRAGSARTEN

- Der Auftrag zur Ehe- und Partnerschaftsvermittlung: der Beauftragte verpflichtet sich hier, dem Auftraggeber gegen Vergütung Personen für die Ehe oder eine feste Partnerschaft zu vermitteln. Diese Spezialregeln sind also nur auf entgeltliche Aufträge anwendbar. Zweck der Sondernormen ist der Schutz der Auftraggeber → in Auslegung zu berücksichtigen. Vorgesehen ist Schriftform und ein gewisser Mindestinhalt.
- Kreditauftrag: Der Beauftragte verpflichtet sich, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, jedoch unter Verantwortlichkeit des Auftraggebers einem Dritten Kredit zu eröffnen oder zu erneuern. Auch hier ist die Schriftlichkeit vorgesehen.
- Mäklervertrag: Der Makler erhält den Auftrag, gegen Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln.
- Agenturvertrag: der Agent verpflichtet sich, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und auf ihre Kosten abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.
- Kommissionsvertrag: der Kommissionär verpflichtet sich, gegen eine Kommissionsgebühr in eigenem Namen auf Rechnung des Kommittenten den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen.
- Frachtvertrag: der Frachtführer verpflichtet sich, gegen Entlohnung den Transport von Sachen auszuführen.

## § 20 Die Geschäftsführung ohne Auftrag

### I. ALLGEMEINES

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist in den Art. 419 – 424 OR geregelt. Der Geschäftsführer handelt in Angelegenheiten des Geschäftsherrn, greift also in dessen Rechtssphäre ein. Kennzeichen ist dabei, dass sich der Geschäftsführer auf keinen Vertrag und auch nicht auf Gesetz stützen kann. Dennoch wird er in gewissen Situationen behandelt wie ein Beauftragter. Die Vorschriften des Auftragsrechts sind zudem anwendbar, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsbesorgung nachträglich genehmigt.

- Der Geschäftsführer kann entweder in altruistischer Absicht tätig werden. Aus diesem Fremdgeschäftsführungswillen entsteht die echte Geschäftsführung ohne Auftrag. Auf diese Art sind die meisten Normen aus Art. 419 – 424 zugeschnitten. Fraglich ist dabei, inwiefern fremdnütziges Handeln zu einem vertragsähnlichen Zustand führt (faktisches Vertragsverhältnis). Wertungsgedanke des Gesetzes ist die Förderung der Menschenhilfe.
- Der Geschäftsführer kann aber auch in egoistischer Absicht tätig werden. Bei einem solchen Eigengeschäftsführungswillen handelt es sich um unechte Geschäftsführung ohne Auftrag. Hier will das Gesetz unerwünschtes Einmischen verhindern

### II. DIE ECHTE GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG

#### 1. Der Tatbestand

Es handelt sich dabei um die Führung fremder Geschäfte durch einen Geschäftsführer mit dem Willen, fremdnützig tätig zu sein.

- Die Geschäftsbesorgung kann in einer tatsächlichen Handlung oder in Rechtshandlungen bestehen.
- Das geführte Geschäft muss ein fremdes sein, der Geschäftsführer muss also in den Rechts- oder Interessenkreis des Geschäftsherrn eingreifen.
- In subjektiver Hinsicht ist ein Fremdgeschäftsführungswille vorausgesetzt.
- Die Fremdgeschäftsführung muss auftraglos erfolgen. Das Tätigwerden des Geschäftsführers stützt sich also weder auf Vertrag, noch auf gesetzliche oder behördliche Anordnung.

#### 2. Die Rechtsfolgen

Die Hauptpflicht des Geschäftsführers liegt darin, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteil und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht → Pflicht zur Sorgfalt und Pflicht, das Resultat seiner Tätigkeit abzuliefern. Es treffen ihn zudem einige Nebenpflichten:

- Pflicht zur Rechenschaftsablegung und Auskunft über die Geschäftsführung
- Pflicht, den Geschäftsherrn schnellstmöglich von der Übernahme der Geschäftsbesorgung zu informieren und ausserhalb von Dringlichkeitsfällen dessen Zustimmung abzuwarten.
- Pflicht zur Treue und allenfalls Geheimhaltung wie ein Beauftragter.

Die Verletzung dieser Pflichten kann zur Haftung des Geschäftsführers bei Schäden führen.

Die Pflichten des Geschäftsherrn hängen wesentlich davon ab, ob die Übernahme der Geschäftsführung durch sein Interesse geboten war oder nicht. Nützlichkeit genügt nicht, aber

es braucht auch keine richtige Notwendigkeit des Tätigwerdens. Ob ein Tätigwerden geboten war, entscheidet sich nach Billigkeitsgründen. War die Übernahme der Geschäftsführung nach den gesamten Umständen angebracht, angezeigt und richtig?

Der Geschäftsherr kann einen fremdnützigen Eingriff grundsätzlich verbieten. Hier kommt es auf die Erkennbarkeit bzw. die Kenntnis des Geschäftsführers an. Übernimmt er eine GF trotz Einmischungsverbot, resultiert eine verschärfte Haftung.

Ist die Gebotenheit zu bejahen, liegt eine berechnete FremdGF vor, die ein besonderes vertragsähnliches Schuldverhältnis entstehen lässt. Das Handeln des GF ist durch einen besonderen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund gedeckt. Der GH ist verpflichtet, dem GF alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen, ihn von eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien und für Schäden Ersatz zu leisten. Ist eine Vergütung für die ausgeübte Tätigkeit üblich, ist zudem ein Honorar geschuldet.

War die GF nicht im Interesse des GH geboten (aber trotzdem mit Fremdführungswillen unternommen worden), liegt eine unberechtigte Fremd-GF vor. Deren Abwicklung erfolgt nach Delikts- und Bereicherungsrecht.

Genehmigt der GH nachträglich die (gerechtfertigte oder ungerechtfertigte) Geschäftsbesorgung, finden die Vorschriften über den Auftrag Anwendung.

### 3. Abgrenzungen

Die berechnete Fremd-GF lässt ein besonderes vertragsähnliches Schuldverhältnis entstehen.

- Liegt eine vertragliche Grundlage vor, gelten die vertraglichen Regeln.
- Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Normen finden grundsätzlich keine Anwendung, weil die GF gesetzlich gerechtfertigt ist.
- Vom Recht der Stellvertretung unterscheidet sich die GFoA durch das Innenverhältnis. Der vollmachtenlose GF vermag den GH nicht durch seine Handlungen einem Dritten gegenüber verpflichten.
- Die unberechtigte Fremd-GF unterliegt den Regeln der unerlaubten Handlung und der ungerechtfertigten Bereicherung.

## III. DIE UNECHTE GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG

### 1. Der Tatbestand

Unecht ist die GF, wenn der GF nicht in fremdem, sondern in seinem eigenen Interesse handelt (ein überwiegendes Eigeninteresse genügt). Der GF greift also zu seinem Vorteil in den Rechtskreis des GH ein, ohne dafür eine vertragliche oder gesetzliche Grundlage zu haben. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- die bösgläubige Eigengeschäftsführung, bei welcher dem GF die Unrechtmässigkeit seines Handelns bewusst ist → „bösgläubige Geschäftsanmassung“
- die gutgläubige Eigengeschäftsführung, bei welcher dem GF die Einsicht in die Unrechtmässigkeit fehlt.

### 2. Die Rechtsfolgen

#### a) bei bösgläubiger Eigen-GF:

Der bösgläubige GF ist Art. 423 OR unterstellt. Er hat dem GH alle aus der Führung des Geschäfts entspringenden Vorteile herauszugeben (Gewinnabschöpfungsanspruch des GH).

Der GH kann sich alternativ auch auf die ungerechtfertigte Bereicherung berufen, hat dann aber nicht Anspruch auf den Nettogewinn, sondern nur auf Wertersatz im Sinne einer Gebrauchsentschädigung. Den GF trifft auch die Pflicht, Auskunft über die ausgeführten Geschäfte und den erzielten Gewinn zu geben. Liegt noch eine unerlaubte Handlung vor nach OR 41, steht dem GH auch ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Liegt gleichzeitig eine Vertragsverletzung vor, geht der Anspruch aus OR 97 ff. hervor, die Bösgläubigkeit genügt als Verschulden. Den bösgläubigen GF trifft auch ein Übernahmeverschulden → Haftung für den Zufall.

Die Ansprüche des GH verjähren nach Deliktsrecht (Fristen aus OR 60).

Eine Genehmigung der Geschäfte durch den GH ist bei der bösgläubigen GFoA nicht möglich.

b) bei gutgläubiger Eigen-GF:

Das Verschulden (böser Glaube) fehlt hier, weshalb eine Gewinnabschöpfung zu scharf wäre. Es bleibt eine Abwicklung nach dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung. Auch hier kann der GH die GF nicht nachträglich genehmigen.

## § 24 Der Hinterlegungsvertrag

### I. ALLGEMEINES

#### 1. Die Rechtsquellen

Der Hinterlegungsvertrag ist in OR 472 ff. geregelt.

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

Es steht immer die sichere Aufbewahrung im Interesse des Hinterlegers im Zentrum. Durch den allgemeinen Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer gegenüber dem Hinterleger, eine bewegliche Sache, die dieser ihm anvertraut, zu übernehmen und sie an einem sicheren Ort aufzubewahren. Typische Merkmale sind also

- Das Anvertrauen einer Sache
- Die Verpflichtung des Aufbewahrers, diese Sache zu übernehmen und an einem sicheren Ort aufzubewahren
- Die Pflicht des Aufbewahrers, die hinterlegte Sache zurückzugeben.

Der Hinterleger bleibt grds. Eigentümer der Sache

Die Hinterlegung kann gegen Vergütung oder ohne erfolgen. Entgeltlichkeit ist also kein kennzeichnendes Merkmal.

Es gibt diverse besondere Arten von Hinterlegungsverträgen, wo meist auch besondere Regeln gelten:

- das Lagergeschäft
- die Sammelverwahrung
- Gastwirte, die fremde Gäste aufnehmen
- Sequestration
- Sicherheitshinterlegung

Abgrenzungen:

- zur Miete: Es steht nicht die Gebrauchsüberlassung, sondern die Aufbewahrung und Rückgabe im Vordergrund
- zur Gebrauchsleihe: hier erfolgt die Überlassung im Interesse des Entlehners. Beim Hinterlegungsvertrag stehen die Interessen des Hinterlegers im Vordergrund.
- Zum Darlehen: Die Aufbewahrung steht im Vordergrund → Der Aufbewahrer hat auch kein Recht, die Sache zu gebrauchen.

#### 3. Die Vertragsentstehung

Erforderlich ist der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Zu den objektiv wesentlichen Punkten gehören die Bezeichnung der zu hinterlegenden Sache und die Aufbewahrungspflicht. Von Gesetzes wegen ist keine besondere Form vorgeschrieben.

### II. DIE PFLICHTEN DES AUFBEWAHRERS

#### 1. Im Allgemeinen

Der Aufbewahrer muss die Sache übernehmen und an einem sicheren Ort aufbewahren → sorgfältige Verwahrung.

- Der Aufbewahrer darf die Sache grds. nicht gebrauchen; es sei denn, es liege eine Einwilligung des Eigentümers vor.
- Der A. darf die Sache grds. nicht mit anderen Gütern der gleichen Art vermischen.
- Der A. muss dem H. die Besichtigung und die Entnahme von Proben sowie jederzeit notwendige Erhaltungsmaßnahmen gestatten.
- Der A. muss schadensabwendende Massnahmen treffen und den H. bei Gefahr sofort benachrichtigen.

Die Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung ist eine Dauerschuld, mit ihr ist fortzufahren, bis das Vertragsverhältnis endet.

Am Ende der Vertragsdauer trifft den A. eine Rückgabepflicht. Der H. kann den Hinterlegungsvertrag jederzeit kündigen (also durch einseitige Willenserklärung). Da er Eigentümer der hinterlegten Sache bleibt, kann er diese jederzeit herausverlangen (Vindikation). Dieser Herausgabeanspruch ist unverjährbar. Die hinterlegte Sache ist eine Holschuld (dort zurückzugeben, wo sie aufbewahrt werden sollte).

Haben die Parteien vereinbart, dass der A. die Sache dem H. nur gattungsmässig zurückerstatten muss, vermischen sich die Sachen mit Hinterlegung und werden so zu Eigentum des A → der H. kann die Sachen nur basierend auf eine Obligation herausverlangen → bei einem Konkurs besteht also kein Aussonderungsanspruch! Zudem verjährt ein obligatorischer Rückerstattungsanspruch nach 10 Jahren.

## 2. Die Haftung des Aufbewahrers insbesondere

Für Schäden an der aufbewahrten Sache und für deren Verlust haftet der A. nach den Regeln aus Art. 97 ff. OR. Sein Verschulden wird also vermutet, jedoch kann er sich exkulpieren. Als Vertragsverletzung gilt namentlich der Gebrauch der hinterlegten Sache ohne Ermächtigung des Hinterlegers. Diesfalls kann sogar eine Zufallshaftung eingreifen. Mehrere Aufbewahrer haften solidarisch.

## III. DIE PFLICHTEN DES HINTERLEGERS

Den Hinterleger trifft beim entgeltlichen wie auch beim unentgeltlichen HV die Pflicht, dem Aufbewahrer die mit der Erfüllung des Vertrags notwendig verbundenen Auslagen zu erstatten. Eine Entschädigung für lediglich nützliche Verwendungen lässt sich nicht aus dem Gesetzestext ableiten.

Zudem ist eine Vergütung geschuldet, wenn eine solche vereinbart wurde oder nach den Umständen zu erwarten war.

Für Schäden, die dem Aufbewahrer durch die Hinterlegung verursacht wurden, haftet der Hinterleger dann, wenn er nicht beweist, dass der Schaden ohne jedes Verschulden von seiner Seite entstanden ist.

Dem Aufbewahrer steht ein Retentionsrecht zur Sicherung seiner Forderungen zu.

## IV. DIE VERTRAGSBEENDIGUNG

Die Schuld des Aufbewahrers stellt eine Dauerschuld dar.

- der Hinterleger kann den Vertrag jederzeit beenden und die Rückgabe der hinterlegten Sache verlangen, selbst wenn für die Aufbewahrung eine bestimmte Dauer vereinbart wurde. Fordert er die Sache zurück, endet der Vertrag. Bei vorzeitigem Beenden kann der Hinterleger aber allenfalls schadenersatzpflichtig werden.
- Wurde keine Zeitdauer für die Aufbewahrung vereinbart, kann der Aufbewahrer die Sache jederzeit zurückgeben



- Wurde eine bestimmte Zeit vereinbart, kann der gewöhnliche Aufbewahrer die Sache nur vorzeitig zurückgeben, wenn unvorhergesehene Umstände ihn ausser Stande setzen, die Sache länger mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachteil aufzubewahren.
- Der Lagerhalter ist als gewerbsmässiger Aufbewahrer auch bei Eintritt unvorhergesehener Umstände zur Aufbewahrung verpflichtet. Er hat kein vorzeitiges Kündigungsrecht gegen den Willen des Hinterlegers.

## V. EINZELFRAGEN

### 1. Die Hinterlegung vertretbarer Sachen

Es wird vereinbart, dass nicht die gleichen Stücke, sondern die gleiche Menge der gleichen Gattung rückerstattet werden müssen. Das Eigentum an der hinterlegten Sache geht dann auf den Aufbewahrer über, ebenso wie Nutzen und Gefahr. Weil ihn als Eigentümer sowieso die Gefahr für die Sache trifft, hat der Hinterleger keinen Anspruch auf die sichere Verwahrung und die besonderen Obhutsmassnahmen des Aufbewahrers. Der Aufbewahrer darf die Sache nutzen und darüber verfügen. Auf die jederzeit mögliche Rückforderung muss er sie aber zurückgeben können. Ein Retentionsrecht entfällt, eine Verrechnung ist ausgeschlossen.

### 2. Das Lagergeschäft

Der Lagerhalter ist der kaufmännische Aufbewahrer. Da er professionell handelt, ist Entgeltlichkeit ein Begriffsmerkmal. Es gelten diverse Sonderregeln:

- der Lagerhalter darf – freilich nur mit ausdrücklicher Einwilligung der Hinterleger – vertretbare Güter mit anderen der gleichen Art und Güte vermengen → Sammelverwahrung
- die Haftung des Lagerhalters richtet sich nach den Regeln über die Kommission
- die Rückgabemöglichkeit des Lagerhalters vor Ablauf der vereinbarten Zeitdauer ist beschränkt.

### 3. Die Rechtsstellung der Gast- und Stallwirte

Professionelle Aufbewahrer sind die Gast- und Stallwirte. Der Kern der gesetzlichen Sondernormen bildet eine verschärfte Haftung der Gast- und Stallwirte für die Sachen, die vom Gast eingebracht wurden. Wertungsmässiger Hintergrund ist die besondere Schutzbedürftigkeit von Reisenden.

- Kausalhaftung für den Betrag bis 1000.- Für darüber hinausgehenden Schaden haftet der Gast- und Stallwirt nur bei Verschulden (nach Rechtsprechung Beweislast Gast, aber richtig ist Beweislast des Gastwirts → Exkulpation nötig).
- Sonderregelung für die Haftung für Kostbarkeiten
- Erlöschen der Ansprüche des Gasts, wenn der Schaden nicht sofort nach Entdeckung dem Gastwirt angezeigt wird.
- Zwingende Natur dieser Haftung. Eine Freizeichnung durch den Wirt ist also unmöglich.

Vorausgesetzt, dass die Haftungsregeln gelten, ist, dass ein Gastaufnahmevertrag abgeschlossen wurde → auf einen Wirt im Restaurant sind sie also nicht anwendbar. Das Gesetz billigt den Wirten an den eingebrachten Sachen ein Retentionsrecht ein für Forderungen aus Beherbergung und Unterkunft.

#### 4. Die Sequestration

Sequester ist nach OR 480 eine Person, bei der eine Mehrzahl von Personen eine Sache hinterlegt, weil unklar oder streitig ist, wem die Sache gehört. Der Sequester darf die hinterlegte Sache nur mit Zustimmung aller Beteiligten oder auf Geheiss des Gerichts herausgeben.

## § 28 Allgemeines zu den Innominatverträgen

### I. DER AUSGANGSPUNKT

Ausgangspunkt ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Zu dessen Ausprägungen auch die Typenfreiheit gehört. Den Parteien eröffnet sich also eine fast beliebige Gestaltungsfreiheit.

### II. BEGRIFF UND EINTEILUNG

#### 1. Begriff des Innominatvertrages

Innominatverträge sind nicht besonders gesetzlich umschriebene Vertragsverhältnisse. Sie sind also weder im OR noch in einem anderen Gesetz besonders geregelt. Es fehlt an einer Normierung in einer gewissen Ausführlichkeit. Innominatverträge können vereinzelt aber im Gesetz genannt werden. Die Unterscheidung zwischen Innominatverträgen und Nominatverträgen kann im Einzelnen sehr schwierig sein, denn die Grenzen sind nicht klar umrissen.

#### 2. Einteilung der Innominatverträge

- Gemischte Verträge: Solche Innominatverträge enthalten Tatbestandselemente verschiedener gesetzlicher Vertragstypen und vereinigen diese zu einem Ganzen. Diese Mischung ist aber nicht gesetzlich speziell geregelt.  
→ Bsp: Hauswartzvertrag, gemischte Schenkung
- Verträge eigener Art (sui generis): alle übrigen, gesetzlich nicht speziell geregelten Verträge.  
→ Bsp: aussergerichtlicher Vergleich
- Zusammengesetzte Verträge: Zusammensetzung von Verträgen, die je auch einzeln bestehen könnten, aber durch Parteiwillen gekoppelt, also voneinander abhängig gemacht werden  
→ Bsp: Kredit einer Brauerei an einen Wirt mit gleichzeitiger langjähriger Verpflichtung zum exklusiven Getränkebezug bei der Brauerei. Die Wirksamkeit und Durchführbarkeit des einen Vertrags ist Geschäftsgrundlage für das unveränderte Weiterbestehen des anderen. Die beiden Verträge sollen also nach dem Willen der Parteien miteinander stehen und fallen.

Auch für Verkehrstypische IV (z.B. Leasingvertrag) ist stets vom konkreten Einzelvertrag auszugehen für die Rechtsanwendung. Die Verkehrsübung kann aber u.U. der Auslegung dienen.

### III. PROBLEME DER RECHTSANWENDUNG

Die rechtliche Beurteilung richtet sich primär nach dem konkret vereinbarten Inhalt, der durch Auslegung ermittelt werden muss. Diesem Parteiwillen stehen die gesetzlichen Schranken gegenüber.

Zuerst muss eine Vertragsqualifikation vorgenommen werden. Diese richtet sich primär nach dem Willen der Parteien. Die Qualifikation ist wesentlich für die Frage nach dem anwendbaren Recht.

Weiter ist zu fragen, ob das zwingende Recht auch auf Innominatverträge Anwendung findet. Bei den Regeln aus dem allgemeinen Teil ist diese Frage problemlos zu bejahen. Die besonderen Regeln jedoch sind auf spezielle Vertragstypen zugeschnitten. Es ist deshalb im

Einzelfall zu prüfen, ob die Schutzbedürftigkeitslage und weitere Wertungsgedanken des Gesetzgebers auch im konkreten Innominatverhältnis zum Tragen kommen sollen. Zuerst wird also das Gesetz ausgelegt um den Geltungsbereich der zwingenden Regel zu bestimmen und danach wird der Vertrag ausgelegt, um zu bestimmen, ob der Vertrag in diesen Geltungsbereich fällt oder nicht. Durch die Anwendung zwingender Normen auf IV wird zwar die Vertragsfreiheit eingeschränkt, dies ist jedoch in Kauf zu nehmen, da IV häufig auch gewählt werden, um zwingende Bestimmungen zu umgehen.

Erweist sich der IV als lückenhaft, kommt es zur Vertragsergänzung. Das dispositive Vertragsrecht des allgemeinen Teils ist unmittelbar anwendbar. Die besonderen Regeln des OR finden sinngemässe Anwendung. Fehlt es an passenden Regeln und fehlt zudem Gewohnheitsrecht, füllt das Gericht die Lücke nach hypothetischem Parteiwillen.

#### IV. AUSGEWÄHLTE VERKEHRSTYPEN

Im Laufe der Zeit haben sich gewisse verkehrstypische Verträge herausgebildet:

- Verträge über Vertrieb und Werbung: Lizenzvertrag, Alleinvertriebsvertrag, Franchisevertrag, Automatenaufstellungsvertrag, Sponsoringvertrag
- Verträge im Finanz- und Vorsorgebereich: einfaches Kreditkartengeschäft, Kreditkartengeschäft als Mehrparteienverhältnis, Krediteröffnungsvertrag, Factoringgeschäft, Checkvertrag
- Versicherungsverträge: privater Versicherungsvertrag (z.B. Haftpflicht, Hausrat, Reiseversicherung)
- Verträge im Baubereich: Gesamtvertrag, Deponievertrag
- Mobilfunkvertrag, Unterrichtsvertrag, Gastaufnahmevertrag
- Verträge im Bereich der Streiterledigung: Schiedsvereinbarung, aussergerichtlicher Vergleich
- ...

## § 29 der Leasingvertrag

### I. GRUNDLAGEN

#### 1. Typische Merkmale

Der Leasingvertrag ist ein verkehrstypischer Innominatvertrag.

- die eine Partei (Leasinggeberin) überlässt der anderen Partei (Leasingnehmerin) auf eine fest bestimmte Zeit hin gegen Entgelt ein wirtschaftliches Gut zum Gebrauch und zur Nutzung.
- Das Eigentum am Leasingobjekt verbleibt bei dem Leasinggeber. Fällt der Leasingnehmer also in Konkurs, kann der LG kraft seiner Eigentümerstellung eine Aussonderung verlangen.
- Das Entgelt (Leasingzins) ist vom LN in Teilzahlungen (Leasingraten) zu entrichten
- In der Regel wird das volle Erhaltungsrisiko auf den LN übertragen. Ihn trifft also die Pflicht der Instandhaltung und Versicherung des Leasingobjekts.

#### 2. Erscheinungsformen

- Zweiparteiengeschäft (Herstellerleasing, direktes Leasing): Der LG ist gleichzeitig auch Hersteller oder Verkäufer des Leasingobjekts und wendet sich direkt an den LN.
- Mittelbares Leasing (Finanzierungsleasing): hier besteht eine Dreiparteienbeziehung. Der Leasingvertrag wird zwischen dem LN und einem unabhängigen LG (oft eine Leasinggesellschaft) abgeschlossen, der das Leasingobjekt bei einer Drittperson (Händler, Hersteller...) erworben hat. Vielfach wählt der LN das Leasingobjekt beim Händler selber aus.
- Mobilienleasing: Leasingobjekt ist eine bewegliche Sache (z.B. Auto)
- Immobilienleasing: Leasingobjekt ist eine unbewegliche Sache (z.B. Lagerhalle)
- Konsumgüterleasing: das Leasingobjekt dient dem privaten Gebrauch oder Verbrauch
- Investitionsgüterleasing: Das Leasingobjekt ist ein Investitionsgut, wird also beruflich oder gewerblich verwendet

#### 3. Rechtsanwendungsfragen

Der Leasingvertrag weist eine enge Beziehung zum Teilzahlungsvertrag, zur Miete und Pacht und zum Darlehensvertrag (insbes. Konsumkreditvertrag) auf.

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung betrachten den Finanzierungsleasingvertrag als Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis.

Für die Frage, ob zwingendes Gesetzesrecht zur Anwendung kommt, muss der konkrete Einzelfall betrachtet werden. Es sind vor allem die Bestimmungen über den Grundstückskauf, die Miete und Pacht sowie das KKG zu beachten.

Dass beim Grundstückskauf eine öff. Beurkundung nötig ist, gilt auch für Innominatverträge.

Die typische Schutzbedürftigkeitslage (Grundstück gegen Geld) kann auch beim Immobilienleasing vorliegen. Wollen die Parteien zwingende Normen über die Miete und Pacht umgehen, können diese analog Anwendung finden.

Das KKG findet Anwendung, wenn der Leasingvertrag folgende Merkmale aufweist:

- Leasingobjekt ist eine bewegliche (Mobilienleasing), dem privaten Gebrauch dienende Sache (Konsumgüterleasing)

- Der LG erfüllt die Eigenschaften des Kreditgebers und der LN diejenigen des Kreditnehmers (nur natürliche Personen)
- Der Leasingvertrag sieht vor, dass die vereinbarten Leasingraten erhöht werden können, wenn der Leasingvertrag vorzeitig aufgelöst wird.
- Es liegt kein Ausschlussgrund nach Art. 7 KKG vor.

## II. DIE VERTRAGSENTSTEHUNG

Es gilt grundsätzlich das Konsensprinzip. In der Praxis spielen AGB eine wichtige Rolle. Für die Form des Vertrags ist zu unterscheiden, ob das Leasingobjekt ein Konsumgut oder ein Investitionsgut ist:

- Beim Investitionsgüterleasing gilt von Gesetzes wegen keine besondere Formvorschrift. Die Schriftform ist der Praxis aber üblich.
- Beim Konsumgüterleasing ist zu prüfen, ob und inwieweit das KKG Anwendung findet. Für Leasingverträge, die unter das KKG fallen, sind die Formvorschriften aus Art. 1 KKG zu beachten → Schriftlichkeit und bestimmte Mindestangaben

## III. PFLICHTEN DER PARTEIEN

Die Pflichten der Parteien ergeben sich primär aus dem Leasingvertrag selber. Im Dreiparteienverhältnis geht es um folgende Pflichten:

- Hauptpflicht des LG, dem LN die Sache für eine bestimmte Zeit zur Nutzung und zum Gebrauch zu überlassen
- Die Hauptpflicht des LN, während einer festen Dauer die Leasingraten zu bezahlen. Bei vorzeitiger Auflösung kann eine Abschlusszahlung („erhöhte Raten“) zu leisten sein. Zudem ist Sorgfalt im Umgang mit der Leasing Sache und Unterhalt dieser geschuldet. Mängel müssen dem Lieferanten gerügt, die notwendigen Reparaturen ausgeführt und das Objekt versichert werden.
- Oft werden die Rechtsfolgen bei Vertragsverletzungen des LN besonders geregelt: Pflicht zur Leistung von Verzugszins, Recht des LG, den Vertrag vorzeitig aufzulösen und das Leasingobjekt sofort herauszuverlangen. Beim Konsumgüterleasing sind immer die zwingenden Vorschriften des KKG zu beachten!

## IV. DIE BEENDIGUNG DES VERTRAGS

Der Leasingvertrag ist ein Dauervertrag. Er wird mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ordentlich beendet. Vorher ist er nicht ordentlich kündbar. Bei ordentlicher Vertragsbeendigung hat der LN die im Vertrag festgelegten Rechte und Pflichten. Das Leasingobjekt ist dem LG regelmässig zurückzugeben. Nach Massgabe des Vertrags kann dem LN aber auch ein Kaufrecht oder ein Optionsrecht auf Weiterführung des Vertrags zustehen.

Die Nichterfüllung durch eine der Parteien kann zur ausserordentlichen Beendigung des Leasingvertrags nach Art. 107 ff. OR führen. Zudem ist jederzeit eine Kündigung aus wichtigen Gründen möglich.

Bei Leasingverträgen, die unter das KKG fallen, sind die folgenden Kündigungsmöglichkeiten zu beachten:

- Der LN kann nach Art. 17 Abs. 3 KKG – vor Ablauf der festgelegten Vertragsdauer und ohne Angabe von Gründen – mit einer Frist von mind. 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Leasingdauer kündigen. In diesem Fall ist jedoch eine im Leasingvertrag zu vereinbarende Entschädigung zu bezahlen.

- Der LG kann nach Art. 18 Abs. 2 KKG ebenfalls vor Ablauf der festgelegten Vertragsdauer vom Vertrag zurücktreten, wenn Teilzahlungen ausstehend sind, die mindestens drei monatlich geschuldete Leasingraten ausmachen.

#### V. EINZELFRAGEN

Im Einzelnen sind die zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften zu beachten

## § 27 Die einfache Gesellschaft

### I. ALLGEMEINES

#### 2. Die Qualifikationsmerkmale

Eine einfache Gesellschaft weist folgende Merkmale auf:

- vertragliche Grundlage
- abgeschlossen zwischen zwei oder mehreren Personen; Mitglieder können natürliche oder juristische Personen sein
- mit dem Ziel der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln. Es kann jeder rechtlich erlaubte Zweck verfolgt werden.
- Die einfache Gesellschaft als Grund- bzw. Subsidiärform liegt immer vor, wenn die Merkmale einer anderen Gesellschaftsform nicht erfüllt sind.
- Die einfache Gesellschaft ist eine Personengesellschaft, es geht also nicht primär um eine Kapitalbeteiligung. Es kommt auf die einzelnen Mitglieder mit ihren Interessen und Fähigkeiten an.
- Es handelt sich um ein reines Vertragsverhältnis. Die eG stellt also keine juristische Person dar → nicht rechts-, partei-, betriebs- und prozessfähig
- Kein Eintrag im Handelsregister

#### 3. Die Entstehung der Gesellschaft

Der Gesellschaftsvertrag entsteht mit dem Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Eine besondere Form ist nicht erforderlich, ein Gesellschaftsvertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden. In der Praxis wird der GV oft schriftlich abgeschlossen (z.B. bei Erbringung von Auftrags- oder Werkvertragsarbeiten als einfache Gesellschaft).

Da die eG eine Subsidiärform ist, kommt sie auch zustande, wenn die Parteien eigentlich eine andere Gesellschaftsform begründen wollten, diese aber aus irgendeinem Grund (fehlendes Merkmal) nicht zustande gekommen ist.

### II. DAS VERHÄLTNIS DER GESELLSCHAFTER UNTEREINANDER

#### 1. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Die einzelnen Gesellschafter treffen folgende Pflichten:

- Pflicht, einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit. Ist nichts anderes vereinbart, haben alle Gesellschafter den gleichen Beitrag zu leisten.
- Pflicht, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den anderen Gesellschaftern zu teilen. Wenn nichts anderes vereinbart ist, bekommen alle den gleichen Anteil.
- Pflicht, ein Konkurrenzverbot einzuhalten
- Pflicht zu loyalen Verhalten
- Pflicht, den Verlust mitzutragen – mangels anderer Abrede zu gleichen Teilen
- Haftung für die Schädigung anderer Gesellschafter

Jeder Gesellschafter hat folgende Rechte:

- Recht auf Anteil am Gewinn
- Recht auf Teilhabe an der Geschäftsführung



- Recht auf Auslagenersatz
- Recht, sich persönlich über den Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu informieren. Dieses Informationsrecht ist zwingend!
- Weitere Rechte, wie z.B. Recht auf Abfindung bei Ausschliessung, Recht auf Mitwirkung bei Gesellschaftsbeschlüssen...

### III. DAS VERHÄLTNIS DER GESELLSCHAFTER GEGENÜBER DRITTEN

Im Aussenverhältnis gelten die Regeln des Stellvertretungsrechts.

Die eG ist keine juristische Person → sie verfügt also nicht über Organe. Nach aussen kann sie die anderen Gesellschafter deshalb nur binden, wenn die VSS der Stellvertretung erfüllt sind.

- Der StV muss dazu ermächtigt sein und die Verträge im Namen der Gesellschaft abschliessen
- das Tätigwerden in eigenem Namen bindet nur den einzelnen Gesellschafter persönlich, auch wenn dies für die Rechnung der Gesellschaft geschieht
- Die Ermächtigung eines Gesellschafters wird vermutet, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen worden ist

Sind die VSS der Vertretung erfüllt, treten folgende Wirkungen ein:

- Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind, gehören den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags. Es besteht also regelmässig Gesamteigentum. Die eG erweist sich von Gesetzes wegen als Gesamthandschaft.
- Für Verpflichtungen, welche die Gesellschaft gegenüber Dritten eingegangen ist, gilt Solidarschuldnerschaft der Gesellschafter. Die Gesellschafter haften persönlich, uneingeschränkt (mit ihrem ganzen Vermögen) und solidarisch für die Gesellschaft. Eine gegenteilige Abrede mit dem Gläubiger ist möglich.