

I VORLESUNG ZUM OBLIGATIONENRECHT AT

BK-Kramer, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht¹

BK-Becker, Obligationenrecht²

1. Kapitel: Das Obligationenrecht und seine Stellung im Rechtssystem

§1 Was heisst und was ist Obligationenrecht?

§2 Das Obligationenrecht als Teil des Privatrechts

Das schweizerische Obligationenrecht (1881) ist 30 Jahre älter als das ZGB (1911), dennoch wird es systematisch als das fünfte Buch desselben betrachtet.

§3 Die verschiedenen Teile des Privatrechts und seine Systematik

1. Die Entstehungsgeschichte des schweizerischen Privatrechts

Vgl. dazu: BUCHER AT, S. 3-23³

2. Die europäischen Grundlagen der Kodifikation und ihrer Inhalts

Das OR ist aus dem Römischen (Schuld-)Recht entstanden; vergleichbare Kodifikationen liegen im ganzen deutschsprachigen Raum vor (z.B. das BGB).

3. Das neue „Europäische Recht“

Der zunehmenden Zersplitterung des Rechts in den einzelnen europäischen Staaten versucht man sich durch neue Vereinheitlichungen zu widersetzen: Heute allerdings nicht mehr ganzer Kodifikationen sondern einzelner Rechtsgebiete.

Vgl. dazu: BUCHER, in: recht 96, S. 178 ff.
WALTER, in: recht 97, S. 1 ff.

§4 Bedeutung und Funktion des Privatrechts

1. Regelungen von Rechtsbeziehungen

¹ Berner Kommentar, Band IV: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, 3. Auflage, Bern 1986.

² Berner Kommentar, Band IV: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1945.

³ BUCHER, EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.

2. Rechtsgüterschutz

Im Privatrecht erfolgt der Rechtsgüterschutz durch die Androhung von Schadenersatzforderungen im Verletzungsfalle. Zugleich sollen präventiv Rechtsgüterverletzungen verhindert werden (z.B. Umweltschutzgesetz).

§5 Grundbegriffe des Privatrechts

1. Das subjektive Recht als Zentralbegriff

Ein subjektives Recht ist eine Forderung oder eine Befugnis andern gegenüber. (Das objektive Recht ist die Summe aller Rechtsnormen, die subjektiven Rechte leiten sich von diesem ab.)

2. Die Einteilung der subjektiven Rechte und deren Bedeutung

Absolute Rechte sind subjektive Rechte allen andern gegenüber (z.B. Eigentum, Persönlichkeitsrechte).

Relative Rechte (auch: Persönliche Rechte) sind subjektive Rechte einer einzelnen Person gegenüber. Ansprüche oder Forderungen jemandem gegenüber, etwas zu tun oder zu unterlassen.

Der andere, gegen den die Forderung geltend gemacht wird, hat die Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen. Diese Verpflichtung nennt man auch Obligation.

Vgl. dazu: RR S. 1 ff.⁴

Rechte andern gegenüber können auch Gegenrechte begründen:

- a) Die Einrede: Ein geltend gemachtes Recht kann nicht durchgesetzt werden, obwohl es besteht (Verjährung, Stundung). Die Einrede muss vom Beklagten selbst geltend gemacht werden.
- b) Die Einwendung: Der Beklagte bestreitet, dass überhaupt ein Recht besteht, entweder, weil es nie entstanden ist (z.B. wegen Nichtigkeit), oder weil es bereits untergegangen ist (z.B. durch Erfüllung). Die Einwendung muss vom Richter von Amtes wegen berücksichtigt werden, sie ergibt sich aus der Aktenlage.

(Das OR selbst kennt die Unterscheidung zwischen Einrede und Einwendung noch nicht, sie wurde erst später erfunden. Das OR spricht nur von Einrede, die Unterscheidung ergibt sich erst durch Auslegung.)

Vgl. dazu: Vorlesungsgliederung S. 18
RR S. 11 ff.

3. Die Obligation und ihre Begründung

Das OR regelt die Entstehung einer Obligation in den Art. 1 - 67:

- a) Die häufigste Art der Entstehung einer Obligation ist diejenige durch Vertrag (Art. 1-40g), d.h. durch Willensübereinstimmung zweier Parteien.
- b) Obligationen entstehen auch durch unerlaubte Handlung (Art. 41-61).

⁴ Vorlesungsskript: Römisches Privatrecht WS 1996/97 und SS 1997, Ausgabe letzter Hand.

c) Und Obligationen können aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen (Art. 62-67).

Obligationen entstehen ausserdem gesetzlich (wie b und c) durch einzelne Bestimmungen im BT OR und ZGB (GoA, Unterhaltspflichten).

§6 Insbesondere: Der Vertrag

1. Die ökonomische Bedeutung des Vertrages

Der Vertrag ist das Zentrum allen Waren- und Geldaustausches, und somit auch das Zentrum der Privatrechtsgesellschaft und der Marktwirtschaft. Durch den Vertrag (bzw. die Rechtsordnung) sichert der Staat die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen.

2. Die rechtliche Konzeption

Der Vertrag als Vertrag ist im Gesetz nicht definiert. Er ist ein Rechtsgeschäft, das subjektive Rechte und Verpflichtungen begründet.

Vgl. dazu: RR S. 15f.

Ein Vertrag bedarf immer mindestens zweier Parteien. Es sind einseitig und zweiseitig verpflichtende Verträge zu unterscheiden. Die zweiseitig verpflichtenden Verträge sind entweder vollkommen zweiseitig (zwei gleichwertige Verpflichtungen stehen sich gegenüber: z.B. im Kaufvertrag) oder unvollkommen zweiseitig (ungleichwertige Verpflichtungen stehen sich gegenüber: z.B. Leihe, Auftrag).

Vgl. dazu: RR S. 16f.

Die vollkommen zweiseitigen Verträge nennt man auch **synallagmatische Verträge** oder **Synallagma**.

3. Entstehung und Wirkung des Vertrages

Der Vertrag entsteht durch Konsens (übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung). Sobald er entstanden ist, kann er seine Wirkung (z.B. Erfüllung) entfalten.

Ein Vertrag endet, wenn seine Wirkung endet. Diese Wirkung kann aber sehr viel länger als bis zum Zeitpunkt der Erfüllung andauern (z.B. Umtausch mangelhafter Ware usf.).

4. Der Vertrag als Rechtsverhältnis

Rechtsbeziehungen wie die Ehe, die Gesellschaft oder der Vertrag begründen Rechtsverhältnisse.

Beim Vertrag (Schuldverhältnis) beginnt das Rechtsverhältnis schon zu dem Zeitpunkt, da die Parteien sich treffen oder sich zusammensetzen um einen Vertrag zu schliessen. Es entstehen Verhaltenspflichten (oder Nebenpflichten), die man auch Loyalitätspflichten nennen kann. Sie entstehen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Die Hauptpflichten des Vertrages (z.B. im Kaufvertrag: Eigentumsverschaffung, Bezahlung der Geldschuld) beginnen mit dem Wirksamwerden des Vertrages. Dazu kommen nachwirkende Pflichten nach der vollständigen Erfüllung der Hauptpflichten.

Vgl. dazu: WIEGAND, in: recht 97, S. 85 ff.

2. Kapitel: Die Rechtshandlungen und ihre Voraussetzungen

§7 Handlungen

1. Die Rechtshandlungen, insbesondere das „Rechtsgeschäft“

Rechtshandlungen (z.B. Willensäußerungen) sind Handlungen von rechtlicher Relevanz. Das Rechtsgeschäft ist eine Rechtshandlung. In ihm drückt sich der Wille zur Rechtsfolge aus.

Rechtsgeschäft:	a) einseitiges RG (z.B. Kündigung):	1 Person
	b) zweiseitiges RG (z.B. Vertrag):	2 Personen
	c) mehrseitiges RG (z.B. Vereinsgründung):	mehrere Personen

2. Die nichtrechtsgeschäftlichen Handlungen („Realakte“)

Realakte sind menschliche Handlungen die zwar Rechtsfolgen zeitigen, die aber nicht direkt auf diese Rechtsfolgen gerichtet sind.

Vgl. dazu: RR S. 15 ff.

§8 Rechtsfähigkeit als Voraussetzung rechtlich relevanten Handelns

Rechtsfähig zu sein bedeutet, subjektive Rechte und Pflichten haben können. Die Rechtsfähigkeit beginnt mit der Geburt und endet mit dem Tod. Diese scheinbar so klaren Begriffe sind aber mehr denn je umstritten.

§9 Die Handlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit erlaubt es der Person, Recht und Pflichten nicht nur zu haben, sondern solche auch zu begründen, Rechtshandlungen vorzunehmen und dafür zur Verantwortung gezogen werden zu können.

1. Mündigkeit

Art. 14 ZGB

2. Urteilsfähigkeit

Art. 16 ZGB

Vernünftig handeln: – die Konsequenzen des eigenen Handelns abschätzen können (Einsichtsfähigkeit)

- sich gemäss der Einsicht zu verhalten (Steuerungsfähigkeit)

Die Urteilsfähigkeit ist für jede Person und für jede einzelnen Handlung konkret zu bestimmen.

3. Deliktsfähigkeit

Urteilsfähige Personen haben für ihre Handlungen einzustehen, auch wenn sie nicht mündig sind. Urteilsfähigkeit = Deliktsfähigkeit (Art. 19 III ZGB).

4. Geschäftsfähigkeit

Der Schutz der Urteilsunfähigen hat vor allem anderen Vorrang (Art. 18 ZGB)!

Urteilsfähige, aber nicht mündige Personen sind an sich nicht handlungsfähig (Art. 19 ZGB). Sie können aber Vorteile erlangen, die unentgeltlich (d.h. ohne Belastung für sie) sind.

§10 Die Folgen der Handlungsunfähigkeit

1. Nichtig Rechtsgeschäfte (Art. 18 ZGB)

Fall Nr. 1: „Die Schnupftabakdose“ (Vorlesungsgliederung S. 40)

Der Bierkonsum macht (M) urteilsunfähig. Der Kaufvertrag mit (B) ist deshalb nichtig, d.h. „unheilbar krank“.

- Da der Vertrag nichtig ist, verschafft (M) dem (B) kein Eigentum an der Sache. Da sie aber in den Besitz von (B) übergegangen ist, schuldet (B) dem (M) die Rückgabe der Sache. Dasselbe ist es mit der Banknote, auch sie ist eine Sache.
(Falls (M) die Banknote bereits mit seinem Geld vermischt hat, ist sie in sein Eigentum übergegangen, dann schuldet er (B) den Geldbetrag aus ungerechtfertigter Bereicherung.)*
- Der Vertrag vom Vorabend bleibt nichtig, ist nicht zu heilen. Aber durch die Übergabe der Sache und der Bezahlung entsteht stillschweigend ein neuer Vertrag. Konkludenter Vertragsschluss.*
- Der Schutz des Urteilsunfähigen hat Vorrang vor den Interessen aller andern. Ein allfälliger Schaden verbleibt (B).*

Ein Urteilsunfähiger ist an einen Vertrag nicht gebunden. Der Vertrag ist nichtig, „unheilbar krank“. Das sich Berufen auf seine Urteilsunfähigkeit ist kein Verstoss gegen Treu und Glauben.

2. Unwirksame Rechtsgeschäfte (Art. 19 ZGB)

Fall Nr. 2: „Happy Birthday“ (Vorlesungsgliederung S. 40)

Die Annahme des Bildes stellt das Erlangen eines unentgeltlichen Vorteils nach Art. 19 II OR dar. (Der Ablehnung des Geschenkes könnten sich die Eltern ebenfalls nicht widersetzen.)

Das Grundstück kann (C) erwerben, auch wenn der Besitz eines Grundstücks mannigfaltige Verpflichtungen (Handänderungssteuer, Vermögenssteuer) mit sich bringt. Denn „unentgeltlich“ bedeutet zwar: ohne Belastung, es bezieht sich aber nicht auf etwaige, aus der Annahme eines unentgeltlichen Vorteils entstehende Nachteile.

Wer unmündig aber urteilsfähig ist, kann Verträge schliessen, diese sind aber weder wirksam noch unwirksam. Man spricht von „schwebender Wirksamkeit“ oder „schwebender Unwirksamkeit“.

Damit ein solcher Vertrag Wirksamkeit erlangen kann, bedarf er der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter des Unmündigen.

Bei Zustimmung im Voraus spricht man von Einwilligung. In diesem Fall ist der Vertrag bei Abschluss sofort wirksam. Bei Zustimmung im Nachhinein spricht man von Genehmigung. Dann ist der Vertrag rückwirkend auf den Abschlusstermin wirksam.

Fall Nr. 3: „Stereoanlage“ (Vorlesungsgliederung S. 40)

- a) *Der schwebende Vertrag wird wirksam. Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.*
- b) *Bei Verweigerung der Zustimmung ist der Vertrag unwirksam, hat keine Rechtsfolgen. (K) schuldet der M-AG allenfalls Bereicherungskosten. (Er ist ja immerhin urteils- und deliktstfähig Art. 411 ZGB.)*
- c) *Stammen die Ersparnisse aus Zuwendungen von Tanten, Onkeln usf. (freies Kindesvermögen) oder aus selbst erarbeitetem Vermögen, kann (K) selbst über die Verwendung entscheiden und wirksam den Vertrag schliessen. Stammen die Ersparnisse jedoch aus zusammengesparten Taschengeldern, so geht hier die geplante Verwendung über die üblichen Zwecke der Taschengeldausgabe hinaus. (Das Überlassen von Geld als Taschengeld ist gleichzeitig die Einwilligung in die üblichen Ausgabenzwecke solchen Geldes, aber nur dafür.)*

Vgl. dazu: §110 BGB („Taschengeldparagraph“)

Die Verpflichtungen der M-AG hingegen schweben nicht, sie ist zur Vertragserfüllung verpflichtet. Sie kann aber die andere Seite (die Eltern) auffordern, sich zu entscheiden (Art 38, 39 OR).

3. Die Behandlung nichtiger und unwirksamer Rechtsgeschäfte

§11 Exkurs: Die Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen

Persönlichkeit (Art. 52 ZGB)

Rechtsfähigkeit (Art. 53 ZGB)

Handlungsfähigkeit (Art. 54, 55 ZGB)

Ihre Handlungsfähigkeit erlangt eine juristische Person in dem Moment, in dem die Organe bestellt sind. Organe sind Personen, die im Namen der juristischen Person Handlungen vornehmen und Erklärungen abgeben (und dadurch die juristische Person binden). Die juristische Person haftet für seine Organe, soweit deren Handeln vom Zweck abgedeckt ist.

Organe, die für eine juristische Person handeln, sind **keine** Stellvertreter. Handeln die Organe, so tun sie dies als Teil der juristische Person.

§12 Zusammenfassung

1. Die Voraussetzungen der Zurechenbarkeit rechtlich relevanten Verhaltens

2. Die Folgen rechtlich relevanten Verhaltens

§13 Übersicht - Art. 1 - 40g OR

§14 Der Vertragsschluss

1. Die Einigung (Konsens) als zentrales Element

Der Konsens ist der Geltungsgrund des Vertrages.

2. Die Willensübereinstimmung als Erscheinungsform des Konsenses

Über die wesentlichen Vertragspunkte muss Willensübereinstimmung bestehen. Die wesentlichen Vertragspunkte lassen sich in objektiv wesentliche Vertragspunkte (beim Kaufvertrag: Preis und Sache, vgl. Art. 184 OR) und subjektiv wesentliche Vertragspunkte (z.B. Zeitpunkt, Ort usw.) aufgliedern. Von den subjektiven Vertragspunkten sind nur diejenigen von wesentlicher Bedeutung, die als wesentliche Punkte beim Vertragsschluss angesprochen werden.

3. Die Willensäußerung als Mittel der Konsensbildung

Besser für Art. 1 OR: Zum Abschluss eines Vertrages ist die Übereinstimmung der Parteien erforderlich, die sich durch gegenseitige Willensäußerung ausdrückt.

Willensäußerungen werden unter Anwesenden wirksam, wenn sie gehört worden sind. Unter Abwesenden, wenn sie zugegangen sind, d.h. in die Macht- und Herrschaftssphäre des Adressaten gelangt sind (Zugangstheorie).

4. Der „normale“ Ablauf des Vertragsschlusses (Art. 3 - 6 OR)

a) Offerte und Akzept (Art. 3 OR ff.)

Das Angebot zum Vertrag nennt man auch Offerte oder Antrag. Der Anbieter ist der Offerent oder Antragsteller.

Das Angebot ist der Vorschlag einen Vertrag zu schliessen. Es muss die wesentlichen Vertragspunkte beinhalten, d.h. das Angebot muss so bestimmt sein, dass der Annehmende das Angebot durch ein einfaches „Ja“ annehmen kann (Bestimmtheit der Offerte).

Das Angebot beinhaltet den Erklärungs- und den Verpflichtungswillen.

Die Annahme eines Angebotes nennt man auch Akzept. Der Annehmende ist der Akzeptant.

Die Annahme ist die zum Angebot korrespondierende Willensäußerung des Akzeptanten, sie beinhaltet das Einverständnis mit dem Angebot und ebenfalls den Verpflichtungswillen.

Art. 3 OR: Der Antragsteller ist, wenn er eine Frist gesetzt hat, an seine Offerte gebunden. (Das ist eine Besonderheit des dt. Sprachraumes.)

Diese Regelung soll es dem Adressaten ermöglichen, Zeit für seinen Entschluss zu haben.

Kommt die rechtzeitig abgesandte Annahme zu spät an, ist die Bindungswirkung der Offerte erloschen. Die Annahme gilt aber als neues Angebot, der ursprünglich Anbietende braucht seinen Bindungswillen nur zu erneuern.

Art. 5 OR: Dieser Artikel betrifft die Schriftform (verkörperte Gedankenerklärung) von Angeboten für die keine Frist gesetzt ist. Die jeweils angenommene Frist beginnt mit dem Zugang beim Adressaten.

Art. 5 III OR: „Die Erklärung reist auf Risiko des Senders.“ Treu und Glauben verpflichten aber den Anbietenden, von der allenfalls zu spät angekommenen Annahme Anzeige zu machen.

Art. 4 OR: „sogleich“: So lange die Parteien, je nach Situation, zusammen sind (z.B. im selben Raum, am selben Ort, in derselben Gesprächsgruppe).

Art. 6 OR: Stillschweigende Annahme: Keine Antwort zu geben gilt an sich als Ablehnung des Angebotes. Es gibt jedoch Ausnahmen, z.B. bei der Schenkung.
Auf eine stillschweigende Annahme kann bei einem Verhalten geschlossen werden, das eindeutig als Willensäußerung erkennbar ist (konkludentes bzw. schlüssiges Verhalten).

Eine Streitfrage der Rechtstheorie bezieht sich darauf, ob Art. 6 OR von einer stillschweigenden Annahme des Akzeptanten ausgeht, oder ob das Gesetz in diesem Fall eine Annahme (und damit den Vertrag) fingiert.

Vgl. dazu: BGE 120 II 133 (franz.)
dazu: KOLLER, in: recht 96, S. 70 ff.

Ein vom Annehmenden modifiziertes Angebot ist eine neue Offerte.

Art. 9 OR: Willensäußerungen können widerrufen werden, solange sie nicht zugegangen sind. Treffen beide (Annahme und Widerruf) gleichzeitig ein, so gilt statt der Zugangstheorie die Kenntnistheorie.

Art. 10 OR: Dieser Artikel steht im Widerspruch zu den vorangegangenen (Zugangstheorie). Er geht von der Annahme aus, wenn der Akzeptant die Annahme (bei der Post) einwerfe, so herrsche Konsens, also solle der Vertrag von diesem Moment an wirksam sein.

Fallbeispiel:

Eine Briefmarkensammlung wurde verkauft. Der Käufer sandte sein Einverständnis von Japan nach der Schweiz. Während jedoch der Brief unterwegs war, verbrannte die Sammlung. Der Vertrag war schon wirksam und nach Art. 185 OR auch die Gefahr schon auf den Käufer übergegangen. Er musste die Briefmarkensammlung bezahlen, obwohl er sie nicht erhielt.

b) Besondere Fallgestaltungen

c) Fallbeispiele: „Der Mietfall“ und das „Institut Rosenberg“

Vgl. dazu: [BGE 98 II 109] (K/S 3-3)⁵ („Institut Rosenberg“)
BGE 100 II 18 (K/S 3-4)

5. Sonderformen der Offerte (Art. 6a OR und Art 7 OR)

Art. 7 OR: Prinzipiell bindet eine Offerte, ausser man bringt einen Vorbehalt an, oder es handelt sich um ein Angebot, das noch nicht annahmefähig ist. Dann handelt es sich nicht um eine Offerte, sondern um eine „Einladung zur Offerte“.

Art. 7 II OR: Hängt von den Umständen ab, Teletext- oder Fernsehangebote sind zumeist Offerten.

Art. 7 III OR: Soll Lockvogelangebote verhindern.

6. Sonderfälle und Sonderformen des Vertragsschlusses

a) Das Haustürgeschäft und ähnliche Erscheinungsformen

b) Die (neue) gesetzliche Regelung (Art. 40a ff. OR)

7. Erste Einführung in den „Konsumentenschutz“

Der Konsumentenschutz ging von der Produkthaftungspflicht-Doktrin in den USA aus. Unterdessen gibt es auch in der Schweiz einige Konsumentenschutzgesetze (z.B. Produkthaftungsgesetz, Pauschalreiseverkehrsgesetz, Konsumkreditgesetz). Diese Gesetze sollen einen Ausgleich schaffen in Bezug auf den Wissens- und Machtvorsprung, den die Wirtschaft den Konsumenten gegenüber hat (Schaffung von „Gleichheit“).

§15 Probleme der vertraglichen Einigung

Scherzerklärung: Erklärung, die jemand nicht ernst meint. Falls der Adressat den Scherz nicht erkennen konnte und ernst nimmt, ist der Erklärende vorerst gebunden (Vertrauensprinzip). Die Bindung kann durch Anfechtung der Willenserklärung beseitigt werden.

Mentalreservation: Die Erklärung wird mit einem geheimen Vorbehalt abgegeben, weil der Erklärende eigentlich keine Geschäftsabsicht hat. Dieser Vorbehalt ist unbeachtlich.

Simulation: Simulierte Rechtsgeschäfte sind nichtig, sie sind Scheingeschäfte und es fehlt beiden Parteien der Geschäftswille (Art. 18 OR). Steht

⁵ KOLLER/SCHWANDER, Bundesgerichtsentscheide zum OR.

hinter dem Scheingeschäft ein anderer, dissimulierter Vertrag, ist dieser gültig, wenn er alle übrigen Voraussetzungen erfüllt.

1. Die Willensäußerung - Vertiefung

2. Die Auslegung von Willensäußerungen

a) Die Willentheorie

Der Vertrag ist nur bei wirklicher Übereinstimmung der Willen der Parteien wirksam. Der Erklärende ist nur dann gebunden, wenn er seinen Willen richtig gebildet und geäußert hat. (So im Römischen Recht und bis ins 18./19. Jh.)

In dieser Theorie sind falsch verstandene Aussagen problematisch. Ausserdem ist nur schwer oder gar nicht überprüfbar, ob die Aussage eines Erklärenden seinem wirklichen Willen entspricht.

b) Die Erklärungstheorie

Als Grundlage des Vertrages wird das erklärte „Wort“ genommen. Der Vertrag gilt so, wie ihn der Empfänger verstanden hat.

Man ist also auch dann gebunden, wenn man den Vertrag nicht so gewollt hat und nicht so gewollt haben kann, wie man erklärt hat. Man wird auf seiner Erklärung behaftet.

c) Die Vertrauensstheorie

Die Vertrauensstheorie schafft einen Ausgleich zwischen der Willens- und der Erklärungstheorie. Die Erklärung gilt in dem Sinne, wie der Empfänger sie verstehen konnte und durfte.

Zuerst wird geprüft, ob eine Aussage mehrdeutig verstehbar war, und dann, ob der Empfänger sie unter den gegebenen Umständen so verstehen durfte, wie er sie verstanden hat.

3. Das Ergebnis der Auslegung

a) Dissens

Der Vertrag scheitert, weil sich die beiden Parteien nicht einig sind. Bei offenem Dissens bemerken beiden Parteien selbst, dass sie sich nicht einig sind.

Bei verstecktem Dissens sind die Parteien sich vermeintlich einig, d.h. sie glauben sich einig zu sein. Ist dieser Dissens von einer Partei verschuldet, spricht man von Verschulden bei Vertragsschluss, von *culpa in contrahendo* (z.B. Art. 26 OR).

Vgl. dazu: BGE 41 II 252 (K/S 3-1) („Manilahanf“)

b) Konsens

aa) natürlicher Konsens

Von natürlichem Konsens spricht man, wenn beide Parteien sich in wirklicher Willensübereinstimmung befinden (vgl. Art. 18 OR), wenn die Parteien sich wirklich einig sind.

bb) normativer (rechtlicher, künstlicher) Konsens

Der Konsens wird durch Auslegung der Erklärungen mit Hilfe der Vertrauensstheorie hergestellt. Die Parteien werden behandelt, als wären sie sich einig. Eine Partei wird auf etwas behaftet, was sie eigentlich nicht wollte; ihr bleibt die Berufung auf Irrtum (Art 23 ff. OR).

1. Die Erklärungen werden überprüft: Waren sie im spezifischen Fall eindeutig oder mehrdeutig?
2. Wie wurden die Erklärungen verstanden? So wie sie gemeint waren oder anders?
3. Ist der künstliche Konsens befriedigend? Beim künstlichen Konsens wird immer eine Partei auf etwas behaftet, was sie nicht gewollt hat. (Diese Partei kann sich auf Irrtum berufen, d.h. den Vertrag anfechten.)
4. Zuletzt muss geprüft werden, ob jemand dafür haftbar gemacht werden kann, dass der Vertrag unwirksam ist. Ist aus dem Missverständnis ein Schaden (Vertrauensschaden) entstanden?

§16 Der Irrtum und seine Konsequenz

Stimmt der wirkliche Wille eines Erklärenden nicht mit seiner Willenserklärung überein, erhält er ein Gestaltungsrecht: Er kann den Vertrag wegen Willensmangel anfechten (Art. 31 OR). Erst jetzt, für die Anfechtung (und Aufhebung) des Vertrages wird der wirkliche Wille wichtig.

Die Anfechtung bewirkt die Aufhebung des Vertrages *ex tunc*, d.h. auf den Zeitpunkt seines Zustandekommens, wie wenn er nie zustande gekommen wäre. Anfechtung heisst Nichtigkeit „herstellen“.

Wer einen Vertrag anfecht, muss unter Umständen für die Schäden aufkommen.

1. Der Begriff des Irrtums

Der Irrtum ist ein Willensmangel, der zumeist dann geltend gemacht wird, wenn Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt worden sind. Ein solcher Vertrag kommt durch die Übereinstimmung der Willenserklärungen (normativer Konsens) zustande, nicht durch die Übereinstimmung der wirklichen Willen der Parteien. Der Irrtum besteht in einem Zwiespalt zwischen Erklärung und wirklichem Willen.

Der Irrende hat selber zu entscheiden, ob er sich auf den Irrtum berufen oder den nach Vertrauensprinzip ausgelegten Vertrag gelten lassen will.

2. Die gesetzlich geregelten Fälle

a) Der Erklärungsirrtum (Art. 24 I 1-3 OR)

Art. 24 I,1 OR: *error in negotio* (Irrtum über das Geschäft)

Art. 24 I,2 OR: *error in obiecto* (Irrtum über den Gegenstand)

Art. 24 I,2 OR: *error in persona* (Irrtum über die Person)

Irrtum zumeist über die Eigenschaften einer Person oder über eine Person, auf die es im Vertrag ankommt. (Ansonsten Motivirrtum.)

Art. 24 I,3 OR: *error in quantitate* (Irrtum über die Menge)

b) Der Übermittlungsirrtum (Art. 27 OR)

Im Falle des Übermittlungsirrtums ist zwar die Erklärung mit dem Willen in Übereinstimmung, die Erklärung geht aber in die falsche Richtung (z.B. an eine falsche Adresse). Man spricht hier von Irrung.

Auch Versprecher oder Verschreiber sind Irrungen, ebenso falsch ausgefüllte Blanketterklärungen.

Das Unterschreiben einer nicht gelesenen Urkunde (z.B. AGB) gilt auch als Irrung, falls der Inhalt der Urkunde sich in einem erheblichen Mass von der Vorstellung unterscheidet, die man sich von ihrem Inhalt gemacht hat.

c) Fälle zu diesen Irrtumsformen

Fall Nr. 9: „Spargelfall“

Der Vertrag ist gültig geschlossen zu Fr. 6.80. (H) ficht den Vertrag wegen Irrtums an. Da es sich um einen fahrlässigen Irrtum (Art. 26 OR) handelt, ist er zu Schadenersatz verpflichtet.

Der Schaden berechnet sich nach dem Zustand, wie wenn der Vertrag nie bestanden hätte: Also die Differenz zwischen dem tiefsten Preis zu dem dann (S) gekauft hätte (Fr. 7.50) und dem Preis, zu dem er nun kaufen musste (Fr. 8.-).

3. Der Grundlagenirrtum

Der Grundlagenirrtum ist kein Irrtum im eigentlichen Sinne, denn die Erklärung und der wirkliche Wille stimmen in diesem Falle durchaus überein. Man spricht von qualifiziertem Motivirrtum, denn es handelt sich um einen Irrtum auf der Ebene der Willensbildung, d.h. die Parteien hätten den Vertrag nicht oder nicht so geschlossen, wenn sie den Sachverhalt richtig gekannt hätten.

Art. 24 I,4 OR: Grundlagenirrtum

Art. 24 II OR: Motivirrtum

a) Historische Voraussetzungen

Vgl. dazu: BUCHER AT, S. 202 ff.

b) Die Tatbestandselemente

Sachverhalt: Beide Parteien gehen von einem bestimmten Sachverhalt aus. Dieser Sachverhalt muss notwendige Grundlage des Vertrages sein, und der Irrtum über diesen Sachverhalt muss für den Vertragsschluss kausal gewesen sein, d.h. dass ohne diesen Irrtum kein oder ein anderer Vertrag geschlossen worden wäre (subjektive Wesentlichkeit).

Treu und Glauben im Geschäftsverkehr: Der Irrtum muss sich auf eine Grundlage des Vertrages beziehen, die auch ein anderer als der Irrende für den Vertragsschluss als wesentlich angesehen hätte (objektive Wesentlichkeit).

c) Verschiedene Kontroversen zum (Grundlagen-)Irrtum

Verjährung der Mängelrüge: Nach Art. 210 OR (Kaufrecht) verjähren Rechte auf Gewährleistung nach einem Jahr (nach Vertragsschluss). Daneben gilt aber immer noch das Irrtumsrecht OR AT, d.h. die Irrtumsanfechtung ist neben der Mängelrüge möglich und auch noch nach der Verjährung der Gewährleistung nach Art. 210 OR, weil Irrtumsanfechtung nicht nach einem Jahr ab Vertragsschluss verjährt, sondern erst ein Jahr nach Entdeckung des Mangels bzw. des Irrtums (relative Frist).

Entdecken des Irrtums heisst erkennen von relevanten Tatsachen, die einwandfrei den Irrtum kenntlich machen (Art. 31 II OR). Wie weit zurück soll ein Vertrag angefochten werden können, z.B. wenn die Falschheit eines Bildes erst zwei Generationen nach den Kauf entdeckt wird?

Das BGer lässt eine Berufung auf Irrtum dann nicht mehr gelten, wenn die Anfechtung des Vertrages gegen Treu und Glauben verstösst. (Problem: Absolut unklares Kriterium.)

d) Fälle von Grundlagenirrtum

Vgl. dazu: BGE 82 II 411 (K/S 7-2) („Van Gogh“)
BGE 114 II 131 (K/S 7-7) („Picasso“)
dazu: WIEGAND, in: recht 89, S. 101 ff.
BGE 118 II 297 (K/S 7-8)
ADAMS, in: recht 86, S. 14 ff.

4. Die rechtliche Behandlung irrtumsbehafteter Verträge

Rechnungsfehler (Art. 24 III OR) werden einfach korrigiert, wenn sie innerhalb eines vereinbarten Berechnungsmodus auftreten.

Vgl. dazu: BGE 119 II 341

a) Die Anfechtung und ihre Folgen (Art. 31 OR)

Die Folgen der Vertragsanfechtung sind umstritten, insbesondere die Auslegung von Art. 23 OR.

Anfechtungstheorie: Der willensmängelbehaftete Vertrag gilt ab Vertragsschluss, derjenige, der ihn nicht gelten lassen will, muss ihn anfechten. Die Anfechtung bewirkt eine rückwirkende Unwirksamkeit. Die Leistungen erfolgen rechtswirksam (z.B. Eigentum geht über) bis der Vertrag angefochten wird.

Ungültigkeitstheorie: Der Vertrag ist unwirksam, kann aber durch Genehmigung des Irrenden rückwirkend geheilt werden (vgl. Art. 31 OR). Die Leistungen erfolgen ohne jeden Rechtsgrund, sie sind nach Bereicherungsrecht jederzeit zurückzufordern (Art. 62 ff. OR). (Ist er nur für den Irrenden unwirksam oder soll er für beide Parteien unwirksam sein?)

Das BGer vertritt heute (mit GAUCH), entgegen der h.L., welche die Anfechtungstheorie vertritt, die Ungültigkeitstheorie.

b) Das Haftungsproblem (Art. 26 OR)

culpa in contrahendo: Verschulden bei Vertragsschluss. Die *c.i.c.*-Doktrin handelt von der Verletzung von Verhaltenspflichten, die durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstanden sind. Die *c.i.c.*-Haftung erlaubt es, jemanden dafür zu entschädigen, dass der andere ihn getäuscht, sich nicht loyal verhalten hat.

Art. 26 OR ist ein Fall von *c.i.c.*

5. Die gleichgestellten Fälle

a) Absichtliche Täuschung (Art. 28 OR)

Der Irrtum muss für den Vertragsschluss ursächlich gewesen sein, aber bei der Täuschung (Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen) kann er auch ein unwesentlicher sein.

Schweigen ist immer dann Täuschung, wenn eine Aufklärungspflicht besteht. Aufklärungspflichten (Verhaltenspflichten) entstehen aus der Sonderbindung, die bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (aus Art. 2 ZGB) entstehen.

Der Getäuschte befindet sich meistens auch in einem Grundlagenirrtum, ausser wenn der Irrtum ein unwesentlicher war. (Da der Beweis der absichtlichen Täuschung schwer zu erbringen ist, empfiehlt es sich, den Vertrag wegen Grundlagenirrtums anzufechten.)

Ein Dritter (vgl. Art. 28 II OR) ist eine Person, die keiner der beiden Parteien zugeordnet werden kann, die mit keiner der Parteien zu tun hat.

Vgl. dazu: BGE 116 II 431 (K/S 12-7)

b) Furchterregung (Art. 29 OR)

6. Zusammenfassung: Der mangelbehaftete Konsens und seine Folgen

§17 Die Formvorschriften

1. Zweck und Bedeutung der Formvorschriften

Es gibt grundsätzlich keine Einschränkung der Vertragsfreiheit, weder im Inhalt noch in der Form. In einer Reihe von Verträgen ist aber ausnahmsweise eine Form vorgeschrieben.

Dies kann folgende Gründe haben:

- Beweissicherung / Beweisfunktion
- Warnung bei folgenreichen Verträgen / Übereilungsschutz
- Rechtssicherheit (indem nur mängelfreie Verträge ins Grundbuch bzw. Handelsregister eingetragen werden können)

Ein Vertrag, bei dem eine vorgeschriebene Form fehlt, ist nicht gültig. Die Ungültigkeit bei fehlender oder fehlerhafter Form ist eine Unwirksamkeit spezieller Art (*sui generis*).

2. Die einzelnen Regelungen

Einfache Schriftlichkeit (Art. 13 ff. OR)

Der Vertrag muss auf irgendeine Weise verkörpert sein. Eine schriftliche Erklärung ist eine verkörperte Gedankenerklärung.

Als Unterschrift gilt jedes Zeichen, das erkennen lässt, wer unterschrieben, und dass er eigenhändig unterschrieben hat.

Insbesondere die Übertragung von Rechten (als nichtkörperlicher Vorgang) muss schriftlich erfolgen.

Eigenhändige Schriftlichkeit (Art. 493 OR, Art. 505 ZGB)

Zumindest ein Teil des Textes (z.T. auch der ganze) muss handschriftlich abgefasst und unterschrieben sein. Man spricht auch von qualifizierter Schriftlichkeit.

Öffentliche Beurkundung (Art. 216, 243 II, 493 II OR)

Die (objektiv und subjektiv) wesentlichen Vertragspunkte müssen (z.B. durch einen Notar) beurkundet werden.

Vgl. dazu: WIEGAND, in: recht 93, S. 1 ff.

Gewillkürte Schriftform (Art. 16 OR)

Die Vertragsparteien können sich auch selber eine Form vorbehalten.

3. Der Formverstoss und seine Folgen

Sich berufen auf einen Formfehler bzw. auf die daraus folgende Ungültigkeit des Vertrages kann nur diejenige Partei, die einen guten Grund dazu hat. Sonst ist eine Berufung auf die fehlerhafte Form rechtsmissbräuchlich.

Wenn der Vertrag erfüllt ist, entfällt der Schutzzweck und nahezu auch der Beweis-zweck. Nach der h. L. heilt deshalb die Erfüllung einen formungültigen Vertrag.

§18 Die Stellvertretung beim Vertragsschluss

1. Übersicht und Einführung: Das Problem der Stellvertretung bei der Willensbildung

2. Die Vollmacht

Die Stellvertretungsregeln gelten nicht nur für Verträge, sondern auch für alle übrigen Willenserklärungen. Nur für höchstpersönliche Verträge wie Eheschliessung usf. gibt es keine Stellvertretung.

Der Stellvertreter ist bevollmächtigt, für einen andern Willenserklärungen abzugeben. Der Stellvertreter formuliert die abzugebende Erklärung selbst; das unterscheidet ihn von einem blossen Boten, der eine bereits abgefasste Erklärung nur noch überbringt.

Im Normalfall gilt bei der Stellvertretung das Offenkundigkeitsprinzip, d.h. die Stellvertretung ist nur möglich, wenn der Stellvertreter offenlegt, dass er die Willenserklärung für einen andern abgibt. Ausnahmsweise: Art. 32 II OR.

Die verdeckte (mittelbare) Stellvertretung führt zur Verpflichtung des Stellvertreters selbst. (Strohmann: Person, die im eigenen Namen Geschäfte auf Rechnung eines andern tätigt. Art. 32 III OR) Der Stellvertreter wird in diesem Fall selbst Vertragspartei. Er muss die Rechte und Pflichten erst noch auf seinen Hintermann übertragen.

3. Umfang der Vollmacht und Vertrauensschutz

Spezialvollmacht: Ermächtigung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft zu bestimmten Bedingungen.

Generalvollmacht: Ermächtigung zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte. (Nur die verdrängende Generalvollmacht ist unzulässig. Auch die Generalvollmacht muss jederzeit widerrufbar sein. Art. 34 OR.)

Die Vollmacht ist an keine Form gebunden, auch für formbedürftige Verträge nicht. (Nach einer Mindermeinung sollte die Vollmacht an diejenige Form gebunden werden, die auch für den zu schliessenden Vertrag vorgesehen ist.)

Die Mitteilung des Vollmachtsumfanges an einen Dritten (Art. 33 III OR) ist insoweit problematisch, als sich der Dritte falsche oder andere Vorstellungen über diese Vollmacht machen kann. Bei falscher Mitteilung an den Dritten, darf dieser sich auf sie berufen, so wie sie ihm mitgeteilt wurde.

Die Urkunde für eine erloschene Vollmacht muss vom Vertreter zurückgegeben werden (Rechtssicherheit). Wird er dazu nicht aufgefordert, haftet der Vollmachtgeber für Schaden aus weiterhin vom Vertreter getätigten Rechtsgeschäften (Art. 36 II OR). Diese sind allerdings ungültig.

4. Die Vertretung ohne Vertretungsmacht

Bei Vertretung ohne Ermächtigung bleibt ein Vertrag in der Schwebe (analog Art 19 ZGB), er bedarf der Genehmigung des Vertretenen (Art. 38f. OR). Genehmigt der Vertretene den Vertrag nicht, ist der „Vertreter“ *falsus procurator*.

Mögliche Fälle von vollmachtsloser Vertretung:

- nicht erteilte Vollmacht
- ungültige Vollmacht (z.B. Art. 19, 20 OR; handlungsunfähige Vertreter)
- erloschene Vollmacht (Art. 35 OR)
- Überschreiten der Vollmacht

Bei vollmachtsloser Vertretung kommt ein Vertrag grundsätzlich nicht zustande. Der vollmachtslos Vertretene kann jedoch nachträglich den Vertrag (mit Wirkung *ex tunc*) genehmigen (Art. 38 OR).

Für den Dritten ist der Vertrag einseitig gültig. Er kann aber eine Frist für die Genehmigung oder Nichtgenehmigung ansetzen. Der Dritte hat im Falle der Nichtgenehmigung gegenüber dem „Stellvertreter“ die Möglichkeit der Schadenersatzklage,

er muss aber, was im Gesetz nicht erwähnt ist, gutgläubig gewesen sein.
Der „Stellvertreter“ haftet dann für den beim Dritten entstandenen Schaden auch ohne Verschulden. Er haftet für das negative Interesse des Dritten, d.h. der Dritte ist so zu stellen als wäre der Vertrag nie zustanden gekommen.

Ausnahmen zur Vertragsungültigkeit: Art. 33 III OR
Art. 34 III OR
Art. 37 OR
Zum Schaden: Art. 39 OR

5. Wiederholung und Vertiefung der Haftungsfragen

§19 Vertragsschluss bei juristischen Personen

1. Zweite Einführung in das Recht der juristischen Personen

2. Die Organe der juristischen Personen - Rechtsgeschäftliches Handeln

Juristische Personen handeln durch ihre Organe; diese sind keinesfalls Stellvertreter. Als Organe gelten zunächst die gesetzlich vorgesehen Organe der juristischen Person und dann alle diejenigen, die auf die Willensbildung der juristischen Person kraft ihrer Stellung entscheidenden Einfluss haben.

Alles Tun dieser Organe ist als Handeln der juristischen Person selbst zu betrachten (Art. 55 ZGB). Die juristische Person haftet für das Handeln ihrer Organe mit ihrem Vermögen. Sie haftet nur dann nicht, wenn das Handeln des Organs offensichtlich dessen eigentliche Funktion überschreitet (Exzess: z.B. Tötung).

Alle übrigen, rechtsgeschäftlich handelnden Personen im Dienste der juristischen Person sind als Stellvertreter nach Art. 32 OR zu betrachten.

4. Kapitel: Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen

A) Die Grundlagen

§20 Die Vertragsfreiheit als Mittel der „privatautonomen“ Lebensgestaltung

Die Vertragsfreiheit geht von der Annahme aus, dass alle Rechtspersonen gleichermaßen in der Lage sind, ihre (Rechts-)Verhältnisse vernünftig zu regeln. Dies jedoch entspricht keineswegs der Realität, es gibt Einzelne und Gruppen, die bestimmten andern Vertragspartnern gegenüber im Nachteil sind und deshalb geschützt werden müssen (z.B. Konsumentenschutz).

1. Inhaltsfreiheit: Art. 19 OR

Inhalt eines Vertrages kann alles sein, zu was sich Menschen verpflichten können (und dürfen).

2. Form- und Typenfreiheit

Die Inhaltsfreiheit umfasst auch Form- und Typenfreiheit.

3. Abschlussfreiheit

Zur Abschlussfreiheit gehört, beliebig Verträge schliessen zu können, aber auch, Verträge nicht schliessen zu müssen. Einschränkungen (Kontrahierungszwang) ergeben sich aus dem Diskriminierungsverbot (Rasse z.B. ist kein Grund, einen Mietvertrag nicht zu schliessen) oder aus der Monopolstellung einzelner Unternehmungen (z.B. die SBB müssen die Reisenden befördern).

§21 Begrenzungen und Korrekturen

Der Gesetzgeber geht grundsätzlich von der Vertragsfreiheit aus. Es gibt aber dennoch Einschränkungen.

1. Gesetzliche Schranken (Art. 19, 20 OR; Art. 27 ZGB)

Die Schranken der Rechtsordnung: Zwingende Rechtsvorschriften (*ius cogens*) dürfen vertraglich nicht anders geregelt werden, bzw. können gar nicht anders geregelt werden, anders lautende Abmachungen wären schlicht ungültig.

Das Recht der Persönlichkeit: Gemeint ist der Schutz der Person gegen sich selbst dar, niemand kann sich selbst entmündigen oder sich unmässig verpflichten.

Die Abweichung von der öffentlichen Ordnung: Die unverzichtbaren Grundlagen der öffentlichen Ordnung dürfen nicht verletzt werden.

Der Verstoss gegen die guten Sitten: Die guten Sitten sind zu umschreiben mit der Anschauung aller billig und gerecht denkenden Leute, gemessen an einem durchschnittlichen Massstab.

Die guten Sitten können aber auch (und dies scheint die bessere Definition zu sein) umschrieben werden als diejenigen ethisch-moralischen Verhaltensnormen, die dem Gesetz unausgesprochen zugrunde liegen.

Indem sich das Gesetz auf die guten Sitten stützt, verweist es auf ausserhalb seiner selbst liegende, metajuristische Werte. Diese Werte wiederum sind einem ständigen Wandel unterworfen.

2. Abschlusszwang (Kontrahierungspflicht)

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und Inhaltsfreiheit

Eingeführt wurden die AGB zur Rationalisierung von Massenverträgen, die damit nicht jedesmal für jeden Kunden aufs Neue ausgehandelt werden mussten. Eine wichtige Rolle spielen die AGB zudem bei den Innominatkontrakten (z.B. Leasing, Franchising usw.), weil hierzu im Gesetz Regelungen fehlen. Die Lösung von ständig wiederkehrenden Problemen wäre an sich Aufgabe des Gesetzgebers.

Zu unterscheiden sind Konsumenten-AGB und Unternehmer-AGB, wobei letztere in der Regel zu weniger Problemen führen, da sie in Verträge zwischen (zumeist erfahrenen) Unternehmen eingefügt werden.

Die Kontrolle von AGB ist in der Schweiz (ausser Art. 8 UWG und Art. 256 II OR) gesetzlich nicht geregelt. Das BGER befasst sich mit AGB in dieser Hinsicht erst seit wenigen Jahren. Als Beispiel für ein AGB-Gesetz mag die deutsche Regelung gelten.

4. Insbesondere AGB als Problem:

a) AGB und Vertragsschluss

Problematisch sind AGB vor allem deshalb, weil sie nicht, wie vom Gesetz vorgesehen, von beiden Vertragsparteien ausgehandelt, sondern von einer Partei im Voraus formuliert werden. Und weil sie regelmässig unverändert in die Verträge übernommen werden. Sie sollten deshalb im Allgemeinen nicht den Bedingungen frei ausgehandelten Verträgen gleichgestellt werden.

Besonders problematisch sind unklare oder komplizierte AGB, die von den Kunden nicht verstanden werden können.

Folgende faktische Probleme stellen sich bei AGB:

- Die Verteilung von Rechten und Pflichten kann vom Verfasser der AGB einseitig vorgenommen werden.
- Die andere Vertragspartei (Konsument) liest die AGB nicht.
- Die AGB werden nachgeschoben, bei der Vertragsverhandlung ist von ihnen noch nicht die Rede.
- Es herrscht ein faktischer Vertragszwang, weil ohne AGB der Vertrag nicht geschlossen wird (z.B. Kontoeröffnung). Und oft machen Konditionenkartelle ein Ausweichen zu einem anderen Vertragspartner unmöglich.

b) Rechtliche Probleme bei AGB

I. Geltungskontrolle

AGB gelten nur, insoweit sie Vertragsbestandteil geworden sind. Sie können entweder ausdrücklich übernommen werden, z.B. durch Erwähnung im Vertrag, oder stillschweigend. Stillschweigende Übernahme genügt aber in der Regel nicht, damit AGB Vertragsinhalt werden. Sie genügt höchstens dann, wenn zwischen der Vertragspartnern schon vorher Verträge bestanden, in denen die Übernahme der AGB ausdrücklich vorgesehen war.

In der Regel erfolgt eine Globalübernahme der AGB, auch wenn theoretisch eine Einzel- oder Teilübernahme möglich wäre. Individualabreden haben vor den Klauseln der AGB Vorrang.

Nach dem Vertrauensprinzip darf der Verwender von AGB annehmen, dass die AGB gelten, auch wenn der Vertragspartner sie nicht gelesen haben sollte (vgl. Dogmatik der ungelesenen Urkunde).

Der Unterzeichner hat also grundsätzlich die AGB gegen sich gelten zu lassen. Jedoch solche Klauseln nicht, die so ungewöhnlich sind, dass mit ihnen vernünftigerweise nicht gerechnet werden musste, dass sie vom Vertragskonsens nicht gedeckt sein können

(Ungewöhnlichkeitsregel). Ungewöhnliche sind z.B. solche Klauseln, die in ungewöhnlicher Weise von den (dispositiven) gesetzlichen Bestimmungen abweichen. Solche Klauseln sind nicht als Bestandteil des Vertrages zu betrachten. Die übrigen Teile der AGB sind gültig.

Voraussetzung für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel ist einerseits die (ökonomische) Schwäche oder die Unerfahrenheit des Unterzeichners (z.B. wegen der Einmaligkeit des Vertrages) und andererseits die subjektive und objektive Ungewöhnlichkeit (analog zum Grundlagenirrtum: subjektive und objektive Wesentlichkeit) der betreffenden Klausel (z.B. einer geschäftsfremden Klausel).

Die grosse Verbreitung von AGB muss die Ungewöhnlichkeit einer ihrer Klauseln nicht ausschliessen. Branchenusancen können in Beziehungen zu Konsumenten nicht geltend gemacht werden, aus der Branchenusanz ergibt sich keine objektive Gewöhnlichkeit.

Vgl. dazu: BGE 109 II 452 („Hühnerstall“) (K/S 9-1)
dazu: GAUCH, in: recht 85, S. 32 ff.

Die Rechtsfolgen der Ungültigkeit einzelner Klauseln bestimmen sich aus Art. 20 II OR, da selten anzunehmen ist, dass ein Vertrag ohne die entfallende Einzelklausel nicht geschlossen worden wäre. An die Stelle der Klausel tritt entweder dispositives Vertragsrecht oder es bestimmt der Richter die neue Klausel nach den Bestimmungen der Lückenfüllung (Art. 1 II ZGB).

Bei nachgeschobenen AGB stellt sich die Frage, ob vom Empfänger erwartet werden darf, dass er, falls er mit den AGB (oder den neuen AGB) nicht einverstanden ist, seine Vorbehalte vorbringt, und, falls er dies nicht tut, der Verwender der AGB von seinem stillschweigenden Einverständnis ausgehen kann, oder ob im Falle des Schweigens des Empfängers keine stillschweigende Annahme vorliegt, und also die AGB nicht Vertragsbestandteil geworden sind bzw. die alten AGB gültig bleiben.

Die Lehre tendiert dazu, vom Empfänger eine ausdrückliche Annahme der AGB zu verlangen, damit diese Vertragsbestandteil werden.

Vgl. dazu: KOLLER, in: recht 96, S. 70 ff.

Unklarheiten über die Geltung von AGB-Bestimmungen können auch dort auftreten, wo zwei Unternehmen jeweils ihre AGB nachschieben, die kollidierende Bestimmungen enthalten. Welche der AGB sind nun Vertragsbestandteil geworden? Keine befriedigende Lösung bietet wohl die Theorie des „letzten Wortes“, welche die zuletzt nachgereichten AGB gelten lassen will.

II. Auslegungskontrolle

Wird die Geltung von AGB nicht bestritten, kann dennoch Uneinigkeit über die Bedeutung der einzelnen Bestimmungen bestehen. Lässt sich in solchen Vertragsauslegungsfragen nicht mehr bestimmen, was der ursprüngliche, effektive Wille der Parteien war, wird das Vertrauensprinzip angewendet.

In Bezug auf AGB hat sich eine spezielle Praxis entwickelt: Wenn sich kein natürlicher oder normativer Wille der Parteien ermitteln lässt, so werden unklare Bestimmungen zu Lasten des Verwenders der AGB ausgelegt.

Vgl. dazu: BGE 115 II 264 (K/S 9-2)

III. Inhaltskontrolle

Da in der Schweiz ein AGB-Gesetz fehlt, gibt es die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle von AGB nicht. Auch wenn eine solche Kontrolle mit der Vertragsfreiheit in Konflikt steht, wäre sie für die Korrektur unbilliger AGB-Inhalte wünschbar.

Das BGer nimmt Inhaltskontrolle oft versteckt im Zusammenhang der Geltungs- und Auslegungskontrolle vor. Der Rechtssicherheit wegen wäre aber eine transparente und offene Inhaltskontrolle zu wünschen.

Es gibt einige wenige Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die es erlauben, den Inhalt von AGB zumindest in krassen Fällen zu kontrollieren:

- Zwingendes Gesetzesrecht kann auch von Bestimmungen in AGB nicht wegbedungen werden (z.B. Art. 100, 256 II OR).
- Die Ausnahmenorm von Art. 27 ZGB kann angewendet werden.
- Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit können Bestimmungen in AGB ungültig machen (Art. 19, 20 OR). (KRAMER hält den in Art. 19 II OR genannten Verstoss gegen die öffentliche Ordnung [der bis anhin keine eigene rechtliche Bedeutung hat] für anwendbar: Das dispositive Recht sei Ausdruck der öffentlichen Ordnung. Wenn nun das dispositive Recht systematisch zulasten einer Partei derogiert werde, so sei darin ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung zu sehen. [Das ist jedoch nicht bundesgerichtliche Praxis.]
- Art. 8 UWG erlaubt die Inhaltskontrolle und -korrektur, wenn in den AGB in irreführender Weise eine der Vertragsnatur widersprechende unausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten herbeigeführt oder von der gesetzlichen Ordnung erheblich abgewichen wird. Es ist jedoch unklar, wie der Begriff der „irreführenden Weise“ auszulegen ist.

Vgl. dazu: BGE 119 II 443 (K/S 9-3)
dazu: KRAMER, in: AJP 94, S. 637 ff.
WIEGAND, in: ZBJV 95, S. 348 ff.
HUGUENIN, in: recht 95, S. 85 ff.
BUCHER, in: recht 97, S. 41 ff.
BGE 122 III 373 (franz.)
KOLLER, in: recht 99, S. 43 ff.

B) Begrenzung der Vertragsfreiheit

§22 Art. 19, 20 OR; Art. 27 ZGB

1. Geschichtliche Grundlagen und heutige Möglichkeiten

2. Die einzelnen Begriffe und Fallgruppen

a) Unmöglichkeit

Unmöglichkeit nach Art. 20 OR meint die anfängliche Unmöglichkeit, nicht die Unmöglichkeit nach Vertragsschluss. Die Leistung kann von vornherein nicht erbracht werden. Entweder weil die zu leistende Sache untergegangen ist, oder weil die Leistung aus Rechtsgründen unmöglich ist (z.B. der Verkauf von Rindern nach einem Handelsverbot für Rinder).

Subjektive Unmöglichkeit (im Unterschied zur oben erwähnten objektiven) fällt nicht unter Art. 20 OR. Sie wird (obschon ihre Behandlung strittig ist) behandelt wie die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit (Übernahmeverschulden).

b) Rechtswidrigkeit / Widerrechtlichkeit

Art. 97 OR betrifft die Nichteinhaltung (Verletzung) von selbst auferlegten Vertragspflichten.

Art. 41 OR kommt nur bei widerrechtlicher Schädigung (d.h. bei Verstoss gegen eine Rechtsnorm) zur Anwendung.

Vgl. dazu: BGE 117 II 259

Art. 20 OR regelt den Fall, in dem ein Geschäft mit einem Gebot oder Verbot der Rechtsordnung nicht übereinstimmt. Der Vertrag muss nur gegen den Zweck der Norm verstossen. Der Zweck des Geschäftes muss die verbotene Handlung sein.

Vgl. dazu: BGE 64 II 233
BGE 116 II 174
BGE 119 II 222
GAUCH, in: recht 83, S. 95 ff.

c) Sittenwidrigkeit

Im Falle der Sittenwidrigkeit regelt das Gesetz die Frage, wie sich die Rechtsordnung zu Verträgen stellt, die mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden bzw. den ethisch-moralischen Verhaltensnormen die dem Gesetz unausgesprochen zugrunde liegen nicht in Übereinstimmung stehen. Diese Frage bedingt sehr heikle Werturteile, die von den Gerichten z.T. nur von Fall zu Fall entschieden werden können (z.B. Verkauf einer Schusswaffe zum Zwecke der Tötung, Darlehen zwecks Drogenkaufs).

Grundverschieden davon ist Art. 27 ZGB, der die Persönlichkeit schützt. Art. 27 ZGB verbietet die unzulässige oder übermässige Bindung durch Vertrag. Solche Verträge sind nicht von vornherein im Sinne von Art. 20 OR nichtig, sondern höchstens einseitig unverbindlich.

Zur Geltung kommt Art. 27 ZGB dort, wo die Rechtsordnung die Verpflichtung verbietet (z.B. wegen Religionsfreiheit), wo die Persönlichkeitsrechte eine Verpflichtung verbieten (z.B. Verpflichtung zur Organspende, Blutspende oder zu einer Operation) oder wo durch eine Verpflichtung jemand übermässig gebunden wird.

d) Hauptanwendungsfälle von Art. 27 ZGB

- a) Bindungen, die eine Entäusserung von unveräusserlichen persönlichen Rechten bedeuten, sind unwirksam.
- b) Bindung im Übermass, übermässige Einschränkung der persönlichen Freiheit:

Ewige Verträge: Verträge von unbeschränkter Dauer sind durchaus möglich (Vertragsfreiheit), aber je länger die Bindung andauert, desto ungewisser ist die mögliche Entwicklung der Zukunft (*clausula rebus sic stantibus*).

Verträge die eine Bindung von länger als 30 Jahren vorsehen, sind deshalb unter bestimmten Voraussetzungen nach 30 Jahren kündbar (Bundesgerichtspraxis, kein geschriebenes Recht).

Konkurrenzverbot: Ein Konkurrenzverbot bedeutet an sich keine übermässige Bindung. Übermässig kann aber einerseits die Zeitdauer des Konkurrenzverbotes sein oder die Raumgrösse, d.h. der Raum, in dem der eine Vertragspartner dem andern auf bestimmte Zeit keine Konkurrenz machen darf.

§23 Die Übervorteilung: Art. 21 OR

Die Anwendung von Art. 21 OR ist reduziert auf diejenigen Fälle, in denen eine Partei die Unterlegenheit einer andern Partei ausnutzt.

Tatbestandselemente:

Offenbares Missverhältnis: Ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung kann es nur dort geben, wo ein Marktpreis als Vergleichsbasis dienen kann. Bei Einzelstücken ist dies kaum nachprüfbar, da ausserdem im Sinne der Vertragsfreiheit sich jeder jedes Ding soviel kosten lassen kann, wieviel es ihm wert erscheint (z.B. Bilder).

Ausbeutungsschutz: Ein Missverhältnis der Vertragsleistungen zueinander wird nur im Falle der Ausnutzung der Unterlegenheit einer Partei rechtlich sanktioniert. Im Übrigen ist von der selbstverantwortlichen Vertragsgestaltung der Parteien auszugehen.

Vgl. dazu: GAUCH, in: recht 89, S. 91 ff.
BGE 123 III 292
Gauch, in: recht 98, S. 55 ff.

§24 Das Problem der angemessenen Rechtsfolge

Art. 20 OR: Die Rechtsfolge von Art. 20 OR ist die Nichtigkeit, die allseitige Unwirksamkeit des Vertrages.
Die Nichtigkeit kann von jedermann geltend gemacht werden und ist vom Richter von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Art. 27 ZGB: Wenn der Vertrag, der gegen Art. 27 ZGB verstösst, in keiner Weise geheilt werden kann, so ist er nichtig.
Kann der Vertrag jedoch gerettet werden (insbes. bei Bindung im Übermass) so ist nur derjenige Teil des Vertrages unwirksam, der gegen Art. 27 ZGB verstösst. Dieser Teil wird bei übermässiger Bindung auf ein gerechtfertigtes Mass reduziert.
(Hierbei ist allerdings der Partei, welche die Reduktion hinzunehmen hat, die Berufung auf Art. 20 II OR verwehrt. Sonst könnte sie nämlich geltend machen, sie hätte einen solchermassen reduzierten Vertrag nie geschlossen, und der Vertrag entfiel. Die andere Partei könnte sich,

wenn sie auf den Vertrag angewiesen ist und ihn bestehen lassen möchte, nicht ohne Risiko auf Art. 27 ZGB berufen.)

Die Unwirksamkeit des Vertrages oder eines seiner Teile kann nur von der übermässig gebundenen Partei geltend gemacht werden.

Art. 21 OR: Die Rechtsfolgen sind die gleichen wie bei Art. 27 ZGB.

Vgl. dazu: BGE 50 II 481 (K/S 6-1)
BGE 95 II 55 (K/S 6-2)
BGE 102 II 339 (K/S 5-2)
BGE 109 II 123
BGE 114 II 159 (K/S 6-7)
BGE 117 II 286 (K/S 5-6)

§25 Abwicklung fehlerhafter Verträge

1. Haftung, insbesondere die culpa-in-contrahendo-Doktrin

Beim Scheitern von Verträgen (z.B. wegen Irrtums) stellt sich immer die Frage, ob jemand für dieses Scheitern verantwortlich gemacht werden kann, ob es jemandem vorzuwerfen ist.

Sobald zwei Parteien in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, entsteht eine besondere Situation, ein Rechtsverhältnis oder gesetzliches Schuldverhältnis, bei dem keine Leistungs- sondern Verhaltenspflichten (loyales Verhalten) gefordert werden. Diese entstehen aus Art. 2 ZGB.

Vgl. dazu: WIEGAND, in: recht 97, S. 85 ff.

Erweckt z.B. jemand in den Vertragsverhandlungen ein besonderes Vertrauen, muss er sich auf dieses Vertrauen behaften lassen, wenn der Partei aus dem Scheitern dieses Vertrages (welches die andere Partei zu verantworten hat) ein Schaden entsteht. Die geschädigte Partei hat Anspruch auf Schadenersatz, und zwar ist sie so zu stellen, wie wenn sie auf die Gültigkeit des Vertrages nie vertraut hätte (negatives Interesse).

Fälle von *c.i.c.* im OR: Art. 26 I OR
Art. 39 I OR

Das BGer behandelt Fälle von *c.i.c.* wie die Haftung aus Vertrag (früher auch etwa: Haftung aus Delikt). Sie sind genau gleich abzuwickeln und die Ansprüche verjähren nach 10 Jahren (Art. 127 OR).

Für Hilfspersonen haftet die schuldhafte Partei nach Art. 101 OR (und nicht nach Art. 55 OR).

Vgl. dazu: BGE 120 II 331 (K/S 8-4) („Swissair“)
dazu: WIEGAND, in: ZBJV 1996, S. 321 ff.
GONZENBACH, in: recht 95, S. 117 ff.
WALTER, in: ZBJV 1996, S. 273 ff.
BGE 123 III 220, BGE 124 III 297

2. Rückabwicklung

Fällt ein Vertrag dahin und sind schon Leistungen ausgetauscht worden, werden traditionellerweise die erbrachten Leistungen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückerstattet.

Jede der Parteien kann unabhängig von der andern ihre Leistung zurückverlangen. Mit dem Nachteil, dass auch zurückerstattet werden muss, wenn die Gegenpartei dazu nicht mehr in der Lage ist. (Deshalb nimmt man heute an, dass die Leistungen nur gegenseitig d.h. „Zug um Zug“ zurückerstattet werden sollen.)

Das BGer zieht es zunehmend vor, Leistungen aus gescheiterten Verträgen nach Vertragsregeln zurückerstatten zu lassen.

Vgl. dazu: BGE 114 II 131 (K/S 7-7) („Picasso“)
BGE 114 II 152 (K/S 18-10)
dazu: GAUCH, in: recht 89, S. 122 ff.

3. „Faktische Vertragsverhältnisse“

Wer eine Leistung in Anspruch nimmt, von der er weiss (oder wissen müsste), dass sie nur gegen Entgelt erhältlich ist, ist zu behandeln, wie wenn er einen Vertrag geschlossen hätte.

Vgl. dazu: BGE 63 II 368
BGE 119 II 437 (K/S 15-6)
dazu: WIEGAND, in: ZBJV 1995, S. 354 ff.

5. Kapitel: Auslegung, Ergänzungen und Anpassung von Verträgen

§26 Vertragsauslegung und Vertragsergänzung

Das Auslegen von Verträgen hat nichts zu tun mit dem Auslegen von Willensäußerungen bei Vertragsschluss nach dem Vertrauensprinzip. Vielmehr ist von geschlossenen, an sich nicht bestrittenen Verträgen auszugehen. Die Auslegung soll den wirklichen Willen der Parteien ermitteln.

Simulation: Falsche Bezeichnung schadet nicht (*falsa demonstratio non nocet*) wenn die beiden Vertragsparteien je das gleiche meinen.
Ist die falsche Bezeichnung zu Täuschungszwecken eingesetzt, so ist der Vertrag ungültig. Eventuell ist aber das versteckte Geschäft (das Geschäft hinter dem Geschäft) gültig, da sich die Parteien über jenes einig waren.
Bei Betrugszweck ist auch das versteckte Geschäft ungültig, jedoch nicht wegen Simulation sondern wegen Widerrechtlichkeit (Art. 20 OR).

Empirische Auslegung: Grundlage der Auslegung ist zunächst der Wortlaut des Vertrages. Dabei gilt es, das sprachliche Umfeld und den Sprachgebrauch zu beachten. Die Auslegung findet ihre Grenzen aber nicht im Wortlaut, sie geht darüber hinaus und bezieht u.a. die Vertragsgeschichte, die Entwicklung nach Vertragsschluss usw. mit ein.

Normative Auslegung: Lässt sich aufgrund der empirischen Auslegung kein Resultat ermitteln, hat der Richter den Vertrag so zu ergänzen bzw. zu interpretieren, wie vernünftige Leute in der Situation des Vertragsschlusses dies getan hätten.

Vgl. dazu: BK-KRAMER, Art. 18

Die Vertragsergänzung geschieht analog zur Ergänzung von Gesetzeslücken nach Art. 1 ZGB.

Haben die Parteien bestimmte Umstände zu regeln vergessen, so ergänzt der Richter den Vertrag so, wie die Parteien die Sache geregelt hätten, wenn sie beim Vertragsschluss die Lücke gekannt hätten (Hypothetischer Parteiwille).

§27 Anpassung an veränderte Umstände (*clausula rebus sic stantibus*)

Verträge werden meistens unter der unausgesprochenen Bedingung geschlossen, dass die Umstände so bleiben, wie sie sind.

Ist ein Vertrag durch die Zeitläufte unsinnig oder für eine Partei völlig untragbar geworden, kann er aufgelöst oder angepasst werden. Dies verstösst allerdings grundlegend gegen das Prinzip des *pacta sunt servanda*, so dass dafür strenge Kriterien angewendet werden müssen: Der Vertrag ist anzupassen (bzw. aufzulösen), wenn es sich um unvorhersehbare, grundstürzende Veränderungen der Verhältnisse handelt, die eingetreten sind, so dass es für eine Partei unzumutbar ist, den Vertrag zu erfüllen. Art. 373 OR umschreibt die genauen Umstände der (gravierenden) Äquivalenzstörung.

Vgl. dazu: BGE 97 II 390 (K/S 12-3)
GAUCH, in: recht 83, S. 16 ff.
BK-KRAMER, Art. 18

Ausgeschlossen ist die Berufung auf eine Äquivalenzstörung bei Risikogeschäften (z.B. Börsenspekulation, Erdölhandel usw.).

6. Kapitel: Die Durchführung des Vertrages

A) Die vertragsgemässe Leistung oder die Erfüllung des Vertrages

§28 Die Leistung und ihre vertragsgemässe Erbringung

Erfüllung ist die Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung. Die Rechtsfolge der Erfüllung eines Vertrages ist der Untergang des Anspruches aus demselben (Art. 114 OR).

1. Person des Leistenden

In den meisten Fällen spielt die Person des Erfüllenden eine geringe oder gar keine Rolle, nur wo es auf die Person selbst ankommt, muss die Leistung durch sie erfolgen (Art. 68 OR).

2. Inhalt der Leistungspflicht

Inhalt der Leistungspflicht kann eine Sachleistung, eine Geldleistung oder eine Dienstleistung (z.B. Arbeitsleitung) sein.

Zu unterscheiden ist ausserdem, ob ein Vertrag nur mit einer bestimmten Sache als Leistung zu erfüllen ist (Speziesschuld), oder ob es sich um einen Vertrag handelt, bei dem eine Sache einer bestimmten Gattung geleistet werden muss (Gattungsschuld, Genussschuld).

3. Insbesondere die Gattungsschuld

Um eine Gattungsschuld handelt es sich immer dann, wenn Gläubiger und Schuldner die Leistung nach Merkmalen bestimmen, die auf mindestens zwei Gegenstände zutreffen.

Weist der gelieferte Gegenstand nicht die vereinbarten Gattungsmerkmale auf, handelt es sich um eine Falschlieferung, um ein *aliud*.

Vgl. dazu: BGE 121 III 453 (K/S 28-6) („Hubstapler“)

dazu: LANZ, in: recht 96, S. 248 ff.

KRAMER, in: recht 97, S. 78 ff.

In dem Augenblick, in dem der Schuldner einen Gegenstand der bezeichneten Gattung dem Gläubiger gegenüber aussondert, und auf diese Weise die Gattungsschuld auf ein bestimmtes Stück beschränkt (Konzentration), und alles zur Leistung der Sache Erforderliche getan hat, „wandelt“ sich die Gattungsschuld in eine Stückschuld (Speziesschuld), d.h. die Schuld wird nun so behandelt wie eine Stückschuld.

Es sind vom Schuldner Stücke von mittlerer Art und Güte auszuwählen, ansonsten tritt die Konzentration auf ein Stück nicht ein (Art. 71 II OR).

Wählt hingegen der Gläubiger die Sache aus, stellen sich die Probleme der Qualität nicht.

Vgl. dazu: RR S. 72 f.

Abzugrenzen von der Gattungsschuld sind die vertretbaren Sachen (z.B. Geld, Öl usf.): Vertretbare Sachen sind immer Gattungsschulden, Gattungsschulden sind aber nicht stets vertretbare Sachen.

Die Wahlschuld (Art. 72 OR) ist in den meisten Fällen der Gattungsschuld gleichzustellen, die Übergänge sind fließend.

4. Erfüllungsmodalitäten (Ort, Zeit usf.)

Ort: Holschuld: Der Gläubiger holt die Leistung beim Schuldner ab.

Bringschuld: Der Schuldner bringt die Leistung zum Gläubiger (insbes. bei Geldschulden: Art. 74 II,1 OR). Das Risiko der Übermittlung verbleibt beim Schuldner, bis die Leistung dem Gläubiger überbracht ist.

Im Normalfall, wenn nichts anderes vereinbart oder vorgeschrieben ist, hat der Schuldner die Leistung an seinem Wohnsitz bereitzuhalten (Art. 74 II,3 OR).

Art. 74 II,2 OR kommt selten zur Anwendung (z.B. Oldtimer in einer Garage).

- Zeit: Fälligkeit: Die Verpflichtung zur Leistung entsteht mit dem Abschluss des Vertrages, aber erst im Zeitpunkt, in dem der Vertrag fällig wird entsteht der Anspruch auf die Leistung (d.h. kann sie gefordert werden).
- Erfüllbarkeit: Der Schuldner kann ebenfalls nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt erfüllen. Er kann erst zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllen (Art. 75 OR).

§29 Annahme und Leistung

1. Voraussetzungen und Wirkungen im Allgemeinen

Die Annahme einer Leistung bringt die Forderung zum Erlöschen.

Da eine Forderung ein Recht ist, kann nur darüber disponieren, wer auch geschäftsfähig ist. Genügt für die Annahme einer Leistung schon die Urteilsfähigkeit (Tatsächlichkeits-theorie)? Oder bedarf es für die Annahme einer Leistung auch der Mündigkeit (Vertragstheorie)?

Mit der Erfüllung des Vertrages endet das Schuldverhältnis nicht!

2. Annahme an Erfüllungsstatt und erfüllungshalber

Annahme an Erfüllungsstatt

Dem Schuldner steht es frei, dem Gläubiger eine andere Leistung als die vereinbarte anzubieten. Der Gläubiger ist aber niemals gezwungen, diese andere Leistung anzunehmen.

Nimmt der Gläubiger die andere Leistung an, so ist die Schuld getilgt. Nimmt der Gläubiger z.B. statt einer Geldleistung eine Sachleistung an, so hat der Schuldner keinen Anspruch auf einen etwaigen Überschuss aus dem Verkauf der Sache (also keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung). Umgekehrt trägt der Gläubiger das Risiko, weniger für die Sache zu erhalten als die Geldschuld betragen hätte.

Da es sich um eine Abänderung des Vertrages handelt, müssen beide Parteien handlungsfähig sein.

Annahme erfüllungshalber

Nimmt der Gläubiger die andere Leistung nur erfüllungshalber an (und dies ist bei fehlender anderer Vereinbarung vermutungsweise anzunehmen), so wird der Erlös aus der Sache der Schuld nur angerechnet, für die fehlende Differenz hat der Schuldner weiterhin aufzukommen. Umgekehrt hat der Gläubiger dem Schuldner einen etwaigen Mehrerlös zurückzuerstatten.

B) Störungen der Vertragsabwicklung

§30 Aufbau des Gesetzes

§31 Zur Systematik der Störungstatbestände

Vgl. dazu: Schema in der Vorlesungsgliederung S. 21 f.

1. Aufbau des Schuldverhältnisses

a) Haupt- und Nebenpflichten und deren Verletzung

Die Hauptpflichten ergeben sich zumeist aus dem Vertragstyp (Kauf, Miete, Werkvertrag usw.), üblicherweise decken sie sich mit den wesentlichen Vertragspunkten.

Die Nebenpflichten lassen sich in Nebenleistungspflichten (nebensächliche Leistungen) und sonstige Nebenpflichten, die besser Verhaltenspflichten genannt werden, unterteilen. Darunter fällt die Pflicht zu loyalen Verhalten im Vertragsverkehr. Die Parteien nehmen ein gegenseitiges Vertrauen in Anspruch.

Diese Verhaltenspflichten kommen ohne den Willen der Parteien, ohne Parteivereinbarung aus Art. 2 ZGB zustande (gesetzliches Schuldverhältnis). Ihre Verletzung vor Vertragsschluss wird als *culpa in contrahendo* bezeichnet, wenn deswegen der Vertrag nicht zustande kommt.

Vgl. dazu: RR S. 53 ff.

b) Arten der Pflichtverletzung

c) Obliegenheiten

Obliegenheiten sind schwächer als Pflichten. Zu Obliegenheiten ist man nicht verpflichtet, man verliert aber, falls man ihnen nicht nachkommt, Rechte, die einem an sich zuständen. Sie sind nicht durch Schadenersatz sanktioniert.

Prüft man z.B. eine Sache nicht umgehend auf Mängel, so verliert man das Recht auf Rückgabe (Art. 201 OR).

2. Das Problem der Rechtsfolgen

Wird ein Vertrag nicht gehörig erfüllt, kann der Gläubiger auf Schadenersatz klagen. Er ist dann so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre (positives Interesse). (Vermögen bei richtig erfülltem Vertrag – Aktuelles Vermögen.)

Allerdings muss der Schuldner schuldhaft, d.h. vorwerfbar gehandelt haben. Darunter fällt auch Fahrlässigkeit, wenn die im Verkehr gebotene Vorsicht ausser Acht gelassen wurde. Dies wird an einem durchschnittlichen Schuldner gemessen (objektivierter Sorgfaltsmassstab). Es ist der Schuldner, der zu beweisen hat, dass er sorgfältig gehandelt hat (Art. 109 OR).

a) Realerfüllung

Der Gläubiger hat (wo es möglich ist) grundsätzlich Anspruch auf Realerfüllung, notfalls mit Hilfe staatlicher Zwangsvollstreckung. (Anders das Römische Recht und der anglo-amerikanische Rechtskreis.)

Die Realvollstreckung von Geldschulden ist im SchKG geregelt. Das Eigentum an Grundstücken kann durch Richterentscheid übertragen lassen werden. In der Realvollstreckung von Fälligkeiten, wo vom Schuldner das Abgeben einer Willenserklärung gefordert wird, kann diese Willenserklärung durch ein richterliches Urteil ersetzt werden.

Schwieriger, aber theoretisch möglich, ist die Realvollstreckung von Tun oder Unterlassen. In einigen Fällen ist die Realvollstreckung schlicht nicht opportun, z.B. beim elterlichen Besuchsrecht oder beim Konkurrenzverbot.

b) Ausgleich durch Rückabwicklung

c) Ersatzansprüche (Schadenersatz)

d) Rechtsnachteile

7. Kapitel: Die Leistungsstörungen - verbunden mit der Einführung in das Kaufrecht

§32 Die besondere Bedeutung und Stellung der vertraglichen Störungsregeln

Die Leistungsstörungen gehören zu den drei grossen Komplexen des Schuldrechts: (Konsens und Willensmangel, Leistungsstörungen und Mehrparteienbeziehungen).

Eine besondere Schwierigkeit besteht darin, dass sich die zugehörigen Regeln sowohl im OR AT wie auch im OR BT finden lassen. Ausserdem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Vertrags- und Deliktsrecht.

§33 Die Nichterfüllung (Die nachträgliche Unmöglichkeit)

1. Vorbemerkungen

2. Art. 97 OR im Überblick

a) Nichterfüllung/Vertragsverletzung

Die Vertragsverletzung besteht darin, dass die geschuldete Leistung nicht erbracht wird und nicht erbracht werden kann. Von der Unmöglichkeit gibt es keinen festen Begriff, am ehesten liesse sich sagen, dass die Leistung unmöglich geworden ist, wenn sie nach vernünftigem menschlichen Ermessen nicht mehr geleistet werden kann.

Daneben können verschiedene Fallgruppen unterschieden werden:

- Physische Unmöglichkeit, wenn der zu leistende Gegenstand nicht mehr existiert.
- Rechtliche Unmöglichkeit, wenn z.B. ein Veräusserungsverbot erlassen wurde.
- Unmöglichkeit der persönlichen Leistung (objektiv).
- Unmöglichkeit im Falle der Gattungsschuld, wenn die ganze Gattung untergegangen ist.
- Wenn der Gegenstand inzwischen an einen andern weiterverkauft oder gestohlen wurde.
- Unmöglichkeit im Falle des absoluten Fixgeschäftes bei verpasstem Erfüllungstermin (z.B. die Musikkapelle bei der Hochzeit).
- Wenn das beharren auf Leistung rechtsmissbräuchlich erscheint, z.B. wenn die Leistung vom Schuldner nur noch unter starker Belastung erfolgen kann (Zumutbarkeit).

Aber: „Die Einrede der leeren Gelbbörse ist unerheblich“. D.h. dass es grundsätzlich möglich ist, sich zu etwas zu verpflichten, was man unter Umständen nicht erfüllen kann.

Die vom Gläubiger zu verantwortende Unmöglichkeit ist im OR nicht geregelt. Grundsätzlich bleibt in diesem Fall die Gegenforderung des Schuldners erhalten. Eine Lösung bietet das deutsche Recht in §324 BGB.

Vgl. dazu: BGE 107 II 144 (K/S 12-4)

Ebenso ist nicht geregelt, wenn die Unmöglichkeit von beiden Parteien (durch je eigene Handlungen usf.) zu verantworten ist.

Vgl. dazu: [BGE 114 II 274] (K/S 17-13)

b) Zurechenbarkeit des Unmöglichwerdens

Bei der Zurechnung der Unmöglichkeit geht es um die Abgrenzung der Risikosphären von Gläubiger und Schuldner (Objektive Zurechnung von Risiken).

Vgl. dazu: BGE 111 II 352 (K/S 18-9)

Grundsätzlich gilt für die Zurechnung Art. 119 OR. Die Verschiedenen Gründe aus denen ein Schuldner die Unmöglichkeit zu verantworten hat sind geregelt in Art. 97 OR für das Verschulden, in Art. 101 OR für die Haftung für Hilfspersonen, in Art. 103 OR für Zufall und in Art. 208 II OR für Haftung ohne Verschulden.

In Art. 97 OR ist nicht eigentlich das Verschulden angesprochen, sondern das Misslingen des Exkulpationsbeweises. Vermutungsweise wird das Verschulden des Schuldners angenommen, ausser er beweist das Gegenteil. (Beweisumkehr, anders als Art. 8 ZGB.) Dass der Schuldner zu beweisen hat, dass ihn keinerlei Verschulden trifft, ist insofern zu relativieren, als es denklogisch ausgeschlossen ist Negativa zu beweisen (*negativa non sunt probanda*). Vielmehr ist gemeint, dass der Schuldner seine konkrete Behauptung, weswegen er nicht zu leisten vermöge, zu beweisen hat. Er hat zu beweisen, dass er jede erdenkliche und zumutbare Sorgfalt angewandt hat, um den Schaden zu verhindern. Gemessen wird dies an einem objektiven Verschuldensmassstab, daran, was von einer durchschnittlichen Person in der jeweiligen Situation verlangt werden darf.

Vgl. dazu: BGE 113 II 421 (K/S 26-8)

c) Schaden

Der Schaden - als wirtschaftlicher Wert - berechnet sich aus der Differenz zwischen hypothetischem Vermögen (Aktiven minus Passiven) ohne das schädigende Ereignis und dem Vermögen nach dem schädigenden Ereignis.

Das hypothetische Vermögen lässt sich allerdings in verschiedener Weise berechnen:

- das Vermögen nach korrekter Vertragserfüllung (Erfüllungsinteresse, positives Interesse)
- das Vermögen wie wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre (negatives Interesse)

Nicht jeder Schaden ist ersatzfähig, er muss den Gerechtigkeitsmassstäben des Gesetzes entsprechen (normativer Schaden). Nicht ersatzfähig ist z.B. unrechtmässig erworbenes Vermögen, Schaden in Form von staatlichen Bussen usf.

Vgl. dazu: [BGE 111 II 235] (K/S 16-7)
BGE 115 II 72

Nach (noch) herrschender Lehre ist der bloss private Nutzungsausfall nicht ersatzfähig. Ebensovwenig der Frustrationsschaden für nutzlose Aufwendungen (wenn z.B. eine Oper nicht besucht werden kann, von der man Billette besitzt). Hauptanwendungsreich sind Ferienreisen.

Vgl. dazu: G./S. 2632 ff.⁶

d) Kausalzusammenhang

Die Schädigung muss kausal aus der Vertragsverletzung folgen.

Hypothetische Kausalverläufe können etwa dort von Bedeutung sein, wo sich fragt, ob der Schaden nicht auch ohne die Vertragsverletzung zustande gekommen wäre und also dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann.

Vgl. dazu: BGE 115 II 440 (K/S 17-14)

Natürliche Kausalverläufe entsprechen dem wissenschaftlichen Kausalbegriff. Das BGER gesteht bei gefährlichem Verhalten einen natürlichen Kausalverlauf jedoch schon bei höchstwahrscheinlichem Zusammenhang zu.

Bei der adäquaten Kausalität handelt es sich um ein normatives Kriterium zur Abgrenzung von für eine Wirkung zu weit zurückliegenden natürlich-kausalen Ursachen. Es geht dabei um die Voraussehbarkeit von bestimmten Folgen einer Handlung.

Vgl. dazu: [BGE 67 II 132 (franz.)] (K/S 16-2) („Golduhren“)
dazu: GUHL, in: ZBJV 1942, S. 533
FASTRICH, in: AJP 1995, S. 1115

3. Rechtsfolgen bei Art. 97 OR

Schadenersatz

Sind die Tatbestandselemente (vgl. oben 2.) erfüllt, ist Schadenersatz als Sekundärleistung geschuldet.

Zur Berechnung des Schadens (positives Interesse: „Wie wäre der Gläubiger gestellt, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre?“) kann entweder:

- vom Zeitpunkt ausgegangen werden, in dem der Schuldner hätte leisten sollen.
- vom Zeitpunkt ausgegangen werden, in dem die Unmöglichkeit eingetreten ist.
- vom Zeitpunkt ausgegangen werden, in dem das Gerichtsurteil (der letzten Tatsacheninstanz) gefällt wird

Es wird dem Gläubiger die Wahl gelassen.

Rücktrittsrecht

Der Gläubiger kann auch vom Vertrag zurücktreten. Der Schadenersatz entspricht dann dem negativen Interesse.

⁶ GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Zürich 1995.

4. Rechtsfolgen bei Art. 119 OR

Wenn die Primärleistung untergeht (ohne dass dies der Schuldner zu verantworten hat), dann ist auch keine Sekundärleistung geschuldet.

Bei synallagmatischen Verträgen geht auch die Gegenleistung unter, schon Geleistetes muss nach Bereicherungsrecht zurückerstattet werden. Hat der Schuldner aber anstelle der untergegangenen Sache ein Surrogat (z.B. Versicherungssumme) erhalten, so bleibt dem Gläubiger die Wahl, ob er dieses oder den Schadenersatz beanspruchen will (stellvertretendes Commodum).

Vgl. dazu: [BGE 51 II 171] (K/S 18-1)

Bei Gattungsschulden, wenn der Schuldner die Konzentration auf ein bestimmtes Stück noch nicht vorgenommen hat, wenn der Schuldner noch kein Stück deutlich ausgesondert hat, bleibt die Schuld bestehen.

§34 Verzug

1. Vorbemerkungen

Der Verzug ist im Grunde ein Unterfall der nicht gehörigen Erfüllung in zeitlicher Hinsicht. Er war jedoch schon gemeinrechtlich speziell geregelt.

2. Voraussetzungen des Verzugsintritts im Überblick

- *Nichtleistung*, trotzdem die Leistung möglich wäre.
- *Fälligkeit*: Entweder nach vertraglicher Vereinbarung (ausdrücklich oder nach dem hypothetischen Parteiwillen) oder nach dispositivem Gesetzesrecht (Art. 75 ff. OR). In Frage kommen auch spezielle Regelungen aus OR BT oder Fälligkeit aus Kündigung (z.B. bei Darlehen).
- *Mahnung*: Die Mahnung ist kein Rechtsgeschäft, Urteilsfähigkeit genügt also. Ist der Verfalltag durch Datums- und Zeitangabe, Setzung einer Frist oder durch Kündigung genügend bestimmt, so bedarf es keiner Mahnung (Art. 102 II OR).

Jedes Fixgeschäft ist ein Verfalltagsgeschäft: Ein relatives Fixgeschäft ist ein Verfalltagsgeschäft bei welchem dem Verfalltag eine relativ grosse Bedeutung zukommt. Der Gläubiger muss, wenn er nicht will, die Leistung nicht mehr annehmen. Beim absoluten Fixgeschäft sind Inhalt des Vertrages und Termin derart eng verknüpft, dass eine nachträgliche Leistung gar keinen Sinn mehr macht, keine gehörige Erfüllung sein kann (z.B. Blasmusik zur Hochzeit).

Keiner Mahnung bedarf es ausserdem bei Forderungen aus Delikt („Der Dieb ist immer im Verzug.“); wenn der Schuldner den Vertrag überhaupt bestreitet; wenn der Schuldner sich der Mahnungszustellung widersetzt (analog Art. 156 OR) oder wenn der Schuldner allein den Zeitpunkt der Fälligkeit kennt.

- *Fehlen von verzugsbeseitigenden Gründen*: Die spätere gehörige Erfüllung beseitigt den Verzug. Nimmt der Gläubiger nicht an, so gerät er in Verzug. Allenfalls hat der Schuldner Verspätungsschaden zu bezahlen.
Ebenfalls möglich sind Einreden, so etwa aus Art. 82 OR, Verjährung, Erlass, Stundung usf.
Auch das Unmöglichwerden der Leistung beseitigt den Verzug.
- *Verschulden des Schuldners ist nicht erforderlich*.

3. Rechtsfolgen

Der Eintritt des Verzuges ändert nichts an der Erfüllbarkeit, der Gläubiger erhält aber gewisse Rechtsvorteile.

- Bei Verzug ohne Verschulden des Schuldners erhält der Gläubiger Verzugszins und das Wahlrecht nach Art. 107, 109 OR.
- Bei Verschulden erhält er Verspätungsschaden, Zufallshaftung (Art. 103 OR) und Schadenersatz (Art. 107, 109 OR).

a) Allgemeine Verzugsfolgen

Verspätungsschaden: - Vertragsverletzung (Verzug)
- Zurechnung (keine Exkulpation des Schuldners)
- Schaden
- Kausalzusammenhang

Zufallshaftung: Ist der Verzug verschuldet, dann haftet der Schuldner auch für Zufall (vgl. Beispiele in der Vorlesungsgliederung S. 24). Das bedeutet Pflicht zur Nachlieferung und Verzugschaden. Ausser wenn der Schuldner beweist, dass der Zufall auch bei termingerechter Leistung eingetreten wäre (Art. 103 I OR).

b) Geldschulden (Art. 104 ff. OR)

Verzugszinsen sind ohne Verschulden (und ohne Schaden) zu bezahlen (Art. 104 ff. OR). Ist zusätzlicher Schaden entstanden, ist er zu bezahlen, allerdings nur bei Verschulden (Art. 106 OR).

c) Spezielle Verzugsfolgen (Art. 107 ff. OR)

Die speziellen Verzugsfolgen betreffen die Hauptleistungen (und Nebenleistungen von erheblicher Bedeutung) in synallagmatischen Verträgen.

Vgl. dazu: Vorlesungsgliederung S. 21.

Gerät der Schuldner in Verzug, hat der Gläubiger (wenn er seine weiteren Rechte nicht verlieren will) eine angemessene Nachfrist anzusetzen. Dies kann (muss aber nicht notwendigerweise) zusammen mit der Mahnung geschehen. Die Angemessenheit der Nachfrist ist von Fall zu Fall verschieden, keinesfalls aber beträgt sie die Dauer der vollen (nunmehr verstrichenen) Erfüllungsfrist.

Vgl. dazu: [BGE 103 II 102] (K/S 17-5)

Setzt der Gläubiger die Frist zu kurz an, hat der Schuldner die Möglichkeit, diese zu rekonstruieren und selber eine Frist vorzuschlagen (oder eine angemessene Frist zu verlangen). Ansonsten gilt die Frist als vom Schuldner genehmigt. Er hat innert der angemessenen Frist zu leisten.

Eine Frist ist ausnahmsweise nicht anzusetzen, insbesondere dann, wenn die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist (Art. 108 I,2 OR), oder wenn es sich um ein relatives Fixgeschäft gehandelt hat (Art. 108 I,3 OR).

Leistet der Schuldner nicht innerhalb der Nachfrist, so kann der Gläubiger entweder weiterhin auf Erfüllung des Vertrages (und Verzugsschaden) beharren, oder er kann auf die Leistung verzichten (1. Wahlrecht). Letzteres hat er dem Gläubiger unverzüglich zu eröffnen. Dies hat die beidseitige Dispositionsfreiheit zur Folge: Der Schuldner braucht nicht mehr zu leisten und der Gläubiger nicht mehr anzunehmen.

Mit dieser Erklärung übt der Gläubiger ein Gestaltungsrecht aus: Er ändert die Rechtslage durch eine unwiderrufliche, bedingungsfeindliche, empfangsbedürftige, einseitige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Dies bedingt, dass beide (Gläubiger und Schuldner) handlungsfähig sind.

Verzichtet der Gläubiger auf die Leistung, dann kann er entweder am Vertrag festhalten und anstelle der Hauptleistung eine Sekundärleistung fordern, oder er kann vom Vertrag zurücktreten (2. Wahlrecht). Dies ebenfalls ein Gestaltungsrecht (vgl. oben).

Vgl. dazu: BGE 107 II 144 (K/S 12-4) („Stuten“)

Es ist möglich, Mahnung, das 1. und 2. Wahlrecht zusammen wahrzunehmen. Auch wenn somit - begriffsjuristisch betrachtet - für das zweite Gestaltungsrecht eine Bedingung (die Nichterfüllung innert Nachfrist) gesetzt wird.

Vgl. dazu: [BGE 103 II 102] (K/S 17-5)

Hält der Gläubiger am Vertrag fest, dann schuldet er selbst weiterhin seine Leistung und der Schuldner den Schadenersatz (Austauschtheorie). Nach der Differenztheorie, der die h.L. folgt, werden die beiden Leistungen verrechnet: Die Leistung des Gläubigers wird ebenfalls kapitalisiert und mit der sekundären Leistung und dem Schadenersatz des Schuldners verrechnet.

Wer Schadenersatz fordert, hat nicht nur den Schaden zu beweisen, sondern auch, dass er zu seiner eigenen Leistung in der Lage gewesen wäre.

Vgl. dazu: [BGE 111 II 156] (K/S 17-10)

Der Schadenersatz berechnet sich dann daraus, wie der Gläubiger finanziell dastünde, hätte der Schuldner den Vertrag gehörig erfüllt (Erfüllungsinteresse = positives Interesse = *damnum emergens* + *lucrum cessans*).

Vgl. dazu: [BGE 116 II 441] (K/S 17-16)

Kann sich der Schuldner exkulpieren (die Möglichkeit steht offen, auch wenn sie im Gesetz nicht erwähnt ist), erhält der Gläubiger keinen Schadenersatz und kann insbe-

sondere (anders als nach Art. 109 OR) bereits erbrachte Leistungen nicht zurückfordern. Eine Lösung läge in der Gewährung eines neuen Wahlrechts, d.h. Möglichkeit vom Vertrag zurückzutreten. Oder in der Einrede des konditionellen Synallagmas (Art. 82 OR).

Vgl. dazu: G./S. 3024 ff.

Tritt hingegen der Gläubiger vom Vertrag zurück, wird der Vertrag auf den Zeitpunkt des Rücktrittes in ein obligatorisches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt (Umwandlungstheorie).

Die Auflösung des Vertrages *ex tunc* brächte erhebliche Nachteile mit sich, z.B. keine Eigentumsübertragung wegen des fehlenden gültigen Verpflichtungsgeschäftes usf.

Das BGer hat sich für ein vertragliches (und nicht ein bereicherungsrechtliches) Rückabwicklungsverhältnis entschieden, mit vertraglichen Verjährungsfristen usf.

Vgl. dazu: BGE 114 II 152 (K/S 18-10)

dazu: GAUCH, in: recht 89, S. 122 ff.

Hier berechnet sich der Schadenersatz danach, wie der Gläubiger finanziell stünde, wenn er nie auf den gültigen Vertrag vertraut hätte (negatives Interesse). Normalerweise wird ihm kein entgangener Gewinn (*lucrum cessans*) zugesprochen, nur wenn er beweisen kann, dass er anstelle des nun aufgehobenen Vertrages einen andern geschlossen hätte.

Geht die von Gläubiger geleistete (und nun zurückgeforderte) Sache beim Schuldner unter, so ist für den Untergang vor dem Vertragsrücktritt der Schuldner verantwortlich, nach dem Rücktritt ist die Lösung umstritten: Schuldner oder Gläubiger verantwortlich? Vgl. vielleicht Art. 207 OR.

Bei Teillieferungen und Sukzessivlieferungsverträgen wird man zu berücksichtigen haben, ob der Gläubiger bereits gelieferte Teilleistungen verwenden kann oder nicht (z.B. Lexikonlieferung Band für Band).

Bei Dauerschuldverhältnissen ersetzt die Kündigung den Rücktritt.

d) Die Wahl zwischen positivem und negativem Interesse

In welchen Fällen ist es besser, sich für das negative Interesse zu entscheiden (trotz der Faustregel, dass das positive Interesse meist höher ausfällt und leichter zu beweisen ist als das negative)?

1. Wenn das negative Interesse grösser ist als das positive Interesse.

Beispiel: (A) mietet eine Wohnung für die Dauer von 36 Monate für monatlich Fr. 3'000.-. Nachträglich erfährt er, dass er eine gleichwertige Wohnung für Fr. 2'500.- hätte mieten können. Weil sein Vermieter in Verzug gerät, muss er eine andere Wohnung für Fr. 3'300.- mieten.

Positives Interesse: (Fr. 3'300.- – Fr. 3'000.-) x 36 Mte. = Fr. 10'800.-

Negatives Interesse: (Fr. 3'300.- – Fr. 2'500.-) x 36 Mte. = Fr. 28'800.-

2. Bei bereits erbrachter Sachleistung der Gläubigers, die jener zurück haben möchte.

3. Wenn der Schuldner sich exkulpieren könnte.

4. Wenn das positive Interesse nur schwer zu beweisen ist.

Beispiel: Ein junger Arzt kauft für Fr. 70'000.- von einer Erbengemeinschaft die Krankengeschichten eines verstorbenen Arztes. Diese Krankengeschichten waren für ihn aber unbrauchbar, weil unleserlich. Der Arzt wählte das Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf die Primärleistung. Wie aber soll er den schier unmöglichen Nachweis erbringen, wieviel Schaden ihm durch die unlesbaren Krankengeschichten entsteht, wieviele Patienten er hätte behalten können. Zudem kann er die bezahlte Geldsumme nicht mehr zurückfordern.

Vgl. dazu: BGE 123 III 16 („Patientinnenkartei“)
dazu: BUZ, in: recht 97, S. 197
BGE 119 II 222
VOGEL, in: ZBJV 98, S. 382

§35 Nichtgehörige Erfüllung

1. Vorbemerkungen

Unter nichtgehöriger Erfüllung ist jede Abweichung (ausser dem Verzug) von der vertragsmässigen Leistung zu verstehen.

2. Schlechterfüllungstatbestände im Überblick

Vgl. dazu: Vorlesungsübersicht S. 26

a) Verletzung von Vertragserfüllungsmodalitäten

b) Qualitativ mangelhafte Leistung

c) Verletzung von hauptleistungsorientierten Nebenleistungs- und Nebenpflichten

Die verletzte Neben- und Nebenleistungspflicht hat einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Hauptpflicht, z.B. Bedienungsanleitung, Sicherung der Fracht. Ohne die gehörige Erfüllung der Nebenleistungspflicht macht die Hauptleistung keinen Sinn (z.B. Art. 483 OR).

Vgl. dazu: BGE 96 II 115

Neben- und Nebenleistungspflichten entstehen aus Nebenabreden, aus zwingendem oder dispositivem Recht oder aus Art. 2 ZGB, d.h. aus Treu und Glauben.

d) Positive Vertragsverletzung

Vgl. dazu: WIEGAND, Die Verhaltenspflichten, in: FS Gagnér, 1991, 547 ff.
WALTER, in: ZBJV 1996, S. 273 ff.
WIEGAND, in: recht 97, S. 85 ff.
RR S. 73 ff.

Die positive Vertragsverletzung umfasst die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (Verhaltenspflichten) aus Art. 2 ZGB.

Diese Nebenpflichten entstehen gesetzlich aus der Sonderverbindung, die die Parteien mit Beginn der Vertragsverhandlungen eingehen. (Die Annahme von stillschweigend entstandenen Vertragsvereinbarungen führte insbesondere dort zu Problemen, wo gar kein Vertrag entsteht oder der Vertrag nichtig ist.)

Vgl. dazu: BGE 111 II 72
BGE 113 II 246
BGE 119 II 456 (K/S 27-10)
dazu: WIEGAND, in: ZBJV 1995, S. 360 ff.
KOLLER, in: recht 94, S. 25 ff.
BGE 121 III 358
TAUPITZ, in: ZBJV 1993, S. 671 ff.

Neuerdings gesteht das BGer auch Schadenersatz für Schäden zu, die zwar aus Pflichtverletzungen entstehen, aber an Dritten (nicht Vertragspartnern) geschehen (Schutzwirkung zugunsten Dritter). Konkurrenz zu Art. 41 OR?

Vgl. dazu: BGE 121 III 310 (K/S 36-10) („Banken-Clearing“)

In einem andern Entscheid liess das BGer für erwecktes Konzernvertrauen haften, wobei der Haftende wiederum nicht Vertragspartner war.

Vgl. dazu: BGE 120 II 331 (K/S 8-4) („Swissair“)
dazu: WIEGAND, in: ZBJV 1996, S. 321 ff.
GONZENBACH, in: recht 95, S. 117 ff.
WALTER, in: ZBJV 1996, S. 273 ff.
BGE 123 III 220, BGE 124 III 297

3. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung

a) Schadenersatz

Erfüllungsinteresse (und evtl. *lucrum cessans*).

b) Rücktritt vom Vertrag

Art. 97 OR sieht für die nichtgehörige Erfüllung nur Schadenersatz vor. Es ist aber bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen möglich (analog Art. 107 ff. OR= zurückzutreten. Bei Dauerschuldverhältnissen als Kündigung (Vertragsauflösung *ex nunc*).

c) Realerfüllung

Falls es möglich ist, kann Nachlieferung bzw. Nachbesserung verlangt werden (vgl. Art. 206 OR). Diese Möglichkeit ist heute z.T. in Form von Garantieverprechen schon Vertragsinhalt.

Nebenpflichten begründen keinen Anspruch auf Realerfüllung, nur auf Schadenersatz bei Verletzung.

d) Minderung

Die Leistungen in synallagmatischen Verträgen sind intersubjektiv gleichgewichtig. Schlechterfüllung führt zu einer Störung dieses Gleichgewichts. Die Minderung soll das Gleichgewicht wieder herstellen.

Die Minderung ist dabei verschuldensunabhängig. Bei Schaden (der u.U. aus der Schlechterfüllung resultiert) hat der Schuldner nämlich die Möglichkeit sich zu exkulpieren. Diese sind beispielsweise im Pauschalreisegesetz miteinander vermischt worden, indem Minderwert und Schaden ohne Unterschied als Schaden bezeichnet werden. Erhält man z.B. statt eines Bahnbilletts erster Klasse ein solches der zweiten Klasse, so wird das als Schaden (exkulpierbar) bezeichnet, richtigerweise handelt es sich um einen Minderwert (verschuldensunabhängig).

§36 Gläubigerverzug

Vgl. dazu: G./S. 2492 ff.
BUCHER AT, S. 318 ff.
BUCHER/WIEGAND, S. 40 ff., 44 ff.⁷

1. Allgemeines

Es geht um den Schutz des leistungswilligen Schuldners, der durch ein Verhalten des Gläubigers an der Erfüllung gehindert wird. Denn in vielen Fällen muss der Gläubiger bei der Vertragserfüllung irgendwie mitwirken.

Bei Unterlassungspflichten ist Gläubigerverzug undenkbar.

Die Leistungsannahme des Gläubigers ist eine Obliegenheit, d.h. er ist nicht dazu verpflichtet. Er hat keinen Schadenersatz zu leisten, sondern höchstens Rechtsnachteile zu gewärtigen.

Vertraglich kann aber eine Annahmepflicht des Gläubigers vereinbart werden, d.h. dass er bei Annahmeverweigerung in Verzug gerät. Ebenfalls kann sich eine Annahmepflicht aus den Umständen ergeben, wenn sich für den Gläubiger ein offenes Interesse des Schuldners an der Abnahme ergibt.

2. Voraussetzungen des Gläubigerverzuges

a) Leistungsangebot seitens des Schuldners

Der Schuldner muss gehörige Leistung anbieten. Es genügt aber nicht schon jede kleine Abweichung vom vertraglich Vereinbarten, damit der Gläubiger die Leistungsannahme verweigern kann, denn dafür stehen ihm andere Rechtbehelfe zur Verfügung (z.B. Minderung). Und der Schuldner muss den Willen zur Erfüllung haben (wenn die Erfüllung ein Rechtsgeschäft, z.B. eine Verfügung, einschliesst). Der Schuldner muss die Leistung bei einer Bringschuld real (Realoblation) oder bei einer Holschuld verbal (Verbaloblation) anbieten. Er darf an die Erfüllung keine unzulässigen, d.h. vertraglich nicht verein-

⁷ BUCHER, EUGEN/WIEGAND, WOLFGANG, Übungen im Obligationenrecht, Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1991

barte Bedingungen knüpfen. Die einzige erlaubte Bedingung ist diejenige auf Ausstellung einer Quittung.

b) Nichtannahme durch den Gläubiger

- Verweigerung der physischen Entgegennahme der angebotenen Sache
- Unterlassen von Vorbereitungs-handlungen zur Entgegennahme (z.B. fehlende Baupläne für das von der Baufirma zu erstellende Haus)
- Unterlassen von Begleithandlungen, wie z.B. das Ausstellen der Quittung

3. Wirkungen des Gläubigerverzuges

a) Nach Gesetz

Das Gesetz regelt die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges nur lückenhaft:

- Hinterlegung (Art. 92 OR): Der Schuldner schliesst mit einem Lagerhaus einen Hinterlegungsvertrag, in der Form eines Vertrages zugunsten Dritter. Der Gläubiger hat das Recht die Sache zu holen. Die Gebühr bezahlt der Schuldner, kann sie aber auf den Gläubiger überwälzen. Die Hinterlegung hat Befreiungswirkung.
- Selbsthilfeverkauf (Art. 93 OR): Nach h.L. kann auch ohne richterliche Bewilligung verkauft werden, wenn man nachweist, dass mit Bewilligung und öffentlichem Verkauf kein besserer Erlös möglich gewesen wäre. Die Befreiung erfolgt mit Hinterlegung des Erlöses bei der Gerichtskasse oder einer Grossbank usf. In einigen Fällen kann sogar eine Verpflichtung zur Veräusserung vorliegen, insbesondere dann, wenn der Gläubiger an seinem Verzug kein Verschulden trägt.

Vgl. dazu: BGE 110 II 148 (K/S 28-3) („Motorenöl“)

- Vertragsrücktritt (Art. 95 OR): Diese Bestimmung ist auf den Kaufvertrag nicht anwendbar. Der Art. 95 OR verweist auf Art. 109 OR, der Schuldner kann das negative Interesse fordern. (Ein Teil der Lehre möchte dem Schuldner die Verzugswahlrechte zubilligen.)

b) extra legem

- Ausschluss des Schuldnerverzuges: Im Gläubigerverzug ist der Schuldnerverzug (der Schuldner muss ja gehörig die Erfüllung anbieten) schon begrifflich nicht möglich. Gerät der Gläubiger während einer von ihm gesetzten Nachfrist in Verzug, endet damit der Schuldnerverzug.
- Haftungserleichterung: Der Schuldner haftet grundsätzlich für jede Sorgfaltsverletzung, während des Gläubigerverzuges (Obliegenheitsverletzung des Gläubigers) wäre das allerdings ungerecht, deshalb soll in diesem Fall der Schuldner nicht mehr die volle Haftung tragen (analoge Anwendung des Art. 99 OR).

Vgl. dazu: BUCHER AT, S. 324 ff.
§§ 300 I, 324 II BGB

- Gefahrenübergang: Für den Untergang der Sache durch Zufall (oder leichte Fahrlässigkeit des Schuldners) haftet der Gläubiger (analog Art. 376 OR). Einzig im Kaufrecht besteht bereits eine Regelung, die hier Klarheit schafft (Art. 185 I OR).
- Schadenersatz (?): Wenn der Gläubigerverzug streng als Obliegenheitsverletzung betrachtet wird, verbietet sich ein Schadenersatz schon deshalb, weil solche Verletzungen nur Rechtsverlust zur Folge haben. Das führt in verschiedenen Fällen zu unbilligen Resultaten (z.B. wenn ein Wohnungsvermieter die Abnahme der Wohnung am Auszugstag verweigert und der Mieter später extra noch einmal anreisen muss und deswegen Auslagen hat). Wird aber Schadenersatz zugesprochen, wird der Unterschied zwischen Obliegenheit und Pflicht verwischt.

§37 Die Haftung für Dritte

Haftung für fremdes Verhalten ist eine genuin privatrechtliche Erfindung, die jedoch langsam in andere Rechtsgebiete vorzudringen beginnt (z.B. die strafrechtliche Haftung der Konzernleitung für rechtswidriges Verhalten von Angestellten).

Die Haftung für Hilfspersonen ist nur ein Unterfall dieser Erscheinung (daneben: Stellvertretung, Bürgschaft, Schuldübernahme, Kausalhaftung des Werkeigentümers und des Tierhalters, Solidarschuldnerschaft, Organe der juristischen Person).

Die Haftung für fremdes Verhalten begründet sich insbesondere durch die Antwort auf die Frage, wer dem Risiko näher steht: Aufgrund einer vertraglichen Risikoübernahme (Bürgschaft), weil man andere für sich handeln lässt (Stellvertretung, Organhaftung, Hilfspersonen) oder weil man den wirtschaftlichen Nutzen der Sache hat (Werkeigentümerhaftung).

Doch sollte die Haftung für fremdes Verhalten da ihre rechtsethischen Grenzen finden, wo (wenn es sich nicht um eine vertragliche Risikoübernahme handelt) für den Haftenden keine Beaufsichtigungsmöglichkeit besteht (wo sie zumindest eingeschränkt ist) oder das Risiko weder beherrschbar noch begrenzbar ist.

1. Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)

Vgl. dazu: [BGE 92 II 15] (K/S 17-3)
[BGE 98 II 288] (K/S 17-4)

Hilfsperson (HP) ist jemand, der vom Geschäftsherrn (GH) in irgendeiner Weise in einen Vertrag mit einem Dritten bezogen wird. Dies kann sein als Erfüllungsgehilfe, als Ausübungsgehilfe oder als Abschlussgehilfe. Die HP gibt es immer nur im Bezug auf einen Vertrag des GH mit einem Dritten.

Die Begründung der Haftung für Hilfspersonen liegt einerseits im traditionellen Argument, dass der GH auch die wirtschaftlichen Vorteile aus der Arbeit mit Hilfspersonen habe, und andererseits im heute immer bedeutender werdenden Argument, dass für den Dritten gar nicht mehr eruierbar - und noch schwieriger zu beweisen - sei, wer genau den Schaden verursacht habe.

a) Beispiele

- 1) Wenn der Bauherr einen Vertrag mit einem Generalunternehmer (GH) schliesst, der seinerseits Subunternehmer (HP) verpflichtet.

Vgl. dazu: [BGE 116 II 305] (K/S 26-10)

- 2) Der Bankschalterangestellte ist HP der Bank (GH).
- 3) Im Verhältnis von Vermieter, Mieter und Untermieter ist a) der Mieter in seinem Vertragsverhältnis zum Untermieter GH in Bezug auf den Vermieter (HP), und er ist b) in seinem Vertragsverhältnis zum Vermieter GH in Bezug auf den Untermieter (HP). Er haftet also nach beiden Seiten für das Verhalten der andern Seite.

Vgl. dazu: BGE 117 II 65 (K/S 30-5)
BGE 119 II 337 (K/S 30-7)

- 4) Der Makler ist HP des Grundstücksverkäufers (GH).

Vgl. dazu: [BGE 108 II 421] (K/S 8-3)

b) Tatbestandsvoraussetzungen der Hilfspersonenhaftung

Zwischen dem GH und dem (geschädigten) Dritten muss ein Vertragsverhältnis (oder heute auch *culpa in contrahendo*) bestehen. Keine deliktische Beziehung.

Zwischen GH und HP muss ein Hilfspersonenverhältnis bestehen:

- Es muss in Erfüllung des Vertrages ein anderer als der Vertragspartner tätig werden.

Vgl. dazu: [BGE 115 II 474] (K/S 45-7)

- Es darf kein erlaubtes Substitutionsverhältnis vorliegen (z.B. wenn der Anwalt ein Mandat einem andern Anwalt zur selbständigen Erfüllung überlässt).

Vgl. dazu: [BGE 112 II 347] (K/S 27-3)

- Es bedarf des bewussten Beizuges der HP zur Vertragserfüllung.
- Es bedarf eines funktionellen Zusammenhangs zwischen dem Vertrag und dem Verhalten der Hilfsperson, d.h. der Schaden „muss in Erfüllung des Vertrages und nicht bei Gelegenheit der Vertragserfüllung“ geschehen sein.
Generell lässt sich sagen, dass ein Verhalten der HP immer dann dem GH zugerechnet wird, wenn dieselbe Handlung, vom GH vorgenommen ebenfalls als Vertragsverletzung gelten würde.
- Es muss kein Subordinationsverhältnis vorliegen wie bei der deliktischen Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR).

Vgl. dazu: G./S. 2899 ff.

c) Rechtsfolgen

- Art. 101 OR spricht allein von Schadenersatz.
- Es können aber sämtliche Rechtsfolgen der Vertragsverletzung eintreten.
- Generell erfolgt die Zurechnung des Verhaltens der Hilfsperson zum GH mittels der hypothetischen Vorwerfbarkeit: Dem GH wird das objektive Fehlverhalten der HP

zugerechnet, wenn der durchschnittliche GH selbst diesen Fehler nicht hätte machen dürfen, auch wenn subjektiv die HP nicht vorwerfbar gehandelt hat. Der niedrigere Wissensstand der HP wird auf den höheren des GH angehoben, d.h. Anhebung des Sorgfaltsmassstabes. Bei höherem Wissensstand der HP wird zumeist von diesem ausgegangen.

Vgl. dazu: [BGE 70 II 215] (K/S 35-1)

d) Haftungsbeschränkung nach Art. 101 II, III OR

Die Haftung für Hilfspersonen kann auch wegbedungen werden, jedoch mit Einschränkungen, z.B. bei obrigkeitlicher Konzessionierung (vgl. Art. 101 III OR, z.B. Kaminfeiger, Banken [?]).

Vgl. dazu: BGE 112 II 450 (K/S 44-6)

e) Rückgriff des GH auf die HP

Je nach Vertrag zwischen GH und HP bleibt dem GH der Rückgriff auf die HP.

§38 Vertiefung: Juristische Personen und ihre Organe (vgl. auch §11)

Juristische Personen sind Organisationseinheiten, denen von der Rechtsordnung Rechtsfähigkeit und - was in Bezug auf den Streit zwischen der Fiktions- und der Realitätstheorie umstritten ist - Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) zuerkannt wird. Sie ist (im zivilrechtlichen Sinne) deliktstfähig (z.B. Art. 41 OR). Zu ihrer Gründung bedarf es keiner staatlichen Konzession.

Die juristische Person handelt durch ihre Organe. Wer Organ der juristischen Person ist, ergibt sich aus dem Gesetz, deren Statuten und Reglementen (formelle Organe). Organ (im materiellen Sinne) kann aber auch sein, wer in der juristischen Person eine derartige Stellung inne hat, dass er wesentlich an der Willensbildung der juristischen Person teilhat (z.B. Direktoren, Vizedirektoren usw.). Blosser Stellvertreter dagegen geben nur dem bereits anderweitig gebildeten Willen der juristischen Person Ausdruck.

Vgl. dazu: [BGE 105 II 289] (K/S 2-4)

Im Unterschied zum Stellvertreter, der für einen andern handelt, wird die Handlung des Organs als Handlung der juristischen Person selbst betrachtet. Das Organ repräsentiert die juristische Person, es „ist“ die juristische Person.

Die Haftung für Organe (Art. 55 ZGB) unterscheidet sich von der Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR) darin, dass die Haftung für letztere wegbedungen werden kann. Für Organe kann die Haftung nicht wegbedungen werden, höchstens im Rahmen des Art. 100 OR.

Organe verpflichten die juristische Person nicht nur durch den Abschluss von Rechtsgeschäften (Art. 55 ZGB), sondern auch durch alle übrigen Rechtshandlungen in Zusammenhang mit deren Geschäften.

Das Wissen des Organs wird der juristischen Person voll zugerechnet, auch wenn das Organ im Übrigen nur Kollektivzeichnungsrecht hat. Die Vertretungsbefugnis kann nach innen zwar beschränkt werden, aber wenn dies nach aussen nicht bekannt ist, so

wird die juristische Person dennoch verpflichtet, solange nur das getätigte Geschäft in den Geschäftsbereich der juristischen Person fallen kann oder könnte. Deshalb sind Kollektivzeichnungsrechte mit Vorteil öffentlich zu machen.

Vgl. dazu: [BGE 111 II 284 (franz.)] (K/S 2-5)

Für sonstiges Verhalten (Art. 55 ZGB), d.h. deliktisches Verhalten (im zivilrechtlichen Sinne) haftet die juristische Person ebenfalls, wenn die Handlung in Ausübung von Geschäftsverrichtungen geschehen (und nicht nur bei Gelegenheit derselben).

Die juristische Person haftet für deliktisches Verhalten ihres Organs auch, wenn dieses nur kollektiv Zeichen darf.

Vgl. dazu: [BGE 68 II 91] (K/S 2-1)

Zur Frage, wie weit eine juristische Person durch das Handeln, bzw. Abschliessen von Rechtsgeschäften gebunden werden kann:

Vgl. dazu: BGE 119 II 23 (K/S 14-2)
BGE 121 III 176 (K/S 2-6)

Die juristische Person ihrerseits hat natürlich die Möglichkeit des Rückgriffs auf das Organ, falls dessen Handlungen schuldhaft geschehen sind.

§39 Die Nichterfüllung des Kaufvertrages

1. Einführung in das Kaufrecht

a) Systematik

b) Umschreibung des Kaufvertrages

Der Kaufvertrag ist im Art. 184 OR durch die Pflichten des Verkäufers (Sachverschaffung, Rechtsverschaffung) und des Käufers (Preiszahlung) umschrieben.

c) Gegenstand des Kaufvertrages

- | | |
|-----------------------|--|
| Sachen: | – bewegliche Sachen
– unbewegliche Sachen (z.B. Grundstücke) |
| Sachgesamtheiten: | – (z.B. eine Bibliothek, eine Unternehmung) |
| Rechte: | – absolute (Immaterialgüter, z.B. Patente)
– relative (Zession, z.B. Forderungsabtretung) |
| faktische Positionen: | – (z.B. technisches Know-how, Goodwill) |

d) Gattungskauf / Speziesskauf

Speziesschuld: Geschuldet ist eine konkrete, bewegliche Sache

Gattungsschuld: Geschuldet ist eine von den Vertragspartnern allgemein umschriebene Sache. Die Wahl der Kriterien, d.h. die Begrenzung der Gattung steht im Belieben der Parteien.

Vgl. dazu: BGE 115 II 494
BGE 121 III 453 (K/S 28-6) („Hubstapler“)
dazu: LANZ, in: recht 96, S. 248 ff.
KRAMER, in: recht 97, S. 78 ff.

Nicht zu verwechseln mit der Unterscheidung in Gattungssache und Speziessache, diese erfolgt nach rein objektiven Kriterien.

e) Zur Sach- und Rechtsverschaffungspflicht

Der Verkäufer hat die Pflicht zur Besitz- und Eigentumsverschaffung

2. Leistungsstörungen im Kaufrecht

a) Vertragsverletzung durch den Käufer

aa) Nichtannahme der Ware

Die h.L. sieht die Annahmepflicht des Käufers (Art. 211 OR) gleich dem Gläubigerverzug des Allgemeinen Teils, als Obliegenheit und nicht als Pflicht. [BUCHER möchte anhand einer Vertragsauslegung prüfen, ob eine Pflicht oder eine Obliegenheit vorliegt.]

bb) Ausbleiben der Zahlung / Ausschluss des Rücktritts

In Bezug auf die Kaufpreiszahlung gilt die Sonderregel des Art. 214 OR und nicht die der Art. 107-109 OR:

Pränumerandokauf/Barkauf (Art. 214 I, II OR): Befindet sich der Käufer im Verzug, so braucht der Verkäufer keine Nachfrist anzusetzen (das Geschäft wird behandelt wie ein Fixgeschäft) und kann von Vertrag zurücktreten. Der Verkäufer muss dies aber nicht, es bleibt ihm auch die Möglichkeit nach Art. 107-109 OR vorzugehen.

Kreditkauf (Art. 214 III OR): Kein Rücktritt nach Art. 109 OR.

cc) Schadensberechnung

Der Verkäufer hat die Wahl zwischen drei Möglichkeiten: Konkreter (Art. 215 I OR), abstrakter (Art. 215 II OR) Selbsthilfeverkauf oder Schadenersatz nach den Regeln des Allgemeinen Teils.

b) Vertragsverletzung durch den Verkäufer

aa) Verkäuferverzug

Bei Verzug gelten für den nichtkaufmännischen Verkehr die Regeln des Allgemeinen Teils (Art. 102, 103, 107-109 OR). Dasselbe gilt, wenn kein Verfalltagsgeschäft vereinbart ist.

Für den kaufmännischen Verkehr gilt, falls ein Verfalltagsgeschäft vereinbart ist, Art. 190 OR. Dann muss der Gläubiger, im Unterschied zur Regelung des Allgemeinen Teils, keine Nachfrist ansetzen (vermutetes Fixgeschäft). Er beansprucht dann Schadenersatz aus Nichterfüllung.

Möchte der Gläubiger dennoch auf Lieferung bestehen, muss er dies dem Schuldner sofort mitteilen, sonst verliert er seinen Realerfüllungsanspruch und das 2. Wahlrecht.

Teilt er dies dem Schuldner rechtzeitig mit, wird aus dem Fixgeschäft wieder ein Mahngeschäft

Vgl. dazu: BGE 116 II 436 (K/S 25-9)

Der Gläubiger hat für den Schadenersatz wiederum drei Möglichkeiten: Konkreter oder abstrakter Selbsthilfekauf (Art. 191 II, III OR) oder nach den Regeln des Allgemeinen Teils.

bb) Nichterfüllung i.e.S.

Für das objektive Unmöglichwerden gelten grundsätzlich die Regeln des Allgemeinen Teils.

Leistungsgefahr: Frage danach, bis zu welchem Zeitpunkt der Schuldner das Risiko trägt, nachliefern zu müssen. Insbesondere beim Gattungskauf in Bezug auf die Konzentration von Interesse.

Preisgefahr: Wann muss, wenn für den Schuldner die Leistungspflicht erlischt, der Gläubiger den Kaufpreis dennoch bezahlen. Grundsätzlich entfällt nach Art. 119 OR die Zahlungspflicht, wenn der andere Teil des Synallagmas untergeht. Im Kaufrecht gilt jedoch die Sonderregel des Art. 185 OR.

Die wichtigsten Einwände gegen diese gesetzliche Regelung sind erstens, dass die Sachherrschaft und das Risiko auseinanderfallen. (Der Gläubiger muss es auf einen Prozess ankommen lassen, wenn er bezweifelt, dass dem Schuldner der Untergang der Sache nicht zuzurechnen ist.)

Dann, zweitens, dass diese Regel den meisten Laien unbekannt ist. Ausserdem ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht immer mit aller Klarheit feststellbar (z.B. Art. 10 OR). Und es ergeben sich oft Abgrenzungsschwierigkeiten zum Werklieferungsvertrag.

cc) Besondere Verhältnisse (umstritten!) (vgl. Art. 185 I OR)

- Bei Verabredung eines Erfüllungsortes kann angenommen werden, der Verkäufer trage die Preisgefahr bis zum Erfüllungsort.

Vgl. dazu: BGE 84 II 162 (K/S 25-1)

- Beim Versendungskauf wird Gefahrtragung bis zur Versendung angenommen (Pflicht des Versenders: Verpackung, Adressierung, seriöser Frachtführer).

Vgl. dazu: BGE 122 III 106

- Bei einer Wahlschuld wird angenommen, dass nach dem Untergang der einen Sache es dem Verkäufer verwehrt sei, die untergegangene Sache zu wählen.
- Bei einem Mehrfachverkauf wird angenommen, dass nicht jeder Vertragspartner die Preisgefahr zu tragen habe, weil der Verkäufer sonst von jedem die Preiszahlung verlangen könnte.

dd) Gattungskauf (Art. 185 II OR)

Bevor der Verkäufer nicht ein Stück der Gattung ausgesondert hat, kann von einem Untergang gar nicht gesprochen werden. Der Verkäufer trägt die Leistungsgefahr bis zur Aussonderung. Er hat diese zu beweisen.

§40 Die Schlechterfüllung des Kaufvertrages

Die positiven Vertragsverletzungen sind im Kaufrecht nicht speziell geregelt, sie sind nach den Regeln des Allgemeinen Teils zu behandeln. Sonderregeln gibt es nur für die beiden wichtigsten Fälle qualitativer Schlechterfüllung: Für Rechtsmängel und Sachmängel.

1. Rechtsmängelgewährleistung

a) Rechtsmängel

Rechtsmängel sind subjektive Rechte Dritter, die dem Recht des Käufers vorgehen. Zumeist sind dies dingliche Rechte (Eigentum, Pfand usw.). Es können aber auch obligatorische Rechte sein (z.B. im Mietrecht: Art. 261 ff., gesetzliche Pfandrechte usw.)

b) Inanspruchnahme

Im schweizerischen Recht gibt es die römisch-rechtliche Eviktionshaftung in abgeschwächter Form. Der Verkäufer haftet grundsätzlich nur, wenn ein Dritter effektiv seine Rechte geltend macht. In Ausnahmefällen kann der Käufer aber schon früher die Rechtsmängel (mittels Grundlagenirrtum) geltend machen.

Vgl. dazu: [BGE 109 II 319] (K/S 25-7)
SCHÖBI, in: recht 84, S. 134 ff. und BUCHER, in: recht 96, S. 178 ff.

c) Rechtsfolgen

Bei vollständigem Entzug der Sache ist der Vertrag als aufgehoben zu betrachten (Art. 195 OR). Ansonsten gilt Art. 196 OR.

d) Verhältnis zur Rechtsmängelhaftung zum OR AT

Bei Rechtsmangel vor der Sachübergabe sind auch die Regeln des OR AT anzuwenden, nach der Sachübergabe sollten (nach BUCHER) nur noch die Regeln von Art. 192 ff. OR gelten.

2. Sachmängelgewährleistung

a) Fehlerbegriff

Ein Sachmangel kann zum einen das Fehlen einer speziell zugesicherten Eigenschaft sein. Und zum andern kann der Sachmangel in der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch liegen (Art. 197 ff. OR).

Oder allgemein gesagt, als Sachmangel gilt jede Abweichung des Istzustandes der vereinbarten Sachleistung vom Sollzustand. Dies ist immer vertragsbezogen zu beurteilen, danach, wovon der Käufer nach Treu und Glauben ausgehen konnte (Art. 200 I OR).

Vgl. dazu: [BGE 91 II 344] (K/S 25-2)
BGE 82 II 411 (K/S 7-2)

Der rechtliche Sachmangel ist nicht mit dem Rechtsmangel nach Art. 192 ff. OR zu verwechseln. Hier handelt es sich um einen objektiven rechtlichen Sachmangel, wenn z.B. ein verkauftes Gerät nicht geprüft und zugelassen ist und deshalb nicht verwendet werden darf, oder ein öffentlich-rechtliches Bauverbot usf.

Jede Verschlechterung der Ware nach dem Übergang des Risikos ist nicht mehr Inhalt der Sachmängelgewährleistung, ausser wenn der Mangel schon Zeitpunkt des Verkaufes angelegt war, oder wenn Garantieklauseln vereinbart werden.

Garantieklauseln zugunsten des Käufers (z.B. 1 Jahr Garantie) können etwa wie folgt ausgelegt werden: Die Garantieklausel kann gelten als Funktionsgarantie, als Einräumung des Rechts auf Nachbesserung, als Verlängerung der Rügefrist, als Verlängerung der Verjährungsfrist (Art. 210 I OR) oder als Zusicherung besonderer Eigenschaften. Garantieklauseln zugunsten des Verkäufers können etwa folgende sein: Ausschluss von Wandelung, Minderung und evtl. Schadenersatz (z.T. mit Wiederaufleben nach dem Misslingen einer Nachbesserung); Verkürzung der Verjährungsfrist.

Freizeichnungsklauseln

- AGB
- Einzelzusicherungen kommen vor genereller Freizeichnung
- Floskeln
- Wegbedingung gilt nicht für Sachmängel, mit denen weder Käufer noch Verkäufer gerechnet haben.

Vgl. dazu: [BGE 107 II 162] (K/S 25-4)

- Art. 31^{sexies} BV

b) Vorgehen des Käufers

Nach Art. 201 OR hat der Käufer zwei Obliegenheiten: Er hat innert nützlicher Frist die Sache zu prüfen und einen dabei allfällig gefundenen Mangel zu rügen. Sonst verliert er seine späteren Rechte.

Offene Mängel sind nicht nur solche, welche man sofort sieht, sondern auch diejenigen, welche man bei gehöriger Prüfung hätte erkennen können und hätte erkennen müssen.

Verdeckte Mängel sind solche, welche sich bei gehöriger Prüfung nicht haben erkennen lassen, die man auch nicht hat erkennen müssen.

Der Käufer muss eine gewisse Sicherheit für das Vorliegen eines Mangels haben, weil er ja auch verpflichtet ist, den Mangel zu spezifizieren. Er muss zudem Zeit für eine genauere Prüfung haben, ein Verdacht auf einen Mangel allein genügt für eine Rüge noch nicht.

Mit der Rüge muss man sich nicht sogleich auch schon für Wandelung oder Minderung entscheiden. Man hat ein Jahr Zeit, um auf Gewährleistung zu klagen (Art. 210 OR). Die Zeit beginnt mit Ablieferung der Sache zu laufen.

Die Einrede und die Verrechnungslage treten mit der Rüge ein.

Vgl. dazu: [BGE 91 II 213] (K/S 18-4)

c) Die Rechtsbehelfe und ihre Abwicklung

Grundsätzlich besitzt der Käufer die freie Wahl (Gestaltungsrecht) zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen (Wandelung, Minderung, Schadenersatz, Nachlieferung, [Nachbesserung]). Eine Einschränkung statuiert aber Art. 205 II OR. Dieser Artikel sollte aber nur zurückhaltend angewendet werden, nämlich nur dann, wenn Wandelung als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist.

Die Nachbesserung ist im Gesetz nicht vorgesehen, sie kann aber vertraglich (auch stillschweigend) vereinbart werden (z.B. beim Konsumkauf, nicht aber beim Kreditkauf).

d) Die Wandlung

Die Lehre hat bisher angenommen, die Wandelung vernichte den Vertrag *ex tunc*. Seit dem BGE 114 II 152 (K/S 18-10) wird man annehmen dürfen, dass die Umwandlungstheorie nicht nur für den Verzug (Art. 109 OR) Geltung hat, sondern auch für die Wandelung (Art. 208 OR).

Die Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden ist im Zusammenhang mit dem Sachmangel deshalb wichtig, weil der Verkäufer für die mittelbaren Schäden kausal haftet (Art. 208 II OR), sich aber für die unmittelbaren Schäden exkulpieren kann (Art. 208 III OR).

Die Abgrenzung kann mittels Betrachtung der Länge der zwischen Schaden und Ursache liegenden Kausalkette vorgenommen werden. Je entfernter die Ursache vom Schaden zeitlich liegt, desto mehr andere Ursachen treten zusätzlich zur Grundursache hinzu.

Unmittelbare Schäden sind etwa unnütze Aufwendungen für den Vertragsschluss, Aufwendungen für die Vertragsabwicklung. Mittelbare Schäden sind z.B. das Haftungsinteresse des Käufers, wenn er die Sache einem Dritten weiterverkauft und selbst haftet, Mangelfolgeschäden.

Vgl. dazu: RR S. 76 f.

Der Käufer hat zudem einen Anspruch auf Rückerstattung der nützlichen und notwendigen Aufwendungen.

Vgl. dazu: RR S. 39 f.

Beim gewerbmässigen Kettenverkauf kann der Käufer trotz des Art. 207 III OR wandeln, weil er typischerweise die Sachen nicht zum eigenen Gebrauch kauft, sondern um sie weiterzuverkaufen. Deshalb ist nicht leicht einzusehen, weshalb er die Sache sollte behalten müssen, insbesondere da ja der letzte Käufer der Kette die Wandelung anstellen darf.

e) Die Minderung

Die Minderung soll das aus dem Gleichgewicht geratene Synallagma ausgleichen. Es bedeutet eine anteilmässige Herabsetzung des Kaufpreises (um soviel z.B., wie der Käufer weniger bezahlt hätte, wäre ihm der Mangel bekannt gewesen). Massstab sind nicht

die Kosten z.B. der Reparatur oder der objektive Minderwert. (Beispiel: Bei einem Gebrauchtwagen zu Fr. 1'000.- müssen die Bremsen für Fr. 1'500.- ersetzt werden!)

Schadenersatz (aus Mangelfolgeschäden, zusätzlicher Minderwert usf.) ist zwar im Gesetz nicht erwähnt, jedoch kann dieser gefordert werden durch alternative Anwendung von Art. 97 OR (allerdings mit der Prüfungsobliegenheit und der Rügefrist usf.) oder durch analoge Anwendung von Art. 208 OR.

f) Gattungskauf

Wichtig für den Gattungskauf ist die Abgrenzung von *peius-* und *aliud-*Lieferung. Denn liefert der Verkäufer eine Sache, die nicht alle vereinbarten Gattungsmerkmale erfüllt, liegt Nichterfüllung vor (Art. 102 ff. OR), er hat eine andere als die vereinbarte Sache geliefert. Entspricht hingegen die Sache den Gattungsmerkmalen, ist sie aber mangelbehaftet, dann liegt Schlechterfüllung vor (Art. 197 ff. OR).

Diese Abgrenzung ist deshalb besonders wichtig, weil der Käufer bei Nichtlieferung zwar keine Prüf- und Rügepflicht hat, aber eine Nachfrist ansetzen muss.

Vgl. dazu: BGE 121 III 453 (K/S 28-6) („Hubstapler“)
dazu: LANZ, in: recht 96, S. 248 ff.
KRAMER, in: recht 97, S. 78 ff.

Für den Gattungskauf stehen dieselben Rechtsbehelfe wie für den Spezieskauf (Minderung, Wandelung, Schadenersatz) zur Verfügung, zusätzlich kann der Käufer in besonderen Fällen auf Nachlieferung bestehen (Art. 206 I OR).

Zudem hat der Verkäufer selbst ein Recht, nachzuliefern (Art. 206 II OR). Heute nicht nur beim Platzkauf, sondern auch in Fällen, wo schnell nachgeliefert werden kann, d.h. üblicherweise etwa der Raum Schweiz.

§41 Das Verhältnis des Allgemeinen Teils OR zum Besonderen Teil OR

- Sachmängelgewährleistung vs. Irrtumsanfechtung

Beide können alternativ angewendet werden.

Vgl. dazu: BGE 82 II 411 (K/S 7-2) („Van Gogh“)
BGE 114 II 131 (K/S 7-7) („Picasso“)
dazu: WIEGAND, in: recht 89, S. 101 ff.
BGE 118 II 297 (K/S 7-8)
ADAMS, in: recht 86, S. 14 ff.

- Rechtsmängelgewährleistung vs. Irrtumsanfechtung

Beide können alternativ angewendet werden.

Vgl. dazu: [BGE 109 II 319] (K/S 25-7)
dazu: SCHÖBLI, in: recht 84, S. 134 ff.

- Art. 97 OR vs. Art. 197 OR

Laut BGE kann statt des Art. 197 OR auch Art. 97 OR angewendet werden, allerdings nur in eingeschränktem Masse, d.h. die Prüfungs- und Rügeobliegenheit muss der Käufer ebenfalls erfüllen, es gelten die entsprechenden Fristen.

- Sachmängelgewährleistung vs. Deliktsrecht
Anspruchskonkurrenz, der eine Anspruch schliesst den andern nicht aus. Es stellt sich aber die Frage, ob bei verpasster Rügefrist auch der Anspruch aus Deliktsrecht verwirkt ist?

Vgl. dazu: [BGE 64 II 257] (K/S 16-1) („Steiggurt“)
[BGE 90 II 88] (K/S 16-3) („Friteuse“)
aber: [BGE 67 II 137 (franz.)] (K/S 16-2) („Golduhren“)

- Bedeutet Sachmängelfreizeichnung auch Freizeichnung von Deliktsansprüchen?
Grundsätzlich schon, jedenfalls uneingeschränkt möglich für Sachmängel und Sachschäden. Bei Freizeichnung von Ansprüchen aus Körperverletzung kann Art. 27 ZGB verletzt sein.

Vgl. dazu: [BGE 107 II 161] (K/S 25-4)

8. Kapitel: Das Haftpflichtrecht

Vgl. dazu: GUHL/MERZ/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1995, S. 169 ff.

§42 Schädigung und Schadensausgleich - Grundgedanken des Haftpflichtrechts

1. Die traditionellen Tatbestände (Art. 41 ff. OR)

Das Haftpflichtrecht behandelt einen besonderen Fall der Entstehung von Schuldverhältnissen. (Andere Entstehungsarten: Vertrag, Bereicherung, *quasi*-Delikte, *quasi*-Verträge: GoA, *ex lege*, *culpa in contrahendo*, faktische Vertragsverhältnisse.)

Der Vertrag bietet den Parteien einen Sonderbindungsschutz; das Deliktsrecht dagegen betrifft den Schutz jedermanns gegenüber jedermann, das Schuldverhältnis entsteht aus ausservertraglichen Fehlkontakten.

Das Haftpflichtrecht hat grundsätzlich zwei Aufgaben, einerseits die Begrenzung der Freiheit des Einzelnen, wo er andere beeinträchtigt (Haftungsbegründung), und andererseits die Begrenzung der Haftung auf bestimmte Falltypen. Nicht jede Schädigung eines andern kann einen Anspruch aus Delikt entstehen lassen. Denn tagtäglich schädigen wir (gewollt oder ungewollt) irgend jemanden.

1. Das Haftpflichtrecht schafft durch konkrete Wertungen im Gesetz oder durch den Richter einen Ausgleich zwischen dem Grundsatz des *casum sentit dominus* und dem Grundsatz des *neminem laedere*.

Vgl. dazu: BGE 119 II 411

2. Das Haftpflichtrecht dient zudem der Herstellung von Kostenwahrheit, d.h. dass, wer etwas, ein Gewerbe, Gerät usf. betreibt, das Kosten verursacht, für diese Kosten aufkommen soll (z.B. Art. 58 SVG).

3. Das Haftpflichtrecht dient auch der Verhaltenslenkung. Die Angst vor der Haftung soll von schädigendem Verhalten abhalten. Jedoch wird diese Funktion heute durch die hohe Versicherbarkeit verzerrt oder aufgehoben.

2. Sondergesetzliche Regelungen

Das Haftpflichtrecht ist heute ziemlich zersplittert, es entspricht nicht mehr dem Kodifikationsprinzip, die Tatbestände finden sich in vielen Nebengesetzen (z.B. SVG, Produkthaftpflichtgesetz). Die Revision soll hier wieder eine Einheit schaffen.

§43 Der Grundtatbestand und seine Interpretation

Haftungsvoraussetzungen	
Delikt	Vertrag
Rechtswidrigkeit	Vertragsverletzung
Schaden	Schaden
Kausalität	Kausalität
Verschulden	Zurechenbarkeit

1. Schaden

Vgl. dazu: G./S. 2622 ff.

Schaden ist die Differenz zwischen dem Zustand des Vermögens (Aktiven minus Passiven) ohne das schädigende Ereignis (Soll-Zustand) und dem Zustand des Vermögens mit dem schädigenden Ereignis (Ist-Zustand).

Schaden kann grundsätzlich subjektiv oder objektiv berechnet werden, d.h. aus der Sicht des Geschädigten oder nach Marktwert, je nachdem, welche Rechtsfolge als die angemessenere erscheint.

Vgl. dazu: [BGE 119 II 249] (K/S 17-18)
BGE 122 III 61

Zunehmend wird aber ein normativer Schadensbegriff verwendet. Die Differenztheorie soll aufgrund rechtlicher Bewertungen eingeschränkt oder ausgedehnt werden:

- So wird der Lohnausfall aus rechtswidriger Tätigkeit (z.B. Taschendiebstahl) nicht zum Schaden gerechnet, während Lohn aus sittenwidriger Tätigkeit (z.B. Prostitution) schadensfähig ist.

Vgl. dazu: [BGE 111 II 295] (K/S 16-7)

- Auch Nutzungsausfall und Frustrationsschaden (z.B. entgangener Feriengenuss) werden in neueren Theorien zum Schaden gezählt, in der Schweiz werden diese allerdings zurückhaltend angewendet.
- Immaterielle Schäden (z.B. Persönlichkeitsverletzungen) können nicht geltend gemacht werden, es kann höchstens eine Genugtuung zugesprochen werden. Ein

Schadenersatz kommt nur in Frage, wenn aus der Persönlichkeitsverletzung materieller Schaden resultiert.

- Indirekter Schaden, z.B. Schaden an Dritten (Reflexschäden) werden grundsätzlich nicht ersetzt. Ausnahmen sind Versorgerschäden (Art. 45 OR) oder (als unechte Ausnahme) Reflexgeschädigte die auch direkt geschädigt sind.

Vgl. dazu: [BGE 112 II 118 (franz.)] (K/S 16-8)

2. Widerrechtlichkeit

Die rechtswidrige Schädigung fremder Rechtsgüter ist nicht rechtswidrig wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 52 OR: Notwehr, Notstand, erlaubte Selbsthilfe, [aussergesetzlich: überwiegendes öffentliches Interesse (z.B. Berufspflicht); Wahrung berechtigter Interessen; Einwilligung des Verletzten]).

Vgl. dazu: BGE 101 II 177
[BGE 107 Ib 197]

Damit eine Unterlassung rechtswidrig ist, muss eine Garantenstellung vorliegen.

Vgl. dazu: BGE 113 II 246

Die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie, dass jede Drittschädigung widerrechtlich sei (*neminem laedere*), ausser es bestände ein Rechtfertigungsgrund, ist nicht mehr herrschende Lehre.

Vgl. dazu: [BGE 115 II 15] (K/S 16-11)

Herrschende Lehre ist heute die objektive Widerrechtlichkeitstheorie, die besagt, dass eine Handlung widerrechtlich sei, wenn sie gegen eine gesetzliche Pflicht verstosse:

- Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes (Erfolgsunrecht).
 - Leben, physische Integrität
 - Persönlichkeit, psychische Integrität
 - Eigentum, Besitz
- Verletzung einer besonderen Schutznorm, deren Zweck gerade der Schutz vor Schäden der eingetretenen Art ist (Verhaltensunrecht).
 - reine Vermögensschäden
 - Verletzung relativer Rechte
 - Schutznormen, z.B. Art. 137 StGB

Vgl. dazu: BGE 102 II 85 (K/S 16-4) („Kabelbruch“)
dazu: KRAMER, in: recht 84, S. 128 ff.
BGE 117 II 259

Zum Ausgleich der Härten der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie (d.h. wo eine Haftung aus obigen Gründen nicht angenommen werden kann) werden z.T. umstrittene Fallkonstellationen angewandt:

- Haftung aus Konzernvertrauen (Art. 2 ZGB)

Vgl. dazu: BGE 120 II 331 (K/S 8-4) („Swissair“)
dazu: WIEGAND, in: ZBJV 1996, S. 321 ff.
GONZENBACH, in: recht 95, S. 117 ff.
WALTER, in: ZBJV 1996, S. 273 ff.
[BGE 121 III 350]
BGE 123 III 220, BGE 124 III 297

- *culpa in contrahendo* (Art. 2 ZGB)

Vgl. dazu: [BGE 111 II 471] (K/S 16-6)

- faktische Vertragsverhältnisse
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Fürsorgepflicht z.B. gegen Kinder, Ehepartner usf.). Der Dritte hat selbst einen Anspruch aus Vertrag gegen den Schädiger, es bedarf nicht, wie bei der Drittschadensliquidation, einer Forderungsabtretung.

Vgl. dazu: [BGE 121 III 310] (K/S 36-10) („Banken-Clearing“)

- Drittschadensliquidation: Der Schadenersatzanspruch des Vertragspartners wird dem Geschädigten zediert, damit dieser den Anspruch selber geltend machen kann. Der Geschädigte hat das grössere Interesse an der Prozessführung als der Vertragspartner.

Vgl. dazu: G./S. 2685 ff.
RR S. 78 ff.

- Vertragsverletzung: Der Käufer der bei einem Doppelverkauf leer ausgeht, hat keinen Anspruch gegen den anderen Käufer, der die Sache erhalten hat.

Vgl. dazu: [BGE 102 II 339] (K/S 5-2) („WIR“)
[BGE 114 II 91] (K/S 5-4) („Dior“)

Ausnahmsweise kann die Verleitung zum Vertragsbruch zu einem Anspruch aus dem UWG oder, in besonders schweren Fällen, aus Art. 41 II OR führen. In besonderen Spezialfällen kann auch Art. 20 OR zur Anwendung gelangen.

Vgl. dazu: [BGE 114 II 329] (K/S 5-5)

3. Kausalität

Die Handlung des Verursachers muss zum eingetretenen Schaden geführt haben (natürliche Kausalität). Allenfalls genügt eine höchstwahrscheinlicher Zusammenhang, weil der naturwissenschaftliche Beweis oft unmöglich ist.

Es genügt nicht jeder natürliche Kausalzusammenhang, um die Haftung zu begründen, deshalb muss auch die adäquate Kausalität geprüft werden.

Vgl. dazu: [BGE 112 II 138 (franz.)] (K/S 16-9)

Im Falle der Unterlassung wird die hypothetische Kausalität geprüft.

4. Verschulden - Reduktionsgründe

Im Vertragsrecht wird das Verschulden vermutet. Es besteht die Möglichkeit der Exkulpation, an die aber sehr hohe Anforderungen gestellt werden.

Im Deliktsrecht geht es um das Verhalten jedermanns. Es gilt, anders als im Strafrecht, ein objektivierter Massstab: Was hätte ein vernünftiger Mensch in dieser Situation getan?

Vgl. dazu: [BGE 112 II 137]

Die Urteilsfähigkeit genügt für die Haftung (aber Art. 54 OR).

Vgl. dazu: BGE 85 II 243
BGE 90 II 9 (K/S 1-1)
[BGE 102 II 363] (K/S 1-3)
BGE 111 II 89 (K/S 1-4)

5. Zusammenspiel dieser Merkmale - kritische Würdigung

§44 Sonstige Spezialtatbestände

Im Falle der Tierhalterhaftung und der Werkeigentümerhaftung wird das Zurechnungskriterium des Verschuldens ersetzt durch das Kriterium des Haltens eines Tiers bzw. des Mangels am Werk.

Von Bedeutung ist vor allem die Werkeigentümerhaftung. Wer den Nutzen eines Werkes hat, soll auch gewisse Risiken tragen, die aus Mängeln an diesem Werk entstehen. Die Zurechnung erfolgt danach, ob für den Benutzer (mit dem der Werkeigentümer vernünftigerweise noch rechnen muss) das Werk sicher ist.

§45 Die Haftung mehrerer und das Verhältnis unterschiedlicher Haftungsgründe zueinander (Art. 50, 51 OR)

Beispiele

- (A) und (B) begehen gemeinsam einen Raub an C.
- (A) und (B) besitzen ein Haus, von dessen Dach Ziegel auf einen Passanten fallen.
- (X) kauft in einem Geschäft, das dem (B) gehört, ein. Beim Verlassen des Geschäfts gleitet er auf der vereisten Treppe aus. Der Mieter des Geschäfts (A) hatte seinen Angestellten (C) angewiesen, das Eis zu entfernen, was (C) nicht tat.
(A) würde dem (X) aus Vertrag haften.
Vermieter (B) würde dem (X) als Werkeigentümer haften.
(C) würde dem (X) aus Delikt haften.

Die Schädiger haften dem Geschädigten solidarisch, d.h. jeder haftet ihm für den ganzen Schaden. Der Geschädigte kann wählen, ob er gegen einen Schädiger allein auf den gan-

zen Schaden vorgehen will. Ob er gegen alle solidarisch klagen will (und dann in jeden von ihnen Vollstrecken lassen kann), oder ob er jeden (was sich nicht empfiehlt) anteilmässig einklagen will.

Indem (X) die Möglichkeit hat, den ganzen Schaden von einem Schädiger zu fordern, trägt er das Risiko einer allfälligen Insolvenz eines der Schädiger nicht. Ausserdem kann er risikolos den ganzen Betrag einklagen, er braucht ein Überklagen zu fürchten.

Der Art. 50 OR beschreibt die echte Solidarität, der Art. 51 OR die unechte. Die Unterschiede sind minimal. Es sind im Speziellen zwei: Bei der echten Solidarität unterbricht eine verjährungsunterbrechende Massnahme die Verjährung bei allen Schädigern, bei der unechten muss gegen alle eine solche Massnahme (z.B. Betreuung) ergriffen werden. Bei Art. 50 OR gibt es die Subrogation, bei Art. 51 OR nicht. [?]

Der Schädiger, der den Anspruchsberechtigten befriedigt, hat die Möglichkeit des Rückgriffes auf die andern Schädiger. In der Regel besteht im Innenverhältnis keine Solidarität, d.h. der befriedigende Schädiger kann auf die andern nur Anteilmässig Rückgriff nehmen.

Bei unechter Solidarität wird, wenn keine anders lautende vertragliche Abmachung besteht, nach der Regresstreppe von Art. 51 II OR vorgegangen: Zuerst haftet, wer aus Delikt haftet, dann wer aus Vertrag haftet und schliesslich wer kausal haftet.

§46 Die Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) **Wiederholung: Die Haftung für Dritte (vgl. §37)**

Der Art. 101 OR regelt die vertragliche Haftung des Geschäftsherrn dem Vertragspartner gegenüber für seine Hilfspersonen. Art. 55 OR regelt die Haftung Dritten (die nicht am Vertrag beteiligt sind) gegenüber.

Hilfsperson ist nach Art. 55 OR, wer zum Geschäftsherrn in einem Subordinationsverhältnis steht. Der Geschäftsherr haftet nur, wenn die Schädigung in Ausübung des Geschäftes geschehen ist (funktioneller Zusammenhang). Bei Überschreitung der Kompetenz der Hilfsperson und bei vorsätzlichem deliktischem Handeln der Hilfsperson wird nicht gehaftet.

Die Voraussetzung von Art. 55 OR sind:

- Schaden
- Kausalität
- Widerrechtlichkeit
- Hilfspersonenverhältnis (Subordinationsverhältnis)
- keine Entlastungsmöglichkeit des GH
- (- Verschulden des GH nicht gefordert)

Der Art. 55 OR gibt dem Geschäftsherrn die grössere Möglichkeit der Exkulpation als der Art. 101 OR. Er braucht nur zu beweisen, dass er geeignetes Hilfspersonal ausgewählt hat (*cura in eligendo*), oder dass er sein Hilfspersonal sachgerecht ausgebildet hat (*cura in instruendo*), oder dass er sein Hilfspersonal angemessen überwacht hat (*cura in custodiendo*). Dies wird dem Geschäftsherrn zumeist leicht gelingen. Daher ist der Art. 55 OR für den Geschädigten relativ ungünstig. Dabei ist zu beachten, dass die drei *curae* in einem engen Zusammenhang stehen, wählt z.B. der Geschäftsherr geeignetes Personal, so verringern sich die Anforderungen an die Instruktion und die Überwachung, überwacht der Geschäftsherr sein Personal gut, so werden die Anforderungen an die andern beiden *curae* kleiner usf.

Das Bundesgericht hat in neuester Zeit die *cura in custodiendo* ausgeweitet und verlangt nun vom Geschäftsherrn zusätzlich eine zweckmässige Betriebsorganisation, Produktendprüfung und sogar eine andere Produktionsweise, falls sich die Prüfung bei bestehender Produktionsart nicht genügend durchführen lässt. Es hat damit eine Art Produkthaftpflicht geschaffen, die das neue Produkthaftpflichtgesetz zum grossen Teil überflüssig macht.

Vgl. dazu: [BGE 110 II 456] (K/S 16-5)
dazu: WIDMER, in: recht 86, S. 50 ff.

Abgrenzung zwischen Art. 55 und Art. 101 OR	
Art. 55 OR	Art. 101 OR
Delikt Rechtswidrigkeit Subordinationsverhältnis Entlastungsmöglichkeit kein Haftungsausschluss	Vertrag Vertragsverletzung Subordination nicht notwendig keine Exkulpation möglich evtl. vereinbarter Haftungsausschluss

§47 Art und Umfang der Schadensberechnung

Grundsätzlich wird der vollumfängliche Schaden geschuldet (Totalrestitution, aber: Art. 44 OR). Der erlittene Schaden ist aber zugleich die Obergrenze des Schadenersatzanspruches. Über die Genugtuung kann evtl. mehr geschuldet sein, aber keine allzu grossen Summen (anders in den USA).

§48 Repetition: Vertragliche und ausservertragliche Haftung

Die Hauptunterscheidungsmerkmale sind u.a. die Beweislastverteilung (Verschuldensvermutung bei vertraglicher Haftung), die Verjährungsfristen, die Hilfspersonenhaftung (Art. 55 OR vs. Art. 101 OR) und die Vertragsverletzung vs. Widerrechtlichkeit.

Die Anspruchsarten (aus Vertrag oder Delikt) überschneiden sich teilweise. Grundsätzlich herrscht Anspruchskonkurrenz, die Ansprüche schliessen sich gegenseitig nicht aus. Wird die Rügeobliegenheit (Art. 201 OR) nicht wahrgenommen, berührt dies den Deliktsanspruch nicht (umstritten!). Bei fehlerhafter, unsorgfältiger Prüfung der Sache kann aber Mitverschulden angenommen werden.

Vgl. dazu: [BGE 64 II 254] (K/S 16-1) („Steiggurt“)
[BGE 90 II 88] (K/S 16-3) („Friteuse“)
[BGE 67 II 132 (franz.)] (K/S 16-2) („Golduhren“)

Der Untergang des Gewährleistungsanspruches wegen Verjährung bedeutete nicht zugleich den Untergang des Anspruches aus Delikt.

Der vertragliche Gewährleistungsausschluss ist für Körperschäden nicht möglich, wohl aber für Sach- und Vermögensschäden.

Vgl. dazu: [BGE 107 II 168] (K/S 25-4)

9. Kapitel: Die Obligation aus Bereicherung (*condictio*) unter Einschluss der Schenkung und der Schuldanerkennung

§49 Funktion und Bereicherungsregeln

Das Bereicherungsrecht dient der Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen, für die kein Rechtsgrund vorliegt. Solange allerdings keine Veränderung der sachenrechtlichen Lage eintritt, kann die Verschiebung mittels der Vindikation rückgängig gemacht werden. Die Möglichkeit der Vindikation und ein gültiger Vertrag als Rechtsgrund der Vermögensverschiebung schliessen die Bereicherungsregeln aus.

Die Hauptfunktionen des Bereicherungsrechts liegen deshalb im Bereich der Rückholung von Geld (das durch Vermischung in das Eigentum eines andern übergegangen ist), und in der Rückholung von rechtsgrundlos zedierten Forderungen, weil diese abstrakt verfügt werden.

Wie das Deliktsrecht hat auch das Bereicherungsrecht eine Ausgleichsfunktion, allerdings wird anders als im Deliktsrecht nicht der Geschädigte als Ausgangspunkt genommen, sondern die Bereicherung.

Nicht jede „ungerechtfertigt“ erscheinende Bereicherung ist aber nach Art. 62 ff. OR abzuwickeln.

Vgl. dazu: [BGE 117 II 404] (K/S 42-3)

§50 Tatbestandsvoraussetzungen

Art. 62 I OR beschreibt den Grundtatbestand, Art. 62 II OR Untergruppen des Grundtatbestandes. Art. 63 I OR zählt zusätzliche Erfordernisse auf.

Für alle Tatbestände sind folgende Tatbestandsmerkmale erforderlich:

- Vermögensverschiebung (Be- und Entreicherung, Ersparnisbereicherung)
- Sachzusammenhang zwischen der Be- und Entreicherung
- Fehlen eines genügenden Rechtsgrundes („ungerechtfertigte“ Bereicherung)

In einzelnen Fällen reichen diese aber nicht aus.

Statt der Grundtatbestände des Römischen Rechts und den traditionellen des OR (*condictio indebiti*, *condictio ob rem*) werden heute die folgenden Kondiktionstypen unterschieden:

Eingriffskondiktion:

- „Widerrechtlicher“ Eingriff

Der Anspruch aus Bereicherung entsteht durch den Eingriff des einen in das Vermögen des andern (z.B. Vermischung, Art. 671 ff., 726 ff. ZGB).

Zufallskondiktion:

- Zufall

Der Anspruch aus Bereicherung entsteht weder durch den Eingriff des Bereicherten noch durch die Leistung des Entreicherten, sondern durch zufällige äussere Umstände.

Leistungskondiktion:

- Irrtum über die Leistungspflicht

Die beiden Tatbestandsmerkmale müssen kumulativ erfüllt sein, der Leistende muss irrtümlich glauben, zur Leistung verpflichtet zu sein. Wird freiwillig, im Wissen um die Abwesenheit eines Grundes geleistet, entsteht kein Bereicherungsanspruch.

Das Fehlen eines Rechtsgrundes hat der Entreicherte zu beweisen. Er muss zunächst behaupten aus einem nur vermeintlichen Rechtsgrund geleistet zu haben, und dann beweisen, dass dieser Rechtsgrund nicht vorlag bzw. vorliegt.

Vgl. dazu: BGE 61 II 4
[BGE 63 II 258]
[BGE 105 II 104] (K/S 15-3)
BGE 106 II 29

§51 Exkurs: Die Theorie vom Rechtsgrund; *causa*-Doktrin, insbes. Schuldversprechen und Schuldanerkennung

causa im Sinne des Bereicherungsrechts ist sicher der Rechtsgrund (z.B. Kaufvertrag, Mietvertrag usw.). Abstrakte Schuldbekennnisse (d.h. Verpflichtungen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes) sind ebenfalls gültig. Aber auch ein Motiv (z.B. erhoffter Vertragsschluss) kann als *causa* genügen.

Vgl. dazu: [BGE 82 II 430] (K/S 15-1)

Naturalobligationen (verjährte Forderungen, Erfüllung einer sittlichen Pflicht, Erfüllung von Spielschulden, Lohnanspruch des Heiratsmäklers usw.) bilden insofern einen Spezialfall: Es besteht zwar keine Leistungspflicht, aber wenn sie dennoch erfüllt werden, kann die Leistung nicht mehr zurückgefordert werden, auch nicht bei irrtümlicher Leistung.

§52 Die Zuwendung

1. Die unentgeltliche Zuwendung (Schenkung)

Die Zuwendung ist eine Vermögensverschiebung von einem Rechtssubjekt zum andern. Sie kann aus verschiedenen Rechtsgründen geschehen, u.a. um eine Schuld zu erfüllen, um einen Kredit zu gewähren, um eines andern Vermögen zu vergrössern (Schenkung) usw.

2. Die Schenkung als *causa*

Die Schenkung (unentgeltliche Zuwendung) ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, wenn auch nur einseitig verpflichtend. Sie bedarf deshalb, wie allen andern Verträge, des Konsenses zwischen den Parteien. Der Beschenkte muss von der Schenkung Kenntnis erhalten, sonst kommt sie nicht zustande.

Gegenstand der Schenkung kann Geld, Sachen, Dienstleistungen, Schulderlass, Forderungsabtretung usw. sein.

Die Schenkung von Hand zu Hand (Handschenkung) kommt mit der Übergabe der Sache zustande (Realvertrag). Das Schenkungsversprechen hingegen bedarf zu seiner Gültigkeit der Schriftform.

Die Grundstücksschenkung muss öffentlich beurkundet (Verpflichtung) und im Grundbuch eingetragen (Verfügung) werden.

Bei der gemischten Schenkung muss auch der Beschenkte eine Leistung erbringen. Sie liegt nur vor, wenn die Parteien sie als solche gewollt haben (Schenkungs-wille), ein günstiger „Freundschaftspreis“ allein reicht dazu noch nicht aus.

§53 Sonderfälle (Art. 63 OR)

§54 Abwicklung der Bereicherung

Der obligatorische Anspruch der Kondiktion geht primär auf Naturalrestitution. Dies ist aber wegen der Vindikation eher bedeutungslos. Deshalb bezieht sich der Anspruch der Kondiktion zumeist auf Geld (Insolvenzrisiko!).

Berechnung des Rückerstattungsanspruches:

- Grundsätzliche volle Restitution („was empfangen wurde, muss zurückgegeben werden“).
- Bei Geld wird der Zins nur geschuldet wenn er bezogen wurde oder hätte bezogen werden können.
- Für Dienstleistungen wird eher der objektive als der subjektive Wert geschuldet.

Vgl. dazu: BGE 119 II 437 (K/S 15-6)

- Bei Sachgebrauch wird ein Entgelt für die Sachnutzung geschuldet (Spezialfälle: Art. 40f II, 208 OR).

Vgl. dazu: BGE 110 II 244 (K/S 11-4)

- Bei mehreren sich gegenüberstehenden Ansprüchen erfolgt die Abwicklung Zug um Zug, wenn sich Geldkonditionen gegenüberstehen werden die Ansprüche verrechnet.

Vgl. dazu: [BGE 83 II 18] (K/S 15-2)

- Derjenige, der eine Sache restituieren muss, hat Anspruch auf Ersatz der nützlichen und notwendigen Aufwendungen (Art. 65 OR).

§55 Ausschluss des Bereicherungsanspruches, wegen

1. Wegfalls der Bereicherung (Art. 64 OR)

Dies setzt guten Glauben in Bezug auf das Behaltendürfen und Entreichung voraus. Als Entreichung gelten keine Ausgaben, die man auch ohne die Bereicherung getätigt hätte.

2. Rechts- und Sittenwidrigkeit der Zuwendung (Art. 66 OR)

Wenn die Leistung erbracht wurde, um damit einen rechts- oder sittenwidrigen Erfolg zu bewirken, kann sie nicht zurückgefordert werden.

3. Verjährung (Art. 67 OR)

Die relative Frist der Verjährung beträgt ein Jahr, sie beginnt mit der Kenntnisnahme des Entreicherten von seinem Rückforderungsanspruch.

Die absolute Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre. Sie beginnt mit der Kenntnisnahme, dass die Gegenpartei ihre Leistung nicht erbringen wird (bei Leistungen im Hinblick auf künftige Gegenleistungen), oder mit Leistungserbringung (bei Erfüllung einer Nichtschuld).

Vgl. dazu: [BGE 119 II 20 (ital.)] (K/S 15-5)
BGE 114 II 131 (K/S 7-7) („Picasso“)
dazu: WIEGAND, in: recht 89, S. 101 ff.

10. Kapitel: Die Beendigung der Obligation

§56 Normalfall: Die Erfüllung (Wiederholung im Anschluss an die §§28 ff.)

§57 Sonderfälle

1. Verrechnung

2. Schulderlass

§58 Rückgängigmachung des Vertrages

1. Durch zweiseitigen Akt: Aufhebung (*contrarius actus*)

2. Einseitig: Rücktritt / Kündigung

§59 Sonderfall: Beendigung durch Eintritt einer Bedingung

1. Die auflösende (*resolutive*) Bedingung

2. Die aufschiebende (*suspensive*) Bedingung

§60 Ausschluss der Geltendmachung bestehender Obligationen

1. Wiederholung: Einwendung und Einrede

2. Die Einrede der Verjährung

11. Kapitel: Beteiligung mehrerer Personen am Schuldverhältnis

A) Die Zession

§61 Grundgedanke: Freie Übertragbarkeit und Schuldnerschutz als Korrektiv

§62 Das Verpflichtungsgeschäft (*pactum de cedendo*)

Die Verfügung über eine Forderung bedarf der Schriftform, nicht jedoch das Verpflichtungsgeschäft (*pactum de cedendo*), welches den Grund für die Forderungsabtretung bildet. Dieses Verpflichtungsgeschäft kann z.B. ein Kaufvertrag sein. Der Zedent hat nur für die Verität der Forderung einzustehen, nicht aber für deren Bonität.

§63 Die Verfügung - Abtretungsvertrag

Vgl. dazu: [BGE 113 II 163 (franz.)] (K/S 19-6)
dazu: BUCHER, in: recht 89, S. 12 ff.

§64 Verhältnis von Verfügung und Verpflichtungsgeschäft

§65 Wirkungen der Zession

1. Hauptwirkung: Gläubigerwechsel

Der Gläubiger kann ohne Wissen des Schuldners wechseln. Das Schuldverhältnis (aus dem die Forderung entstanden ist) bleibt zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und Schuldner bestehen, nur die einzelne Forderung (z.B. die Kaufpreisforderung) wird herausgelöst.

Der Zedent bleibt z.B. Verkäufer und damit Adressat für Willenserklärungen aus dem Schuldverhältnis z.B. betreffend die Sachmängel. Nur die forderungsbezogenen Willenserklärungen sind an den Zessionar zu richten.

Der Schuldner (*debitor cessus*) kann auch alle Einwendungen, die er gegen den Zedenten hat, gegen den Zessionar gelten machen. Es verbleibt ihm zudem die Möglichkeit der Verrechnung (Art. 169 II OR).

Vgl. dazu: [BGE 109 II 213] (K/S 25-6)

2. Legitimationsrechtliche Lage

Theoretisch kann sich ein Schuldner nur durch Leistung an den echten Gläubiger (Zessionar) befreien. D.h. er würde an den Falschen leisten, weiss er nicht, dass die Forderung abgetreten worden ist.

Im Falle der Zession leistet der Schuldner auch dann gültig, wenn er gutgläubig dem Zedenten leistet. Gutgläubig ist er, solange er nichts von der Zession weiss, solange der Zedent ihm davon keine Anzeige (Notifikation) gemacht hat.

Der Schuldner ist erst nach der Notifikation durch den Zedenten verpflichtet, dem Zessionar zu leisten

- Im Falle eines Streites zwischen dem Zedenten und dem Zessionar (Prätendentenstreit) ist der Schuldner befugt, die Leistung zu hinterlegen.
- Ist die Zession ungültig, wird die Notifikation in eine Inkassoermächtigung umgedeutet, so dass der Schuldner auch an den „Zessionar“ gültig leisten kann.

3. Nebenwirkungen

Mit der Zession gehen neben der Hauptforderung auch allfällige Nebenrechte (z.B. Pfandrechte, Retentionsrechte) auf den Zessionar über.
Gestaltungsrechte sind nicht zedierbar.

Vgl. dazu: [BGE 114 II 239] (K/S 35-12)
[BGE 118 II 142] (K/S 35-14)

§66 Der Schutz des Schuldners

1. Grenzen der Übertragbarkeit (Art. 164 OR)

Forderungen sind nicht zedibel

- aus Gesetz (z.B. Lohnzession, Art. 325 OR);
- durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner;
- oder wegen der Natur des Rechtsverhältnisses (z.B. familienrechtliche Unterhaltspflicht).

Wird trotzdem zediert, ist die aus Gesetz untersagte Zession nichtig und die durch Vereinbarung ausgeschlossene Zession schwebend ungültig, d.h. nur mit Zustimmung des Schuldners in Wirksamkeit zu setzen.

2. Schutz des gutgläubigen Schuldners (Art. 168 OR)

3. Wiederholung und Vertiefung: Vertrauensschutz (vgl. §§12, 18 Zi ff. 3)

4. Wahrung der Rechte des Schuldners

Einreden bleiben dem Schuldner erhalten.

§67 Haftungsfragen (Art. 171 ff. OR)

§68 Anhang: Die Sicherungszession (Einführung in die Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft / Abgrenzung zum Scheingeschäft)

Forderungen werden auch z.B. zur Sicherung eines Kredites abgetreten. Der Zessionar verpflichtet sich, die Forderung nach Rückzahlung des Kredites zurückzuzedieren. Er übernimmt die Forderung treuhänderisch.

Der Zessionar muss dies aber nicht tun, er erlangt volle Gläubigerstellung, kann über die Forderung ohne Einschränkung verfügen (kann sie erlassen, zedieren, stunden usf.). „Der Treuhänder kann mehr als er darf.“

Im Konkursfall fällt das Treugut mit in die Konkursmasse. Der Treugeber hat nur einen normalen Forderungsanspruch. Er kann allerdings das zurückzuzahlende Darlehen mit der Forderung verrechnen.

Vgl. dazu: [BGE 71 II 99] (K/S 13-1)
[BGE 117 II 429] (K/S 13-4)

B) Schuldübernahme

§69 Die rechtliche Konstruktion

Der grosse Unterschied zwischen Zession und Schuldübernahme: es kann dem Schuldner ziemlich gleichgültig sein, wen er zum Gläubiger hat. Nicht so dem Gläubiger, er hat ein grosses Interesse daran, wer sein Schuldner ist. Deshalb ist die Schuldübernahme nur mit der Zustimmung des Gläubigers möglich.

§70 Die Wirkung der sog. befreienden Schuldübernahme

1. Interne Schuldübernahme

Hierbei handelt es sich nicht um eine eigentliche Schuldübernahme. Der Schuldübernehmer gibt dem Schuldner ein formfreies Befreiungsversprechen. Dem Gläubiger gegenüber bleibt der Schuldner zur Leistung verpflichtet. Der Schuldübernehmer kann aber erfüllen, weil persönliche Erfüllung selten erforderlich ist. (Der Schriftform bedarf das Befreiungsversprechen z.B. dann, wenn es gleichzeitig eine Schenkung ist.)

2. Externe oder private Schuldübernahme

Diese eigentliche Schuldübernahme bedarf der Zustimmung des Gläubigers, weil hier der Schuldübernehmer allein an die Stelle des Schuldners tritt. Der Schuldübernehmer schliesst mit dem Gläubiger einen Vertrag, den Schuldner aus der Obligation zu entlassen.

Zumeist ist die Schuldübernahme mit einer internen Schuldübernahme gekoppelt. Die externe Schuldübernahme kann aber auch ohne die Zustimmung des Schuldners geschehen. Dann hat aber der Schuldübernehmer keine Möglichkeit des Rückgriffs auf den Schuldner.

Wie bei der Zession geht nur die isolierte Schuld und sich darauf beziehende Einreden usf. auf den Schuldübernehmer über.

Bei Ungültigkeit der Schuldübernahme (Willensmangel zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger usf.) fällt die Schuld auf den Schuldner zurück, der Schuldübernehmer muss allenfalls Schadenersatz bezahlen.

§71 Die kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt)

1. Voraussetzungen

2. Wirkungen des Schuldbeitritts

Der Schuldübernehmer tritt der Schuld bei, er und der Schuldner haften nun solidarisch. Anders als die Bürgschaft ist der Schuldbeitritt formfrei möglich (schwierige Abgrenzung).

Vgl. dazu: [BGE 111 II 284 (franz.)] (K/S 2-5)

3. Geschäftsübernahme als Fall gesetzlichen Schuldbeitritts (Art. 181 OR)

Bei Geschäftsübernahmen fall sehr oft ganze Bündel von Forderungen und Schulden an. Die Globalzession bietet keine Schwierigkeit. Anders jedoch die Schuldübernahme: es gibt keine Globalschuldübernahme und praktisch wäre es äusserst schwierig, von allen Gläubigern die Zustimmung einzuholen.

Deshalb gibt es die Sonderregel des Art. 181 OR. Die Globalübernahme ist zwar möglich, aber der Schuldner haftet 2 Jahre lang mit dem Schuldübernehmer solidarisch.

4. Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt

Die Vertragsübernahme, d.h. die Übernahme eines ganzen Schuldverhältnisses, ist im OR (ausser für den Arbeits- und den Mietvertrag, Art. 261, 333 OR) nicht geregelt. Dafür hat sich die Konstruktion eines tripartiten Vertrages durchgesetzt. Ein Vertragspartner vereinbart mit einem Dritten die Vertragsübernahme und er zweite Vertragspartner muss dieser zustimmen.

Ähnlich auch der Vertragsbeitritt, bei dem der hinzutretende Dritte - unter Zustimmung des andern Vertragspartners - mit einem der Vertragspartner gleichberechtigt wird.

C) Schuldner- und Gläubigermehrheit

§72 Der Begriff der Solidarität

§73 Die Fälle der Schuldnermehrheit

1. Solidarität nach Art. 143 OR

2. Die gesetzlichen Fälle der Solidarität

§74 Die Rechtsfolgen

§75 Der Ausgleich unter Solidarschuldern

§76 Exkurs: Die Subrogation

§77 Mehrheit von Gläubigern

12. Kapitel: Sonderfälle des Kaufrechts / Tausch

§78 Sonderfälle des Kaufrechts

1. Grundstückkauf (Art. 216 ff. OR)

2. Kauf nach Muster (Art. 222 OR)

3. Kauf auf Probe (Art. 223 ff. OR)

§79 Der Tausch

© by mk. WS 1996/97 und SS 1997