

Obligationenrecht – BT

1. Vorbemerkungen und Innominatkontrakte

1.1. Aufbau und Funktion des BT

1.1.1. Aufbau

Art. 184 – 252 OR	Verträge über Sachübereignung:	– Kaufvertrag – Tausch – Schenkung
Art. 253 – 318 OR	Verträge über Sachüberlassung:	– Mietvertrag – Pacht – Leihe
Art. 319 – 471 OR	Verträge über Arbeitsleistung:	– Arbeitsvertrag – Werkvertrag – Auftrag
Art. 472 – 491 OR	Hinterlegung	
Art. 492 – 512 OR	Sicherungsverträge	
Art. 513 – 515 OR	Aleatorische Verträge	

1.1.2. Funktion

- Rationalisierungsfunktion: - durch dispositive, subsidiäre Regeln, wenn die allgemeinen Regeln nicht genügen.
- Zwingende Normen: - Zwingende Schutznormen, dienen dem Schutz der schwachen Partei;
- Der AT enthält meistens dispositive Normen;
- Relativisierung der Typenfreiheit.
- Formvorschriften: - Zwingend;
- Gelten nur für besondere Vertragstypen.
- Regelung über die Leistungsstörungen: Wenn Art. 97 OR–AT nicht genügt!
- Dispositive Normen.

1.1.3. Das Verhältnis des BT zum Allgemeinen Teil des OR

- Sofern sie sich nicht ausschliessen, kommen die Regeln kumulativ zur Anwendung;
- OR–BT = *lex specialis* und hat Vorrang (*lex specialis derogat generali*);
- *Lex posterior*: Spätere Gesetze gehen den früheren vor;
- Der Gesetzgeber regelt die Frage selbst (Bsp.: Art. 258 OR, Mietrecht).

1.2. Innominatkontrakte

1.2.1. Bemerkungen

	Rechtsanwendung?
Bucher OR–BT, §1, IV, §2:	Dem Fall nach entschieden, einzelnen Fall denken Vorteil: "Gerechte" Lösung
OR Schluiep, Einleitung Art. 184	Regelfall Vorteil: Vorhersehbarkeit

- Pro memoria:
- Das Obligationenrecht kennt die Vertragsfreiheit, die Typenfreiheit.
 - Typengebundenheit (*numerus clausus*) in:
 - Römisches Recht;
 - Sachenrecht;
 - Gesellschaftsrecht;
 - Immaterialgüterrecht.

1.3. Klassierungsversuch

1.3.1. Atypische Verträge

- Entspricht einem Typus, aber mit einer Abweichung;
- Beispiel: Versandungskauf (\approx Kaufvertrag);
- \neq Innominatkontrakt.

1.3.2. Gemischte Verträge

1.3.2.1. Typenkombinationsverträge

- Eine Partei hat mehrere Hauptleistungspflichten, die verschiedenen Typen entsprechen;
- Beispiel: Gastaufnahmevertrag, Fernkursvertrag = Mietvertrag + Kaufvertrag + Auftrag.

1.3.2.2. Doppeltypische Verträge

- Jede Partei erbringt eine Leistung, die einem Typus entspricht;
- Beispiel: Miete der Abwartswohnung = Mietvertrag \leftrightarrow Arbeitsvertrag
- Problem: Die Fristen!

1.3.2.3. Verträge mit Typenverschmelzung

Beispiel: Leasing: – Mietvertrag;
– Kaufvertrag;
– Kreditsicherungsvertrag.

1.3.3. Zusammengesetzte Verträge (Vertragsverbindungen)

- Mehrere Verträge sind verbunden, voneinander abhängig, haben keine eigene Existenz; die Parteien wollen den einen Vertrag nur schliessen, wenn auch der andere gültig ist.
- Beispiele:
 - Kaufvertrag + Werkvertrag auf einem Einfamilienhaus
 - Multilaterale Beziehungen
- Problem: Was passiert, wenn ein Vertrag mangelhaft ist?

1.4. Rechtsanwendungsfragen

1.4.1. Ausgangspunkt: Der individuelle Vertrag

Den **konkreten Vertrag** berücksichtigen, und nicht lehrbuchartig, abstrakt denken.

→ **Auslegung, Sinngebung**

Nur die **effektive subjektive Übereinstimmung** ist massgebend (Art. 18 OR!); sie ist zu ermitteln.

1.4.2. Vertragsergänzung (Stufenfolge)

Wenn die Auslegung scheitert, dann ist der Vertrag zu ergänzen.

1.4.2.1. Normen des OR-AT

- Art. 2 ZGB;
- Regeln über den Willensmangel;...

1.4.2.2. Hypothetischer Parteiwille

Subjektive Vertragsergänzung:

"Was hätten die Parteien vernünftigerweise entschieden, wenn sie gewusst hätten...?"

1.4.2.3. Dispositives Recht

1.4.2.3.1. Absorptionstheorie

Gedanke: Ein Innominatskontrakt besteht aus mehreren Typen, aber ein Typenelement absorbiert die anderen.

- Problem:
- Wenn kein Element überwiegt, geht diese Theorie nicht!
 - Diese Theorie ist heute überholt.

1.4.2.3.2. Kombinationstheorie

Gedanke: Kombination der Normen aller Typen

Problem: Gilt nur, sofern kein Widerspruch

1.4.2.3.3. Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen

Es wird Streitfall bezogen entschieden.

1.4.2.4. Handelsbräuche / Verkehrssitte

- Voraussetzungen:
- Kaufmännischer Verkehr;
 - Beide Parteien kennen die Usanz.
- Frage der Auslegung!

1.4.2.5. Richterliche Eigennorm (subsidiär)

ZGB 1²⁻³: Der Richter muss selbst eine Norm bilden, wie wenn er der Gesetzgeber wäre, "*modo legislatoris*".

1.4.3. Anwendung zwingenden Rechts auf Innominatkontrakte

Problem: Wieweit geht der Schutzbereich der Norm?

1.5. Verdeutlichung anhand von Beispielen

1.5.1. Leasing

1.5.1.1. Begriff

- Mischform aus Miete und Kauf. **Überlassung einer Sache auf eine bestimmte Zeit gegen ein (monatlich) in Teilbeträgen zu zahlendes Entgelt, wobei Gefahr und Instandhaltungslasten den Leasingnehmer treffen.**

- Für den Leasingnehmer hat das Leasing **Steuervorteile**: Der Leasinggegenstand erscheint buchmässig nicht unter den Aktiven der Bilanz, es findet keine Abschreibung statt, die Leasingraten werden in der Erfolgsrechnung als Aufwand verbucht.
- Für den Leasinggeber ist das Leasing eine **Investition** mit seinem Kapital, die jedoch die **Sicherheit** bringt, dass der Leasinggeber das Eigentum behält.
- Nach Ablauf der Vertragszeit hat der Leasingnehmer gegebenenfalls eine **Kaufoption**.

1.5.1.2. Erscheinungsformen

1.5.1.2.1. Investitionsgüterleasing (BGE 118 II 150 ff)

- **Dreipersonenverhältnis**: Der Leasinggeber erwirbt den Leasinggegenstand vom Verkäufer und überlässt ihn sodann im Rahmen des Leasingvertrages dem Leasingnehmer.
- Vertragsgegenstände sind **Investitionsgüter**: Güter, welche im und für den **Geschäftsgebrauch eines Unternehmens** eingesetzt werden und die **ausschliesslich gewerblichen Zwecken** dienen.
- Die **Vertragsdauer** ist sehr lang: Meistens **von drei bis fünf Jahren**.
- Dem Leasingnehmer wird die Sache **nicht übereignet, sondern lediglich zum Gebrauch überlassen**. Der **Leasinggeber** bleibt **Eigentümer**: Im Konkurs des Leasingnehmers hat er ein Aussonderungsrecht.
- **Abzahlungsrecht ist nicht anwendbar**.

1.5.1.2.2. Konsumgüterleasing

Der Konsumgüterleasing ist meist ein **verdeckter Abzahlungskauf**. OR 226m bestimmt, dass das Abzahlungsrecht für alle Rechtsgeschäfte gilt, insbesondere für Miet–Kauf–Verträge, soweit die Parteien damit die gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie bei einem Kauf auf Abzahlung verfolgen, gleichgültig welcher Rechtsform sie sich dabei bedienen. **Abzahlungsrecht** ist auf Leasing oder Mietkauf anzuwenden, wenn **das Vertragsverhältnis nicht aufgelöst werden kann, bevor ein bedeutender Teil des Warenwertes bezahlt ist**, da hier der Mieter aus wirtschaftlichen Gründen praktisch gezwungen sei, auf die Kündigung zu verzichten.

1.5.1.2.3. "Sale und lease back"

Der Inhaber veräussert seinen Betrieb an eine Leasinggesellschaft und least diesen sodann zurück. Dieses Verfahren wird namentlich bei Liquiditätengpässen gewählt.

1.5.1.2.4. Operatingleasing

Das weniger gebräuchliche Operatingleasing zeichnet sich dadurch aus, dass die Vertragszeit entweder unbestimmt oder kurz ist. Der Vertrag ist **jederzeit kündbar**. Man kann diesen Vertragstyp als **Miete** qualifizieren. Hierher gehört auch das **Herstellerleasing**, das der **Förderung des Absatzes des Herstellers** dient und ebenfalls als Miete zu qualifizieren ist.

1.5.1.3. Gefahrtragung

- Anders als der gewöhnliche Mieter trägt nämlich der **Leasingnehmer** die **Gefahr des zufälligen Untergangs des Leasinggegenstands**. Er hat daher nach den Vertragsformularen regelmässig die Pflicht, den Gegenstand zu **versichern**. Er ist nämlich auch nach Untergang der Sache verpflichtet, die Leasingraten weiter zu bezahlen.
- Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Gefahrtragungsregel von OR 185 zum Zuge käme¹. Der Leasinggeber ist verpflichtet, dem Leasingnehmer den Gebrauch der Sache zu überlassen². **Geht die Leasing Sache vor Übergabe unter**, dann liegt ein Fall der **nachträglichen Unmöglichkeit** vor.

¹ "*periculum est emptoris*"

² OR 253

1.5.1.4. Unmöglichkeit und Verzug

Der Leasingnehmer sucht sich den Vertragsgegenstand zumeist selbst beim Verkäufer aus. Der erst danach eingeschaltete Leasinggeber hat auf die Frage der Lieferfähigkeit usw. keinen Einfluss. Daher wird in Leasingverträgen nicht selten vereinbart, dass die Verpflichtung des Leasinggebers erst wirksam werden soll, wenn der Leasingnehmer eine entsprechende **Übernahmebestätigung** vorlegt. Sofern der Leasingnehmer eine solche Bestätigung erteilt, noch bevor (vollständig) geliefert wird, liegt hierin eine **positive Vertragsverletzung**, für welche der Leasingnehmer nach OR 97 haftet; denn der Leasinggeber läuft hier Gefahr, den Kaufpreis zu früh an den Verkäufer zu bezahlen.

1.5.1.5. Haftung für Sachmängel

Probleme ergeben sich aus dem Umstand, dass es sich um ein **Dreipersonenverhältnis** handelt. **Käufer** ist der **Leasinggeber**. Dieser zeichnet sich zumeist in Formularverträgen von jeglicher Sachmängelgewährleistung gegenüber dem Leasingnehmer frei und tritt ihm seine Ansprüche gegen den Verkäufer ab.

1.5.1.5.1. Wegbedingung der Haftung

Die (zwingende) Vorschrift von OR 256² Lit. a ist nicht anwendbar (h. L.). Dagegen kommt OR 199 zur Anwendung.

1.5.1.5.2. Abtretung von Gewährleistungsansprüchen

- Gewährleistungsansprüche sind **Gestaltungsrechte**. Sind Gestaltungsrechte abtretbar? Grundsätzlich nicht, aber Honsell macht für den Sonderfall der Sachmängelgewährleistung eine Ausnahme und lässt die Abtretung dieser Ansprüche gewissermassen im Bündel zu. Die "Abtretung" wird in eine **Einziehungsermächtigung** umgedeutet, bei der der Leasingnehmer zwar gegen den Verkäufer auf Wandlung klagen, aber nur Leistung an den Leasinggeber verlangen kann.
- In Leasing-AGB wird diesen Besonderheiten häufig dadurch Rechnung getragen, dass der Leasingnehmer ermächtigt wird, die Gewährleistungsansprüche im eigenen Namen, aber für Rechnung des Leasinggebers geltend zu machen; ferner wird vereinbart, dass die Leasingraten wegfallen, wenn der Kaufvertrag gewandelt wird.
- Wenn eine solche Bestimmung fehlt: Ergänzende Vertragsauslegung aufgrund des hypothetischen Parteiwillens, oder deutsche Theorie der Geschäftsgrundlage.
- Die Abtretung der Sachmängelansprüche bzw. die Einziehungsermächtigung erfasst auch Schadenersatzansprüche nach OR 208^{2/3}. Da der Leasinggeber infolge der Freizeichnung selbst keinen Schaden hat, sind die Grundsätze der **Drittschadensliquidation** heranzuziehen: Der Leasinggeber ist berechtigt, den Drittschaden des Leasingnehmers geltend zu machen.

1.5.2. Franchising

1.5.2.1. Allgemeines

- Gemischter Vertrag: Elemente des ...
 - Kaufs;
 - Auftrags;
 - der einfachen Gesellschaft;
 - Lizenzvertrags.
- Erscheinungsformen:
 - **Produktfranchising**, das auf eine bestimmte Ware bezogen ist; Bsp.: Getränke, Haushaltartikel, Textilien (Benetton).
 - **Betriebsfranchising**, bei dem der Franchisenehmer ein ganzes Bündel von Erfahrungen, geschützten Rechten, Dienstleistungen, aber auch Waren angeboten erhält; Bsp.: Hotelgewerbe (Hilton, Sheraton), Fastfood-Bereich (McDonalds).
- Die **wirtschaftliche Funktion** des Franchising besteht darin, dass ein Produkt (Waren oder Dienstleistungen oder beides), das durch Namen, Warenzeichen, Ausstattung usw. eine überregionale oder gar **weltweite Marktgeltung** hat, nach einem **einheitlichen Marketingkonzept** vertrieben wird.

Der **Franchisenehmer** profitiert von dieser **Marktgeltung** und dem **Know-how des Franchisegebers**, ohne dabei seine **rechtliche Selbständigkeit aufgeben zu müssen**. Der **Franchisegeber** erspart sich ein kostspieliges eigenes **Vertriebsnetz** sowie das **Absatzrisiko**.

1.5.2.2. Begriff

- **Dauerschuldverhältnis**
- **Pflichten des Franchisegebers:**
 - Der Franchisegeber überlässt dem Franchisenehmer ein **Organisations- und Absatzkonzept** nebst **laufender Schulung, Instruktion** sowie **Know-how** und **Nutzungsrechte an gewerblichen Schutzrechten**;
 - Entschädigungspflicht, wenn der Franchisenehmer einen eigenen Kundenstamm aufgebaut hat, in analoger Anwendung von OR 418u.
- Der **Franchisenehmer** ist **im eigenen Namen und für eigene Rechnung** tätig.
- **Pflichten des Franchisenehmers:**
 - Er bezahlt für die Franchiseleistung ein Entgelt;
 - Er ist zur Förderung des Absatzes, zur Einhaltung der Instruktionen usw. verpflichtet;
 - Warenbezugsverpflichtung;
 - Nachvertragliches Konkurrenzverbot (im Rahmen von ZGB 27).

1.5.2.3. Pflichtverletzung

- Grundsätzlich sind die **allgemeinen Regeln des OR** anwendbar, sofern keine **analoge Anwendung einer Bestimmung des Besonderen Teils** möglich ist. Pflichtverletzungen der Parteien können eine **Schadenersatzpflicht nach OR 97 wegen positiver Vertragsverletzung** auslösen;
- **Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund**, in analoger Anwendung von OR 545² (einfache Gesellschaft).
 - Wichtige Gründe auf **Seite des Franchisenehmers**: Nachlässige Absatztätigkeit, Verstöße gegen klare Richtlinien;
 - Wichtige Gründe auf **Seite des Franchisegebers**: Vertragswidrige Gebietsbeschränkungen, willkürliche Ablehnung von Bestellungen.

1.5.2.4. Beendigung

- Franchiseverträge werden oft zuerst für eine **bestimmte Mindestdauer mit der Möglichkeit einer Verlängerung** abgeschlossen. In dieser Zeit ist eine ordentliche Kündigung nicht möglich. Nach Ablauf dieser Frist richtet sie sich nach Vertrag. Bei Fehlen einer vertraglichen Regelung kommt eine **analoge Anwendung von OR 546¹** in Betracht; nach dieser Vorschrift kann die einfache Gesellschaft mit einer **Frist von sechs Monaten** gekündigt werden.
- Das Bundesgericht¹ hat die **analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Kündigungsvorschriften** in einem Fall bejaht, in dem der Franchisenehmer in einem ausgesprochenen **Unterordnungsverhältnis** zum Franchisegeber stand. Entscheidend für diese Beurteilung war das Vorliegen einer ausgeprägten **Weisungsbefugnis** und einer weitgehenden **Arbeitsleistungspflicht** sowie die **faktische Abhängigkeit des Franchisenehmers vom Franchisegeber**.

1.5.3. Trödelvertrag (BGE 69 II 110)

1.5.3.1. Wesen

- Der Trödelvertrag ist ein **Innominatskontrakt** / Vertrag *sui generis*.
- Hauptanwendung: Kunsthandel, Autooccasionshandel.

¹ BGE 118 II 157

- Der Trödler erhält vom Vertrödler eine bewegliche Sache, die er bis zu einem gewissen Zeitpunkt verkaufen muss (der Vertrag ist **befristet**):
 - Kann er sie verkaufen, schuldet er dafür dem Vertrödler **einen festen Schätzpreis; eine allfällige Differenz des Verkaufspreises zum abgemachten Preis geht zugunsten bzw. zulasten des Trödlers**
 - ➔ Abschluss **in eigenem Namen und auf eigene Rechnung**
 - Kann er nicht verkaufen, geht die Sache an den Vertrödler zurück.
- Der Trödler ist dem Vertrödler keine Rechenschaft über den abgeschlossenen Kaufvertrag schuldig.

1.5.3.2. Gefahrtragung

- Die Sache steht im Risikobereich des Trödlers.
- Massgebend ist **der hypothetische Parteiwille**:
 - Der Trödler handelt gewerbsmässig ➔ Er trägt das Risiko;
 - Freundschaftsverhältnis ➔ Der Vertrödler trägt das Risiko.

1.5.3.3. Sachmängelgewährleistung

- Was sagt der hypothetische Parteiwille?
- Der Trödler veräussert die Sache, er haftet wie ein Verkäufer. Vernünftig wäre ein Regress auf den Vertrödler.

1.5.3.4. Rechtsmängelgewährleistung

Der Vertrödler haftet für Rechtsmängel dem Trödler, wie beim Kaufvertrag (gleiche Interessenlage).

1.5.3.5. Verfügungsbefugnis

- Der Vertrödler bleibt Eigentümer, die Sache ist **dem Trödler anvertraut**.
- Nach aussen erscheint der Trödler wie ein Eigentümer: Er ist **zur Eigentumsübertragung an den Drittkäufer ermächtigt** (Verfügbarmacht kraft Ermächtigung).

1.5.3.6. BGE 69 II 110

Missbrauch der Verfügungsbefugnis: Der Trödler hat seine Verfügungsbefugnis überschritten, indem er in Kenntnis seiner Unfähigkeit, den vorausbedungenen Preis dem Vertrödler zu bezahlen, zu billig verkaufte:

- ➔ Mangels Verfügungsbefugnis ist der derivative Eigentumsübergang gescheitert;
- ➔ Aber: Originärer Eigentumserwerb kraft Gutgläubensschutzes des Käufers (ZGB 933).

1.5.4. Factoring

1.5.4.1. Begriff und Funktionen

- **Der Factor** (häufig ein Kreditinstitut) **lässt sich die Forderungen eines Kunden aus dessen Geschäftsbetrieb abtreten, bezahlt dem Kunden den Betrag aus und zieht die Forderungen bei Fälligkeit ein**.
- Gemischttypischer Vertrag, mit Elementen:
 - des Auftrags;
 - des Forderungskaufs;
 - der Zession;
 - des Darlehens.
- Abgrenzung: Vom Factoring zu unterscheiden ist das **Forfaitgeschäft**, bei dem noch nicht fällige Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen unter Abzug eines Diskonts gekauft werden.
- Wirtschaftliche Funktionen:
 - **Finanzierungsfunktion:** Der Kunde gelangt sofort in den Genuss flüssiger Mittel, obwohl seine Forderungen erst später fällig werden (Bevorschussung).

- **Dienstleistungsfunktion:** Der Factor führt die Debitorbuchhaltung einschliesslich des Mahnwesens und des Inkassos und besorgt die Rechnungsstellung.
- Fallweise übernimmt der Factor zusätzlich das **Delcredere**, d.h. das Risiko der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Schuldners. Diesen Fall bezeichnet man auch als **echtes Factoring**; wo das Delcredere fehlt, spricht man von **unechtem Factoring**.
- Der Factor erhält als Gegenleistung eine **Gebühr** von unterschiedlicher Höhe, je nachdem, ob es sich um echtes oder unechtes Factoring handelt, zwischen 0.5% und 3%.

1.5.4.2. Beendigung

Normalerweise wird ein **Kündigungsrecht** mit einer **Kündigungsfrist** vereinbart. Trotz der zwingenden Natur von OR 404 ist das Factoring **nicht jederzeit widerrufbar**, sondern lediglich aus wichtigem Grund ausserordentlich bzw. in der vertraglich vorgesehenen Frist ordentlich kündbar.

1.5.4.3. Zession

Die **Zession** bedarf der **Schriftform**. Die Abtretung erfolgt nicht für jede Forderung des Schuldners einzeln, sondern im Wege einer **Globalzession**. Der Gedanke einer Knebelung des Klienten, d.h. einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts nach ZGB 27², entfällt beim Factoring, weil dem Klienten der Gegenwert der abgetretenen Forderungen abzüglich der Factorgebühr sogleich gutgeschrieben wird und er über diesen Betrag verfügen kann.

1.5.5. Lizenzvertrag

Quelle: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, I/1 Grundlagen, S. 225 ff.

1.5.5.1. Begriff

Durch den **Lizenzvertrag** verpflichtet sich der **Lizenzgeber**, dem **Lizenznehmer** das **Recht zur Benutzung** eines **gesetzlich oder faktisch geschützten Immaterialgutes oder eines Immaterialgüterrechtes** einzuräumen, während der Lizenznehmer in der Regel als Gegenleistung eine **Vergütung (Lizenzgebühr)** zu bezahlen verspricht.

1.5.5.2. Rechtsnatur

- Der Lizenzvertrag ist ein **Innominatskontrakt**. Er wird in 4 spezialgesetzlichen Bestimmungen erwähnt: PatG 34¹, MMG 4², MSchG 18, SoSchG 21;
- Der Lizenzvertrag ist ein **Schuldvertrag**; anwendbar sind:
 - Art. 1 ff. OR (Vertragsentstehung),
 - Art. 23 ff. OR (Mängel beim Vertragsschluss),
 - Art. 68 ff. OR (Erfüllung des Vertrages),
 - Art. 97 ff. OR (Folgen der Nichterfüllung des Vertrages);
- Der Lizenzvertrag ist in seiner Grundform ein **zweiseitig verpflichtender (synallagmatischer) Vertrag**; anwendbar sind:
 - Art. 82–83 OR (Zurückbehaltungsrecht bez. der eigenen Leistung),
 - Art. 107–109 OR (Behelfe des Gläubigers im Falle der Nichterfüllung),
 - Art. 119² OR (Folgen bei Unmöglichwerden einer Leistung);
- Der Lizenzvertrag ist regelmässig ein **Dauerschuldverhältnis**;
- Elemente des Lizenzvertrages:
 - Im Hinblick auf die typischen Hauptleistungspflichten der Lizenzparteien ist an die **Gebrauchsüberlassungsverträge** (Miet-, Pachtvertrag) zu denken;
 - Die wirtschaftliche Folge einer für eine längere Zeit und für ein grösseres Gebiet erteilten ausschliesslichen Lizenz rückt den Lizenzvertrag hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeit des Patentes in die Nähe eines **Kaufvertrages**;

- Eine Gleichrichtung der Interessen der Parteien und die regelmässig längere Dauer des Vertrages verschieben die synallagmatische Ausgestaltung des Lizenzvertrages hin zum **gesellschaftsrechtlichen Vertrages**.

1.5.5.3. Arten von Lizenzen

1.5.5.3.1. Der ausschliessliche Lizenzvertrag

Der Lizenzgeber verpflichtet sich, während der Lizenzdauer und im betreffenden Gebiet kein Gebrauch vom Gegenstand zu machen und Dritten kein Recht zum Gebrauch zu gewähren. Der Lizenznehmer ist der Einzige, der das Lizenzobjekt benützen darf.

1.5.5.3.2. Der einfache Lizenzvertrag

Lizenzrecht ohne die Zusicherung, dass kein anderer das Lizenzobjekt benützen wird. Der Lizenzgeber darf die Rechte im gleichen geographischen Raum noch an andere Personen vergeben.

1.5.5.3.3. Der Alleinlizenz

Ist gleich wie der ausschliessliche Lizenzvertrag, aber der Lizenzgeber darf das Objekt ebenfalls benutzen.

1.5.5.3.4. Die Zwangslizenz

Der Gesetzgeber räumt unter bestimmten Voraussetzungen gewissen Personen einen Anspruch auf Erteilung einer Lizenz ein, d.h. er verpflichtet den Patentinhaber zum Abschluss eines Lizenzvertrages.

Fälle im Patentrecht:

- Lizenzeinräumung bei Gutheissung der Abtretungsklage (PatG 29³);
- Lizenzeinräumung bei Abhängigkeit der Erfindung (PatG 36): Das Patent vermittelt den Berechtigten das ausschliessliche Recht, die Erfindung zu benutzen; dieses Exklusivrecht soll einen Anreiz für den technischen Fortschritt bilden. Unter Umständen wird der technische Fortschritt aber durch ein bestehendes Patent gehemmt; dies ist denn der Fall, wenn eine Erfindung ohne Benützung eines älteren Patentes nicht benützt werden darf. Der Gesetzgeber räumt deshalb dem Inhaber einer patentierten Erfindung, die ohne Verletzung des älteren Patentes nicht benützt werden kann, einen Anspruch auf eine Lizenz in dem für die Benützung erforderlichen Umfang ein, sofern die jüngere gegenüber der älteren Erfindung einem ganz anderen Zweck dient oder einen namhaften technischen Fortschritt aufweist.
- Lizenzeinräumung bei Nichtausübung der Erfindung (PatG 37): Führt der Patentinhaber die Erfindung im Inland ohne Rechtfertigung nicht in genügender Weise aus, so kann beim Richter auf Erteilung einer Lizenz geklagt werden;
- Lizenzeinräumung im öffentlichen Interesse (PatG 40): Wird ein Lizenzgesuch vom Patentinhaber ohne zureichenden Grund abgelehnt, so kann der abgelehnte Bewerber beim Richter auf Erteilung einer Lizenz klagen, wenn es das öffentliche Interesse verlangt.

1.5.5.3.5. Die gesetzliche Lizenz

Das **Urheberrecht** räumt generell entschädigungspflichtige Nutzungsrechte von Gesetzes wegen ein. Es handelt sich dabei um eine Schutz Ausnahme im Gesetz und keine Lizenz.

Zweck: Legalisierung der unkontrollierbaren Massennutzung.

- Beispiele:
- Vermieten von Werkexemplaren¹;
 - Vervielfältigen von Werkexemplaren².

1 URG 13¹

2 URG 20²

1.5.5.3.6. Der Unterlizenz

Lizenzerteilung des Lizenznehmers (Hauptlizenz) an einen Dritten, wobei der Lizenznehmer in bezug auf den Gegenstand des Hauptlizenzvertrages die Stellung eines Lizenzgebers und der Dritte diejenige eines Lizenznehmers einnimmt.

Voraussetzungen:

- Die dem Unterlizenznehmer eingeräumten Nutzungsrechte am Immaterialgut können nicht umfangreicher sein als diejenigen des Lizenznehmers;
- Grundsätzlich ist die Zustimmung des Hauptlizenzgebers erforderlich.

1.5.5.3.7. Die "Cross-Licence"

Gegenseitige Lizenzerteilung (Lizenzaustauschvertrag): Zwei koordinierte und sich ergänzende Lizenzverträge werden in einem einzelnen Rechtsgeschäft in der Weise miteinander verbunden, dass beide Parteien je die Stellung eines Lizenzgebers und eines Lizenznehmers bekleiden.

Fallkonstellation: Aussergerichtliche Einigung bei Patentstreitigkeiten zwischen ähnlichen Patenten.

1.5.5.4. Der Inhalt des Lizenzvertrages

1.5.5.4.1. Geltungsbereich

1.5.5.4.1.1. Sachlicher Geltungsbereich

Lizenzobjekte können sein:

- spezialgesetzlich nicht geschützte Immaterialgüter (Know-how);
- die Anmeldung eines Schutzrechts (z.B. Patentanmeldung);
- das gesetzliche Ausschliesslichkeitsrecht (erteiltes Patent, eingetragene Marke) bzw. daraus fließende Teilrechte.

Der sachliche Geltungsbereich umschreibt, welches Immaterialgut oder Immaterialgüterrecht bzw. welche daraus fließenden Teilrechte dem Lizenznehmer zur Nutzung überlassen werden sollen, und ob ein ausschliessliches oder nicht ausschliessliches Nutzungsrecht begründet wird, also z.B.

- das ausschliessliche Recht, die Marke X für bestimmte Waren oder Dienstleistungen zu verwenden und die so gekennzeichneten Produkte in Verkehr zu bringen;
- das nicht ausschliessliche Recht, ein urheberrechtlich geschütztes Gemälde abzubilden und die Kopien zu verkaufen;
- das Recht, einen Gegenstand nach dem patentierten Verfahren herzustellen und in den Handel zu bringen.

1.5.5.4.1.2. Örtlicher Geltungsbereich

Wird nicht etwas anderes vereinbart, deckt sich der örtliche Geltungsbereich mit dem örtlichen Schutzbereich des lizenzierten Rechts.

1.5.5.4.1.3. Persönlicher Geltungsbereich

Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei möglich.

Sonderfall: Die Änderung der Eigentumsverhältnisse bei einer Partei (wenn es sich um eine juristische Person handelt) stellt keinen Parteiwechsel dar und bleibt somit grundsätzlich ohne Einfluss auf den Lizenzvertrag.

Kann die Fortsetzung des Vertrages den Parteien nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden, bleibt die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung aus wichtigen Grund.

1.5.5.4.1.4. Zeitlicher Geltungsbereich

Ein Lizenzvertrag kann längstens bis zum Ablauf der Schutzdauer der lizenzierten Immaterialgüterrechte abgeschlossen werden bzw. bei spezialgesetzlich nicht geschützten Geschäftsgeheimnissen höchstens solange, als das geheime Wissen nicht allgemein zugänglich geworden ist.

1.5.5.4.2. Pflichten des Lizenzgebers

Der Lizenzgeber ist verpflichtet:

- dem Lizenznehmer das Recht zur wirtschaftlichen Nutzung am Lizenzobjekt einzuräumen;
- alles für die Erteilung des Schutzrechtes zu unternehmen;
- die Schutzrechte durch Erneuerung und Zahlung der entsprechenden Gebühren aufrecht zu erhalten bzw. bei spezialgesetzlich nicht geschützten Immaterialgütern deren Bestand sicherzustellen, z.B. durch die Sicherstellung der Geheimhaltung bei Geschäftsgeheimnissen bzw. durch die Abwehr von Eingriffen Dritter bei Warenausstattungen;
- seine Rechte gegen Verletzungen durch Dritte mit geeigneten Mitteln zu verteidigen;
- Rechts- / Sachgewährleistung.

1.5.5.4.3. Pflichten des Lizenznehmers

- Geldmässige Entschädigung des Lizenzgebers (**Lizenzgebühr**):
 - Pauschallizenzgebühr: Einmalige Zahlung;
 - Mindestlizenzgebühr: Mindestsumme pro Zeiteinheit;
 - Umsatzproportionale Lizenzgebühr;
 - Ertragsproportionale Lizenzgebühr: Prozentsatz des Gewinns;
 - Stücklizenzgebühr: nach Anzahl der Produkte;
 - Es gibt auch **gebührenfreie Lizenzverträge**, wo die Entschädigung auf andere Weise als durch Geld erfolgen kann: Werbeinvestitionen, Abnahmeverpflichtung für Produkte.
- **Benutzungspflicht** (Das Lizenzobjekt kann bei fehlendem Gebrauch zerstört werden).
- Er hat alles zu unterlassen, was das Immaterialgut bzw. -recht gefährden könnte
→ kartellrechtlich problematisch.
- Er darf das Objekt nach Vertragsende nicht mehr benutzen, ausser wenn die Schutzdauer abgelaufen ist.
- Qualitätsvorschriften, Recht auf Musterzug, Zutrittsrecht: Der Lizenzgeber hat ein grosses Interesse an der Qualität der vom Lizenznehmer hergestellten und im Verkehr gesetzten Lizenzprodukten.

1.5.5.5. Leistungsstörungen

1.5.5.5.1. Nichtigkeit des Lizenzobjektes

Die Nichtigkeit des Lizenzobjektes hat die **Nichtigkeit des Lizenzvertrages gemäss OR 20** zur Folge. Begründung: Die geschuldete Leistung des Lizenzvertrages – wegen Ungültigkeit des Immaterialgüterrechtes "*ex tunc*" – war schon anfänglich unmöglich.

1.5.5.5.2. Folgen für den Lizenzvertrag und die Vertragsparteien bei Nichtigkeit des Immaterialgüterrechtes

Die Rückzahlung der bereits bezahlten Lizenzgebühren findet nicht statt, da trotz der ungerechtfertigten Bereicherung die Einrede des **Rechtsmissbrauchs** geltend gemacht werden kann: Der Lizenznehmer hat **tatsächlich von der "Scheinexistenz des Lizenzvertrages" profitiert**; sowohl Dritte als auch der Lizenznehmer selber wussten zu Beginn nicht, dass das Immaterialgüterrecht nichtig war, und beachten deshalb faktisch den an sich inexistenten Lizenzvertrag. Man kann im Verhältnis "Lizenzgeber / -nehmer" von einem **faktischen Vertragsverhältnis** reden.

1.5.5.6. Form des Vertrages und Registereintrag

- Da es sich um einen Innominatkontrakt handelt, kann er **formfrei abgeschlossen** werden.
- Wird der Lizenzvertrag **eingetragen** (Art. 34³ PatG, Art. 4³ MMG, Art. 18² MSchG), gilt er auch **gegenüber Dritten** (Erwerb von Rechten am Patent): Der spätere Erwerb des Patentes lässt die eingetragene Lizenz in ihrem Bestand unberührt (Kauf bricht Lizenz nicht mehr). Da Beweisurkunde nötig sind, wird der Lizenzvertrag hinterlegt
→ Schriftlichkeit zwecks Drittwirkung.

1.5.5.7. Kartellrechtliche Aspekte des Lizenzvertrages

1.5.5.7.1. In der Schweiz

Lizenzverträge haben ein grosses Potential zum Missbrauch. Es handelt sich um ein "Supermonopol" von Staates wegen. Ein solches Gebilde ist kartellrechtlich relevant.

Kartelle sind in der Schweiz grundsätzlich erlaubt, nur unter gewissen Voraussetzungen sind sie unzulässig. Der Lizenzgeber kann den Lizenznehmer stark einschränken. Wird der Lizenznehmer zu Handlungen oder Duldungen verpflichtet, die nichts mit der Lizenz zu tun haben, ist dies unzulässig (z.B. nach Ablauf der Lizenz noch Entschädigungen leisten zu müssen; vom Lizenzgeber Waren zu überhöhten Preisen zu beziehen, die auf dem Markt frei erhältlich sind).

1.5.5.7.2. In Europa

Das EU-Kartellrecht geht im Gegensatz zum Schweizerischen KartG vom **Verbotstatbestand** aus. EG-Vertrag 85 I: **Absolutes Verbot von Vereinbarungen und Absprachen, wenn der freie Wettbewerb im EU-Raum eingeschränkt oder verhindert wird**. In der Praxis wird dieser Artikel sehr streng gehandhabt und weit ausgelegt.

Es gibt **Freistellungsmöglichkeiten** vom Verbot der Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs durch Absprachen. Man unterscheidet Gruppen- oder Einzelfreistellungen.

1.5.5.8. Prozessuale Aspekte

Der Lizenzgeber, als Schutzrechtsinhaber, ist immer im Prozess um das Immaterialgüterrecht aktivlegitimiert. Zu studieren ist die **Aktivlegitimation des Lizenznehmers**.

1.5.5.8.1. Verletzungsklage

Der Lizenznehmer ist nicht legitimiert, gegen Verletzer des Immaterialgüterrechtes zu prozessieren, es sei denn, der Lizenzgeber hat ihn im Lizenzvertrag dazu ermächtigt (BGE 113 II 194).

1.5.5.8.2. Nichtigkeitsklage

- Aktivlegitimiert ist jedermann, der ein Interesse hat (PatG 74). Das Interesse des Lizenznehmers besteht darin, dass er das nun nicht mehr geschützte Objekt ohne Bezahlung einer Lizenzgebühr benutzen darf.
- Das Bundesgericht hat entschieden (BGE 75 II 167), dass eine Nichtigkeitsklage des Lizenznehmers bei gesellschaftsähnlichen Lizenzverträgen wegen des bestehenden Treueverhältnisses gegen Treu und Glauben verstossen würde. Prof. Von Büren ist der Meinung, es sei eben auch treuwidrig, wenn der Lizenzgeber vom Lizenznehmer für die Einräumung eines Rechtes, das ihm gar nicht zusteht, Gebühren verlangt. Eine Nichtangriffsklausel verstösst gegen EU-Recht.

2. Kaufrecht

2.1. Der Kaufrecht nach schweizerischem OR

2.1.1. Der Grundstückkauf

2.1.1.1. Anwendungsbereich

Kaufverträge mit Grundstücken. Grundstücke im Sinne des Gesetzes sind¹:

- Liegenschaften;
- Bergwerke;
- Miteigentumsanteile an Grundstücken;
- Als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommene, selbständige und dauernde Rechte (z.B. Baurecht).

2.1.1.2. Besonderheiten der Immobilienübertragung

2.1.1.2.1. Eintragung in das Grundbuch

Das Eigentum geht mit Eintragung ins Grundbuch² auf den Erwerber über. Die **sachenrechtliche Verfügung** ist eine **einseitige, schriftliche Erklärung des Veräusserers** gegenüber dem Grundbuchamt³.

2.1.1.2.2. Öffentliche Beurkundung

- **Öffentliche Beurkundung** ist die **Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren.**
- Die **Zuständigkeit für die öffentliche Beurkundung** sowie die **Art und Weise der Durchführung** fällt in der **Kompetenz der kantonalen Gesetzgebung**⁴.
- Die öffentliche Urkunde erbringt **volle Beweiskraft**⁵.
- Zwecke:
 - Schutz vor Übereilung;
 - Förderung der Präzision des Vertrages.
- Nicht beurkundungsbedürftig sind die folgenden Geschäfte:
 - Vollmacht: Die Bevollmächtigung kann formfrei (Gültigkeitserfordernis) erfolgen. In der Praxis ergibt sich das Erfordernis der Schriftform der Vollmacht aus ZGB 965 und aus der GBVo;
 - Das unlimitierte Vorkaufsrecht, bei dem der Kaufpreis nicht zum voraus bestimmt ist⁶.
 - Der Kaufvertrag über die Aktien einer Immobilien-AG (= Fahrniskauf).

1 ZGB 655²

2 ZGB 656¹

3 ZGB 963¹

4 ZGB SchlT 55²

5 ZGB 9

6 OR 216³

2.1.1.3. Der Umfang der öffentlichen Beurkundung

2.1.1.3.1. Die objektiv-wesentlichen Vertragsbestimmungen

Parteien, Preis, Rechtsgrund, Objekt.

2.1.1.3.2. Die subjektiv-wesentlichen Vertragsbestimmungen

Beschränkung auf Bestimmungen im natürlichen Rahmen des Kaufvertrages.

2.1.1.4. Die Folgen von Formfehlern

Ungültigkeit; aber Unzulässigkeit der Berufung auf den Formmangel nach ZGB 2 (*venire contra factum proprium*). Möglichkeit der Heilung (Konvaleszenz) durch Erfüllung.

2.1.1.5. Vorverträge

- Definition: Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages; Bsp.: Architektenklausel.
- OR 216²: Formvorschriften.
- Abgrenzung Vorvertrag / Hauptvertrag: Wenn der **Leistungsgegenstand** (*essentialia negotii*) **bestimmt** ist, liegt ein **Hauptvertrag** vor.
- Durchsetzung → in zwei Stufen:
 1. Auf Abschluss des Hauptvertrages klagen;
 2. Aus dem Hauptvertrag auf Leistung klagen.

2.1.1.6. Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechte an Grundstücken

Die vertraglichen Vorkaufsrechte sind im OR geregelt¹, die gesetzlichen im ZGB².

2.1.1.7. Diverses

- OR 217²: "*Die Eintragung eines Eigentumsvorbehaltes ist ausgeschlossen.*" Zum Schutz des Verkäufers: **Gesetzliches Pfandrecht**³.
- OR 219: Gewährleistung für quantitative Mängel.

2.1.2. Der Abzahlungs "kauf"

2.1.2.1. Entstehung und Funktion der Sonderregelung

- **Konsumentenschutz** (aBV 31^{sexties} Abs. 1, nBV 97¹); ein Konsumentenvertrag ist ein Vertrag zwischen einem Anbieter und einem Letztverbraucher (= Konsument).
- Begriff des Abzahlungskaufs:
 - **Kreditierung**: Lieferung vor Bezahlung des gesamten Kaufpreises;
 - **Teilzahlungen**: Aufteilung des Preises in Raten.
- Zweck: **Übereilungsschutz**.
- Der Schutz des Abzahlungsrechts gilt (mit Ausnahme der Art. 226h, 226i¹ und 226k) **nicht**, wenn der Käufer eingetragener **Kaufmann** oder eine Handelsgesellschaft ist; ebenso, wenn der Kaufgegenstand vorwiegend für **gewerbliche oder berufliche Zwecke** bestimmt ist⁴.

2.1.2.2. Anwendungsbereich

2.1.2.2.1. Allgemeines / Methodologisches

- OR 226m Abs. 3, 4: Einschränkung;

1 OR 216 ff

2 ZGB 681 ff

3 ZGB 837 Ziff. 1

4 OR 226m⁴

- OR 226m Abs. 1, 2: **Ausweitung**;
- Der Zweck von OR 226m ist die Erfassung von **Umgebungsgeschäften**; eine gesetzliche Umgehung liegt vor, wenn man die ungünstigen Normen zu vermeiden versucht.

2.1.2.2.2. Die Abgrenzung im einzelnen

2.1.2.2.2.1. Einschränkungen des Geltungsbereichs

OR 226m Abs. 3, 4

2.1.2.2.2.2. Ausweitung des Geltungsbereichs

OR 226m Abs. 1, 2

2.1.2.2.2.2.1. Mietkaufverträge

2.1.2.2.2.2.2. Mietverträge

Gerichtspraxis: Wenn der Kunde vor der Kündigung **mehr als 20% des Preises** bezahlt hat, ist er wirtschaftlich, faktisch gezwungen, fortzusetzen; da der Zweck wirtschaftlich gegeben ist, ist es ein **Abzahlungsgeschäft**.

2.1.2.2.2.2.3. Konsumgüterleasing

Abzahlungsrecht ist anwendbar.

2.1.2.2.2.2.4. Investitionsgüterleasing

Gewerblicher Zweck im Sinne von OR 226m Abs. 4.

2.1.2.2.2.2.5. Sukzessivlieferungsverträge

...in privaten Bereich: z.B. Lexika in 24 Bänden.

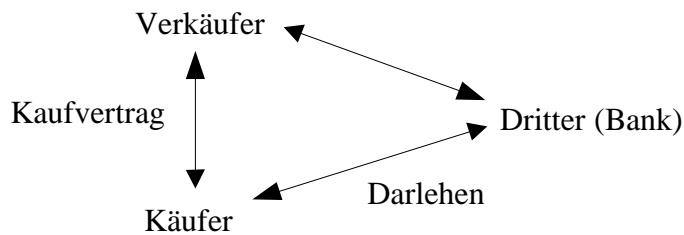
Man unterscheidet:

- **Echter** Sukzessivlieferungsvertrag: Das Motiv der Aufteilung ist verständlich
→ Abzahlungsrecht nicht anwendbar;
- **Unechter** Sukzessivlieferungsvertrag: Die Leistung des Verkäufers wird nur zu Umgehungszwecken **künstlich** aufgeteilt
→ **Abzahlungsrecht** anwendbar.

2.1.2.2.2.2.6. Fernkursverträge

- Bsp.: Sprache-, Computerkurs.
- Kombination von verschiedenen Vertragstypuselementen: Lieferung, Dienstleistung, Auftrag, Miete.
- Problem: Wie ist ein solcher Vertrag zu kündigen?
 - Auftragsrecht: Sofort kündbar!
 - Mietrecht: Kündbar in 3 Monaten!
 - Abzahlungskaufrecht: Der Vertrag ist nichtig, wenn die Formerfordernisse nicht erfüllt wurden.

2.1.2.2.3. Der drittfinanzierte Abzahlungskauf



- Der drittfinanzierte Kauf fällt unter das Abzahlungsrecht, wenn¹:
 - der Verkäufer die **Kaufpreisforderung** an den Darlehensgeber **abtritt**;
 - bei sonstigem **Zusammenwirken**: Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn Verkäufer und Darlehensgeber zur Durchführung solcher Geschäfte in Geschäftsverbindung stehen.
- Entscheidend ist nicht die rechtliche Aufspaltung in zwei selbständige Verträge, sondern der **wirtschaftliche Zusammenhang** zwischen Darlehensgewährung und finanziertem Kauf. Liegt wirtschaftliche Einheit vor, so kann der Käufer die **Einrede des nicht erfüllten Vertrages** oder eine **Mängleinrede** usw. auch gegenüber dem **Darlehensgeber** geltend machen (sog. **Einwendungsdurchgriff**).
- Voraussetzungen des Durchgriffs nach KKG 15:
 - Abmachung zwischen dem Kreditgeber und dem Lieferanten (Lit. a);
 - Der Kredit wurde auf dieser Grundlage gewährt (Lit. b);
 - Der Konsument hat seine Rechte bereits beim Lieferanten erfolglos geltend gemacht (Lit. d).
- Wichtige **Ausnahme**: Die Vorschriften von OR 226a ff. sind nicht anwendbar auf "*Barverkäufe in Verbindung mit Teizahlungsdarlehen, (...) wenn die gesetzliche Mindestanzahlung beim Darleher geleistet und der Barkaufpreis ohne Zuschlag beim Kaufabschluss getilgt ist*"².

2.1.2.3. Einzelne wichtige Regelung (Hinweise)

- Qualifizierte Schriftform³
 - Schutzgedanke
- Rücktrittsrecht des Käufers⁴
 - Übereilungsschutz
- Formmangel führt zur Nichtigkeit⁵
- Mindestanzahlungsvorschrift⁶
- Zustimmung des Ehegatten⁷

2.1.2.4. Verhältnisse zu Art. 40a ff. OR

1 OR 226m²

2 OR 226m³

3 OR 226a¹

4 OR 226c¹

5 OR 226a²

6 OR 226^d

7 OR 226b¹

2.2. Die United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG, "Wiener Kaufrecht")

2.2.1. Die Bedeutung der CISG

2.2.1.1. Allgemeines

2.2.1.1.1. Die praktische Bedeutung der CISG

- 45 Länder haben die CISG ratifiziert, unter ihnen Russland, China und alle Nachbarländer der Schweiz.
- Die CISG ist dispositiv, kann vertraglich wegbedungen werden.

2.2.1.1.2. Terminologie

UNO-KR: UNO-Kaufrecht

WKR: Wiener Kaufrecht

CISG: Diese Bezeichnung ist vorzuziehen!

2.2.1.2. Die juristische Bedeutung der CISG auf dem Wege zu einer internationalen Vereinheitlichung des OR

- Es gibt **keine supranationale Gerichtsinstanz** für die CISG.
 - Rechtsprechung:
 - C.L.O.U.T.: Sammlung von Urteilen über CISG
 - ZEuP
 - RIP
 - SZIER
- erlauben die Orientierung, den Rechtsvergleich.

2.2.1.3. Überblick über die Neuerungen der CISG im Verhältnis zum schweizerischen OR

CISG		OR
1) Kaufvertrag (CISG 3)	← Werklieferungsvertrag →	Werkvertrag (OR 365)
2) Einheitliche Regelung des Störungstatbestandes: Vertragsmässige Konformität oder nicht	← Sachqualität →	Garantiepflicht / Sachmängelhaftung (OR 197 – 97)
3) Unwesentliche / Wesentliche Vertragsverletzungen (CISG 25)	↔	– (keine deutliche Trennlinie)
4) Vertragsverletzung	← Annahmeverzug des Käufers →	Umstritten: Obliegenheits- oder Pflichtverletzung?
5) Mit Sachübergabe	← Gefahrübergang →	mit Perfektion des Vertrages
Versendungskauf:	Gefahrübergang mit Übergabe an Frachtführer (identisch!)	
6)	Zahlreiche Unterschiede	

2.2.2. Der Anwendungsbereich der CISG

2.2.2.1. Sachlicher Anwendungsbereich

- **Kaufvertrag** (und Werklieferungsvertrag, Art. 3)
Grenzfall: Leasingvertrag → im Einzelfall beurteilen.

- Kaufvertrag über **Waren** ("*marchandises*", "*goods*"):
 - Handelswaren;
 - Unikate;
 - Investitionsgüter;
 - Computerprogramme?
- ≠ Grundstücke;
- ≠ Unternehmen.

2.2.2.2. Örtlicher Anwendungsbereich

- **Internationalität:** Zwischen Parteien, die ihre Niederlassungen (→ wirtschaftliche Selbständigkeit) in verschiedenen Ländern haben;
- Die Internationalität muss **erkennbar** sein;
- Beide Vertragsparteien müssen ihre Niederlassungen in Ländern haben, die die CISG ratifiziert haben (CISG 1 Abs. 1 Lit. a);
- CISG 1 Abs. 1 Lit. b: Das IPR (Kollisionsrecht) verweist auf das nationale materielle Privatrecht
Faustregel: Schweizerische Exportgeschäfte → CISG anwendbar;

2.2.2.3. Ausnahmen im sachlichen Anwendungsbereich

- CISG 2 Lit. a: Ausnahme des **Verbrauchervertrages** (Relevant ist die Optik des **Käufers**)
Zweck dieser Ausnahme: Man wollte die nationalen (zwingenden!) **Verbraucherschutzregeln** nicht ausschalten.
BGE 121 III 336 ff
- CISG 3: Werklieferungsvertrag: Wird dem Kaufvertrag gleichgestellt.
- CISG 5: Produktmängel: Anwendbar ist nicht die CISG, sondern das nationale Produkthaftpflichtrecht.
- CISG 6: Man kann die Anwendung der CISG ausschliessen oder von CISG abweichende Regeln treffen.
Bei einer Rechtswahlklausel, die auf schweizerisches Recht verweist ("*Dieser Vertrag unterliegt dem schweizerischen OR*"), wird im allgemeinen das Obligationenrecht gemeint sein und nicht die CISG (umstritten); dies ist durch Auslegung des subjektiven Parteiwillen zu ermitteln. Es empfiehlt sich daher der ausdrückliche Ausschluss der CISG.
- CISG 4: Es besteht ein Spannungsverhältnis mit den nationalen Privatrechten; zahlreiche Fragen werden in der CISG nicht geregelt:
- Der Eigentumsübergang ist nirgends geregelt. Gründe:
 - Das Sachenrecht ist nicht vereinheitlicht;
 - Es ist nicht problematisch, denn die Eigentumsfrage ist sekundär, wichtig ist der Besitz, die Verfügungsbefugnis;
 - Die Rechtsmängelgewährleistung ist in der CISG als Leistungsstörungstatbestand geregelt.
 - Problematisch:
 - Konkurs, Insolvenzrisiko;
 - Eigentumsvorbehalt
 → nach nationalem Sachenrecht behandeln.

CISG 4 Lit. a: **Die CISG betrifft nicht die Gültigkeit des Vertrages.** Unter "Gültigkeit des Vertrages" ("*Validité*") versteht man die **inhaltliche Gültigkeit**.

- Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung, Gesetzes- und Sittenverstöße, etc.
→ Verweisung auf nationales Recht
- Nachträgliche Unmöglichkeit = Leistungsstörungstatbestand → CISG
- Anfängliche Unmöglichkeit →? → CISG
- Irrtumsanfechtung: Nach h. L. verdrängt die Sachmängelgewährleistung nach den Regeln der CISG den Grundlagenirrtum nach nationalem Recht; sonst könnte man die CISG umgehen!
- Täuschung / Drohung → nationales Recht
- Verjährung → nationales Recht
- Ausnahme: zweijährige Verwirkungsfrist der SMGL (Art. 39 CISG)
- Problematik der AGB: Schutzbedürfnis für kleine / mittlere Gewerbebetriebe
→ vermutlich nationales Recht, wenn die "Gültigkeit" betroffen ist.

2.2.2.4. Auslegung

- Art. 7–9 CISG: Auslegungsregeln
Regelungslücke (Art. 7):
 1. im Sinne von CISG auslegen;
 2. nach nationalem Recht auslegen.
- Art. 8² CISG: Vertrauensprinzip
- Formfreiheit (Art. 11) → nationale Formvorschriften sind irrelevant.
Vorbehalt: Art. 12

2.2.3. Der Vertragsschluss nach CISG (Teil II des Abkommens)

Der Vertrag kommt durch Konsens zustande, durch den konsekutiven Austausch von **Angebot** und **Annahme** (Art. 23 CISG).

2.2.3.1. Das Angebot (Art. 14–17 CISG)

- Was ist ein Angebot? Voraussetzungen:
 - Bestimmtheit
Sonst ist es eine Einladung zur Offertenstellung
 - Ausdruck des Bindewillens.
- Grundsatz: Die **freie Widerrufbarkeit** des Angebots wird vermutet...
 - bis zum Abschluss des Vertrages (mit Zugang der Annahme);
 - **vor Absendung der Annahmeerklärung**.
- Ausnahme: Vermutung der Bindewirkung, Unwiderruflichkeit
 - ausdrückliche Fristsetzung oder ähnliches;
 - keine Fristsetzung, aber Vertrauen + Dispositionen (Aufwendungen) getroffen
→ Vertrauensprinzip, Treu und Glaube
- Zum Vergleich: Nach schw. OR, Vermutung der Bindewirkung der Offerte (Art. 3, 5 OR)

2.2.3.2. Die Annahme (Art. 18–24 CISG)

- Zugangstheorie (Art. 24 CISG);
- Annahme mit "wesentlichen Änderungen"
- keine Annahme, sondern Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot (Art. 19¹ CISG);
- Annahme mit "geringfügigen Änderungen"
→ Annahme, sofern keine Remonstration (Art. 19² CISG);
- Kaufmännisches Bestätigungsschreiben → Art. 19² CISG anwenden;
- Verspätete Annahme → Obliegenheit der Remonstration (Art. 21 CISG).

2.2.4. Überblick über die wichtigsten Bestimmungen über den Warenkauf (Teil III des Abkommens)

2.2.4.1. Allgemeine Bestimmungen

- Die **wesentliche Vertragsverletzung** (Art. 25 CISG)
 - Recht auf Vertragsaufhebung des Käufers (Art. 49¹ Lit. a) bzw. des Verkäufers (Art. 64¹ Lit. a);
 - Recht des Käufers auf Ersatzlieferung (Art. 46²);
 - Preisgefahr fällt auf Verkäufer zurück (Art. 70).
- Die **Wesentlichkeit** hängt vom **Leistungsprogramm** ab (deshalb sollten die subjektiven wesentlichen Punkte bei der Vertragsredaktion ausdrücklich erklärt werden):
 - eine **nachträgliche objektive Unmöglichkeit** stellt eine **wesentliche** Vertragsverletzung dar;
 - ein **blosser Verzug** ist grundsätzlich **unwesentlich**, es sei denn, man hätte ein **Fixgeschäft** vereinbart;
 - Ob ein **Qualitätsmangel** eine **wesentliche** Vertragsverletzung darstellt, hängt von den **Umständen** ab.
- Art. 26: Eine **Gestaltungserklärung** ist **empfangsbedürftig**.
- Art. 27: Für den dritten Teil des Übereinkommens (Art. 25 – 88) gilt **vermutungsweise** das **Absendungsprinzip**, und nicht das Zugangsprinzip wie im zweiten Teil
 - die Mitteilung reist auf Risiko des Empfängers;
 - Vorausgesetzt ist ein **geeignetes Absendungsmittel**.
- Art. 28: Der Anspruch auf **Realvollstreckung** wird nur dann gegeben, wenn er im Landesrecht vorgesehen ist.

2.2.4.2. Die Pflichten des Verkäufers (Kapitel 2, Art. 30 – 52)

Art. 30 ≈ OR 184:

- Sachverschaffungspflicht
- Eigentumsverschaffungspflicht

2.2.4.2.1. Die Lieferpflicht (Art. 31 – 34)

2.2.4.2.2. Die Vertragsmässigkeit (Art. 35 – 44)

- Die Vertragsmässigkeit bezieht sich auf:
 - Menge ("*quantité*"): Mengenmässige Abweichung → Leistungsstörung;
 - Qualität: zugesicherte oder vorausgesetzte Eigenschaften (→ "*pejus*");
 - Art ("*type*"): Beim Gattungskauf muss die richtige Ware geliefert werden, kein *aliud* (→ Falschliefereung)
 - Störung der Vertragsmässigkeit, keine Nichterfüllung!
 - Verpackung.
- Art. 38: Dem Käufer trifft eine **Prüfungs- und Rügeobliegenheit**;
- Art. 39²: 2 Jahre – **Verwirkungsfrist** für versteckte Mängel;
- Art. 44: "Vernünftige Entschuldigung" für die Rügefrist
 - Schadenersatz (ohne *lucrum cessans*) oder Minderung (günstig für die Entwicklungsländer)
- Art. 40: Absichtliche (und sogar fahrlässige!) Täuschung
 - Abmilderung der Strenge der Rügeobliegenheit

- Art. 41–43: **Rechtsmängelhaftung** für Waren, die nicht frei von Rechten Dritter sind:

- Eigentum, Pfandrechte,

- Immaterialgüterrechte;

- beurteilt sich nach nationalem Recht!

Der Verkäufer hat weitergehend als nach den meisten nationalen Rechtsordnungen (Eviktionsprinzip) einzustehen: Bereits **die Geltendmachung eines Anspruchs durch einen Dritten** löst die Rechtsmängelhaftung aus, ohne dass diesem Anspruch ein entsprechendes Recht tatsächlich zugrunde liegen muss.

2.2.4.2.3. Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Pflichtverletzungen des Verkäufers (Art. 45 – 52)

Die CISG kennt keinen Unterschied zwischen Verzug, Unmöglichkeit und Schlechterfüllung; sie hat ein **einheitliches Sanktionsprogramm**.

Dagegen unterscheidet sie:

- Nichterfüllung <> nicht vertragsgemässe Lieferung
- wesentliche <> unwesentliche Vertragsverletzung

Schadenersatzansprüche stehen immer zusätzlich neben den Rechtsbehelfen zu (Art. 45²).

Sanktionen:

- Anspruch auf **Realerfüllung** (Art. 46¹)
- Anspruch auf **Ersatzlieferung** (Art. 46²)
- Anspruch auf **Nachbesserung**:
 - Anspruch des Käufers (Art. 46³);
 - Recht des Verkäufers (Art. 48¹), wenn die Nachbesserung sehr rasch erfolgen kann.
- Recht auf **Vertragsaufhebung** (Art. 49)
 - Voraussetzungen (alternativ):
 - wesentliche Vertragsverletzung (Lit. a);
 - Nachfristansetzung (Lit. b);
 - Wenn der Termin eine wesentliche Grundlage des Vertrages darstellt (Fixgeschäft), ist eine Nachfristansetzung nicht nötig → wesentliche Vertragsverletzung nach Lit. a.
 - Verzögerung der Erklärung des Käufers
 - er darf nicht sofort aufheben, sondern muss eine neue Frist ansetzen, während welcher der Verkäufer nachbessern kann.
- Anspruch auf **Minderung** (Art. 50): Zweck ist, anders als beim Schadenersatz, die Wiederherstellung des Synallagmas.

2.2.4.3. Die Pflichten des Käufers (Kapitel III, Art. 53 – 60)

2.2.4.3.1. Die Annahme der Ware (Art. 60)

Die **Annahme der Ware** und die **Mitwirkungshandlungen** sind eine **Pflicht**, und nicht nur eine Obliegenheit wie im Schw. OR.

2.2.4.3.2. Die Preiszahlung (Art. 54 – 59)

Art. 55 ist im Spannungsverhältnis, wenn nicht im Widerspruch, mit **Art. 14**.

- Lösung von Bucher:
- *ex ante*, wenn noch keine Lieferung
 - kein Vertrag;
 - *ex post*, wenn die Leistung erbracht ist, ist eine Berufung auf Nichtigkeit problematisch
 - Vertrag ergänzen (≈ faktisches Vertragsverhältnis);

2.2.4.3.3. Die Folgen der Pflichtverletzung (Art. 61 – 65)

Art. 65: Recht des Verkäufers auf Spezifizierung

2.2.4.4. Gemeinsame Bestimmungen über die Pflichten des Verkäufers und des Käufers

2.2.4.4.1. Vorweggenommene Vertragsverletzung ("*anticipatory breach*"; Art. 71 ff. CISG)

Zurückbehaltungsrecht (Art. 71)

Negative Voraussetzung: Die Partei ist nicht vorleistungspflichtig

In diesem Falle:

- Verschlechterungseinrede (Art. 71, vgl. OR 83, OR 316):
Voraussetzung: Gefährdungssituation erwartet, Wahrscheinlichkeit einer wesentlichen Vertragsverletzung, Schwebezustand
- "*anticipatory breach*" (Art. 72):
Grosse Wahrscheinlichkeit einer wesentlichen Vertragsverletzung
→ Aufhebung des Vertrages

2.2.4.4.2. Schadenersatz (Art. 74 ff. CISG)

Art. 74: **Konkrete Schadensberechnung**

→ Maxime der Totalreparation = voller Schadenersatz

Schranken: - Der Schadenersatz darf nicht grösser sein als der erlittene Verlust;
- Vorausssehbarkeit ("*contemplation-rule*", Adäquanz).

Art. 75: **Konkreter Deckungskauf / -verkauf**

Art. 76: **Abstrakte Schadensberechnung** (Markt- / Börsenpreis)

Art. 77: Allgemeine **Schadensminderungsobliegenheit**

Es gehört unstreitig zu den Massnahmen der Schadensminderung, einen Deckungskauf / -verkauf abzuschliessen.

2.2.4.4.3. Haftungsbefreiung (Art. 79 f. CISG)

Art. 79⁵: **Alle Rechtsbehelfe**, ausser dem Schadenersatzanspruch, **sind verschuldensunabhängig**.

Art. 79¹: Der **Schadenersatzanspruch** kennt eine **Befreiungsmöglichkeit**:

Sie haftet nicht, wenn die Nichterfüllung auf einem ausserhalb ihres **objektiven Risikobereichs** liegenden Hinderungsgrund beruht.

Hinderungsgründe: Naturkatastrophen, Kriege, Embargos, Streik in der Fabrik, Zerstörung der Ware, nicht dagegen: persönliche Leistungshindernisse des Schuldners.

Art. 79²: **Haftung für Dritte** (≈ Substitution): Damit der Schuldner befreit wird, müssen beide Voraussetzungen (Lit. a & b) **kumulativ** erfüllt werden.

2.2.4.4.4. Wirkungen des Vertragsrücktritts (Art. 81 ff. CISG)

→ **Obligatorisches Rückabwicklungsverhältnis**

und nicht durch sachenrechtliche Mittel, welche die CISG sowieso nicht regelt.

2.2.4.4.5. Erhaltung der Ware (Art. 85 ff. CISG)

2.2.4.5. Die Preisgefahr (Art. 66 ff. CISG)

Die Leistungsgefahr ist in Art. 35 & 79 geregelt.

Art. 66: Nach Übergang der Gefahr muss der Käufer den **Kaufpreis bezahlen**

→ Abweichende Regelung, z.B. durch **Incoterms**, ist möglich.

Art. 69: **Grundregel** → **Gefahrübergang** im Zeitpunkt der: - Sachübereignung;
- Annahmeverzug.

Art. 67: **Versendungskauf**

→ Gefahrübergang mit Übergabe an den ersten Frachtführer

Voraussetzung: Kein Subordinationsverhältnis, der Frachtführer steht nicht im Abhängigkeitsbereich des Verkäufers.

Ist ein **Erfüllungsort** vereinbart, so geht die Gefahr mit der Übergabe an diesem Ort über.

Art. 67²: **Gattungskauf**

→ Gefahrübergang mit Aussonderung

Art. 68 **Verkauf "reisender Ware"** ("*Goods sold in transit*")

→ Gefahrübergang mit Vertragsabschluss

"*Falls die Umstände diesen Schluss nahelegen*", geht die Gefahr jedoch rückwirkend mit der Übergabe an den Frachtführer über. Die "*Umstände*" sind das Bestehen einer **Transportversicherung**.

2.2.5. Gesamtwürdigung

- Die CISG als Kompromiss zwischen zahlreichen Rechtsordnungen
- Das Problem der einheitlichen Rechtsanwendung
- Der Rückgriff auf die eigene Rechtstradition?
Jeder Richter wendet die CISG mit den Prinzipien seines eigenen Landes
→ fehlende Kohärenz!
- Das Fehlen einer internationalen Gerichtsinstanz
- Künftige Reflexwirkungen der CISG auf das nationale Kaufrecht?
Zur Zeit sind sie eher gering.

3. Die Dienstleistungsverträge

3.1. Vorbemerkungen

3.1.1. Innominatverträge

3.1.2. Bedeutung der Typusfrage

3.1.3. Abgrenzungsprobleme bei den sog. "Arbeitsobligationen"

Werkvertrag	Auftrag	Arbeitsvertrag
Unternehmer (selbständig, "frei")		Nicht-Unternehmer (unselbständig, abhängig)
Weisungen		Subordinationsverhältnis
Erfolgsbezogen: Geschuldet wird ein Werk	Geschuldet wird eine blossе Tätigkeit	
Entgelt	(Kein) Entgelt	

Diese Kriterien sind nur Anhaltspunkte, Indizien!

3.2. Der Werkvertrag (OR 363 ff)

3.2.1. Aufbau der gesetzlichen Regelung

3.2.1.1. Zentrale Begriffe

3.2.1.1.1. Vergütung bzw. Werklohn

Der Werkvertrag ist immer **entgeltlich**. Bei Unentgeltlichkeit soll Auftrag vorliegen.

3.2.1.1.1.1. Die Festsetzung des Werklohnes (OR 373)

- Haben die Parteien eine feste Vergütung bestimmt (**Fixpreisabrede**), so gehen Einsparungen zugunsten des Unternehmers (OR 373³), der umgekehrt auch etwaige Mehraufwendungen zu tragen hat (OR 373¹).
- Fehlen einer Preisvereinbarung → OR 374.
- Unverhältnismässige Überschreitung eines nicht bindenden, ungefähren Kostenvoranschlags: OR 375; Toleranzgrenze: 10%.

3.2.1.1.1.2. Der Einfluss ausserordentlicher Umstände (OR 373²)

- Kodifizierter Fall der "*clausula rebus sic stantibus*"
- Voraussetzungen:
 - Umstände, welche die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren;
 - **Ausserordentliche Umstände**, die für einen sorgfältigen und sachkundigen Unternehmer nicht vorhersehbar waren;
 - Umstände, die nicht vom Unternehmer zu vertreten sind.
 - **Krasses Missverhältnis** zwischen Leistung und Gegenleistung
→ Unzumutbarkeit;
- Rechtsfolgen: Der Richter kann...
 - den Preis erhöhen;
 - den Vertrag auflösen.
- Problem: Infolge eines Fehlers hat die Sache einen objektiven Mehrwert. Gibt es einen Schaden?
Für das Bundesgericht: Ja! Sonst wäre das Resultat unhaltbar! Dies ist aber nur im Einzelfall bestimmbar.

3.2.1.1.2. Werk

Werk = **Erfolgsbewirkung**.

3.2.1.1.2.1. Körperliche Werke

- ◆ **Herstellung von Sachen:**
 - beweglichen;
 - unbeweglichen;
- ◆ Bemerkungen:
 - Abgrenzung?
 - **Werkvertrag:** Das Werk ist aus einem vom Besteller zur Verfügung gestellten Stoff, eine Übereignung ist entbehrlich.
 - **Werklieferungsvertrag:** Das Werk wird aus dem Material des Unternehmers hergestellt, eine Übereignung ist nötig.
 - Der Vertrag über **eine erst herzustellende Sache** ist...
 - ein **Werklieferungsvertrag:** Die Sache ist **ein individuelles Exemplar**, das **speziell für den einzelnen Besteller angefertigt** wird;
 - ein **Kaufvertrag:** Die Sache ist industriell, **serienmässig hergestellt** (Massenproduktion).
 - Ist die Sache bei Vertragsschluss bereits hergestellt, so kommt nur Kauf in Betracht.
- ◆ **Veränderung oder Erhaltung einer bereits bestehenden Sache:** Reparaturarbeit, Reinigung
- ◆ **Arbeit am menschlichen Körper:** Bsp.: Friseur, Kosmetikerin
Für den Arzt hingegen gilt ausschliesslich Auftragsrecht.

3.2.1.1.2.2. Unkörperliche Werke

= **Geistwerkvertrag**

- Beispiele:
- Herstellung von Plänen, Gutachten;
 - Architektenvertrag → oft ein gemischter Vertrag;
 - Vorstellungsbesuchsvertrag.

Tip: Wenn ein Kaufvertrag oder ein Mietvertrag mit Werkvertragskomponenten vorliegt, dann ist das Werkvertrag eine Nebenleistungspflicht des Hauptvertrages.

3.2.1.1.3. Ablieferung / Annahme

- ◆ Terminologie: Ablieferung aus der Sicht des Werkunternehmers, Annahme aus der Sicht des Bestellers.
- ◆ **Rechtsfolgen** der Ablieferung bzw. der Annahme:
 - 1) Schuldnerverzug des Unternehmers;
 - 2) Frist für die Prüfung des Werkes (OR 367);
 - 3) Frist für Verjährung (mit Übergabe der Sache) (OR 371);
 - 4) Fälligkeit des Lohnanspruchs (OR 372¹) → dispositiv!
 - 5) Gefahrübergang (OR 376);
 - 6) Rücktritt des Bestellers ist nicht mehr zulässig (OR 377);
 - 7) Erlöschen der Leistungspflicht nach Tod des Unternehmers (OR 379).
- ◆ **Was ist Ablieferung?**
≠ Genehmigung (erfolgt später)
 - **Übergabe mit Absicht der Vertragserfüllung:**
 - Sachübergabe;
 - Bei Werklieferungsverträgen: + Eigentumsverschaffung.
 - Eine Ablieferung ist **erst nach Vollendung des Werkes** möglich!
Aber die Übergabe eines mangelhaften Werkes ist auch Ablieferung!
Für die Abgrenzung zwischen einem unvollendeten Werk (→ Schuldnerverzug) und einem vollendeten aber mangelhaften Werk ist der Massstab die Geringfügigkeit der Mängel.

- Beispiele:
- Ein Haus wird hergestellt, eine Lampe fehlt → Vollendet, aber mangelhaft.
 - Ein Haus wird hergestellt, das Dach fehlt → Unvollendet.

3.2.1.1.4. Genehmigung (OR 370)

- **Erklärung des Bestellers an den Unternehmer, dass das abgelieferte Werk vertragsgemäss ist**
= Willenserklärung
- Sie kann vom **Architekten als Stellvertreter** abgegeben werden. Die Klausel des Architektenvertrages, nach dem der Architekt dazu ermächtigt wird, kann **ungewöhnlich** sein.
- **Rechtsfolge: Befreiung von Haftpflicht für offene Mängel, nicht aber für verdeckte Mängel.**

3.2.1.1.5. Gefahrtragung (OR 376)

- Risikoverteilung zwischen beiden Parteien:
 - Leistungsgefahr?
 - Preisgefahr?
- Werkvertrag → Spezialregel, wenn die Wiederherstellung möglich ist.

3.2.1.2. Gewährleistung, Vergleich zu Kauf und Miete

- Nachbesserung?
 - Kaufvertrag → kein Nachbesserungsanspruch (kann vertraglich vereinbart werden);
 - Werkvertrag → auf Erfolg gerichtet → Nachbesserung;
 - Mietvertrag → Nachbesserung nach neuem Mietrecht möglich.
- Verhältnis AT – BT?
 - Beim Kaufvertrag: Alternativität (theoretisch!);
 - Beim Werkvertrag: Keine Alternativität (*lex specialis*).

3.2.2. Die Gewährleistung im einzelnen

3.2.2.1. Grundlagen

- **Haftung für den Stoff (OR 365):**
 - Hat der **Unternehmer** die Lieferung des Stoffes übernommen (Werklieferungsvertrag), so kommen die Vorschriften der **Rechtsmängelgewährleistung** (OR 192–196) zur Anwendung. Die Sachmängelgewährleistung beurteilt sich auch in diesem Fall ausschliesslich nach OR 367 ff.
 - Stammt der Stoff vom **Besteller**, so gilt OR 365²: Der Unternehmer hat den Stoff mit aller Sorgfalt zu behandeln, über die Verwendung Rechenschaft abzulegen und einen allfälligen Rest zurückzugeben. Der Unternehmer hat weiter **die Pflicht, den Besteller zu benachrichtigen**, wenn der gelieferte Stoff **mangelhaft** ist oder andere Umstände eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden (OR 365³)
- OR 366:
 - Abs. 1, "Antizipierter Verzug": Vor der Ablieferung ist klar, dass der Unternehmer nicht tätig wird
 - Sondernorm zum Verzugsrecht
 - Abs. 2, "Antizipierte Schlechterfüllung"

3.2.2.1.1. Fehler, Mangel

= Abweichung des "Ist"-Zustandes vom vertraglich vereinbarten "Soll"-Zustand

→ **Kein objektiver Mangel!**

- **Fehlen einer ausdrücklich vereinbarten, zugesicherten Eigenschaft**
 - SIA 118 kann eine Zusicherung sein!
 - Erheblichkeit des Mangels → Grenze des Rechtsmissbrauchs?
- **Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft**
Normmassstab? **Branchenüblichkeit** → Sachgutachten beantragen

- Besondere Tauglichkeit Bsp.: Länge des Schwimmbades \pm 1 cm für einen Wettkampfschwimmer;
 - Allgemeine Tauglichkeit;
 - Tatsächlicher Mangel;
 - Rechtlicher Mangel Bsp.: Das Haus entspricht nicht den gesetzlichen Bauvorschriften.
- **Massgebender Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Ablieferung** = des Gefahrübergangs, d.h. der Mangel muss bereits bei der Ablieferung des Werkes bestanden haben.
→ Beweisprobleme! Lösung: Vertragliche Garantie.
 - **Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels trägt der Besteller.**

3.2.2.1.2. Mängelrechte im allgemeinen

3.2.2.1.2.1. Dispositive Natur der gesetzlichen Mängelrechte

- **Die Mängelrechte sind dispositiver Natur.**
- Bsp.: Freizeichnungsklauseln. Diese sind restriktiv auszulegen.

3.2.2.1.2.2. Voraussetzungen für das Geltendmachen von Mängelrechten

Mängelrüge (OR 367) → gleicht dem Kaufrecht:

- Nach Ablieferung hat der Besteller das Werk zu prüfen und allfällige Mängel dem Unternehmer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu melden.
- Unterbleibt die Rüge **offenkundiger Mängel**, so gilt das Werk als genehmigt, der Unternehmer ist frei (OR 370¹⁺²).
- **Versteckte Mängel**, also solche, die bei Abnahme und ordnungsmässiger Prüfung nicht erkennbar waren oder erst später zutage getreten sind, müssen sofort nach Entdeckung gerügt werden (OR 370³).
- Die Genehmigungsfiktion der unterlassenen Rüge gilt nach OR 370¹ nicht, wenn der Unternehmer den Mangel **absichtlich verschwiegen** hat.
- Der Besteller muss den Mangel substantiiert behaupten, d.h. entsprechende Tatsachen vortragen. **Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Rüge liegt beim Besteller** (BGE 107 II 176, 118 II 146). In der Praxis soll man so früh wie möglich rügen, auch für anscheinend Bagatellmängel.

3.2.2.1.2.3. Ausschluss der Gewährleistung

- Die Sachmängelansprüche entfallen, wenn **der Besteller den Mangel durch eine Weisung (trotz Abmahnung durch den Unternehmer) oder sonstwie verschuldet hat** (OR 369).
- Sie entfallen ferner, wenn **der Mangel auf dem gelieferten Stoff oder auf dem Baugrund beruht und der Unternehmer rechtzeitig Anzeige gemacht hat** (OR 365³).
- Denkbar sind schliesslich Fälle der **Verwirkung**, z.B. **Gebrauch in Kenntnis des Mangels**; ferner **Veräusserung** oder **Umgestaltung** (OR 207² analog).

3.2.2.1.2.4. Überblick über die Mängelrechte

- **Verschuldensunabhängig** (Ausnahme für den Schadenersatzanspruch);
- Gleicht dem **Kaufrecht**; zusätzlich: **Nachbesserung**
- Der Besteller hat unter den jeweiligen Voraussetzungen von OR 368 ein **Wahlrecht**. Er kann **Wandlung**, **Minderung** oder **Nachbesserung** verlangen.
- Überwiegend wird angenommen, dass die Ausübung des Wahlrechts ein **Gestaltungsrecht** ist. An die einmal getroffene und ausgeübte Wahl ist der Besteller nach h. L. **gebunden**. Die Wandlungserklärung ist **unwiderruflich** (kein *jus variandi*).

3.2.2.1.3. Mängelrechte im einzelnen

3.2.2.1.3.1. Wandlung (OR 368¹)

- Wandlung setzt **gravierende ("erhebliche") Mängel** voraus, welche die Annahme für den Besteller **unzumutbar** machen (OR 368¹).

- Die Wandlung betrifft grundsätzlich nur **Werke an Fahrnis**. Bei Werken, die auf dem Grundstück des Bestellers errichtet worden sind und die ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, ist Wandlung grundsätzlich ausgeschlossen (OR 368³). Liegen die Voraussetzungen der Wandlung ausnahmsweise vor (Behalten nicht zumutbar, Nachbesserung nicht möglich), kann der Besteller das Werk erst beseitigen oder auch ohne richterliche Ermächtigung nach OR 98¹ durch einen Dritten beseitigen lassen.
- Rechtsnatur der Wandlung: **Gestaltungsrecht** (≠ Gestaltungsrecht).
- Die Wandlung bedeutet **Aufhebung des Vertrages** und **Rückforderung der erbrachten Leistungen**; sie wirkt *ex tunc* (≠ Umwandlungstheorie).

3.2.2.1.3.2. Minderung (OR 368²)

- Die Minderung steht immer zur Verfügung, ohne Einschränkung.
- Die Minderung ist ein **Gestaltungsrecht**; die Ausübung des Minderungsrechts schliesst andere Rechtsbehelfe (z.B. Nachbesserung) aus.
- Die Minderung ist **kein Schadenersatz**, sondern dient lediglich dazu, den Ausgleich wiederzusetzen.
- Die Berechnung der Minderung folgt **der relativen Methode** ("Um wieviel Prozent ist das Werk minderwertig?"). Die Kosten der Nachbesserung beeinflussen die Minderwertberechnung nicht.

3.2.2.1.3.3. Nachbesserung (OR 368²)

- Rechtsnatur der Nachbesserung: Sie ist **kein Gestaltungsrecht**.
- Voraussetzungen:
 - 1) Dem Unternehmer entstehen **keine übermässigen Kosten**. Übermässig sind die Kosten, die in einem **Missverhältnis zu dem Nutzen** stehen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt, d.h. wenn der Nutzen im Verhältnis zu den Kosten gering ist → **Interessenabwägung**. Ist jedoch **eine bestimmte Eigenschaft** im Vertrag **besonders vereinbart oder zugesichert**, so kommt es auf die Höhe der Kosten nicht an (BGE 93 II 326 E. 4b – Sportschwimmbecken).
 - 2) **Nachfristansetzung**: Für die Nachbesserung ist dem Unternehmer **eine angemessene Frist** einzuräumen.
- Schlägt die Nachbesserung fehl, so leben die anderen Mängelrechte (Wandlung, Minderung) wieder auf.
Andere Möglichkeiten:
 - Teilrücktritt von Nachbesserung (analog OR 109);
 - Realvollstreckung (OR 98) → Ersatzvornahme, Fremdvorname.
- Im Gegensatz zum Besteller steht dem **Unternehmer** grundsätzlich **kein Nachbesserungsrecht** zu. Ein Nachbesserungsrecht des Unternehmers lässt sich allenfalls in Sonderfällen mit **ZGB 2** begründen.

3.2.2.1.3.4. Schadenersatzanspruch (OR 368)

Voraussetzungen:

- 1) Mangelfolgeschaden;
- 2) Verschulden;
- 3) Rechtzeitige Mängelrüge.

- Der Schadenersatzanspruch setzt **Verschulden** voraus, ist **verschuldensabhängig**.
- Beweislast: **Das Verschulden wird vermutet** (analog zum OR 97).
- Die Vorschrift betrifft **nur Mangelfolgeschäden** (= Auswirkungen des Mangels auf das sonstige Vermögen des Bestellers: Sach-, Personen- oder Vermögensschäden, die der Besteller durch den Werkmangel erleidet), **nicht aber Mangelschäden** (= Schäden, die infolge des Fehlers unmittelbar an der Sache selbst entsteht), auch **nicht Verzugs-, Nichterfüllungsschäden oder Schäden aus Verletzung der vertraglichen Schutzpflicht**.
- Der Schadenersatzanspruch kann **kumulativ neben den anderen Ansprüchen** geltend gemacht werden.

- Voraussetzung ist **rechtzeitige Mängelrüge** (BGE 64 II 254, "Steiggurt-Fall").

3.2.2.1.4. Verjährung der Mängelrechte (OR 371)

- Im Analogie zum Kaufrecht beträgt die Verjährungsfrist **ein Jahr** für **bewegliche Sachen** und **fünf Jahre** für **Bauwerke**.
- OR 371 ist **dispositiv**.
- Um die Verjährung zu unterbrechen, muss am besten betrieben werden.
- *Pro memoria*: Einreden verjähren nicht.
- Werklieferungsvertrag: Die Verweisung auf das Kaufrecht (OR 365¹) gilt nur für die Rechtsmängelgewährleistung; für die Sachmängelgewährleistung gilt Werkvertragsrecht.

3.2.2.2. Schadenersatz; Vergleich zum Kaufrecht, zum OR-AT und zum Haftpflichtrecht

- Vor der Ablieferung: Konkurrenz zwischen OR-AT und OR 366;
- Nach der Ablieferung:
 - Im Bereich der Mängelrechte: Konkurrenz mit OR 97 ausgeschlossen, nur OR 368;
 - Ausserhalb des Bereichs der Mängelrechte: Konkurrenz mit OR 41 / 55 grundsätzlich zulässig, wenn die Tatbestandselemente erfüllt sind.
 - Sogar auch wenn die Mängelrechte verwirkt sind: Dann wird das Unterlassen der Prüfung als Selbstverschulden betrachtet und führt zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes, wenn nicht zur Unterbrechung der Kausalität.
 - Bei Wegbedingung der Gewährleistung ist der Deliktsanspruch auch wegbedungen, ausser für ausserordentliche Schäden und Körperschäden (Das Verzicht würde gegen ZGB 27 verstossen).

3.2.2.3. Gesamtwürdigung der Mängelrechte

Das Gesetz und die Rechtsprechung sind **unternehmersfreundlich** und konsumentenfeindlich.

Im Sinne des Konsumentenschutzes (BV 31^{sexties}) sollte die Auslegung von Konsumentenverträgen zugunsten des Verbrauchers durchgeführt werden.

3.2.3. Gefahrtragung und Vertragsbeendigung

Ein teilweise vollendetes Werk geht unter.

- Muss der Unternehmer noch mal erfüllen? → Frage der **Leistungsgefahr**
- Hat der Unternehmer einen Vergütungsanspruch? → Frage der **Preisgefahr**

3.2.3.1. Vergütungsgefahr (Preisgefahr)

- Grundsatz des Art. 376: "*Periculum est conductoris*". Nach dem Beginn der Arbeit trägt der Unternehmer die Gefahr der Unmöglichkeit.
- Voraussetzungen (alternativ):
 - **Das Unmöglichwerden der Werkherstellung**
= Nachträgliche Unmöglichkeit
Beispiel: Das Haus kann nicht mehr gebaut werden.
 - Durch Zufall bedingter Untergang des Werkes vor seiner Ablieferung
Er ist weder vom Unternehmer noch vom Besteller zu vertreten.
- **Gefahrübergang: Im Zeitpunkt der Ablieferung.** Teilabnahmen sind möglich!
Ausnahmen:
 - Abs. 1: **Annahmeverzug / Gläubigerverzug.** Diese Regel ist für das ganze OR verallgemeinerungsfähig.
 - Abs. 2: Der Verlust des Stoffes trifft den Teil, der ihn geliefert hat.
 - Abs. 3.
- OR 376³: **Gedanke der Risikosphären:** Jeder soll das Risiko seines Gefahrenkreises tragen.
 - Der **Stoff** ist für die Ausführung ungeeignet;

- Schlechter **Baugrund**;
- Die **Weisungen** des Bauherrn / Bestellers waren unzweckmässig.
- **Einschränkung:**
 - Es wird von Gesetzes wegen vermutet, dass **der Unternehmer die sachkundigere Partei ist**. Der Unternehmer muss **die Beschaffenheit und Tragfähigkeit des Bodens überprüfen, die Weisungen prüfen**.
 - Er hat allenfalls **die Pflicht zur Abmahnung**;
 - **Er verliert seinen Anspruch, wenn er die Prüfung unterlässt und den Besteller nicht rechtzeitig auf die Gefahren aufmerksam macht.**

3.2.3.2. Leistungsgefahr

Zufällige Unmöglichkeit → Die Obligation geht unter.

Muss der Unternehmer wieder erfüllen? Ja, aber dann Anwendung von OR 373² (Anpassung)

→ + 10, 20%, aber sicher nicht der doppelte Preis (sonst wäre das eine Vergütung für das untergegangene Werk = Tragung der Preisgefahr!)

3.2.3.3. Spezielle Beendigungsgründe

3.2.3.3.1. Rücktritt (OR 377)

- Recht zum Rücktritt vom Vertrag = **Kündigungsrecht**
- **Rechtsfolge:** Der Besteller schuldet nicht den gesamten Lohn, sondern nur den teilweisen + Schadenersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses (*lucrum cessans*);
Berechnung: Voller Werklohn – Einsparung des Unternehmers infolge der Kündigung (Abzugsmethode);
- Schadensverminderungsobliegenheit des Unternehmers;
- Ausnahme: Der Unternehmer hat ein Recht auf Ausführung für Werbung, Referenzobjekt
→ Das kann Vertragsgegenstand sein
Art. 377 kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Unternehmer kein rechtliches Interesse an der Ausführung hat.

3.2.3.3.2. Unmöglichkeit der Erfüllung durch beim Besteller eingetretener Zufall (OR 378)

- Sondernorm, Ausnahme zu OR 119².
- Voraussetzungen:
 - Dauernde objektive Unmöglichkeit;
 - Nicht zu vertreten, Zufall;
 - Der Zufall ist dem Bereich des Bestellers zuzurechnen (**Gedanke der Risikosphären**)
- Rechtsfolgen:
 - Wirkung *ipso jure, ex nunc*;
 - Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf *lucrum cessans*.
- Art. 378 Abs. 2 ist eine Ausnahme: Kein Zufall
→ Anspruch auf Schadenersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses (*lucrum cessans*).

3.2.3.3.3. Tod und Unfähigkeit des Unternehmers (OR 379)

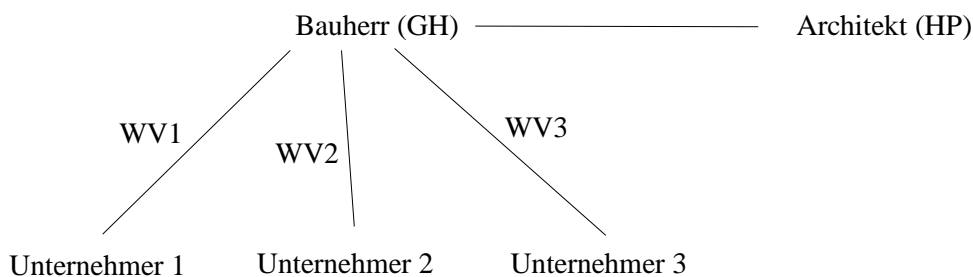
- Voraussetzung: **Personenbezogener** Werkvertrag (klassischer Beispiel: Der Künstler);
- Rechtsfolge: **Der Werkvertrag erlischt ex nunc**, die Verpflichtung geht nicht auf die Erben über;
- Nicht betroffen ist der Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers;
- Abs. 2: Frage der Zumutbarkeit;
- In der Praxis sind die Werkverträge selten personenbezogen.

3.2.3.3.4. Überschreitung des Kostenansatzes (OR 375)

- Voraussetzungen:
 - Der Unternehmer hat **einen nicht bindenden, ungefähren Kostenvoranschlag** erstellt (Verbindlicher Kostenvoranschlag → OR 373);
 - **Unverhältnismässige Überschreitung** (> 10%);
 - Ohne Zutun des Bestellers;
- Rechtsfolgen:
 - Abs. 1: **Recht zum Rücktritt**;
 - Abs. 2: Bei Bauten kann der Besteller **eine angemessene Herabsetzung des Lohnes** verlangen oder, wenn die Baute noch nicht vollendet ist, **gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten vom Vertrag zurücktreten**. Der die Toleranzgrenze übersteigende Teil wird im "Normalfall" **um die Hälfte gekürzt**, so dass der Mehrbetrag praktisch geteilt wird. **Keine hälftige Teilung** des die Toleranzgrenze von 10% übersteigenden Betrag kommt in Betracht wenn, **der Unternehmer** die unverhältnismässige Überschreitung des Kostenansatzes **verschuldet hat** oder wenn er **die Zuverlässigkeit des Kostenansatzes betont hat**.

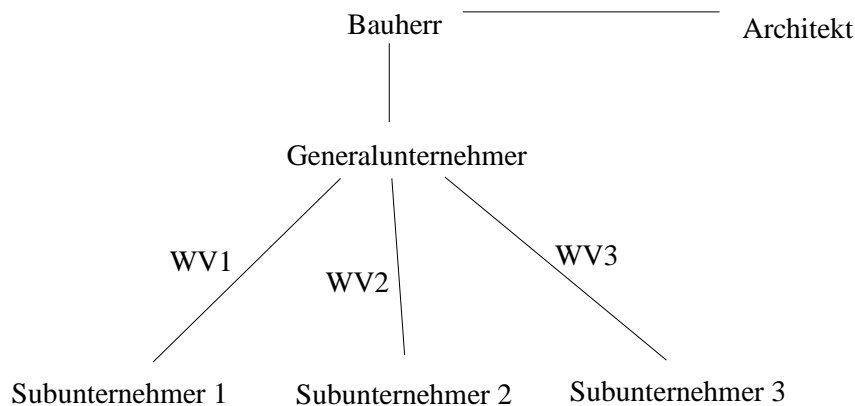
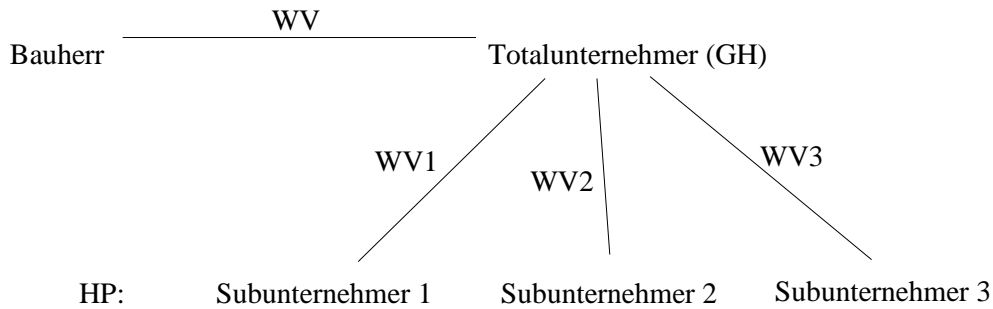
3.2.4. Der Werkvertrag im Baugewerbe

3.2.4.1. Das "klassische Bauherrenmodell"



Die Hilfsperson (der Architekt) ist kompetenter, sachkundiger als der Geschäftsherr (der Bauherr). Nach Vertrauensprinzip ist **diese erkennbare höhere Kompetenz der Hilfsperson dem Geschäftsherrn zuzurechnen** (Durchbrechung des Prinzips der hypothetischen Vorwerfbarkeit).

3.2.4.2. Der General- oder Totalunternehmervertrag



- Für die **Fehler der Subunternehmer** hat der **Totalunternehmer als Geschäftsherr einzustehen**;
- Der Totalunternehmer hat die Koordination zu übernehmen, er trägt das **Koordinationsrisiko** (während im klassischen Bauherrenmodell der Bauherr das Koordinationsrisiko übernimmt);
- ...unter der Voraussetzung, dass der Bauherr den Beizug jedes Subunternehmers erlaubt hat; der Totalunternehmer kann dann abmahnen, wenn der angewiesene Subunternehmer nicht kompetent ist;
- Nachteile des Totalunternehmervertrags:
 - Wenn der Totalunternehmer insolvent ist, denn er trägt alle Risiken;
 - Da der Totalunternehmer alle Risiken trägt, ist er für den Bauherrn viel teurer (Versicherungsfunktion).
- **Risikoversicherung:** Der Handwerker hat einen Anspruch auf ein gesetzliches Pfandrecht (**Bauhandwerkerpfandrecht**, ZGB 837) an dem Grundstück.

Problem: Hat der Grundeigentümer–Bauherr den Totalunternehmer bezahlt, dieser aber nicht die Handwerker, haben diese einen Anspruch auf das Bauhandwerkerpfandrecht.

Möglichkeiten für den Grundeigentümer, **sich vor Doppelzahlung zu schützen**:

- Einblick in Buchhaltung des Generalunternehmers gewinnen;
- Der Bauherr behält sich vor, auf Weisung des Generalunternehmers die Subunternehmer selbst zu bezahlen, oder beauftragt einen Dritten (z.B. eine Bank) fiduziarisch damit;
- Er bezahlt den Generalunternehmer erst dann aus, wenn dieser den Nachweis erbracht hat, die Subunternehmer abgefunden zu haben;
- Dritterwerber: Warten, bis die dreimonatige Verwirkungsfrist nach Vollendung der Arbeit abgelaufen ist;
- Wenn der Bauherr den Generalunternehmer noch nicht (voll) bezahlt hat, kann er von diesem eine Herabsetzung des Lohnes verlangen, denn ein mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastetes Werk stellt ein mangelhaftes Werk im Sinne von OR 368² dar.

3.3. Der Auftrag

3.3.1. Allgemeines

3.3.1.1. Bedeutung des Auftrages in der Dienstleistungsgesellschaft

- Systematik des Gesetzes:
 - Regeln des einfachen Auftrags (Art. 394–406) = "*lex generalis*"
 - Sonstige Regeln (Art. 407, 412, 418a, 425) = "*lex specialis*"
- In den letzten Jahren hat die Bedeutung des Auftragsrechts enorm zugenommen; es ist Grundlage vieler Innominatskontrakte.
- Man unterscheidet:
 - Auftrag als **Tathandlung** (z.B. Arzt);
 - Auftrag als **Rechtshandlung** (z.B. Anwalt als Stellvertreter).

3.3.1.2. Das Problem der Qualifizierung (OR 394²)

- Nach OR 394² ist **Auftragsrecht auf alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge anwendbar, die nicht einem gesetzlichen Sondertypus unterliegen**. Der Auftrag ist eine Art **Auffangtatbestand**.
- Das bedeutet nicht, dass bei allen Formen von Auftrag und anderen Vertragstypen stets die jederzeitige Widerrufbarkeit gemäss OR 404 zur Anwendung käme. **OR 404** ist nur auf **typische Aufträge** anwendbar, nicht auf untypische¹.

3.3.2. Entstehung und Inhalt des Auftrags

3.3.2.1. Allgemeines zu OR 394

3.3.2.1.1. Form

- **Formfrei**. Dies gilt auch dann, wenn der Auftrag ein formpflichtiges Geschäft zum Gegenstand hat, wie z.B. einen Grundstückskauf, der nach OR 216¹ der öffentlichen Beurkundung bedarf; die Rechtsprechung lässt hier **Auftrag und Bevollmächtigung formfrei** zu.
- OR 395 ist ein Anwendungsfall von OR 6 (**stillschweigende Annahme**)
Einschränkung von OR 395 durch OR 404, aber Schadenersatz (OR 404²)!

3.3.2.1.2. Merkmale des Auftrages

- **Ziel- oder zweckgerichtet**;
- Der Beauftragte hat alles zu tun, um dieses Ziel zu erreichen, aber **er schuldet nicht die Zweckerreichung**
→ im Gegensatz zum Werkvertrag ist der Auftrag **nicht erfolgsbezogen**!
- **Organisatorische und inhaltliche Selbständigkeit des Beauftragten**;
- Aber der **Auftraggeber** hat eine **Weisungsbefugnis**;
- **Entgeltlichkeit** (OR 394³). Eine Einigung über die Höhe des Entgelts ist nicht erforderlich, eventuell richterliche Ergänzung.

3.3.2.1.3. Abgrenzung zwischen unentgeltlichem Auftrag und blosser Gefälligkeit; Erteilung von Rat und Auskunft

- Die **reine Gefälligkeit** ist **rechtlich unverbindlich** und begründet **weder Rechte noch Pflichten**. Aus der Übernahme von Gefälligkeiten des täglichen Lebens entstehen weder Erfüllungs- noch vertragliche Haftungsansprüche.

¹ BGE 109 II 467 = 27–2

- Entscheidend ist, ob ein entsprechender **Rechtsbindungswille des Beauftragten** angenommen werden kann. Neben den **Umständen des Einzelfalles** kommt es **nach Treu und Glauben** auf die (für den Beauftragten erkennbare) **Bedeutung des Geschäftes für den Auftraggeber** an.
- Für **unentgeltliche und nicht gewerbsmässige Erteilung einer Auskunft** besteht **keine vertragliche Haftung**, sofern sie **nicht erkennbar für den Anfragenden von besonderer Bedeutung** ist¹. Deliktshaftung bei fahrlässiger Auskunft einer Bank über die Bonität eines Kunden².

3.3.2.2. Umfang des Auftrags (OR 396)

Problematisch bei Honorarstreiten.

Bei Überschreitung des Mandats gilt OR 419ff (GoA).

3.3.2.3. Auftrag und Vollmacht

- Man unterscheidet **Tathandlungs-** und **Rechtshandlungsaufträge**; die meisten Aufträge sind Mischformen davon. Tathandlungsaufträge bedürfen keiner Vollmacht, Rechtshandlungsaufträge bedürfen einer Vollmacht.
- Unterscheide:

Auftrag	Vollmacht
Vertrag (zweiseitiges Rechtsgeschäft)	Einseitige Willenserklärung (Gestaltungsgeschäft)
Begründet eine Verpflichtung ("Müssen")	Begründet ein "Können" (Erweiterung der Geschäftsfähigkeit)
Grundverhältnis, betrifft das Innenverhältnis	Betrifft das Aussenverhältnis

- **OR 396¹⁺²** enthalten **Vermutungen über den Umfang des Auftrages**. **OR 396³** ist keine Formvorschrift, sondern eine blosse **Ordnungsvorschrift**.
- Der Auftrag und die Vollmacht sind beide widerrufbar. **Die Vollmacht kann widerrufen werden, ohne dass der Auftrag beendet wird** (OR 34¹); der Widerruf führt bloss zu einer Einschränkung des Auftrages.

3.3.3. Die Pflichten des Beauftragten

3.3.3.1. Weisungsgebundenheit (OR 397)

- Der Auftrag ist ein **Dauerverhältnis** und ein **Rahmenvertrag**. Der Auftraggeber ist Herr des Auftrages, er bestimmt durch "**Vorschriften**" (= **Weisungen**), was der Beauftragte zu tun hat.
- Im allgemeinen ist **der Beauftragte sachkundiger** (Arzt, Anwalt) als der Auftraggeber; deshalb muss er "**denkenden Gehorsam**" leisten:
 - Unklare Weisungen: Der Beauftragte muss Klarheit verschaffen;
 - Klare Weisungen: Der Beauftragte muss aufklären, abmahnen, wenn die Weisungen nicht sachgerecht sind;
 - Widerrechtliche / sittenwidrige Weisungen können nicht verfolgt werden.
- Der Beauftragte kann den Auftrag kündigen, wenn ihm die Weisungen nicht passen (Problem: Kündigung zur Unzeit).
- Eine Weisung kann abgelehnt werden, wenn sie die Rahmen des Auftrages überschreitet
 - Offerte zu einem neuen Auftrag
 - Sofort ablehnen nach OR 395.
- Der Beauftragte kann auch Weisungen ablehnen, wenn sie gegen Treu und Glauben verstossen.
- **Die Missachtung von Weisungen stellt eine Vertragsverletzung nach OR 97 dar.**
 Problem: Bemessung des Schadens (i. S. von Vermögensverminderung); Lösung: Persönlichkeitsverletzung nach ZGB 28 und Genugtuung.

1 BGE 112 II 347 = 27-3

2 BGE 111 II 471 = 16-6

3.3.3.2. Haftung für getreue Ausführung (OR 398)

3.3.3.2.1. Sorgfaltspflicht

- OR 398¹ verweist für den Auftrag auf den Sorgfaltsmassstab, der für **den Arbeitnehmer beim Arbeitsvertrag** gilt (OR 321a¹, 321e). Dies ist im Prinzip eine **Haftung für jedes Verschulden**.
- Zu beachten ist OR 99², der eine **Haftungsmilderung bei unentgeltlicher Tätigkeit** statuiert (Utilitätsprinzip).
- Tendenz in der Praxis: Verschärfung der Haftung, besonders für gewerbsmässig handelnde Beauftragte.

3.3.3.2.2. Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht) und ihre Auswirkungen

Auftragsrecht ist **Interessenwahrungsrecht**: Jede Partei muss die Interessen der Gegenpartei wahren.

3.3.3.2.2.1. Diskretions- und Geheimhaltungspflicht

- Vertraglich, aber auch öffentlich-rechtlich (**StGB 321, Verletzung des Berufsgeheimnisses**)
- Umfang der Geheimhaltungspflicht?
 - Vom Fall zu Fall zu entscheiden;
 - Hängt vom Inhalt des Auftrages ab.
- **Aufhebung** der Geheimhaltungspflicht:
 - Einwilligung des Auftraggebers = Geheimnisherrn;
 - Bewilligung der Aufsichtsbehörde.
- **Folgen einer Verletzung** der Geheimhaltungspflicht
 - Schadenersatzanspruch nach OR 97. Problematisch ist das Schadenskriterium. Lösung: Persönlichkeitsverletzung nach OR 28 und Genugtuung.

3.3.3.2.2.2. Doppelvertretung, Selbstkontrahieren und Selbsteintritt

- Insihgeschäfte:
 - Doppelvertretung: Vertragspartei₁ ----- **StV / StV** ----- Vertragspartei₂
 - Selbsteintritt: Vertragspartei₁ ----- **StV = Vertragspartei₂**
- Rechtsfolgen:
 - Es besteht die Möglichkeit der **Interessenkollision**, weshalb Insihgeschäfte wegen der **Gefahr der Benachteiligung** grundsätzlich unzulässig sind¹.
 - Die Vertretenen werden **nicht gebunden**, es sei denn, es liegt eine **nachträgliche Genehmigung** vor.
 - Doppelwissenszurechnung
 - Der Beauftragte, der ein Insihgeschäft vornimmt, verletzt die Interessenwahrungspflicht
 - Vertragsverletzung

¹ BGE 95 II 617 = 2-2; BGE 112 II 503 = 14-1

3.3.3.2.2.3. Obhuts- und Schutzpflichten

3.3.3.2.2.4. Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht

- Der Anwalt muss den Kunden über die Rechtsbehelfe orientieren.
- **Ärztliche Aufklärungspflicht**¹: Ein chirurgischer Eingriff ist eine Körperverletzung, deren Rechtswidrigkeit nur durch die **Einwilligung des Patienten** aufgehoben werden kann. Die Einwilligung ist nur bei **voller Aufklärung** wirksam. Ein Arzt, der den Patienten nicht in vollem Umfang aufklärt, **handelt auf eigenes Risiko**: Geht etwas schief, so haftet er selbst dann, wenn er bei der Durchführung des Eingriffs alle Sorgfalt beachtet hat. **Die unterlassene oder unvollständige Aufklärung führt im Ergebnis zu einem Handeln auf eigene Gefahr**. Immerhin lässt das BGer den **Einwand** des Arztes zu, **der Patient hätte auch bei voller Aufklärung eingewilligt** (sog. Einwand der hypothetischen Einwilligung)².
- **Wirtschaftliche Aufklärungspflicht**: Die Aufklärungspflicht des Arztes umfasst nicht nur die Information des Patienten über Wesen und Risiken eines Eingriffs, sondern auch über **dessen finanzielle Konsequenzen**, insbesondere über eine fehlende Krankenkassendeckung.
- Inwieweit muss der Beauftragte den Auftraggeber **über sein eigenes Fehlverhalten aufklären**? Diese Frage ist relevant für die Verjährung: Der Arzt verletzt seine Pflicht in einem Dauerverhältnis, solange er nicht aufgeklärt hat (+ Verspätungsschäden!)
- Grundsätzlich ist niemand zur Selbstbeziehung verpflichtet; Ausnahme, wenn:
 - Vertragliche Pflicht zur Wahrung fremder Interessen;
 - Enge Vertrauensbeziehung;
 - Schutzbedürftigkeit der Gegenpartei (Kunden);
 - Relevanter Fehler.

3.3.3.3. Persönliche Leistungspflicht

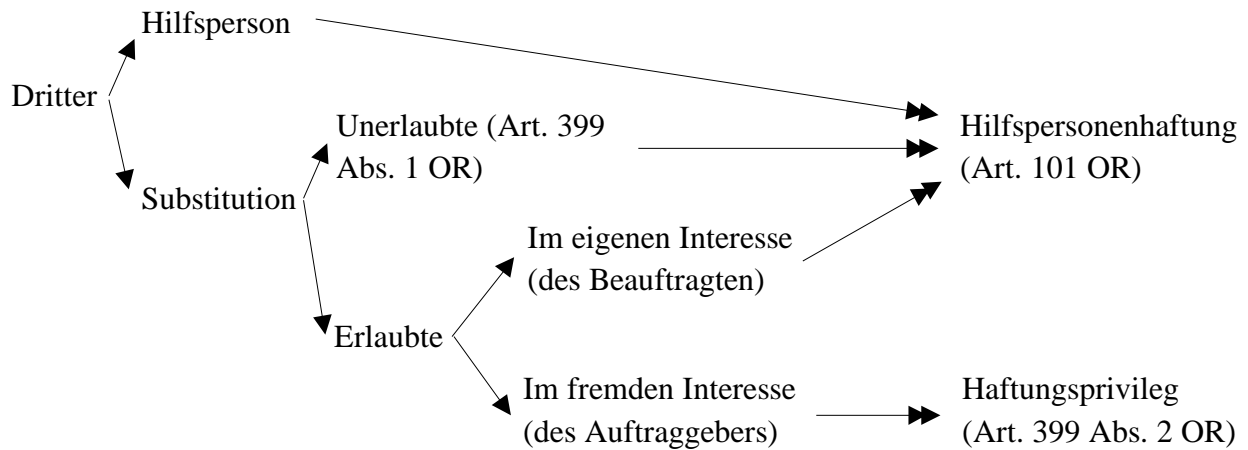
3.3.3.3.1. Grundsatz (OR 398³) und Ausnahmen (OR 399)

- **Vermutungsweise** hat der Beauftragte das Geschäft **persönlich** zu besorgen (OR 398³).
- Der Beauftragte darf sich bei der Erfüllung des Auftrages einer **Hilfsperson** bedienen. Überträgt er die Erfüllung des Auftrages befugterweise auf einen Dritten zur selbständigen Erledigung, spricht man von **Substitution**; der Beauftragte **haftet nur noch für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten** (OR 399²).
- Abgrenzung **Hilfsperson** **Substitution**
 - Der Dritte erfüllt nur einen Teil der Mandatführung;
 - Wirtschaftliche Abhängigkeit, Subordinationsverhältnis (z.B. Arbeitsvertrag).
 - Der Beauftragte überträgt dem Dritten das ganze Mandat und wird selbst insoweit nicht mehr tätig;
 - Eigenständige Stellung des Dritten.
- Wann ist die Substitution **erlaubt**? (Art. 398 Abs. 2 OR)
 - Der Beauftragte ist **nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien** verpflichtet oder wenigstens ermächtigt, als Vermittler einen Dritten mit der Besorgung des Geschäftes zu betrauen;
 - Der Beauftragte wird **durch die Umstände genötigt, unvorgesehene, seine Fähigkeiten übersteigende Geschäfte** zu besorgen; die Substitution entspricht dem **hypothetischen Willen** der Parteien;
 - Die Substitutionsbefugnis ergibt sich aus einer **Verkehrsübung**.
- Ist die Substitution **unerlaubt**, hat der Beauftragte also einen Dritten **unbefugterweise** beigezogen, dann hat er **den Vertrag verletzt: Er haftet nach OR 97** und muss obendrein **für die Handlungen des Dritten nach OR 101** einstehen (OR 399¹).

1 Literatur: W. Wiegand, recht 1993, S. 149ff und S. 189ff

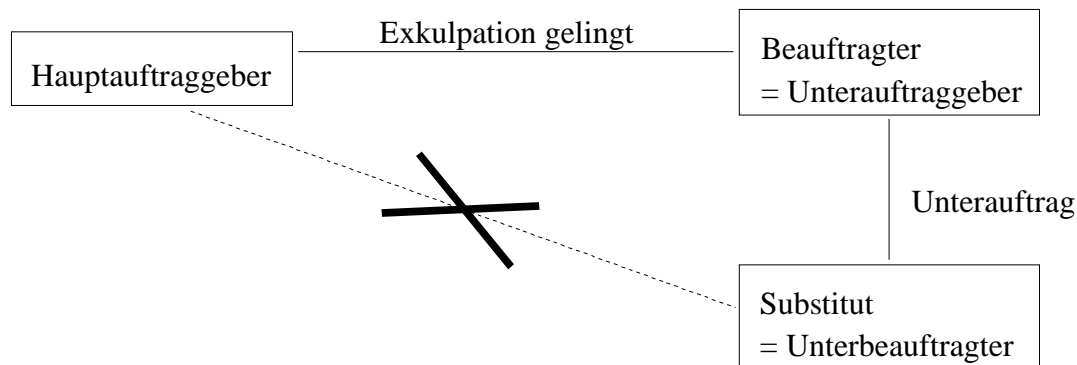
2 BGE 117 Ib 197 = 27-7 "Laminektomie"

- **Privilegierende Haftungsbeschränkung (OR 399²):** Der Beauftragte haftet bei **erlaubter Substitution** nur für **gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten**. Die Beweislast der Exkulpation liegt beim Beauftragten.
- **Der Haftungsprivileg von OR 399² entfällt** jedoch nach der Rechtsprechung auch bei der erlaubten Substitution, wenn der Beauftragte **im eigenen Interesse** substituiert, z.B. zur Vergrößerung seines Geschäftsvolumens. Hier haftet er nach **OR 101**. Nur bei Hinziehung eines Spezialisten **im Interesse des Auftraggebers** soll der Haftungsprivileg von OR 399² eingreifen¹.



3.3.3.2. Durchgriffshaftung (OR 399³)

Der Substitut verletzt den Vertrag.



Was kann der Auftraggeber machen? Nach OR 399³ stehen die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Substitut zustehen, auch dem Auftraggeber auch zu
→ Solidargläubigerschaft.

Problem: Wenn sich der Beauftragte exkulpiert hat, hat er keinen Regressanspruch gegen den Substituten (keinen Schaden). Deshalb kann 399³ nicht wörtlich angewendet werden².

3 Theorien zur Auswahl:

- 1) Der Unterauftrag ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter, die Schutzpflicht ist für den Dritten – hier den Substitut – erkennbar.
- 2) Der Unterauftrag ist ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- 3) Extensive Auslegung von OR 399³ → auch Kosten des Auftraggebers
 → gesetzlicher Fall der Drittschadensliquidation; der Beauftragte würde dann seinen Anspruch an den Auftraggeber abtreten.

1 BGE 112 II 347 = 27–3

2 BGE 121 III 310 = 36–10

3.3.3.4. Die aus OR 400 fließenden Pflichten

3.3.3.4.1. Rechenschaftspflicht

Die Pflicht zur Rechnungslegung ist eine **eigenständige Schuldpflicht**.

Wie kann der Auftraggeber die Rückgabe des Überschusses einklagen, wenn er nicht weiss, wieviel ihm zusteht? Die Lösung ist eine Klage auf Rechnungslegung, verbunden mit einer Klage auf Rückgabe.

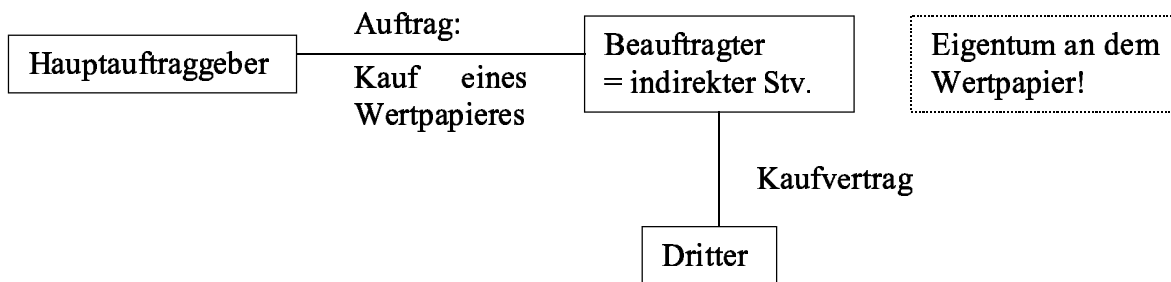
3.3.3.4.2. Ablieferungspflicht

Pflicht zur Herausgabe von Geld oder von Sachen.

Darf der Beauftragte die Leistung verweigern bis zur Bezahlung seiner Honorare?

Das BGER anerkennt ein solches Recht, gestützt auf OR 82 oder ZGB 895 (Retentionsrecht; setzt voraus, dass die Sache verwertbar ist).

3.3.3.5. Die Sonderregel des OR 401



- OR 401 normiert einen **gesetzlichen Forderungsübergang (Legalzession)** für die **indirekte Stellvertretung** (= Handeln im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung): **Forderungen**, welche der Beauftragte **im eigenem Namen** erworben hat, gehen **kraft Gesetzes** auf den Auftraggeber über, **sobald dieser alle Ersatze und Honorare bezahlt hat**.
- Alle Regeln des **Zessionsrechts** gelten:
 - Der Auftraggeber muss dem Schuldner die Abtretung notifizieren;
 - Der debitor cessus kann alle Einreden auch gegen den Zessionar geltend machen.
- Das gilt **auch im Konkurs** (OR 401²). Der Auftraggeber hat also nicht nur eine Konkursforderung gegen den Beauftragten, sondern es kommt zur **Aussonderung der subrogierten Forderungsrechte**.
- Bei **Fahrnissachen**, die der Beauftragte im eigenem Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat, besteht ein **Aussonderungsrecht** des Auftraggebers (OR 401³).
- Auf **Geld** trifft dies indes nur zu, soweit **keine Vermischung** stattgefunden hat¹. Hat also der Dritte vor Konkurseröffnung bezahlt und ist das Geld vermischt, so ist der Auftraggeber auf eine gewöhnliche Konkursforderung verwiesen. Um das zu vermeiden, muss der Auftraggeber verlangen, dass der Beauftragte das Geld auf ein **separates Konto** legt.
- Gilt Art. 401 analog für Treuhandverhältnisse? Das BGER verneinte die analoge Anwendung von OR 401 und lehnte das Aussonderungsrecht ab².

3.3.4. Die Pflichten des Auftraggebers

3.3.4.1. Bedeutung von OR 402

3.3.4.1.1. Insbesondere Verwendungsersatz

Aufwendungen sind **freiwillige Vermögensleistungen**, die der Beauftragte zur Durchführung des Auftrages vernünftigerweise getätigt hat.

1 BGE 102 II 103 = 36-5

2 BGE 117 II 429 = 13-4

3.3.4.1.2. Verhältnis zur Vergütung nach OR 394³

- Generalunkosten (z.B. Miete des Büros, Lohn der Sekretärin) → Vergütung
- Zuordenbare, einzelne Kosten → Zu ersetzen

3.3.4.1.3. Befreiungsanspruch

Der Beauftragte hat Anspruch auf eine **interne Schuldübernahme**.

3.3.4.2. Schadenersatz (insbesondere die analoge Anwendung von OR 422)

- Abgrenzung *Auslagen* *Schäden*
Freiwillige Vermögensleistungen Unfreiwillige Vermögenseinbussen
- **Schäden**, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrages erlitten hat, muss der Auftraggeber ersetzen, sofern ihm nicht die **Exkulpation** gelingt. Für unverschuldete Schäden kann der Beauftragte grundsätzlich keinen Ersatz verlangen.
- Das BGer¹ hat darin eine **unechte Lücke** anerkannt und beim **unentgeltlichen Auftrag** einen **Schadenersatzanspruch** des Beauftragten in **analoger Anwendung von Art. 422¹** (Geschäftsführung ohne Auftrag) bejaht, sofern der Schaden **in Ausführung des Auftrags** entstanden ist und nicht nur "bei Gelegenheit"; mit anderen Wörtern: **Mit dem Auftrag muss eine Risikoerhöhung verbunden sein**. Diese Judikatur reflektiert sachgerecht **die unentgeltliche, altruistische, mit einem gewissen Risiko behaftete Tätigkeit**.

3.3.4.3. Pflicht zur Zahlung einer Vergütung

- Der Auftrag kann **entgeltlich** oder **unentgeltlich** sein. Wo die Geschäfts- oder Dienstleistung **berufsmässig** geschieht, ist **Entgeltlichkeit** die Regel.
- **Kein (volles) Honorar** ist vom Auftraggeber geschuldet, wenn der Beauftragte den Auftrag **unsorgfältig** ausgeführt hat. Ist die Leistung des Beauftragten **nur zum Teil brauchbar**, so ist die Vergütung entsprechend zu **mindern**.

3.3.5. Beendigung des Auftrags

3.3.5.1. "Normale" Formen

- "Contrarius consensus";
- Durch Zeitablauf;
- Wenn das Ziel erreicht wird.

3.3.5.2. Kündigung nach OR 404

3.3.5.2.1. Zur Geschichte und Bedeutung

- OR 404¹ normiert eine **jederzeitige Widerrufs- bzw. Kündigungsmöglichkeit**. Die Kündigung ist ein (empfangbedürftiges!) **Gestaltungsrecht**, mit Wirkung **ex nunc**.
- Der Beauftragte hat also Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit.

3.3.5.2.2. Zur Rechtsprechung des BGer: OR 404 als zwingendes Recht

- Der **zwingende** Charakter² gilt für:
 - **typische**, namentlich unentgeltliche oder höchstpersönliche Aufträge;
 - gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechtes als **sachgerecht** erscheinen.
- Konventionalstrafe beim Widerruf: Unzulässig, denn Einschränkung des Kündigungsrechtes³.

1 BGE 61 II 97 = 36-2

2 BGE 115 II 464 = 27-6

3 BGE 110 II 383 = 36-8

- Die Kündigung kann sich aber vertraglich regeln lassen: Eine antizipierte pauschalierte Schadensvereinbarung wäre zulässig.

3.3.5.2.3. Schadenersatz bei Kündigung zur Unzeit (OR 404²)

- **Schadenersatz** bei Kündigung **zur Unzeit**.
- Was ist "Unzeit"? Wenn die Kündigung **nachteilig** ist; die Nachteile müssen **besonderer Natur** sein
→ Wertungsfrage
- OR 404² gibt keinen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses (Honorar), sondern lediglich des negativen (**Vertrauensschaden**).

3.3.5.3. Zur Bedeutung von OR 405/406

- OR 405¹ enthält **gesetzliche Beendigungsgründe** (Parallel zum **Stellvertretungsrecht**, OR 35): Bei Eintritt der genannten Gründe auf seiten einer Partei wird **das Erlöschen des Auftrages vermutet**.
- Geschäfte, welche der Beauftragte tätigt, **bevor er vom Erlöschen des Auftrags Kenntnis erhält**, verpflichten den Auftraggeber bzw. dessen Erben, **wie wenn der Auftrag noch bestanden hätte**.

3.4. Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

3.4.1. Anwendungsbereich

3.4.1.1. Allgemeines

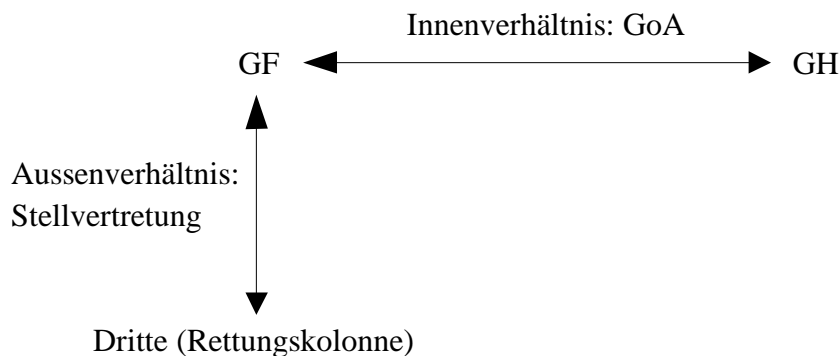
- Begriff: Die **Geschäftsführung ohne Auftrag** liegt vor, wenn **jemand das Geschäft eines anderen führt, ohne von ihm beauftragt zu sein**.
- Es handelt sich um ein **gesetzliches Schuldverhältnis**, das **vertragsähnlich** ist und deshalb auch als **Quasikontrakt** bezeichnet wird.
- **Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung nachträglich**, so kommen die **Auftragsvorschriften** zur Anwendung (OR 424)

3.4.1.2. Fallgruppen der GoA (Überblick)

- Gegenstand der GoA:
- Tathandlungen, faktische Tätigkeiten;
 - Rechtshandlungen (z.B. Stellvertretung).

Fallbeispiele:

- GH ist verletzt / in Lebensgefahr; GF ruft die Rettungskolonie;



- GH hat eine Schuld gegenüber D; GF bezahlt die Schuld;
- GH hat ein Patent, das er nicht verwerten will; GF verletzt das Patent und verwertet es;
- Doppelverkauf, zweiter Verkauf mit massivem Gewinn.

Man unterscheidet:

- Die **echte GoA**: willentlich im Interesse des Geschäftsherrn, "altruistisch" und berechtigt.
- Die **unberechtigte GoA**: altruistisch, im Interesse des Geschäftsherrn, aber gegen dessen Willen (Geschäftseinmischung).
- Die **unechte GoA** (Geschäftsanmassung): Der Geschäftsführer handelt eigennützig, "egoistisch", im eigenen Interesse.
 - Die bösgläubige unechte GoA: Der Geschäftsführer weiss (oder hätte wissen müssen), dass er in eine fremde Rechtssphäre eingreift.
 - Die gutgläubige unechte GoA: Erfordert einen hohen Sorgfaltsmass.

3.4.1.3. Verhältnis der GoA zu andern schuldrechtlichen Ansprüchen

- Mit **ungerechtfertigter Bereicherung**: **Anspruchskonkurrenz**
Die GoA ist meist günstiger: längere Verjährungsfrist, die Kondiktion setzt eine Entreicherung voraus.
- Mit **Delikt**: **Anspruchskonkurrenz**
Die Schadensberechnung ist problematisch.
- Konkurrenz mit **Vertrag**?
 - Bei echter GoA ausgeschlossen;
 - Bei unechter GoA möglich (z.B. Doppelverkauf).

- Konkurrenz mit dinglichen Ansprüchen (**Vindikation**):
 - Echte GoA: Das OR geht dem ZGB vor;
 - Unechte GoA: Das ZGB geht dem OR vor.

3.4.2. Voraussetzungen der echten GoA (OR 419)

3.4.2.1. Objektive Voraussetzungen

- **Besorgung eines fremden Geschäftes:** **Zumindest** müssen **auch Interessen des Geschäftsherrn** mitverfolgt werden.
- **Fehlen einer Handlungspflicht:**
 - Kein Vertrag;
 - Keine gesetzliche Handlungspflicht.
- **Gebotensein der Geschäftsführung:** Die Geschäftsführung muss **objektiv im Interesse des Geschäftsherrn** liegen und **seinem mutmasslichen Willen entsprechen**. Liegt sie nicht im Interesse des Geschäftsherrn, so **reicht bloss Nützlichkeit nicht aus**¹.
- **"Hilfsbedürftigkeit"** des Geschäftsherrn: Erforderlich ist eine **zeitliche Dringlichkeit**; sonst könnte der Geschäftsführer den Geschäftsherrn um seine Zustimmung fragen. Geschützt ist die Selbstbestimmung des Menschen.

3.4.2.2. Subjektive Voraussetzungen

- **Geschäftsführungsabsicht:** Der Geschäftsführer muss den Willen haben, **im Interesse des Geschäftsherrn** zu handeln.
- **Wiedererlangungsabsicht** (vermutet): Der Geschäftsführer hat die Absicht, schadlos zu handeln; **sonst: Schenkungsabsicht** (vom Geschäftsherrn zu beweisen).

3.4.3. Haftung des Geschäftsführers (OR 420 / 421)

3.4.3.1. Anspruch auf Herausgabe des Erlangten

Pflicht zur Herausgabe des Erlangten und **zur Rechnungslegung**, in analoger Anwendung von OR 400.

3.4.3.2. Schadenersatz

- Zieht der Geschäftsführer **Hilfspersonen** heran, so haftet er für sie nach **OR 101**;
- **Haftung für jede, auch für leichte Fahrlässigkeit** (OR 420¹); es ist umstritten, ob die **Haftungsmilderung gemäss OR 99²** (Utilitätsprinzip) anwendbar ist;
- **Haftungsmilderung** für den Fall der **Notgeschäftsführung**, bei welcher der Geschäftsführer handelt, um einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden;
- **Haftungsverschärfung** (Haftung auch für **Zufall**) für den Fall der **unberechtigten Geschäftsführung**, welche entgegen dem ausgesprochenen oder sonstwie erkennbaren Willen des Geschäftsherrn übernommen wird. **Die Zufallshaftung entfällt**, wenn der Geschäftsführer beweist, dass der Zufall **auch ohne seine Einmischung** eingetreten wäre, oder wenn das Verbot des Geschäftsherrn **sitten**⁻² oder **rechtswidrig** war.

¹ BGE 95 II 103

² Beispiel: Verhinderung eines Selbstmordes.

3.4.4. Die Pflichten des Geschäftsherrn (OR 422)

3.4.4.1. Verwendungsersatz

- Soweit die Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, hat der Geschäftsführer **Anspruch auf Ersatz notwendiger oder nützlicher Verwendungen** (≠ luxuriöser!) einschliesslich Zinsen.
- Dieser Anspruch ist **erfolgsunabhängig**: Er besteht **auch dann, wenn der gewünschte Erfolg nicht eingetreten ist**.
- Dieser Anspruch **entfällt**, wenn die Übernahme **nicht dem Interesse bzw. dem Willen des Geschäftsherrn** entsprach. Der sich in fremde Angelegenheiten einmischende Geschäftsführer hat gegenüber dem Geschäftsherrn lediglich ein **Recht auf Wegnahme**; ist diese unmöglich, so hat er keinen Anspruch auf Ersatz².

3.4.4.2. Befreiung von "übernommenen" Verbindlichkeiten

Sofern der Geschäftsführung in Besorgung des Geschäftes eine Verbindlichkeit eingegangen ist, besteht ein **Anspruch auf Befreiung**.

3.4.4.3. Schadenersatz

- Erleidet der Geschäftsführer in Ausführung des Geschäftes einen **Schaden**, so ist ihm dieser **nach Ermessen des Richters** zu ersetzen
→ Entschädigung nach **Billigkeit**
- Voraussetzung: Der Schaden ist **nicht nur bei Gelegenheit der Geschäftsführung, sondern im inneren Zusammenhang mit ihr** (z.B. bei einer gefährlichen Tätigkeit) entstanden.
- Diese Vorschrift wird **auf den Auftrag analog angewandt**³.

3.4.4.4. Anspruch auf Lohn bzw. Honorar?

Der Geschäftsführer hat **keinen Anspruch auf Entlohnung**. Das Fehlen eines Entlohnungsanspruchs wird im Zusammenhang mit berufsmässigen Rettungsorganisation (Feuerwehr, Bergrettung) bemängelt.

3.4.5. Die "Geschäftsanmassung" (OR 423)

- OR 423 betrifft nicht die unberechtigte (nicht willens- und interessengerechte) Fremdgeschäftsführung, sondern **die irrtümliche oder angemassete Eigengeschäftsführung**. Der unechte Geschäftsführer führt **ein fremdes Geschäft als eigenes**.
- Der Geschäftsherr ist berechtigt, sich die aus dem Geschäft entspringenden Vorteile anzueignen (**Gewinnherausgabeanspruch**).

3.4.5.1. Tatbestand

- **Eingriff in fremdes Geschäft**:
 - Eingriff in **absolute subjektive Rechte** (Patente, Immaterialgüterrechte, Persönlichkeitsrechte);
 - Verletzung relativer subjektiver Rechte (z.B. Doppelverkauf, unerlaubte Untervermietung): Anwendung von OR 423 ist umstritten.
- Im **eigenen Interesse**.

3.4.5.2. Rechtsfolgen

- **Vorteils-, Gewinnherausgabeanspruch**
Abgrenzung zum Schaden: Der Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens. Der Gewinn des Geschäftsführers kann grösser sein als der vom Geschäftsherrn erlittene Schaden.

² Gedanke: Niemand muss sich eine Bereicherung aufdrängen lassen.

³ BGE 61 II 97 = 36-2

- **Zufallshaftung;**
- **Rechnungslegungspflicht.**

3.4.5.3. Verhältnis zum Bereicherungsrecht

Neben dem Anspruch aus GoA kommt eine **Eingriffskondition** in Betracht. Sie setzt einen **Kausalzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreicherung**. Der Gewinnanspruch wird meist grösser als der Bereicherungsanspruch. Ausserdem ist **der Anspruch aus GoA günstiger**, als für ihn die **Regelverjährung nach OR 127** gilt (10 Jahre) und nicht die 1-Jahres-Frist von OR 67.

3.5. Der Arbeitsvertrag (pro memoria)

4. Die Gebrauchsüberlassungsverträge

4.1. Allgemeines

4.2. Miete

4.3. Leihe

5. Der Hinterlegungsvertrag

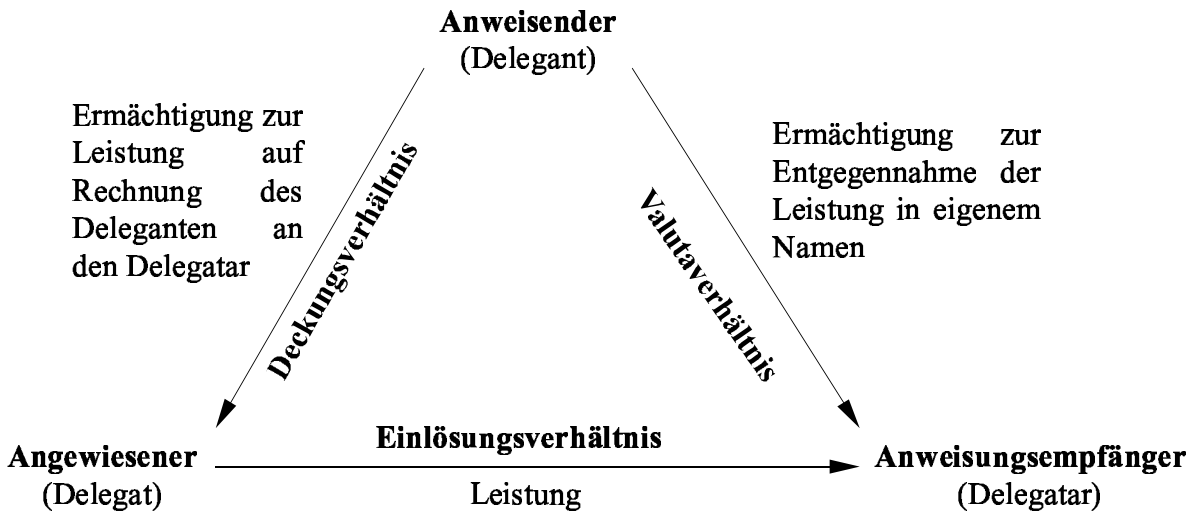
6. Die Anweisung (OR 466–471)

Literatur: T. Koller, Basler Kommentar, S. 2405 ff

6.1. Die "gewöhnliche" Anweisung

6.1.1. Allgemeines

- Die Rechtsnatur der Anweisung ist umstritten:
- Doppelermächtigung ohne Vertragscharakter
 - Vertrag

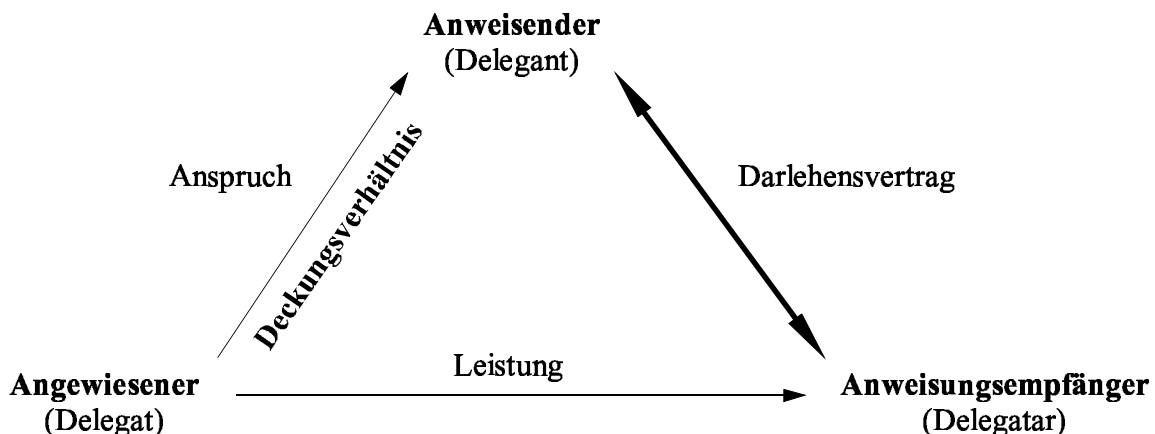


6.1.1.1. Anweisung auf Schuld

- Angewiesener ist Schuldner des Anweisenden;
- Anweisung = Zahlungsmittel zwischen Anweisenden → Anweisungsempfänger;
→ durch die Leistung werden 2 Obligationen zum Erlöschen gebracht.

6.1.1.2. Anweisung auf Kredit

Gewährung eines Darlehens vom Anweisenden an den Anweisungsempfänger mit Hilfe des Angewiesenen.



Die Zahlung an den Anweisungsempfänger begründet einen Anspruch des Angewiesenen gegen den Anweisenden auf Ersatz aus dem Deckungsverhältnis.

6.1.1.3. Das Einlösungsverhältnis

Dem Einlösungsverhältnis liegt i.d.R. **keine besondere Rechtsbeziehung** zwischen den Beteiligten zugrunde. Die Anweisung schafft für die vom Angewiesenen dem Anweisungsempfänger erbrachte Leistung einen **Rechtsgrund**, der eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht ausschliesst.

6.1.1.4. Begründung und Gegenstand der Anweisung

- Die Anweisung ist **formfrei**. In der Praxis ist allerdings die Schriftform häufig; die **Anweisungsurkunde** ist idR schlichte **Beweisurkunde**, seltener ein Wertpapier.
- Die Anweisung ist eine **einseitige empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung**; **Adressaten** sind sowohl der **Angewiesene** als auch der **Anweisungsempfänger**.
- **Gegenstand** der Anweisung sind nach OR 466 Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen; die Anweisung ist aber auch bei Speziessachen, Dienstleistungen usw. möglich.

6.1.2. OR 467

6.1.2.1. Allgemeines

- OR 467 ist **dispositives Recht**.
- Soll der Anweisende eine auf einem **Grundgeschäft** beruhende Schuld gegenüber dem Anweisungsempfänger haben, ist die Anweisung im Valutaverhältnis ein blosser Erfüllungsversuch: Die Anweisung erfolgt nur **zahlungshalber**, nicht an Zahlungs Statt.
- **Verweigert der Angewiesene die Leistung**, so kann daher der Anweisungsempfänger **nicht gestützt auf die Anweisung auf den Anweisenden Rückgriff nehmen**; ihm bleibt nur die Möglichkeit, seine **Ansprüche aus dem Grundgeschäft** geltend zu machen.
- Seine Ansprüche aus dem Grundgeschäft kann der Anweisungsempfänger vorerst nicht geltend machen, wenn er die Anweisung angenommen hat (OR 467²). Die Annahme der Anweisung durch den Anweisungsempfänger bewirkt somit eine **Stundung seiner Forderung aus dem Grundverhältnis**. Beendet wird diese Stundung, wenn der Angewiesene der Zahlungsaufforderung des Anweisungsempfängers nicht nachkommt.
- Der Anweisungsempfänger ist **nicht verpflichtet, die Anweisung anzunehmen**: Er **muss** in diesem Fall gegenüber dem Anweisenden **ausdrücklich remonstrieren**. Unterlässt er diese Mitteilung, so wird er dem Anweisenden **schadenersatzpflichtig**.
- **Abweichendes gilt**, wenn der Anweisende seine Schuld aus dem Grundverhältnis gegenüber dem Anweisungsempfänger nicht persönlich erfüllen muss (OR 68) und der Angewiesene seine Leistung gehörig anbietet: Durch **Verweigerung** der Annahme einer solchen Leistung gerät der Anweisungsempfänger gegenüber dem Anweisenden in **Gläubigerverzug**.

6.1.2.2. Die Rückabwicklung einer erfolgten Leistung im Falle eines Mangels im Deckungs-, Valuta- oder Einlösungsverhältnis

- Ist das **Deckungs-** oder das **Valutaverhältnis fehlerhaft**, so entsteht der **Bereicherungsanspruch** (ggf. eine Vindikation) unter den Personen, zwischen denen die **grundlose Zuwendung** erfolgt ist. Es besteht **kein direkter Bereicherungsanspruch des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger**.
Beispiele:
 - Das Valutaverhältnis ist rechtsgrundlos → Der Anweisende hat einen Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger.
 - Die Anweisung ist mangelhaft → Der Angewiesene hat einen Bereicherungsanspruch gegen den Anweisenden.
- Ein **direkter Anspruch** des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht:
 - wenn die Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger als solche fehlerhaft ist;

- bei einem Mangel im Deckungs- oder Valutaverhältnis im Falle einer **titulierten Anweisung** (= die Anweisung ist vom Deckungsverhältnis abhängig).
- Im Falle eines **Widerrufs der Anweisung durch den Anweisenden** ist, im Interesse des guten Funktionierens des Zahlungsverkehrs und zum **Schutz des guten Glaubens des Anweisungsempfängers**, ein direkter Anspruch des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger ausgeschlossen und nur eine **Klage des Angewiesenen gegen den Anweisenden** möglich, wenn der Anweisungsempfänger vom Widerruf der Anweisung keine Kenntnis hatte (BGE 121 III 109 = Pra 1995, 931)

6.1.3. OR 468

6.1.3.1. Die Stellung des Angewiesenen im Einlösungsverhältnis (OR 468¹)

- Aus der Anweisung allein entsteht noch keine Schuldverpflichtung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger; **eine Pflicht zur Leistung gegenüber dem Anweisungsempfänger entsteht erst, wenn der Angewiesene die Anweisung ohne Vorbehalt angenommen hat.**
- Die **Annahme der Anweisung** durch den Angewiesenen ist eine (formfreie) **Willenserklärung**. Beruht sie auf einem Willensmangel, so kann der Angewiesene nach OR 23 ff vorgehen.
- Für die vom Angewiesenen an den Anweisungsempfänger erbrachte Leistung schafft die Annahme einen **eigenständigen Rechtsgrund**: Sie lässt **ein neues Schuldverhältnis** entstehen, das **vom Deckungs- und Valutaverhältnis unabhängig** ist; mit der Annahme begründet der Angewiesene eine **abstrakte Schuld**.
- Daher kann sich der Angewiesene nicht auf Einwendungen und Mängel aus dem Deckungs- und Valutaverhältnis berufen, sondern nur auf **Einreden und Einwendungen, die sich aus dem persönlichen Verhältnis zum Anweisungsempfänger oder aus dem Inhalt der Anweisung ergeben.**

6.1.3.2. Fazit

- | | |
|-------------------------------|---|
| Abs. 1: Annahme der Anweisung | → Der Angewiesene hat gegenüber dem Anweisungsempfänger eine Pflicht zur Leistung. |
| Abs. 2: Ausnahme | → Der Angewiesene hat gegenüber dem Anweisenden eine Pflicht zur Leistung. |
| Abs. 3: Vereinbarung | → Der Angewiesene hat gegenüber dem Anweisenden eine Pflicht zur Annahme der Anweisung. |

6.1.4. OR 469

- Macht der Anweisungsempfänger von der ihm mit der Anweisung erteilten Ermächtigung Gebrauch, und **verweigert der Angewiesene die geforderte Leistung**, so ist der Anweisungsempfänger verpflichtet, den Anweisenden über die Leistungsverweigerung des Angewiesenen zu **benachrichtigen**. Diese Benachrichtigungspflicht des Anweisungsempfängers besteht auch dann, wenn der Angewiesene die Anweisung vorgängig angenommen hat.
- Die Leistungsverweigerung des Angewiesenen lässt eine allfällige **Stundung** der Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Anweisenden aus dem Grundgeschäft **dahinfallen**. Der Anweisende gerät aber mit der Leistungsverweigerung des Angewiesenen **nicht automatisch in Schuldnerverzug**; erst mit der **Mitteilung** des Anweisungsempfängers, dass der Angewiesene die geforderte Leistung nicht erbringe, lebt die Leistungspflicht des Anweisenden im Valutaverhältnis wieder auf.

6.1.5. OR 470

6.1.5.1. Allgemeines

- Erlöschensgründe** der Anweisung:
- **Widerruf** der Anweisung durch den Anweisenden;
 - **Konkurseröffnung** über den Anweisenden.

6.1.5.2. Widerruf der Anweisung durch den Anweisenden

- Der Widerruf ist eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** des Anweisenden; **Adressat** kann der **Angewiesene** (Abs. 2) oder der **Anweisungsempfänger** (Abs. 1) sein.
- Die **jederzeitige Widerruflichkeit** der Anweisung ist **zwingendes** Recht.

6.1.5.2.1. Der Widerruf gegenüber dem Angewiesenen (Abs. 2)

- Der Anweisende kann die Anweisung gegenüber dem Angewiesenen widerrufen, **solange dieser dem Anweisungsempfänger die Annahme nicht erklärt hat**.
- Der Anweisende kann gegenüber dem Angewiesenen die nicht angenommene Anweisung auch dann widerrufen, wenn ihm gegenüber dem Anweisungsempfänger kein Widerrufsrecht zusteht.

6.1.5.2.2. Der Widerruf gegenüber dem Anweisungsempfänger (Abs. 1)

Ein **Widerruf gegenüber dem Anweisungsempfänger** ist nicht nur dann zulässig, wenn die Anweisung ausschliesslich im Interesse des Anweisenden erfolgt, sondern auch dann, wenn der Anweisende selbst aus dem Valutaverhältnis gegenüber dem Anweisungsempfänger zur Leistungsverweigerung berechtigt wäre.

6.1.6. OR 471

6.1.6.1. Die Inhaberanweisung (Abs. 1)

- Die **Inhaberanweisung** stellt ein **Wertpapier** dar:
 - Der Anweisungsempfänger kann sein Recht ohne die Urkunde nicht geltend machen;
 - Bei Verlust kann sie nach den Regeln für die Inhaberpapiere kraftlos erklärt werden.
- Abweichungen von den gewöhnlichen Inhaberpapieren (OR 978ff):
 - **Vor Annahme** der Anweisung durch den Angewiesenen erwächst dem Inhaber **kein Forderungsrecht**;
 - Die allgemeine wertpapierrechtliche Einredenbeschränkung nach OR 979 findet auf sie keine Anwendung.
- Innerhalb einer Kette von Anweisungsinhabern **ist jeder Vorgänger gegenüber seinem Nachfolger Anweisender**; kein Anweisungsverhältnis besteht dagegen zwischen dem ursprünglichen Anweisenden und späteren Inhabern der Urkunde.
- Verweigert der Angewiesene die Leistung, so hat daher der Inhaber **keinen Regress aus dem Papier** auf den Anweisenden (Vgl. OR 467).

6.1.6.2. Die Ordreanweisung (Abs. 2)

Enthält die als **Wertpapier** ausgestaltete Anweisungsurkunde eine **Ordreklausele** (Ordreanweisung), so sind OR 1145ff anwendbar.

Der Angewiesene ist bei der Ordreanweisung dem Empfänger gegenüber nicht zur Annahme verpflichtet (OR 1148).

Der Empfänger kann gegen sämtliche Vorgänger und den Anweisenden abweichend von der gewöhnlichen Anweisung **Regress aus dem Papier** nehmen, wenn der Angewiesene die Leistung verweigert.

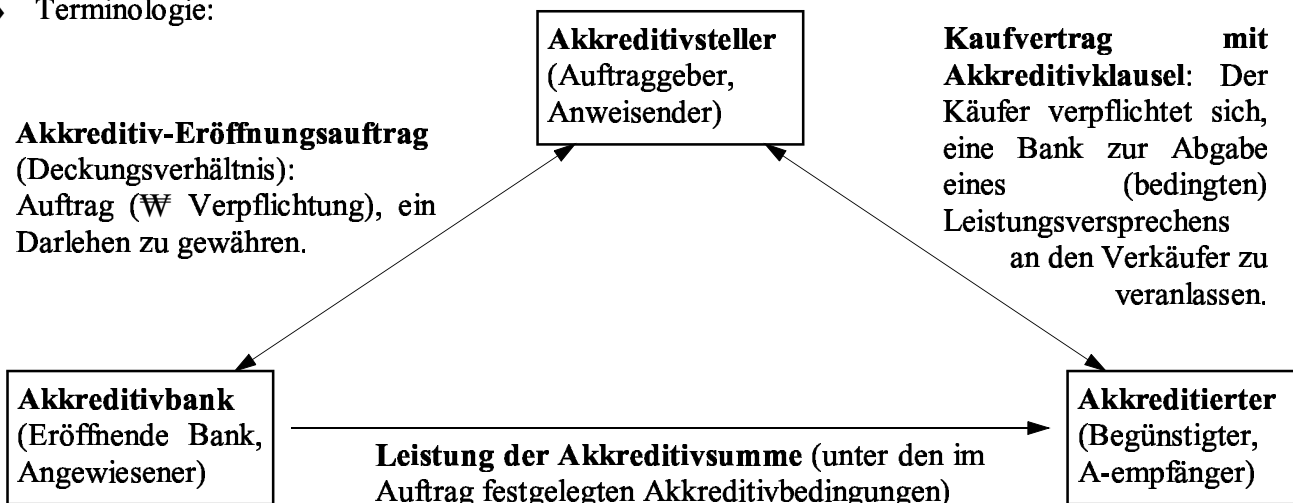
6.1.6.3. Der Vorbehalt des Checkrechts (Abs. 2)

Auf **Checks** sind die Bestimmungen des **Anweisungsrechts**, insb. über die Einreden und den Regress, **nicht anwendbar**. **Formungültige Checks** können aber als **gewöhnliche Inhaber- oder Ordreanweisungen** behandelt werden.

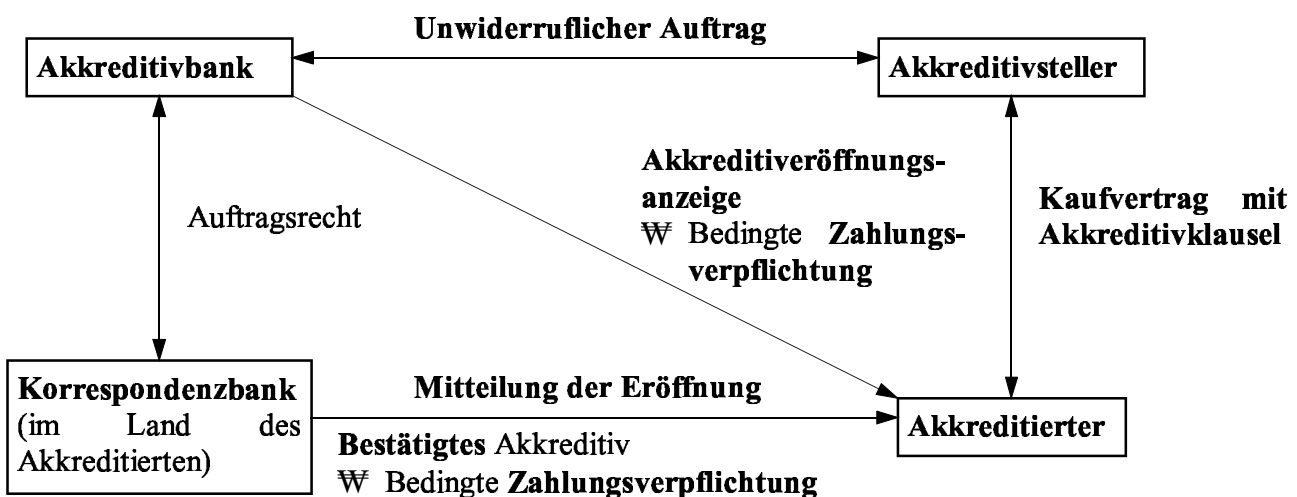
6.2. Das Dokumentenakkreditiv

6.2.1. Umschreibung und Zweck des Dokumentenakkreditivs

- ◆ Begriff: Vereinbarung, wonach eine im Auftrag und nach den Weisungen eines Kunden ("Auftraggeber") oder im eigenen Interesse handelnde Bank ("eröffnende Bank") gegen vorgeschriebene Dokumente eine Zahlung an einen Dritten ("Begünstigter") oder dessen Order zu leisten hat.
- ◆ Rechtsform: **Dreiecksbeziehung**, die im schw. Recht den Regeln der **Anweisung** untersteht.
- ◆ Zwecke:
 - Verwendung im **internationalen Handelsverkehr**;
 - **Sicherung der gegenseitigen ordnungsgemässen Vertragserfüllung**: Der Käufer soll den Kaufpreis **nur gegen Übergabe von Dokumenten** freigeben müssen, die das Vorhandensein und die vertragsgemässe Beschaffenheit der Ware belegen und ihm die Verfügungsgewalt über diese verschaffen;
 - **Zahlungsfunktion**: Die Papiere, welche die Ware repräsentieren (**Konnossement** oder sonstiges Warenpapier), werden gegen die Kaufpreiszahlung durch die Akkreditivbank übergeben; so wird bei **Distanzkäufen** eine **Zug-um-Zug-Abwicklung** der Geschäfte ermöglicht.
 - Gelegentlich auch **Kreditfunktion**.
- ◆ Terminologie:



- ◆ Nach ERA 6 Lit. c gilt ein Akkreditiv als **unwiderruflich**, solange das Gegenteilige nicht ausdrücklich vereinbart wurde.
- ◆ In der Praxis sind regelmässig mehrere Banken am Akkreditiv beteiligt:



- Im Verhältnis unter mehreren, am Akkreditiv beteiligten **Banken** gilt **Auftragsrecht**: Die Korrespondenzbank wird beauftragt...
 - beim **unbestätigten** Akkreditiv: Avisierung und Dokumentenaufnahme;
 - beim **bestätigten** Akkreditiv: Eröffnung eines zweiten Akkreditives gegenüber dem Begünstigten.
- **Akkreditiveröffnungsanzeige**:
 - **Bedingte Zahlungsverpflichtung** der **Akkreditivbank** bei Erfüllung der **Akkreditivbedingungen**: Übergabe genau bezeichneter Dokumente, Einhaltung bestimmter Fristen, usw.
 - **Bestätigtes Akkreditiv**: zusätzlich eigene (bedingte) **Zahlungsverpflichtung** der **Korrespondenzbank**.
- ◆ Sonderformen des Dokumentenakkreditivs:
 - Letter of Credit ("L + C");
 - Back-to-back-Akkreditiv;
 - Deferred-Payment-Akkreditiv; etc.

6.2.2. Rechtsgrundlagen des Dokumentenakkreditivs

6.2.2.1. Die vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten

- ◆ Rechtsbeziehung zwischen dem **Akkreditivsteller** und der **Akkreditivbank**:
 - Der Akkreditiv-Eröffnungsauftrag beruht auf **vertraglichem Auftragsrecht**.
 - Im diesem Auftrag werden die einzelnen **Akkreditivbedingungen** (Art der Dokumente, Vorlegungsfristen, Zahlungsfristen, etc.) festgelegt.
- ◆ Rechtsbeziehung zwischen der **Akkreditivbank** und dem **Akkreditiertem**:
 - Sie entsteht **erst mit der Akkreditivbestätigungsanzeige**, mit der die Bank ein **eigenständiges Leistungsversprechen** abgibt.
 - **Die Eröffnungsanzeige enthält die genauen Akkreditivbedingungen**; sie stimmen idR mit denjenigen des Eröffnungsauftrags.
 - Bei **Abweichungen** ist im Leistungsverhältnis aber allein die Eröffnungsanzeige massgebend; erwachsen dadurch dem Akkreditivsteller Nachteile, so hat ihm die Bank dafür einzustehen.

6.2.2.2. Die "Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive" (ERA) der Internationalen Handelskammer (IHK)

= **Standardisierung der technischen Einzelheiten bei der Abwicklung von Akkreditiven.**

- Die ERA bilden **nicht objektives Recht**; deshalb bedarf es einem **ausdrücklichen Hinweis**, durch welchen sie **Vertragsbestandteil** werden.
- Geht im Einzelfall eine derartig standardisierte Auslegung der ERA zulasten eines Akkreditivstellers, so kann ihm dafür ggf. die Akkreditivbank aus **schlechter Beratung** im Zusammenhang mit der Akkreditiveröffnung verantwortlich werden.

6.2.3. Grundzüge

6.2.3.1. Grundsatz der Abstraktheit

Das Akkreditiv ist in bezug auf das Grundgeschäft zwischen Akkreditivsteller und Akkreditiertem **abstrakt**; **aus der Sicht der Bank haben Dokumenten- und Warengeschäft nichts miteinander zu tun**. Demgemäss hat die Akkreditivbank den Begünstigten bei Vorlage ordnungsgemässer Dokumente grundsätzlich **unabhängig davon** zu honorieren, **ob das Grundgeschäft korrekt abgewickelt wurde**.

6.2.3.2. Grundsatz der formalistischen Dokumentenstrenge

Die Beteiligten befassen sich beim Akkreditivgeschäft **ausschliesslich mit Dokumenten, und nicht mit Waren**. Die **Pflicht der Akkreditivbank** besteht einzig darin, die vom Akkreditierten eingereichten Dokumente auf **Vollständigkeit, formelle Ordnungsmässigkeit** aufgrund ihrer äusseren Aufmachung und **Übereinstimmung** mit den Akkreditivbedingungen zu prüfen. **Um die materielle, inhaltliche Richtigkeit der Dokumente muss und darf sich die Bank nicht kümmern.**

6.2.3.3. Tragweite des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens eines Beteiligten

Die Grundsätze der Abstraktheit und der formalistischen Dokumentenstrenge erleiden dann eine **Ausnahme**, wenn **sich einer der Beteiligten rechtsmissbräuchlich verhält**. Liegt ein **Rechtsmissbrauch** vor, so ist die Akkreditivbank dem Begünstigten gegenüber berechtigt und dem Akkreditivsteller gegenüber verpflichtet, die **Zahlung zu verweigern**.

7. Die Bürgschaft