

**Kauf, Werkvertrag, Auftrag
Geschäftsführung ohne Auftrag**



Inhaltsverzeichnis

1. Der Kauf (OR 184 ff.)	9
I. Allgemeines	9
1. Begriff	9
2. Bedeutung	9
II. Systematik des Gesetzes	9
III. Abgrenzung zu anderen Verträgen	9
1. Werkvertrag	9
2. Leasing	9
3. Schenkung (OR 239 ff.)	10
4. Differenzgeschäft bzw. Optionshandel (OR 513 II)	10
5. Kauf(s)recht (OR 216 II)	10
IV. Nichtige Kaufverträge	10
1. Unmöglichkeit	10
2. Widerrechtlichkeit	10
3. Sittenwidrigkeit	10
2. Kaufgegenstand und Kaufpreis (Essentialia negotii)	11
I. Essentialia negotii	11
II. Kaufgegenstand	11
1. Sachen	11
2. Rechte	11
3. Sonstige Rechtsgüter	11
4. Sachgesamtheiten, Vermögen, Erbschaft	11
5. Unternehmen	12
6. Gesellschaftsanteile	12
7. Aktien	12
III. Kauf nicht bestehender Sachen oder Rechte	12
1. Erst herzustellende Sachen	12
2. Untergegangene Sachen	12
3. Rechtskauf	12
4. Künftige Sachen	12
IV. Stückkauf und Gattungskauf	13
V. Kaufpreis	13
1. Bestimmbarkeit	13
2. Geld	13
3. Gerechter Preis?	13
3. Die Pflichten der Parteien	13
I. Die Pflichten des Verkäufers	13
1. Übergabe des Besitzes	13
2. Eigentumsverschaffung	13
3. Nebenpflichten	14
II. Die Pflichten des Käufers	14
1. Zahlung des Kaufpreises (OR 184 I, 211 I)	14
2. Annahme der Kaufsache	14
3. Nebenpflichten	14

4. Gefahrtragung (OR 185)	15
I. Problemstellung	15
II. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung	15
III. Die Gefahrtragung im einzelnen	15
1. Die Regel	15
2. Ausnahmen	15
a) Besondere Verhältnisse	15
b) Abweichende Verabredungen	16
c) Versandungskauf	16
d) Bedingter Kaufvertrag	16
3. Gattungskauf	16
5. Verzug und Nichterfüllung	16
I. Verzug und Nichterfüllung des Verkäufers	16
1. Kaufmännischer Verkehr	16
a) Die Rechte des Käufers beim Fixgeschäft nach OR 190	16
b) Schadenersatz, Schadensberechnung	17
2. Nichtkaufmännischer Verkehr	17
a) Voraussetzungen des Art. 107 OR	17
b) Schadenersatz	17
II. Verzug und Nichterfüllung des Käufers	17
1. Rücktritt	18
2. Schadenersatz wegen Nichterfüllung	18
6. Die Gewährleistung des Verkäufers. Rechtsmängelhaftung (OR 192 ff.)	18
I. Allgemeines	18
II. Rechtsmängelhaftung	19
1. Allgemeines	19
2. Voraussetzungen der Rechtsmängelhaftung	19
3. Rechtsfolgen der Entwehrung (OR 195 f.)	19
4. Rechtsmängelhaftung und gutgläubiger Erwerb	19
a) Fahrniskauf	19
b) Grundstückkauf	20
5. Konkurrenz der Rechtsmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen	20
a) Sachmängelhaftung (OR 197 ff.)	20
b) Schadenersatzansprüche nach OR 97 ff.	20
c) Irrtums- und Täuschungsanfechtung (OR 23 ff.)	20
7. Sachmängelhaftung (OR 197–210)	20
I. Sachmangel	20
1. Fehlerbegriff	20
2. Beispiele für Fehler	21
3. Massgeblicher Zeitpunkt	21
4. Beweislast	21
5. Erheblichkeit	21
II. Zusicherung von Eigenschaften	21
III. Voraussetzungen der Geltendmachung von Sachmängelansprüchen	21
1. Prüfungs- und Rügeobliegenheit (OR 201)	21
2. Ausschluss der Gewährleistung bei Kenntnis des Käufers (OR 200)	22
IV. Vertraglicher Gewährleistungsausschluss (OR 199)	22
1. Allgemeines	22
2. Auslegung von Freizeichnungsklauseln	22

V. Verjährung der Gewährleistungsansprüche	22
1. Allgemeines. Anwendungsbereich	22
2. Frist	23
3. Abweichende Vereinbarungen	23
4. MängelEinrede und Verrechnung nach eintritt der Verjährung	23
8. Die Sachmängelansprüche im einzelnen	23
I. Allgemeines	23
1. Nachbesserung	23
2. Die Geltendmachung der Sachmängelansprüche, ius variandi	23
3. Abtretbarkeit der Sachmängelrechte	23
II. Wandlung	24
1. Durchführung der Wandlung	24
a) Rechte und Pflichten der Parteien	24
b) Dingliche Rückwirkung?	24
2. Ausschluss der Wandlung	24
3. Wandlung bei einer Mehrheit von Kaufsachen	24
III. Minderung	24
1. Voraussetzungen der Minderung	24
2. Berechnung der Minderung	24
IV. Schadenersatz	25
1. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung	25
2. Abgrenzung von OR 208 II und III	25
9. Konkurrenz der Sachmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen	26
I. Schadenersatzansprüche nach OR 97 ff.	26
II. Schadenersatz aus Delikt (OR 41 ff.)	26
III. Schadenersatzansprüche nach dem Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)	26
IV. Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung	26
10. Der Gattungskauf	27
I. Allgemeines	27
II. Die Lieferpflicht des Verkäufers	27
1. Leistung mittlerer Qualität	27
2. Beschaffungspflicht	27
III. Nachlieferung (OR 206 I)	27
IV. Abgrenzung von Schlecht- und Falschlieferung	27
11. Grundstückkauf (OR 216–221)	28
I. Allgemeines	28
II. Öffentliche Beurkundung	28
1. Begriff	28
2. Zweck	28
a) Schutz vor Übereilung	28
b) Inhaltsklarheit	28
c) Beweisfunktion	28
3. Systematik des Gesetzes	28
III. Gegenstand und Umfang der Beurkundung	29
1. Beurkundungspflichtige Geschäfte	29
2. Nicht beurkundungspflichtige Geschäfte	29
3. Der Umfang der Beurkundung	29
IV. Rechtsfolge des Formmangels	29

1. Ungültigkeit	29
2. Unzulässigkeit der Berufung auf den Formmangel nach ZGB 2	29
3. Simulation	30
V. Eigentums- und Gefahrübertragung	30
1. Eigentumsübergang	30
2. Kausalität des Verfügungsgeschäftes	30
3. Gefahrtragung	30
VI. Gewährleistung	30
1. Rechtsmängelhaftung	30
2. Sachmängelhaftung	31
VII. Beschränkung des Grundstückerwerbs auf Grund öffentlichrechtlicher Vorschriften	31
1. Landwirtschaftliche Grundstücke	31
2. Grundstückserwerb durch Ausländer	31
12. Besondere Arten des Kaufs. Tausch	31
I. Der Kauf nach Muster (OR 222)	31
1. Begriff	31
2. Gesetzliche Regelung	31
II. Kauf auf Probe	31
1. Begriff	31
2. Genehmigung	32
3. Der Kauf mit Umtauschvorbehalt	32
III. Teilzahlungsgeschäfte (OR 226a ff.)	32
1. Allgemeines	32
2. Kondumkreditgesetz	32
a) Entstehungsgeschichte	32
b) Anwendungsbereich	32
c) Verhältnis des KKG zu OR 226a ff.	32
3. Begriff des Abzahlungsvertrages	32
4. Anwendungsbereich	33
5. Gültigkeitsvoraussetzungen	33
6. Durchführung des Vertrages	33
7. Vorauszahlungsvertrag	33
IV. Versteigerung (OR 229–236)	33
1. Begriff	33
2. Beteiligte	33
3. Besonderheiten des Versteigerungskaufes	33
a) Vertragsschluss	33
b) Gewährleistung	34
c) Anfechtung nach OR 230	34
d) Kantonale Bestimmungen	34
V. Tauschvertrag (OR 237 f.)	34
1. Begriff	34
2. Abgrenzung	34
3. Besonderheiten des Tausches	34
13. Schenkung (OR 239–252)	34
I. Allgemeines	34
1. Begriff	34
II. Vertragsschluss	35
1. Konsens	35

2. Handlungsfähigkeit	35
a) Handlungsfähigkeit des Schenkers	35
b) Handlungsfähigkeit des Beschenkten	35
3. Form	35
III. Schenkung unter Auflage oder Bedingung	35
1. Auflage	35
2. Bedingung	35
IV. Widerruf der Schenkung	36
1. Die vollzogene Schenkung	36
2. Schenkungsversprechen	36
3. Geltendmachung des Widerrufs	36
4. Freier Widerrufsvorbehalt	36
V. Rechtsfolgen	36
1. Die Haftung des Schenkers	36
2. Privilegierung des Schenkers	36
3. Schenkung aus fremdem Vermögen	36
4. Schenkungsanfechtung	37
VI. Schenkung auf den Todesfall	37
14. Werkvertrag (OR 363–379)	37
I. Allgemeines	37
1. Begriff	37
2. Abgrenzung	37
a) Kaufvertrag (OR 184 ff.)	37
b) Auftrag (OR 394–406)	37
II. Die Pflichten des Unternehmers	37
1. Pflicht zur Herstellung des Werkes	37
a) Persönliche Ausführung?	37
b) Sorgfaltsmassstab	38
c) Keine besondere Treuepflicht	38
d) Haftung für den Stoff (OR 365)	38
e) Rücktritt (OR 366) und Widerruf (OR 377) durch den Besteller	38
2. Gefahrtragung	39
a) Vergütungsgefahr	39
b) Leistungsgefahr	39
3. Gewährleistungspflicht des Unternehmers	39
a) Haftung für Werkmängel	39
b) Voraussetzungen der Sachmängelhaftung	39
c) Ansprüche des Bestellers	39
d) Freizeichnung	40
e) Abtretbarkeit der Sachmängelansprüche	40
f) Verjährung	40
III. Die Pflichten des Bestellers	41
1. Annahme und Abnahme	41
2. Zahlung des Werklohnes (OR 372)	41
a) Entgeltlichkeit	41
b) Entstehen und Fälligkeit des Werklohnanspruches	41
3. Höhe des Werklohnes (OR 373 f.)	41
a) Vereinbarung einer bestimmten Vergütung	41
b) Fehlen einer Preisvereinbarung	41
c) Überschreitung eines Kostenvoranschlages	41

15. Auftrag (OR 394–406)	42
I. Allgemeines	42
1. Begriff	42
2. Bedeutung	42
3. Systematik des Gesetzes. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung	42
4. Abgrenzung zwischen Auftrag und blosser Gefälligkeit	42
5. Erteilung von Rat und Auskunft	42
II. Abgrenzung zu anderen Verträgen	42
1. Werkvertrag	42
2. Arbeitsvertrag	42
3. Einfache Gesellschaft (OR 530 I)	43
4. Auftrag und Vollmacht	43
III. Subsidiäre Geltung des Auftragsrechtes (OR 394 II)	43
IV. Die Pflichten des Beauftragten	43
1. Vertragsgemässe Ausführung	43
2. Sorgfaltsmassstab (OR 398 I)	43
3. Rechenschafts- und Erstattungspflicht (OR 400 I)	44
4. Legalzession (OR 401 I)	44
V. Pflichten des Auftraggebers	44
1. Auslagen- und Verwendungsersatz (OR 402 I)	44
2. Pflicht zur Befreiung von Verbindlichkeiten (OR 402 I)	44
3. Schadenersatz (OR 402 II)	44
4. Pflicht zur Zahlung einer Vergütung (OR 394 III)	44
VI. Beendigung des Auftragsverhältnisses	44
1. Jederzeitiger Widerruf (OR 404 I)	44
2. Schadenersatz bei Widerruf oder Kündigung zur Unzeit (OR 404 II)	45
3. Erlöschen des Auftrages durch Tod, Eintritt der Handlungsunfähigkeit und Konkurs (OR 405 I)	45
16. Maklervertrag (OR 412–418)	45
I. Anwendungsbereich	45
II. Begriff	45
III. Entstehung und Beendigung des Vertrages	46
IV. Der Anspruch des Maklers	46
1. Maklerlohn	46
2. Höhe des Maklerlohnes	46
3. Auslagenersatz	46
4. Nebenpflichten des Maklers, insbesondere die Treuepflicht	46
17. Agenturvertrag (OR 418a–v)	46
I. Allgemeines	46
1. Begriff und Funktion	46
2. Abgrenzung	47
II. Entstehung und Beendigung des Vertrages	47
1. Entstehung	47
2. Beendigung	47
III. Pflichten und Rechte des Agenten	47
1. Pflichten	47
2. Rechte	47
a) Provisionsanspruch	47
b) Anspruch auf Kosten- und Auslagenersatz	48

18. Kommission (OR 425–439)	48
I. Allgemeines	48
1. Begriff und Funktion	48
2. Abgrenzung	48
II. Vertragsinhalt	48
19. Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419–424)	48
I. Allgemeines	48
1. Begriff	48
2. Funktion	48
3. Gegenstand der GoA	49
II. Voraussetzungen der GoA	49
1. Fremdheit des Geschäfts	49
2. Fremdgeschäftsführungswille	49
3. Interessenlage	49
III. Ansprüche des Geschäftsführers	49
1. Verwendungsersatz (OR 422)	49
2. Freistellungsanspruch	49
3. Schadenersatz	49
4. Kein Honoraranspruch	49
5. Herausgabe der Bereicherung	50
IV. Ansprüche des Geschäftsherrn	50
1. Anspruch auf Herausgabe des Erlangten	50
2. Schadenersatz	50
V. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 423)	50
1. Anwendungsbereich	50
2. Herausgabe des sog. Verletzergewinnes	50
3. Gegenansprüche	50
VI. Verhältnis der GoA zu andern Ansprüchen	50
1. GoA und ungerechtfertigte Bereicherung	50
2. GoA und Nebenansprüche der Vindikation	50

1. Der Kauf (OR 184 ff.)

I. Allgemeines

1. Begriff

Das Gesetz enthält keine Definition des Kaufs, sondern umschreibt in *Art. 184 Abs. 1 OR* lediglich die Pflichten der Parteien.

Kauf ist die entgeltliche Übertragung eines Gegenstandes (Sache oder Recht). Der Kauf zählt zu den vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Verträgen. Die gegenseitigen Pflichten sind nach der dispositiven Regelung von *Art. 184 Abs. 2 OR* Zug um Zug zu erfüllen; der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, der Käufer, den Kaufpreis zu bezahlen. Dabei erschöpft sich der Kauf im Normalfall im einmaligen Austausch von Ware gegen Geld. Es handelt sich also um ein Einmalschuldverhältnis. Die Parteien können jedoch auch einen Sukzessivlieferungsvertrag vereinbaren, welcher ein Dauerschuldverhältnis (befristet oder unbefristet) darstellt.

2. Bedeutung

Der Kauf ist wirtschaftlich betrachtet das wichtigste und häufigste Umsatzgeschäft.

II. Systematik des Gesetzes

Das Gesetz unterteilt den 6. Titel über den Kauf in 5 Abschnitte:

1. Allgemeine Bestimmungen (*Art. 184–186 OR*)
2. Fahrniskauf (*Art. 187–215 OR*)
3. Grundstückkauf (*Art. 216–221 OR*)
4. Besondere Arten des Kaufs (*Art. 222–236 OR*)
5. Tauschvertrag (*Art. 237 f. OR*)

Anwendbar sind die Vorschriften des Allgemeinen Teils, namentlich über Zustandekommen, Erfüllung und Erlöschen des Vertrages. Zu beachten ist auch, dass *Art. 184 ff. OR* nur das Verpflichtungsgeschäft regeln. Die Vorschriften über das Verfügungsgeschäft finden sich für Sachen in *Art. 714, 922 ff., 656 ff. ZGB*.

III. Abgrenzung zu anderen Verträgen

1. Werkvertrag

Vom Verkauf einer erst herzustellenden Sache ist der Werkvertrag (*Art. 363 ff. OR*) zu unterscheiden. Werden Produkte serienmässig hergestellt, welche der Käufer nach Katalog kauft, so handelt es sich auch dann um einen Kauf, wenn die Sache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht hergestellt ist. Hingegen liegt ein Werkvertrag oder ein Werklieferungsvertrag (*Art. 365 OR*) vor, wenn die Sache individuell angefertigt wird.

Die Unterscheidung zwischen Kauf und Werkvertrag spielt namentlich im Hinblick auf die unterschiedliche Gefahrtragung und die verschiedenartige Regelung der Sachmängelgewährleistung eine Rolle.

2. Leasing

Vom Leasingvertrag unterscheidet sich der Kauf dadurch, dass die Sache endgültig ins Eigentum des Käufers übergeht. Hingegen erhält der Leasingnehmer die Sache auf Zeit und hat am Ende der Vertragszeit eine Kaufoption.

3. Schenkung (OR 239 ff.)

Das Abgrenzungskriterium für die Schenkung ist die Unentgeltlichkeit. Hat der Verkäufer in einer dem Käufer erkennbaren Schenkungsabsicht den Preis erheblich niedriger festgesetzt als dies objektiv geboten wäre, so liegt eine „gemischte Schenkung“ vor.

4. Differenzgeschäft bzw. Optionshandel (OR 513 II)

Für Börsentermingeschäfte über Waren oder Wertpapiere, bei denen keine effektive Lieferung vorgesehen ist (Differenzgeschäfte), ist *Art. 513 Abs. 2 OR* zu beachten. Dasselbe gilt für Kaufoptionen und Verkaufsoptionen im Optionshandel. Die Judikatur hat aber die hieraus resultierende Unklagbarkeit weitgehend aufgehoben.

5. Kauf(s)recht (OR 216 II)

Zu unterscheiden ist der Kaufvertrag schliesslich vom Vertrag über ein Kaufrecht. Hierbei handelt es sich um eine Kaufoption. Der Käufer hat das Recht, innerhalb der vereinbarten Frist, durch einseitige Erklärung einen Kaufvertrag zu den bereits festgelegten Bedingungen zustande zu bringen (Gestaltungsrecht).

IV. Nichtige Kaufverträge

Grundsätzlich herrscht Vertragsfreiheit. Dies bedeutet, dass die Parteien Verträge mit beliebigem Inhalt schliessen können. Die Schranken der Inhaltsfreiheit ergeben sich aus *Art. 19 und 20 Abs. 1 OR*. Danach sind Verträge mit unmöglichem, widerrechtlichem oder sittenwidrigem Inhalt nichtig.

1. Unmöglichkeit

Unmöglichkeit liegt z.B. vor, wenn die Kaufsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr existiert, wenn es Gegenstände der verkauften Art überhaupt nicht gibt oder wenn der Käufer eine eigene Sache kauft. Beim Patentkauf führt hingegen Patentnichtigkeit nicht zur Ungültigkeit des Kaufvertrages nach *Art. 20 OR*, sondern zur Gewährleistung des Verkäufers nach *Art. 192 OR*.

2. Widerrechtlichkeit

Widerrechtlichkeit ist anzunehmen, wenn der Kauf gegen ein gesetzliches Verbot oder eine Norm des Strafrechts verstösst. Bei Verstössen gegen gesetzliche Verbote ist aber zu beachten, dass es vom Verbotszweck abhängt, ob der Vertrag nichtig ist; so ist z.B. der Kauf nach Ladenschluss nicht ungültig.

3. Sittenwidrigkeit

Ein Kaufvertrag kann wegen seines Gegenstandes sittenwidrig sein. Hierher gehörten früher vor allem Verstösse gegen die sexuelle Moral. Heute noch bedeutsam sind aber vor allem die Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder der Schutz Minderjähriger.

Die Sittenwidrigkeit eines Kaufvertrages kann sich nicht nur aus dem Kaufgegenstand ergeben, sondern auch aus dem sonstigen Inhalt des Vertrages sowie aus den Umständen, unter denen er geschlossen wird.

Schliesslich kann auch eine grobe Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zur Nichtigkeit nach *Art. 20 Abs. 1 OR* führen. Primär kommt hier jedoch Übervorteilung nach *Art. 21 OR* in Betracht.

2. Kaufgegenstand und Kaufpreis (*Essentialia negotii*)

I. *Essentialia negotii*

Unter *essentialia negotii* versteht man die Mindestpunkte, auf die sich die Parteien einigen müssen, damit ein Vertrag zustandekommt. Beim Kauf sind dies Kaufgegenstand, Kaufpreis, genauer: Die Einigung darüber, dass der Verkäufer zur Übergabe der Sache und zur Eigentumsverschaffung, der Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet ist. Besteht eine Einigung in diesen Punkten, so ist der Kaufvertrag zustandegekommen; alles andere regelt das dispositives Recht. Die Parteien können indes das dispositive Recht ändern und auch sonstige Zusatzvereinbarungen treffen. Dann handelt es sich um *accidentalia negotii*.

II. Kaufgegenstand

1. Sachen

Sowohl körperliche wie unkörperliche (z.B. elektrische Energie oder sonstige Naturkräfte, *Art. 713 ZGB*), bewegliche oder unbewegliche Sachen kommen als Gegenstandes eines Kaufes in Betracht.

2. Rechte

Absolute Rechte, wie Eigentum und Immaterialgüterrechte, und relative Rechte, wie Forderungen, können Gegenstand eines Kaufes sein.

Auch beim Verkauf von Rechten muss man Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft auseinanderhalten. Forderungen werden durch *Zession (Art. 164 ff. OR)* übertragen. Bei Wertpapieren ist zu unterscheiden: Inhaberpapiere (*Art. 978 ff. OR*), wie z.B. Inhaberaktien (*Art. 622 Abs. 1, Art. 683 OR*), Obligationen und Theaterbilletts, werden nach sachenrechtlichen Regeln übertragen durch Besitzübergabe und Einigung (*Art. 714 ZGB*). Namenspapiere (*Art. 974 ff. OR*) werden durch Übergabe und *Zession* übertragen, Ordrepapiere (*Art. 1145 ff. OR*) und Namenaktien (*Art. 622 Abs. 1, Art. 684 Abs. 2, Art. 967 Abs. 2, Art. 969 OR*) durch Übergabe und *Indossament*.

3. Sonstige Rechtsgüter

Verkauft werden können auch rechtlich nicht absolut geschützte Immaterialgüter, wie Know-How, Goodwill etc.

4. Sachgesamtheiten, Vermögen, Erbschaft

Eine Sachgesamtheit oder ein Sachinbegriff liegt vor, wenn mehrere selbständige Sachen unter einer einheitlichen Bezeichnung zusammengefasst werden (z.B. Bibliothek). Kaufgegenstand ist in solchen Fällen die Sachgesamtheit, die sachenrechtliche Verfügung erfolgt hingegen nach dem Spezialitätsprinzip für jede Einzelsache gesondert.

Beim Kauf des gesamten Vermögens werden mehr oder weniger bunt zusammengewürfelte Gegenstände *in toto* veräußert. Sofern darin Rechte enthalten sind, spricht man auch von Rechtsgesamtheit. Meist handelt es sich um einen Kauf zu einem pauschal festgesetzten Preis. Hinsichtlich etwaiger Schulden ist *Art. 181 OR* zu beachten.

Die Erbschaft stellt ebenfalls eine Rechtsgesamtheit dar. Zu unterscheiden ist zwischen dem Verkauf einer angefallenen Erbschaft (*Art. 635 ZGB*) und einer noch nicht angefallenen (*Art. 636 ZGB*).

5. Unternehmen

Eine wirtschaftlich bedeutsame Rolle spielt der Unternehmenskauf. Man unterscheidet den Kauf des Unternehmens als solchen (asset deal) vom Kauf der Aktien der Gesellschaft, die Unternehmensträgerin ist (share deal). Juristisch betrachtet handelt es sich im ersten Fall um einen Kauf einer Rechtsgesamtheit. In einem einheitlichen Kaufvertrag wird das gesamte Unternehmen verkauft. Die Übertragung von Eigentum oder von Rechten erfolgt wiederum für alle Gegenstände gesondert (Spezialitätsprinzip).

Kein Kauf, sondern ein Vertrag sui generis liegt vor, wenn ein Unternehmen zum Zwecke der Sanierung zu einem negativen Kaufpreis übernommen wird.

Neu ist hier das Fusionsgesetz zu beachten!

6. Gesellschaftsanteile

Der Gesellschaftsanteil an einer Personengesellschaft kann Gegenstand eines Kaufvertrages sein. Vgl. aber *Art. 542 Abs. 2, Art. 557 Abs. 2 OR*.

7. Aktien

Beim Aktienkauf besteht das Kaufobjekt in Wertpapieren bzw. in den in ihnen verkörperten Mitgliedschaftsrechten. Soweit es sich um Inhaberaktien handelt, liegt nicht Rechtskauf, sondern Sachkauf vor. Die Übereignung erfolgt nach Sachenrecht.

III. Kauf nicht bestehender Sachen oder Rechte

1. Erst herzustellende Sachen

Hier kann auf die Ausführungen in Kap. 1.III.1 verwiesen werden.

2. Untergegangene Sachen

Sachen, die im Moment des Vertragsschlusses nicht (mehr) existieren, können nicht Gegenstand eines Kaufes sein. Es handelt sich um einen Fall anfänglicher Unmöglichkeit (*Art. 20 Abs. 1 OR*).

3. Rechtskauf

Die Regeln über die anfängliche Unmöglichkeit können beim Rechtskauf keine Geltung beanspruchen, weil hier der Gedanke der Einstandspflicht im Sinne einer Garantiehaftung zum Zuge kommt. Dies gilt sowohl für den Verkauf nicht existenter Forderungen (*Art. 171 Abs. 1 OR*) wie für den Verkauf nicht existenter Patente. Nichtigkeit würde hier zu einer ungerechtfertigten Befreiung des Verkäufers führen.

4. Künftige Sachen

Beim Kauf künftiger Sachen ist entsprechend der gemeinrechtlichen Tradition zu unterscheiden zwischen emptio rei speratae und emptio spei:

Emptio rei speratae (Kauf einer erhofften Sache): Es handelt sich um einen suspensiv bedingten Kauf.

Emptio spei (Hoffnungskauf): Kaufgegenstand ist nicht die erhoffte Sache, sondern eine Chance. Die emptio spei gehört daher zu den aleatorischen Geschäften. Es liegt ein unbedingter Kaufvertrag vor. Beispiel ist der Kauf eines Loses.

IV. Stückkauf und Gattungskauf

Das Gesetz behandelt den Stückkauf als Regel, den Gattungskauf als Ausnahme. Stückkauf liegt vor, wenn sich die Parteien auf einen konkreten, bereits individualisierten Leistungsgegenstand einigen, welchen sie genau kennen oder welcher bei Vertragsschluss präsent ist. Um einen Gattungskauf handelt es sich hingegen, wenn der Kaufgegenstand nur nach Gattungsmerkmalen, d.h. nur qualitativ und quantitativ bestimmt ist. Ob Stückkauf oder Gattungskauf vorliegt, richtet sich primär nach dem Parteiwillen und nur subsidiär nach der Verkehrsauffassung (▷ vertretbare/unvertretbare Sachen).

Die Unterscheidung spielt eine Rolle bei der Gefahrtragung (*Art. 185 Abs. 2 OR*) sowie bei der Abgrenzung zwischen Sachmängelhaftung und Nichterfüllung (*Art. 206 OR*).

V. Kaufpreis

1. Bestimmbarkeit

Der Kaufpreis muss nicht ziffernmässig bestimmt sein, Bestimmbarkeit genügt. Ist der Kaufvertrag zustande gekommen, ohne dass ein bestimmter Kaufpreis genannt wurde, greift eine gesetzliche Vermutung (*Art. 212 Abs. 1 OR*). Zulässig ist auch, dass die Parteien die Bestimmung des Kaufpreises einem Dritten überlassen.

2. Geld

Der Kaufpreis muss in Geld bestehen. Dies kann auch eine ausländische Währung sein (vgl. aber *Art. 84 Abs. 2 OR*). Besteht der Kaufpreis nicht in Geld, so handelt es sich um einen Tausch.

3. Gerechter Preis?

Die Höhe des Kaufpreises ist der privatautonomen Vereinbarung überlassen; einen gerechten Preis (*iustum pretium*) gibt es nicht. Grenzen finden sich jedoch im KG, im PüG und im UWG. Natürlich ist auch die Grenze von *Art. 21 OR* zu beachten.

3. Die Pflichten der Parteien

I. Die Pflichten des Verkäufers

1. Übergabe des Besitzes

Übergabe des Kaufgegenstandes bedeutet bei beweglichen Sachen Übertragung des Besitzes im Sinne von *Art. 922 ZGB*, d.h. der Käufer muss die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache erlangen. Die Übergabe kann durch sog. Übergabesurrogate ersetzt werden: Besitzkonstitut (*Art. 924 Abs. 1 ZGB*), Besitzanweisung (*Art. 924 Abs. 1 ZGB*), Übergabe der Wertpapiere (*Art. 925 ZGB*).

Der Ort der Übergabe richtet sich nach dem Erfüllungsort (*Art. 74 OR*).

2. Eigentumsverschaffung

Nach *Art. 184 Abs. 1 OR* ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen. Dies ist in zweierlei Hinsicht ungenau: Bei gewissen Rechten müsste von Inhaberschaft gesprochen werden; die Verpflichtung ist eigentlich eine blosser Eviktionshaftung (*Art. 192 ff. OR*).

Der Verkäufer ist verpflichtet, unbelastetes Eigentum zu übertragen. Die Sache darf also nicht mit beschränkten dinglichen oder mit obligatorischen Rechten belastet sein. In der Praxis

wird dem freilich häufig nicht entsprochen (z.B. Grundstückkauf mit Übernahme der darauf lastenden Hypothek). Die Verschaffung des Eigentums erfolgt bei Fahrnis nach *Art. 714 i.V.m. 922 ZGB* und bei Grundstücken nach *Art. 656 Abs. 1, Art. 971 ZGB*.

Die Übereignung ist kausal. Bei Fehlen einer causa geht kein Eigentum über. Dies ergibt sich für Grundstücke aus *Art. 974 Abs. 2 ZGB*. Für Mobilien gibt *Art. 714 ZGB* keine Antwort auf diese Frage. Die h.L. bejaht indessen das Prinzip der kausalen Tradition einhellig. Dem Verkäufer steht die Vindikation (*Art. 641 Abs. 2 ZGB*) offen, wenn die causa ungültig ist.

Während die Kausalität der Tradition heute unbestritten ist, wird die Zession von der wohl noch herrschenden Lehre als abstraktes Rechtsgeschäft qualifiziert.

3. Nebenpflichten

Bei einem Gattungskauf hat der Verkäufer die Kosten der Aussonderung zu tragen. Die Kosten des Messens und Wägens werden in *Art. 188 OR* ausdrücklich genannt.

Der Verkäufer hat weiter eine Verpackungspflicht.

Die Versandkosten hat mangels abweichender Vereinbarung der Käufer zu tragen (*Art. 189 Abs. 1 OR*); anders die Vermutung von *Art. 189 Abs. 2 OR*, wenn Frankolieferung verabredet ist.

Bis zur Übergabe trifft den Verkäufer eine Pflicht zur sorgfältigen Verwahrung. Dieser Pflicht kommt namentlich im Hinblick auf die problematische Regelung der Gefahrtragung von *Art. 185 Abs. 1 OR* Bedeutung zu.

Im übrigen können sich Untersuchungs-, Aufklärungs- oder Beratungspflichten nach den Umständen des Einzelfalls aus Treu und Glauben ergeben sowie aus Verkehrssitte und Handelsbrauch.

II. Die Pflichten des Käufers

1. Zahlung des Kaufpreises (OR 184 I, 211 I)

Die Pflicht zur Kaufpreiszahlung ist synallagmatische Hauptpflicht. Es handelt sich um eine Bringschuld (*Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR*).

2. Annahme der Kaufsache

Nach dem Wortlaut von *Art. 211 Abs. 1 OR* ist der Käufer verpflichtet, die Sache anzunehmen. Dies hat gemäss *Art. 211 Abs. 2 OR* sofort zu geschehen, wenn nichts anderes vereinbart oder üblich ist. Die h.L. sieht hierin eine echte Pflicht des Käufers. Dies hat zur Konsequenz, dass die Nichtannahme nicht nur die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs (*Art. 91 ff. OR*) auslöst, sondern auch Schuldnerverzug nach *Art. 107 ff. OR*.

Entgegen dem Wortlaut von *Art. 211 OR* stellt die Annahme grundsätzlich keine einen Schuldnerverzug auslösende Rechtspflicht dar, sondern eine Obliegenheitsverletzung, die Gläubigerverzug begründet. Weigert sich der Käufer, die Sache abzunehmen und den Kaufpreis zu zahlen, so kommt er allerdings mit der Kaufpreiszahlung in Schuldnerverzug und der Verkäufer hat die Rechte nach *Art. 214 f., 107 ff. OR*. Daneben ist für einen Schuldnerverzug mit der Annahmepflicht weder Raum noch Bedarf. Anders verhält es sich lediglich beim Verkauf eines Hauses auf Abbruch, eines Warenlagers wegen Räumung usw.

3. Nebenpflichten

Sofern nichts anderes vereinbart ist, hat der Käufer die Transportkosten zu tragen (*Art. 189 Abs. 1 OR*; auch für den Platzkauf). Den Käufer treten weiter die Kosten der Beurkundung und der Abnahme (*Art. 188 OR*).

Die Untersuchung der Kaufsache nach *Art. 201 Abs. 1 OR* ist eine Obliegenheit und keine Pflicht.

4. Gefahrtragung (OR 185)

I. Problemstellung

Unter Gefahr versteht man das Risiko des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Sache. Dieses Risiko trägt im Normalfall der Eigentümer. Geht also die Kaufsache nach der Übergabe unter, so trägt der Käufer die Gefahr, d.h. er muss den Kaufpreis bezahlen. Allerdings bestimmt *Art. 185 Abs. 1 OR*, dass die Gefahr grundsätzlich schon mit Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht, auch wenn die Übergabe (und damit der Eigentumsübergang) noch nicht erfolgt ist. *Art. 185 Abs. 1 OR* stellt also eine Durchbrechung des Grundsatzes von *Art. 119 Abs. 1 und 2 OR* dar: *Art. 119 Abs. 3 OR*. Diese Vorschrift ist im OR singulär: vgl. *Art. 220 OR* (Grundstückskauf), *Art. 376 OR* (Werkvertrag); sie ist rechtspolitisch verfehlt und nicht sachgemäss.

Hat der Verkäufer die Sache versichern lassen, hat der Käufer wenigstens Anspruch auf die Versicherungssumme (stellvertretendes commodum).

II. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung

Übersprungen.

III. Die Gefahrtragung im einzelnen

1. Die Regel

Nach *Art. 185 Abs. 1 OR* gehen (nur) beim Stückkauf und nur bei der Holschuld Nutzen und Gefahr mit Abschluss des Vertrages auf den Käufer über. Das gilt allerdings nicht mehr, wenn der Verkäufer in Schuldnerverzug gerät. Hier haftet er nach *Art. 103 Abs. 1 OR* auch für Zufall (casus mixtus). Dies ändert zwar nichts an der Gefahrtragung; denn Gefahrtragung und Haftung sind zweierlei.

2. Ausnahmen

Die Regel von *Art. 185 Abs. 1 OR* gilt nicht, sofern besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen. Im Hinblick auf die rechtspolitische Verfehltheit der Vorschrift ist man sich einig, dass die Ausnahmen extensiv interpretiert werden müssen.

a) Besondere Verhältnisse Geht die Sache bei einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Verkäufers unter, so kann dieser nicht die untergegangene Sache wählen und den Kaufpreis verlangen.

Hat der Verkäufer eine Sache zweimal verkauft (Mehrfachverkauf), so kann er den Preis von keinem der Käufer verlangen, denn sein Verhalten ist widersprüchlich und die nachträgliche Berufung darauf, er hätte an den einen oder anderen geleistet, sollte nicht zugelassen werden. Der Mehrfachverkauf ist unter die besonderen Verhältnisse zu subsumieren; mit dem zweiten Verkauf geht die Gefahr also wieder auf den Verkäufer über.

Besondere Verhältnisse liegen schliesslich beim Neuwagenkauf mit Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens vor. Wird dieser vor Vollzug des Geschäfts beim Käufer zerstört oder gestohlen, würde nach *Art. 185 Abs. 1 OR* der Verkäufer die Gefahr tragen, d.h. er bekäme für den Neuwagen nur den um den Wert des Gebrauchtwagens reduzierten Preis.

b) Abweichende Verabredungen *Art. 185 Abs. 1 OR* ist dispositiv. Die Parteien können eine abweichende Regelung vereinbaren.

Bei Vereinbarung eines Erfüllungsortes geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn sich die Sache am Erfüllungsort befindet.

Bei der Bringschuld ist Erfüllungsort der Wohnsitz oder die Niederlassung des Käufers; hier geht also die Gefahr erst mit Übergabe der Sache über.

c) Versendungskauf Beim Versendungskauf (Schickschuld) geht die Gefahr nach *Art. 185 Abs. 2 OR* erst über, wenn die Sache dem Frachtführer (*Art. 440 ff. OR*) oder einem Spediteur (*Art. 439 OR*), der Post oder der Bahn zur Versendung übergeben wird. Seiner Formulierung nach gilt *Art. 185 Abs. 1 OR* nur für den Gattungskauf. Die Vorschrift ist indessen auf den Versendungskauf einer Stückschuld analog anzuwenden.

Aufgrund dieser Beurteilung von Versendungskauf und Bringschuld, gilt *Art. 185 Abs. 1 OR* mit anderen Worten nur bei der Holschuld (*Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR*).

d) Bedingter Kaufvertrag Beim aufschiebend bedingten Kauf geht die Gefahr erst mit Eintritt der Bedingung über (*Art. 185 Abs. 3 OR*). Die auflösende Bedingung wird nicht erwähnt und sollte auch nicht *e contrario* angenommen werden. Dem Gesetzgeber war durchaus bewusst, dass es zwei Typen von Bedingungen gibt. Zudem unterscheidet sich dieser Fall bezüglich dieser Fragestellung für den Käufer nicht vom unbedingten Kaufvertrag.

3. Gattungskauf

Beim Gattungskauf geht gemäss *Art. 185 Abs. 2 OR* die Gefahr erst mit Aussonderung der Ware über. Zu beachten ist aber der Unterschied zwischen Sach- und Preisgefahr, der nur bei der Gattungsschuld eine Rolle spielt. Bis zur Aussonderung trifft den Verkäufer auch die Sachgefahr. Er muss sich also eine neue Sache beschaffen und liefern, wenn das vorgesehene Stück untergegangen ist. Nach der Regelung von *Art. 185 Abs. 2 OR* gehen mit der Aussonderung Sach- und Preisgefahr gleichzeitig auf den Käufer über.

5. Verzug und Nichterfüllung

I. Verzug und Nichterfüllung des Verkäufers

1. Kaufmännischer Verkehr

Das Gesetz stellt in *Art. 190 f. OR* Sondervorschriften für den kaufmännischen Verkehr auf. Für den nichtkaufmännischen Verkehr gilt *Art. 107 OR*. Der Begriff des kaufmännischen Verkehrs ist in der Literatur nicht ganz geklärt: Eine Meinung stellt nur darauf ab, ob Kauf zum Zwecke des Weiterverkaufs vorliegt, andere verlangen einen gewerbsmässigen Kauf zum Zwecke des Weiterverkaufs. Einigkeit besteht andererseits darin, dass es nicht mehr unter den Begriff des kaufmännischen Verkehrs fällt, wenn ein Kaufmann für den privaten Bedarf kauft.

a) Die Rechte des Käufers beim Fixgeschäft nach OR 190 *Art. 190 OR* stellt für das Fixgeschäft die Vermutung auf, dass der Käufer auf die Leistung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Voraussetzung ist nach dem Gesetz lediglich, dass ein bestimmter Lieferungsstermin verabredet und der Verkäufer in Verzug ist. Damit stellt das Geschäft für das Fixgeschäft keine strengeren Voraussetzungen auf, als sie bereits von *Art. 102 Abs. 2 OR* (Verfalltagsgeschäft) vorausgesetzt sind, nämlich einen bestimmten Leistungstermin. Will der Käufer am Lieferungsanspruch festhalten, so hat er dies unverzüglich anzuzeigen (*Art. 190 Abs. 2 OR*).

Das Fixgeschäft im Sinne von *Art. 190 OR* nennt man auch relatives Fixgeschäft im Gegensatz zum absoluten Fixgeschäft, bei dem nach Verstreichen des Leistungstermins Unmöglichkeit angenommen wird, also nicht *Art. 190 und 107 OR*, sondern *Art. 97 oder 119 OR* anwendbar ist.

b) Schadenersatz, Schadensberechnung Nach *Art. 191 Abs. 1 OR* kann der Käufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dieser Anspruch unterscheidet sich nach Rechtsgrund und Ergebnis nicht von den Schadenersatzansprüchen von *Art. 97 und 107 Abs. 2 OR*.

Der Käufer kann den objektiven Verkehrswert der Sache geltend machen, wenn dieser höher ist als der Preis. Er kann aber auch ein subjektives Interesse geltend machen, das in einem entgangenen Gewinn aus Weiterverkauf bestehen kann oder in einem Haftungsinteresse, wenn er die Sache schon weiterveräußert hat und nun seinerseits in Anspruch genommen wird. Das gilt auch im nichtkaufmännischen Verkehr. Beim entgangenen Gewinn kommt es darauf an, ob er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit gemacht worden wäre. Das muss der Geschädigte glaubhaft machen.

Schliesslich kann der Käufer auch eine konkrete Schadensberechnung anhand eines getätigten Deckungskaufes vornehmen und die Differenz zwischen den höheren Deckungskosten und dem vereinbarten Kaufpreis verlangen. Handelt es sich um Waren mit einem Markt- oder Börsenpreis, so ist eine konkrete Interesseberechnung in Form eines Deckungsgeschäftes oder der Geltendmachung eines entgangenen Gewinns (usw.) nicht notwendig. Vielmehr kann der Käufer die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis zur Erfüllungszeit fordern (abstrakte Schadensberechnung). Die Vorschrift gilt auch im nichtkaufmännischen Verkehr.

2. Nichtkaufmännischer Verkehr

Im nichtkaufmännischen Verkehr ist *Art. 190 OR* nicht anwendbar; es entfällt daher die Vermutung des Verzichts auf die Lieferung. Vielmehr gilt ausschliesslich *Art. 107 Abs. 2 OR*.

a) Voraussetzungen des Art. 107 OR Mit dem Verfall des Liefertermins kommt der Verkäufer nach *Art. 102 Abs. 2 OR* in Verzug. Dieser Verzug ist Voraussetzung für *Art. 107 Abs. 1 OR*. Nach Eintritt des Verzuges muss der Käufer eine Nachfrist setzen. Dies entfällt in den Fällen von *Art. 108 Ziff. 3 OR* (Fixgeschäft).

b) Schadenersatz Nach *Art. 107 Abs. 2 OR* kann der Käufer nach Ablauf der Nachfrist zwischen Erfüllung, Rücktritt (kombiniert mit dem negativen Interesse, *Art. 109 OR*) oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung (positives Interesse) wählen.

Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung kann wiederum nach dem objektiven Wert ermittelt werden oder nach dem subjektiven Interesse; ebenso durch Nachweis entsprechende Markt- oder Börsenpreise oder durch eine konkrete Interesseberechnung anhand eines Deckungsgeschäftes.

II. Verzug und Nichterfüllung des Käufers

Zahlt der Käufer den Kaufpreis nicht, so hat der Verkäufer die Möglichkeit, nach *Art. 214 OR* zurückzutreten oder Schadenersatz zu fordern. Für den Schadenersatz unterscheidet das Gesetz wiederum zwischen kaufmännischem Verkehr, für den *Art. 215 Abs. 1 OR* gilt, und nichtkaufmännischem, auf den *Art. 107 Abs. 2 OR* anzuwenden ist.

1. Rücktritt

Der wichtigste Unterschied zwischen *Art. 214 OR* und *Art. 107 OR* besteht darin, dass der Verkäufer keine Nachfrist setzen muss. Zahlt der Käufer den Kaufpreis nicht, so ist, sofern nicht ein Verfalltagsgeschäft nach *Art. 102 Abs. 2 OR* vorliegt, ohnehin zunächst eine Mahnung nach *Art. 102 Abs. 1 OR* erforderlich, damit der Käufer in Verzug gerät. Die zusätzliche Einräumung einer Nachfrist ist hier auch deshalb entbehrlich, weil es nicht um eine Sachleistung geht, und die Sache vielleicht noch beschafft werden muss. Eine Nachfrist zum Zwecke der Beschaffung von Geld ist nicht vorgesehen.

Das Rücktrittsrecht ohne Nachfristsetzung ist auf den Praenumerando-Kauf (der Käufer ist vorleistungspflichtig) und den Barkauf (Zug um Zug) anwendbar. Will der Verkäufer sofort zurücktreten, muss er allerdings dem Käufer davon Anzeige machen (*Art. 214 Abs. 2 OR*).

Art. 214 Abs. 3 OR enthält eine Schlechterstellung des Verkäufers beim Kreditkauf (Postnumerando-Kauf). Hat der Verkäufer die Sache vor Zahlung übergeben, so kann er wegen Verzugs des Käufers nicht mehr zurücktreten, es sei denn, er hat sich dies ausdrücklich vorbehalten. Diese von der allgemeinen Grundregel von *Art. 107 OR* abweichende Regel ist nicht einleuchtend; sie geht indessen auf das römische Recht zurück: Wer den Kaufpreis stundet, schenkt Vertrauen und wird deshalb auf jenen verwiesen, dem er vertraut. Trotzdem bleibt die Regelung fragwürdig.

Ausgeschlossen wird durch *Art. 214 Abs. 3 OR* lediglich das Rücktrittsrecht nach *Art. 107 und 109 Abs. 1 OR*, nicht hingegen der Anspruch auf Erfüllung oder Schadenersatz. Doch sind diese Ansprüche wertlos, wenn der Schuldner insolvent ist.

Art. 214 Abs. 3 OR betrifft nur das gesetzliche Rücktrittsrecht nach *Art. 107 Abs. 2 OR*. Hat sich der Verkäufer den Rücktritt vertraglich vorbehalten, so bleibt dieser zulässig. Nach allgemeiner Meinung liegt in der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes (*Art. 715 ZGB*) eine konkludente Rücktrittsvereinbarung im Sinne von *Art. 214 Abs. 3 OR* vor. Dies gilt unabhängig davon, ob der Eigentumsvorbehalt ins Register eingetragen worden ist.

2. Schadenersatz wegen Nichterfüllung

Im kaufmännischen Verkehr kann der Verkäufer den Schadenersatz in Höhe der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und einem tatsächlich durchgeführten Deckungsverkauf berechnen (*Art. 215 Abs. 1 OR*). Hierbei ist jedoch Treu und Glauben zu beachten, d.h. der Verkäufer darf die Ware nicht verschleudern.

Für den nichtkaufmännischen Verkehr ist streitig, ob der Schadenersatz nach *Art. 107 Abs. 2 OR* in der Weise berechnet werden kann, dass der Verkäufer seine Leistung zurückhält und die Differenz zwischen dem objektiven Wert der Sache und dem Kaufpreis verlangt, oder auch so, dass er einen Deckungsverkauf durchführt und die Differenz als konkretes Interesse berechnet, so die herrschende Differenztheorie.

6. Die Gewährleistung des Verkäufers. Rechtsmängelhaftung (OR 192 ff.)

I. Allgemeines

Die gesetzliche Konzeption beruht auf der Unterscheidung von Erfüllung und Gewährleistung. Die Nichterfüllung ist in *Art. 97, 107 ff. OR* geregelt; die hiervon zu trennende Gewährleistung für den Kauf in *Art. 192 ff. OR*. Hinter dieser Trennung steckt die Annahme, dass der Verkäufer beim Stückkauf die Sache nur so schuldet, wie sie ist, d.h. dass die Mangelfreiheit nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers gehört, sondern Gegenstand der Gewährleistung ist, welche den Verkäufer mit einer Garantie für einen nicht geschuldeten Erfolg behaftet. Die Gewähr-

leistung ist relativ käuferfreundlich, weil sie dem Käufer einen verschuldensunabhängigen Anspruch gibt.

II. Rechtsmängelhaftung

1. Allgemeines

Die Rechtsmängelhaftung ist in *Art. 192–196 OR* geregelt. Es handelt sich um eine verschuldensunabhängige Haftung. Entgegen dem Wortlaut von *Art. 184 OR* ist der Verkäufer nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet, sondern haftet nur für Eviktion (Entwehrung). Dieses romanische Prinzip der Eviktionshaftung beruht auf der Überlegung, dass dem Käufer ein Schaden erst entsteht, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen besseres Recht tatsächlich herausgegeben hat. Das Eviktionsprinzip will also verhindern, dass der Käufer Schadenersatz verlangt, obgleich er im Besitz der Sache bleibt. Immerhin sollte der Käufer, wenn ohne Eviktion feststeht, dass er nicht Eigentümer geworden ist, ein Rücktrittsrecht haben (▷ Grundlagenirrtum).

2. Voraussetzungen der Rechtsmängelhaftung

Der Rechtsmangel muss schon bei Vertragsschluss bestanden haben (*Art. 192 Abs. 1 OR*), und die Sache muss dem Käufer übergeben worden sein, da es andernfalls nicht zu einer Eviktion kommen kann. Kann der Verkäufer nicht leisten, weil die Sache schon bei ihm vindiziert wird, so liegt ein Fall der Unmöglichkeit (*Art. 97 OR*) vor. Die Sache muss dem Käufer ganz oder teilweise entzogen worden sein. Ein Fall der Rechtsmängelhaftung liegt nicht nur vor, wenn ein Dritter das Eigentum beansprucht, sondern auch dann, wenn er ein beschränktes dingliches Recht geltend macht.

Kommt es zu einem Prozess zwischen dem Käufer und dem Dritten, so muss der Käufer dem Verkäufer den Streit verkünden (*Art. 193 OR*). Unterlässt er dies, so wird der Verkäufer von der Haftung frei, wenn er nachweisen kann, dass der Prozess bei Streitverkündung günstiger ausgegangen wäre. Die Streitverkündung bewirkt Rechtskraft des Urteils auch beim Verkäufer (*Art. 193 Abs. 2 OR*).

Die Eviktionshaftung ist in den Fällen von *Art. 192 Abs. 2 und 3 OR* ausgeschlossen; der Eviktion durch Prozess sind die Fälle von *Art. 194 Abs. 1 und 2 OR* gleichgestellt.

3. Rechtsfolgen der Entwehrung (OR 195 f.)

Nach *Art. 195 Abs. 1 OR* kann der Käufer Rückerstattung des Preises nebst Zinsen unter Abrechnung der Früchte und Nutzungen verlangen; ferner Verwendungsersatz, soweit er ihn nicht von dem Dritten erhalten kann; schliesslich Ersatz der Kosten des mit dem Dritten geführten Prozesses, weiter den sonstigen unmittelbar verursachten Schaden.

Einen weiteren Schaden erhält der Käufer nur ersetzt, wenn sich der Verkäufer nicht exkulpieren kann (*Art. 195 Abs. 2 OR*). Zum weiteren Schaden zählt nach h.L. vor allem der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*).

Die Rechtsfolgen der teilweisen Eviktion behandelt *Art. 196 OR*. Bei teilweiser Eviktion tritt an die Stelle der Vertragsaufhebung ein Anspruch auf Schadenersatz, sofern nicht nach den Umständen anzunehmen ist, dass der Käufer den Vertrag nicht geschlossen hätte.

4. Rechtsmängelhaftung und gutgläubiger Erwerb

a) Fahrniskauf Die praktische Bedeutung der Rechtsmängelhaftung wird durch die Möglichkeit des gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs nach *Art. 933 ZGB* stark reduziert. Unter den Voraussetzungen von *Art. 933 ZGB* wird der gutgläubige Käufer Eigentümer, womit die

Rechtsmängelhaftung entfällt. Es verbleiben also die Fälle, in denen gutgläubiger Erwerb wegen fahrlässiger Unkenntnis ausscheidet (*Art. 3 Abs. 2 ZGB*). Die Rechtsmängelhaftung ist erst bei positiver Kenntnis ausgeschlossen (*Art. 192 Abs. 2 OR*). Ein weiterer Anwendungsbereich der Rechtsmängelhaftung sind die Fälle der abhanden gekommenen Sachen innerhalb der Fünf-Jahres-Frist (*Art. 934 Abs. 1 ZGB*).

b) Grundstückkauf Die Vorschriften von *Art. 192–196 OR* gelten kraft der Verweisung von *Art. 221 OR* für den Grundstückkauf entsprechend.

Der Gutgläubensschutz reicht hier weiter als beim Erwerb von beweglichen Sachen, wodurch die praktische Bedeutung der Rechtsmängelhaftung noch geringer wird. Nach *Art. 973 ZGB* wird der gutgläubige Erwerber eines eingetragenen Rechts geschützt. In Betracht kommen also nur Fälle der fahrlässigen Unkenntnis vom Nichtbestehen eines eingetragenen Rechts.

5. Konkurrenz der Rechtsmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen

a) Sachmängelhaftung (OR 197 ff.) Die Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmängelhaftung entspricht also derjenigen zwischen Rechts- und Sachmangel. Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Kaufgegenstand durch Rechte eines Dritten belastet ist, welche die Rechtsstellung des Käufers beeinträchtigen. Sachmangel ist die ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich deshalb, weil ein Sachmangel auch rechtlicher Natur sein kann. Ein rechtlicher Sachmangel liegt vor, wenn eine rechtliche Eigenschaft der Sache fehlt.

b) Schadenersatzansprüche nach OR 97 ff. Nach h.L. stehen Schadenersatzansprüche nach *Art. 97 ff. OR* in alternativer Konkurrenz zur Rechtsmängelhaftung. Das ist aber aufgrund der Konzeption der Eviktionshaftung (Ansprüche erst bei erfolgter Eviktion) abzulehnen.

c) Irrtums- und Täuschungsanfechtung (OR 23 ff.) Rechtsprechung und h.L. geben dem Käufer das Recht, sich wahlweise auf die Bestimmungen über die Willensmängel zu berufen, wenn er über einen Rechtsmangel im Irrtum war oder wenn er absichtlich getäuscht wurde.

7. Sachmängelhaftung (OR 197–210)

I. Sachmangel

Ebenso wie für Rechtsmängel bestehen Gewährleistungsansprüche für Sachmängel. Wiederum gilt eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung. Die Rechtsfolge ist Wandlung oder Minderung und eingeschränkter Schadenersatz (*Art. 208 Abs. 2 OR*). Vollen Schadenersatz erhält der Käufer nur bei Verschulden.

Die Sachmängelhaftung gilt grundsätzlich nur für den Sachkauf, nicht für den Rechtskauf. Für den Forderungskauf sind die Vorschriften von *Art. 171–173 OR* zu beachten, die den *Art. 197 ff. OR* vorgehen.

1. Fehlerbegriff

Unter dem Oberbegriff des Sachmangels werden Fehler (körperliche oder rechtliche Mängel) und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zusammengefasst. Ein Sachmangel ist also die ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit (*Art. 197 Abs. 1 OR*). Ein Sachmangel liegt also bspw. auch vor, wenn ein Zug- statt Reitpferd verkauft wird, auch wenn das Zugpferd an sich einwandfrei ist.

Auch bei Gattungsabweichungen liegt ein Sachmangel vor; aliud im weitesten Sinn und

peius werden also beim Stückkauf nicht unterschieden. Da beim Stückkauf eine individualisierte Sache geschuldet ist, stellt diese auch dann die Kaufsache dar, wenn ihr wesentliche und gattungsbestimmende Merkmale fehlen. Haifischfleisch wäre beim Stückkauf also fehlerhaftes Walffleisch.

2. Beispiele für Fehler

Übersprungen.

3. Massgeblicher Zeitpunkt

Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Mangels ist der Gefahrübergang, das ist beim Stückkauf der Vertragsschluss, beim Gattungskauf die Aussonderung bzw. Versendung.

4. Beweislast

Die Beweislast für das Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs trägt der Käufer, wenn er die Sache angenommen hat. Er muss beweisen, dass die Sache bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war. Es reicht aus, wenn er nachweist, dass der Mangel jedenfalls im Keim angelegt war. Dagegen trägt der Verkäufer die Beweislast für Mängelfreiheit, wenn der Käufer die Annahme der Sache wegen Vertragswidrigkeit verweigert oder wegen des behaupteten Mangels bei der Annahme einen Vorbehalt macht.

5. Erheblichkeit

Für unerhebliche Mängel haftet der Verkäufer nicht (*Art. 197 Abs. 1 OR*). Keine Rolle spielt die Erheblichkeit beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften.

II. Zusicherung von Eigenschaften

Entsprechend dem subjektiven Fehlerbegriff verlangt man für die Zusicherung nicht mehr eine ausgesprochene Garantie. Es genügt vielmehr, dass die Zusicherung in vertragsmässiger Weise abgegeben, also Vertragsbestandteil geworden ist. Die h.L. sieht in der Zusicherung keine Willenserklärung, sondern eine Wissenserklärung oder Vorstellungsausserung und nimmt nicht eine vertragliche Haftung an, sondern eine gesetzliche. Die Zusicherung ist nach h.L. nicht an die vertragliche oder gesetzliche Form des Kaufvertrages gebunden. Die Zusicherung ist auch konkludent möglich.

Von der Zusicherung zu unterscheiden ist die selbständige Garantie. Für sie gilt die Rügeobliegenheit (*Art. 201 OR*) und die kurze Verjährung (*Art. 210 OR*) nicht.

III. Voraussetzungen der Geltendmachung von Sachmängelansprüchen

1. Prüfungs- und Rügeobliegenheit (OR 201)

Der Käufer hat die Ware alsbald nach Empfang zu prüfen und etwaige Mängel anzuzeigen (Mängelrüge). Unterlässt er dies, so gilt die Ware als genehmigt und er verliert die Ansprüche (*Art. 201 Abs. 2 OR*). Später auftretende Mängel muss der Käufer sofort nach der Entdeckung anzeigen (*Art. 201 Abs. 3 OR*).

Trotz des Wortlautes handelt es sich nicht um eine Pflicht, sondern um eine Obliegenheit. Der Käufer, der diese Obliegenheit nicht beachtet, wird nicht schadenersatzpflichtig, sondern erleidet einen rechtlichen Nachteil, der darin besteht, dass die gekaufte Sache als genehmigt gilt (*Art. 201 Abs. 2 OR*).

Die Prüfungs- und Rügelast gilt sowohl für den kaufmännischen wie für den nicht-kaufmännischen Verkehr. Sie gilt für Käufe jeder Art, auch für den Unternehmens- oder den

Grundstückkauf. Bei Unterlassung von Untersuchung von Rüge sind nicht nur die Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, sondern auch Schadenersatzansprüche aus *Art. 97 ff. OR*, soweit diese Vorschriften nach der Rechtsprechung auch bei Sachmängeln herangezogen werden können. Nach h.L. setzt jedoch Irrtumsanfechtung nach *Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR* eine rechtzeitige Rüge nicht voraus.

Umfang und Intensität der Prüfung ergeben sich aus Verkehrssitte, Handelsbrauch und Branchenübung.

Die Rechtsfolge des Prüfungs- bzw. Rügeversäumnisses ist die Genehmigungsfiktion nach *Art. 201 Abs. 2 OR*. Die Genehmigungsfiktion entfällt bei absichtlicher Täuschung (*Art. 203 OR*). *Art. 201 OR* ist dispositiv. Die Parteien können die Untersuchungs- und Rügeobligationen sowohl verschärfen als auch mildern oder ganz abbedingen.

2. Ausschluss der Gewährleistung bei Kenntnis des Käufers (OR 200)

Kennt der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss, so ist die Gewährleistung ausgeschlossen (*Art. 200 OR*).

IV. Vertraglicher Gewährleistungsausschluss (OR 199)

1. Allgemeines

Das Gewährleistungsrecht ist dispositiv. Die Haftung des Verkäufers kann eingeschränkt oder im Rahmen von *Art. 199 OR* gänzlich ausgeschlossen werden. Werden Freizeichnungsklauseln in AGB verwendet, so ist *Art. 8 UWG* zu beachten.

2. Auslegung von Freizeichnungsklauseln

Freizeichnungsklauseln sind restriktiv zu interpretieren. Literatur und Judikatur verwenden die Unklarheitenregel. Danach wird eine unklare Vertragsbestimmung zum Nachteil desjenigen ausgelegt, der sie formuliert bzw. verwendet hat.

Strittig ist, ob für Freizeichnungen die weitergehende Vorschrift von *Art. 100 Abs. 1 OR* zu beachten ist, welche die Wegbedingung grober Fahrlässigkeit für unzulässig erklärt. Für Zulässigkeit der Freizeichnung von grober Fahrlässigkeit spricht, dass *Art. 199 OR* *lex specialis* ist, die der allgemeinen Vorschrift von *Art. 100 OR* vorgeht. Wenn das Gesetz die Wegbedingung der Gewährleistung nur bei Arglist für unzulässig hält, folgt daraus *e contrario*, dass grobfahrlässige Unkenntnis nicht schadet.

V. Verjährung der Gewährleistungsansprüche

1. Allgemeines. Anwendungsbereich

Die *ratio legis* der kurzen Verjährung (ein Jahr) besteht in der Schaffung baldiger Klarheit. Hinzu kommt, dass nach längerem Gebrauch einer Sache oft nur schwer feststellbar ist, ob sie schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war oder erst später mangelhaft wurde. Andererseits gibt es unstrittig Fälle, in denen die Frist zu kurz ist.

Es handelt sich um eine Verjährungsfrist. Für sie gelten die allgemeinen Vorschriften von *Art. 127 ff. OR*. Die Verjährung gilt für alle Ansprüche aus Sachmängeln, also für Wandlung, Minderung und Schadenersatz, ebenso für den Nachlieferungsanspruch beim Gattungskauf (*Art. 206 Abs. 1 OR*) sowie für einen vertraglich vereinbarten Nachbesserungsanspruch. Sie gilt auch für die Zusicherung von Eigenschaften. Die Frist gilt schliesslich auch für die konkurrierenden Ansprüche aus *Art. 97 ff. OR*, nicht aber für jene aus *Art. 41 ff. OR*.

2. Frist

Die Dauer der Frist beträgt ein Jahr (*Art. 210 Abs. 1 OR*), bei Grundstücken und Gebäuden fünf Jahren (*Art. 219 Abs. 3 OR*). Die Frist beginnt mit der Ablieferung der Kaufsache und nicht erst mit der Entdeckung des Mangels. Die Verjährung tritt auch ein, wenn der Käufer den Mangel gar nicht entdecken konnte.

3. Abweichende Vereinbarungen

Die Verjährungsfrist kann, was *Art. 210 Abs. 1 OR* ausdrücklich sagt, verlängert werden, sie kann aber auch verkürzt werden. Die h.L. hält eine Verlängerung auf mehr als zehn Jahre für unzulässig. Häufig werden Garantiefristen vereinbart, deren Bedeutung zweifelhaft sein kann. Sofern die Garantiefrist kürzer ist als die gesetzliche Verjährungsfrist, wird sie gelegentlich im Zweifel im Sinne einer Rügefrist interpretiert, welche die Verjährungsfrist unberührt lässt.

4. Mängelreue und Verrechnung nach eintritt der Verjährung

Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt, so kann er auch nach Ablauf der Verjährungsfrist den Sachmangel einredeweise geltend machen, sofern er innerhalb der Frist die vorgeschriebene Anzeige gemacht hat (*Art. 210 Abs. 2 OR*).

8. Die Sachmängelansprüche im einzelnen

I. Allgemeines

1. Nachbesserung

Den in praxi wichtigen Nachbesserungsanspruch des Käufers sieht das Gesetz nicht vor. Der Nachbesserungsanspruch ist zwar vielfach möglich und wird auch häufig vereinbart; dies ändert aber nichts daran, dass mangels Vereinbarung ein Nachbesserungsanspruch des Käufers nicht besteht.

Auf den (vereinbarten) Nachbesserungsanspruch sind *Art. 102 OR* und *Art. 107 f. OR* anwendbar.

Vom Nachbesserungsanspruch des Käufers ist die Frage eines Nachbesserungsrechts des Verkäufers zu unterscheiden. Bei leicht behebbaren, kleineren Mängeln wird man ein Nachbesserungsrecht nach *Art. 2 ZGB* bejahen können.

2. Die Geltendmachung der Sachmängelansprüche, *ius variandi*

Nicht ganz geklärt ist die Rechtsnatur von Wandlungs- bzw. Minderungsrecht. Es ist unklar, ob es sich dabei um ein Gestaltungsrecht des Käufers oder einen Vertrag der Parteien handelt. Streitig ist weiter, ob der Käufer, nachdem er sein Wahlrecht einmal ausgeübt hat, also z.B. Wandlung verlangt hat, noch zum Minderungsanspruch übergehen kann und umgekehrt (*ius variandi*).

3. Abtretbarkeit der Sachmängelrechte

Die Abtretbarkeit der Sachmängelrechte wird im Hinblick auf ihren Charakter als akzessorische Gestaltungsrechte von der h.L. verneint.

II. Wandlung

1. Durchführung der Wandlung

a) Rechte und Pflichten der Parteien Wandlung ist Rückgängigmachung des Kaufes. Die Rückerstattung der gegenseitigen Leistungen erfolgt Zug um Zug. Beide Parteien sollen so gestellt werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre (vgl. *Art. 201 Abs. 1 und 2 OR*).

b) Dingliche Rückwirkung? Umstritten ist die Rechtsnatur des Rückgabeanspruchs. Das Gesetz spricht nur von Rückgängigmachen (*Art. 205 Abs. 1 OR*). Unter Hinweis auf das Prinzip der kausalen Tradition vertritt die h.L. die Auffassung, dass die causa der Tradition mit *ex-tunc*-Wirkung wegfällt. Die Sache wäre danach so zu betrachten, wie wenn der Käufer nie Eigentümer geworden wäre. Dem Verkäufer stünde daher die Vindikation zu. Demgegenüber vertritt das Bundesgericht die Meinung, der Rücktritt sei ein *ex nunc* wirkendes Abwicklungs- und Liquidationsverhältnis. Dieser Konstruktion ist nach HONSELL der Vorzug zu geben.

2. Ausschluss der Wandlung

Die Wandlung ist ausgeschlossen bei Weiterveräußerung, Weiterverarbeitung oder Untergang infolge Verschuldens des Käufers. Der Käufer kann hier nur Minderung verlangen (*Art. 207 Abs. 3 OR*). Hat der Abnehmer des Käufers seinerseits gewandelt, so ist *Art. 207 Abs. 3 OR* nicht anwendbar.

Untergang der Sache infolge des Mangels schliesst Wandlung nicht aus (*Art. 207 Abs. 1 OR*). Dasselbe gilt nach dem Gesetz für den zufälligen Untergang.

3. Wandlung bei einer Mehrheit von Kaufsachen

Art. 209 Abs. 1 und 2 OR regelt die Wandlung beim Kauf mehrerer zusammen verkaufter Sachen oder einer Gesamtsache im Sinne der Einzelwandlung. Gesamtwandlung ist nach *Art. 209 Abs. 2 OR* zulässig, wenn sich die fehlerhaften Stücke von den fehlerfreien ohne erheblichen Nachteil für den Käufer oder den Verkäufer nicht trennen lassen. Nach *Art. 209 Abs. 3 OR* erstreckt sich die Wandlung einer Hauptsache auch auf die Nebensache, nicht aber umgekehrt.

III. Minderung

1. Voraussetzungen der Minderung

Grundsätzlich hat der Käufer die Wahl zwischen Wandlung und Minderung. Sofern die Umstände es aber nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen, kann der Richter nach *Art. 205 Abs. 2 OR* statt der Wandlung auch Minderung zusprechen.

2. Berechnung der Minderung

Obgleich *Art. 205 Abs. 1 OR* nur von Ersatz des Minderwertes spricht, folgt die h.L. in Literatur und Judikatur der relativen Methode. Nach der relativen Berechnung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die relative Methode beruht auf dem Gedanken, dass Kaufpreis und Wert (in mangelfreiem Zustand) häufig auseinanderfallen. Dieses von den Parteien autonom ausgehandelte Preis-Wert-Verhältnis soll durch die Minderung nicht verwischt werden, sondern proportional erhalten bleiben. Es ergibt sich also folgende Formel:

$$p_{\text{gemindert}} = \frac{p_{\text{kauf}} * w_{\text{mangelhaft}}}{w_{\text{mangelfrei}}}$$

Hat ein Käufer also für eine Ware 80 bezahlt, diese aber eigentlich 100 wert wäre, und beträgt ihr Wert im mangelhaften Zustand nur noch 60, bemisst sich der neue Preis wie folgt:

$$p_{\text{gemindert}} = \frac{80 * 60}{100} = 48$$

Mit anderen Worten hat dieser Käufer Anspruch auf eine Minderung von $80 - 48 = 32$.

Ist die Sache völlig wertlos, so ist nur Wandlung möglich (*Art. 205 Abs. 3 OR*).

IV. Schadenersatz

1. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung

Übersprungen.

2. Abgrenzung von OR 208 II und III

Bei der Wandlung soll der Vertrag mit Hauptleistungen und Nebenansprüchen rückabgewickelt werden. Dies ist der Anwendungsbereich von *Art. 208 Abs. 1 und 2 OR*. Er betrifft Sache und Preis, Nutzungen und Zinsen, Vertrags-, Transport- und Prozesskosten. Zum unmittelbaren Schaden zählt auch der Mangelschaden, das ist derjenige Schaden, der infolge des Mangels unmittelbar an der Sache selbst entsteht. Der Käufer kann in diesem Fall wandeln und die defekte Sache zurückgeben oder die Sache behalten und mindern. Zweifelhaft ist, ob er statt dessen auch Ersatz des Mangelschadens verlangen kann. *Art. 208 Abs. 2 OR* kommt nach der Rechtsprechung nur neben der Wandlung in Betracht. Das Bundesgericht will neben der Minderung (oder Nachbesserung) einen Schadenersatzanspruch nur nach *Art. 97 OR* zulassen, während ein Teil der Literatur *Art. 208 Abs. 2 OR* analog anwendet. Das ist vorzuziehen. Der an der Sache selbst entstandene Schaden unterliegt der Kausalhaftung. Hingegen sind alle weiteren Schäden nur bei Verschulden zu ersetzen, wobei auf *Art. 208 Abs. 3 OR* abzustellen ist und nicht auf *Art. 97 OR*.

Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen *Art. 208 Abs. 2 OR* und *Art. 208 Abs. 3 OR* resultieren aus den Begriffen positives/negatives Interesse, unmittelbarer/mittelbarer Schaden. Daher ist zunächst eine Klärung dieser Begriffe notwendig:

1. positives/negatives Interesse: Vertragsrecht
 - (a) positives Interesse: Der Geschädigte wird so gestellt, wie wenn ordentlich erfüllt worden wäre
 - (b) negatives Interesse: Der Geschädigte wird so gestellt, wie wenn er auf Gültigkeit bzw. Bestand des Vertrages nicht vertraut hätte
2. unmittelbarer/mittelbarer Schaden: Länge der Kausalkette
 - (a) nähere Schäden, Abgrenzung unklar
 - (b) fernere Schäden, Abgrenzung unklar

Schwierigkeiten bereitet in der Literatur vor allem die Einordnung der Mangelfolgeschäden unter die beiden Begriffspaare. Während der Mangelschaden an der Sache selbst besteht, sind Mangelfolgeschäden solche Schäden, die an anderen Rechtsgütern des Käufers entstehen. Mangelfolgeschäden fallen sowohl unter das positive wie unter das negative Interesse, denn sie wären bei ordnungsgemässer Erfüllung nicht eingetreten; sie wären aber auch nicht eingetreten, wenn der Käufer den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Andererseits hängen sie nicht unmittelbar mit dem Kaufvertrag zusammen, sondern nur mittelbar; es sind weitere Schäden, die an anderen Rechtsgütern des Käufers entstehen. Mangelfolgeschäden sollten daher nur bei Verschulden des Verkäufers ersetzt werden.

9. Konkurrenz der Sachmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen

I. Schadenersatzansprüche nach OR 97 ff.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes kommen Schadenersatzansprüche nach *Art. 97 ff. OR* neben der Sachmängelgewährleistung konkurrierend zur Anwendung. Voraussetzung hierfür ist ein Verschulden des Verkäufers. Voraussetzung einer Haftung nach *Art. 97 ff. OR* wegen Sachmängeln ist also Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Mängel. Diese Rechtsprechung ist abzulehnen, weil *Art. 197 ff. OR* eine abschliessende Regelung enthalten. Wenn auch die Zulassung von Anspruchskonkurrenz methodisch unzutreffend ist, so bleibt doch die Judikatur des Bundesgerichts im praktischen Ergebnis ohne Konsequenzen, weil nach ständiger Rechtsprechung alle Besonderheiten des Sachmängelrechts, wie Rügeobliegenheit, Verjährung oder Haftungsfreizeichnung auf den Anspruch aus *Art. 97 ff. OR* übertragen werden.

II. Schadenersatz aus Delikt (OR 41 ff.)

Deliktsansprüche können stets mit vertraglichen konkurrieren. Zu beachten ist freilich, dass ein Deliktsanspruch nur gegeben ist, soweit der Verkäufer gegen Pflichten verstösst, die nicht aus dem Vertrag resultieren, sondern der Allgemeinheit gegenüber bestehen. Voraussetzung ist also die Anwendbarkeit des allgemeinen Gefahrensatzes oder die Verletzung von Schutznormen.

III. Schadenersatzansprüche nach dem Produkthaftungspflichtgesetz (PrHG)

Als Produkthaftung bezeichnet man das verschuldensunabhängige Entstehenmüssen des Herstellers für Schäden, die aus dem Gebrauch eines in Verkehr gebrachten fehlerhaften Produktes (*Art. 3 PrHG*) entstehen. Die Produkthaftung ist eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung. Das Produkt muss einen Fehler (*Art. 4 PrHG*) haben und in den Verkehr gebracht worden sein. Insofern gilt dasselbe wie für den Deliktsanspruch. Gehaftet wird nur für Folgeschäden, also nicht für Schäden am Produkt selber. Produktschäden fallen ausschliesslich unter die Sachgewährleistung (*Art. 197 ff. OR*).

Zu ersetzen sind alle Personenschäden, die durch das Produkt verursacht werden. Für Sachschäden gelten zwei wichtige Einschränkungen: Einmal ist der Schaden am Produkt selbst ausgenommen (*Art. 1 Abs. 2 PrHG*), zum andern kommen nur Schäden an privat genutzten Sachen in Betracht.

Anders als nach *Art. 199 OR* ist eine Wegbedingung der Haftung nach *Art. 8 PrHG* nicht zulässig. Nach *Art. 9 PrHG* beträgt die relative Verjährungsfrist drei Jahre, die absolute Frist zehn Jahre. Die absolute Frist beginnt mit dem Inverkehrbringen des Produktes.

IV. Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung

Das Bundesgericht lässt in langjähriger Praxis neben der Sachmängelhaftung alternativ die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach *Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR* zu. Vorweg ist zu bemerken, dass dieses Konkurrenzproblem in aller Regel nur beim Stückkauf auftaucht. Ungeachtet der Billigkeit im Einzelfall liegt die Problematik dieser Rechtsprechung gerade in dem Punkt, der von manchen als Vorteil betrachtet wird: Der Ausschaltung der strengen Verwirkungs- bzw. Verjährungsfristen von *Art. 201 und 210 OR*. Die Annahme einer Normenkonkurrenz wäre nur dann eine akzeptable Lösung, wenn beide Normen einen selbständigen Anwendungsbereich hätten. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr stellen die Fälle der Sachgewährleistung eine Teilmenge der Fälle des Grundlagenirrtums dar. Es liegt also ein Fall der Spezialität, Konsumtion, vor. Die Alternativität dieser beiden Rechtsbehelfe ist also mehr als problematisch.

10. Der Gattungskauf

I. Allgemeines

Während bei einem Stückkauf die Sache individuell bestimmt ist, ist sie beim Gattungskauf nur nach Gattungsmerkmalen festgelegt. Ob das eine oder das andere vorliegt, richtet sich primär nach dem Parteiwillen und nur subsidiär nach der Verkehrsauffassung.

II. Die Lieferpflicht des Verkäufers

1. Leistung mittlerer Qualität

Sofern nichts anderes vereinbart ist, ist es Sache des Verkäufers, aus der Gattung die individuellen Stücke auszuwählen, mit denen er leisten will (*Art. 71 Abs. 1 OR*). Zu liefern ist nach *Art. 71 Abs. 2 OR* mindestens mittlere Qualität.

2. Beschaffungspflicht

Ein besonderes Problem stellt beim Gattungskauf die Beschaffungspflicht dar. Hatte der Verkäufer bestimmte Gattungssachen im Auge, mit denen er leisten wollte, wird er nicht befreit, wenn diese untergehen. Er muss andere Stücke aus der Gattung liefern und hierbei gegebenenfalls auch erheblich höhere Preise in Kauf nehmen.

III. Nachlieferung (OR 206 I)

Art. 206 Abs. 1 OR gibt dem Käufer neben dem Wandlungs- und Minderungsanspruch als dritte Wahlmöglichkeit den Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Ware. Auf den Nachlieferungsanspruch sind die Regeln des Gewährleistungsrechts, namentlich *Art. 201 und 210 OR* anwendbar.

Art. 206 Abs. 2 OR gibt nur beim Platzkauf auch dem Verkäufer ein Recht auf Nachlieferung. Der Verkäufer kann also die Wandlung oder Minderung durch Nachlieferung abwenden. Die Beschränkung auf den Platzkauf ist angesichts moderner Transportverhältnisse nicht mehr zeitgemäss. Die h.L. gewährt dem Verkäufer den Nachlieferungsanspruch auch beim Distanzkauf.

IV. Abgrenzung von Schlecht- und Falschlieferung

Liefert der Verkäufer eine Sache, die nicht der vereinbarten Gattung angehört, so handelt es sich nicht um eine Schlechtlieferung (*peius*), sondern um Falschlieferung (*aliud*). Das Problem liegt hier darin, dass eine Gattungsschuld nur durch die Gattungsmerkmale festgelegt ist und nicht individualisiert bestimmt wird. So ist die Lieferung eines Zug- anstatt eines Reitpferdes (als Gattungsschuld) — im Gegensatz zur Stückschuld — nicht als Schlechtlieferung, sondern als Falschlieferung zu qualifizieren; der Verkäufer hat in diesem Fall also noch gar nicht erfüllt.

Die Abgrenzung zwischen *aliud* und *peius* ist deshalb schwierig, weil die Gattung beliebig weit oder eng gefasst werden kann. Mit zunehmender Abstraktion wächst die Zahl möglicher Eigenschaften, die bei konkreter Fassung gattungsbestimmend wären. In der Gattung Pferd sind die Unterbegriffe Reit- oder Zugpferd nur Eigenschaften und nicht gattungsbestimmend. Da die Parteien die Gattung beliebig festsetzen können, führt dies in praxi zu höchst unterschiedlichen Ergebnissen. Massgebend ist deshalb nach h.L. die Verkehrsauffassung und der Verwendungszweck.

Liegt nach dem Gesagten eine *Aliud*-Lieferung vor, so gelten statt des Sachmängelrechts folgende Regeln:

1. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch besteht fort. Der Käufer kann also nach *Art. 107 bzw. 190 OR* vorgehen.
2. Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit entfällt.
3. Die Verjährungspflicht von *Art. 210 OR* ist nicht auf den Erfüllungsanspruch anwendbar.
4. Auch Schadenersatzansprüche wegen Folgeschäden sind nicht nach *Art. 208 OR* zu bestimmen, sondern nach *Art. 97 ff. OR*, ohne dass die Gewährleistungsregeln angewendet würden.

11. Grundstückkauf (OR 216–221)

I. Allgemeines

Das Gesetz regelt den Grundstückkauf in *Art. 216–221 OR*. Die wichtigste Besonderheit ist, dass der Grundstückkaufvertrag der öffentlichen Beurkundung bedarf. Der Begriff des Grundstückes orientiert sich an *Art. 655 ZGB*. Dazu zählen also auch selbständige und dauernde Rechte, wovon das wichtigste das Baurecht (*Art. 779 ff. ZGB*) ist. Für Verkauf, Belastung und Eigentumserwerb usw. gelten also dieselben Regeln wie für die Liegenschaft (*Art. 216 OR, Art. 656 f., 942 ff. ZGB*).

II. Öffentliche Beurkundung

1. Begriff

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 die Kompetenz der kantonalen Gesetzgeber (*Art. 55 Abs. 2 SchlT ZGB*).

2. Zweck

a) Schutz vor Übereilung Kein Grundstücksverkauf im Wirtshaus!

b) Inhaltsklarheit Die Mitwirkung der Urkundsperson soll einen präzisen und klaren Vertragstext sicherstellen, der eine geeignete Grundlage für die Eintragung ins Grundbuch bietet.

c) Beweisfunktion Vgl. *Art. 9 ZGB*.

3. Systematik des Gesetzes

Die öffentliche Beurkundung des Grundstückkaufs ist als Formerfordernis (*Art. 11 Abs. 2 OR*) in *Art. 216 Abs. 1 OR* normiert. *Art. 657 Abs. 1 ZGB* stellt dasselbe Erfordernis für den Vertrag auf Eigentumsübertragung auf. So gesehen ist *Art. 216 Abs. 1 OR* überflüssig. Andererseits ist der richtige Ort für die Regelung der Formpflicht des Kausalgeschäftes das OR. Systematisch richtiger wäre es gewesen, die Beurkundungspflicht um OR nicht nur für Kauf und Schenkung (*Art. 243 Abs. 2 ZGB*) zu normieren, sondern im AT generell für jede Veräußerung.

III. Gegenstand und Umfang der Beurkundung

1. Beurkundungspflichtige Geschäfte

Beurkundungspflichtig sind neben dem Kaufvertrag die folgenden Rechtsgeschäfte:

Vorverträge (*Art. 216 Abs. 2 OR*). Ferner das Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht (*Art. 216 Abs. 2 OR*), welche im Grundbuch vorgemerkt werden (*Art. 216a OR*). Das Vorkaufsrecht ist das Recht, einen Kaufvertrag durch einseitige Erklärung für den Fall zustande zu bringen, dass der Veräusserer mit einem Dritten abgeschlossen hat. Diese Rechte sind vererbbar, nicht aber abtretbar (*Art. 216b OR*).

Für alle anderen Verträge auf Übereignung von Grundstücken oder Miteigentumsanteilen an Grundstücken ergibt sich die Beurkundungspflicht aus *Art. 657 ZGB*.

2. Nicht beurkundungspflichtige Geschäfte

Nicht beurkundungspflichtig sind die folgenden Geschäfte:

Das unlimitierte Vorkaufsrecht, bei dem der Kaufpreis nicht zum voraus bestimmt ist (*Art. 216 Abs. 3 OR*). Weiter Erbteilungsverträge (*Art. 634 Abs. 2 ZGB*), der Kaufvertrag über die Aktien einer Immobilien-AG, Verträge über Grundbuchdienstbarkeiten (*Art. 732 ZGB*), gerichtliche Vergleiche, Scheidungsvereinbarungen, Erwerb im Rahmen einer freiwilligen, öffentlich angekündigten Versteigerung nach *Art. 229 Abs. 2, Art. 235 OR*, und schliesslich die Ausübung eines Kaufrechts, sowie eines Vor- oder Rückkaufsrechts.

3. Der Umfang der Beurkundung

Die Beurkundung muss alle wesentlichen Vertrags Elemente erfassen. Zur Frage, ob dies nur die objektiv wesentlichen Elemente oder auch subjektiv wesentliche Elemente sind, besteht ein Theorienstreit.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes erstreckt sich der Formzwang bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht auf sonstige Vereinbarungen, auch dann nicht, wenn diese *conditio sine qua non* für den Kaufvertrag sind.

IV. Rechtsfolge des Formmangels

1. Ungültigkeit

Nach *Art. 216 OR, Art. 657 ZGB i.V.m. Art. 11 Abs. 2 OR* sind Grundstückkaufverträge, die nicht oder nicht richtig beurkundet sind, ungültig. Dies bedeutet im Grundsatz, dass der Vertrag keine Rechtswirkungen entfaltet. Gegebenenfalls kommt Teilnichtigkeit in analoger Anwendung von *Art. 20 Abs. 2 OR* in Betracht.

2. Unzulässigkeit der Berufung auf den Formmangel nach ZGB 2

Der dargestellte Grundsatz der Ungültigkeit gilt in praxi und de facto nur sehr eingeschränkt: Nach ständiger Rechtsprechung ist nämlich die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich und verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (*Art. 2 ZGB*):

- wenn der Vertrag von beiden Parteien freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden ist;
- wenn diejenige Partei, die sich darauf beruft, den Formmangel arglistig herbeigeführt hat;
- bei zweckwidriger Berufung auf den Formmangel.

Der wichtigste Fall ist derjenige der beiderseitigen Erfüllung. Im Ergebnis kann man hier von einer de-facto-Gültigkeit des erfüllten nichtigen Vertrages sprechen.

3. Simulation

Nicht selten beurkunden die Parteien zum Zwecke der Steuer- oder Gebührenhinterziehung einen niedrigeren Kaufpreis als sie in Wahrheit vereinbart haben. Der Differenzbetrag wird „schwarz“ bezahlt. Nach Rechtsprechung und Doktrin ist das beurkundete Geschäft, weil nicht gewollt, wegen Simulation nichtig (*Art. 18 OR*), das vereinbarte (dissimulierte) Geschäft dagegen ist wegen Formmangels nach *Art. 216 Abs. 1 OR* ungültig.

V. Eigentums- und Gefahrübertragung

1. Eigentumsübergang

Das Eigentum geht mit Eintragung ins Grundbuch (*Art. 656 Abs. 1 ZGB*) auf den Erwerber über. Die Eintragung erfolgt auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstücks, auf das sich die Verfügung bezieht (*Art. 963 Abs. 1 ZGB*). Die Eintragung wird nach *Art. 965 ZGB* nur auf Grund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen. Dem Eintragungsantrag nach *Art. 963 Abs. 1 ZGB* kommt zentrale Bedeutung zu, weil die meist erst später erfolgende Eintragung auf den Zeitpunkt des Eingangs des Antrags zurückwirkt (*Art. 972 Abs. 2, Art. 948 ZGB*).

Bei einem bedingten Kaufvertrag wird das Eigentum erst nach Eintritt der Bedingung eingetragen (*Art. 217 Abs. 1 ZGB*). Ein Eigentumsvorbehalt ist beim Grundstückkauf unzulässig (*Art. 217 Abs. 2 ZGB*).

Nach *Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB* hat der Verkäufer zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes an dem verkauften Grundstück.

2. Kausalität des Verfügungsgeschäftes

Der Eigentumserwerb ist kausal. Im Unterschied zum Fahrniseigentum ergibt sich dies für das Grundeigentum aus *Art. 974 Abs. 2 ZGB*. Der Veräußerer hat also im Falle der ungültigen causa die Rechte nach *Art. 641 Abs. 2, Art. 975 ZGB*: Vindikation und Grundbuchberichtigung. Der Käufer wird dagegen auf die Kondiktion des Kaufpreises verwiesen.

3. Gefahrtragung

Abweichend von *Art. 185 OR* stellt *Art. 220 OR* die Vermutung auf, dass Nutzen und Gefahr erst mit dem vereinbarten Zeitpunkt der Übernahme des Grundstückes übergehen.

VI. Gewährleistung

Das Gesetz enthält in *Art. 219 OR* keine allgemeine Regelung der Gewährleistung für den Grundstückkauf, sondern nur eine Sondervorschrift, welche nur die Haftung für die Grundstücksgrösse betrifft. Für Grundstücksmängel oder Fehlen zugesicherter Eigenschaften kommen nach *Art. 221 OR* die Vorschriften über den Fahrniskauf zur entsprechenden Anwendung.

1. Rechtsmängelhaftung

Die Rechtsmängelhaftung spielt namentlich dort eine Rolle, wo noch kein Grundbuch existiert. Besteht ein Grundbuch, so ist Voraussetzung der Rechtsmängelhaftung, dass der Käufer ins Grundbuch eingetragen worden ist. Solange dies nicht der Fall ist, handelt es sich nicht um Ansprüche aus Rechtsmängelhaftung, sondern um Ansprüche wegen Nichterfüllung. Im Hinblick auf den gutgläubigen Erwerb nach *Art. 973 ZGB* sind Fälle der Rechtsgewährleistung selten. Geschützt wird entgegen dem etwas zu engen Wortlaut von *Art. 973 ZGB* nicht nur der gute Glaube in bezug auf einen Eintrag im Grundbuch, sondern der gute Glaube hinsichtlich

der Vollständigkeit und Richtigkeit des Grundbuchs. Der Erwerber darf sich darauf verlassen, dass das gilt, was eingetragen ist, und das nicht gilt, was nicht eingetragen ist (positive Publizität). Eine Rechtsmängelhaftung kommt hier nur bei ausdrücklicher Zusicherung in Betracht (*Art. 192 Abs. 2 OR*).

2. Sachmängelhaftung

Für Mängel und Zusicherung von Grundstücken und Gebäuden darf auf die Ausführungen zum Fahrniskauf verwiesen werden. Einzig *Art. 219 OR* enthält eine Sondervorschrift für die Haftung des Verkäufers für ein bestimmtes Flächenmass.

VII. Beschränkung des Grundstückerwerbs auf Grund öffentlichrechtlicher Vorschriften

1. Landwirtschaftliche Grundstücke

Für landwirtschaftliche Grundstücke gilt nach *Art. 218 OR* seit Beginn des Jahres 1994 das neue bauerliche Bodenrecht (BGBB).

2. Grundstückserwerb durch Ausländer

Das BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG, „lex Friedrich“) macht den Grundstückserwerb durch Ausländer von einer kantonalen Bewilligung abhängig, die zu versagen ist, wenn kein berechtigtes Interesse vorliegt.

12. Besondere Arten des Kaufs. Tausch

I. Der Kauf nach Muster (OR 222)

1. Begriff

Der Kauf nach Muster ist ein Kauf, bei dem die Eigenschaften des Musters zugesichert sind. Der Verkäufer haftet für Musterkonformität. Ob ein Kauf nach Muster vorliegt, ist eine Frage der Umstände und der Auslegung im Einzelfall.

2. Gesetzliche Regelung

Art. 222 OR definiert den Kauf nach Muster nicht, sondern enthält nur einige Beweisvorschriften über Musteridentität und Echtheit sowie über die Beweislast bei Untergang des Musters.

II. Kauf auf Probe

1. Begriff

Der Kauf auf Probe ist ein bedingter Kauf. Die Bedingung ist die Genehmigung der Kaufsache. Sie steht im Belieben des Käufers (*Art. 223 Abs. 1 OR*); es handelt sich also um eine Potestativbedingung. Unter Umständen kann ein im Softwarebereich die Shareware als Kauf auf Probe qualifiziert werden.

Vom Kauf auf Probe zu unterscheiden ist der Kauf nach Probe und zur Probe.

Der Kauf nach Probe ist der Kauf nach Muster. Beim Kauf zur Probe wird zunächst ein Stück unbedingt gekauft. Der Käufer stellt eine weitere Abnahme für den Fall in Aussicht, dass er mit dem Probestück zufrieden ist.

2. Genehmigung

Das Gesetz unterscheidet, ob sich die Sache noch beim Verkäufer (*Art. 224 OR*) oder beim Käufer (*Art. 225 OR*) befindet. Im zuerst genannten Fall ist der Vertrag gegenstandslos, wenn der Käufer nicht bis zum Ablauf der vereinbarten oder üblichen Frist genehmigt. Im zweiten Fall gilt der Kauf als genehmigt, wenn der Käufer nicht innerhalb der vertragsmässigen oder üblichen Frist die Nichtannahme erklärt oder die Sache zurückgibt.

3. Der Kauf mit Umtauschvorbehalt

Der Kauf mit Umtauschvorbehalt ist ein häufiger Geschäftstyp, den das Gesetz nicht geregelt hat. Er ist weit wichtiger als der Kauf auf Probe. Anders als bei diesem steht es nicht im Belieben des Käufers, ob er den Kauf genehmigen will, sondern er kann nur das gekaufte Stück, falls es nicht passt (usw.), gegen ein anderes umtauschen. Es handelt sich also um einen unbedingten Kauf.

III. Teilzahlungsgeschäfte (OR 226a ff.)

1. Allgemeines

Das Ziel der *Art. 226a–228 OR* ist die Bekämpfung von Missbräuchen im Abzahlungswesen. Von praktischer Bedeutung sind die Teilzahlungskredite; für diese ist neben *Art. 226a ff. OR* auch das Konsumkreditgesetz (KKG) zu beachten.

2. Kondumkreditgesetz

a) Entstehungsgeschichte Das KKG ist am 1. April 1994 in Kraft getreten und entspricht der EG-Richtlinie 87/102 vom 22. Dezember 1986 bzw. 90/88 vom 22. Februar 1990 über den Verbraucherkredit.

b) Anwendungsbereich Das KKG gilt für alle Verträge, bei denen sich ein Kreditgeber und ein Konsument gegenüberstehen. In welcher Rechtsform der entgeltliche Kredit gewährt wird, spielt dabei keine Rolle. Entscheidend ist, dass ein Zahlungsaufschub erfolgt (*Art. 1 i.V.m. Art. 6 KKG*). In persönlicher Hinsicht gilt das Gesetz für den Konsumenten, der nur eine natürliche Person sein kann und der den Kredit nicht für berufliche oder gewerbliche Zwecke verwendet (*Art. 3 KKG*).

c) Verhältnis des KKG zu OR 226a ff. Grundsätzlich gelten beide Gesetze nebeneinander. Gemäss *Art. 7 KKG* geht bei einer Überschneidung der beiden Gesetze jenes vor, dass die strengeren Vorschriften zum Schutze des Konsumenten vorsieht. Diese Regelung ist nicht unproblematisch; sie führt zur Rechtszersplitterung und einem „unerträglichen“ Nebeneinander.

3. Begriff des Abzahlungsvertrages

Die Vorschriften von *Art. 226a ff. OR* wollen eine leichtfertige Konsumentenverschuldung infolge des „Verniedlichungseffektes“ der Ratenzahlungen verhindern. Das Gesetz definiert den Abzahlungsvertrag als Kauf, bei dem der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer eine bewegliche Sache vor Zahlung des Kaufpreises zu übergeben und der Käufer, den Kaufpreis in Teilzahlungen zu entrichten (*Art. 226a Abs. 1 OR*).

4. Anwendungsbereich

Die Bestimmungen von *Art. 226a–226l OR* sind grundsätzlich auf alle Rechtsgeschäfte anwendbar, die den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgen wie ein Abzahlungskauf (*Art. 226m OR*).

5. Gültigkeitsvoraussetzungen

Das Gesetz stellt etliche Gültigkeitserfordernisse zum Schutz und zur Information des Käufers auf. Fehlen diese, so ist der Vertrag nichtig:

1. Schriftform.
2. Gesetzlich vorgeschriebene Angaben: *Art. 226a Abs. 2 Ziff. 1–11 OR*; *Art. 5 KKG*.
3. U.U. schriftliche Zustimmung des Ehegatten bzw. des gesetzlichen Vertreters (*Art. 226b OR*).
4. Überlegungsfrist von fünf Tagen: *Art. 226c OR*.

6. Durchführung des Vertrages

Art. 226 d–l OR enthalten eine Reihe von Durchführungs- und Schutzbestimmungen zugunsten des Verkäufers.

7. Vorauszahlungsvertrag

Der Vorauszahlungsvertrag (*Art. 227a–i OR*) ist infolge wirtschaftlicher Unsinnigkeit und restriktiver gesetzlicher Regelung praktisch obsolet geworden.

IV. Versteigerung (OR 229–236)

1. Begriff

Unter Versteigerung, Auktion oder Steigerungskauf versteht man einen Kauf, bei dem der Auktionator unter den Kaufinteressenten einen Wettbewerb veranstaltet, indem er demjenigen, der nach gegenseitigem Überbieten das höchste Gebot leistet, den Zuschlag erteilt. *Art. 229 ff. OR* beziehen sich primär auf die öffentlich angekündigte, private (freiwillige) Versteigerung (*Art. 229 Abs. 2 OR*). Die in *Art. 229 Abs. 1 OR* erwähnte Zwangsversteigerung richtet sich nach *Art. 125 ff., 133 ff., 259 SchKG*. Der Veräußerer haftet nur bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung nach normalen Grundsätzen (*Art. 234 Abs. 3 OR*). Gegenstand der Versteigerung können Sachen aller Art sein, auch Grundstücke (*Art. 235 OR*).

2. Beteiligte

Beteiligt an einer Versteigerung sind der Veräußerer, der Auktionator und die Bieter. Das Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Auktionator ist ein Auftragsverhältnis, zumeist eine Kommission. *Art. 229 Abs. 3 OR* stellt die Vermutung auf, dass der Auktionator ermächtigt ist, den Zuschlag zu erteilen.

3. Besonderheiten des Versteigerungskaufes

a) Vertragsschluss Der Vertragsschluss kommt durch Zuschlag (*Art. 229 Abs. 2 OR*) an den Meistbietenden zustande. Das Steigerungsprotokoll ersetzt die in *Art. 216 Abs. 1 OR* vorgesehene öffentliche Beurkundung (*Art. 235 Abs. 2 OR*). Der Meistbietende hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, Barzahlung zu leisten (*Art. 233 Abs. 1 OR*); andernfalls ist ein sofortiger Rücktritt möglich (*Art. 233 Abs. 2 OR*).

b) Gewährleistung In den Auktionsbedingungen kann jede Gewährleistung ausgeschlossen werden, mit Ausnahme der Haftung für absichtlicher Täuschung (*Art. 234 Abs. 3 OR*). In der Sache liegt darin kein Unterschied zu *Art. 199 OR*.

c) Anfechtung nach OR 230 Haben der Auktionator und/oder einzelne Bieter in rechtswidriger oder sittenwidriger Weise auf die Versteigerung eingewirkt, so kann dies innerhalb einer Frist von zehn Tagen von jedermann, der ein Interesse daran hat, angefochten werden (*Art. 230 OR*).

d) Kantonale Bestimmungen *Art. 236 OR* räumt den Kantonen die Möglichkeit ein, weitere Vorschriften über die öffentliche Versteigerung aufzustellen.

V. Tauschvertrag (OR 237 f.)

1. Begriff

Der Tausch ist ein Vertrag, bei dem nicht ein Gegenstand gegen Geld, sondern gegen einen anderen Gegenstand ausgetauscht wird. Aus der Verweisung auf den Kauf ergibt sich, dass es sich um einen Kaufgegenstand handeln muss. Der Tausch hat heute kaum noch praktische Bedeutung.

2. Abgrenzung

Haben die Parteien zwei Kaufverträge mit Verrechnungsabrede geschlossen, so ist dies als Tausch zu qualifizieren, wenn sie beide Geschäfte nur zusammen abschliessen wollten.

3. Besonderheiten des Tausches

Besonderheiten gegenüber dem Kaufrecht ergeben sich aus dem Umstand, dass die Gegenleistung nicht in Geld besteht, dass jede Partei sowohl Verkäufer als auch Käufer ist. Daher bestimmt *Art. 237 OR*, dass die Vorschriften über den Kaufvertrag in dem Sinne Anwendung finden, dass jede Vertragspartei in bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer und in bezug auf die ihr zugesprochene Sache als Käufer behandelt wird.

13. Schenkung (OR 239–252)

I. Allgemeines

1. Begriff

Schenkungen sind die unentgeltliche Zuwendung aus dem Vermögen des Schuldners. Die Schenkung ist ein Vertrag, d.h., dass das Schenkungsangebot vom Beschenkten (wenn auch konkludent) angenommen werden muss; niemand muss sich eine Schenkung aufdrängen lassen.

Unterschieden werden können das Schenkungsversprechen (Verpflichtungsgeschäft) und die Handschenkung, bei der das vertragliche Element in einer blossen Rechtsgrundabrede besteht. Die Schenkung ist auf Übereignung gerichtet, gehört also zu den Veräusserungsgeschäften. Vom Kauf unterscheidet sie die Unentgeltlichkeit.

Die Schenkung muss aus dem Vermögen des Schuldners stammen. Dies bedeutet, dass die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung (*Leihe, Art. 305 ff. OR*), unentgeltliche Arbeit oder Auftragsstätigkeit nicht unter die Schenkung fallen. Keine Schenkung ist auch der Verzicht auf ein noch nicht angefallenes Recht oder die Ausschlagung einer Erbschaft (*Art. 239 Abs. 2 OR*). Keine Schenkung ist weiter die Leistung in Erfüllung einer sittlichen Pflicht (*Art. 239 Abs. 3*,

Art. 63 Abs. 2 OR). Eine Schenkung ist stets eine Zuwendung unter Lebenden (*Art. 239 Abs. 1 OR*).

II. Vertragsschluss

1. Konsens

Voraussetzung für das Zustandekommen einer Schenkung, als Vertrag, ist ein Konsens nach *Art. 1 OR*.

2. Handlungsfähigkeit

a) Handlungsfähigkeit des Schenkers *Art. 240 OR* verlangt Handlungsfähigkeit des Schenkers. Dieses Erfordernis ergibt sich schon aus *Art. 12 ZGB*.

b) Handlungsfähigkeit des Beschenkten *Art. 19 Abs. 2 ZGB und Art. 241 OR* lassen für die Annahme einer Schenkung Urteilsfähigkeit genügen. Der gesetzliche Vertreter kann aber die Annahme einer Schenkung untersagen (*Art. 241 Abs. 2 OR*), was eine Einschränkung von *Art. 19 Abs. 2 ZGB* darstellt.

Urteilsunfähige können keine Schenkung annehmen (*Art. 18 i.V.m. 16 ZGB*). Wenn Eltern ihren Kindern etwas schenken, dann können sie das nur in der Form des Selbstkontrahierens tun: Sie sind einerseits Schenker und andererseits gesetzliche Vertreter der Beschenkten.

3. Form

Art. 243 Abs. 1 OR verlangt für das Schenkungsversprechen Schriftform. Das Formerfordernis dient dem Schutz vor Übereilung. Hingegen ist die Handschenkung formlos gültig (*Art. 242 Abs. 1 OR*). Wird ein formunwirksames Schenkungsversprechen vollzogen, so ist eine Schenkung von Hand zu Hand anzunehmen (*Art. 243 Abs. 3 OR*; Heilung). Zur Erfüllung der Schriftform genügt nach *Art. 13 Abs. 1 OR* die Unterschrift des Schenkers, weil nur er verpflichtet wird.

III. Schenkung unter Auflage oder Bedingung

1. Auflage

Nicht selten verbindet der Schenker mit der Schenkung eine Auflage. Diese kann im Interesse des Schenkers oder im Interesse Dritter, aber auch im Interesse des Beschenkten liegen. Die Erfüllung der Auflage ist keine Gegenleistung. Die Erfüllung der Auflage ist nicht einklagbar (*Art. 246 OR*). Wahlweise hat der Schenker bei Nichterfüllung auch ein Rückforderungsrecht (*Art. 249 Ziff. 3 OR*). Dagegen hat er keinen Schadenersatzanspruch.

Eine sittenwidrige oder gesetzeswidrige Auflage ist unwirksam. Ob die Unwirksamkeit der Auflage auch die Schenkung erfasst, beurteilt sich nach *Art. 20 Abs. 2 OR*. Keine Auflage ist die Äusserung eines blossen Wunschs oder einer Empfehlung.

2. Bedingung

Statt einer Auflage kann der Beschenkte auch eine aufschiebende oder auflösende Bedingung (*Art. 151 ff. OR*) setzen. Einen Sonderfall erwähnt *Art. 247*: Danach kann der Schenker den Rückfall der Schenkung für den Fall des Vorversterbens des Beschenkten anordnen. Dieser Anspruch kann im Grundbuch vorgemerkt werden (*Art. 247 Abs. 2 OR*).

IV. Widerruf der Schenkung

1. Die vollzogene Schenkung

Die vollzogene Schenkung kann widerrufen werden: Bei einem schweren Verbrechen des Beschenkten gegen den Schenker oder eine diesem nahestehende Person (*Art. 249 Ziff. 1 OR*); bei einer schweren Verletzung familienrechtlicher Pflichten gegenüber dem Schenker oder dessen Angehörigen (*Art. 249 Ziff. 2 OR*); bei Nichterfüllung von Auflagen (*Art. 249 Ziff. 3 OR*). Dies entspricht den Gründen aus *Art. 477 ZGB* (Enterbung).

2. Schenkungsversprechen

Art. 250 OR erweitert die Widerrufsmöglichkeit für das Schenkungsversprechen: Der Schenker kann das Versprechen widerrufen, wenn sich seine Vermögensverhältnisse so geändert haben, dass ihn die Schenkung ausserordentlich schwer belasten würde (*Art. 250 Abs. 1 Ziff. 2 OR*); ferner, wenn dem Schenker seit dem Versprechen familienrechtliche Pflichten erwachsen sind, die vorher gar nicht oder in erheblich geringerem Umfang bestanden haben (*Ziff. 3*). Schliesslich wird das Schenkungsversprechen durch Ausstellung eines Verlustscheines oder Konkurseröffnung aufgehoben (*Art. 250 Abs. 2 OR*).

3. Geltendmachung des Widerrufs

Das Widerrufsrecht verjährt in einem Jahr ab Kenntnis des Widerrufsgrundes; es kann in offener Frist auch von den Erben ausgeübt werden (*Art. 251 Abs. 2 OR*).

4. Freier Widerrufsvorbehalt

Aufgrund der Privatautonomie ist grundsätzlich auch ein vereinbarter Widerrufsvorbehalt möglich, dessen Geltendmachung an keine Gründe gebunden ist.

V. Rechtsfolgen

1. Die Haftung des Schenkers

Ist das Schenkungsversprechen wirksam, so kann der Beschenkte auf Erfüllung klagen. Streitig ist, ob er auch Schadenersatz fordern kann.

2. Privilegierung des Schenkers

Bei dem nach *Art. 97 OR* erforderlichen Verschulden des Schenkers ist das Haftungsprivileg von *Art. 99 Abs. 2 OR* zu beachten: Die Haftung des Schenkers ist milder, weil das Geschäft für ihn keinerlei Vorteil bezweckt. In Analogie zu *Art. 248 Abs. 1 OR* wird die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

3. Schenkung aus fremdem Vermögen

Verschenkt der Schenker eine Sache, die nicht zu seinem Vermögen gehört, würde der Beschenkte eigentlich das Eigentum nach *Art. 933 ZGB* erwerben, wenn jene Voraussetzungen erfüllt wären. Dies vermeidet man jedoch mit der Annahme, dass die Schenkung einer Sache, die nicht dem Schenker gehört, nicht aus seinem Vermögen stammt, weshalb die Schenkung unwirksam ist; der Eigentümer kann die Sache also vom Beschenkten vindizieren.

4. Schenkungsanfechtung

Eine Schenkung, die innerhalb des letzten Jahres vor Konkurseröffnung oder Pfändung vollzogen wurde, unterliegt der Schenkungsanfechtung (*Art. 286, 289 ff. SchKG*). Hat der Schenker in der dem Beschenkten erkennbaren Absicht gehandelt, seine Gläubiger zu benachteiligen, so kommt die unbefristete Absichtsanfechtung nach *Art. 288 SchKG* in Betracht (Delikts-Pauliana).

VI. Schenkung auf den Todesfall

Schenkungen auf den Todesfall unterstehen nicht dem Schenkungsrecht, sondern dem Erbrecht. Nach *Art. 245 Abs. 2 ZGB* sind die Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen (*Art. 481 ff. ZGB*) anzuwenden. Für eine Schenkung auf den Todesfall ist typisch, dass der Vollzug der Schenkung bis zum Tode des Schenkers aufgeschoben wird.

14. Werkvertrag (OR 363–379)

I. Allgemeines

1. Begriff

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines (körperlichen oder unkörperlichen; z.B. Theateraufführung) Werkes, der Besteller zur Leistung einer Vergütung (*Art. 363 OR*). Gegenstand eines Werkvertrages kann sowohl die Herstellung wie die Veränderung von körperlichen oder unkörperlichen Sachen sein; dazu zählen auch Reparaturarbeiten (z.B. Autoreparatur).

Der Werkvertrag ist ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag. Der Unternehmer schuldet das Werk, der Besteller die Vergütung.

2. Abgrenzung

a) Kaufvertrag (OR 184 ff.) Der Vertrag über eine erst herzustellende Sache ist Werkvertrag, wenn es sich um ein individuelles Exemplar handelt, das speziell für den Besteller angefertigt und nicht serienmässig hergestellt wird; sonst liegt Kaufvertrag vor. Ist die Sache bei Vertragsschluss bereits hergestellt, so kommt ohnehin nur Kauf in Betracht.

b) Auftrag (OR 394–406) Beim Werkvertrag wird ein bestimmter Erfolg geschuldet, beim Auftrag hingegen (nur) ein Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers (*contrats de résultat* — *contrats de moyens*).

II. Die Pflichten des Unternehmers

1. Pflicht zur Herstellung des Werkes

Der Unternehmer muss das vertraglich vereinbarte Werk herstellen (*Art. 363 OR*) und (gegebenenfalls) abliefern (*Art. 367 OR*).

a) Persönliche Ausführung? Grundsätzlich ist der Unternehmer in Abweichung von der allgemeinen Regel des *Art. 68 OR* zur persönlichen Ausführung oder doch zur persönlichen Leitung derselben verpflichtet (*Art. 364 Abs. 2 OR*). Der Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass es sich nicht um eine (reine) Sachleistung handelt, sondern (zumindest auch) um eine Arbeitsleistung, weshalb die Person des Unternehmers dem Besteller in der Regel nicht

gleichgültig ist. Dies gilt freilich nicht, wenn es nach der Natur des Geschäfts auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt, was praktisch häufig ist. Soweit der Vertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers abgeschlossen worden ist, erlischt er mit dessen Tod oder unverschuldetem Unfähigwerden (*Art. 379 Abs. 1 OR*).

b) Sorgfaltsmassstab *Art. 364 Abs. 1 OR* verweist auf *Art. 321a und 321e OR*. Danach haftet der Unternehmer auch für leichte Fahrlässigkeit. Eine individuelle und flexible Beurteilung der Haftung wird aber durch *Art. 321e Abs. 2 OR* ermöglicht, wonach auch Berufsrisiko, Bildungsgrad und Fachkenntnisse zu berücksichtigen sind, die für die Erstellung des Werkes verlangt werden, sowie die Fähigkeiten und Eigenschaften des Unternehmers, die der Besteller gekannt hat oder hätte kennen müssen. Für Hilfspersonen haftet der Unternehmer nach *Art. 101 OR*.

c) Keine besondere Treuepflicht Der Unternehmer hat, anders als der Arbeitnehmer (*Art. 321a Abs. 1 OR*) und der Beauftragte (*Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321a Abs. 1 OR*), keine besonderen Treuepflichten.

d) Haftung für den Stoff (OR 365)

aa) Hat der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen, so kommen, wenn ihm der Stoff nicht gehört, die Vorschriften der Rechtsmängelhaftung (*Art. 192–196 OR*) zur Anwendung (*Art. 365 Abs. 1 OR*). Die Sachmängelhaftung beurteilt sich in diesem Fall ausschliesslich nach *Art. 367 ff. OR*.

bb) Stammt der Stoff vom Besteller, so gilt *Art. 365 Abs. 2 OR*. 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 (*Art. 365 Abs. 3 OR*).

e) Rücktritt (OR 366) und Widerruf (OR 377) durch den Besteller Gerät der Unternehmer mit der Ausführung in Rückstand, so kann der Besteller schon vor dem Liefertermin zurücktreten, wenn vorauszusehen ist, dass das Werk nicht rechtzeitig fertiggestellt wird (*Art. 366 Abs. 1 OR*).

Bei mangelhafter oder vertragswidriger Werkherstellung gibt *Art. 366 Abs. 2 OR* dem Besteller schon während der Ausführung des Werkes das Recht unter Fristansetzung die Ersatzvornahme durch einen Dritten anzudrohen. Dieses Recht besteht nur bei Verschulden des Unternehmers und nur während der Ausführung des Werkes. Im Unterschied zu *Art. 98 OR* ist bei *Art. 366 OR* eine richterliche Ermächtigung nicht erforderlich.

Auch der Rücktritt nach *Art. 366 Abs. 1 OR* setzt grundsätzlich eine Mahnung und die Einräumung einer Nachfrist im Sinne des *Art. 107 OR* voraus.

Fehlen die Voraussetzungen des *Art. 107 OR*, so liegt regelmässig ein Rücktritt nach *Art. 377 OR* vor. Nach dieser Vorschrift kann der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen aliquote Vergütung und volle Schadloshaltung, also Ersatz des *lucrum cessans*, jederzeit zurücktreten. Dies ist eine Ausnahme vom Grundsatz „*pacta sunt servanda*“. Dabei muss sich der Unternehmer aber einen Abzug gefallen lassen, der den eingesparten Aufwendungen entspricht.

2. Gefahrtragung

a) Vergütungsgefahr Nach *Art. 376 OR* trägt grundsätzlich der Unternehmer die Lohngefahr, d.h. er erhält weder Werklohn noch Ersatz der Auslagen, wenn das Werk vor der Übergabe durch Zufall untergeht. Gerät der Besteller in Annahmeverzug, so geht die Gefahr auch ohne Übergabe auf ihn über (*Art. 376 Abs. 1 OR*). Der Verlust des Stoffes trifft den Teil, der ihn geliefert hat (*Art. 376 Abs. 2 OR*).

Geht das Werk wegen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer Anweisung des Bestellers unter, so trägt dieser die Vergütungsgefahr und der Unternehmer erhält eine Vergütung der bereits geleisteten Arbeit sowie der im Lohn nicht eingeschlossenen Auslagen, wenn er rechtzeitig auf die Gefahren hingewiesen hat. Liegt zusätzlich ein Verschulden des Bestellers vor, kann von diesem überdies wie bei *Art. 377 OR* Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses verlangt werden (*Art. 376 Abs. 3 OR*).

Dieser Gedanke der Gefahrtragung nach Gefahrenkreisen findet sich auch in *Art. 378 OR*, wo die nachträglich eintretende objektive Unmöglichkeit der Werkausführung geregelt wird.

b) Leistungsgefahr Bei zufälligem Untergang des Werkes stellt sich die Frage, ob der Unternehmer die Werkausführung weiterhin schuldet oder seine Verpflichtung erlischt. Die Antwort darauf ergibt sich aus der Verteilung der Leistungsgefahr, welche bestimmt, ob der Unternehmer bei zufälligem Werkuntergang von der Verpflichtung zur Werkherstellung befreit wird. Bleibt die Leistungserstellung objektiv möglich, so trifft den Unternehmer immer dann die Leistungsgefahr, wenn er auch die Vergütungsgefahr trägt. Befindet sich der Besteller im Annahmeverzug, und geht das Werk durch einen Zufall unter, entfällt damit die Ausführungsverpflichtung des Unternehmers.

3. Gewährleistungspflicht des Unternehmers

a) Haftung für Werkmängel Ähnlich wie beim Kauf besteht auch beim Werkvertrag eine verschuldensunabhängige Haftung für Werkmängel. Die Ausgestaltung der Gewährleistung im einzelnen weist aber Unterschiede auf.

b) Voraussetzungen der Sachmängelhaftung

aa) Werkmangel im Zeitpunkt der Ablieferung *Art. 368 Abs. 1 OR* unterscheidet zwischen Mängeln und sonstigen Abweichungen vom Vertrag. Ungeachtet der unterschiedlichen Formulierungen ist der Sachmangel- bzw. Fehlerbegriff von *Art. 368 OR* derselbe wie in *Art. 197 OR*. Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk nach der Verkehrsanschauung fehlerhaft ist. Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels trägt der Besteller.

bb) Mängelrüge (OR 367) Nach Ablieferung hat der Besteller das Werk zu prüfen und allfällige Mängel dem Unternehmer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu melden (*Art. 367 OR*). Unterbleibt die Rüge offenkundiger Mängel, so gilt das Werk als genehmigt, der Unternehmer wird frei (*Art. 370 Abs. 1 und 2 OR*). Für versteckte Mängel gilt *Art. 307 Abs. 3 OR*.

cc) Wegfall der Gewährleistung Die Sachmängelansprüche entfallen, wenn der Besteller den Mangel durch eine Weisung oder sonstwie selbst verschuldet hat (*Art. 369 OR*).

c) Ansprüche des Bestellers Der Besteller hat unter den jeweiligen Voraussetzungen von *Art. 368 OR* ein Wahlrecht. Er kann Wandlung, Minderung oder Nachbesserung verlangen. Überwiegend wird angenommen, dass die Ausübung des Wahlrechts Rechtsgestaltung ist. An die einmal getroffene und ausgeübte Wahl ist der Besteller nach h.L. gebunden.

aa) Wandlung Wandlung setzt gravierende Mängel voraus, welche die Annahme für den Besteller unzumutbar machen (*Art. 368 Abs. 1 OR*). Das ist der Fall, wenn das Werk für den Besteller unbrauchbar ist und ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. 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 ausgeschlossen (*Art. 368 Abs. 3 OR*).

bb) Minderung Bei minder erheblichen Mängeln kann der Besteller Minderung verlangen (*Art. 368 Abs. 2 OR*). Wandlung ist hier ausgeschlossen. Dagegen kann der Besteller bei gravierenden Mängeln statt der Wandlung auch Minderung oder Nachbesserung verlangen. Die Berechnung der Minderung folgt, wie beim Kauf, der relativen Methode. Für Identität der Minderung mit den Kosten der Mängelbehebung besteht eine tatsächliche Vermutung.

cc) Nachbesserung Praktisch bedeutsam ist das Nachbesserungsrecht nach *Art. 368 Abs. 2 OR*. Voraussetzung hierfür ist, dass dem Unternehmer keine übermässigen Kosten entstehen. Übermässig sind Kosten, die in einem Missverhältnis zu dem Nutzen stehen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Ist jedoch eine bestimmte Eigenschaft im Vertrag besonders vereinbart oder zugesichert, so kommt es auf die Höhe der Kosten nicht an.

Der Nachbesserungsanspruch ist ein modifizierter Erfüllungsanspruch; schlägt die Nachbesserung fehl, leben die anderen Ansprüche des Bestellers wieder auf. Im Gegensatz zum Besteller steht dem Unternehmer grundsätzlich kein Nachbesserungsrecht zu.

dd) Schadenersatz Der Anspruch setzt Verschulden voraus. Nach der Judikatur gilt trotz der anderslautenden Formulierung von *Art. 368 Abs. 1 OR* auch hier die Exkulpation nach *Art. 97 OR*. *Art. 97 OR* ist neben *Art. 368 OR* nicht anwendbar. Im Gegensatz wird hier nicht zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden unterschieden.

Voraussetzung ist auch hier eine rechtzeitige Mängelrüge. Die h.L. nimmt an, dass der Schadenersatz nach *Art. 368 OR* nur neben Wandlung, Minderung bzw. Nachbesserung treten kann und nicht an deren Stelle. Folgt man dem, so erfasst der Schadenersatzanspruch nur Mangelfolgeschäden.

d) Freizeichnung In praxi ist es vielfach üblich, die Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Bestellers zu beschränken. Häufig werden Wandlung, Minderung und Schadenersatz ausgeschlossen und der Besteller auf Nachbesserung beschränkt. Die Freizeichnung ist in den Grenzen von *Art. 100 OR* zulässig.

e) Abtretbarkeit der Sachmängelansprüche Die Abtretbarkeit des Wandlungs- und Minderungsrechts wird im Hinblick auf den Charakter des Gewährleistungsanspruchs als akzessorisches Gestaltungsrecht von der h.L. verneint; hingegen wird die Abtretbarkeit von Nachbesserungs- und Ersatzansprüchen bejaht. Diese Unterscheidung ist jedoch dogmatisch nicht über alle Zweifel erhoben.

f) Verjährung In Analogie zum Kaufrecht beträgt die Verjährungsfrist nach *Art. 371 Abs. 1 und 2 OR* ein Jahr für bewegliche Sachen und fünf Jahre für Bauwerke. Die Frist beginnt mit der Ablieferung bzw. Abnahme, ohne Rücksicht auf die Entdeckung oder die Erkennbarkeit des Mangels. Wie beim Kauf gilt aber für arglistiges Verschweigen die zehnjährige Frist. *Art. 371 OR* ist dispositiv.

III. Die Pflichten des Bestellers

1. Annahme und Abnahme

Der Besteller muss das gehörig angebotene Werk annehmen, sofern er nicht in Annahmeverzug geraten will. Dies ist indessen keine Rechtspflicht, sondern lediglich eine Obliegenheit (*Art. 91 ff. OR*).

Von der Annahme als tatsächliche Entgegennahme zu unterscheiden ist die Abnahme gemäss *Art. 370 OR*, bei der die Annahme mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung verbunden wird, dass das Werk als vertragsgemäss genehmigt ist. Die Abnahme stellt keine Pflicht, sondern ebenfalls nur eine Obliegenheit dar. Nimmt der Besteller das Werk tatsächlich entgegen, so liegt darin eine stillschweigende Genehmigung — also eine Abnahme —, wenn er die nach *Art. 367 OR* vorgesehene Prüfung und Anzeige unterlässt (*Art. 370 Abs. 2 OR*).

2. Zahlung des Werklohnes (OR 372)

a) Entgeltlichkeit Nach h.L. ist der Werkvertrag notwendig entgeltlich. Bei Unentgeltlichkeit soll Auftrag vorliegen; das ist zweifelhaft, das Gesetz steht einem unentgeltlichen Werkvertrag nicht entgegen. Zu beachten ist freilich die Haftungsminderung nach *Art. 99 Abs. 2 OR* und die Analogie zu *Art. 248 OR*.

b) Entstehen und Fälligkeit des Werklohnanspruches Der Anspruch entsteht mit Vertragschluss und wird bei Ablieferung des mangelfreien und vertragsgemässen Werkes fällig (*Art. 372 Abs. 1 OR*). Ablieferung und Zahlung erfolgen Zug um Zug.

3. Höhe des Werklohnes (OR 373 f.)

a) Vereinbarung einer bestimmten Vergütung Haben die Parteien eine fest Vergütung bestimmt, so gehen Einsparungen zugunsten des Unternehmers (*Art. 373 Abs. 3 OR*), der umgekehrt auch etwaige Mehraufwendungen zu tragen hat (*Art. 373 Abs. 1 OR*). Auch ein Einheitspreis (z.B. CHF 1'000.– pro m³) gilt als Festpreis. Eine Ausnahme von der Verbindlichkeit des Festpreises gilt für ausserordentliche Umstände, welche nicht vorhersehbar waren und die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren. Hier kann der Werklohn nach richterlichem Ermessen erhöht oder die Auflösung des Vertrages bewilligt werden (*Art. 373 Abs. 2 OR*). *Art. 373 Abs. 2 OR* stellt eine Sonderregel dar, welche den allgemeinen Bestimmungen der Irrtumsanfechtung nach *Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR* vorgeht.

b) Fehlen einer Preisvereinbarung Ist der Werklohn nicht bestimmt, ist er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen festzusetzen (*Art. 374 OR*); auch ein angemessener Unternehmergeinn ist zu berücksichtigen.

c) Überschreitung eines Kostenvoranschlages Hat der Unternehmer einen nicht bindenden, ungefähren Kostenvoranschlag erstellt, so kann der Besteller bei unverhältnismässiger Überschreitung vom Vertrag zurücktreten (*Art. 375 Abs. 1 OR*). Bei Bauten kann er eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, wenn die Baute noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten vom Vertrag zurücktreten (*Art. 375 Abs. 2 OR*). Die Grenze der unverhältnismässigen Überschreitung liegt bei etwa 10 %. An einen verbindlichen Kostenvoranschlag ist der Unternehmer vorbehaltlich *Art. 373 Abs. 2 OR* gebunden.

15. Auftrag (OR 394–406)

I. Allgemeines

1. Begriff

Der Auftrag (Mandat) ist ein zweiseitiger Vertrag, durch den sich der Beauftragte (Mandatar) zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte (rechtlicher oder tatsächlicher Art) im Interesse des Auftraggebers (Mandanten) verpflichtet. Er kann entgeltlich oder unentgeltlich sein (*Art. 394 Abs. 3 OR*). Der entgeltliche Auftrag ist ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag. Der Auftrag ist das Rechtsgrundverhältnis sowohl bei der direkten wie bei der indirekten Stellvertretung. Der Auftrag kommt formfrei zustande. Dies gilt auch, wenn der Inhalt des Auftrages auf einen Grundstückkauf gerichtet ist.

2. Bedeutung

Der Auftrag hat enorme praktische Bedeutung, weil der Vertragstyp nach *Art. 394 Abs. 2 OR* ein Sammelbecken für alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge darstellt, die nicht einem gesetzlichen Sondertypus unterliegen.

3. Systematik des Gesetzes. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung

Übersprungen.

4. Abgrenzung zwischen Auftrag und blosser Gefälligkeit

Auch der unentgeltliche Auftrag ist rechtlich verbindlich und verpflichtet den Beauftragten. Vom verpflichtenden Auftrag zu unterscheiden sind daher blosser Gefälligkeitshandlungen. Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. Entscheidend ist, ob ein entsprechender Rechtsbindungswille des Beauftragten angenommen werden kann.

5. Erteilung von Rat und Auskunft

Für unentgeltliche und nicht gewerbsmässige Erteilung einer Auskunft besteht keine vertragliche Haftung, sofern sie nicht erkennbar für den Anfragenden von besonderer Bedeutung ist. Die Haftung für Beratung, Auskunft, Gutachten usw. wird im ausservertraglichen Bereich zunehmend als Vertrauenshaftung aus culpa in contrahendo oder, was meist dasselbe bedeuten soll, aus einem gesetzlichen Schutzverhältnis aus besonderem Kontakt hergeleitet.

II. Abgrenzung zu anderen Verträgen

1. Werkvertrag

Beim Werkvertrag ist ein bestimmter Erfolg geschuldet, beim Auftrag hingegen eine Tätigkeit.

2. Arbeitsvertrag

Für den Arbeitsvertrag ist ein Subordinationsverhältnis typisch. Der Arbeitgeber hat ein Weisungsrecht. Dagegen besteht im Auftragsrecht kein Über- und Unterordnungsverhältnis. Der Beauftragte wird selbständig tätig. Weisungen des Auftraggebers sind zwar möglich, aber für den Auftrag nicht typisch.

3. Einfache Gesellschaft (OR 530 I)

Das Unterscheidungskriterium zwischen Auftrag und einfacher Gesellschaft ist der gemeinsame Zweck.

4. Auftrag und Vollmacht

Der Auftrag betrifft das Innenverhältnis, die Vollmacht das Aussenverhältnis. Der Auftrag begründet eine rechtliche Pflicht (müssen), die Vollmacht ein Recht (können). Der Unterschied zwischen Auftrag und Vollmacht ist also derselbe wie derjenige zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Gesellschaftsrecht.

Der Auftrag ist ein kausales Geschäft; die Vollmacht hingegen ist abstrakt, d.h. unabhängig vom Rechtsgrund.

III. Subsidiäre Geltung des Auftragsrechtes (OR 394 II)

Nach *Art. 394 Abs. 2 OR* ist Auftragsrecht auf alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge anwendbar, die nicht einem gesetzlichen Sondertypus unterliegen (▷ Auffangtatbestand). Dies bedeutet aber nicht, dass bei allen Formen von Auftrag und anderen Vertragstypen stets die jederzeitige Widerrufbarkeit gemäss *Art. 404 OR* zur Anwendung käme.

IV. Die Pflichten des Beauftragten

1. Vertragsgemässe Ausführung

Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag „vertragsgemäss“ (*Art. 394 Abs. 1, Art. 396 OR*) auszuführen. Er schuldet also eine Tätigkeit und ist hierbei gemäss *Art. 397 Abs. 1 OR* an etwaige Weisungen des Auftraggebers gebunden. Der Beauftragte haftet für getreue und sorgfältige Ausführung (*Art. 398 Abs. 2 OR*). Die Treuepflicht spielt namentlich beim Anwalt, beim Steuerberater, Vermögensverwalter oder Treuhänder eine Rolle, weniger bei faktischen Tätigkeiten, wie z.B. beim Arzt. Hier steht nicht die Treue, sondern das Vertrauen im Vordergrund.

Nach *Art. 398 Abs. 3 OR* hat der Beauftragte das Geschäft im Zweifel persönlich zu besorgen. Sofern Substitution nach dem Vertrag zulässig oder nach den Umständen nötig ist, haftet der Beauftragte nach *Art. 399 Abs. 2 OR* nur für sorgfältige Auswahl und Instruktion des Substituten (*cura in eligendo vel instruendo, nicht custodiendo*). Die Substitution ist zu unterscheiden von der Zuziehung von Hilfspersonen. Bei der Substitution überträgt der Beauftragte das Geschäft ganz oder teilweise einem Dritten und wird selbst insoweit nicht mehr tätig. Dagegen zieht er Hilfspersonen in der Regel nur zu einzelnen Tätigkeiten heran und bleibt selbst Schuldner der gesamten Leistung. Aus der Haftungsbeschränkung von *Art. 399 Abs. 2 OR* wird ersichtlich, dass der Unterbeauftragte den Auftrag selbständig durchführt.

2. Sorgfaltsmassstab (OR 398 I)

Ebenso wie *Art. 364 Abs. 1 OR* für den Werkvertrag verweist *Art. 398 Abs. 1 OR* für den Auftrag auf den Sorgfaltsmassstab, der für den Arbeitnehmer beim Arbeitsvertrag gilt (*Art. 321a, 321e OR*). Dies ist im Prinzip eine Haftung für jedes Verschulden. Die Pauschalverweisung auf den Arbeitsvertrag hat man als Fehlleistung des Gesetzgebers bezeichnet; zum einen reflektiert sie nicht das Erfordernis unterschiedlicher Haftungsmaßstäbe für entgeltliche und unentgeltliche Tätigkeit (vgl. aber *Art. 99 Abs. 2 OR*), zum andern lässt die Verweisung die Unterschiede zwischen abhängiger und unabhängiger Arbeit ausser acht sowie die weitaus grössere Weisungsintensität beim Arbeitsvertrag. Gleichwohl lässt der flexible Haftungsmaßstab von *Art. 321e Abs. 2 OR* auch hier sachgerechte Lösungen zu.

3. Rechenschafts- und Erstattungspflicht (OR 400 I)

Der Beauftragte muss auf Verlangen des Auftraggebers jederzeit Rechnung legen und den Auftraggeber informieren. Er muss herausgeben, was er zur Durchführung oder in Ausführung des Auftrages vom Auftraggeber oder von Dritten erlangt hat.

4. Legalzession (OR 401 I)

Im Zusammenhang mit der Erstattungspflicht normiert das Gesetz in *Art. 401 Abs. 1 OR* einen gesetzlichen Forderungsübergang für die mittelbare Stellvertretung, also Handeln im eigenen Namen, auf fremde Rechnung.

V. Pflichten des Auftraggebers

1. Auslagen- und Verwendungsersatz (OR 402 I)

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

2. Pflicht zur Befreiung von Verbindlichkeiten (OR 402 I)

Die Beauftragte hat Anspruch auf Befreiung von den eingegangenen Verpflichtungen.

3. Schadenersatz (OR 402 II)

Schäden, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrags erlitten hat, muss der Auftraggeber ersetzen, sofern ihm nicht gemäss *Art. 402 Abs. 2 OR* die Exkulpation gelingt. Für unverschuldete Schäden kann der Beauftragte dagegen grundsätzlich keinen Ersatz verlangen. Die Rechtsprechung hat jedoch beim unentgeltlichen Mandat einen Schadenersatzanspruch des Beauftragten in analoger Anwendung von *Art. 422 Abs. 1 OR* (Geschäftsführung ohne Auftrag) bejaht, sofern ein funktioneller Zusammenhang zwischen Schaden und Auftrag besteht.

4. Pflicht zur Zahlung einer Vergütung (OR 394 III)

Der Auftrag kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Kein (volles) Honorar wird vom Auftraggeber geschuldet, wenn der Beauftragte den Auftrag unsorgfältig ausgeführt hat. Das Honorar ist also, obgleich eine Vorschrift wie bei Kauf (*Art. 205 OR*) oder Werkvertrag (*Art. 368 Abs. 2 OR*) fehlt, entsprechend zu mindern.

VI. Beendigung des Auftragsverhältnisses

1. Jederzeitiger Widerruf (OR 404 I)

Art. 404 Abs. 1 OR normiert eine jederzeitige Widerrufs- bzw. Kündigungsmöglichkeit. Das Auftragsverhältnis kann ohne Vorliegen von Gründen und ohne Einhaltung einer Frist von jeder Seite aufgelöst werden. Beim entgeltlichen Auftrag führt *Art. 404 Abs. 1 OR* zu Schwierigkeiten; diese werden noch dadurch vermehrt, dass die Rechtsprechung der Vorschrift zwingenden Charakter beimisst. Das wird mit dem besonderen Vertrauensverhältnis begründet, das angeblich die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit erfordert.

Widerruf oder Kündigung wirken ex nunc. Der Beauftragte hat also Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit. Pro futuro entfällt der Honoraranspruch. Die Rechtsprechung zieht aber *Art. 404 Abs. 2 OR* heran, um dem Beauftragten weitere Teile des Honorars zuzusprechen.

2. Schadenersatz bei Widerruf oder Kündigung zur Unzeit (OR 404 II)

Die Vorschrift hat primär Bedeutung für unzeitige Kündigung durch den Beauftragten, z.B. wenn der Anwalt das Mandat kurz vor einem Prozesstermin niederlegt, in einem Zeitpunkt also, in dem ein anderer Anwalt das Mandat nicht übernehmen kann.

Auf seiten des Auftraggebers ist ein unzeitiger Widerruf praktisch eigentlich nicht denkbar, da hier nicht das Interesse an der Erfüllung des Auftrags in Rede steht, sondern lediglich das Honorarinteresse des Beauftragten. Gleichwohl wird die Vorschrift auch für diese Fälle in (extensiver) Weise herangezogen, um dem Beauftragten das durch den Widerruf wegfallende Honorar wenigstens teilweise zu ersetzen. Ersetzt wird jedoch nur das negative Interesse, d.h. nutzlos gewordene Aufwendungen.

3. Erlöschen des Auftrages durch Tod, Eintritt der Handlungsunfähigkeit und Konkurs (OR 405 I)

Bei Eintritt der genannten Gründe auf seiten einer Partei wird der Erlöschen des Auftrags vermutet (*Art. 405 Abs. 1 OR*). Falls jedoch die Interessen des Auftraggebers gefährdet werden, muss der Beauftragte bzw. sein Erbe oder Vertreter für die Fortführung des Geschäftes sorgen (*Art. 405 Abs. 2 OR*).

Geschäfte, welche der Beauftragte tätigt, ehe er vom Erlöschen des Auftrags Kenntnis erhält, verpflichten den Auftraggeber bzw. dessen Erben, wie wenn der Auftrag noch bestanden hätte (*Art. 406 OR*).

16. Maklervertrag (OR 412–418)

I. Anwendungsbereich

Das OR regelt den Maklervertrag im 13. Titel über den Auftrag. Diese systematische Einordnung ist fragwürdig, denn zahlreiche Vorschriften des Auftragsrechts passen nicht auf den Maklervertrag.

Der Anwendungsbereich des Maklervertrags ist umfassend. Er betrifft die Vermittlung von Geschäften der verschiedensten Art. *Art. 418 OR* enthält einen kantonalen Vorbehalt für Börsenmakler, Sensale und Stellenvermittler. Die private Arbeitsvermittlung fällt nicht unter *Art. 412 ff. OR*, sondern beurteilt sich ausschliesslich nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG).

Vom Maklervertrag zu unterscheiden ist der Agenturvertrag (*Art. 418a ff. OR*), der die Vermittlung bzw. den Abschluss von Geschäften im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses betrifft.

II. Begriff

Beim Maklervertrag verpflichtet sich der Auftraggeber für den Fall des Zustandekommens eines Vertrages, dem Makler für den Nachweis einer Abschlussgelegenheit oder für die Vermittlung eines Vertrages (*Art. 412 OR*) eine Vergütung zu bezahlen (*Art. 413 OR*). Danach sind Nachweis- und Vermittlungsmakler zu unterscheiden.

Hat sich der Makler lediglich zum Nachweis einer Abschlussgelegenheit verpflichtet, so muss er dem Auftraggeber einen Interessenten für das fragliche Geschäft bzw. Objekt so konkret nachweisen, dass der Auftraggeber Vertragsverhandlungen aufnehmen kann. Der Vermittlungsmakler muss auf die Abschlussbereitschaft des potentiellen Vertragspartners hinwirken und den Abschluss des Vertrages fördern. In beiden Falltypen hat der Makler die Provision erst verdient, wenn das angebahnte Geschäft tatsächlich zum Abschluss gekommen ist.

Der Abschluss eines Maklervertrages begründet weder die Verpflichtung noch die Berechtigung zum Abschluss des nachzuweisenden oder zu vermittelnden Geschäftes. Möglich ist es

freilich, dass der Makler hierzu gesondert beauftragt wird und zum Abschluss des Geschäftes eine Vollmacht gemäss *Art. 33 OR* erhält.

III. Entstehung und Beendigung des Vertrages

Der Vertrag ist formfrei und kann daher auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden.

Die Unterstellung des Maklervertrages unter den Auftrag bedeutet vor allem jederzeitige Kündbarkeit nach *Art. 404 OR*. Das heisst freilich nicht, dass eine Konventionalstrafe automatisch unwirksam wäre. Da die Parteien zur Einhaltung des Vertrages verpflichtet sind, solange dieser nicht widerrufen ist, kann die Konventionalstrafe bei einer Vertragsverletzung verfallen. Sie entfällt dann durch nachträglichen Widerruf nicht.

Die jederzeitige Widerrufbarkeit ändert nichts an dem Anspruch des Maklers auf Entlohnung, sofern ein Geschäft abgeschlossen wird, welches auf eine Tätigkeit des Maklers bei bestehendem Maklervertrag zurückzuführen ist. Andernfalls könnte der Auftraggeber den Makler durch Kündigung um seinen Provisionsanspruch bringen.

IV. Der Anspruch des Maklers

1. Maklerlohn

Der Anspruch auf Maklerlohn setzt zunächst einen gültigen Maklervertrag voraus. Der Anspruch entsteht nach der dispositiven Vorschrift von *Art. 413 OR* erst mit Abschluss des intendierten Vertrages. Erfüllung des Vertrages ist hingegen nicht erforderlich.

2. Höhe des Maklerlohnes

Die Höhe richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung. Sie besteht meist in einem bestimmten Prozentsatz der Geldleistung des zu vermittelnden Geschäftes. Fehlt eine vertragliche Vereinbarung, so bestimmt sich der Maklerlohn nach dem örtlichen Tarif bzw. nach dem üblichen Lohn (*Art. 414 OR*). Die richterliche Herabsetzung eines unverhältnismässig hohen Maklerlohns sieht das Gesetz (*Art. 417 OR*) für den Grundstückskauf und für den Einzelarbeitsvertrag vor. Die Vorschrift ist zwingend, ein Verzicht auf die Herabsetzung unwirksam.

3. Auslagenersatz

Einen Anspruch auf Auslagenersatz hat der Makler gemäss *Art. 413 OR* nur, wenn dies vertraglich vereinbart ist.

4. Nebenpflichten des Maklers, insbesondere die Treuepflicht

Die Treue- und Sorgfaltspflicht des Maklers ist diejenige des Beauftragten (*Art. 398 OR*). Der Makler darf nichts tun, was einen für seinen Auftraggeber günstigen Vertragsschluss beeinträchtigen oder unmöglich machen würde.

Die Treuepflichten werden in *Art. 415 OR* ausdrücklich erwähnt.

17. Agenturvertrag (OR 418a–v)

I. Allgemeines

1. Begriff und Funktion

Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen ohne zu

den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (*Art. 418a Abs. 1 OR*). Neben den Handelsagenten spielen in praxi die Versicherungsagenten eine Rolle. Für sie ist die von *Art. 418e OR* abweichende Regelung der Vertretung in *Art. 34 VVG* zu beachten.

Aus dem Charakter des Dauerschuldverhältnisses ergeben sich besondere Treuepflichten aber i.d.R. auch ein erhöhtes Schutzbedürfnis für den Agenten.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Vermittlungsagent und Abschlussagent. Für den Vermittlungsagenten gelten ergänzend die Vorschriften über den Maklervertrag, für den Abschlussagenten diejenigen über die Kommission (*Art. 418b Abs. 1 OR*). Im übrigen ist auch Auftragsrecht anwendbar (vgl. *Art. 412 Abs. 2 OR* bzw. *Art. 425 Abs. 2 OR*).

2. Abgrenzung

Vom Agenten zu unterscheiden ist der Handelsreisende (*Art. 347 ff. OR*), der nicht selbständiger Gewerbetreibender ist wie der Agent, sondern im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig wird.

Vom Agenturvertrag abzugrenzen ist weiter der Alleinvertriebsvertrag, welcher ein gemischter Vertrag ist, auf den, sofern es sich nicht um Innominatelemente handelt, fallweise Agenturrecht und Gesellschaftsrecht angewendet werden kann. Vom Agenturvertrag unterscheidet sich der Alleinvertriebsvertrag vor allem dadurch, dass der Alleinvertriebsberechtigte im eigenen Namen und für eigene Rechnung abschliesst und nicht als Vertreter. Der Agent hingegen handelt, sofern er selbst Geschäfte abschliesst, als direkter Stellvertreter in fremdem Namen.

II. Entstehung und Beendigung des Vertrages

1. Entstehung

Der Vertrag kann formfrei geschlossen werden. Für einzelne vertragliche Abmachungen ist aber die Schriftform zu beachten (vgl. z.B. *Art. 418c Abs. 2 und 3, Art. 418f Abs. 3, Art. 418g Abs. 3 OR*).

2. Beendigung

Anders als der jederzeit widerrufbare Auftrag (*Art. 404 OR*) kann der Agenturvertrag, wie alle anderen Dauerschuldverhältnisse auch, sofern er nicht befristet geschlossen worden ist (*Art. 418p OR*), nur ordentlich oder ausserordentlich gekündigt werden (*Art. 418q f. OR*).

III. Pflichten und Rechte des Agenten

1. Pflichten

Die Sorgfaltspflicht ist in *Art. 418c Abs. 1 OR* eigenständig, also nicht durch Verweisung auf den Auftrag geregelt. Der Agent hat die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Die Treuepflicht ist im Unterschied zu *Art. 398 Abs. 2 OR* nicht ausdrücklich genannt, doch hat der Agent Treuepflichten, was selbstverständlich ist, sich aber auch aus der mittelbaren Verweisung ergibt.

Der Agent kann auch für andere Auftraggeber tätig sein (*Art. 418c OR*), jedoch kann ein Konkurrenzverbot vereinbart werden (*Art. 418c Abs. 2 OR*); auch Geschäftsgeheimnisse sind zu wahren (*Art. 418d OR*).

2. Rechte

a) Provisionsanspruch Der Anspruch ist in *Art. 418g f. OR* geregelt. Der Anspruch entsteht, sobald das Geschäft mit dem Kunden abgeschlossen ist; abweichende schriftliche Vereinba-

rungen sind zulässig (*Art. 418g Abs. 3 OR*).

Wird der Agent gehindert, seiner Tätigkeit nachzugehen und damit die Provision zu verdienen, und hat der Auftraggeber dies zu vertreten, so hat er eine angemessene Entschädigung zu leisten (*Art. 418m Abs. 1 OR*).

b) Anspruch auf Kosten- und Auslagenersatz Kosten- und Auslagenersatz (*Art. 418n OR*) kann der Agent mangels abweichender Vereinbarung nicht verlangen.

18. Kommission (OR 425–439)

I. Allgemeines

1. Begriff und Funktion

Der Kommissionär kauft oder verkauft gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung eines anderen (des Kommittenten) bewegliche Sachen oder Wertpapiere (*Art. 425 Abs. 1 OR*). Der wichtigste Anwendungsfall ist der Effektenhandel der Banken. Auf den Kommissionsvertrag sind die Vorschriften über den Auftrag anwendbar (*Art. 425 Abs. 2 OR*).

2. Abgrenzung

Im Gegensatz zum Makler vermittelt der Kommissionär keine Geschäfte, sondern schliesst sie selbst. Dies unterscheidet ihn auch vom Agenten. Soweit ein Agent selbst Geschäfte abschliesst, handelt er in fremdem Namen (direkte Stellvertretung). Der Kommissionär hingegen handelt in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung (indirekte Stellvertretung). Das Handeln für fremde Rechnung unterscheidet auch den Kommissionär vom Eigenhändler beim Alleinvertriebsvertrag.

II. Vertragsinhalt

Der Kommissionsvertrag ist in der Regel kein Dauerschuldverhältnis. Er erschöpft sich in dem jeweiligen Einzelgeschäft. Die subsidiäre Anwendung von Auftragsrecht betrifft vor allem den Widerruf (*Art. 404 OR*), die Treue- und Sorgfaltspflicht (*Art. 398 OR*) und die Orientierungs- und Rechenschaftspflicht.

Gemäss *Art. 426 Abs. 1 OR* besteht Weisungsgebundenheit, gerade in bezug auf den Preis (vgl. *Art. 428 OR*). Der Kommissionär hat Anspruch auf Verwendungsersatz (*Art. 431 OR*) und auf Provision (*Art. 432 OR*).

19. Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419–424)

I. Allgemeines

1. Begriff

Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) 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.

2. Funktion

Rechtlich ist nach Zivilrecht niemand verpflichtet, für einen anderen tätig zu werden. Wer sich indes zur Übernahme einer altruistischen Tätigkeit entschliesst, muss die Interessen des

anderen (des Geschäftsherrn) wahren. Es entstehen Rechtsfolgen und Ansprüche, die denen des Auftrags ganz ähnlich sind. Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung nachträglich, so kommen die Auftragsvorschriften zur Anwendung (*Art. 424 OR*).

3. Gegenstand der GoA

Als Gegenstand der GoA kommen wie beim Auftrag rechtliche und faktische Tätigkeiten aller Art in Betracht.

II. Voraussetzungen der GoA

Die gesetzliche Regelung der GoA ist von dem Bestreben gekennzeichnet, einerseits die altruistische Menschenhilfe zu begünstigen, indem dem Helfer gewisse Ersatzansprüche zugebilligt werden, andererseits aber ungebetene Einmischungen tunlichst hintanzuhalten.

1. Fremdheit des Geschäfts

Es muss ein fremdes Geschäft sein. Zumeist ergibt sich die Fremdheit des Geschäfts schon objektiv aus der Tätigkeit.

2. Fremdgeschäftsführungswille

Der Geschäftsführer muss den Willen haben, das Geschäft eines anderen zu führen. Bei objektiv fremden Geschäften wird dieser Wille vermutet.

3. Interessenlage

Die Geschäftsführung muss objektiv im Interesse des Geschäftsherrn liegen und seinem mutmasslichen Willen entsprechen (*Art. 419, 422 Abs. 1 OR*).

III. Ansprüche des Geschäftsführers

1. Verwendungsersatz (OR 422)

Soweit die Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, hat der Geschäftsführer Anspruch auf Ersatz notwendiger oder nützlicher Verwendungen einschliesslich Zinsen. Dieser Anspruch ist, sofern der Geschäftsführer mit der gehörigen Sorgfalt gehandelt hat, erfolgsunabhängig (*Art. 422 Abs. 2 OR*).

2. Freistellungsanspruch

Sofern der Geschäftsführer in Besorgung des Geschäftes eine Verbindlichkeit eingegangen ist, besteht gemäss *Art. 422 Abs. 1 OR* ein Anspruch auf Befreiung.

3. Schadenersatz

Erleidet der Geschäftsführer in Ausführung des Geschäftes einen Schaden, so ist ihm dieser nach Ermessen des Richters zu ersetzen (*Art. 422 Abs. 1 OR*).

4. Kein Honoraranspruch

Der Geschäftsführer hat keinen Anspruch auf Entlohnung. Dazu bestehen in der Lehre jedoch auch kritische Stimmen.

5. Herausgabe der Bereicherung

Die unter 1–4 genannten Ansprüche des Geschäftsführers entfallen, wenn die Übernahme nicht dem Interesse bzw. dem Willen des Geschäftsherrn entsprach. Der sich in fremde Angelegenheiten einmischende Geschäftsführer hat gegenüber dem Geschäftsherrn lediglich Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (*Art. 422 Abs. 3 OR*).

IV. Ansprüche des Geschäftsherrn

1. Anspruch auf Herausgabe des Erlangten

Die Pflicht zur Herausgabe des Erlangten und zur Rechnungslegung resultiert aus einer analogen Anwendung von *Art. 400 OR*.

2. Schadenersatz

Auf den Schadenersatzanspruch sind nach h.L. die Vertragsregeln von *Art. 97 ff. OR* anwendbar. *Art. 420 Abs. 1 OR* statuiert — systemwidrig — eine Haftung für jede, auch für leichte Fahrlässigkeit. Für die Haftungsmilderung nach *Art. 99 Abs. 2 OR* ist demnach kein Raum. Eine Haftungsmilderung ergibt sich jedoch aus *Art. 420 Abs. 2 OR* für die Notgeschäftsführung; eine Haftungsverschärfung aus *Art. 420 Abs. 3 OR* für die unberechtigte Geschäftsführung.

V. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 423)

1. Anwendungsbereich

Art. 423 OR betrifft nicht die unberechtigte Fremdg Geschäftsführung, sondern die irrtümlich oder angemasste Eigengeschäftsführung. Der unechte Geschäftsführer führt ein fremdes Geschäft als eigenes. Soweit das Interesse des Geschäftsherrn dies erfordert, gilt das Recht der GoA, insbesondere ist der Geschäftsherr berechtigt, sich die aus dem Geschäft entspringenden Vorteile anzueignen (*Art. 423 Abs. 1 OR*).

2. Herausgabe des sog. Verletzergewinnes

Die Bedeutung der unechten GoA liegt vor allem auf dem Gebiet der Verletzung absoluter Rechte, wie z.B. von Patenten und anderen Immaterialgüterrechten. Der geschädigte Patentinhaber hat nach *Art. 423 Abs. 1 OR* Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns.

3. Gegenansprüche

Gegenansprüche des unechten Geschäftsführers bestehen nur insoweit, als der Geschäftsherr bereichert ist (*Art. 423 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 67 OR*).

VI. Verhältnis der GoA zu andern Ansprüchen

1. GoA und ungerechtfertigte Bereicherung

Soweit der Tatbestand der GoA und der ungerechtfertigten Bereicherung (*Art. 62 ff. OR*) nebeneinander erfüllt sind, besteht Anspruchskonkurrenz.

2. GoA und Nebenansprüche der Vindikation

Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach *Art. 938 ff. ZGB* enthält hinsichtlich Schadenersatz, Verwendungsersatz und Nutzungsherausgabe eine abschliessende Regelung, welche nicht nur das Delikts- und Bereicherungsrecht verdrängt, sondern auch die GoA.