

Zusammenfassung OR III

Kapitel 1	2
Veräußerungsverträge I: Grundlagen des Kaufvertrags	2
Kapitel 2	5
Veräußerungsverträge II: Leistungsstörungenrecht beim Kaufvertrag	5
Kapitel 3	8
Internationales Kaufrecht und Schenkung	8
Kapitel 4	12
Die Miete	12
Kapitel 5	17
Leihe und Darlehen	17
Kapitel 6	20
Kreditversicherungsverträge	20
Kapitel 7	23
Werkvertrag	23
Kapitel 8	28
Einfacher Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag	28
Kapitel 9	31
Auftragsähnliche Verhältnisse	31
Kapitel 10	35
Innominatverträge I: Allgemeiner Teil	35
Kapitel 11	37
Innominatverträge II: Leasing	37
Kapitel 12	39
Innominatverträge III: Besonderer Teil (ohne Leasing)	39

Kapitel 1

Veräusserungsverträge I: Grundlagen des Kaufvertrags

Grundlagen:

Das Schweizer Kaufrecht ist "Einheitsrecht", d.h. es gibt keine Unterscheidung zwischen Konsumenten- und Handelsrecht. Es bestehen jedoch Ausnahmen (Bsp. OR 190, 214). In Deutschland und den anderen EU-Staaten existiert diese Unterscheidung (aufgrund des Acquis Communautaire der EU).

Begriff des Kaufvertrags: Nach OR 184 I verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übertragen und ihm daran Eigentum zu verschaffen und der Käufer ist verpflichtet dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen. Austausch von Ware gegen Geld. Der Kaufvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag (vollkommen zweiseitig, da die Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen). OR 184 ff. kommen zur Anwendung, wenn ein Binnensachverhalt vorliegt, ansonsten IPRG oder CISG.

Der Kaufvertrag bildet das Verpflichtungsgeschäft (Erklärung zur Übergabe der Sache) und die Übergabe ist das Verfügungsgeschäft (Kaufgegenstand geht in das Vermögen des Käufers über). Der Verkäufer kann sich mehrmals verpflichten, aber nur einmal über die Sache verfügen. Ist dagegen das Verpflichtungsgeschäft nichtig, dann ist der Vertrag rückabzuwickeln (Kausalitätsprinzip).

Essentialia Negotii: wesentliche Vertragspunkte

Kaufgegenstand: Der Kaufgegenstand muss mindst. im Erfüllungszeitpunkt bestimmbar sein. Als Kaufgegenstand kommen zunächst alle beweglichen (Fahrnis, ZGB 713) und unbeweglichen (Grundstücke, ZGB 655) Sachen i.S. des Sachenrecht in Betracht. Weiter werden dazu gezählt: Sachgesamtheiten, Rechtsgesamtheiten, relative und absolute Rechte, Tiere gemäss ZGB 641a und wirtschaftliche Vorteile. Es besteht die Möglichkeit des Kauf nach Muster (OR 222, Muster verkörpert zugesicherte Eigenschaften) und des Kaufs auf Probe (OR 223, bedingter Kauf)

Beim Verkauf einer fremden Sache ist auf das Merkmal des guten Glaubens abzustellen (ZGB 933 ff.). Des Weiteren sind auch Kaufverträge über zukünftige Sachen möglich. Wobei zwischen dem Kauf einer erhofften Sache (*emptio rei speratae* = suspensiv bedingter Kauf bei dem Verkäufer Risiko der Unmöglichkeit trägt) und dem Hoffnungskauf (*emptio spei* = spekulative Natur bei dem der Käufer das Risiko trägt) zu unterscheiden.

Kaufpreis: Dieser Preis muss im Zeitpunkt der Erfüllbarkeit bestimmbar sein (OR 184 III). Grenze bildet OR 19-21. Diese Bestimmung erfordert, dass der Preis objektiv bestimmt werden kann. OR 212 enthält die Vermutung für den Fall, dass kein Preis abgemacht wurde, die Marktpreise gelten. Der Kaufpreis muss in Geld geleistet werden, aber es können auch andere Leistungserfüllungen vereinbart werden (Buchgeld, fremde Währung).

Erscheinungsformen:

Gegenstand: Fahrnis- und Grundstückkauf: Fahrnisverkauf in OR 187 I negativ umschrieben und die Regelungen in OR 184-215 sind anwendbar. Der Grundstückkaufvertrag ist ein normaler Kaufvertrag mit gewissen Besonderheiten (Form: öffentliche Beurkundung; Eigentumsübergang OR 216 ff.: Eintrag ins GB; Sicherung der Forderung: Grundpfand; Übergang Nutzen und Gefahr: Besitzesantritt; Gewährleistung: OR 221 und 219).

Spezies- und Gattungskauf: Beim Spezieskauf ist nur eine individuelle bestimmte Sache Gegenstand. Beim Gattungskauf ist der Gegenstand qualitativ (der Gattung nach) und quantitativ (Mass, Zahl oder Gewicht) bestimmt. Die begrenzte Gattungsschuld ist gegeben, wenn der Gesamtumfang vertraglich begrenzt wird (Kies aus bestimmtem Steinbruch). Die Differenzierung ist schwierig, jedoch hat sie praktische Bedeutung bezüglich: Erfüllungsort (OR 74), Gefahrentragung (OR 185), Bestimmungsrecht beim Gattungskauf (OR 71).

Dauer: Einmalaustausch- und Sukzessivlieferungsvertrag: Die Leistung wird entweder sogleich erbracht oder über mehrere Raten verteilt und ein Dauerschuldverhältnis begründet. Besonderheiten bezüglich des Verzugs.

Abgrenzungen:

Tauschvertrag: Nach OR 237 werden gegenseitig gleichwertige Tauschgegenstände ausgetauscht. Gegenleistung besteht demnach nicht in Geld.

Schenkung: Im Gegensatz zum Kaufvertrag erbringt der Beschenkte keine Gegenleistung.

Gebrauchsüberlassungsverträgen: Es wird kein Vollrecht an den übertragenen Sachen verschafft.

Werkvertrag: Der Unternehmer ist beim WV verpflichtet ein Werk abzuliefern (Erfolgshaftung). Problematisch wenn der Unternehmer Stoff liefern muss (Abgrenzung anhand der Herstellungsaufwand, d.h. Serie oder Einzelanfertigung).

Abschluss, Form und Inhalt des Vertrages

Abschluss: Erfolgt nach den allgemeinen Vertragsregeln nach OR 1 ff. Einzige Ausnahme bildet der Steigerungskauf gemäss OR 229 ff.

Form: Im Grundsatz sind Verträge formfrei gültig, ausser Parteien hätten eine vertragliche Vereinbarung gemäss OR 16. Jedoch gibt es Fälle mit speziellen Formvorschriften:

- Einfache Schriftlichkeit: Fusion- und Vermögensübertragungsvertrag (FusG), Vorkaufsverträge an Grundstücken ohne bestimmten Kaufpreis (OR 216 III)
- Qualifizierte Schriftlichkeit: Vorauszahlungsvertrag (OR 227a) mit zwingenden Angaben
- Öffentliche Beurkundung: Grundstückskaufvertrag (OR 216 I); Beurkundungsverfahren ist nach kantonalem Recht geregelt, hat allerdings auch auf Bundesebene bezüglich der Beweiskraft Bedeutung (ZGB 9). In der Urkunde müssen alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte richtig, wahrheitsgemäss und vollständig beurkundet werden. Weiter müssen Vorkaufs-, Kaufs- oder ein Rückkaufsrecht öffentlich beurkundet werden (Gestaltungsrechte).

Wird eine Formvorschrift nicht eingehalten, dann ist der Vertrag nach OR 11 II nichtig.

Inhalt: Es gilt der Grundsatz der Inhaltsfreiheit. Die Schranken bilden die Artikel 19 und 20 OR.

Übergang von Nutzen und Gefahr:

Die Gefahrentragung regelt die Frage, wer das Risiko für den zufälligen Untergang des Kaufgegenstands tragen muss. Es geht um die Auswirkungen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Dabei ist zuerst die allgemeine Regel von OR 119 zu beachten. Ohne Verschulden des Verkäufers geht Lieferpflicht unter und allfällige Gegenforderungen werden hinfällig. Diese Regelung gilt jedoch nur, wenn das Gesetz keine spezielle Regelung vorsieht (OR 119 III) im Kaufrecht OR 185.

Nach OR 185 I geht die Preisgefahr beim Speziaukauf mit Vertragsschluss auf den Käufer über. Dies gilt allerdings nur, wenn „nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme Begründen“. *Besondere Verhältnisse:* Mehrfachkauf, Verkäufer kann Kaufgegenstand bestimmen, Kaufgegenstand bleibt unter der Sachherrschaft des Verkäufers oder Gegenstand muss noch hergestellt werden. *Besondere Verabredungen:* Vereinbarung eines Erfüllungsortes, Incoterms, bei Besitzesantritt.

Bei Gattungsgüterkauf dagegen muss die Sache ausgeschieden oder zur Versendung abgegeben worden sein gemäss OR 185 II.

Bei Verträgen mit suspensiver Bedingung geht nach OR 185 III die Gefahr mit dem Eintritt der Bedingung auf den Käufer über. Dabei muss unter Umständen der Käufer den Kaufpreis bezahlen, obwohl der Kaufgegenstand eigentlich wertlos ist.

Incoterms (International Commercial Terms): Standardklauseln (insgesamt 13), mittels derer die Transportkosten, die Preisgefahr und weitere Nebenpunkte des Vertrags geregelt werden können.

Die Wichtigsten sind: EXW ex works = Gefahr geht mit Ablieferung am vereinbarten Ort über; FOB free on board = Gefahr geht mit Überlieferung auf Transportmittel über (Schiffsreling)

Pflichten des Verkäufers:

Der Verkäufer hat 2 Hauptpflichten: zum einen trifft ihn die Lieferpflicht und zum anderen hat er die Eigentumsverschaffungspflicht.

Die Lieferpflicht erfüllt sich durch die Verschaffung der Verfügungsgewalt vom Verkäufer auf den Käufer. Bei beweglichen Sachen wird die Lieferpflicht durch Übertragung des Besitzes an der Sache erfüllt (siehe ZGB 922). Dies geschieht entweder durch direkte Übergabe oder durch Traditionssurrogat. Der Besitz der Sache wird durch einen Besitzvertrag geschlossen.

- Übertragung der offenen Besitzlage, "longa manu traditio": Der Veräußerer ist unmittelbarer Besitzer der Sache, der Zugriff auf die Sache ist anderen Personen ohne weiteres möglich. Der Erwerber hat die Sachherrschaft jedoch noch nicht. Bsp. Holzster im Wald.
- Besitzwandlung, "brevis manu traditio": Der Erwerber ist bereits unmittelbarer und unselbständiger Besitzer der Sache. Veräußerer und Erwerber einigen sich im Vertrag, dass der unmittelbare Besitzer an der Sache selbständigen Besitz erwirbt. Bsp. Mieter kauft Fernseher ab.
- Besitzanweisung: Die Sache ist im Besitz eines Dritten. Der Veräußerer erfüllt seine Lieferpflicht, indem er mit dem Käufer vereinbart, dass dieser nunmehr über die Sache verfügen kann. Die Übergabe wird mit Anzeige an den Dritten wirksam. Bsp. Banktresor, bei welchem sich nur die Besitzer wechseln.
- Besitzeskonstitut: Der selbständige, mittelbare Besitz wird auf den Käufer übertragen, der Verkäufer bleibt aber aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses im unselbständigen unmittelbaren Besitz der Sache. Bsp. Anna kauft beim Garagist ein Auto, lässt es aber in der Garage wegen Reparaturen stehen.

Bei unbeweglichen Sachen geschieht die Übergabe mit der Überreichung der Mittel (Bsp. Schlüssel).

Der Verkäufer hat die Pflicht dem Käufer unbelastetes Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen. Die Lieferung hat ohne andere Abrede sogleich nach Abschluss des Vertrages stattzufinden OR 75. Weiter gilt im Kaufrecht die Regelung Zug um Zug gemäss OR 184 II.

Der Erfüllungsort bestimmt sich nach OR 74. Bei Speziesware ist die Sache dort zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsschluss befand. Bei Gattungsware befindet sich der Erfüllungsort beim Wohnsitz des Verkäufers, den er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hatte. Die Parteien sind aber frei den Ort zu bestimmen. Beim Fernkauf vereinbaren die Parteien, dass die Sache zum Käufer geliefert werden muss. Beim Versandungskauf erfüllt der Verkäufer seine Pflicht, wenn er die Sache am vereinbarten Ort abgeliefert.

Die Kosten der Lieferung trägt der Verkäufer (OR 188), aber nicht die Transportkosten gemäss OR 189.

Pflichten des Käufers:

Der Käufer ist verpflichtet den Kaufpreis in Geld zu bezahlen. Es sind aber auch Sonderformen möglich. *Leistung an Erfüllung statt* ist die Hingabe einer Sache anstelle von Geld (BMW anstatt Geld), in diesem Fall liegt jedoch ein Tauschgeschäft vor. *Leistung erfüllungshalber* wird die Sache an den Kaufpreis angerechnet (BMW und 10'000.- für den Porsche). Möglich ist auch die Annahme eines Innominatkontrakts, bei welchem Tausch und Kauf kombiniert werden.

Die Annahme der Sache stellt für den Verkäufer eine Obliegenheit dar.

Kapitel 2

Veräusserungsverträge II: Leistungsstörungenrecht beim Kaufvertrag

Vertragsverletzung: Allgemein können Verträge gar nicht, schlecht oder verspätet erfüllt werden. Dabei können die Bestimmungen im OR AT (OR 97 ff.) von denen im Kaufrecht abweichen (OR 197 ff.).

- **Nichtleistung:**

Hier ist zwischen der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit zu unterscheiden, wobei auch das Verschulden eine Rolle spielt. Bezüglich des Kaufrechts wird OR 185 relevant. Ansonsten kommen die Regeln des OR AT zur Anwendung.

	anfänglich	Nachträglich
Verschuldet	OR 97	OR 97
Unverschuldet	OR 20	OR 119, jedoch Abs. 3

Hat keine Partei die Unmöglichkeit verschuldet, kommt OR 119 zur Anwendung. Dabei wird Abs. 3 relevant, da dieser einen Verweis auf die Gefahrentragung gemäss OR 185 macht.

- **Schlechtleistung:**

Nach OR AT haftet die schlecht erfüllende Partei unter den Voraussetzungen von OR 97. Allerdings bestehen im Kaufrecht Sonderregeln bezüglich Rechts- und Sachgewährung.

Die Gewährleistung bezeichnet die Haftung des Verkäufers für die Lieferung mangelhafter Ware. Neben den kaufrechtlichen Bestimmungen kann sich der Käufer ebenfalls auf den OR AT stützen, dabei hat er aber auch die Sache zu untersuchen und gegebenenfalls zu rügen unter der Frist von OR 210.

- **Spätleistung:**

Der Käufer bezahlt nicht bei Fälligkeit oder der Verkäufer liefert nicht rechtzeitig. Hier kommt der Schuldnerverzug gemäss OR 102 ff. zur Anwendung. Meistens mit vorheriger Mahnung und mit Setzen einer Nachfrist. Diese Regelung wird im Kaufrecht zum Teil modifiziert:

Regelung im kaufmännischen Verkehr: Gemäss OR 190 I wird vermutet, dass der Käufer auf die Leistung des Verkäufers verzichtet, wenn dieser sich im Verzug befindet. Will er dennoch die Leistung, so muss er dies dem Verkäufer melden nach OR 190 II.

• Verzug des Verkäufers:

Es wird folgendes vorausgesetzt: ein Vertrag eines kaufmännischen Verkehrs, ein bestimmter Lieferungsstermin und mit Ablauf dieses Termins befindet sich der Verkäufer im Verzug. Unter einem Vertrag des kaufmännischen Verkehrs ist ein Kauf zum Wieder- und Weiterverkauf zu verstehen (≠ Eigenbedarf). Weiter ist ein relatives Fixgeschäft bedingt, aus welchem hervorgeht, dass der Käufer eine nachträgliche Lieferung nicht mehr annehmen muss. Damit muss der Käufer keine Nachfrist gemäss OR 107 i.V.m OR 108 setzen. sodann wird vermutet, dass der Käufer auf die Leistung verzichtet gemäss OR 190 I. Will er dagegen auf die Leistung beharren, so hat er dies unverzüglich dem Verkäufer zu melden – im bürgerlichen Verkehr gilt gerade der umgekehrte Fall.

Der Schadenersatzanspruch ist verschuldensabhängig, somit hat der Verkäufer die Möglichkeit sich zu exkulpieren. Der Verkäufer trägt aber in jedem Fall das Beschaffungsrisiko. Demnach ist dem Käufer das positive Interesse geschuldet = so als wäre der Vertrag korrekt erfüllt worden. Die Berechnung des Schadenersatzes erfolgt nach OR 191 (welcher auch bei der Unmöglichkeit zur Anwendung kommt). OR 191 II beinhaltet die konkrete Methode: Differenz zwischen Kaufpreis und dem Preis, zu dem er die Ersatzware angeschafft hat (Deckungsgeschäft). OR 191 III regelt die abstrakte Methode: betrifft die Fälle, in denen die Ware einen Markt- oder Börsenpreis besitzt. Der Schadenersatz be-

steht hier in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Markt- oder Börsenpreis zur Erfüllungszeit.

- **Verzug des Käufers:**

Gerät der Käufer mit der Kaufpreiszahlung in Verzug, kommen im Regelfall die allgemeinen Grundsätze von OR 102 ff. zur Anwendung. Hierbei kommt OR 214 dem Verkäufer entgegen, indem der Verkäufer unter gewissen Bedingungen sofort vom Vertrag zurücktreten kann. Der Verkäufer hat die Möglichkeit vom Rücktritt des Vertrags nur, wenn der Käufer Vorauszahlung oder Zug um Zug erfüllen muss und sich dabei der Käufer im Verzug befindet.

Das Rücktrittsrecht stimmt inhaltlich mit den Wahlmöglichkeiten von OR 107 II überein. Der Verkäufer hat sein Rücktrittsrecht dem Käufer gemäss OR 214 II sofort anzuzeigen. Hat der Verkäufer die Sache bereits übergeben, so kann er diese nur zurückfordern, falls dieses Recht explizit im Vertrag vorbehalten wurde nach OR 214 III (z.B. Eigentumsvorbehalt).

- **Passivlegitimation:**

Betrifft die Frage, bei wem Ansprüche geltend gemacht werden können. Grundsätzlich können diese beim Verkäufer direkt getätigt werden. Problematisch wird es, wenn der Verkäufer eine juristische Person ist und der Käufer die Sache bei einer Zweigniederlassung oder Filiale (wirtschaftlich selbständige, aber rechtlich unselbständige Einheit) gekauft hat. Passivlegitimiert ist die Hauptunternehmung, jedoch können die Mängelrechte bei jeder Filiale geltend gemacht werden.

Rechtsgewährleistung:

In OR 192 – 196a bildet eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für den Fall, dass der Käufer den Kaufgegenstand einem besser berechtigten Dritten herausgeben muss (= Verletzung der Eigentumsverschaffungspflicht). Ist anwendbar für Fahrnis-, Grundstück und den Forderungskauf (diesem geht aber OR 171 vor; Zession).

- **Voraussetzung:**

Gültiger Kaufvertrag, Übergabe der Kaufsache, kein Haftungsausschluss: OR 184 I i.V.m OR 1, weiter die Übergabe und keinen Ausschluss nach OR 192 III.

Rechtsmangel: Der Käufer wird nicht Eigentümer der Sache, Gläubiger der Forderung oder Inhaber des Rechts, da ein Dritter ein subjektives Recht (Eigentum, beschränktes dingliches Recht, Immaterialgüterrecht, etc.) hat, welches dem Käufer vorgeht. Dieses Recht besteht bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Eviktion/Entwehrung: Danach genügt bereits die Geltendmachung der Entwehrung des Dritten. Diese kann vollständig sein, dabei verliert der Käufer jeglichen Gebrauch/Nutzung. Es kommen die sachenrechtlichen Grundsätze zur Anwendung (v.a. 933 ff. ZGB), weshalb auch die Gut- bzw. Bösgläubigkeit betrachtet wird. Bei den Immobilien kommen gemäss OR 221 die Regeln des Fahrniskaufs zur Anwendung. Allerdings gewährt der GB Eintrag einen weiteren Schutz. Die Entwehrung kann auch nur teilweise erfolgen. Hier wird die Sache nicht entzogen, aber die Nutzung wird eingeschränkt, z.B. durch die Belastung eines Pfandrechts oder Nutzungsrechts eines Dritten.

- **Verfahren:**

OR 193 stellt den Gewährleistungsprozess dar. Dabei kann der Käufer dem Verkäufer ebenfalls den Streit erklären. Dabei hat der Verkäufer den Käufer zu unterstützen. Dabei kann der Käufer auch ein aussergerichtliches Urteil erwirken, dies muss er dem Verkäufer allerdings bekannt geben, gemäss OR 194.

- **Rechtsfolgen:**

Vollständige Entwehrung: Gemäss OR 195 ist der Vertrag als aufgehoben zu betrachten und dem Käufer stehen einige Ansprüche gegenüber dem Verkäufer zu (Ziff. 1 bis 4). Vor allem der Rückzahlungsanspruch ist von wesentlicher Bedeutung.

Teilweise Entwehrung: Gemäss OR 196 hat der Verkäufer für den Ersatz des Schadens, der dem Käufer durch die Entwehrung verursacht wurde zu ersetzen.

Sachgewährleistung

Ist die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für tatsächliche oder rechtliche Mängel der gelieferten Sache, welche deren Wert oder Tauglichkeit beeinträchtigen, sowie für zugesicherte Eigenschaften.

- Voraussetzungen:

Wie bei der Rechtsgewährleistung muss ein gültiger Kaufvertrag abgeschlossen und die Sache übergeben worden sein. Weiter muss der Sachmangel bereits bei der Übergabe bestanden haben und die Haftung darf nicht nach OR 199 wegbedungen sein. Als Sachmangel gilt die Differenz zwischen Soll und Ist, welche den Wert oder Tauglichkeit mindert.

Zugesicherte Eigenschaft: ist das zum Vertragsbestandteil gewordene Versprechen des Verkäufers, dass die Kaufsache ein bestimmt umschriebenes, objektiv feststellbares Merkmal aufweist bzw. dass ihr ein solches fehlt. Fehlt die zugesicherte Eigenschaft, haftet der Verkäufer in jedem Fall (auch wenn es denn Wert oder die Tauglichkeit nicht vermindert). Die Zusicherung vor Vertragsabschluss ist von der unverbindlichen Anpreisung zu unterscheiden. Dagegen ist die Zusicherung nach Vertragsabschluss unter Umständen als Garantie zu verstehen.

Sachmangel im engeren Sinn: danach ist ein körperlicher oder rechtlicher Mangel zu verstehen, welcher die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch oder den Wert aufhebt oder erheblich mindert. Qualitätsmängel stellen keinen Sachmangel dar, betreffen aber die Nichterfüllung. Ebenfalls die mangelhafte Verpackung ist kein Sachmangel beides nach OR 97. Falschlieferte stellt ein aluid und die Schlechtlieferung ein peius dar. Der Sachmangel muss erheblich sein, wobei der objektive Verkehrswert betrachtet wird.

Untersuchung der Ware und Rüge: Diese Obliegenheit liegt beim Käufer gemäss OR 201. Der Käufer hat die empfangene Ware grundsätzlich am Ablieferungsort zu untersuchen, dies sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Die Prüfung muss sich nur auf erkennbare Mängel beziehen. Die Mängelrüge ist eine empfangsbedürftige, nicht formbedürftige Wissenserklärung. Die Mängelrüge muss konkret und inhaltlich sachgerecht formuliert sein. Versteckte Mängel werden bei der sachgemässen Untersuchung nicht entdeckt oder wenn eine ordentliche Untersuchung den Mangel nicht offenbart hätte. Die versteckten Mängel müssen nach OR 201 III sofort nach Entdeckung gerügt werden. Wird die Rüge nicht korrekt durchgeführt, so verwirken die Ansprüche aller Sachmängelrechte. Der Käufer muss sich für einen Anspruch (Minderung, Wandelung (diese ersten beiden stellen Gestaltungsrechte dar), Ersatzlieferung und/oder Schadenersatz) entscheiden.

- Rechtsfolgen:

Wandelung: Der Kaufvertrag wird ex tunc rückgängig gemacht und in ein Rückabwicklungsgeschäft überführt. Die Regelung ist in OR 208 normiert. Der Käufer kann neben der Wandlung ebenfalls Schadenersatz verlangen. Nach OR 208 II ist er verschuldensunabhängig (bei unmittelbaren Schäden) und nach OR 208 III ist er verschuldensabhängig (bei mittelbaren Schäden). Für die Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schaden ist die Länge des Kausalzusammenhangs entscheidend.

Minderung: ist die Reduktion des Kaufpreises. Der Vertrag bleibt bestehen und der Käufer behält die Sache. Die Berechnung erfolgt nach der proportionalen (relativen) Methode, danach soll der Kaufpreis so reduziert werden, dass er dem neuen hypothetischen Wert der Ware entspricht. Oder sie erfolgt nach der linearen Methode, geschätzte Differenz. Die Minderung und der Schadenersatzanspruch gemäss OR 208 II kann nicht kombiniert werden, jedoch kommt OR 97 zur Anwendung.

Ersatzlieferung: Nach OR 206 kann der Käufer bei Gattungswaren dieselbe Lieferung beantragen. Es wird eine Schlechtlieferung vorausgesetzt.

Schadenersatz: Gemäss OR 97, jedoch müssen die kaufrechtlichen Modalitäten eingehalten werden.

Durchsetzung kaufrechtlicher Ansprüche

Es stellt sich die Frage nach der Verjährung. Bei der Rechtsgewährleistung wird nichts geregelt, deshalb kommt die allgemeine Regel nach OR 127 von 10 Jahren zur Anwendung. Bei der Sachgewährleistung ist es genauer zu differenzieren.

Nach OR 210 I sind die Ansprüche innerhalb eines Jahres seit Ablieferung geltend zu machen. Dabei handelt es sich um eine Verjährungsfrist und nicht um eine Verwirkungsfrist (Einrede). Die Frist beginnt, wenn der Käufer die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware erhält und dauert ein Jahr. Diese Frist kann aber abgeändert werden.

Sicherung kaufrechtlicher Ansprüche

Bei Zug um Zug ist dies nicht von Bedeutung. Bei internationalen Kaufverträgen wird häufig ein bestätigtes Dokumentenakkreditiv eröffnet – kommt dem Zug um Zug gleich, obwohl ein Distanzkauf vorliegt.

Verhältnis OR AT zum Kaufrecht

Das Spezielle geht dem Allgemeinen vor. Es kann zwischen OR 197 und 97 gewählt werden, allerdings müssen die Modalitäten des Kaufrechts eingehalten werden.

Kapitel 3

Internationales Kaufrecht und Schenkung

Aufbau des CISG:

Das CISG, auch Wiener Kaufrecht genannt, ist ein multinationaler Staatsvertrag.

- Erster Teil: Anwendungsbereich. Voraussetzung, Auslegungsmittel
- Zweiter Teil: Abschluss von Kaufverträgen
- Dritter Teil: Rechte und Pflichten der Parteien, Rechtsbehelfe
- Vierter Teil: Völkerrechtliche Schlussklausel

Anwendungsbereich:

Gemäss CISG 100 II findet dieses Übereinkommen zeitlich nur auf Verträge Anwendung, welche an oder nach dem Tag geschlossen wurden, an dem es für den jeweiligen Vertragsstaat in Kraft trat nach CISG 1.

Das CISG findet räumlich und personell direkt Anwendung, wenn die Parteien des Kaufvertrags ihre Niederlassung (geschäftliche Tätigkeit tatsächlich und schwerpunktmässig betreiben) in verschiedenen Vertragsstaaten haben (CISG 1 I a) und das CISG nicht ausgeschlossen wurde (CISG 6).

CISG 1 I b regelt den Fall, dass ein Vertragspartner nicht Mitglied eines Staates vom Übereinkommen ist. Hierbei kommen das nationale IPRG zur Anwendung (für CH IPRG 118 I i.V.m. Haager Übereinkommen betreffend Kaufverträge 3). Nach CISG 1 III kommt es nicht auf die Staatsangehörigkeit oder auf die Unterscheidung zwischen kaufmännisch/bürgerlichem Verkehr an.

Sachlich geht es um Verträge, durch welche das Eigentum an dem Kaufgegenstand "Ware" entgeltlich übertragen wird. CISG 3 regelt, welche Leistungen den Kaufverträgen gleichzustellen sind. So gilt ebenfalls der Werklieferungsvertrag als Kaufvertrag, bei welchem der Verkäufer das Material liefert, die Ware herstellt oder erzeugt, **sofern** nicht der Käufer einen wesentlichen (betrachtet die Verhältnisse die von den Parteien hinzugesteuert werden) Teil selbst liefert. Weiter findet das CISG keine Anwendung auf Tauschverträge, Miet-Kauf-Verträge und Leasingverträge.

Nach dem CISG sind Waren bewegliche, körperliche Sachen. Das CISG kennt einige Ausnahmen, welche in CISG 2, 4 und 5 normiert sind.

CISG 2: keine Anwendung, obwohl "Waren verkauft werden" bei Konsumentengeschäften (privater Verwendungszweck), bei Versteigerung, bei Zwangsvollstreckungsmassnahmen, bei Wertschriften oder Zahlungsmitteln, bei Schiffen, Flugzeugen oder elektrischer Energie.

CISG 4: das Wiener Kaufrecht regelt ausschliesslich den Abschluss des Kaufvertrages und aus ihm entstehenden Rechten und Pflichten. Für die anderen Fragen ist das nationale Recht massgebend. So wird die Gültigkeit des Vertrages nicht im CISG (lit. a) nicht geregelt. Nach lit. b sind die Wirkungen auf das Eigentum nicht miteinbezogen. Weiter auch die Verjährung, Stellvertretung, Abtretung und Schuldübernahme werden nicht durch das CISG geregelt.

Sollten Lücken innerhalb Geltungsbereich auftreten, so müssen diese mit Hilfe der allgemeinen Grundsätze, die dem Übereinkommen zugrunde liegen, autonom geschlossen werden (auch zu beachten sind Handelsgebräuche und Parteigepflogenheiten) CISG 7. Externe Lücken sind mittels nationalem Recht zu schliessen.

CISG 5: ein Mangelfolgeanspruch wegen Tod oder Körperverletzung wird nicht gewährleistet.

Gemäss CISG 6 kann die Anwendung des Übereinkommens ausgeschlossen werden oder abgeändert werden (opting out), mit Ausnahme des CISG 12.

Allgemeines:

Das Kapitel II, welches die Art. 7 – 13 CISG beinhaltet, hat allgemeine Bestimmungen zum Inhalt. Gemäss CISG 7 I ist bei der Auslegung der internationale Charakter des Übereinkommens zu berücksichtigen sowie die Einheitlichkeit der Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern. Daher ist das Übereinkommen zunächst autonom auszulegen. Der Kaufvertrag kann formfrei abgeschlossen werden gemäss CISG 11.

Der Kaufvertrag kommt durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zustande. Gemäss CISG 24 muss die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangen. Ein Angebot nach CISG 14 ist eine bestimmte (Abs. 1 zweiter Satz), auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung, zu welcher ein Bindungswille notwendig ist. Die Offerte wird mit dem Zugang beim Empfänger wirksam (CISG 15 I) und kann vorher widerrufen werden (CISG 15 II). Der Widerruf der Offerte ist gemäss nach CISG 16 möglich. Die Offerte erlöscht aber in jedem Fall mit der Ablehnung des Empfängers nach CISG 17. Die Annahme muss sich inhaltlich in allen Punkten mit der Offerte decken gemäss CISG 19 I. Modifikationen sind allerdings möglich. Die Form der Annahme ist in CISG 18 geregelt. Der Vertrag kommt mit dem fristgerechten Zugang der Annahme beim Offerenten zustande (CISG 23 f.).

Im Wiener Kaufrecht ist nicht geregelt, wenn beide Vertragsparteien ihre AGB miteinbeziehen. In diesem Fall spricht man vom "Battle of the Forms", fraglich ist dabei welche Geltung erlangt. (Theorie des letzten Wortes oder Restgültigkeitstheorie (widersprechende Bestimmungen werden nicht berücksichtigt, welche vorzuziehen ist)).

Pflichten des Verkäufers:

Lieferung der Ware und der Dokumente: Gemäss CISG 30 muss der Verkäufer die Ware liefern, das Eigentum verschaffen und die auf Ware bezogenen Dokumente aushändigen. Der Lieferort kann frei vereinbart werden. In CISG 31 f. ist der Ort bestimmt, falls keine solche Vereinbarung getroffen wurde. Das CISG regelt den Gefahrenübergang in CISG 66 – 70. Dabei hat der Käufer den gesamten Kaufpreis zu bezahlen, wenn die Ware nach dem Gefahrenübergang beschädigt oder zerstört wurde, ausser es liegt ein Verschulden des Verkäufers vor. Die Lieferzeit ist in CISG 33 geregelt.

Lieferung vertragsgemässer Ware: In den Art 35 ff CISG sind die Voraussetzungen genannt. Die Ware hat in jeder Hinsicht (Qualität, Menge, Art, Verpackung ≠ zur CH) vertragsgemäss zu sein. Sachmängel und Rechtsmängel werden gleich behandelt. Ob die Ware vertragsgemäss ist, ergibt sich aus dem Vertrag selbst. Ansonsten können die Voraussetzungen aus CISG 35 II herangezogen werden. Dabei muss sich die Ware für den gewöhnlichen Gebrauch eignen (bestimmt sich primär nach der Verkehrsauffassung), weiter nach einem bestimmten Verwendungszweck und im Falle eines Verkaufs nach Probe oder Muster muss die Ware dieselben Eigenschaften besitzen. Kannte der Käufer die Vertragswidrigkeit der Ware oder musste er sie kennen, so haftet der Verkäufer nicht nach CISG 35 II gemäss CISG 35 III. Nach CISG 41 f. hat der Verkäufer eine Ware frei von Rechten Dritter zu liefern

(ohne Rechtsmangel). Hierbei reicht bereits die bloße Behauptung eines Dritten für die Haftung des Verkäufers. Die Ware muss die vertragsgemässe Beschaffenheit im Zeitpunkt der Gefahrenübergang aufweisen.

Rechtsbehelfe des Käufers:

CISG 45 zeigt die Rechtsbehelfe des Käufers auf. Diese sind:

- Erfüllung nach CISG 46 I
- Nachbesserung und Ersatzlieferung nach CISG 46 II und III
- Vertragsaufhebung nach CISG 49
- Minderung nach CISG 50

Daneben kann der Käufer gemäss CISG 45 I lit. b auch Schadenersatz verlangen.

Wird dagegen nur ein Teil geliefert, so kommt CISG 51 zur Anwendung. Bei der vorzeitigen und Zuviel-Lieferung kommt CISG 52 zur Anwendung. Damit der Käufer seine Rechtsbehelfe geltend machen kann, wird ein einheitlicher Vertragsverletzungstatbestand vorausgesetzt, welcher in einer Vertragsverletzung liegt. Dabei ist es nicht wichtig, weshalb die Leistung ausbleibt oder schlecht ist. Ebenfalls ist das Verschulden des Verkäufers irrelevant jedoch CISG 79.

Für einige Rechtsbehelfe muss eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen. So z. B. bei Ersatzlieferung und der Vertragsaufhebung. Die Wesentlichkeit ergibt sich aus CISG 25, welche einen erheblichen Nachteil für den Käufer darstellt oder falls der Verkäufer von dieser Wichtigkeit hätte ausgehen müssen.

Wie in der Schweiz hat der Käufer eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit. Der Käufer hat dabei die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen, wie es die Umstände erlauben gemäss CISG 38 I (Betrachtung des Einzelfalls). Der Käufer muss jegliche Art der Vertragswidrigkeit (Schlechtlieferung, Falschlieferung, Zuviellieferung, Zuweniglieferung, etc.) rügen. Diese Rüge ist formfrei möglich, jedoch trägt der Verkäufer das Risiko gemäss CISG 27. Der Käufer hat die Art der Vertragswidrigkeit genau zu substantiieren. Damit die Rechtsbehelfe greifen, muss die Rüge rechtzeitig erfolgen nach CISG 39 I. Die absolute Verwirkungsfrist beträgt nach CISG 39 II 2 Jahre. Versäumt der Käufer die Frist, so gehen alle Rechtsbehelfe unter, mit Ausnahme von CISG 44 (Schadenersatz und Minderung aus vernünftiger Entschuldigung). Hat der Verkäufer Kenntnis vom Mangel, so ist CISG 40 anwendbar.

Erfüllungsanspruch nach CISG 46 I: Anspruch bei Nichtlieferung bei Fälligkeit. Ausgeschlossen, wenn: gewählter Rechtsbehelf widerspricht (Vertragsaufhebung); eine Einschränkung nach CISG 28 vorliegt; Verkäufer nach CISG 79 f. wegen Unmöglichkeit befreit wird.

Anspruch auf Ersatzlieferung: ist aus Sicht des Verkäufers eine schlechte Lösung. Geregelt nach CISG 46 II. Dieser Rechtsbehelf verlangt die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung nach CISG 25. Nach CISG 82 hat der Käufer die Ware dem Verkäufer zurückzugeben. Kann der Verkäufer nachbessern, so kommt diese nach CISG 48 I zum Zug.

Anspruch auf Nachbesserung: gemäss CISG 46 III muss die Nachbesserung dem Verkäufer zugemutet werden können. Die Zumutbarkeit wird durch die Abwägung zwischen den Interessen des Käufers an der Nachbesserung und dem Aufwand des Verkäufers vorgenommen.

Vertragsaufhebung: nach CISG 49 I lit. a setzt eine wesentliche Vertragsverletzung und die nicht Erfüllung einer Pflicht voraus. Weiter hat der Käufer die Möglichkeit vom Vertrag zurückzutreten, wenn die Nachfrist ebenfalls verstrichen ist (CISG 49 I lit. b i.V.m. 47 I). Dass die Partei vom Vertrag zurücktreten will, muss in jedem Fall mitgeteilt werden. CISG 49 II regelt die Frist, bis wann zurückgetreten werden kann. CISG 81 bildet die Rechtsfolge der Vertragsaufhebung.

Minderung nach CISG 50: ist die Anpassung des Kaufvertrags an die veränderte Lage. Der Preis wird an den tatsächlichen Wert der Ware herabgesetzt (proportionale Berechnung). Dabei handelt es sich um Mängel nach CISG 35 (Rechtsmängel werden nicht erfasst). Die Minderung auf Null ist im Gegensatz zur Schweiz möglich.

Schadenersatz:

Das CISG unterscheidet zwischen der Anspruchsgrundlage für den Schadenersatz (CISG 45 I lit. b), der Entlastungsmöglichkeit des Schuldners (CISG 79) und der Umfang (CISG 74 – 77).

Der Schadenersatzanspruch ist verschuldensunabhängig. Dabei hat die Vertragsverletzung nicht wesentlich zu sein. Der Anspruch kann allerdings wegbedungen werden und kann mit den Rechtsbehelfen kombiniert werden. Gemäss CISG 79 I kann sich der Schuldner exkulpieren, wenn er beweist, dass das Leistungshindernis ausserhalb seines Einflussbereichs liegt. CISG 80 behandelt den Fall, bei welchem der Gläubiger den Schaden verschuldet.

Die Berechnung folgt aus CISG 74 ff. Der Gläubiger ist so zu stellen, als ob der Vertrag korrekt erfüllt wurde. Dabei ist nur derjenige Schaden zu ersetzen, welcher für den Schuldner voraussehbar war.

Nacherfüllungsrecht des Verkäufers:

Normiert in CISG 48. Grundsätzlich darf der Verkäufer auch nach verstreichen des Lieferungstermins eine Vertragsverletzung zu beseitigen und so den Vertrag erfüllen. Die Vertragsaufhebung durch den Käufer hat allerdings Vorrang. Die Kommunikation ist in den Abs. 2 – 4 geregelt.

Wie der Mangel behoben werden soll, ergibt sich aus dem Inhalt der verletzten Pflicht, dem Verkäufer kommt aber ein Wahlrecht zu. Der Mangel muss vollständig behoben werden. Die Behebung erfolgt auf Kosten des Verkäufers. Damit eine Beseitigung vollzogen werden kann, muss sie aus Sicht des Käufers zumutbar sein. Kann die Nachbesserung erfolgreich durchgeführt werden, erlöschen die Rechtsbehelfe, ein allfälliger Schadenersatzanspruch bleibt bestehen gemäss CISG 28 I Satz 2.

Pflichten des Käufers:

Gemäss CISG 53 ist der Käufer verpflichtet den Kaufpreis zu bezahlen und die Ware anzunehmen. Der Preis bestimmt sich nach dem Vertrag oder nach dem Marktpreis gemäss CISG 55. Als Zahlungsmittel kommt neben Bargeld auch die bargeldlose Überweisung in Frage. Der Zahlungsort bestimmt sich nach CISG 57 und wann der Preis bezahlt werden soll, ist in CISG 58 geregelt. Nach CISG 60 ist der Käufer verpflichtet die Ware anzunehmen.

Die Rechtsbehelfe des Verkäufers sind in CISG 61 aufgelistet. Es sind dies die gleichen Behelfe wie des Käufers.

Schenkungsvertrag

Die Schenkung ist einseitig verpflichtender Vertrag nach OR 239 ff., mit dem eine Person einer anderen unter Lebenden eine Zuwendung aus ihrem Vermögen macht, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Für die Schenkung braucht es den gegenseitig übereinstimmenden Willen und den Rechtsbindungswille der Parteien. Es verpflichtet sich nur der Schenker zu einer Leistung, dennoch muss der Beschenkte diese annehmen, damit ein Vertrag zustande kommt.

Das Geschenk muss aus dem Vermögen des Schenkenden kommen, es wird somit wie im Kaufvertrag das Eigentum übertragen. Der Vermögenszuwachs beim Beschenkten muss kausal auf die entsprechende Vermögensverminderung beim Schenker sein.

Die Zuwendung muss unentgeltlich sein, d.h. dass sie nicht an eine Gegenleistung geknüpft werden. Ferner muss die Zuwendung unter Lebenden erfolgen (ansonsten handelt es sich um eine Verfügung von Todes wegen). Gegenstände einer Schenkung sind dieselben wie im Kaufrecht.

Schenkungsversprechen nach OR 243:

Es handelt sich um das Verpflichtungsgeschäft und bedarf bei Fahrnis und Forderungen der einfachen Schriftlichkeit und bei Grundstücken der öffentlichen Beurkundung. Die Verfügung über die Sache und der Vertragsabschluss fallen auseinander.

Schenkung von Hand zu Hand nach OR 242:

Bei Fahrnis durch Besitzesübergabe, welches formfrei ist. Bei Grundstücken wird auf OR 243 verwiesen, da die Eintragung ins GB notwendig ist. Das Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft fallen zusammen.

Schenkung unter Auflage und bedingte Auflage nach OR 245 f.:

Die Auflage stellt keine Gegenleistung dar, sondern ist die Verpflichtung des Beschenkten zu einer Handlung. Die Auflage muss vom Beschenkten angenommen werden (OR 246 I). Die bedingte Schenkung hängt von einem ungewissen zukünftigen Ereignis ab (resolutiv oder suspensiv). Der Schenker kann sich ein Rückfallsrecht einräumen nach OR 247 I.

Schenkung von Todes wegen:

Geregelt in ZGB 499 ff. Spezielle Formvorschriften und numerus clausus.

Gemischte Schenkung:

Liegt vor, wenn die Zuwendung nicht völlig unentgeltlich ist, sondern der Beschenkte eine Gegenleistung erbringt, welche aber erheblich tiefer ist als der Verkehrs- oder Ertragswert der Sache. Mischung zwischen Kaufvertrag und Schenkung.

Gültigkeitsvoraussetzungen:

Neben den Formvorschriften gibt es noch weitere Voraussetzungen. So die Handlungsfähigkeit. Zu beachten ist vor allem OR 240 f.

Rechtsfolgen:

Der Beschenkte hat Anspruch auf Erfüllung und bei Nicht- und Schlechterfüllung stehen die Rechtsbehelfe nach OR 97 ff. zur Verfügung. Die Haftung des Schenkers wird auf die absichtliche und die grobfahrlässige Schadenszufügung beschränkt gemäss OR 248. Weiter bestehen Widerrufsrechte nach OR 249 – 51.

Kapitel 4

Die Miete

Def: Beim Mietvertrag überlässt der Vermieter dem Mieter die Sache für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Entgelt zum Gebrauch. Es handelt sich um einen Gebrauchsüberlassungsvertrag und um ein Dauerschuldverhältnis.

Gegenstand des Mietvertrags sind bewegliche oder unbewegliche Sachen i.S.d. Sachenrechts, welche der Gattung nach bestimmt sind. OR 253a erweitert den Geltungsbereich bei Wohn- und Geschäftsräumen auch auf Nebensachen.

Der Mieter hat als Besitzer das Recht, die Mietsache ungestört zu gebrauchen. Der zulässige Gebrauch ergibt sich aus dem Vertrag oder der Zweckbestimmung der Mietsache (z.B. die Benutzung des Treppenhauses, der Gebrauch wird somit ausgedehnt). Weiter hat der Mieter nachbarrechtliche (ZGB 679 und 684) und besitzesrechtliche (ZGB 926 – 929) Ansprüche.

Nach OR 253 ist die Miete notwendigerweise entgeltlich, stellt daher einen wesentlichen Vertragspunkt dar. Es braucht nicht zwingend eine Geldleistung zu sein. Der Mietzins muss bestimmt oder wenigstens objektiv bestimmbar sein. Falls kein Mietzins abgemacht ist, dann handelt es sich um eine Gebrauchsleihe.

Gemäss OR 255 I kann der Mietvertrag befristet oder unbefristet sein. Im Zweifel ist nach OR 255 III ein unbefristetes Mietverhältnis anzunehmen. Gemäss OR 20 II und ZGB 27 gibt es keine „ewige Miete“.

Befristet ist ein Vertrag, wenn die Beendigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer (Zeitspanne, Frist, Eintritt einer Bedingung oder für einen bestimmten Gebrauch (Bau eines Hauses)) ohne Kündigung eintritt (OR 255 II). Während dieser Zeit kann der Vertrag nur durch eine ausserordentliche Kündigung oder durch einen Aufhebungsvertrag (OR 115) beendet werden.

Unbefristet ist ein Vertrag, wenn die Beendigung durch die ordentliche/ausserordentliche Kündigung oder durch einen Aufhebungsvertrag (OR 115) eintritt (OR 266 ff.).

Der Mietvertrag kommt mit den gegenseitig übereinstimmenden Willensäusserungen zustande (OR AT). Diese müssen die wesentlichen Vertragspunkte enthalten (Mietsache, Parteien (nat. od. jur. Person), Mietzins, Dauer, Gebrauchsüberlassung). Nicht nur der Eigentümer ist berechtigt die Sache zu vermieten, sondern auch der Mieter unter den Voraussetzungen von OR 262 oder auch der Nutzniesser. Für den Abschluss gibt es keine Formvorschriften. Jedoch braucht es für die Ankündigung einer Mietzinserhöhung oder für die Kündigung ein kantonales genehmigtes Formular. Weiter sind bei Ehegatten besondere Vorschriften zu beachten, z.B. OR 266n.

Abgrenzungen:

Pacht nach OR 275 ff.: Bei der Pacht überlässt der Verpächter dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge. Bei der Miete besteht nur das Recht zum Gebrauch der Sache.

Gebrauchsleihe nach OR 305 ff.: Bei der Gebrauchsleihe wird die Sache einem Dritten unentgeltlich zum Gebrauch überlassen. Entgeltlichkeit wird bereits angenommen, wenn der Benutzer eine Gegenleistung erbringt. Die Miete ist zwingend entgeltlich.

Darlehen nach OR 312 ff.: Der Darleiher (Geber) verpflichtet sich dem Borger zur Übertragung des Eigentums an Geld oder anderen vertretbaren Sachen, welche verbraucht werden dürfen; der Borger ist zur Rückerstattung von Sachen der gleichen Art in gleicher Menge und Güte verpflichtet. Der Mieter wird nicht Eigentümer.

Hinterlegung nach OR 472 ff.: Der Aufbewahrer darf die Sache weder nutzen noch gebrauchen.

Wohnrecht nach ZGB 776 ff.: Das Wohnrecht stellt ein beschränktes dingliches Recht dar, welche in Wirkung gegenüber allen entfaltet, die Rechte des Mieters sind relativer Natur und gelten nur gegenüber dem Vermieter. Das Wohnrecht bedingt allerdings spezielle Formvorschriften.

Pflichten des Vermieters:

Zu den Hauptpflichten nach OR 256 I gehören die Übergabe und der Unterhalt der Sache. Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters sind nichtig, wenn sie in AGB oder Mietverträgen enthalten sind gemäss OR 256 II. Die Übergabe hat zum vereinbarten Zeitpunkt zu erfolgen oder nach OR 75 sofort. Zudem muss die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand übergeben worden sein. Die Qualität gehört somit zur vertraglichen Leistungspflicht des Vermieters. Es gilt ein objektiver Massstab bezüglich des vertragsgemässen Gebrauchs. Der Vermieter hat die Pflicht, die Sache während der ganzen Mietdauer im vertragsgemässen Zustand zu erhalten, mit Ausnahme des kleinen Unterhalts nach OR 259. Zu den Nebenpflichten des Vermieters zählen Auskunfts-, Schutz- und Obhutspflichten (OR 256a und 256b).

Pflichten des Mieters:

Zu den Hauptpflichten des Mieters zählen die Bezahlung des Mietzinses und die Rückgabe der Mietsache.

Mit dem Mietzins wird die Überlassung der Mietsache entschädigt, der Unterhaltsaufwand des Vermieters und die erforderlichen Investitionen an der Mietsache finanziert und der Wirtverlust durch die Nutzung des Mietgegenstandes abgegolten. Problematisch ist der Fall des Koppelungsgeschäfts, bei welchem zwei Verträge miteinander verknüpft werden. Nach OR 254 sind solche Geschäfte nichtig, wenn die Abschluss oder die Weiterführung des Mietvertrags abhängig gemacht wird und wenn die Pflichten nicht im direkten Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache stehen. Unter den Nebenkosten versteht man das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen gemäss OR 257a. OR 257b listet auf, welche Aufwendungen dazugehören können. Der Zahlungstermin ist in OR 257c geregelt und sieht die Fälligkeit am Ende eines Monats vor (Postnumerando-Zahlung). In der Praxis hat sich allerdings eine Pränumerando-

Zahlung entwickelt. OR 257d gibt dem Vermieter die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung, falls sich der Mieter mit der Bezahlung im Rückstand befindet. Nach OR 267 muss der Mieter die Sache in dem Zustand übergeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt.

Die Nebenpflichten des Mieters sind verschiedenster Natur.

So hat der Mieter die Pflicht, die Sache nach OR 257f sorgfältig und rücksichtsvoll zu gebrauchen. Handelt der Mieter gegen diese Pflichten, so steht dem Vermieter unter den Voraussetzungen des OR 257f III ein ausserordentliches Kündigungsrecht zu. Nach OR 257g trifft den Mieter die Pflicht, Mängel zu dem Vermieter zu melden, die er nicht selber zu beseitigen hat. Der Mieter hat nach OR 257h eine Duldungspflicht und er hat auch für den „kleinen Unterhalt“ nach OR 259 aufzukommen, welcher sich zwischen 100.- - 150.- befindet. Den Mieter einer Sache trifft dagegen nie eine Gebrauchspflicht (jedoch eine Obhutspflicht; Heizen der Wohnung, etc.).

Erneuerung und Änderung an der Mietsache:

Nach OR 260 f ist eine Erneuerung oder Abänderung der Mietsache während der Mietdauer grundsätzlich möglich. Jedoch müssen die Interessen der Gegenpartei berücksichtigt werden. Es handelt sich hierbei um einseitig zwingende Bestimmungen (zu Gunsten des Mieters).

Durch den Vermieter nach OR 260: Vorausgesetzt wird: die Zumutbarkeit (nach Art und Dauer des Mietverhältnisses, Nützlichkeit der Änderung und finanzielle Folgen für den Mieter), ein ungekündigtes Mietverhältnis und die Rücksichtnahme auf die Interessen des Mieters. Ziel dieser Bestimmung ist es, dass der Vermieter den Mieter nicht durch grosse Renovationen herausmodernisieren kann.

Durch den Mieter nach OR 260a: Vorausgesetzt wird die schriftliche Zustimmung des Vermieters. Mit der Zustimmung kann der Vermieter den Vorbehalt anbringen, dass der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt werden soll (nach OR 260a II). Eine weitere Folge der Zustimmung ist die Entschädigung des Mieters für den Mehrwert, welcher durch die Änderung entstanden ist (nach OR 260a III).

Wechsel des Eigentümers:

Gemäss OR 261 I geht der Mietvertrag auf den neuen Eigentümer über. Gleiches gilt bei beschränkten dinglichen Rechten (welcher einem Eigentümerwechsel gleichkommt) nach OR 261a. Kauf bricht somit Miete nicht! Der neue Eigentümer hat die Möglichkeit nach OR 261 II den Vertrag auf den nächsten Termin zu kündigen, wenn er einen Eigenbedarf nachweisen kann. Erfolgt die Kündigung vor diesem Termin, so haftet der bisherige Vermieter gemäss OR 261 III für den Schaden. Nach OR 261b kann das Mietverhältnis im Grundbuch vorgemerkt werden.

Kein Ausschluss der Verrechnung im Voraus:

Nach OR 265 können Vermieter und Mieter nicht im Voraus auf eine Verrechnung der Forderungen aus dem Mietverhältnis verzichten. Es betrifft den einseitigen und gegenseitigen Verzicht auf Verrechnung. Ist die Forderung jedoch entstanden, so ist sie verrechenbar.

Beendigung des Mietverhältnisses:

Befristete Mietverhältnisse: Endet ohne Kündigung mit dem Ablauf der vertraglichen vereinbarten Dauer gemäss OR 266 I. Wird das Verhältnis stillschweigend fortgesetzt, gilt es als unbefristetes Mietverhältnis nach OR 266 II.

Unbefristete Mietverhältnisse: Nach OR 266a kann ein unbefristetes Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine gekündigt werden. Diese Fristen können vertraglich verlängert, aber nicht verkürzt werden. Die Fristen und Termine sind je nach Mietsache unterschiedlich. Unbewegliche Sachen und Fahrnisbauten nach OR 266b (3 oder 6 Monate), Wohnungen nach OR 266c (3 Monate), Geschäftsräume nach OR 266d (6 oder 3 Monate), möblierte Zimmer nach OR 266e (2 Wochen oder 1 Monat) und bewegliche Sachen nach OR 266f (3 Tage). Weiter gibt es die Möglichkeit z.B. „Dauer bis zum Tod des Mieters“ oder einen Mietvertrag mit Verlängerungsoptionen.

Ausserordentliche Beendigung des Mietverhältnisses nach OR 266g ff.: Darunter wird die Aufhebung vor dem ordentlichen Ablauf verstanden. Die Kündigung ist unwirksam, wenn kein Grund angegeben ist.

Kündigung infolge Zahlungsrückstand: nach OR 257d hat der Vermieter die Möglichkeit zu einer ausserordentlichen Kündigung. Dabei hat der Vermieter eine Frist zur Zahlung anzusetzen und muss ihm androhen bei Ausbleiben der Leistung zu kündigen. Vorgehen nach OR AT (107 I), Frist ist jedoch bereits bestimmt in OR 257d I. Die Rechtsfolge ist in OR 257d II umschrieben (fristlose Kündigung).

Kündigung infolge Verletzung der Sorgfaltspflicht: nach O R 257f III (Unzumutbarkeit) und IV (vorsätzliche Sachbeschädigung) besteht ein ausserordentlicher Kündigungsgrund, wenn der Mieter seine Pflichten verletzt. Diese Verletzung muss eine schwere sein, welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar macht. Nach OR 257f III braucht es eine schriftliche Ermahnung und bei OR 257f IV kann sofort gekündigt werden. Als Rechtsfolge kommt neben der Kündigung auch ein Anspruch auf Schadenersatz nach OR 97 dazu.

Aus wichtigen Gründen: OR 266g stellt ein gesetzlich geregelter Fall der *clausula rebus sic stantibus* dar. Hier können beide Parteien unter Einhaltung der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen. Die Weiterführung ist unzumutbar, d.h. dass sich objektiv schwerwiegende, aussergewöhnliche, bei Vertragsabschluss unbekannte und unvorhersehbare Umstände entwickelt haben. Dabei werden die Zeitpunkte des Vertragschlusses mit der der Kündigung verglichen.

Kündigung infolge Konkurs des Mieters: nach OR 266h kann der Vermieter Sicherheiten für zukünftige Mietzinse vom Mieter verlangen, wenn dieser nach Übernahme der Sache in den Konkurs gefallen ist.

Kündigung wegen Mängel an der Mietsache: nach OR 259b lit. a hat der Mieter die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung, wenn die Sache einen schweren Mangel hat und dieser nicht innerhalb einer angemessenen Frist durch den Vermieter beseitigt wird.

Kündigung bei Tod des Mieters: OR 266i gibt den Erben des Mieters die Möglichkeit auf den nächsten Termin zu kündigen. Wobei sie eine gewisse Überlegungsfrist eingeräumt bekommen. Lassen die Erben den nächstmöglichen Termin verstreichen, verwirkt das ausserordentliche Kündigungsrecht.

Bei beweglichen Sachen zum privaten Gebrauch: OR 266k dient dem Konsumentenschutz. Die Kündigungsfrist beträgt 30 Tage auf das Ende der dreimonatigen Mietdauer. Der Vermieter hat keinen Anspruch auf Entschädigung.

Form der Kündigung:

Grundsätzlich kann das Mietverhältnis formfrei gekündigt werden. Bestehen jedoch gesetzliche Vorschriften, müssen diese eingehalten werden, da ansonsten die Kündigung nichtig ist nach OR 266o. Bei der Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen muss die Schriftlichkeit eingehalten werden gemäss OR 266l I. Der Vermieter hat sogar ein vom Kanton genehmigtes Formular zu verwenden nach OR 266l II. Bei der Kündigung von Familienwohnungen durch die Mieter nach OR 266m braucht es die Zustimmung des Ehegatten. Kündigt der Vermieter, muss dieser die Kündigung beiden Ehegatten aushändigen gemäss OR 266n.

Rückgabe der Mietsache:

Nach OR 267 muss der Mieter die Sache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Befindet sich der Mieter im Verzug, schuldet er dennoch den Mietzins, ob-

wohl die Kündigung bereits vollzogen ist. Für den vertragsgemässen Gebrauch werden Tabellen mit dem Wertverlust der einzelnen Sachen herangezogen (gewöhnliche Nutzungsdauer und Antrittsprotokoll). Bei der Rückgabe hat der Vermieter die Obliegenheit, den Zustand der Sache zu prüfen und weiter hat wird in OR 267a geregelt, wie sich der Vermieter zu verhalten hat bei der Entdeckung der Mängel.

OR 264 regelt die vorzeitige Rückgabe der Mietsache. Es stellt eine vollumfängliche und definitive Rückgabe dar. Dabei hat der Mieter mindestens einen zumutbaren Ersatzmieter vorzuschlagen nach OR 264 I. Zumutbar ist der Ersatzmieter, wenn er zahlungsfähig (zahlen kann und will) und bereit ist, den Mietvertrag, der weder vom Vermieter noch vom Mieter verändert werden kann, zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Ist der neue Mieter zahlungsfähig, so kann er nur aus objektiven Gründen abgelehnt werden (Zusammensetzung der Mieterschaft, etc.). Lehnt der Vermieter den Ersatzmieter unrechtmässig ab, so wird der Mieter auf den Zeitpunkt befreit, auf den der abgelehnte Mieter die Mietsache übernommen hätte.

Leistungsstörungen:

OR 258 ff., hier wird zwischen Mängel vor und während dem Mietverhältnis unterschieden (jedoch werden Nichtleistung und mangelhafte Leistung gleichgestellt) und weiter zwischen der Schwere des Mangels.

OR 258: Übergibt der Vermieter die Sache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder mit Mängeln (Rechts- und Sachmängel), welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen, so kann der Mieter nach den Artikeln 107–109 über die Nichterfüllung von Verträgen vorgehen.

Verzug: Übergabe nach vereinbartem Zeitpunkt, wobei der Vermieter dem Mieter die tatsächliche Sachherrschaft übertragen muss. Schlechterfüllung: die Sache hat bei der Übergabe einen Mangel, welcher die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt. Es muss sich dabei um einen schweren Mangel handeln. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich, ob der Mieter die Sache annimmt (OR 107 II / 109) oder nicht (OR 258 II i.V.m. 259a ff.). Sind die Mängel nicht gravierend, kann der Mieter die Übernahme der Sache nicht verweigern. Ihm stehen aber nach OR 258 III die Rechte von OR 259a ff zu.

Entstehen während der Mietdauer Mängel und hat der Mieter kein Verschulden am Mangel (kein kleiner Unterhalt), so kann er die Rechtsbehelfe des OR 259a anwenden. Diese sind folgende: Mängelbeseitigung (OR 259b; innerhalb einer angemessenen Frist. Rechtsfolge: ausserordentliche Kündigung oder bei mittleren Mängel die Ersatzvornahme. Ausnahme: OR 259c), Mietzinsherabsetzung (OR 259d; bei schweren und mittleren Mängel, Gestaltungsrecht, welches bis zur Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustands gilt), Schadenersatz (OR 259e; Vermieter haftet für Mängelfolgeschäden des Mieters, wenn er sich nicht exkulpieren kann), Übernahme des Rechtsstreits mit einem Dritten durch den Vermieter (OR 259f; bedingt einen Rechtsmangel, bewirkt einen Parteiwechsel) und die Mietzinshinterlegung (OR 259g/h; als Druckmittel zur Durchsetzung der Mängelrechte. Voraussetzung ist die schriftliche Aufforderung zur Beseitigung und die Androhung der Hinterlegung zukünftiger Mietzinse).

Untermiete:

Zwingendes Recht nach OR 262 f. die Sache unter- oder weiterzuvermieten. Sie ist unabhängig vom Hauptmietverhältnis, doch beruht es darauf. Der Mieter braucht die Zustimmung des Vermieters. Die Ablehnung kann aber nur auf den numerus clausus in OR 262 II geltend gemacht werden: Bedingungen nicht bekannt geben, missbräuchliche Mietverhältnisse und wesentliche Nachteile aus der Untermiete.

Kapitel 5

Leihe und Darlehen

beides unter dem Oberbegriff Leihe (neunter Titel des OR)

Leihe – OR 305 ff.

Begriff: Die Leihe ist die unentgeltliche Übertragung einer Sache zum Gebrauch.

Merkmale:

- Unentgeltlichkeit der Überlassung unvollkommen zweiseitiger Vertrag
- Gegenstand sind v.a. bewegliche Sachen, aber auch nutzbare und unbewegliche Sachen
Sachen müssen "brauchbar" sein (Speziesschuld).
- Entlehner bekommt Sache zum Gebrauch und nicht zum Verbrauch; Umfang in OR 306 I.
- Dauerschuldverhältnis (befristet oder unbefristet)
- Verleiher bleibt Eigentümer, Entlehner wird unmittelbarer Besitzer

Pflichten der Parteien:

Verleiher: muss die Sache dem Entlehner unentgeltlich zum Gebrauch überlassen.

Entlehner: muss dieselbe Sache nach dem Gebrauch zurückgeben. Ob er die Sache gebraucht, ist nicht notwendig, ausser es ist erforderlich (z.B. Tiere füttern). Der Gebrauch muss sorgfältig getätigt werden, d.h. dass die Sache Substanz behalten muss. Trägt die gewöhnlichen Erhaltungskosten nach OR 307 I. Ausserordentliche Kosten werden nach der Regel der GoA abgeschlossen gemäss OR 307 II.

Abgrenzungen:

Miete/Pacht: sind nicht unentgeltlich

Schenkung: keine Eigentumsübertragung, aber auslegungsbedürftig

Nutzniessung: stärkerer Rechtsschutz gegenüber Dritten, "verdinglichtes Recht"

Gefälligkeit: schwierig, da rechtliche Bindung fehlen muss (Bsp. Leihe innerhalb der Familie)

Beendigungsgründe – OR 309 – 311

Ordentliche Beendigung:

- Bei bestimmtem Gebrauch gemäss OR 309 I:
 - o Sobald Entlehner die Sache vertragsgemäss gebraucht hat, oder
 - o Mit Ablauf der Dauer, binnen derer dieser Gebrauch hätte stattfinden können

Zu eng, da vertraglich einen Rückgabetermin festgehalten werden kann. Mit dem Eintritt eines Beendigungsgrundes wird der Entlehner zur sofortigen Rückgabe verpflichtet (automatisch, ohne Erklärung des Verleihers).

- Bei unbestimmtem Gebrauch und Vertragsdauer kommt OR 310 zur Anwendung, nach welchem der Verleiher die Sache auf einen beliebigen Termin zurückfordern kann. Es muss eine Kündigung (formfreie Willenserklärung) dem Entlehner abgegeben werden.

Ausserordenliche Beendigung:

Normiert in OR 309 II, kann danach früher zurückfordern, wenn:

- Entlehner Sache vertragswidrig gebraucht
- Zustand der Sache verschlechtert (auch unverschuldet)
- Entlehner Sache einem Dritten überlässt (unbefugterweise i.V.m. OR 306 II)
- Bei unvorhergesehenem dringenden Eigenbedarf des Verleihers
- Nicht im Gesetz, jedoch nach ZGB 2, können Dauerschuldverhältnisse aus wichtigen Gründen beendet werden.

Beendigung von Gesetzes wegen:

Nach OR 311 müssen die Erben des Entlehners die Sache sofort dem Verleiher zurückgeben.

Haftung:

Des Verleihers: Entlehner hat einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung. Haftung nach OR 97 ff., welche durch die Unentgeltlichkeit gemildert wird (nur grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz, OR 99 II). Bei nachträglicher Unmöglichkeit kommt OR 119 zur Anwendung. Sache muss ausserdem die für den Gebrauch erforderlichen Eigenschaften aufweisen (Gewährleistung) und allenfalls zugesicherte Eigenschaften.

Des Entlehners: Pflicht zur Rückgabe derselben Sache, falls Schlecht-, Nichterfüllung Schadenersatz nach OR 97 ff. (jedes Verschulden, somit auch leichte Fahrlässigkeit). Ohne Verschulden nach OR 119. Widerstösst der Entlehner gegen den Vertrag (gibt Sache Drittem, vertragswidriger Gebrauch) haftet er auch für den Zufall nach OR 306 III, ausser er kann den Einwand des rechtmässigen Alternativverhalten erfolgreich durchführen.

Verzug: OR 107 ff. finden nur bei synallagmatischen Verträgen Anwendung! Somit nur Verzugsfolgen nach OR 103.

Haftung mehrerer Entlehner: ist in OR 308 geregelt. Dabei haften die mehreren Entlehner solidarisch.

Darlehen – OR 312 ff.

Begriff nach OR 312: Durch das Darlehen wird der Darleiher (Geber) zur Übertragung des Eigentums an einer Sache Geld oder anderer vertretbaren Sachen verpflichtet und der Borger (Nehmer) zur Rückleistung von Sachen der gleichen Art in gleicher Menge und Güte.

Merkmale:

- Gegenstand sind vertretbare Sachen (Gattungsschuld)
- Verbrauchsüberlassung
- Dauerschuldverhältnis; bestimmte Zeitdauer, falls nichts geregelt wurde, dann muss die Rückleistung innerhalb von 6 Wochen seit der ersten Aufforderung zurückbezahlt werden (OR 318).

Abgrenzungen:

Gebrauchsüberlassungsverträge: Borger erhält Eigentum, Darleiher verliert sie. Rückleistung nicht derselben Sache, sondern der gleichen Gattung.

Veräusserungsverträge: mit Rückerstattung = Darlehen; ohne Rückerstattung und unentgeltlich = Schenkung; ohne Rückerstattung und entgeltlich = Kauf

Hinterlegung: Aufbewahrer darf die Sache nicht benutzen. Rückerstattung derselben Sache (Speziesschuld). Problematisch ist das Depositum irregulare, bei welchem Gattungswaren hinterlegt werden.

Einfache Gesellschaft: Beim partiarischem Darlehen, bei welchem der Darleiher an einem allfälligen Gewinn beteiligt ist. Bei der einfachen Gesellschaft bestehen gemeinsame Interessen.

Kreditkartenvertrag: KKG, Rechnungsbeträge sind später zu vergüten.

Pflichten der Parteien:

Darleiher: Verpflichtung zur Aushändigung und Verschaffung von Eigentum der vertretbaren Sachen an den Borger. Während der Zeit des Darlehens muss die Sache beim Borger belassen werden (Belassungspflicht).

Borger: trifft die Rückerstattungspflicht (d.h. Sachen der gleichen Menge und Qualität Nennwertprinzip = so viel wie beim Vertragsschluss). Darleiher trägt dagegen das Risiko von Kursverlusten.

Beim entgeltlichen Darlehen trifft der Borger weiter eine Vergütungspflicht (Zinsen oder Einmalzahlung). Die Annahmepflicht des Borgers ist umstritten, eher abzulehnen (Gläubigerverzug).

Besondere Verjährungsvorschriften:

Abnahme und Aushändigung: OR 315 gilt als lex specialis gegenüber OR 127 ff. Demnach verjährt der Anspruch des Borgers auf Aushändigung innerhalb von 6 Monaten nach Eintritt des Verzugs (OR 102). Da bei Nichtannahme der Borger in den Gläubigerverzug fällt, muss der Darleiher nach OR 91 ff. vorgehen.

Darlehenszinsen: unterliegen den Verjährungsfristen von periodischen Leistungen nach OR 128 Ziff. 1

Rückerstattungsanspruch: verjährt nach den allgemeinen Vorschrift von OR 127.

Zins:

Gemäss OR 313 ist das Darlehen im gewöhnlichen Verkehr vermutungsweise zinslos, im kaufmännischen Verkehr ist auch ohne vertragliche Abmachung ein Zins zu bezahlen. Wie der Darlehensvertrag ist auch die Zinsvereinbarung formfrei möglich.

Kaufmännischer Verkehr liegt vor, wenn der Darleiher gewerbsmässig Darlehen gewährt (z.B. Bank) oder der Borger das Darlehen im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit aufnimmt.

Unter dem Begriff Zins (i.e.S.) versteht man die Vergütung für die Überlassung der Sache durch den Darleiher. Als Zins im weiteren Sinn sind Leistungen zu verstehen, welche die Höhe der Darlehensvaluta übersteigen (Darleiher bekommt mehr als er gegeben hat).

Der Beginn der Zinszahlung richtet sich nach der Parteivereinbarung. Fehlt eine solche, dann beginnt die Zahlungspflicht ab der Hingabe oder ab Verzug. Die Zahlungspflicht endet mit dem Darlehensverhältnis.

Die Zinshöhe richtet sich nach dem Vertrag. Wurde nichts vereinbart, kommt OR 314 I zur Anwendung (Zins am Handelsplatz zur derselben Zeit). Falls dieser nicht ermittelt werden kann, gilt ein Zinssatz von 5% gemäss OR 73 I. Der Zinssatz darf 15% nicht übersteigen (KKG 14). Jedoch nach BGE 93 II 189 ein Höchstzins von 18% zulässig. Übersteigt der Zinssatz das erlaubte Mass, wird OR 20 II angewendet und durch das Gericht korrigiert (modifizierte Teilnichtigkeit).

Der Zins ist als Jahreszins (Geschäftsjahr 360 Tage) zu entrichten gemäss OR 314 II. In OR 314 III ist ein beschränktes Zinseszinsverbot statuiert. Beim Verzug ist dieses Verbot aufgehoben.

Beendigungsgründe:

Ordentliche Beendigung:

- Auf bestimmte Dauer endet mit Zeitablauf Parteivereinbarung
- Auf unbestimmte Dauer endet durch Kündigung OR 318

Ausserordentliche Kündigung:

- Aus der Vereinbarung, Gesetz (OR 21 Übervorteilung), oder
- Bei Dauerschuldverhältnissen aus ZGB 2 bei wichtigen Gründen (z.B. wirtschaftliche oder persönliche Unzumutbarkeit, weites Ermessen des Gerichts)

Das Konsumentendarlehen gemäss KKG

Was unter Konsumkreditverträgen zu verstehen ist, wird in KKG 1 umschrieben. Gemäss KKG 1 I ist der Konsumkreditvertrag ein Vertrag, durch den eine kreditgebende Person einem Konsumenten einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubes gewährt oder zu gewähren verspricht. In Abs. 2 werden die Konsumkreditverträge genannt (Leasing, Kreditkarten).

In persönlicher Hinsicht ist der Borger ein Konsument gemäss KKG 3 (weder beruflich noch gewerblich) und der Darleiher schliesst dagegen gewerbsmässig solche Verträge gemäss KKG 2.

In sachlicher Hinsicht darf das Darlehen nicht unter einen Ausnahmetatbestand des KKG 7 fallen. Weiter darf das Darlehen den Höchstbetrag von 80'000.- nicht über- und den Mindestbetrag von 500.- nicht unterschreiten.

Nach KKG 22 ff. muss der Kreditgeber die Kreditfähigkeit überprüfen.

Sind die Voraussetzungen des KKG erfüllt, so ist der Vertrag schriftlich abzufassen gemäss KKG 9 I und wesentliche Punkte enthalten, welche in KKG 9 II aufgelistet sind. Werden die Voraussetzungen nicht eingehalten, ist der Vertrag nach KKG 15 nichtig. Die Zinsbelastung wird nach dem effektiven Jahreszins berechnet (KKG 33 f.)

Kapitel 6

Kreditversicherungsverträge

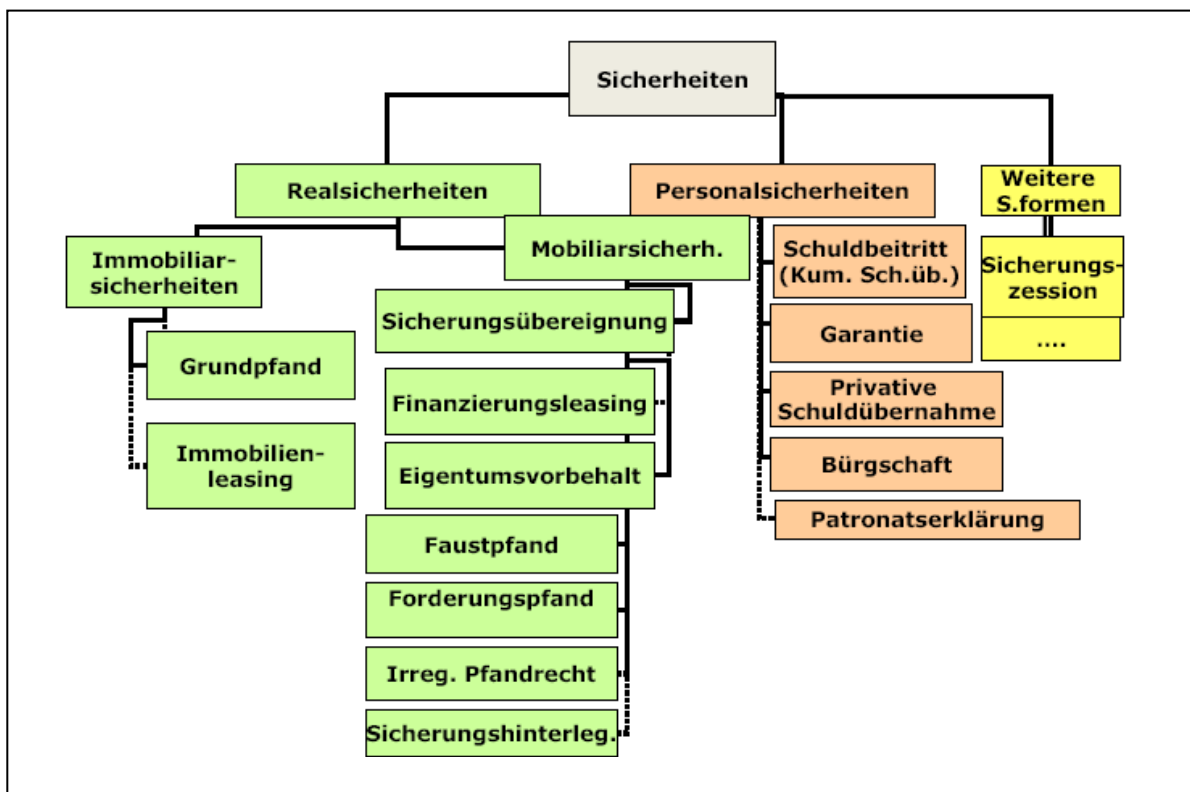
Arten des Kredits und dessen Sicherung:

Kredite sind häufig für die Finanzierung von Anschaffungen notwendig, da die eigenen Mittel oft nicht ausreichen. Dieses Kapitel befasst sich mit der Sicherung dieser Kredite, damit der Kreditgeber seine Leistung wieder zurückfordern kann.

Es kann unterschieden werden zwischen Geldkredit, Warenkredit (welche den Kreditkauf (mit Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungen) oder die Vollamortisations-Leasing beinhaltet).

Bei der Sicherung des Geldkredits wird zwischen Personalsicherheit (ein Dritter steht für die Forderung ein) und Realsicherheiten (bestehen aus Vorzugsrechten in Bezug auf einen Gegenstand) unterschieden.

Bei der Sicherung des Warenkredits stehen dieselben Sicherheiten zur Verfügung. Bei Kaufverträgen besteht weiter die Möglichkeit des Eigentumsvorbehalts nach ZGB 715 und beim Leasing steht das Objekt weiter im Eigentum des Leasinggebers.



Sicherungsvertrag:

Der Sicherungsvertrag kann zusammen mit dem Kreditvertrag oder als eigener Vertrag vereinbart werden. Dabei sind die Essentialia negotii die Parteien (alle, auch Dritte welche für den Schuldner

einstehen), der Sicherungsgrund (Hauptforderung) und das Sicherungsobjekt. Bei Mobilien ist in Bezug des Faustpfandprinzips ZGB 884 II und 717 zu beachten. Es wird ein besonderes Besitzesverhältnis verlangt (Besitzmittlungsverhältnis).

Gesetzliche Regelung und Entwicklungen in der Praxis

Haben grosse Bedeutung, es sind jedoch nicht alle gesetzlich geregelt.

Realsicherheiten und Sicherungszession

Pfandrecht: Das Pfandrecht ist ein beschränkt dingliches Recht, welches i.d.R. durch einen Pfandvertrag entsteht. Aus diesem Vertrag kann der Pfandgläubiger Rechte bei der Nichtbefriedigung ableiten (ZGB 891 I).

- *Fahrnispfand nach ZGB 884 ff:*

Es handelt sich dabei um einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag (Kausalitätsprinzip, jedoch formfrei), bei welchem der Pfandnehmer einen obligatorischen Anspruch auf Besitzesübertragung gegenüber dem Pfandgeber hat.

- Verpflichtungsgeschäft: Abschluss des Vertrages
- Verfügungsgeschäft: Besitzesübertragung zur Begründung des Pfandrechts

Faustpfandprinzip

Als Nachteile des Schuldners wird folgendes aufgelistet, der Schuldner kann die Sache nicht nutzen (auch die Erträge nicht). Verpfändung wird publik gemacht, was für eine schlechte Kreditfähigkeit spricht. Heute nicht mehr so bedeutsam, ausser beim Depotpfandrecht der Banken.

- *Forderungspfand:*

In ZGB 899 ff. ist das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten geregelt. Anders als beim Fahrnispfand ist zur Errichtung die schriftliche Form verlangt (ZGB 900 I). Dieses Institut wurde in der Praxis durch die Sicherungszession verdrängt. Ob ein Forderungspfand oder eine Sicherungszession vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln, allerdings spricht eine faktische Vermutung in dem meisten Fällen für eine Sicherungszession.

Sicherungsübereignung:

Der Sicherungsgeber (Fiduziant) überträgt dem Sicherungsnehmer (Fiduziar) eine Sache zum fiduziarischem Eigentum, dies zur dinglichen Sicherung einer Forderung. Im Gegensatz zum Pfand erwirbt der Fiduziar nicht bloss ein beschränkt dingliches Recht, sondern volles Eigentum. Diese Sicherungsart ist im Gesetz nicht niedergeschrieben (Innominatkontrakt sui generis), weshalb die Vorschriften des Faustpfandes sinngemäss angewendet werden. Das Sicherungsobjekt muss auf jedem Fall dem Gläubiger übertragen werden.

Sicherungszession:

Der Sicherungszedent (Fiduziant) tritt dem Sicherungszessionar (Fiduziar) eine Forderung oder ein Recht zur Sicherstellung einer Hauptforderung zu vollem Recht ab. Die Abtretung (OR 164 ff.) werden angewendet. Globalzessionen (Abtretung sämtlicher gegenwärtiger und künftiger Forderungen aus einem Geschäft) sind zulässig, sofern die Person, der Rechtsgrund sowie die Höhe bestimmt/bar sind.

- Verpflichtungsgeschäft: ist die Sicherungsabrede, welche schriftlich sein muss
- Sicherungsobjekt: alle Forderungen (OR 164 I)
- Verfügungsgeschäft: Übertragung der Forderung mittels Verfügungsvertrag (schriftlich)
- Regelung der Notifikation und Einziehung: Benachrichtigung ist nicht zwingend notwendig
- Nebenrechte und -pflichten des Zedenten: muss geleistete Zahlung weiter leiten
- Nebenrechte und -pflichten des Zessionars: darf Forderung verwalten
- Verwertung: ohne vertragliche Regelung, Verwertung bei Fälligkeit der Sicherungsforderung
- Geltendmachung der Hauptforderung: Zession hat Stundung der Hauptforderung zur Folge
- Pflicht zur Rückzession: nach Erfüllung oder Untergang der Hauptforderung

Sicherungshinterlegung:

Der Schuldner übergibt einem Dritten das Sicherungsobjekt mit der Auflage, dieses zu Sicherungszwecken aufzubewahren und dem Gläubiger bei Nichtbefriedigung herauszugeben. Kombination eines Pfandrechts mit einem Hinterlegungsvertrag.

Verkauf unter Eigentumsvorbehalt:

Beim Eigentumsvorbehalt sichert sich der Kreditgeber dadurch ab, dass er sich das Eigentum an der verkauften Sache solange vorbehält, bis der gesamte Preis bezahlt ist. Voraussetzung von ZGB 715 f. müssen erfüllt sein.

- Verpflichtungsgeschäft: Kaufvertrag (Entäusserungsvertrag) mit gestundetem Kaufpreis
- Sicherungsobjekt: alle verkehrsfähigen beweglichen Sachen
- Sicherungsgrund: Sicherung des Kaufpreises
- Verfügungsgeschäft: Besitzesübertragung, wobei die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts vorher erfolgen muss.
- Eintrag ins Eigentumsvorbehaltsregister: auch nach Übergabe möglich, kein öffentlicher Glaube des Registers (jedoch ZGB 3 II erforderliche Aufmerksamkeit), am Wohnort des Käufers
- Verwertung: durch Rückgabe der Sache an den Veräusserer

Finanzierungsleasing:

Die Leasinggesellschaft erwirbt das Objekt, wird jedoch nur Eigentümer und nicht Besitzer. Der Leasingnehmer soll während der Vertragsdauer die Pflichten eines Eigentümers einnehmen, aber dennoch für Leistungsstörungen der Gesellschaft haften.

Personalsicherheiten

Bürgschaft – OR 492 - 512:

Der Bürgschaftsvertrag ist ein einseitig verpflichtender Vertrag. Dabei verpflichtet sich der Bürge, für die Erfüllung der Schuld einzustehen. Die Bürgschaft ist akzessorisch, d.h. dass eine Hauptschuld bestehen muss. Aus Schutzgründen bestehen viele zwingende Normen.

- Formvorschrift in OR 493
- Sicherungsgrund: muss mindst. bestimmbar sein, weiter auch die Person des Gläubigers
- Belangbarkeit des Bürgen: Unterscheidung: Solidarbürgschaft (OR 496), einfache Bürgschaft (erst subsidiär) oder Mitbürgschaft (OR 497, bei welcher sich mehrere zur gleichen Hauptschuld verbürgen)
- Höchstbetrag der Haftung: ergibt sich aus dem Vertrag OR 499 I
- Beendigung der Bürgschaft OR 509 ff.: endet bei Erfüllung oder Untergang der Hauptforderung (unselbständige Untergangsgründe OR 509 I). Daneben gibt es auch Untergangsgründe, ohne dass die Hauptforderung untergeht (selbständige Untergangsgründe gemäss OR 509 II bis VI und 510 ff.)

Garantievertrag:

Ist unter dem Titel "Vertrag zu Lasten Dritter" in OR 111. Er sichert dem Promissar (Begünstigter) die Leistung eines Dritten und falls diese ausbleibt, hat er Anspruch vom Promittenten (Garant). Das Grundgeschäft ist nicht akzessorisch zum Versprechen, dies bildet der Hauptunterschied zur Bürgschaft. Weitere Kriterien:

- Im Zweifel ist bei Privatpersonen eine Bürgschaft anzunehmen, bei geschäftsgewandten Personen eine Garantie
- Einredeverzicht spricht für eine Garantie, da Akzessorietät aufgehoben wird
- Rechtsbindungswillen und eigene Interesse als Anhaltspunkte

Der Garant kann bei Fälligkeit der Garantie belangt werden. Garantien sind häufig befristet, fehlt diese kommen die allgemeinen Verjährungsregeln nach OR 127 zur Anwendung.

Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme oder Schuldmitübernahme):

Es handelt sich dabei um eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden, wobei der letztere die Schuld aus dem Hauptgeschäft solidarisch mit dem Schuldner mitträgt (OR 143 ff.). Ein erkennbares Eigeninteresse spricht für eine Schuldübernahme und nicht für eine Bürgschaft.

Patronatserklärung:

Gesetzlich nicht geregelt. Sie kommt aber v.a. in Form von Erklärungen vor (Mutter- oder andere Konzerngesellschaften geben diese Erklärungen für ihre Tochtergesellschaften ab). Anwendung der culpa in contrahendo, wobei ein berechtigtes Vertrauen enttäuscht wurde.

Kapitel 7

Werkvertrag

Begriff: Werkvertrag (WV): Mit dem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung der Vergütung gemäss OR 363. Der WV stellt einen vollkommenen zweiseitigen Vertrag ohne Formvorschrift zwischen dem Besteller und dem Unternehmer dar. Die Leistungspflicht des Unternehmers richtet sich auf die Herstellung und Ablieferung des versprochenen Werkes. Der Besteller ist zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet (Werklohn, Werkpreis). Nach h.L. wird die Entgeltlichkeit vermutet. Falls keine solche Vergütung beschlossen wurde, ist ein Auftrag anzunehmen – ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln.

Werk: ≠ OR 58, Urheber- oder Produkthaftpflichtrecht. Unter dem Begriff "Werk" i.S.v. OR 363 ist jeder Arbeitserfolg zu verstehen, welcher objektiv bestimmbar sein muss. Erfolg kann nur versprochen werden, wenn er in den Händen des Unternehmers liegt (nicht Zufall, Urteil, etc.). Die Regelungen von OR 363 ff. sind auf körperliche Werke zugeschnitten. Das BGer hat den Begriff ausgeweitet, wodurch auch immaterielle Güter unter den Werkbegriff fallen (Erfolg muss vereinbart sein).

Abgrenzungen:

Kaufvertrag: Kauf ist auf Übereignung der Sache gerichtet, der Werkvertrag auf das Herstellen einer individuellen Sache.

2 Problempunkte: 1. Kauf einer zukünftigen Sache, welche bei Vertragsschluss noch nicht existiert. Unterscheidung ist die Herstellungsart: Serie vs. Individuell. 2. Kauf mit Montageverpflichtung kombiniert. Dies stellt ein gemischter Vertrag dar. Dabei ist eine Abwägung zwischen den kaufrechtlichen und werkvertraglichen Elementen durchzuführen:

Sachleistung > Montage (Nebenpflicht) = Kaufvertrag

Sachleistung (Nebenpflicht) < Montage = Werklieferungsvertrag

Sachleistung = Montage = gemischter Vertrag

Sachleistung (unbedeutend) << Montage = Montagewerkvertrag

Unterscheidung ist in Bezug zu den Rechtsfolgen von Bedeutung!

- WV: Nachbesserung OR 368 II, Kauf: keine solche Behelfe OR 205 f.
- Gefahrenübergang: WV: bei Ablieferung des Werks OR 376, Kauf: bei Vertragsschluss OR 185
- Rücktrittsrecht: Kauf: nur Wandelung OR 205, WV: weiter als im Kaufrecht: Verzug OR 107, Voraussehbarer Verzug OR 366, wegen Kostenüberschreitung OR 375, jederzeit, wenn der Unternehmer schadlos gehalten wird OR 377.
- Bauhandwerkerpfandrecht: steht nur dem Unternehmer zu nach ZGB 837

Kein Unterschied bei der Verjährung OR 371, jedoch wegen Mängel 5 Jahre und nicht nur 1 Jahr.

Auftrag: Der Auftrag hat ein Tätigwerden im Interesse des Auftragsgebers zum Gegenstand, geschuldet ist ein Wirken (Sorgfaltspflicht). Im WV ist ein Erfolg geschuldet.

Der Auftrag ist vermutungsweise unentgeltlich, WV dagegen entgeltlich. Problem, wenn Auftrag ebenfalls entgeltlich oder WV unentgeltlich. Beim WV kann nur ein objektiver Erfolg versprochen werden, kann nur ein Tätigwerden versprochen werden, handelt es sich um ein Auftrag.

Abgrenzungsprobleme:

- Architekturvertrag: Planungsvertrag WV: Herstellen von Plänen, Zeichnungen oder Kostenvorschlägen. Bauleitungsvertrag Auftrag: Bauleitung, wegen des Tätigwerden. Werden beide zusammengefügt, spricht man vom Gesamtvertrag, dessen Qualifikation umstritten ist.

- Zahnbehandlungsvertrag, bei welchen spezielle Dinge hergestellt werden müssen (Prothesen).

Rechtsfolgen der Unterscheidung

- Haftung: WV: ohne eigenes Verschulden (Erfolgshaftung) OR 368, Auftrag: nur eigenes Verschulden (Sorgfaltshaftung) OR 398.
- Rücktritt: WV: nur solange Werk unvollendet ist und gegen Vergütung OR 377, Auftrag: jederzeitige Rücktritt beider Parteien möglich OR 404.

Arbeitsvertrag: Wie beim WV verpflichtet sich der Arbeitnehmer eine Dienstleistung für eine andere Person zu erbringen. Jedoch gibt es drei Unterscheidungskriterien:

- Arbeitnehmer schuldet Arbeitseinsatz und Sorgfalt, WV nebenbei noch einen Erfolg
- Die Entschädigung beim WV ist erfolgsabhängig, Arbeitnehmer nach Aufwand
- Das wichtigste Kriterium ist das Subordinationsverhältnis, welches beim Arbeitsvertrag typisch ist.

Rechtsfolgen der Unterscheidung:

- Gefahrentragung: Arbeitsvertrag: grundsätzlich der Arbeitgeber OR 324a, WV: bis Übergabe des Werks der Unternehmer OR 376.
- Zwingende/dispositive Normen: Arbeitsrecht zahlreiche zwingende (teilzwingende) Normen, WVrecht dispositives Recht und daher abänderbar.

Erscheinungen des WV

Bauwerkvertrag: kein gesetzlicher Begriff. Das "Bauwerk" ist weit zu verstehen, denn es umfasst nicht nur ein Werk i.S.v. OR 58 oder ein unbewegliches Bauwerk i.S.v. OR 371 II, sondern auch einzelne Arbeiten (Dachdeckung, Anstrich, Installation von sanitären Anlagen, usw.).

Verschiedene Verpflichtungsarten:

- Teilunternehmer: Leistung ist nicht auf das gesamte Werk gerichtet, die Leistung erfolgt aufgrund eines separaten WV.
- Generalunternehmer: Bei grossen und komplexen Überbauungen wird es für den Bauherrn schwierig, alle am Bau beteiligten Teilnehmer zu koordinieren und zu beaufsichtigen. Die GU übernimmt diese Aufgaben und führt dieses fremde Projekt.
- Totalunternehmer: Neben den Ausführungsarbeiten (wie GU), leistet er auch die Planungs- und Projektierungsarbeiten (≠ GU).
- Subunternehmer: Werden beauftragt, falls die GU oder die Totalunternehmung selbst nicht leistet. Es entstehen somit Ketten von unabhängigen WV. Der Subunternehmervertrag ist grundsätzlich vom Hauptvertrag unabhängig.

SIA-Norm 118: privates Regelwerk zur Vereinheitlichung und Vereinfachung. Müssen durch Abreden als Vertragsbestandteil übernommen werden. Die SIA-Normen sind nach den Auslegungsgrundsätzen für AGB's zu interpretieren. Inhaltlich regelt die Norm die Vertragspflichten, Abnahme des Werkes, Mängelhaftung, Gerichtsstand, Zustandekommen des Vertrags und das Submissionsverfahren (Verfahren, bei welchem Anbieter ihr Angebot vorstellen können). Die SIA-Norm 118 stimmt in weiten Teilen mit OR 363 – 379 überein.

Werklieferungsvertrag: Merkmal des Werklieferungsvertrags ist die Pflicht des Unternehmers, den für die Herstellung des Werkes erforderlichen Stoff oder zumindest ein Teil davon zu liefern. Dieser Vertrag bildet stets ein WV, einzig bei der Rechtsgewährleistung verweist OR 365 I auf das Kaufrecht. Wichtig in diesem Zusammenhang ist die Bestimmung des Wiener Kaufrecht, welche in CISG 3 I normiert, dass Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware den Kaufverträgen gleichzustellen sind.

Werkvertragsähnliche Innominatkontrakte: Es gibt einige Verträge, welche nicht genau zugeordnet werden können. Mittels Analogie werden diese Verträge ausgelegt. Bsp: Veranstaltungsverträge wie Vorstellungsbesuche, Orchester, Musiker- oder Künstlerverträge; Softwareherstellungsverträge; Wartungsverträge; Bewirtungsverträge.

Pflichten und Rechtstellung des Unternehmers

Hauptpflicht: Herstellung und rechtzeitige Ablieferung des Werkes.

Nach OR 364 II muss der Unternehmer das Werk persönlich ausführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen lassen, es sei denn, es komme nach der Natur des Werkes nicht auf seine persönlichen Eigenschaften an.

Ist der Unternehmer zur persönlichen Ausführung verpflichtet, so darf er keinen Dritten zur Erledigung herbeiziehen. Falls er einen Dritten hinzuziehen durfte, haftet er für dessen Ausführung nach OR 101. War er jedoch nicht befugt, so kommt OR 97 I zur Anwendung.

Weiter muss der Unternehmer das Werk rechtzeitig abliefern (ansonsten Schuldnerverzug OR 102-109). Ist jedoch bereits vor Eintritt des Ablieferungstermins des Werkes eine Ausführungsverzögerung vorhersehbar, hat der Besteller die Möglichkeit, vorzeitig vom Vertrag zurückzutreten (OR 366 I). Jedoch müssen die allgemeinen Regeln des Rücktritts nach OR 107-109 (Nachfrist) beachtet werden.

Nebenpflichten: Aus Gesetz, Vereinbarung oder richterlicher Vertragsergänzung, welche unselbständigen oder selbständigen Charakter haben (klagbarer Anspruch).

Pflichten betreffend Stoff und Hilfsmittel; Anzeigepflichten:

- Vom Besteller gelieferter Stoff sorgfältig zu behandeln OR 365 II
- Vom Besteller gelieferter Stoff bei Überschuss zurückzugeben und Rechenschaft über die Verwendung abzugeben OR 365 II
- Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften selber mitzuführen OR 364 II
- Informationspflicht (z.B. über Zustand, Baugrund, etc.) OR 365 III
- Dem Besteller Weisungen zu erteilen (z.B. bei Verunmöglichung der Herstellung OR 369)

Sorgfaltspflicht, OR 364 I verweist auf das Arbeitsrecht:

- Allgemeine Sorgfaltspflicht auf Hauptleistungspflicht
- Beschränkung der Sorgfaltspflicht auf die positive Vertragsverletzung vor Abschluss der Arbeiten (Nicht- und Schlechtleistung nach den Regeln des Verzugs)
- Mass an Sorgfalt

OR 364 I soll eng ausgelegt werden, danach soll der Verweis lediglich das Mindestmass an Sorgfalt in werkvertraglichen Verhältnissen festlegen. Im Werkvertragsrecht werden im Allgemeinen höhere Anforderungen an den Unternehmer gestellt als einem Arbeitnehmer. Sorgfältiges Arbeiten heisst demnach gewissenhaft vorzugehen, Nachlässigkeiten zu vermeiden und die Rechtsgüter des Bestellers nicht zu beeinträchtigen. Bei Verletzung der Sorgfaltspflicht kommt OR 97 zur Anwendung. Bei Mängeln am Werk kommen die besonderen Regeln nach OR 367-371 verwendet.

Besteht eine allgemeine Treuepflicht des Unternehmers? Umstritten, jedoch bereits aus ZGB 2 (Treu und Glauben) bestehen Aufklärungs-, Beratungs- und Geheimhaltungspflichten.

Gefahrentragung: Bedeutet die Risikotragung im Falle des zufälligen Untergangs des Werks vor dessen Ablieferung. Preisgefahr (Bestand der Werklohnforderung), Leistungsgefahr (Anspruch auf Herstellung) und Sachgefahr (unmittelbaren Verlust der Sache).

Grundsatz: Werk geht vor Übergabe ohne Verschulden zufällig unter OR 376 I Unternehmer trägt die Gefahr. Mit der Übergabe des Werkes geht die Gefahr auf den Besteller über.

Ausnahmen: Gefahr geht bereits vor der Übergabe auf den Besteller über, wenn dieser sich im Gläubigerverzug befindet. Besteller trägt daneben die Preisgefahr, falls durch einen Mangel aufgrund des von ihm gelieferten Materials oder aufgrund einer seiner Anweisungen das Werk untergeht OR 376 III.

Sicherung der Werklohnforderung: Dingliches Retentionsrecht nach ZGB 895 bei beweglichen Sachen. Bei Immobilien kann ein Bauhandwerkerpfandrecht nach ZGB 873 errichtet werden.

Pflichten und Rechtstellung des Bestellers:

Hauptpflicht: Bezahlung des Werklohnes.

Dieser Lohn ist die Bezahlung der Werkleistung und geht aus OR 363 hervor. Die Entgeltlichkeit ist die Regel (ansonsten Innominatkontrakt oder Auftrag).

Entstehung und Fälligkeit des Werklohnes: Der Anspruch auf den Werklohn entsteht mit Abschluss des Vertrages. Fällig wird er erst bei Ablieferung OR 372 I Teilzahlung ist möglich nach OR 372 II. Umstritten ist die Rechtslage bei unvollendeten oder mangelhaften Werken, welche abgeliefert werden.

Höhe des Werklohnes: Bei fester Übernahme eines Preises OR 373: Bindung an den Fixpreis, jedoch kann davon abgesehen werden, falls ausserordentliche Umstände dafür sprechen (OR 373 II).

Übernahme ohne festen Preis OR 374: Berechnung nach Massgabe des Wertes der Arbeit und Aufwendungen des Unternehmers. Auch anwendbar, wenn Parteien einen ungefähren Preis vereinbart haben.

Überschreiten des Kostenansatzes OR 375: überschreitet der Unternehmer seinen nicht bindenden, ungefähren Kostenvoranschlag erheblich, kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten. Die Überschreitung ist erheblich, wenn die Kosten um mehr als 10% steigen.

Nebenpflichten: Abnahme und Genehmigung des Werkes: der Besteller muss das Werk abnehmen und prüfen (=Obliegenheit). Die Genehmigung ist die Willenserklärung des Bestellers, mit der das abgelieferte Werk als vertragsgemäss akzeptiert wird.

Übrige Nebenpflichten: Rügepflicht, Mitwirkungspflicht (Lieferung von Material, Baugrund zur Verfügung stellen, Instruktionen erteilen, etc.).

Mängelhaftung des Unternehmers: Häufig auch Gewährleistung genannt. Der Unternehmer muss dem Besteller ein mängelfreies Werk abliefern. Die Haftung für Mängel ist in OR 367-371 geregelt, die Regelung geht dem Leistungsstörungenrecht des OR AT vor.

Voraussetzungen:

Bestehen eines Werkmangels: Abweichung vom vertraglich Versprochenen (Werk fehlt eine vereinbarte Eigenschaft oder das Werk hat eine Eigenschaft nicht, welches nicht explizit vereinbart wurde, aber mit der der Besteller dennoch rechnen durfte. Weiter darf der Besteller von der Gebrauchstauglichkeit und Wertqualität ausgehen (Normalbeschaffenheit).

Es gibt verschiedene Erscheinungsformen von Werkmängeln:

Rechtlicher: Verstoss gegen eine Sicherheitsnorm

Geheimer/Versteckter: z.B. Defekt innerhalb einer eingemauerten Rohrleitung

Primärmangel: besteht bereits bei Ablieferung des Werkes

Sekundärmangel: Entsteht erst nach Ablieferung, beruht aber auf einem Mangel, der bereits bei der Ablieferung bestand.

Mangel an einer unkörperlichen Sache: Gutachten erfüllt Erwartungen nicht

Kein Selbstverschulden des Bestellers: Nach OR 369 darf der Mangel nicht durch den Besteller verschuldet worden sein. Dasselbe gilt für Weisungen des Bestellers, die dem Unternehmer widersprechen. Das Verschulden muss der Unternehmer beweisen.

Keine Genehmigung des Werkes: Mit der Genehmigung kann der Besteller keine Mängelrechte ausüben, da diese Rechte verwirken gemäss OR 370. Die Genehmigung umfasst nur offene Mängel, versteckte können nicht verwirken. Die Genehmigung kann stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen. Zu beachten sind die Obliegenheiten, die der Besteller nachkommen muss (Prüfungspflicht, Anzeigepflicht OR 367 I, unverzüglich ähnlich Mängelrüge im Kaufrecht).

Mängelrechte des Bestellers:

Mängelrechte nach OR 368: Unterscheidung zw. erheblichen und minder erheblichen Mängel, bei beiden kann jedoch Schadenersatz geltend gemacht werden.

- Erheblich: Annahme verweigern (OR 368 I) oder vom Vertrag zurücktreten bzw. das positive Vertragsinteresse geltend machen (OR 107).
- Minder erheblich: Minderungsrecht oder Nachbesserungsrecht (OR 368 II).

Die einzelnen Mängelrechte:

Wandelungsrecht: Nur bei erheblichen Mängel, da die Annahmeverweigerung als das schärfste Instrument des Bestellers gilt. Es muss im Einzelfall abgeklärt werden, ob das Ausmass des Mangels so erheblich ist (Interessensabwägung zwischen den Parteien) die Wandelung führt zur Auflösung ex tunc und ist ein Gestaltungsrecht.

Minderungsrecht: Besteller hat die Möglichkeit den Werklohn in Höhe des Minderwertes herabzusetzen (OR 368 II). BGer: Gestaltungstheorie, h.L. Vertragstheorie. Damit gemindert werden kann, muss ein effektiver Wertverlust des Werkes aufgrund des Mangels entstanden sein (Berechnung nach der relativen Berechnungsmethode oder nach der absoluten Berechnungsmethode). Minderung lässt Wandelungs- und Nachbesserungsansprüche erlöschen.

Nachbesserungsrecht: das Werk wird unentgeltlich durch den Unternehmer verbessert. Das Nachbesserungsrecht setzt voraus, dass die Mängel am Werk objektiv beseitigt werden können und dass die Kosten für die Beseitigung nicht übermässig hoch ausfallen. Nachbesserung lässt Wandelung und Minderung erlöschen.

Ersatz des Mangelfolgeschadens (Schadenersatz): Schaden wird durch ein Mangel des Werkes verursacht, geht aber über diesen Mangel hinaus. Es handelt sich dabei um eine Verschuldenshaftung, anders als bei der Wandelung, Minderung und Nachbesserung, welches Kausalhaftungen sind.

Verjährung: Verweis auf OR 210 in OR 371 I 1 Jahr bzw. 5 Jahre nach OR 371 II, Ausnahme beim absichtlichen Verschweigen 10 Jahre

Beendigung des WV: Grundsätzlich endet ein Vertrag durch beidseitige Erfüllung. Besondere Bestimmung in OR 375-379 (Überschreitung des Kostenansatzes, Untergang des Werkes, etc.)

Rücktrittsrecht des Bestellers: OR 377; solange das Werk nicht vollendet ist, kann der Besteller jederzeit und ohne Angabe von Gründen gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten. Die Folge ist die Vertragsauflösung ex nunc und dass der Unternehmer einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf das positive Vertragsinteresse hat.

Unmöglichkeit der Erfüllung:

Drei Situationen:

- Zufälliger Untergang OR 376: Unternehmer trägt Verlustrisiko, ausser Besteller im Annahmeverzug oder er hat den Besteller gehörig angewiesen.

- Erfüllungsmöglichkeit aus Verhältnissen des Bestellers OR 378: Für den Unternehmer objektiv nicht mehr möglich das Werk herzustellen und die Verhinderung liegt beim Besteller. Beim Verschulden des Bestellers kann der Unternehmer Schadenersatz verlangen.
- Beim Unternehmer unverschuldet eingetretene Unmöglichkeit OR 379: Unternehmer kann ohne eigene Schuld das Werk nicht mehr fertigstellen (z.B. Tod, Invalidität)
 - persönliche Leistungspflicht: erlöscht der Vertrag (Vergütung der bereits ausgeführten Arbeiten, sofern brauchbar).
 - keine persönliche Leistungspflicht: Vertrag bleibt bestehen.

Kapitel 8

Einfacher Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag

Der einfache Auftrag:

Gemäss OR 394 I verpflichtet sich der Beauftragte gegenüber dem Beauftragten, ein ihm übertragenes Geschäft vertragsgemäss zu besorgen. Der Beauftragte erbringt die Arbeitsleistung im Hinblick auf ein Ziel. Charakteristisch für den Auftrag ist das Tätigwerden im Hinblick auf dieses Ziel, nicht jedoch das Erreichen dieses Ziels.

Nach OR 394 II bildet der einfache Auftrag der Auffang-/ bzw. Grundtatbestand aller Arbeitsleistungen. Daher ist es schwierig die wesentlichen Vertragspunkte des Auftrags darzulegen, da sie vor allem anhand der Abgrenzung vorgenommen werden muss. Grosse Bedeutung erlangt er insbesondere im Bereich der Dienstleistungen. Der Auftrag kann als Dauerschuld oder als Einzelschuldvertrag ausgestaltet sein und bildet ein zweiseitiger Vertrag, welcher beim unentgeltlichen unvollkommen und beim entgeltlichen vollkommen ist.

Das Gesetz kennt viel Sonderformen und auftragsähnliche Verträge, so die Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (OR 406a-406h), Kreditbrief und Kreditauftrag (OR 407-411), Mäklervertrag (OR 412-418), Agenturvertrag (OR 418a-418v), Kommission (OR 425-439), Speditionsvertrag (OR 439) und Frachtvertrag (OR 440-457).

Abgrenzungen:

Werkvertrag: Beim WV ist ein Erfolg geschuldet und nicht bloss ein Tätigwerden. Der Erfolg muss objektiv möglich sein. Weiter ist der WV in jedem Fall entgeltlich, weshalb sich die Probleme nur im Verhältnis zum entgeltlichen Auftrag ergeben. BGer hat im Werkvertragsrecht die Sachen auch auf geistige Werke ausgeweitet. Bsp.: Arztvertrag als Auftrag, da kein Heilungserfolg versprochen werden kann, wichtiger Bestandteil des Auftrags ist die Aufklärungspflicht und in diesem Zusammenhang die Einwilligung des Patienten; Anwaltsvertrag als Auftrag, da lediglich fachgerechtes Tätigwerden versprochen werden kann; problematisch sind Gutachten, nur dann als WV, wenn das Resultat nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann (Rechtsgutachten als Auftrag, da nicht objektiv überprüfbar); Personenbeförderungsverträge gelten als Aufträge, da Tätigwerden genügt; Architekten und Ingenieurvertrag, dabei untersteht ein Planungsvertrag werkvertraglichen Regelungen und der Bauleitungsvertrag dem Auftragsrecht; Die Unterscheidung hat wichtige Auswirkungen in den Rechtsfolgen: **Haftung**: beim Auftrag handelt es sich um eine Verschuldenshaftung (OR 398) und beim WV um eine Kausalhaftung (ausser Schadenersatzhaftung, OR 368). **Rücktritt**: jederzeitiges Rücktrittsrecht beim Auftrag nach OR 404 und beim WV kann der Besteller nur gegen Vergütung und volle Schadloshaltung vor Vollendung zurücktreten nach OR 377.

Arbeitsvertrag: fließender Übergang, da Arbeiten sehr und die Eingliederung in ein Unternehmen sehr unterschiedlich sein können. Beim Arbeitsvertrag besteht ein Subordinationsverhältnis (Kontroll- und Rechenschaftspflichten). Der Beauftragte ist selbständig tätig, während der Arbeitnehmer auf Weisungen aktiv wird. Weiter ist besteht im Arbeitsrecht eine wirtschaftliche Abhängigkeit. Die Unterscheidung hat wichtige Auswirkungen in den Rechtsfolgen (vor allem sind die Vertragsparteien im Auftragsrecht gleichgestellt und im Arbeitsrecht wird der Arbeitnehmer eher geschützt): Der

Hauptunterschied liegt im Rücktritts-/Kündigungsrecht (OR 404 gegenüber OR 322-330b) und im Lohnanspruch während der Ferien beim Arbeitnehmer.

Einfache Gesellschaft: eine einfache Gesellschaft entsteht dadurch, dass zwei oder mehrere Personen ein gemeinsames Ziel erreichen wollen nach OR 530 I. Beim Auftrag soll der Beauftragte das Ziel des Auftraggebers erreichen. Die Unterscheidung hat wichtige Auswirkungen in den Rechtsfolgen: die einfache Gesellschaft als Gewinn- oder Verlustgemeinschaft, was beim Auftrag nicht der Fall ist. Der einfache Gesellschafter haftet solidarisch, der Beauftragte grundsätzlich nicht.

Blosse Gefälligkeit: der Auftrag ist für beide Parteien verbindlich, wobei bei der Gefälligkeit der Rechtsbindungswille fehlt und kein Vertrag zustande kommen lässt.

Rat und Auskunft: Erkennbarkeit der besonderen Bedeutung der Auskunft für den Auskunftsgeber. Ähnlich zur blossen Gefälligkeit.

Entstehung des einfachen Auftrags:

Durch die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien. Das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten stellt ein Grundverhältnis dar, welches bei der Stellvertretung Bedeutung erlangt. Grundsätzlich formfrei wirksam. OR 395 enthält eine Konkretisierung von OR 6, welche die stillschweigende Annahme umschreibt.

Gegenstand und Umfang des Auftrags:

Nach OR 398 II haftet der Beauftragte für die getreue und sorgfältige Ausführung. Dabei hat er im Sinne des Auftraggebers tätig zu werden. Inhalt kann jede nicht widerrechtliche Tätigkeit sein (Tat- und auch Rechtshandlungen). Der Umfang bestimmt sich nach dem Vertrag, ansonsten nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts gemäss OR 396 I. Es gilt zudem die gesetzliche Vermutung der Vollmacht gemäss OR 396 II. Der Auftraggeber kann keine Erfüllungsklage durchsetzen, jedoch hat er gegenüber dem Beauftragten ein Weisungsrecht.

Rechtstellung des Auftraggebers:

Rechte: Weisungsrecht nach OR 397: es kann nicht nur das Ziel vorgegeben werden, sondern auch die Art und Weise, wie dieses Ziel erreicht werden soll. Weisungen sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen, welche dem Beauftragten als Leitlinien dienen. Das Weisungsrecht ist in dreifacher Hinsicht beschränkt: 1. auf die Erfüllung des Auftrags (Kausalzusammenhang zw. Weisung und der Erfüllung des Auftrags), 2. weder rechts- noch sittenwidrig und 3. keine unzweckmässige und unsachgemässe Anweisungen (falls der Beauftragte von einer solchen Weisung abweichen möchte, so muss er dies dem Auftraggeber mitteilen.).

Hauptpflicht: Vergütung des Auftrags. Der Gesetzgeber geht vom unentgeltlichen Auftrag aus, aber heute spricht eine faktische Vermutung zugunsten der Entgeltlichkeit. Grundlage bildet eine Vereinbarung oder eine übliche angemessene Vergütung nach den Umständen. Die Honorarforderung wird mit der Ausführung des Auftrags fällig. Erbringt der Beauftragte ein Nicht-/Schlechtleistung kann der Auftraggeber die Einrede der unsorgfältigen Vertragserfüllung erheben (Reduktion des Honorars).

Nebenleistungspflichten: Gemäss OR 402 I ist der Auftraggeber verpflichtet alle Auslagen (Geld) und Verwendungen (Verbrauch von Sachen) zu ersetzen, die mit der richtigen Ausführung getätigt wurden. Diese Kosten müssen durch den konkreten Auftrag bedingt sein keinen Gewinn. Der Auftraggeber hat den Beauftragten von Verbindlichkeiten mit Dritten zu befreien, dies in analoger Anwendung von OR 402 I.

Haftung für Schäden: Der Auftraggeber hat dem Beauftragten den Schaden zu ersetzen, den dieser in Ausführung des Auftrags erlitten hat, sofern er nicht beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft (OR 402 II, Umkehr der Beweislast). Grundsätzlich kein Ersatz unverschuldeter Schaden, Ausnahme bei unentgeltlichen Aufträgen (Art. 422 OR analog).

Gemeinsame Auftragsvergabe: Gemäss OR 403 I entsteht eine solidarische Haftung zwischen den Auftraggebern.

Rechtstellung des Beauftragten:

Hauptpflichten: Der Beauftragte hat sorgfältig und getreu tätig zu werden. Es treffen ihn nicht nur Handlungs-, sondern auch Unterlassungspflichten (keine Erschwerung der Zielerreichung). Es gilt nach OR 398 III eine persönliche Leistungspflicht (Problematik Gehilfe/Substitut, OR 399).

Nebenflichten: Das Mass der *Sorgfalt* ist in OR 398 I festgelegt und verweist auf das Arbeitsrecht. Jedoch ist die Haftung des Beauftragten strenger als diejenige des Arbeitnehmers. *Rechenschafts- und Erstattungspflichten* (OR 400 I), Pflicht zur Rechenschaftsablegung (als Informationspflicht), Abrechnungspflicht, Ablieferungspflicht (kann auch Hauptpflicht sein). OR 401 I und II ordnet eine *Legalzession* an, wenn der Beauftragte als indirekter Stellvertreter gehandelt hat. OR 401 III sieht ein gesetzliches Aussonderungsrecht vor. Haftung mehrerer Beauftragter (OR 403 II OR): solidarische Haftung für Haupt- und Nebenflichten.

Folgen der Vertragsverletzung:

Sehr schwierig zu ermitteln. Wird der Beauftragte nicht oder nicht im vereinbarten Umfang tätig, so kommen die allgemeinen Bestimmungen gemäss OR 102 ff zur Anwendung, bei Unmöglichkeit OR 20 oder 119. Der Nachweis der Schlechterfüllung ist schwieriger, da ein sorgfaltswidriges Verhalten nachgewiesen werden muss (Haftung nach OR 97 ff. bzw. 398 II und Bemessung nach OR 99 III iV.m. 43f. Die Möglichkeit der Freizeichnung nach OR 100 ist im Auftragsrecht gestattet.

Beendigung des Auftrags:

Erfüllung: Der Vertrag geht durch vertragskonforme Erfüllung unter. Ein dauerhafter Auftrag kann nur durch Kündigung beendet werden.

Widerruf/Kündigung: Jederzeitiges Kündigungsrecht: der Auftrag kann von beiden Parteien nach OR 404 I jederzeit widerrufen (gekündigt) werden. Die Kündigung ist voraussetzungslos gültig und ist ein Gestaltungsrecht. Sie hat eine Wirkung ex nunc, d.h. ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung. Zwingender Charakter von OR 404: nach BGer zwingend, nach der Lehre vor allem bei Dauer-schuldverhältnissen eher dispositiver Natur. Das Kündigungsrecht darf weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Widerruf zur Unzeit (OR 404 II): als Rechtsfolge sieht das Gesetz eine Schadenersatzpflicht vor. Diese bedingt, dass die Kündigung keinen sachlich vertretbaren Grund für die Kündigung hat oder die von der Kündigung betroffene Partei erleidet einen besonderen Nachteil, da besondere Dispositionen getroffen wurden.

Erlöschen: nach OR 405 I durch Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs des Auftraggeber oder Beauftragten als gesetzliche Vermutung. OR 406 umschreibt die Folgen bis zur Kenntnisnahme des Beauftragten.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA; OR 419-424):

Begriff: GoA liegt dann vor, wenn eine Person (Geschäftsführer) für eine andere (Geschäftsherr) handelt, ohne dass es dafür einen Rechtsgrund gibt. Gegenstand können alle Tat- und Rechtshandlungen sein, welche vertretungsfreundlich sind. Die GoA ist ein gesetzliches Schuldverhältnis, welches als ein quasivertragliches Verhältnis begründet. Es wird zwischen der echten (berechtigt/unberechtigt) und der unechten (gutgläubig, Geschäftseinmischung/bösgläubig, Geschäftsanmassung) GoA unterschieden.

Abgrenzungen:

Stellvertretung: beide werden im Interesse eines Dritten tätig. Die GoA regelt aber das Verhältnis des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers (Innenverhältnis) und die Stellvertretung regelt das Aus-senverhältnis. Mit der Genehmigung nach OR 324 kommen die Regeln des Auftrags zur Anwendung.

Gefälligkeit: besteht kein Rechtsfolgewille. Haftung aber analog OR 422 I.

Echte Geschäftsführung ohne Auftrag:

Die echte berechtigte GoA: Der Geschäftsführer muss ein fremdes Geschäft besorgen (Geschäft muss objektiv fremd (bereits inhaltlich fremd) oder subjektiv fremd (durch den Willen des Geschäftsführers fremd) sein). Die Geschäftsführung muss objektiv im Interesse des Geschäftsherrn sein. Der Geschäftsführer muss auftragslos tätig geworden sein. Weiter muss der Geschäftsführer den Willen gehabt haben, im Interesse einer anderen Person zu sein. Zudem muss die Handlung geboten sein. Der Geschäftsführer hat die gleiche Sorgfalt wie im Auftragsrecht anzuwenden. Gemäss OR 420 I haftet der Geschäftsführer für jede Sorgfaltspflichtverletzung. Der Richter kann nach OR 420 II die Haftpflicht jedoch mindern, wenn der Geschäftsführer gehandelt hat, um einen drohenden Schaden abzuwenden. Hat der Geschäftsführer gebotenerweise und mit der nötigen Sorgfalt gehandelt, so hat der Geschäftsherr alle notwendigen und nützlichen Auslagen zu ersetzen, auch wenn das Tätigwerden letztlich nicht zum gewünschten Erfolg geführt hat (OR 422 I). Gleich verhält es sich mit einem eingetretenen Schaden. Bezüglich Vergütung besteht kein Anspruch, allerdings wird eine Entschädigung ausgesprochen, falls sie üblich ist (analog OR 398 III).

Die echte unberechtigte GoA: unberechtigt ist eine Geschäftsführung, wenn sie nicht geboten war oder der Geschäftsherr ein gültiges Einmischungsverbot ausgesprochen hat nach OR 420 III. Als Rechtsfolgen kommen nur ausservertraglich Ansprüche in Betracht.

Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag:

Im Unterschied zur echten fehlt es dem Geschäftsführer am Fremdgeschäftsführungswille. Gutgläubige GoA: Geschäftsführer irrt sich entschuldbar (hätte auch bei genügender Aufmerksamkeit den Irrtum nicht erkannt) über die Geschäftsführung, glaubt, es handle sich um eigene Geschäfte.

Rechtsfolgen: ungerechtfertigte Bereicherung.

Bösgläubige GoA: Geschäftsführer greift in eigenem Interesse in fremde Geschäfte ein. Rechtsfolgen: OR 423; Gewinnabschöpfung, Vorteilsaneignungsrecht, etc.

Konkurrenzen:

Vertragsrecht: Grundsätzlich keine Konkurrenz zum Vertragsrecht möglich, da bei der GoA Vertrag gerade fehlt.

Unerlaubte Handlung: Eingriff in fremde Rechtssphäre lässt Ansprüche aus GoA und unerlaubter Handlung entstehen. Umstritten ob Anspruchskonkurrenz oder Kumulation.

Sachenrecht: echte GoA geht sachenrechtlichen Ansprüchen vor.

Bereicherungsrecht: Ansprüche aus echter GoA gehen vor.

Kapitel 9

Auftragsähnliche Verhältnisse

Es gibt einige Vertragsarten, welche dem Auftrag nahe stehen. In diesem Kapitel werden sie näher vorgestellt.

Der Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (OR 406a-h):

Beauftragter verpflichtet sich, dem Auftraggeber gegen Vergütung Personen für die Ehe- oder eine feste Partnerschaft zu vermitteln (OR 406a). in Kraft seit 1.1.2000, ersetzte die Heiratsvermittlung, welches nur eine Naturalobligation war. Mit der neuen Einführung sollen die Kunden besser geschützt werden (z.B. Schriftlichkeit (Form und Inhalt OR 406d), entschädigungsloses Rücktrittsrecht (OR 406e), etc.).

Der Mäklervertrag (OR 412-418):

Makler erhält Auftrag, gegen Provision Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder Abschluss eines Vertrags zu vermitteln (OR 412 I). OR 412 II verweist auf das Auftragsrecht (Bedeu-

tung, wenn keine spezielle Regelung; OR 398 und 404) und OR 418 sieht einen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts vor. Diese Vertragsart ist vor allem im Immobiliengeschäft verbreitet. Es sind drei Typen des Mäklers zu unterscheiden:

1. *Nachweismäkler*: hat lediglich nachzuweisen, dass ein Interessent vorhanden ist und der Auftraggeber muss die Möglichkeit erhalten mit diesem zu einem Vertragsschluss zu kommen.
2. *Vermittlungsmäkler*: muss zusätzlich den Vertragsschluss fördern (Vermittlung zwischen den Parteien).
3. *Zuführungsmäkler*: steht zwischen den beiden vorher genannten. Er soll Interessenten nachweisen und die beiden Parteien zusammenführen, aber nicht den Vertragsschluss fördern.

Abgrenzungen:

Agenturvertrag: bildet ein Dauerschuldverhältnis, Mäkler einmalig.

Kommission: Kommissionär schliesst Verträge ab, Mäkler bietet nur Gelegenheit zum Abschluss oder vermittelt den Abschluss.

Einfacher Auftrag: der Mäklervertrag ist zwingend entgeltlich, welche erst bei der erfolgreichen Vermittlung fällig wird (OR 413 I).

Entstehung und Beendigung des Vertrags:

Es gelten die allgemeinen Regeln des OR 1 ff. sowie die speziellen Regeln zum Auftrag (OR 412 II i.V.m. OR 395 und für die Beendigung OR 404). Der Mäklervertrag ist formfrei gültig.

Pflichten des Mäklers:

Den Mäkler trifft grundsätzlich keine Handlungspflicht. Dies gilt jedoch nicht beim Alleinauftrag, bei welchem der Auftraggeber keine anderen Mäkler beauftragen darf (Exklusivität) muss tätig werden. Der Mäkler hat dieselben Treue- und Sorgfaltspflichten wie der Beauftragte, die nach OR 415 noch weiter aufgelistet wird. Fraglich ist, ob die Doppelmäkelei zulässig ist, d.h. eine Tätigkeit des Mäklers für beide Parteien. Diese soll gültig für den Nachweis- und Zuführungsmäkler sein darf zu keinem Interessenskonflikt kommen. Ein Selbsteintritt des Mäklers ist grundsätzlich möglich, allerdings muss er den Auftraggeber informieren.

Rechte des Mäklers:

Es besteht ein Anspruch auf Lohn gemäss OR 413 (dispositiver Natur), dieser ist erfolgsabhängig und ist verdient, wenn der Mäkler geeignete Interessenten vermittelt oder nachweist und der Auftraggeber mit dem Interessenten einen Vertrag schliesst. Hierbei hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen. Den Auftraggeber trifft aber keine Pflicht einen Vertrag abzuschliessen. Nach OR 414 ist die Höhe des Mäklerlohns durch Vertrag bestimmt, sonst je nach örtlichem Ansatz oder üblichem Lohn (z.B. 2% vom Verkaufserlös). Die zwingende Bestimmung von OR 417 sieht vor, dass der Richter einen unverhältnismässigen Mäklerlohn herabsetzen kann. Gemäss OR 413 III hat der Mäkler nur dann einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, wenn die Parteien dies vereinbart haben. Er hat aber auch dann Anspruch, wenn das Geschäft zwischen dem Interessenten und dem Auftraggeber nicht zustande kommt.

Agenturvertrag (OR 418a-v):

Der Agent übernimmt nach OR 418a I die Verpflichtung, dauernd für einen Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen und auf dessen Rechnung abzuschliessen. Neben den OR 418a-v kommen auch das Recht des einfachen Auftrags, Mäklervertrag und Kommission zur Anwendung, weiter z.B. das Versicherungsvertragsgesetz.

Das OR unterscheidet zwischen Abschlussagenten und Vermittlungsagenten:

- Abschlussagent: ist ermächtigt als direkter Stellvertreter aufzutreten, Anwendung der Kommission.

- Vermittlungsagent: OR 418e I enthält die Vermutung, dass im Zweifel von einer Vermittlungsagentur auszugehen ist. Dieser hat nicht eine so weit gehende Vollmacht wie der Abschlussagent. Anwendung des Mäklervertrags.

Abgrenzung:

Handelsreisendenvertrag: Agent ist selbständiger Gewerbetreibender

Alleinvertriebsvertrag: Agent handelt als direkter Stellvertreter, der Alleinvertriebsberechtigte handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.

Form, Entstehung und Beendigung des Vertrags:

Grundsätzlich formfrei möglich und nach den allgemeinen Regeln des OR 1 ff., jedoch bedingen gewisse Änderungen der schriftlichen Form. Bei der Beendigung (OR 418p ff., ordentliche und ausserordentliche Kündigung) wird zwischen dem befristeten und dem unbefristeten Vertrag unterschieden keine Anwendung von OR 404. Beim befristeten Vertrag durch Zeitablauf, evtl. mit einer stillschweigenden Verlängerung. Bei unbefristeten Verträgen ist die Kündigung möglich. Es sind jedoch die Fristen von OR 418q zu beachten. Aus wichtigem Grund kann der Vertrag von beiden Parteien sofort gekündigt werden (OR 418r). Weitere Beendigungsgründe sind der Tod oder die Handlungsunfähigkeit des Agenten sowie der Konkurs des Auftraggebers (OR 418s).

Pflichten des Agenten:

Diese sind in OR 418c f. umschrieben.

- Sorgfaltspflicht (OR 418c I), denselben wie in OR 398.

- Geheimhaltungspflicht (OR 418d I) und vertragliches Konkurrenzverbot (OR 418d II), als Ausfluss der Treuepflicht.

- Übernahme des Delcredere-Risikos (OR 418c III), ausgestaltet als Garantief Haftung für die Bonität der von ihm vermittelten Kunden.

Rechte des Agenten:

- Anspruch auf Provision: Für alle Geschäfte, die er während des Vertragsverhältnis vermittelt oder abschliesst (OR 418g I). Für den Gebietsschutz und bestimmten Kundenkreis (OR 418g II). Der Anspruch fällt dahin, wenn die Ausführung eines Geschäfts unterbleibt und der Grund dafür nicht vom Auftraggeber zu vertreten ist (OR 418h I) oder das Geschäft erfüllt wurde, jedoch die Gegenleistung unterbleibt (OR 418h II). Weiter besteht ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, wenn der Auftraggeber den Agenten bei dessen Tätigkeit hindert (OR 418m I).

- Anspruch auf Kosten- und Auslagenersatz: Grundsätzlich kein Ersatz (da selbständig tätig, OR 418n Verweis auf GoA), aber angemessener Ersatz für Kosten aufgrund von Weisungen des Auftraggebers (OR 422 I)

- Inkasso- und Delcredere Provision: Für die vom Agenten auftragsgemäss eingezogenen und abgelieferten Beträge schuldet der Auftraggeber eine angemessene Inkassoprovision (OR 418l I). Bei der Übernahme des Delcredere-Risikos gilt OR 418c III.

- Kundschaftsentschädigung: nach OR 418u hat der Agent einen Anspruch auf Entschädigung, wenn durch seine Tätigkeit der Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat oder er wesentliche Vorteile daraus ziehen kann. OR 418u II begrenzt den Anspruch und OR 418u III bestimmt, dass kein Anspruch besteht, wenn der Agent die Kündigung verschuldet hat.

- Karenzentschädigung: entsteht beim nachvertraglichen Konkurrenzverbot nach OR 418d II.

Kommission (OR 425-439):

Der Einkaufs- oder Verkaufskommissionär kauft oder verkauft gegen Provision in eigenem Namen aber auf Rechnung des Kommittenten bewegliche Sachen oder Wertpapiere (Grundstücke und Geschäfte im fremden Namen werden unter dem Auftragsrecht geregelt). Das Auftragsrecht kommt

subsidiär zur Anwendung gemäss OR 425 II (so z.B. OR 404 oder 398) und wird auch auf die Entstehung des Vertrag angewendet.

Abgrenzungen:

Mäklervertrag: Kommissionär schliesst selbst Geschäfte ab, Mäkler vermittelt nur.

Agenturvertrag: Kommissionär schliesst Geschäfte als indirekter Stellvertreter ab, i.d.R. auf Einzelgeschäft beschränkt.

Alleinvertriebsvertrag: Kommissionär handelt für fremde Rechnung

Trödelvertrag: Kommissionär handelt als indirekter, Trödler als direkter Stellvertreter

Pflichten des Kommissionärs OR 426 ff.:

Der Kommissionär unterliegt denselben Treue- und Sorgfaltspflichten, wie der Beauftragte nach OR 398. Allerdings sieht OR I 426 eine Informationspflicht des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten vor. Der Kommittent kann nach OR 426 II den Kommissionär vertraglich verpflichten das Kommissionsgut zu versichern. Des Weiteren ist er gemäss OR 428 I weisungsgebunden, dies hat Auswirkungen auf den Preis, da er die Differenz bezahlen muss (auch den Gewinn muss er abgeben). OR 430 sieht vor, dass das Delcredere-Risiko übernommen werden kann auch hier entsteht eine Provision.

Rechte des Kommissionärs OR 431 ff.:

Die Provision ist erfolgsabhängig, anders als bei der Agentur oder beim Mäkler. Nach OR 432 I wird die Provision mit der abgeschlossenen Ausführung fällig. Nach OR 431 I besteht ein Anspruch auf Ersatz für Vorschüsse, Auslagen und weitere Verwendungen. Dem Kommissionär steht nach OR 434 ein Retentionsrecht zu. Der Anspruch auf Provision fällt nach OR 433 I bei unredlichem Verhalten dahin.

Eigentum am Kommissionsgut und Legalzession.

Bei der Verkaufskommission wird die Sache an den Kommissionär übergeben. Der Kommissionär wird nicht notwendigerweise Eigentümer. Bei der Einkaufskommission erwirbt er stets Eigentum. Demnach wird die Sache an den Kommittenten übertragen und Forderungen aus dem Verkauf gehen über, sobald der Kommittent seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, durch die Legalzession in OR 401 I.

Selbsteintritt des Kommissionärs:

Regelung in OR 436-438. Bei der Einkaufskommission als Verkäufer und bei der Verkaufskommission als Käufer. Nur bei Waren mit Markt- oder Börsenpreis möglich (OR 436 I). Das Gesetz vermutet den Selbsteintritt des Kommissionärs, wenn er als Eigenhändler tätig sein darf und er dem Kommittenten keinen anderen Käufer oder Verkäufer nennt (OR 437). Der Anspruch auf eine Provision bleibt bestehen.

Der Frachtvertrag (OR 440-457):

Nach OR 440 übernimmt der Frachtführer den Transport von Sachen gegen eine Vergütung. Der Frachtführer handelt als direkter Stellvertreter und nach OR 447 haftet, während der Spediteur nach OR 439 als indirekter Stellvertreter auftritt und nach dem Auftragsrecht haftet.

Anweisung (OR 466-471):

Dreiecksverhältnis, bei dem der Angewiesene ermächtigt wird, auf Rechnung des Anweisenden Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an den Anweisungsempfänger zu leisten und der Anweisungsempfänger seinerseits wird ermächtigt, die Leistung vom Angewiesenen im eigenen Namen zu fordern.

Kapitel 10

Innominatverträge I: Allgemeiner Teil

Begriff und Abgrenzung:

Im römischen Recht wurde ein Katalog von Verträgen in einem Besonderen Teil geregelt (Nominatverträge). In der Schweiz dagegen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit, aus dem der Grundsatz der Typenfreiheit entspringt. So ist es gestattet, neuartige Verträge zu bilden oder auch Vertragstypen zu kombinieren. Innominatverträge sind Verträge, die der Gesetzgeber weder im OR BT noch in einem Spezialgesetz ausdrücklich geregelt hat. Um die Unterscheidung vornehmen zu können, hängt von den Essentialia negotii des konkreten Vertrags ab. Die Anwendung eines Nominatvertrags sollte sachgemäss erscheinen.

Arten:

Innominatverträge werden in zwei Gruppen eingeteilt.

- *Gemischte Verträge*, welche Bestandteile verschiedener Vertragstypen enthalten.
- *Verträge sui generis*, welches neue Schöpfungen darstellen.

Gemischte Verträge:

Enthalten Merkmale verschiedener Vertragstypen. Unklar, ob es sich um gemischte Verträge handelt, wenn ein Teil nicht gesetzlich geregelt ist (Vertrag sui generis?). Von gemischten Verträgen i.e.S. kann nur gesprochen werden, wenn die Elemente ausschliesslich aus gesetzlich geregelten Vertragstypen stammen (z.B. Miete und Auftrag kombiniert).

Damit ein gemischter Vertrag vorliegt, müssen die vereinbarten Hauptleistungen eine Einheit bilden, indem sie in Verbindung miteinander geschuldet sind. Diese Hauptpflichten müssen für sich eine gewisse Selbständigkeit aufweisen, d.h. sie müssen bedeutungsvoll sein. Beim *zusammengesetzten* Vertrag stehen sich die einzelnen Verträge in einem Abhängigkeitsverhältnis (Koppelungsabrede). Der gemischte Vertrag als Innominatvertrag ist vom *Nominatvertrag mit blosser Beimischung* abzugrenzen: beim Innominatvertrag können nicht bloss Rechtsnormen eines Vertragstyps angewendet werden, da dies zu unsachgemässen Resultaten führen würde.

Die gemischten Verträge lassen sich weiter einteilen:

- *Kombinationsverträge (Zwillingsverträge, gekoppelte Verträge)*: Eine Partei hat sich zu mehreren Hauptleistungen verpflichtet, die je verschiedene Nominattypen angehören. Die Gegenleistung ist dagegen meistens einheitlich ausgestaltet. Z.B. Architekt (Planung und Bauleitung) gegen Geld.
- *Doppeltypische Verträge (Zwitterverträge, Verträge mit Doppelnatur)*: Austausch von Leistungen, welche je einer unterschiedlichen Art von Nominatverträgen angehören. Z.B. Hauswart wohnt in einer Wohnung (Miete) gegen Leistung seiner Hauswartdiensten (Arbeitsleistung). Dasselbe gilt für Verträge, bei der die gesetzliche Leistung ausgetauscht wird, jedoch die Leistung einen unterschiedlichen Gegenstand zum Inhalt hat. Z.B. X leiht DVD an Y und Y leiht X sein Fahrrad.
- *Verträge mit Typenverschmelzung*: haben eine Leistung zum Gegenstand, die eine gleichartige Struktur aufweist, funktional jedoch zwei unterschiedliche Vertragstypen vereinigt. Z. B. Gemischte Schenkung.

Verträge sui generis:

Darunter versteht man einen Vertrag, der eine neue, dem Gesetz unbekannt Art von Leistung zum Gegenstand hat. Es muss durch die Vereinbarung der Parteien eine neue innere Einheit entstehen.

Abgrenzungen:

Zum *gesetzlichen Mischvertrag*: Gesetz knüpft ausdrücklich bestimmte Rechtsfolge an die Vermischung von Typenelementen (z.B. Werklieferungsvertrag, OR 365 I).

Zum *typischen Vertrag mit Beimischung*: Zusätzlich vereinbarte typische oder atypische Komponente ist im Vergleich zur Hauptpflicht von geringer Bedeutung (z.B. Verkauf mit Versandungspflicht).

Rechtsanwendung:

Fraglich ist, nach welchen Regeln solche Verträge auszulegen und zu ergänzen sind. Grundsätzlich sind auf alle Verträge die Regeln des OR AT anwendbar.

Auslegung:

Ausgangspunkt der Auslegung ist der übereinstimmende wirkliche Parteiwille (subjektive Auslegung, OR 18 I). Kann keine tatsächliche Willensübereinstimmung nachgewiesen werden, ist nach dem Vertrauensprinzip vorzugehen, welches die objektive Auslegung darstellt. Ergibt die Auslegung eine Vertragslücke, muss diese durch Ergänzung gefüllt werden.

Ergänzung:

Allgemeine Vertragsergänzungslehre: bei Nominatverträgen auf zwei Arten möglich

- Richterliche Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen. Füllung nach Vertrauensprinzip.
- mittels vom Gesetz für bestimmte Vertragstypen vorgesehener dispositiver Regelung oder nach Gewohnheits- oder Richterrecht (ZGB 1 II und III) Analogie.

Faustregel: atypische Verträge nach dem Vertrauensprinzip und ein Typenvertrag durch Analogie.

Theorien:

- Absorptionstheorie: es soll ausschliesslich das Recht des überwiegenden Vertragstyps zur Anwendung kommen. Kann zu unangemessenen Folgen führen.
- Kombinationstheorie: es sind zuerst die einzelnen Elemente des gemischten Vertrags herauszufiltern. Danach soll jedes Element nach der entsprechenden Typennorm angewendet werden.
- Theorie der analogen Rechtsanwendung: befasst sich mit der Methode der Rechtsanwendung. Die Regeln von Nominatverträgen werden mittelbar angewandt.
- Kreationstheorie: hier hat das Gericht eigene Normen zu erarbeiten (vor allem bei einer grossen Vielzahl von Verträgen).
- Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnung: Weiterentwicklung der Kombinationstheorie mit wertendem Element Beachtung des Einzelfalles.

Fazit: keine strikte Festlegung einer Theorie, sondern ein Methodenpluralismus.

Rechtsprechung:

Das BGer will der theoretischen Auseinandersetzung aus dem Weg gehen. Allerdings ist eine Tendenz zur Kombinationstheorie ersichtlich.

Rechtsanwendung bei verschiedenen Innominatvertragsarten:

Gemischte Verträge: besteht eine Lücke, so soll diese nach einer passenden dispositiven Bestimmung gefüllt werden.

Verträge sui generis: besteht eine Lücke, so soll diese nach dem Vertrauensprinzip gefüllt werden, da keine gesetzlichen Bestimmungen vorhanden sind.

Anwendung von zwingendem Vertragstypenrecht

Zwingende Normen des OR BT oder eines Spezialgesetzes

- Grundsatz: Anwendung zwingenden Vertragstypenrechts nur für jeweiligen Vertragstyp
- Schutzbedürftigkeit zumindest einer Partei muss bestehen und es muss eine Interessensabwägung vorgenommen werden.

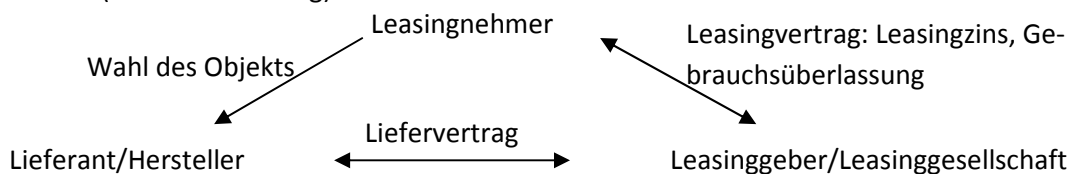
Kapitel 11

Innominatverträge II: Leasing

Begriff und Erscheinungsformen:

Kommt aus dem englischen „to lease“ und bedeutet vermieten, verpachten. Beim Leasingvertrag stellt der Leasinggeber dem Leasingnehmer während eines fest bestimmten Zeitraums ein bewegliches oder unbewegliches Gut zur Verfügung zwecks deren Nutzung. Der Leasingnehmer bekommt dabei das volle Erhaltungsrisiko vertraglich übertragen und schuldet dem Leasinggeber ein Entgelt in Raten (Leasingzins). Der Leasinggeber bleibt aber während der Leasingdauer Eigentümer der Sache. Das Leasing setzt sich demnach zwischen Kauf und Miete zusammen.

Finanzierungsleasing: als wichtigste Erscheinungsform. Dabei handelt es sich immer um ein Dreiparteienverhältnis (indirektes Leasing).



Der Leasingnehmer bestellt beim Leasinggeber (oder direkt beim Lieferant) das Leasingobjekt. Der Leasinggeber erwirbt die Sache mittels Kauf- oder Werkvertrag und erwirbt dadurch Eigentum. Er überlässt die Sache aber von Anfang an dem Leasingnehmer zum Gebrauch. Der Leasingnehmer schuldet einen Zins (Amortisations-, Gewinn- und Gebrauchselement). Der Leasingvertrag stellt ein Dauerschuldverhältnis dar, das in der Regel nicht gekündigt werden kann.

Herstellerleasing: es handelt sich um ein Zweiparteienverhältnis, da sich der Leasingnehmer direkt an den Hersteller wendet, welcher die Rolle des Leasinggebers einnimmt.

Operating Leasing: die Sache wird für eine relativ kurze Dauer verleast (unter der notwendigen Amortisationszeit). Zweck eines solchen Leasings ist die mehrmalige Möglichkeit des Verleasens einer Sache. Atypisch und ist in aller Regel unter der Miete zu qualifizieren.

Sale-and-lease-back: steuerrechtlich motiviert. Gegenüber Dritten ist diese Methode nicht gültig, aufgrund des Faustpfandprinzips nach ZGB 717 I.

Konsumgüter- und Investitionsleasing: Unterscheidung am Verwendungszweck. Investition = gewerblich, Konsum = privat, wobei das KKG zur Anwendung kommt.

Rechtsnatur und Abgrenzung:

Beim typischen Leasing ist das Nutzungsüberlassungselement vorherrschend, wobei das BGR zu einem gemischten Vertrag tendiert. Abweichende Stimmen vertreten die Auffassung, dass es sich um ein Veräußerungsvertrag auf Raten oder ein Kreditvertrag sui generis mit Elementen des Auftrags, des Darlehens und der Sicherungsübereignung handelt – deshalb als Vertrag sui generis. Bedeutsam kann der Leasingvertrag auch im Konkursrecht werden, da das Eigentum nicht beim Leasingnehmer zugeordnet wird.

Der Leasingvertrag ist vom Kaufvertrag abzugrenzen, da kein Eigentum verschafft wird. Zudem von der Miete und der Pacht, da der Leasingzins nicht nur den Gebrauchswert, sondern auch die Amortisation abdeckt.

Entstehung:

Der Leasingvertrag ist unter Vorbehalt des KKG formfrei gültig. Dabei ist KKG 11 von Bedeutung, das als zwingendes Recht gilt: Abs. 1 fordert die Schriftlichkeit, Abs. 2 regelt, welche Vertragspunkte angegeben werden müssen. Werden diese Punkte nicht eingehalten, so ist der Vertrag nach KKG 15 I nichtig.

Im Übrigen unterstehen die Leasingverträge den allgemeinen Regeln des OR. Ausnahmsweise sind zwingende Formvorschriften, z.B. Einräumen einer Kaufoption beim Leasingvertrag über Grundstücke zu beachten (OR 216 II). Formularverträge → zwingendes Mietrecht beachten (OR 256 II lit. a), nur bei Konsumentenleasing.

Inhalt:

Die Rechte und Pflichten richten sich weitgehend nach dem Miet- oder Pachtrecht. Jedoch hat der Leasinggeber keine Erhaltungspflicht und muss nicht für den aussergewöhnlichen Unterhalt aufkommen. Darlegung anhand des Finanzierungsleasings

Pflichten des Leasingnehmers: Hauptpflicht ist die Bezahlung des Zinses. Meistens werden dem Leasingnehmer die Pflichten aus der Beziehung zwischen dem Lieferanten und dem Leasinggeber überbunden, Abtretung der Ansprüche. I.d.R. werden die Gewährleistungspflichten zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer ausgeschlossen. Weiter hat der Leasingnehmer eine Abnahmebestätigung auszuhandigen.

Pflichten des Leasinggebers: Zentral ist die Überlassung der Sache. Oft wird ein direktes Lieferungsrecht zwischen Lieferant und Leasingnehmer durch den Leasinggeber vereinbart.

Leistungsstörungen:

Grundsätzlich die allgemeinen Haftungsbestimmungen des OR AT 97 ff.

Gefahrtragung: d.h. das Risiko für den zufälligen Untergang der Sache, wird (regelmässig mittels AGB) auf den Leasingnehmer abgewälzt. Bei der Unmöglichkeit geht man nach OR 97 oder 119 vor.

Verzug des Leasingnehmers: Allgemeine Rechte nach OR 102 ff. Die Zinszahlung stellt ein Verfalltaggeschäft dar.

Haftung gegenüber dem Leasingnehmer: Der Leasingnehmer kann sich nur an den direkten Vertragspartner wenden, an den Leasinggeber. Bei der mangelhaften Sache müsste der Leasinggeber handeln. Die Gewährleistungshaftung wird regelmässig wegbedungen (OR 100 bzw. 101 II). Die Pflicht der Rechtsgewährleistung ist vergleichbar mit der des Vermieters Analogie zu OR 259f. Der Leasingnehmer hat oft die Prüfungs- und Rügeobliegenheit (aus der Sachgewährleistung), welcher er aber nicht beim Lieferant, sondern beim Leasinggeber anzuzeigen hat.

Der Leasingnehmer kann auf verschiedene Arten ein direktes Recht gegenüber dem Lieferanten ausüben. *Abtretung der Sachmangelansprüche*, umstritten, da Gestaltungsrecht wie Minderung und Wandelung nicht abtretbar seien. *Ermächtigungskonstruktion*, der Leasingnehmer tritt als direkter Stellvertreter auf. *Begünstigungsklausel* als echter Vertrag zugunsten eines Dritten (OR 112 II), zwischen Lieferant und Leasinggeber.

Schadenersatzansprüche gegen den Lieferanten: Die Abtretung des Schadenersatzanspruches ist ohne weiteres möglich. Als Rechtsgrundlage kommen ansonsten die Drittschadensliquidation oder die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter in Betracht.

Nicht- oder verspätete Lieferung des Lieferobjekts: Die Haftung für solche Situationen wird oft wegbedungen. Der Leasingnehmer kann gegen den Leasinggeber vorgehen, wenn die Haftung nicht wegbedungen und der Geber den Verzug verschuldet hat.

Beendigung:

Ordentliche Beendigung mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer, welche sich anhand der Amortisation des Leasingzinses berechnet. Die ausserordentliche Beendigung ist möglich, wenn die Zahlungen (2 aufeinanderfolgende) ausbleiben, jedoch unter einer Firstansetzung. Wird der Kauf- oder Werkvertrag wegen des mangelhaften Leasingobjekts aufgehoben, so fällt auch der Leasingvertrag dahin. Die Kündigung aus wichtigem Grund ist bei Dauerschuldverhältnissen immer möglich. Beim Konsumentenleasing ist KKG 17 bei der vorzeitigen Erfüllung (keine Nachzahlung über die Leasingraten hinaus) zu beachten und beim Mobilienleasing wird OR 266k analog angewandt.

Falls das Leasingguts nach der Beendigung nicht in das Eigentum des Leasingnehmers fällt, so muss dieser den Gegenstand in einem ordnungsgemässen Zustand zurückgeben.

Anwendung des KKG:

Unter das KKG fallen auch Leasingverträge über beweglich, dem privaten Gebrauch dienende Konsumgüter, welche bei vorzeitiger Beendigung eine Erhöhung des Leasingzinses vorsehen (KKG 1 II lit. a). Namentlich gelten zwingende Vorschriften: so die Schriftlichkeit und der Mindestinhalt des Vertrags (KKG 11) und eine weitere Vorschrift ist in KKG 21 bezüglich den Sachmängelansprüchen gegen den Leasingnehmer normiert.

Kapitel 12

Innominatverträge III: Besonderer Teil (ohne Leasing)

Alleinvertriebsvertrag (AVV):

Der AVV ist ein Mittel der gezielten Absatzförderung. Der Lieferant (Hersteller oder Händler) räumt dem Abnehmer ein örtlich, sachlich und teilweise zeitlich exklusives Bezugsrecht für bestimmte Waren oder Produkte ein. Der Abnehmer verpflichtet sich, die Waren oder Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben.

Für den Lieferanten bestehen die Vorteile darin, dass er kein Kapital investieren muss und das Absatzrisiko auf den Abnehmer abwälzen kann. Der Abnehmer hingegen profitiert von der Bekanntheit der Produkte und ist frei von Konkurrenz.

Es lassen sich zwei Verkehrstypen unterscheiden:

- AVV ohne Integration des Abnehmers
- AVV mit Integration des Abnehmers in Absatzorganisation des Lieferanten

Rechtsnatur und Abgrenzung:

Der AVV ist ein Rahmenvertrag, bestehenden aus den Elementen:

- Sukzessivlieferungsvertrag: Kaufvertrag mit sukzessiver Lieferungspflicht des Lieferanten und Abnahme- und Zahlungspflicht des Abnehmers.
- Exklusives Bezugsrecht des Abnehmers und Pflicht des Abnehmers zur Vertriebsförderung.

Damit gilt der AVV als Vertrag sui generis und ist ein Dauerschuldverhältnis.

Abgrenzungen:

Vorvertrag nach OR 22: ist kein Dauerschuldverhältnis, AVV als Rahmenvertrag.

Kaufvertrag: ist auf einmaligen Austausch gerichtet, AVV sukzessive.

Agentur und Auftrag: besorgen fremde Geschäfte, AVV besorgt eigenes Geschäft.

Arbeitsvertrag: besteht eine Subordination, AVV sind gleichgestellte Parteien.

Franchisingvertrag: stärkerer Einbezug in ein Absatzförderungssystem als beim AVV.

Inhalt:

Pflichten des Lieferanten:

- Lieferung der Ware
- bestimmte Gebietszuweisung
- Unterlassung des eigenen Absatzes in diesem Gebiet
- Unterstützung der Vertriebsförderung

Pflichten des Abnehmers:

- Kaufpreiszahlung
- Bezugspflicht der Ware
- Vertriebsförderungspflicht
- Geheimhaltungspflicht

Leistungsstörungen:

Allgemein: OR AT, hauptsächlich OR 97 ff. sind anwendbar und unter Umständen das spezifische Typenrecht (z.B. Kaufvertrag). Bedeutsam sind die Rechtsbehelfe des Lieferanten, wenn der Abnehmer seine Vertriebsförderungspflichten verletzt. Schlechterfüllung mit Schadenersatzanspruch. Da es sich beim AVV um ein Dauerschuldverhältnis handelt, kommt das Rücktrittsrecht nach OR 107 II nicht in Betracht, sondern es wandelt sich in ein Kündigungsrecht ex nunc um.

Kaufrechtliche Gewährleistung: kommen bei der Verletzung von Sukzessivlieferungspflichten zum Zug oder evtl. die Regelung des Werklieferungsvertrags nach OR 365 II.

Anwendung von OR 82 im Doppelsynallagma: die sich gegenüberstehenden Leistungen sind in einem Austauschverhältnis. Da sich vier Leistungen gegenüberstehen (jede Partei mindst. 2, Exklusivitätsabrede - Sukzessivlieferungsabrede) fragt sich, ob OR 82 auch „übers Kreuz“ angerufen werden darf nach der Lehre sollte es zugelassen sein.

Beendigung:

Haben die Parteien nichts im Vertrag geregelt, so hängt die ordentliche Beendigung von der Vertragsdauer ab. Ist sie kürzer als ein Jahr OR 418q I. Länger als ein Jahr sechsmonatige Kündigungsfrist nach OR 546 I.

Als ausserordentliche Beendigungsgründe kommen die Auflösung aus wichtigem Grund und die analoge Anwendung von OR 405 bei Tod des Abnehmers, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs der Parteien.

Einzelfragen:

Kundschaftsentschädigung: OR 418u wird analog angewandt, wenn der Alleinvertreter wie ein Agent in die Organisation des Auftraggebers eingegliedert ist.

Konkurrenzverbot: umstritten, ob der Abnehmer während der Vertragsdauer einem solchen Verbot unterliegt. Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot wird nach OR 418d bejaht.

Kartellrecht: vor allem hinsichtlich KG 5 III in Bezug zu Wettbewerbsabrede von Bedeutung.

Lizenzvertrag:

Der Lizenzgeber wird verpflichtet, dem Lizenznehmer die Benutzung eines Immaterialgüterrechts oder eines anderen immateriellen Guts einzuräumen und deren Nutzung zu dulden. Der Lizenznehmer dagegen schuldet eine Lizenzgebühr.

Die Lizenzverträge unterscheiden sich je nach Inhalt des Immaterialgüterrechts. Unter einem echten Lizenzvertrag versteht man, wenn das Immaterialgut absolut geschützt ist. Der unechte Lizenzvertrag hat dagegen bloss relative Rechte zum Inhalt. Weiter kann der Umfang unterschiedlich sein (ausschliesslich oder einfach). Eine Unterlizenz ist vertraglich möglich. Eine Zwangslizenz liegt vor, wenn der Lizenznehmer einen Anspruch (Gesetz, Urteil, etc.) hat.

Rechtsnatur und Abgrenzungen:

Es handelt sich entweder um einen gemischten Vertrag oder einen Vertrag sui generis.

Mietvertrag: hat nur körperliche Sachen zum Gegenstand, Lizenzvertrag immer immateriell.

Pachtvertrag: Übergabe der Sache, beim Lizenzvertrag bleiben die Schutzrechte beim Geber.

Kaufvertrag: kein Dauerschuldverhältnis

Franchisingvertrag: Absatzkonzept steht im Vordergrund und nicht die einzelne Lizenz.

Inhalt:

Beide Parteien haben eine Treuepflicht.

Pflichten des Lizenzgebers: Genussverschaffungspflicht, Nutzungsmöglichkeit am Lizenzgegenstand zu verschaffen; Unterlassungspflicht selber das Gut zu nutzen; Genusserhaltungspflicht, Schutz muss

aufrechterhalten werden; evtl. Informationspflichten über neue Erkenntnisse; weitere vertragliche Zusatzelemente.

Pflichten des Lizenznehmers: Bezahlung der Lizenzgebühr; Schutz des Immaterialguts; evtl. Benutzungspflicht.

Leistungsstörungen:

Es gelten grundsätzlich die Regeln des OR AT, wobei der Verzug keine Rücktrittsfolge sondern die Kündigung mit sich zieht.

Nichtigkeit: bei der anfänglich objektiven Unmöglichkeit und der Lizenzgeber haftet bei Verschulden.

Gewährleistung: Haftung nach OR 97 ff. oder den spezifischen Vertragstypen.

Beendigung:

Ein Lizenzvertrag wird ordentlich durch Zeitablauf, Ausübung des Kündigungsrechts oder durch den Aufhebungsvertrag nach OR 115 beendet. Ein weiterer Auflösungsgrund ist der Wegfall des Schutzrechtes. Als ausserordentliche Beendigung kommt die Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht (Wirkung ex nunc).

Einzelfragen:

Rechtsnatur der Lizenz: lediglich obligatorische Wirkung. Ausser es wird in ein Register eingetragen (Patent).

Sachlegitimation bei Patentverletzung: Lizenznehmer kann nicht gegen eine Verletzung des Immaterialguts vorgehen. Die fehlende Aktivlegitimation kann durch die Ermächtigung des Lizenzgebers ersetzt werden.

Franchisingvertrag:

Der Franchisinggeber räumt dem Franchisingnehmer gegen Entgelt das Recht ein, bestimmte Waren und/oder Dienstleistungen zu vertreiben. Zusätzlich stellt der Franchisinggeber sein gewerbliches und/oder technisches Know-how zur Verfügung. Zweck des Franchisings ist ein einheitliches Marketing- und Vertriebskonzept.

Erscheinungsformen:

Die wichtigsten Formen sind das Produkte- (bestimmte Ware) und das Betriebsfranchising (mehrere Dienstleistungen). Es kann zudem vom Partnerschaftsfranchising (gleichgestellte Parteien) und dem Subordinationsfranchising (Franchisingnehmer ist selbständig, aber stark vom Geber abhängig) unterschieden werden.

Rechtsnatur und Abgrenzungen:

Ist ein typischer Vertrag sui generis. Im Vordergrund stehen stets die Absatzförderung und die Gebrauchsüberlassung.

Auftrag: weniger komplex und selten ein Dauerschuldverhältnis

WV: Erfolg ist geschuldet, Franchising nur ein Tätigwerden

Einzelarbeitsvertrag: nur Abgrenzungsschwierigkeiten beim Subordinationsfranchising

Agentur: handelt im fremden Namen, Franchising im eigenen Namen

AVV: Franchising stärker im Absatzkonzept eingegliedert

Einfache Gesellschaft: stellt eine Gemeinschaft dar

Lizenzvertrag: Franchising weitergehende Kontroll- und Weisungsrechte

Inhalt:

Pflichten des Franchisinggebers: sind zahlreich und können unterschiedlich ausgestaltet sein. So z.B. lizenzähnliche Elemente wie Genusserhaltung und Verteidigung der Schutzrechte; auftragsähnliche

Pflichten wie Weisungserteilung oder Unterstützungspflichten und weitere Pflichten wie die Exklusivität der Gebietszuteilung; etc.

Pflichten des Franchisingnehmers: sind ebenfalls zahlreich. So z.B. die Zahlungspflicht (Gebühr bestehend aus Eintrittsgebühr und laufenden regelmässigen Gebühren); Bezugspflichten; Benutzungspflichten; Absatzförderungspflichten, Weisungsbefolgungspflicht; Konkurrenzverbot, Treue- und Interessenwahrungspflichten; etc.

Leistungsstörung:

Grundsätzlich sind die Regeln des OR AT anwendbar, soweit sich nicht die analoge Anwendung eines sachgerechten Typenrechts aufdrängt. Die Wahlrechte nach OR 107 ff. sind anwendbar, jedoch gilt beim Verzug wieder die Regelung der Kündigung und kein Rücktrittsrecht.

Beendigung:

Nach Beendigung haben die Parteien gewisse Rückgabe- und Rücknahmepflichten. Der Franchisingvertrag endet mit Ablauf der Mindestdauer. Falls keine ordentliche Kündigungsdauer vertraglich vereinbart wurde, kommt OR 418q I/546 I je nach Vertragsdauer analog zur Anwendung. Da der Franchisingnehmer grössere Investitionen tätigt, muss von einer gewissen Mindestdauer ausgegangen werden. Als ausserordentliche Beendigungsgründe kommen die Kündigung aus wichtigen Gründen oder veränderte Umstände (Tod, Handlungsunfähigkeit, etc.) in Betracht.

Einzelfragen:

Kundschaftsentschädigung: Fraglich, ob OR 418u analog angewendet werden kann. Dieser Anspruch ist unter den Voraussetzungen zu bejahen: wenn der Franchisingnehmer eng in die Vertriebsorganisation eingebunden ist und wenn der Kundenstamm dem Franchisingnehmer treu bleiben wird. vor allem beim Subordinationsfranchising.

Nachvertragliches Konkurrenzverbot: ist grundsätzlich zulässig in den Schranken von OR 19/20 sowie ZGB 27. Eventuell besteht eine Karenzentschädigung nach OR 418d II.

Investitionersatzanspruch des Franchisingnehmers: umstritten, entscheidend ist die Schutzbedürftigkeit.

Sponsoringvertrag:

Der Sponsor erbringt finanzielle Beiträge in der Form von Sachmitteln oder Dienstleistungen an den Sponsoringnehmer und zieht diesen in seine Kommunikationsstrategie ein. Der Sponsoringnehmer entfaltet bestimmte Tätigkeit und überlässt dem Sponsor die Nutzung seines Namens, Images und/oder anderer Rechte für kommunikative Massnahmen. Dem Sponsoringvertrag kommt grosse wirtschaftliche Bedeutung zu. Die Sponsoringverträge sind zu unterscheiden vom Gegenstand (Sport, Kultur, etc.) oder vom Sponsoringnehmer/objekt.

Rechtsnatur und Abgrenzungen:

Kann als gemischter Vertrag oder als Vertrag sui generis qualifiziert werden. Er setzt sich aus verschiedenen Elementen zusammen. Auftragsähnlich (Tätigwerden), kauf- oder werkvertraglich, arbeitsrechtlich, miet- oder pachtvertraglich oder lizenzvertragliche Komponente.

Abgrenzung:

Schenkung: einseitiger Vertrag, Sponsoring ist ein Synallagma

Merchandising: Marke wird als Werbeeffect verwendet, nicht die Bekanntheit des Sponsoringnehmers

Einfache Gesellschaft: beim Sponsoring kein gemeinsamer Zweck

Inhalt:

Pflichten des Sponsoringnehmers: Beim Personen-Sponsoring überlässt die Person Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte und duldet deren Nutzung. Diese Vertragsform wird oft mit weiteren Pflichten wie Konkurrenzverbote, Bedingungen, etc. ergänzt. Beim institutionelles Sponsoring müssen die Nehmer zusätzlich Kommunikationsmittel zur Verfügung stellen. Beim Projekt-Sponsoring kommen noch publizitätsfördernde Massnahmen des Sponsors dazu.

Pflichten des Sponsors: Erbringt Geld- oder Sachleistung.

Leistungsstörung:

Grundsätzlich anwendbar sind die Regeln des OR AT. Der Verzug des Sponsors erfolgt meistens mit Ablauf eines festgelegten Termins OR 102 II und 108 Ziff. 3. Wird eine mangelhafte Leistung erbracht, kommen die kauf- oder werkvertraglichen Normen analog zur Anwendung. Der Sponsoringnehmer kann jederzeit seine Einwilligung in seine Persönlichkeitsrechte widerrufen.

Beendigung:

Mit dem Ablauf einer vereinbarten Vertragsdauer oder mit der Kündigung aus wichtigem Grund.

Weitere Innominatverträge:

Factoringvertrag:

Die Abgabe des Zahlungsunfähigkeitsrisikos durch Factoringnehmer (oder Klient) an den Faktor (spezialisiertes Finanzunternehmen) gegen eine Factoringgebühr. Kern des Factoringvertrages ist die Zession der Debitorenforderung an den Faktor. Echtes = mit Übernahme des Delcredere-Risiko, unechtes = ohne diese Übernahme.

Trödelvertrag:

Vertrödler übergibt Trödler (handelt in eigenem Namen/Rechnung) eine Sache zum Zweck der Weiterveräußerung an Dritte. Der Zweck besteht darin, dass das Risiko der Unverkäuflichkeit übergeht.

Kreditkartengeschäft:

Das einfache Kreditkartengeschäft besteht aus zwei Parteien. Das qualifizierte Kreditkartengeschäft besteht aus drei bzw. vier Parteien (unter Einbezug einer Bank). Es gibt demnach drei Vertragsverhältnisse:

1. Kreditkartenabrede zw. Kartenherausgeber und Karteninhaber
2. Kreditkartenannahmevertrag zw. Kartenherausgeber und Vertragsunternehmer
3. Kreditkartenbenützungsabrede zw. Vertragsunternehmer und Karteninhaber

Management-Consulting-Vertrag:

Stellt ein Unternehmensberatungsvertrag zwischen dem Unternehmen und einer externer Fachperson mit dem Gegenstand einer Beratung bei der Analyse und Lösung von Problemen im unternehmerischen Bereich dar. Es handelt sich um einen atypischer Auftrag (z.B. Pflicht zur Gutachtenserstattung) jedoch können auch noch andere Elemente dazukommen, weshalb es ein gemischter Vertrag ist. Es gibt 3 Erscheinungsformen:

1. Gutachtervertrag, Analyse und Bericht.
2. Beratungsvertrag, neben der Analyse stellt der Berater Lösungsvorschläge vor.
3. Realisierungsvertrag, übernimmt sogleich den Vollzug seiner Vorschläge.

Die Vertragshaftung richtet sich nach OR 97 ff., bzw. OR 398 II

Joint-Venture-Vertrag:

Ziel ist der Betrieb eines gemeinsamen Projekts oder Unternehmens (oft) mit Hilfe einer gemeinsamen JV-Gesellschaft. Dabei ist der JV-Vertrag ein Kooperationsmodell und Finanzierungsinstrument.

Zusammenfassung OR III

Es handelt sich i.d.R. um ein Innominatvertrag auf der Basis einer einfachen Gesellschaft. Dabei sind drei Leistungspaare typisch:

- 1.Gründung der Trägergesellschaft
- 2.Stimmbindungen als kooperative Zusammenarbeit
- 3.Pflicht zum Abschluss von Durchführungsverträgen

Vergleich:

Ist die vertragliche Beilegung eines Streits oder einer Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis. Die Parteien können über alle Rechtsverhältnisse Vergleiche abschliessen, welche in ihrer Verfügbarkeit stehen. Grundsätzlich gilt die Formfreiheit. Es kann gesagt werden, dass es sich um einen Innominatvertrag geht, da keine gesetzliche Regelung vorhanden ist. Die Schweiz schliesst sich der Definition des deutschen Rechts an (in § 779 BGB: „Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird.“