

RECHT

für Lehrkräfte für Wirtschaftsfächer

Zweiter Teil:

Allgemeiner Teil des Obligationenrechts (OR AT)

Prof. Dr. iur. Christian Brückner

Ausgabe 17.9.2015

INHALT

Zur Präsentation des Stoffes im vorliegenden Skript	6
1. Kapitel: Allgemeine Vertragslehre	8
A. Der Vertrag als privatautonom gestaltete, rechtsverbindliche Koordination des Verhaltens mehrerer Personen	8
1. Der Vertrag als Technik sozialer Ordnung	8
2. Die Privatautonomie als Grundlage der schweizerischen Privatrechtsordnung	9
3. Die Vertragsfreiheit und ihre Schranken	10
a) Keine unmöglichen, widerrechtlichen oder unsittlichen Verträge (Art. 20 OR)	10
aa) Anfängliche Unmöglichkeit (von Anfang an unmöglicher Vertragsinhalt)	11
bb) Widerrechtlicher Vertragsinhalt oder -zweck	11
cc) Sittenwidrigkeit	12
b) Keine übermässig bindenden, d.h. persönlichkeitsverletzenden, Verträge (Art. 27 Abs. 2 ZGB)	12
c) Keine Wegbedingung der Haftung für grobes Verschulden (Art. 100 Abs. 1 OR)	13
d) Keine Vertragsfreiheit im Bereiche der zwingenden Bestimmungen des OR BT	13
e) Spezialgesetze zum Schutze der Konsumenten vor Auswüchsen des Kundenfangs	14
f) Zusammenfassender Überblick über die Schranken der Vertragsfreiheit	14
B. Grundbegriffe des Vertragsrechts	14
1. Der Oberbegriff: Das Rechtsgeschäft	14
2. Arten von Rechtsgeschäften	15
a) Verpflichtungsgeschäfte und Verfügungsgeschäfte	15
b) Einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte	16
c) Rechtsgeschäfte unter Lebenden und Rechtsgeschäfte von Todes wegen	17
d) Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte	17
3. Obligation und Schuldverhältnis	18
a) Persönliche (relative) Rechte und absolute Rechte	19
b) Arten vertraglich geschuldeter Leistungen	21
c) Arten vertraglicher Gläubigerrechte	22
d) Vertragliche Haupt- und Nebenpflichten	23
e) Obliegenheiten	24
f) Der Begriff des Gestaltungsrechts	24
g) Rechtliche Durchsetzung von Ansprüchen	25
h) Verteidigungsmittel gegen die Durchsetzung von Ansprüchen: Einrede und Einwendung	25
i) Formen der Vollstreckung gerichtlicher Urteile	26
C. Der Vertragsschluss	27
1. Zweckmässige Gliederung und Redaktion von Verträgen	27
2. Zustandekommen der vertraglichen Bindung	28
3. Notwendigkeit der Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte	29
4. Ergänzung des unvollständig erklärten Vertragsinhaltes durch Fremdnormen	30
5. Die Erklärungstheorie und ihre Schranken	31
a) Unbeachtlichkeit von falscher Wortwahl und Simulation (Art. 18 OR)	31
b) Vertrauensprinzip und normativer Konsens	32
c) Missverständnis	32
d) Willensmängel	33
6. Form der Verträge	33
a) Vorbemerkung	33
b) Grundsatz der Formfreiheit	34
c) Die verschiedenen Formen	34
aa) Mündlicher oder stillschweigender Vertragsschluss	34
bb) Einfache Schriftform (Art. 12-16 OR)	34
cc) Handschriftlichkeit	35

dd) Öffentliche Beurkundung	35
ee) Amtliche Mitwirkung	37
d) Beurteilung der Formerfordernisse	37
7. Culpa in contrahendo	38
8. Zustellung einer unbestellten Sache (Art. 6a OR)	40
9. Haustürgeschäfte (Art. 40a-40f OR)	41
10. Die Bestimmung der geschuldeten Leistung	42
11. Vorvertrag (Art. 22 und Art. 216 Abs. 2 OR)	42
D. Flucht aus der vertraglichen Bindung	43
1. Besonderheit der hier gewählten Betrachtungsweise	43
2. Ursprüngliche Vertragsmängel	44
a) Dissens	44
b) Überschreitung der Schranken der Vertragsfreiheit	44
aa) Anfängliche Unmöglichkeit	44
bb) Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit	44
cc) Persönlichkeitsverletzender Vertragsinhalt (Art. 27 Abs. 2 ZGB)	45
dd) Übervorteilung ("Wucher")	45
c) Formmangel	47
d) Willensmängel	47
aa) Irrtum, Täuschung, Drohung	47
bb) Unterscheidung von Vertragsinhalt, Vertragsgrundlagen und Motiven	50
3. Änderung des äusseren Umfeldes: Clausula rebus sic stantibus	53
4. Verspätete oder fehlerhafte Erfüllung seitens der Gegenpartei	54
5. Rechtsfolgen bei erfolgreicher Anfechtung oder bei Nichtigkeit des Vertrags	54
a) Unterschied zwischen nicht-rückwirkender Liquidation und rückwirkender Aufhebung einer Vertragsbeziehung	54
b) Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei rückwirkender Aufhebung der Vertragsbeziehung	55
c) Quantifizierung der zurückzuerstattenden Bereicherung	56
6. Rekapitulation	56
E. Konfliktfreie Beendigung der vertraglichen Bindung	58
1. Vorbemerkung	58
2. Erfüllung	59
3. Vertragsbeendigungs-Vereinbarung	59
4. Verrechnung (Art. 120-126 OR)	60
5. Verjährung und Verwirkung	63
a) Unterschied zwischen Verjährung und Verwirkung	63
b) Verlängerung von Verjährungsfristen (nicht von Verwirkungsfristen) durch Verjährungsverzichtserklärungen	64
c) Katalog wichtiger Verjährungsfristen	65
d) Beginn des Fristenlaufs	66
e) Stillstand des Fristenlaufs	67
f) Unterbrechung der Verjährung	67
F. Verspätete oder schlechte Erfüllung	67
1. Der Schuldnerverzug und seine Rechtsfolgen	67
2. Gläubigerverzug (Art. 91-95 OR)	70
3. Schlechterfüllung	72
4. Unmöglichkeit der Leistung	74
G. Besondere Verhältnisse bei Obligationen	74
1. Stellvertretung	74
a) Begriff	74
b) Die gesetzlichen Bestimmungen	74
c) Gesetzliche Vertretung, Stellvertretung kraft Vollmacht und kaufmännische Vertretung (Überblick)	75

d) Abgrenzung des Vertreters vom Boten und vom Erfüllungsgehilfen	76
e) Voraussetzungen der Vertretung	77
f) Vertretungsfeindliche Geschäfte	77
g) Stellvertretung kraft Vollmacht	78
aa) Umfang und Dauer der Vollmacht	78
bb) Interne und externe Vollmacht	78
cc) Fälschliche Behauptung einer (nicht bestehenden) Vollmacht (Art. 38 und 39 OR)	79
dd) Offengelegte vollmachtlose Stellvertretung	79
ee) Erteilung und Erlöschen der Vollmacht	80
ff) Die Vertretungswirkung	80
gg) Doppelvertretung und Selbstkontrahieren	81
2. Mehrheit von Gläubigern in einem Schuldverhältnis	82
a) Forderungen zu gesamter Hand	82
b) Die Solidarforderung	82
3. Mehrheit von Schuldern in einem Schuldverhältnis: die Solidarschuld	83
4. Rückgriff (Regress) zwischen den Solidarschuldern	85
5. Bedingungen (Art. 151-157 OR)	86
a) Überblick	86
b) Suspensivbedingung	86
c) Resolutivbedingung	86
d) Empfehlenswerte Vertragsredaktion	87
6. Schaden und Schadenersatz	87
a) "Schaden" als Rechtsbegriff	88
b) Schadenersatz im Vertragsrecht: Allgemeines	89
c) Das positive Vertragsinteresse als Kriterium der Schadenersatzbemessung	89
d) Das negative Vertragsinteresse als Kriterium der Schadenersatzbemessung	90
e) Direkter und indirekter Schaden	91
f) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	91
g) Der für die Schadensberechnung massgebliche Stichtag	92
h) Adäquate Kausalität	92
i) Schadenersatzpflicht ist in Geld zu erfüllen	92
j) Ausschluss von Schadenersatzforderungen in besonderen Fällen	92
k) Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung	93
7. Konventionalstrafe, Haftgeld, Reugeld	93
a) Die Konventionalstrafe	93
b) Haftgeld, Reugeld	95
8. Forderungsabtretung	96
9. Schuldübernahme	97
H. Anwendbares Recht und Gerichtsstand	97
1. Anwendbares Recht	97
2. Gerichtsstand	99
3. Schiedsgerichtsbarkeit	100
4. Zusammenfassung	102
2. Kapitel: Haftpflichtrecht (Obligationen aus unerlaubter Handlung)	103
A. Vorbemerkung	103
B. Die Voraussetzungen der Haftpflicht (Überblick)	103
C. Erläuterung zu einzelnen Begriffen	104
1. Schaden	104
2. Verursachung	104
3. Adäquanz	105
4. Widerrechtlichkeit	107
5. Verschulden	109
6. Abgrenzung von Adäquanz, Widerrechtlichkeit und Verschulden	110
7. Kausalhaftungen	111

a) Gewöhnliche Kausalhaftungen	111
b) Gefährdungshaftungen	111
c) Produkthaftpflicht	112
D. Einzelfragen	116
1. Haftung des Geschäftsherrn gemäss Art. 55 OR	116
2. Haftung des Familienhauptes gemäss Art. 333 ZGB	116
3. Regressordnung beim Vorhandensein mehrerer Haftpflichtiger	117
E. Wegleitung für die Fallbearbeitung (Fragenschema)	117
3. Kapitel: Obligationen aus ungerechtfertigter Bereicherung	119
1. Grundsatz und Begriffe: Leistungskondiktion, Eingriffskondiktion und Zufallskondiktion	119
2. Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs	120
3. Umfang der zu erstattenden Bereicherung	122
a) In den Fällen der Leistungskondiktion	123
b) In den Fällen der Eingriffskondiktion	123
c) In den Fällen der Zufallskondiktion	125
4. Sperrung des Bereicherungsanspruchs gemäss Art. 66 OR	125

Zur Präsentation des Stoffes im vorliegenden Skript

- 1 Der Allgemeine Teil des Obligationenrechts¹ beginnt mit drei Hauptkapiteln, nämlich:
 - Erster Titel: Die Entstehung der Obligationen (Art. 1-67);
 - Zweiter Titel: Die Wirkung der Obligationen (Art. 68-113);
 - Dritter Titel: Das Erlöschen der Obligationen (Art. 114-142).
- 2 Diesem einleuchtenden Aufbau (Entstehung/Wirkung/Erlöschen) folgen dann als Anhängsel zwei Kapitel mit diversen Themen, nämlich:
 - Vierter Titel: Besondere Verhältnisse bei Obligationen (Art. 143-163);
 - Fünfter Titel: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme (Art. 164-183 OR).
- 3 Die Absicht des Gesetzgebers ging dahin, die drei im OR AT behandelten Typen von Obligationen - nämlich diejenigen aus Vertrag, diejenigen aus unerlaubter Handlung und diejenigen aus ungerechtfertigter Bereicherung - umfassend zu regeln und in den verschiedenen Titeln (Entstehung/Wirkung/Erlöschen) jeweils alle drei Typen zu behandeln. Diese gesetzgeberische Absicht geht an den tatsächlichen Schwerpunkten des Rechtsstoffes vorbei. Der Allgemeine Teil des Obligationenrechts ist *schwergewichtig den Themen des Vertrags* gewidmet. Art. 1-40 befassen sich ausschliesslich, Art. 68-183 vorwiegend mit vertragsrechtlichen Themen.
- 4 Neben dieser Dominanz vertragsrechtlicher Themen wirken der zweite und dritte Abschnitt des ersten Titels wie Fremdkörper. Der zweite Abschnitt, Art. 41-61 OR, behandelt auf dem knappen Raum von nur 21 Gesetzesartikeln "*die Entstehung der Obligation durch unerlaubte Handlungen*". Es handelt sich um das sogenannte *Deliktsrecht* oder *Haftpflichtrecht*, d.h. um einen heute rasch anwachsenden Rechtsstoff von grosser Bedeutung, der die Schadenersatzansprüche des Geschädigten gegenüber dem Verursacher regelt und bei Unfällen aller Art eine wachsende Rolle spielt.
- 5 Auch der folgende Abschnitt unter dem Titel "*Die Entstehung der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung*", Art. 62-67 OR, wirkt als Fremdkörper. Es handelt sich um ein Thema von eher untergeordneter Bedeutung - ein Thema allerdings, dem der Jurist anlässlich der Rückabwicklung nichtiger und angefochtener Verträge auf Schritt und Tritt begegnet und das wegen der viel zu knappen gesetzlichen Regelung und wegen des Theorienstreits in der Doktrin zu Verwirrung Anlass gibt.
- 6 Das *Vertragsrecht* bildet, wie gesagt, den Schwerpunkt des Obligationenrechts. Neben den erwähnten Abschnitten des Allgemeinen Teils ist der anschliessende "*Besondere Teil*" des OR ("OR BT"), Art. 184-550, den verschiedenen Vertragstypen gewidmet.
- 7 Im vorliegenden Skript wird der Stoff des OR AT abweichend von der Gesetzssystematik dargeboten. Im ersten Kapitel werden die Themen des Vertragsrechts, im zweiten Kapitel das Haftpflichtrecht und im kurzen dritten Kapitel die ungerechtfertigte Bereicherung behandelt.

¹ Zur Wortbedeutung und historischen Herkunft des Begriffs "Obligationenrecht" vgl. Ziff. 72 und dortige Fussnote.

- 8 Der Text bemüht sich um eine laienverständliche Diktion. Die Konsultation des Gesetzes, ferner von Standard-Lehrbüchern und Kommentaren ist unverzichtbar, wenn konkrete Rechtsfragen beantwortet werden sollen.

1. Kapitel: Allgemeine Vertragslehre

A. Der Vertrag als privatautonom gestaltete, rechtsverbindliche Koordination des Verhaltens mehrerer Personen

1. Der Vertrag als Technik sozialer Ordnung

- 9 Die rechtliche Koordination des Verhaltens mehrerer Individuen geschieht im wesentlichen durch zwei Ordnungstechniken, nämlich (a) durch die hierarchische Strukturierung grösserer und kleinerer Kollektive mit vertikalem Befehlsfluss von oben nach unten und (b) durch horizontale Koordination gleichgeordneter Individuen. Das Zweitgenannte geschieht häufig mittels Vertrag.
- 10 Die Institution des Vertrags gibt natürlichen und juristischen Personen (auch öffentlichrechtlich organisierten juristischen Personen wie den Kantonen und Gemeinden etc.) die Möglichkeit, ihr Verhalten in freier Absprache gegenseitig aufeinander abzustimmen und der betreffenden Regelung rechtliche Wirksamkeit zu verleihen.
- 11 Um sich bewusst zu machen, was ein Vertrag ist, gilt es vorab zu bedenken, was *kein* Vertrag ist, nämlich die *abgestimmte Verhaltensweise* und die *gegenseitige Erklärung blosser Absichten*.
- 12 Auch mit der **abgestimmten Verhaltensweise** kann soziales Verhalten mehrerer koordiniert und gelenkt werden: Zwei Wanderer setzen sich gleichzeitig zur Rast. - In einem Sport- oder Arbeitsteam ergibt sich stillschweigend eine Arbeitsteilung. - Die Besucher einer Veranstaltung strömen gleichzeitig zu den Ausgängen, wobei die einen warten, bis die anderen draussen sind. - Im Strassenverkehr bremsst eine Fahrerin und gibt einen Wink, worauf ein Fussgänger die Strasse überquert.
- 13 Solche stillschweigende Abstimmung des Verhaltens auf die Bedürfnisse und Erwartungen anderer ist im Alltag die übliche Art der sozialen Koordination; die rechtliche (vertragliche) Verhaltenskoordination ist demgegenüber eine seltene Ausnahme.
- 14 Die abgestimmte Verhaltensweise findet sich in der schweizerischen Rechtsordnung an einem einzigen Ort als Rechtsbegriff, nämlich in Art. 4 des Kartellgesetzes vom 6.10.1995 (geändert am 20.06.2003, in geänderter Fassung in Kraft seit 1.04.2004):

"Art. 4: Begriffe

1 Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken."

- 15 Das abgestimmte Verhalten ermöglicht jedoch kein langfristiges Planen; die ausserrechtliche, d.h. nicht mit Rechtszwang verbundene, Abstimmung des Verhaltens genügt nicht, um eine langfristige, zuverlässige Verhaltenskoordination zu gewährleisten.
- 16 Über die "abgestimmte Verhaltensweise" hinausgehend ist zu erwähnen der Austausch blosser Absichtserklärungen. Zur Illustration mag man an zwei Studentinnen denken, die gemeinsam ihr Examen vorbereiten und einen Zeitplan für die Behandlung der verschie-

denen Stoffgebiete machen. Jede Beteiligte erklärt gegenüber der andern die Absicht, auf die besprochenen Lernsituationen bestimmte Stoffgebiete vorzubereiten.

- 17 Ein solcher Austausch von Absichtserklärungen findet sich auch im Rechtsleben, namentlich in Gestalt des "*Letter of Intent*", d.h. der schriftlichen Erklärung gegenüber einem Verhandlungspartner, man habe die Absicht, mit ihm in Vertragsverhandlungen über einen bestimmten Vertragsgegenstand zu treten, die Verhandlungen fair zu führen und während der Verhandlungsdauer nicht hinter dem Rücken des Verhandlungspartners andere potenzielle Interessenten zu kontaktieren.
- 18 Die Rechtsordnung stellt nun mit dem **Institut des Vertrags** ein Ordnungsinstrument zur Verfügung, durch das sich jede Partei für ein bestimmtes Geschäft dem Willen der andern Partei bindend unterordnen kann. Wer sich vertraglich verpflichtet, nimmt sich nicht nur ein bestimmtes eigenes Verhalten vor, sondern er liefert dieses Verhalten einem andern, dem Vertragspartner, aus, ordnet sich dem Willen des Vertragspartners insofern unter, als dieser fortan das ihm vertraglich zugesicherte Verhalten als *Leistung* verlangen kann. Indem die Rechtsordnung, d.h. der Staat, die Vertragstreue schützt, gibt sie zu dem solcherart privat geschlossenen Vertrag den öffentlichen Segen: Der Staat stellt sich mit seiner Macht hinter den vertraglich Berechtigten, um ihm notfalls beizustehen, wenn es darum geht, den vertraglich Verpflichteten in der Vertragsdisziplin zu halten - ihn zur Vertragstreue und damit zur Erbringung der versprochenen Leistung zu zwingen.
- 19 Die meisten Verträge sind zweiseitige Austauschverträge. Beide Parteien binden sich in bestimmter Weise. Der zweiseitige Austauschvertrag schafft also in einem einzigen Akt zwei Mikro-Hierarchien. Denkt man an einen Wohnungsmiet-Vertrag, so muss der Vermieter während der Vertragsdauer den Wohnraum bereitstellen. Diese Bereitstellung ist seine Vertragsleistung, auch kurz "Leistung" genannt. Diesbezüglich ist der Vermieter der Verpflichtete und damit der Untergeordnete. Der Mieter kann fordern; er ist der Berechtigte und ist also übergeordnet. Bei der Bezahlung des Mietzinses ist hingegen der Mieter der Knecht, der Vermieter der Fordernde.
- 20 Da die Rechtsordnung die Möglichkeit des Vertragsschlusses bietet, muss sie insbesondere regeln, durch welche Verhaltensweisen ein Vertrag zustandekommt - welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die einander entgegengestreckten Hände der privaten Parteien durch den staatlichen Segen fest aneinandergebunden werden. Die Regeln über das Zustandekommen des Vertrags finden sich zusammengefasst in den Artikeln 1-40f des Allgemeinen Teils des Obligationenrechtes.
- 21 Die Rechtsordnung muss sodann Regeln darüber enthalten, in welchen Lebensbereichen und in welchem Umfang sich private Personen und Organisationen vertraglich binden können. Nicht jedes beliebige Versprechen kann den staatlichen Segen erhalten und mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Im einzelnen soll hievon im folgenden Abschnitt die Rede sein.

2. Die Privatautonomie als Grundlage der schweizerischen Privatrechtsordnung

- 22 Das schweizerische Privatrecht anerkennt die Privatautonomie der Privatpersonen (natürlichen und juristischen Personen). Privatautonomie heisst *die von der Rechtsordnung*

anerkannte Freiheit der Privatpersonen, ihre Rechtsverhältnisse untereinander in den Grenzen der Rechtsordnung frei zu gestalten.

- 23 Die Privatautonomie umfasst die *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV), die *Vereinigungsfreiheit* (Art. 23 BV), die *Eigentumsgarantie* (Art. 26 BV), die *Testierfreiheit* (Art. 467 ZGB) und die *Vertragsfreiheit*. - Von diesen Elementen der Privatautonomie interessiert im Folgenden lediglich die Vertragsfreiheit.

3. Die Vertragsfreiheit und ihre Schranken

- 24 Vertragsfreiheit ist *die rechtlich geschützte Freiheit des Individuums, selber zu entscheiden, ob, mit wem und mit welchem Inhalt es einen Vertrag abschliessen will.*
- 25 Allerdings hat beim Vertragsschluss keine Partei der andern etwas zu befehlen, sondern jede kann in die vertragliche Regelung lediglich ihre eigene *Selbst-Bindung* einbringen. Inhalt aller auf Leistungsaustausch zielenden Verträge ist die Verpflichtung oder Bindung jeder Partei gegenüber der andern. In solcher gegenseitiger Bindung besteht die Koordination und Lenkung des beidseitigen Verhaltens.
- 26 Die durch vertragliche Bindungen bewirkte Verhaltenslenkung trägt wesentlich bei zur Wohlfahrt aller. Ohne diese Lenkungsmöglichkeit wäre längerfristige Planung unter Einbezug mehrerer Personen nicht möglich (es sei denn, diese Personen wären in einer Befehlshierarchie zusammengefasst und würden in ihrem Verhalten durch hierarchische Befehle koordiniert, wie dies innerhalb privatwirtschaftlicher Unternehmen und staatlicher Verwaltungen der Fall ist).
- 27 Das Besondere an der Vertragsfreiheit ist nicht, dass der einzelne dem andern etwas versprechen kann und von diesem andern alsdann beim Wort genommen wird, sondern dass notfalls die Gesellschaft als ganze, d.h. die sie repräsentierenden staatlichen Organe, tätig werden, um den einzelnen bei dem privat gegebenen Wort zu behaften und ihn zur Erfüllung zu zwingen.

a) Keine unmöglichen, widerrechtlichen oder unsittlichen Verträge (Art. 20 OR)

- 28 Es versteht sich, dass die staatlichen Organe nicht ungeschaut jedes beliebige private Versprechen mit den Mitteln staatlicher Macht durchsetzen. Der Staat will nur solchen privaten Verträgen zur Durchsetzung verhelfen, die ein gewisses Mindestmass an Vernünftigkeit, Gerechtigkeit und Wohlüberlegtheit erkennen lassen. *Für Verträge mit einem unmöglichen Inhalt* (z.B. Vermietung des Mondes) *gibt es keinen Rechtsschutz*, ebenso wenig für Verträge, in denen sich die Parteien zu *verbotenen oder gar strafbaren Verhaltensweisen verpflichten* oder mit denen sie *unmittelbar einen strafbaren Erfolg anstreben* (z.B. der Kauf von Drogen, das Anheuern eines "Killers" zwecks Beseitigung eines Gegers). Auch die Geldzahlungen, die beim Abschluss solcher Verträge vom Käufer oder Auftraggeber versprochenen werden, können gerichtlich nicht erfolgreich geltend gemacht werden. Kein Gericht wird dem unbezahlt gebliebenen Killer zu seinem "Recht" verhelfen und ihm den mit dem Auftraggeber vereinbarten Mörderlohn zusprechen. Zwar ist die Zahlung von Geld an sich nichts Widerrechtliches. Die Rechtsordnung will aber

eine privatautonom eingegangene Zahlungsverpflichtung nicht zwangsweise durchsetzen, wenn sie die Gegenleistung für etwas Widerrechtliches oder Sittenwidriges ist. Im Gesetz wird dieser Gedanke folgendermassen ausgedrückt:

"Art. 20 OR: Vertragsnichtigkeit. - Ein Vertrag, der einen ... widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig."

- 29 Nichtigkeit des Vertrags ist, vereinfachend gesagt, gleichbedeutend mit der Unmöglichkeit gerichtlicher Durchsetzung eben dieses Vertrags. Ist beim Killer-Vertrag der Mord das Widerrechtliche, so betrifft die Vertragsnichtigkeit auch die vom Auftraggeber eingegangene Verpflichtung zur Geldzahlung (Zahlung des Mörderlohnes).
- 30 Betrifft der Mangel bloss einen *Teil des Vertrags* (z.B. nur *eine* von mehreren Leistungen), so ist nur dieser Teil nichtig (*Teilnichtigkeit*), sofern unter Würdigung aller Umstände anzunehmen ist, die Parteien hätten den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen (Art. 20 Abs. 2 OR). Dabei ist es unerheblich, ob der Vertragsmangel einen Hauptpunkt (einen "wesentlichen Punkt") oder eine Nebenabrede (einen "Nebenpunkt") im Sinne von Art. 2 OR betrifft.
- 31 Zur Nichtigkeit unmöglicher und widerrechtlicher Verträge gilt im Einzelnen:

aa) Anfängliche Unmöglichkeit (von Anfang an unmöglicher Vertragsinhalt)

- 32 Vertragsnichtigkeit wegen anfänglicher Unmöglichkeit liegt nur dann vor, wenn es sich um eine *anfängliche, objektive und dauernde Unmöglichkeit* handelt, also um eine Vertragsleistung, *die von niemandem und unter keinen Umständen erbracht werden könnte*.
- 33 Persönliche Unfähigkeit des Schuldners zur Leistungserbringung ist hingegen nicht Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 OR. Wer nicht liefern kann, weil er den Zugang zu den Bezugsquellen nicht findet oder weil er bei den Zulieferern keinen Kredit mehr hat, kann sich nicht auf Art. 20 OR berufen. Er wird, wenn er den Vertrag nicht erfüllt, schadenersatzpflichtig.
- 34 Zur Abgrenzung von anfänglicher Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 OR, subjektiver Unmöglichkeit und nachträglicher Unmöglichkeit vgl. Ziff. 393 ff.

bb) Widerrechtlicher Vertragsinhalt oder -zweck

- 35 Widerrechtlich sind Pflichten, wenn deren Erfüllung gegen *strafrechtliche Verbote*, gegen *öffentliches Recht* oder gegen *zwingendes Privatrecht* (unabänderliche Vorschriften im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR) verstösst. Man denke an einen Vertrag, in welchem die eine Partei der andern verspricht, gegen Entlohnung eine dritte Person zu betrügen oder zu töten (vgl. den Fall der Verpflichtung zur Begehung eines Deliktes in BGE 64 II 236).
- 36 Nicht rechtswidrig ist ein Vertrag, der gegen bestehende *vertragliche Rechte* anderer verstösst, beispielsweise der Zweitverkauf einer bereits an einen anderen verkauften Sache (vgl. ein solches Beispiel in Ziff. 84). Der zweite Kaufvertrag fällt also nicht unter die Nichtigkeitssanktion von Art. 20 OR.

37 Zu unterscheiden sind zwei Fallgruppen:

a) Die freiwillige Erbringung der Leistung ist etwas *Erlaubtes*, aber die Rechtsordnung toleriert um des Persönlichkeitsschutzes des Leistungserbringers willen keine diesbezügliche Verpflichtung (Beispiel: Mönchsgelübde; Versprechen, sich einer medizinischen Forschungsuntersuchung zu unterziehen); diese Fälle werden richtigerweise unter Art. 27 Abs. 2 ZGB, nicht unter Art. 20 OR subsumiert; vgl. dazu hinten, Ziff. 41 ff.

b) Die freiwillige Erbringung der Leistung ist etwas Verbotenes (Beispiel: Drogenlieferung; Deliktsbegehung); diese Fälle sind kraft Art. 20 OR nichtig.

cc) Sittenwidrigkeit

38 Verträge, die wegen eines Verstosses *gegen die guten Sitten* gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig sind, leiden meistens daran, dass sie gegen das Persönlichkeitsrecht einer Person (Art. 28 und Art. 27 ZGB) verstossen. Das am häufigsten genannte Beispiel ist der Prostituierten-Vertrag, bei welchem nach traditioneller Auffassung sowohl die Leistung der Frau als auch der vom Mann bezahlte "Dirnenlohn" als unsittliche Leistungen gelten. Sittenwidrig ist auch eine Vereinbarung über bezahlte Beihilfe zur Erbschleicherei, Verträge über die Verfälschung eines sportlichen Wettkampfs oder die Vereinbarung einer Konventionalstrafe zur Bekräftigung eines unsittlichen Versprechens.

39 Weitere Beispiele erlaubter Leistungen, deren Versprechen gegen Geld als unsittlich erscheint: Einwilligung zur Ehescheidung gegen Versprechen einer Geldzahlung (BGE 51 II 118); Schweigegeldvertrag, durch den sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, eine ihm bekanntgewordene strafbare Handlung nicht anzuzeigen (SJZ 1954 363) oder das Versprechen der Verrichtung von Gebeten zur Fernbehandlung Kranker (SJZ 1950 362). - Nicht sittenwidrig ist die Verabredung einer Vergütung für den Rückzug von nicht ausichtslosen Baurekursen (BGE 115 II 232).

40 Da der Begriff der *guten Sitten* keine klaren Konturen hat, erweist sich die Vertragsnichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit als ein Auffangtatbestand, auf den immer dann zurückgegriffen wird, wenn das Rechtsgefühl dafür spricht, einen Vertrag als nichtig zu betrachten, wenn aber keine konkrete Rechtsnorm identifiziert werden kann, die durch die vertragliche Bindung oder durch die Erbringung der versprochenen Leistungen verletzt ist.

b) Keine übermässig bindenden, d.h. persönlichkeitsverletzenden, Verträge (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

41 Neben der Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit gibt es eine andere, allgemeine Schranke der Vertragsfreiheit, nämlich diejenige des *Persönlichkeitsschutzes von Art. 27 Abs. 2 ZGB*. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung sind *übermässige vertragliche Bindungen* nicht durchsetzbar. Enthält ein Vertrag neben "mässigen" Elementen auch Elemente "übermässiger" Bindung, so ist der Vertrag in der Regel insoweit durchsetzbar, als er "mässig" ist, nicht durchsetzbar dagegen im Umfange des Übermasses. Gilt also eine auf ewige Zeiten eingegangene Verpflichtung wegen der übermässigen Zeitdauer als übermässig, so ist die Verpflichtung während der ersten 15-20 Jahre der Vertragsdauer trotzdem rechtlich bindend, anschliessend dann nicht mehr bindend.

c) Keine Wegbedingung der Haftung für grobes Verschulden (Art. 100 Abs. 1 OR)

- 42 Eine dritte, relativ häufig angerufene Gesetzesbestimmung, welche als Schranke der Vertragsfreiheit gilt und welche vom Vertragsschuldner zuweilen als Grund für die Ungültigkeit bestimmter (für ihn ungünstiger) Vertragsklauseln verwendbar ist, liegt in Art. 100 Abs. 1 OR, wo es heisst:

Art. 100 Abs. 1 OR: "Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig."

- 43 Diese Gesetzesbestimmung hat zur Folge, dass jedermann bei der Erfüllung seiner Vertragspflichten für grobe Fahrlässigkeit (und für böse Absicht) haftet, und zwar auch dann, wenn es ihm gelungen sein sollte, die Gegenpartei im Vertrag einen Verzicht auf entsprechende Ansprüche unterschreiben zu lassen. Wenn also in einem Servicevertrag der Satz steht: *"Alle Gewährleistung für mangelhafte Reparaturarbeiten wird hiermit ausdrücklich wegbedungen"*, so haftet die Servicefirma trotzdem für alle jene Mängel, die auf *grob-fahrlässiges* Verhalten ihrer Leute anlässlich der Vertragserfüllung zurückzuführen sind. - Oft liest man in Verträgen deshalb den Satz: *"Alle Gewährleistung wird wegbedungen, soweit sie nach dem Gesetz wegbedungen werden kann."* Mit dieser Formulierung wird dann jeweils stillschweigend auf Art. 100 Abs. 1 OR Bezug genommen.

d) Keine Vertragsfreiheit im Bereiche der zwingenden Bestimmungen des OR BT

- 44 Schliesslich hat der Gesetzgeber bei der Regelung der *Besonderen Vertragsverhältnisse* (Art. 184-551 OR, d.h. im Besonderen Teil des Obligationenrechts, abgekürzt OR BT) eine grosse Zahl *zwingender*, d.h. vertraglich unabänderbarer *Bestimmungen* erlassen, die bei Verträgen der betreffenden Typen auch dann Geltung haben, wenn die Vertragsparteien etwas anderes abgemacht haben.
- 45 Die zwingenden Vertragsbestimmungen des OR dienen in erster Linie dazu, eine gewisse Ausgewogenheit, d.h. Vertragsgerechtigkeit zu gewährleisten. Die Rechtsordnung ist besonders reich an solchen Beschränkungen der Vertragsfreiheit, wo die Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einer typischerweise ungleichen Verhandlungsstärke einander gegenüberstehen, nämlich bei der *Miete von Wohnungen und Geschäftsräumen*, ferner beim *Arbeitsvertrag* zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. In diesen Bereichen enthält das Gesetz zahlreiche zwingende Bestimmungen zum Schutze der sozial schwächeren Partei, d.h. zum Schutze des Mieters und des Arbeitnehmers (Höchstmietzinsen, Mindestlöhne, höchstzulässige Arbeitszeiten, Kündigungsschutz zugunsten des Mieters und des Arbeitnehmers etc.).

e) Spezialgesetze zum Schutze der Konsumenten vor Auswüchsen des Kundenfangs

- 46 Der Gesetzgeber hat schliesslich in neuerer Zeit verschiedentlich in die Vertragsfreiheit eingegriffen mit dem Ziel, die Konsumentinnen und Konsumenten vor den Verlockungen moderner Kundenfängerei zu schützen. Solchem Schutz vor der Raffinesse professioneller Verkäufer dienen zahlreiche zwingende Gesetzesbestimmungen im Bereiche der *Haustürgeschäfte* (Art. 40a-40f OR) und des *Konsumkredits (Kleinkredits)* (Vgl. Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) vom 23.03.2001, SR 221.214.1, iK 1.01.2003).

f) Zusammenfassender Überblick über die Schranken der Vertragsfreiheit

- 47 Zusammenfassend kann man die Schranken der Vertragsfreiheit in fünf Kategorien unterteilen, nämlich:
- a) Unverbindlichkeit von Verträgen, die absurd (unmöglich) sind oder die gegen Recht oder gute Sitte verstossen (Art. 20 OR; Beispiel: Drogenkauf; Zusicherung eines Schmiergeldes; Killervertrag);
 - b) Unverbindlichkeit von vertraglichen Bindungen, durch deren zwangsweise Durchsetzung das Persönlichkeitsrecht des Verpflichteten verletzt würde (Art. 27 Abs. 2 ZGB; Beispiel: Gelöbnis der lebenslänglichen Ehelosigkeit);
 - c) Unverbindlichkeit der Wegbedingung der Haftung für grobes Verschulden (Art. 100 Abs. 1 OR);
 - d) Unverbindlichkeit aller Vertragsteile, die den zwingenden Gesetzesbestimmungen des OR BT widersprechen;
 - e) Unverbindlichkeit bzw. Widerrufsrecht bei Verträgen, bei welchen eine spezielle Schutzgesetzgebung gegenüber moderner Kundenfängerei besteht (Art. 40a-40f OR: Haustürgeschäfte; Beispiel: "Kaffeefahrten").
- 48 Die am häufigsten wiederkehrenden Tatbestände von besonders ungerechten, von sittenwidrigen oder von übermässig bindenden Vertragsklauseln sind im Gesetz ausdrücklich als nichtig bezeichnet. Man findet im Gesetz zahlreiche Schutzvorschriften, bei denen man aufgrund des eigenen Rechtsgefühls spürt, dass ein Vertrag mit dem betreffenden Inhalt nicht gültig sein kann.

B. Grundbegriffe des Vertragsrechts

1. Der Oberbegriff: Das Rechtsgeschäft

- 49 Das im liberalen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts wurzelnde OR geht von der Freiheit jedes Menschen aus, seine Rechtsverhältnisse aus seinem freien Willen selber zu gestalten. Auf dem Boden dieser liberalen Auffassung hat der Rechtsbegriff des Rechtsgeschäftes eine zentrale Bedeutung.

- 50 **Definition:** *Rechtsgeschäfte heissen menschliche Willensäusserungen, die die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten bewirken sollen und dies nach der objektiven Rechtsordnung auch tun.*
- 51 Demgemäss sind Offerte und Annahmeerklärung je einseitige Rechtsgeschäfte. Aus ihnen geht der Vertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft hervor.

2. Arten von Rechtsgeschäften

a) Verpflichtungsgeschäfte und Verfügungsgeschäfte

- 52 Ein **Verpflichtungsgeschäft** ist ein Rechtsgeschäft, durch das eine oder mehrere Forderungen begründet werden. Es führt zur Vermehrung der Passiven des Schuldners. Ein **Verfügungsgeschäft** ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Es führt unmittelbar zur Verminderung der Aktiven des Verfügenden.
- 53 Zur Veranschaulichung mag man sich zwei Personen, Viktor (Verkäufer) und Karin (Käuferin), denken, die sich an einem Tisch gegenüber sitzen. Viktor hält seine rechte Hand auf einem Buch, Karin ihre rechte Hand auf einem Häufchen Geld. Viktor sagt zu Karin: "Ich offeriere Dir dies Buch gegen Dein Geld." Karin antwortet: "Einverstanden". Mit diesem Wortwechsel haben sich Viktor und Karin gegenseitig *verpflichtet*. Bildhaft mag man sich vorstellen, die Parteien hätten sich je um ihr rechtes Handgelenk eine Schnur gebunden und deren anderes Ende der Gegenpartei über den Tisch gereicht. Viktor und Karin haben sich damit gegenseitig vertraglich gebunden. - Im nächsten Akt schiebt Viktor das Buch über den Tisch und lässt es über die Tischkante in den Schoss von Karin fallen. Karin tut mit ihrem Geld das Gleiche symmetrisch in der Gegenrichtung. Im Moment, in dem die Vertragsgegenstände über die Tischkanten in den ausschliesslichen Zugriffsbereich der Gegenpartei fallen, hat jene Person, die den Gegenstand von sich weggeschoben hat, darüber *verfügt* (genauer: sie hat über ihr Eigentumsrecht an der Sache verfügt - und zwar Viktor über das Eigentum an seinem Buch, Karin über das Eigentum an ihrem Geld). Die beiden Verfügungshandlungen von Viktor und Karin waren gleichzeitig die Erfüllungshandlungen, womit jede Partei ihre zuvor begründete Vertragspflicht erfüllt hat. Die beiden Schnüre lösen sich von den Handgelenken. Die Parteien sind nicht mehr gebunden - sie sind gegenseitig nicht mehr verpflichtet.
- 54 Damit eine Verfügung rechtswirksam stattfinden kann, bedarf sie in der Regel eines **Rechtsgrundes**. Ein besonders häufiger Rechtsgrund ist der Vertrag, insbesondere der Kauf.
- 55 Im soeben geschilderten Fall war der mündlich geschlossene Kaufvertrag der Rechtsgrund für die anschliessenden Verfügungen über die Eigentumsrechte der Parteien an Buch und Geldmünzen. Ohne den besagten Rechtsgrund hätte das physische Zuschieben der Gegenstände nicht den Charakter der rechtlichen Verfügung gehabt - so wenig die Mitglieder eines Lesezirkels bei der Weitergabe eines Buches über das Eigentum am Buch verfügen.
- 56 Die Mechanik von vorausgehendem Verpflichtungsgeschäft (Rechtsgrund) und der anschliessenden, auf diesen Rechtsgrund abgestützten Verfügung, wird deutlich, wenn an ein Dreiecksverhältnis gedacht wird: Der Kunde bestellt beim Detaillisten aufgrund von

dessen Katalog einen Computer, den der Detaillist nicht an Lager hat. Der Detaillist bestätigt die Bestellung, womit zwischen dem Kunden und dem Detaillisten ein Kaufvertrag zustande gekommen ist. Nun bestellt der Detaillist den Computer beim Grossisten und bittet diesen gleichzeitig, den Computer direkt an den Kunden zu liefern. Der Grossist bestätigt gegenüber dem Detaillisten die Bestellung, womit im Verhältnis zwischen dem Grossisten und dem Detaillisten ein zweiter Kaufvertrag zustande gekommen ist. Anschliessend liefert der Grossist den Computer direkt an den Kunden. - Diese Lieferung ist nun ein Verfügungsgeschäft zwischen dem Grossisten und dem Kunden. Der bisherige Eigentümer (Grossist) verschafft dem Kunden unmittelbar das Eigentum am Computer. Der Detaillist wurde und war nie Eigentümer des Gerätes. Aber die beiden erwähnten Kaufverträge und der Auftrag des Detaillisten an den Grossisten, dieser solle den Computer direkt liefern, bilden zusammen den Rechtsgrund, kraft dessen die physische Lieferung des Computers den Eigentumsübergang vom Grossisten auf den Kunden bewirkt.

- 57 Das Beispiel illustriert, dass man Sachen verkaufen kann, die einem nicht gehören. Hingegen kann man gültig nur über solche Rechte verfügen, die einem im Zeitpunkt der Verfügung auch wirklich zustehen. Es gilt: *Die Verfügungshandlung muss vom Verfügungsbefugten (bzw. von der Person, welcher die Verfügungsmacht rechtlich zukommt) ausgehen*. Die Verfügung über Eigentum muss also grundsätzlich vom Eigentümer ausgehen. Der Eigentümer kann andere Personen allerdings bevollmächtigen, an seiner Stelle die Verfügungshandlung vorzunehmen. So bevollmächtigt der Inhaber eines Ladengeschäftes (der meist der Eigentümer aller im Laden aufgestellten Waren ist) sein Verkaufspersonal, über das Eigentum an den Waren zu verfügen.

b) Einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte

- 58 Einseitige Rechtsgeschäfte heissen jene, bei denen die Willensäusserung einer einzigen Partei die Rechtswirkung herbeiführt.
- 59 Zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte sind solche, bei denen die Rechtswirkung erst durch die Willensäusserungen mehrerer Personen herbeigeführt werden.
- 60 Zu den **einseitigen Rechtsgeschäften** gehören die Errichtung einer Stiftung (Art. 80 ZGB), die letztwillige Verfügung (auch Testament genannt, Art. 498 ZGB)², die Ausschlagung einer Erbschaft (Art. 566 ZGB) und die Gestaltungsrechte (Wahlerklärung nach Art. 72 OR, Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR, Verrechnungserklärung nach Art. 124 OR, Kündigung von Dauerschuldverhältnissen etc.; zum Begriff des Gestaltungsrechts vgl. Ziff. 109 ff.).
- 61 Auch die einseitigen Rechtsgeschäfte sind in der Regel empfangsbedürftig, d.h. sie entfalten ihre Rechtswirkung erst, wenn sie einer anderen Person zugegangen sind. Zuweilen ist die für den Erklärungsempfang zuständige Person eine Behörde oder eine Amtsperson, so bei der Stiftungserrichtung die Urkundsperson und bei der Ausschlagung der Erbschaft die für den Erbgang zuständige Behörde.

² Die Bezeichnung von Testamenten als "*letztwillige Verfügungen*" entspricht eher dem verwaltungsrechtlichen Wortsinn der *amtlichen Verfügung* (vgl. Skript 1, Einleitung und ZGB, Abschnitt "Staatliche Verwaltungstätigkeit, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren") als dem privatrechtlichen Begriff des Verfügungsgeschäftes (vgl. hievori, Ziff. 52). Der letztwillig Verfügende gibt aus seinem Vermögen nichts weg, sondern er ordnet die Rechtsverhältnisse an seinem Nachlass individuell-konkret.

- 62 Zu den **zweiseitigen oder mehrseitigen Rechtsgeschäften** gehören der Vertrag, der Gründungsakt aller körperschaftlich organisierten juristischen Personen und anderes.

c) Rechtsgeschäfte unter Lebenden und Rechtsgeschäfte von Todes wegen

- 63 Ferner wird unterschieden zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Rechtsgeschäften von Todes wegen. Als **Rechtsgeschäfte unter Lebenden** werden jene bezeichnet, die ihre Rechtswirkungen schon zu Lebzeiten der Beteiligten entfalten. Rechtsgeschäfte von Todes wegen entfalten dagegen alle oder mindestens einen Teil ihrer Rechtswirkungen erst nach dem Ableben einer Partei.
- 64 **Rechtsgeschäfte von Todes wegen** sind die letztwillige Verfügung (auch Testament genannt; Art. 498 ZGB), der Erbvertrag (Art. 494 ff. und Art. 512 ZGB), die Schenkung auf den Todesfall im Sinne von Art. 245 Abs. 2 ZGB und die Begünstigung aus einer Versicherung auf den Todesfall (Art. 76 des Versicherungsvertrags-Gesetzes [VVG]).
- 65 Die Unterscheidung ist im konkreten Falle wichtig, weil die Rechtsgeschäfte von Todes wegen besonderen Formvorschriften unterliegen. So gelten für die letztwillige Verfügung alternativ die handschriftliche Form, bei der der ganze Text einschliesslich Datum und Unterschrift handschrieben sein muss, oder die notarielle Form (Lesung und Unterzeichnung des meist mit Schreibmaschine vorbereiteten Textes in Anwesenheit einer Urkundsperson und zweier Zeugen). Erbverträge können nur in der zweitgenannten Form (vor Notar und zwei Zeugen) abgeschlossen werden.

d) Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte

- 66 Die Rechtsgeschäfte werden sodann eingeteilt in kausale Rechtsgeschäfte (sie sind zahlenmässig weit in der Überzahl) und in die (selteneren) abstrakten Rechtsgeschäfte.
- 67 Als **kausale Rechtsgeschäfte** werden jene bezeichnet, bei denen der Schuldgrund ("*causa*") bei der Abgabe der Willensäusserung und beim Vertragsschluss erwähnt werden muss oder von den Parteien freiwillig erwähnt wird und dadurch zu einem Element des Rechtsgeschäftes gemacht wird.
- 68 **Abstrakt** heissen jene Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldgrund nicht Teil der Willensäusserung zu sein braucht oder von Gesetzes wegen nicht erwähnt werden darf. - Das Gesetz verlangt Abstraktheit namentlich bei gewissen Wertpapieren, so beim Schuldbrief³ sowie beim Wechsel⁴ und Scheck⁵. Die meisten Verfügungsgeschäfte kön-

³ Vgl. Art. 846 Abs. 1 ZGB: "*Die Schuldbriefforderung darf sich weder auf das Grundverhältnis beziehen noch Bedingungen oder Gegenleistungen enthalten.*" - Dies bedeutet, dass in diesen Wertpapieren ausschliesslich das Schuldbekenntnis ("*Der Schuldbriefschuldner schuldet dem Schuldbriefinhaber CHF 100'000.-- nebst Zins zu X%*") enthalten sein darf, nicht aber ein Zusatz wie beispielsweise "*Der Schuldbriefschuldner schuldet dem Schuldbriefinhaber aus Darlehen CHF 100'000.-- nebst Zins zu X%*". - Mit den Wörtern "*aus Darlehen*" oder "*aus gestundetem Kaufpreis*" etc. würde ein Schuldgrund in das Wertpapier hineingeschrieben, der die Zirkulationsfähigkeit des Wertpapiers behindern könnte. Stünde nämlich "*aus Darlehen*" im Schuldbrief, so müsste ein späterer Erwerber des Schuldbriefs beim Inkasso befürchten, dass ihm der Schuldbriefschuldner eine Einwendung entgegenhält wie z.B., das im Schuldbrief erwähnte Darlehen sei nie ausbezahlt oder es sei mittlerweile wieder an die Darlehensgläubigerin zurück-

nen abstrakt formuliert werden, so die Forderungsabtretung ("Zession", Art. 164 ff. OR), der Schulderlass und der Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte (Pfandrechte, Dienstbarkeitsberechtigungen). Für grundbuchliche Verfügungen verlangt Art. 965 ZGB allerdings die kausale Formulierung, d.h. die Nennung des Rechtsgrundes.

- 69 Bei jenen Rechtsgeschäften, bei denen das Gesetz die abstrakte Formulierung zulässt, nicht aber zwingend verlangt, haben die Parteien die Wahl, ob sie das Rechtsgeschäft durch Nennung des Schuldgrundes als ein kausales oder durch Verschweigung des Schuldgrundes als ein abstraktes ausgestalten wollen. Nennen sie den Schuldgrund, so hat die Gläubigerin im Streitfalle zu beweisen, dass der Schuldgrund besteht (bei einer Forderung "aus Darlehen" also unter anderem, dass das Darlehen auch tatsächlich ausbezahlt worden ist). Nennen die Parteien den Schuldgrund nicht, so hat gegebenenfalls der Schuldner zu beweisen, dass es an einem Schuldgrund und damit an einer Verpflichtung seinerseits fehlt⁶.
- 70 Der Begriff des **Schuldgrundes**, auch *Rechtsgrund* oder (lateinisch) *causa* genannt, ist diffus. In der schweizerischen Rechtslehre wird der Rechts- oder Schuldgrund definiert als die *Gesamtheit aller materiellen Voraussetzungen und Bedingungen, von denen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes abhängt*. Mit dieser Definition ist nicht viel anzufangen. Die Lehre vom Schuldgrund ist praktisch nur von Belang, wo es um die Beurteilung der *Gültigkeit von Verfügungen* geht. So bedarf beispielsweise die Verfügung über ein Eigentumsrecht stets eines gültigen Schuldgrundes oder Rechtsgrundes, beispielsweise eines vorangegangenen Verpflichtungsgeschäftes (Vertrags).
- 71 In den Regeln über die "ungerechtfertigte" (= *rechtsgrundlose*) Bereicherung lebt die Lehre vom Rechtsgrund weiter.

3. Obligation und Schuldverhältnis

- 72 *Obligation* kommt vom lateinischen Wort *obligatio*. Die deutsche Grundbedeutung des Wortes ist *Verpflichtung*.
- 73 In der Rechtssprache hat das Wort zwei Bedeutungen, nämlich
- a) ein Schuldverhältnis (das verschiedene Verpflichtungen verschiedener Parteien umfassen kann), und
 - b) eine einzelne Verpflichtung, d.h. den Teil eines Schuldverhältnisses.
- 74 Der Gesetzestitel "Obligationenrecht" ist zu verstehen im Sinne von "*Gesetzbuch über die Schuldverhältnisse*".

bezahlt worden, womit auch die Schuldbriefforderung dahingefallen sei. - Um solche Risiken auszuschliessen, verlangt das Gesetz, dass Schuldbrief und Gült abstrakt formuliert sein müssen.

⁴ Vgl. die abschliessende Aufzählung der notwendigen und zulässigen Inhalte der Wechsel-Urkunde in Art. 991 OR. - Das Erfordernis der abstrakten Formulierung ergibt sich aus den gleichen Erwägungen wie bei Schuldbrief und Gült.

⁵ Vgl. die abschliessende Aufzählung der notwendigen und zulässigen Inhalte der Scheck-Urkunde in Art. 1100 OR. - Das Erfordernis der abstrakten Formulierung ergibt sich aus den gleichen Erwägungen wie bei Schuldbrief und Gült.

⁶ Vgl. BGE 100 III 86.

- 75 Der Begriff des **Schuldverhältnisses** meint die Gesamtheit der auf einem einheitlichen Sachverhalt beruhenden rechtlichen Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Personen. Meist handelt es sich um Verhältnisse, die aus einer Mehrzahl von gleichgerichteten oder gegenseitigen Forderungen und Pflichten bestehen, d.h. um ein ganzes Gefüge, das im zeitlichen Ablauf die *Befriedigung bestimmter Leistungsinteressen der Parteien* erreichen soll. Zu einem solchen Schuldverhältnis gehören auch sekundäre Rechte und Pflichten, insbesondere die *Gestaltungsrechte* (vgl. Ziff. 109 ff.) sowie die *Nebenrechte und Nebenpflichten* (vgl. Ziff. 102).
- 76 In der Bankensprache bedeutet das Wort etwas anderes, nämlich ein *in Serien ausgegebenes Wertpapier, das eine über mehrere Jahre (in der Regel 5 oder 10 Jahre) unkündbare Geldforderung zu einem festen Zinssatz verkörpert*.
- 77 Wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffs "**Obligation**" sollte dieser Begriff richtigerweise nur im letztgenannten banktechnischen Sinne, d.h. nur für *festverzinsliche, in Serien ausgegebene Wertpapiere* verwendet werden.

a) Persönliche (relative) Rechte und absolute Rechte

- 78 Das Schuldverhältnis besteht zwischen bestimmten Personen. Die zum Schuldverhältnis gehörenden einzelnen Forderungen und Ansprüche⁷ der Gläubigerin gegenüber dem Schuldner heissen *persönliche Rechte* oder, gleichbedeutend, *relative Rechte*. Diese beiden (gleichbedeutenden) Begriffe stehen dem anderen Begriff des *absoluten Rechts* gegenüber.
- 79 Die persönlichen oder relativen Rechte haben ihren Namen daher, dass sie gegenüber einer bestimmten Person bestehen und sich auf das Rechtsverhältnis zu dieser Person beziehen ("relativ" = "bezüglich").
- 80 Der Begriff des absoluten Rechts ist schlecht gewählt, weil in der Umgangssprache unter "absolut" etwas Kategorisches, Unbedingtes verstanden wird. Nicht so im Begriff des "absoluten Rechts": Mit "absolut" wird lediglich gemeint, dass es ein nicht-relatives Recht ist.
- 81 Die absoluten Rechte bestehen "gegenüber jedermann". Klarer ist die Aussage, die absoluten Rechte seien *konkursfest* und *drittwirksam*. Damit ist gemeint, dass die absoluten Rechte nicht im Konkurs eines Schuldners untergehen können, ferner dass sie nicht nur gegenüber einer bestimmten anderen Person wirksam sind, sondern gegenüber beliebigen Dritten, die in bestimmter Weise mit dem Rechtsinhaber oder mit dem Gegenstand seines absoluten Rechtes in Kontakt kommen.
- 82 Die absoluten Rechte zerfallen in drei Hauptgruppen, nämlich
- das Persönlichkeitsrecht (Schutz der Persönlichkeit gegen Körperverletzung, Ehrverletzung, Namensverletzung etc.);
 - die dinglichen Rechte (Eigentum an Sachen, Pfandrechte an Sachen, Dienstbarkeiten an Grundstücken und beweglichen Sachen);

⁷ Zum Begriff des Anspruchs vgl. Ziff. 100 ff.

- die Immaterialgüterrechte (auch *gewerbliche Schutzrechte* genannt) (Erfindungspatente, Handelsmarken, Fabrikationsmarken und Dienstleistungsmarken, Urheberrecht).
- 83 Was absolut (bzw. nicht-relativ) bedeutet, kann veranschaulicht werden am Beispiel einer Person, die Eigentümerin eines Gemäldes ist. Überlässt die Eigentümerin das Gemälde einem Unternehmer zur Renovation des Bilderrahmens und fällt dieser Unternehmer während der Erfüllung dieses Auftrags in Konkurs, so behündigt der Konkursverwalter zwar das Vermögen des konkursiten Unternehmers. Die Eigentümerin des Bildes kann aber ihr Bild aus der Konkursmasse herausholen, weil ihr Eigentum "konkursfest" ist. Will ihr auf dem Heimweg ein Passant das Gemälde entreissen, so kann sie von dem Passanten verlangen, dass dieser die Hände von dem Gemälde lässt. Die Eigentümerin hat einen Abwehranspruch gegenüber jedem Dritten, der sie in der Ausübung ihres Eigentums stört. Dieser Abwehranspruch ist nicht abhängig davon, dass die Eigentümerin mit dem Dritten einen Vertrag schliesst. Das Eigentum wirkt ohne weiteres gegenüber jedem Dritten und ist insofern "drittwirksam". Man kann die Drittwirksamkeit auch umgekehrt als rechtlichen Imperativ verstehen, der für alle Mitbürger gilt, andere Mitbürger nicht in der Ausübung des Eigentums an deren Sachen zu stören.
- 84 Demgegenüber geben die **persönlichen Rechte** der Gläubigerin bloss Anspruch⁸ auf ein bestimmtes Verhalten *des Schuldners*. Dritte werden dadurch nicht berührt. So kann die Käuferin ihren Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der gekauften Sache ausschliesslich gegenüber dem Verkäufer geltend machen, nicht gegenüber einem Dritten, dem der Verkäufer das Eigentum vielleicht bereits übertragen hat. Verkauft also der Kunsthändler X ein Gemälde am Montag an den Kunden A und verspricht Lieferung des Gemäldes am Donnerstag, so ist denkbar, dass der Kunsthändler das gleiche Gemälde am Dienstag an den Kunden B ein zweites Mal verkauft und es dem B sogleich ausliefert, dem B also sogleich das Eigentum verschafft. In diesem Fall kann der geprellte A das Bild nicht vom Kunden B herausverlangen. Er hat lediglich ein persönliches (relatives) Recht gegenüber dem Kunsthändler, ihm das Gemälde zu verschaffen. Diesen Anspruch kann der Kunsthändler im dargestellten Falle nicht mehr erfüllen. Er wird gegenüber dem Kunden A schadenersatzpflichtig aus Vertragsverletzung. Der Kunde A muss sich mit der Schadenersatzzahlung, d.h. mit einer Geldzahlung begnügen.
- 85 Eine Zwischenstellung zwischen den persönlichen und den dinglichen Rechten nehmen die **Realobligationen** ein. Es handelt sich um Schuldverhältnisse, die mit Grundstücken verknüpft sind, so namentlich Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte, Miete und Pacht, sofern diese Rechte im Grundbuch vorgemerkt sind. Zwar bestehen diese Rechte zunächst ausschliesslich zwischen der jeweiligen Gläubigerin und dem Grundeigentümer als Schuldner. Durch die Vormerkung im Grundbuch werden die Rechte aber gegenüber jedem Dritten offenkundig gemacht. Wer das Grundstück erwirbt, wird kraft seines Erwerbes ohne weiteres selber zum Schuldner der vorgemerkten Pflicht. Wegen der Verknüpfung der Schuldpflicht mit dem Eigentum an einem bestimmten Grundstück, d.h. an einer bestimmten Sache, heissen solche Verpflichtungen *Realobligationen* (von lat. *res* = die Sache: sach-verknüpfte Obligationen).

⁸ Zum Begriff des Anspruchs vgl. Ziff. 100 ff.

b) Arten vertraglich geschuldeter Leistungen

- 86 Was in einem Schuldverhältnis geschuldet ist, was die Gläubigerin fordern kann und wofür der Schuldner haftet, heisst in der Rechtssprache die *Leistung*.
- 87 Innerhalb der Schranken der Rechtsordnung kann die Leistung des Schuldners jeden beliebigen Inhalt aufweisen (vgl. Art. 19 OR).
- 88 Häufigste Leistungsinhalte sind die Zahlung von Geld und die Lieferung von Sachen. Andere Leistungen bestehen in einem *Tun*, einem *Unterlassen* (Nicht-Tun) oder einem *Dulden* (Unterlassen einer Reaktion). Tun wird als positive, Unterlassen und Dulden als negative Leistung bezeichnet.
- 89 Es gibt Leistungen, bei denen es auf die *Persönlichkeit des Schuldners* ankommt und wo nur dessen persönliches Leisten die wahre Erfüllung bedeutet. Dies trifft zu für alle Unterlassungspflichten. Wer etwas zu unterlassen verpflichtet ist (wer sich beispielsweise verpflichtet hat, die Gläubigerin nicht zu konkurrenzieren), muss die versprochene Leistung selber erbringen. Es genügt nicht und wäre sinnlos darauf hinzuweisen, dass ein Dritter die Konkurrenzierung unterlässt.
- 90 Unter den Verpflichtungen zu einem Tun kommt es in der Regel auf die Persönlichkeit des Schuldners an bei den Arbeitsleistungen im Arbeitsvertrag (Art. 321 OR), bei der Unternehmerleistung im Werkvertrag (Art. 364 Abs. 2 OR) und bei der Geschäftsbesorgung des Beauftragten im Auftragsverhältnis (Art. 398 Abs. 3 OR; das Gesetz erlaubt dem Beauftragten aber, sich anlässlich der Entgegennahme des Auftrags zur Übertragung des Geschäftes an einen Dritten ermächtigen zu lassen; die Übertragung gilt überdies immer dann als zulässig, wo dies ortsüblich ist: so kann der beauftragte Arzt seine Leistungen gegenüber den Patienten während der Ferienabwesenheit durch einen Vertreter erbringen lassen, ohne dass dies im Voraus ausdrücklich vereinbart zu werden brauchte).
- 91 *Sachliche Leistungen* heissen jene geschuldeten Leistungen, bei denen es auf die Persönlichkeit des Schuldners nicht ankommt. Sind sachliche Leistungen Gegenstand eines Schuldverhältnisses, so kann die Gläubigerin nicht verlangen, dass die Leistung durch den Schuldner persönlich erbracht werde. Dies trifft namentlich zu, wenn die geschuldete Leistung in einer Geldzahlung besteht.
- 92 Der Unterschied zwischen den persönlich zu erbringenden Leistungen und den sachlichen Leistungen liegt darin, dass es bei den persönlich zu erbringenden Leistungen auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners ankommt, und dass bei der zwangsweisen Durchsetzung sein Persönlichkeitsrecht (Art. 28 und Art. 27 Abs. 2 ZGB) zu respektieren ist. Aus dem Persönlichkeitschutz ergeben sich Begrenzungen der persönlichen Leistungspflicht und Schranken für deren zwangsweise rechtliche Durchsetzung. Bei den sachlichen Leistungen spielt dagegen die Leistungsfähigkeit des Schuldners für das Mass seiner Verpflichtungen keine Rolle. Er haftet hierfür mit seinem ganzen Vermögen und ist auch dann zur vollen Leistung verpflichtet, wenn sein Vermögen kleiner ist als die geschuldete Leistung.
- 93 Zu unterscheiden sind sodann vorübergehende Leistungen und Dauerleistungen. **Vorübergehende Leistungen**, beispielsweise Geldzahlungen oder Lieferung des Kaufgegenstandes, sind an einem bestimmten Zeitpunkt zu erfüllen. Die dem Leistungszeitpunkt vorangehenden Bemühungen des Schuldners sind bloss Vorbereitungshandlungen, nicht Teil der Leistung. Mit der Leistung erlischt das Schuldverhältnis.

- 94 Demgegenüber verlangen **Dauerleistungen** ein ununterbrochenes Verhalten des Schuldners. Typische Beispiele sind Unterlassungspflichten (z.B. Konkurrenzverbote), ferner die Pflichten zu einem fortgesetzten positiven Handeln im Arbeitsvertrag und zu einer fortgesetzten Sachleistung im Mietvertrag. Man kann Verhältnisse wie diejenige im Arbeits- und im Mietvertrag als **Dauerschuldverhältnisse** charakterisieren, aus denen im Zeitablauf immer neu gewisse vorübergehende Leistungspflichten erwachsen, zulasten der Mieterin also beispielsweise monatlich die Zahlungspflicht für den Monatszins, zulasten des Arbeitnehmers täglich die Pflicht, während der Arbeitszeit dem Arbeitgeber zu Diensten zu sein. Aber auch solche Schuldverhältnisse beinhalten häufig Leistungspflichten, die zeitlich ununterbrochen andauern, so die Vermieterpflicht, die Mietsache der Mieterin während der Vertragsdauer ununterbrochen in gebrauchsfähigem Zustand bereit zu halten.
- 95 Die Dauerschuld verlangt ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten, mit dem der Schuldner fortzufahren hat, bis die Schuld durch Zeitablauf oder aus einem anderen Grund erlischt. Der Gesamtumfang der Leistung hängt folglich von der Dauer der Leistungspflicht ab. Die Verpflichtung zur Erbringung einer von Anfang an feststehenden Gesamtleistung in zeitlich gestaffelten Teilleistungen heisst nicht Dauerschuld.
- 96 In solchen Verhältnissen wird es sinnvoll, begrifflich zu unterscheiden zwischen dem Schuldverhältnis als einer dauerhaften Rechtsbeziehung und zwischen den einzelnen Forderungen und Ansprüchen, die aus dem Schuldverhältnis immer neu herauswachsen.
- 97 Dauerschuldverhältnisse können wegen der Bestimmung von Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht auf beliebig lange Zeiten fest vereinbart werden. Allzu lang in die Zukunft hinauswirkende Verpflichtungen gelten als *übermässige Bindung* und sind nach Ablauf einer gewissen Zeit seitens der Gläubigerin nicht mehr erzwingbar⁹.

c) Arten vertraglicher Gläubigerrechte

- 98 Der Leistungspflicht des Schuldners entspringt das *Forderungsrecht der Gläubigerin*. Ist die Forderung fällig, so entsteht daraus der *Anspruch* der Gläubigerin auf Befriedigung. Es empfiehlt sich, die Begriffe "Forderung" und "Anspruch" auseinander zu halten.
- 99 **Forderung** heisst das Gläubigerrecht während der ganzen Zeit seines Bestandes.
- 100 **Anspruch** ist die Befugnis, *jetzt vom Schuldner die Leistung zu verlangen*.
- 101 Diese Terminologie bewährt sich auch im Sachenrecht. Der bestohlene Eigentümer hat gegenüber dem Dieb den *Herausgabeanspruch*. Leihet der Eigentümer seine Sache einer anderen Person auf eine feste Vertragszeit, so hat er während dieser Vertragsdauer zwar weiterhin das Eigentum (das dingliche Recht an der Sache), aber er hat während dieser Zeit wegen des Leihevertrags keinen Herausgabeanspruch. Ist die Vertragsdauer abgelaufen, so kann der Verleiher die Sache vom Borger aus zwei verschiedenen Gründen zurückverlangen, nämlich einerseits kraft des eigentumsrechtlichen Herausgabeanspruchs, andererseits kraft des vertraglichen Anspruchs auf Rückgabe der ausgeliehenen Sache. Wäre der Verleiher selber nicht der Eigentümer, sondern hätte er eine geliehene Sache

⁹ Vgl. zum Verbot der "ewigen Verträge" und zur zeitlichen Begrenzung von Dauerschuldverhältnissen durch Art. 27 Abs. 2 ZGB die diesbezüglichen Ausführungen im Teil 1 dieses Skripts zum ZGB.

weiterverliehen, so stünde ihm nach Ablauf der Leihedauer lediglich der *vertragliche* Anspruch auf Rückgabe der Sache zu.

d) Vertragliche Haupt- und Nebenpflichten

- 102 Im Gefüge eines Schuldverhältnisses gibt es neben den charakteristischen *Hauptleistungspflichten* (beim Kauf: Eigentumsverschaffung an der Kaufsache; Bezahlung des Kaufpreises) oft auch eine oder mehrere *Nebenpflichten*.
- 103 Solche **Nebenpflichten** werden teilweise durch das Gesetz (z.B. Art. 188, 197 ff., 256, 284 und 342 OR) oder durch Vereinbarung der Parteien vorgesehen. Im übrigen ergeben sie sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung und die Verwirklichung des Leistungserfolges zu sichern. Es werden folgende Nebenpflichten unterschieden:
- **Obhuts- und Schutzpflichten**, z.B. im Arbeitsverhältnis die Nebenpflicht des Arbeitgebers, für die Sicherheit des Arbeitsplatzes und den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers zu sorgen, oder die Nebenpflicht des Betreibers eines Schwimmbads oder des Veranstalters eines Sportanlasses, für die Sicherheit der Benutzer und Besucher zu sorgen;
 - **Mitteilungspflichten**;
 - **Verschaffungspflichten** (beispielsweise die Pflicht, zu einem für den Export bestimmten Gerät dem Käufer die für die Verzollung nötigen Ursprungszeugnisse zu verschaffen);
 - **Mitwirkungspflichten**: Diese Pflichten bestehen namentlich dann, wenn der Vollzug eines Vertrags einer behördlichen Genehmigung oder Bewilligung bedarf, die nur auf gemeinsamen Antrag beider Vertragsparteien erteilt wird. In einem solchen Fall kann sich die vertragsreue Partei ihrer Hauptpflicht nicht dadurch entziehen, dass sie sich weigert, das Bewilligungsgesuch an die Behörde mitzuunterschreiben.
- 104 Einzelne dieser Nebenpflichten sind selbständig einklagbar. Zu ihnen gehören Mitteilungspflichten, selbständige Unterlassungspflichten (vor allem Konkurrenzenthaltungspflichten) und Verschaffungspflichten. Andere Nebenpflichten erlangen ihre Bedeutung erst, wenn die Hauptleistung nicht gehörig erfolgt.
- 105 Die Schlechterfüllung einer Hauptleistungspflicht und die Nichterfüllung einer Nebenpflicht werden in der Rechtssprache unter dem Begriff der **positiven Vertragsverletzung** zusammengefasst.
- 106 Als Beispiel für die Verletzung einer Nebenpflicht ist an den Betreiber eines Schwimmbads zu denken, der das Bassin unbeaufsichtigt lässt. Ertrinkt deswegen ein kleines Kind, das beim Vorhandensein eines Bademeisters hätte gerettet werden können, so macht sich der Betreiber des Schwimmbads der positiven Vertragsverletzung schuldig. Die Hauptpflicht, nämlich die Bereitstellung eines brauchbaren Schwimmbads, hat er zwar erfüllt, nicht aber die Nebenpflicht bezüglich der Sicherheit der Benutzer.
- 107 Indem solche Sachverhalte als positive Vertragsverletzungen erfasst werden, wird die Schadenersatzpflicht des Schwimmbad-Betreibers zu einer *vertraglichen* Schadenersatz-

pflicht (mit zehnjähriger Verjährung und mit der für die Vertragsverhältnisse typischen Beweislast, wonach der Schuldner gegebenenfalls seine Unschuld beweisen muss). Könnte man den Fall nicht mit dem Rechtsbegriff der positiven Vertragsverletzung erfassen, so könnten die Geschädigten (die Eltern des ertrunkenen Kindes) ihre Schadenersatzansprüche lediglich auf die Bestimmungen über die unerlaubte Handlung abstützen. Sie müssten dem Betreiber des Schwimmbads fahrlässige Tötung vorwerfen. Die Schadenersatzpflicht würde dann der kurzen (einjährigen) Verjährungsfrist für Deliktsschulden unterliegen, und es wäre Sache der Gläubiger, das Verschulden des Schadensverursachers nachzuweisen.

e) Obliegenheiten

- 108 Obliegenheiten heissen jene Pflichten einer Vertragspartei, auf deren Erfüllung die Gegenpartei keinen Anspruch hat, bei deren Vernachlässigung aber die belastete Partei Rechtsnachteile erleidet. Ein Beispiel ist die Obliegenheit des Käufers gemäss Art. 201 OR, die Ware nach Erhalt so bald wie möglich zu prüfen und allfällige Mängel sofort nach Entdeckung der Verkäuferin zu melden. Verletzt der Käufer diese Obliegenheiten, so verliert er die Gewährleistungsansprüche gegenüber der Verkäuferin. - Ein anderes Beispiel ist die sogenannte Schadensminderungspflicht, d.h. die Pflicht der geschädigten Person, alles Zumutbare vorzukehren, um den Schaden möglichst gering zu halten.

f) Der Begriff des Gestaltungsrechts

- 109 Eine weitere Gruppe von sekundären Rechten im Schuldverhältnis sind die Gestaltungsrechte. Für die Gestaltungsrechte ist typisch, dass der Berechtigte sie einseitig ausüben und so den gewünschten Rechtserfolg herbeiführen kann. Dieser liegt darin, *ein Recht zu begründen, zu verändern oder aufzuheben*. Als Beispiel sei die Rechtslage nach gestellter Offerte erwähnt. Der Empfänger der Offerte kann nun durch seine Annahmeerklärung einseitig den Vertrag begründen. Durch die Annahme der Offerte übt er ein rechtsbegründendes Gestaltungsrecht aus. Wer ein Kaufrecht oder ein Vorkaufrecht hat, kann durch die Ausübungserklärung das Schuldverhältnis ändern (änderndes Gestaltungsrecht); wer in einem kündbaren Vertragsverhältnis steht, beispielsweise als Mieter, Arbeitgeber oder Gesellschafter, kann durch die Kündigung das Schuldverhältnis aufheben (Kündigungsrecht = aufhebendes Gestaltungsrecht).
- 110 Bei jedem Gestaltungsrecht hat der Berechtigte die Möglichkeit, in eine bestehende Rechtslage oder Regelung ändernd, d.h. *gestaltend* einzugreifen. Will man sich das Gestaltungsrecht bildlich vorstellen, so mag man an eine Münze in der Hand des Berechtigten denken, durch deren Einwurf in einen programmierten Automaten das laufende Programm in einer bestimmten Weise abgeändert wird. Wer sein Gestaltungsrecht ausgeübt hat - im Bild: wer die Münze eingeworfen hat - hat das Recht unwiderruflich "verbraucht". Es gibt keine Rücknahme und keinen zweiten Versuch. Das ist ein Gebot der Rechtssicherheit. Die anderen Personen, die von der bisherigen Regelung und ihrer Umgestaltung betroffen sind, müssen jederzeit wissen, woran sie sind. Bei der Ausübung von Gestaltungsrechten gibt es kein Hin und Her.

- 111 Es gibt also auch keine Bedingungen und keinen Widerruf¹⁰. Die Ausübung von Gestaltungsrechten ist *bedingungsfeindlich* und *unwiderruflich*. Die bedingte Kündigung einer Wohnungsmiete (*"Wenn Sie den Hund nicht bis Weihnachten entfernt haben, ist Ihre Miete hiermit per 31. März des kommenden Jahres gekündigt"*) ist wirkungslos. Wenn der Vermieter heute schon in dieser Weise das Signal setzen will, dann muss er schreiben: *"Ich kündige Ihnen hiermit. - Wenn Sie den Hund bis zu Weihnachten aus der Wohnung entfernt haben, biete ich Ihnen hiermit als Offerte ein neues Mietverhältnis, zu den bisherigen Bedingungen, ab 1. April des kommenden Jahres an."*
- 112 Auch die Rücknahme einer irrtümlich ausgesprochenen Kündigung ist nicht möglich. *"Als ich die Kündigung ausgesprochen habe, glaubte ich irrtümlich, Sie hätten einen Hund; ich bedaure meinen Irrtum und ziehe die Kündigung hiermit zurück."* - Das ist wirkungslos. Der Mieter, der sich mittlerweile bereits anderswo eingemietet hat, braucht sich um einen solchen Irrtum nicht zu kümmern und den Rückzug der Kündigung nicht zu beachten.

g) Rechtliche Durchsetzung von Ansprüchen

- 113 Da die Rechtsordnung eine staatliche Zwangsordnung ist, gehört zum Schuldverhältnis bzw. zur Forderung als Gläubigerrecht deren **Erzwingbarkeit**. Leistet der Schuldner nicht freiwillig, so kann der Gläubiger die staatlichen Zwangsmittel beiziehen, insbesondere eine Geldforderung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder Eigentumsansprüche durch polizeiliche Hilfe (Beschlagnahmung und Auslieferung an den Eigentümer) durchsetzen lassen. Die Zwangsvollstreckungs- und Polizeibeamten gewähren solche Hilfe dem Gläubiger aber nur, wenn dieser sich auf ein *rechtskräftiges Gerichtsurteil* stützen kann.
- 114 Ist bei zweiseitigen Verträgen, bei denen sich beide Parteien Leistungen schulden (z.B. der Verkäufer die Übereignung der Kaufsache, der Käufer die Bezahlung des Preises), die eine Partei im Verzug, so kann die andere Partei ihre Leistung zurückhalten, auch wenn diese Leistung grundsätzlich fällig wäre. Die zurückhaltende Partei hat die *Einrede*¹¹ *des nicht erfüllten Vertrages*.

h) Verteidigungsmittel gegen die Durchsetzung von Ansprüchen: Einrede und Einwendung

- 115 Mit dem Begriff der **Einrede** wird eine Befugnis verstanden, die fällige Leistung zu verweigern. Das Erheben einer Einrede ist also immer Ausübung eines Rechtes.
- 116 Demgegenüber bezeichnet der Begriff der **Einwendung** die Behauptung eines Sachverhaltes, die den Anspruch der Gegenpartei als nicht bestehend erscheinen lässt.
- 117 Der Unterschied zwischen Einrede und Einwendung soll illustriert werden am Streit um die Rückzahlung eines Darlehens. Wenn der Schuldner behauptet, er sei zu keiner Leistung an den Gläubiger verpflichtet, weil ihm dieser nach der Unterzeichnung des Darle-

¹⁰ Vgl. BGE 109 II 326.

¹¹ Zum Begriff der Einrede vgl. Ziff. 115 ff.

hensvertrags das Darlehen gar nie ausbezahlt habe, so ist dies eine Tatsachenbehauptung, die (wenn sie bewiesen ist) den Anspruch des Gläubigers vernichtet. Die Behauptung, das Darlehen nie ausbezahlt erhalten zu haben, ist also eine Einwendung.

- 118 Sagt der Schuldner dagegen, seit der Fälligkeit der Rückzahlung seien über zehn Jahre vergangen und er wolle das Darlehen wegen der eingetretenen Verjährung nicht mehr zurückzahlen, so erhebt der Schuldner damit eine Einrede. Zwar ist die Behauptung des Zeitablaufs eine Tatsachenbehauptung. Aber der Zeitablauf als solcher vernichtet den Anspruch des Gläubigers nicht. Es bedarf zusätzlich einer Willenserklärung des Schuldners, er wolle wegen der Verjährung nicht mehr zurückzahlen. Der Zeitablauf gibt dem Schuldner das Recht, sich auf die Verjährung zu berufen. - Verzichtet der Schuldner auf die Erhebung der Verjährungs-Einrede und bezahlt er, so bezahlt er gültig eine bestehende Forderung.
- 119 Einwendungen sind vom Gericht im Prozess von Amtes wegen zu beachten, Einreden nur dann, wenn sich der Schuldner darauf beruft.
- 120 *Merke: Das Erheben einer Einrede ist Ausüben eines Rechts. Das Erheben einer Einwendung ist Aufstellen einer Behauptung.*

i) Formen der Vollstreckung gerichtlicher Urteile

- 121 Die Vollstreckung gerichtlich zugesprochener Ansprüche erfolgt in verschiedenen Formen:
- Urteile auf **Geldleistung** werden nach den Regeln und mit den Mitteln des Schuldbeitrags- und Konkursgesetzes vollstreckt (amtliche Beschlagnahme und Versteigerung von Schuldnervermögen; Aushändigung des Steigerungserlöses an den Gläubiger); das Vollstreckungsverfahren ist mithin durch *Bundesrecht in der ganzen Schweiz einheitlich* geregelt;
 - für die **Herausgabe von Eigentum**, für die Räumung von Mietwohnungen nach Ablauf der Mietdauer, für die Ausschaffung von Hausbesetzern und ähnliche Sachleistungen kann die *Polizeigewalt* in Anspruch genommen werden; das Verfahren ist in Art. 335-346 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt; Voraussetzung für die polizeiliche Herbeischaffung von Fahrniseigentum ist, dass die Gläubigerin weiss, wo sich die betreffende Sache befindet; denn im Rahmen der Vollstreckung eines Zivilurteils können staatliche Beamte keine Fahndung vornehmen;
 - lautet das Urteil auf ein **Tun** oder ein **Unterlassen** (Erbringen einer vertraglich geschuldeten Dienstleistung oder Einhaltung eines Konkurrenzverbotes), so kann das Gericht dem verurteilten Schuldner für den Fall der Widerhandlung gegen das Urteil die Verzeigung (Strafanzeige) zur Bestrafung gemäss Art. 292 StGB androhen; diese Vollstreckungsmethode wird in der ganzen Schweiz gleich praktiziert.

- 122 Art. 292 StGB lautet:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Haft oder mit Busse bestraft."

- 123 Jedes Urteil eines Zivilgerichts ist eine *"Verfügung"* im Sinne dieser Strafnorm.
- 124 Zusätzlich zur oder statt der Androhung der Verzeigung gemäss Art. 292 StGB kann der zu einem Tun oder Unterlassen verurteilte Schuldner auch zur Zahlung einer Geldsumme als Schadenersatz verurteilt werden. Will sich der Gläubiger eine zweite Prozessrunde sparen, so tut er gut daran, schon in seiner ersten Klageschrift nicht nur die Verurteilung des Beklagten zum fraglichen Tun oder Unterlassen zu verlangen, sondern bereits für den Widerhandlungsfall eine bestimmte Geldsumme als Schadenersatz zu verlangen.
- 125 Bezüglich persönlicher Handlungs- und Unterlassungspflichten kennt das Zivilprozess- und Vollstreckungsrecht gegenüber dem renitenten Verurteilten als Zwangsmittel lediglich die Androhung von Art. 292 StGB und die Verurteilung zur Schadenersatz-Geldzahlung. Das Erzwingen persönlicher Handlungen und Unterlassungen durch Polizeigewalt ist nicht möglich, da dies den Verurteilten allzu stark in seiner Persönlichkeit treffen und verletzen würde. Es gibt für solche Urteile also nicht die sogenannte *Realexekution* ("reale Vollstreckung").

C. Der Vertragsschluss

1. Zweckmässige Gliederung und Redaktion von Verträgen

- 126 Bei der Abfassung von Verträgen empfiehlt sich folgendes Schema:

"VEREINBARUNG

A ... (Name und Adresse der arbeits- oder sachleistenden Vertragspartei)

und

B ... (Name und Adresse der bezahlenden Vertragspartei)

vereinbaren was folgt:

1. Leistungen und Gegenleistungen:

a) Darstellung der Arbeits-, Sach- und Nebenleistungen des A; Bedingungen; zeitliche Abfolge; evtl. technische Details und Regelung der Kooperation zwischen A und B (wer - wann - wo - was);

b) Darstellung der Leistungen des B: "B bezahlt als Entgelt für die vorgenannten Leistungen des A ..." (wieviel - wann - wo);

2. Vertragsstörungen:

a) Gewährleistung, Garantien;

b) gegenseitige Rechte und Pflichten bei verspäteter, fehlerhafter oder ausbleibender Erfüllung einzelner Vertragspflichten;

3. Vertragsdauer, Kündigung:

(nur bei Verträgen von zeitlicher Dauer wie Arbeits-, Miet-, Gesellschaftsverträgen);

4. Anwendbares Recht, Gerichtsstand:

(Bestimmung des anwendbaren Rechts immer, wenn die Parteien in verschiedenen Staaten domiziliert sind; Gerichtsstandsklausel: nur wenn die Parteien nicht am gleichen Ort domiziliert sind und der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten nicht passt)

Ort, Datum, Unterschriften der Parteien"

2. Zustandekommen der vertraglichen Bindung

- 127 Da Rechtsordnung und Staat den privatautonom gestalteten Vertragsbindungen ihren Segen geben, muss das Recht auch generell-abstrakt festlegen, welche Vorgänge die Vertragsbindung bewirken.
- 128 Man kann den Vertragsschluss modellhaft in zwei Vorgänge unterteilen. In der ersten Phase planen die Vertragsparteien ihr gegenseitiges zukünftiges Verhalten. Sie legen die verhaltenslenkende Programmierung der Zukunft fest. Dies ist die Planungsphase bzw. die Verhandlungsphase.
- 129 Der zweite Schritt besteht darin, dass die Parteien das gemeinsam festgelegte Verhaltensprogramm *in Kraft setzen*, einander also gegenseitig zu verstehen geben, dass dieses Programm von nun an gelten und seine Bindungswirkung entfalten solle. Die Inkraftsetzung erfolgt häufig mit einem äusserlichen Ritual. Häufigstes Inkraftsetzungsritual ist die Beisetzung der Parteiunterschriften unter den Vertragstext. Bei mündlichem Vertragsschluss besteht das Ritual bisweilen in einem Handschlag, in gemeinsamem Weintrinken etc. Auch die Leistung einer kleinen Anzahlung bei Vertragsschluss hat häufig eher rituelle als wirtschaftliche Bedeutung.
- 130 Die Phase gemeinsamer Planung und die anschliessende Inkraftsetzung eines Verhaltensprogramms findet vor allem bei grossen Geschäften statt, wo die Parteien oder ihre Juristen in längerer Arbeit einen Vertragstext ausarbeiten, der dann von beiden Seiten unterschrieben wird. Für die Einigung über den Vertragsinhalt und damit für den Abschluss der Planungsphase haben sich sogar eigene Begriffe eingebürgert: *Punktation* oder *Paraphierung* des Vertragsentwurfs bedeutet, dass die Verhandlungsparteien dem Inhalt zustimmen und keine Abänderungen mehr zur Diskussion stellen werden, dass sie sich aber die Inkraftsetzung des Vertrags noch vorbehalten, also noch nicht gebunden sein wollen.
- 131 Bei weniger bedeutenden Geschäften senden die Parteien einander gewisse Erklärungen zu: Der Fabrikant stellt eine schriftliche Offerte. Der Kunde verlangt telefonisch gewisse Präzisierungen und Ergänzungen. Der Fabrikant schickt eine zweite schriftliche Offerte. Der Kunde schreibt zurück, der Stückpreis schein ihm sehr hoch. Der Fabrikant telexiert, bei sofortiger Bestellung und rascher Bezahlung könne er einen Rabatt von 8 % gewähren. 2 Tage später telexiert der Kunde: "*Unter Bezugnahme auf die gewechselte Korrespondenz bestellen wir 20 Stück*"
- 132 Auch bei einem solchen auf Distanz geführten Dialog muss rechtlich festgelegt werden, von welchem Augenblick an die beidseitige vertragliche Bindung in Kraft tritt. Gerade auf diesen Fall passt die gesetzliche Formulierung von Art. 1 OR besonders gut:
- "Art. 1 OR: Abschluss des Vertrags**
- 1 *Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willens-
äusserung der Parteien erforderlich.*
- 2 *Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein."*
- 133 Die Vorstellung des Gesetzgebers ist diejenige, dass bei dem Dialog des gegenseitigen Erklärungsaustauschs der Bindungswille (Inkraftsetzungswille) von Anfang an grundsätzlich feststeht. Beim Austausch der Erklärungen nähern sich die beidseitigen Vorstellun-

gen sukzessive an. Sobald sie deckungsgleich übereinanderliegen, entsteht die vertragliche Bindung: Nun ist der Vertrag geschlossen.

- 134 Im obigen Beispiel war dies der Fall, als der Kunde seine Bestellung an den Fabrikanten richtete.
- 135 Auch beim Erklärungsaustausch (Dialog) entsteht ein gemeinsamer Handlungsplan. Er setzt sich zusammen aus den verschiedenen Erklärungen der einen und anderen Seite, die im Laufe der Verhandlungen von der Gegenseite ausdrücklich akzeptiert oder stillschweigend entgegengenommen wurden. Insofern kann auch hier von einer Planungsphase gesprochen werden, obgleich kein gemeinsam formuliertes und unterzeichnetes Dokument entsteht.
- 136 In der vorliegenden Arbeit wird folgende Terminologie verwendet: Oberbegriff ist die *Willensäußerung* (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie umfasst die beiden Unterbegriffe der *Willenserklärung*, womit eine verbale, mündliche oder schriftliche Äußerung gemeint ist, und das *konkludente Verhalten*, womit jede nicht-verbale, auf den Vertragsschluss gerichtete Willensäußerung gemeint ist, z.B. ein Handschlag oder ein Kopfnicken. Die Willenserklärung ist das, was in Art. 1 Abs. 2 OR als "ausdrückliche Willensäußerung" bezeichnet ist. Das konkludente Verhalten ist die im gleichen Satz erwähnte "stillschweigende Willensäußerung".
- 137 Die Übereinstimmung der mit vertraglichem Bindungswillen abgegebenen gegenseitigen Willensäußerungen heisst *Konsens*. Weichen im Dialog der Vertragsverhandlungen die gegenseitigen Angebote voneinander ab - erklärt beispielsweise A, er wolle eine Ware für 100 verkaufen, und entgegnet B, er wolle diese Ware für 80 kaufen - so ist der Konsens noch nicht gefunden. Die Parteien haben noch keinen Vertrag miteinander abgeschlossen. Sie befinden sich im Zustande des *offenen Dissenses*.
- 138 Solange die Parteien wissentlich noch keinen Vertrag abgeschlossen, sondern erst erfolglos miteinander verhandelt haben, braucht man den Begriff des Dissenses kaum. Wichtiger wird dieser Begriff, wenn die Parteien ein Inkraftsetzungsritual durchgeführt haben und nachträglich merken, dass sie sich über wesentliche Vertragspunkte noch gar nicht geeinigt, solche Punkte vielleicht noch gar nicht miteinander besprochen haben (auch dies wäre ein Fall des *offenen Dissenses*), oder dass sie sich in wesentlichen Punkten missverstanden und in guten Treuen abweichende Vorstellungen über den erklärten Vertragsinhalt gehabt haben (dies wäre der Fall des *versteckten Dissenses*, auch *latenter Dissens* genannt).
- 139 *Merke: Offener oder latenter Dissens heisst: Der Vertrag ist nicht zustande gekommen.*

3. Notwendigkeit der Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte

- 140 Damit ein Plan in Kraft gesetzt werden kann, muss er inhaltlich so weit ausgereift sein, dass er ein sinnvolles Ganzes bildet. Vollführen die Parteien das Inkraftsetzungsritual, bevor sie mit dem Planen zumindest in den wesentlichen Punkten fertig sind, so kann die Inkraftsetzung nicht rechtswirksam sein. Dies sei illustriert: Bei der Vernissage einer Kunstgalerie begeistert sich ein Gast an einem bestimmten Gemälde. Preise sind nirgends angeschrieben. Der Gast bekennt dem Inhaber der Galerie seine Begeisterung und sagt, er möchte dieses Bild unbedingt kaufen. Der Galerist ist hochofreut und erklärt sein Ein-

verständnis. Die beiden schütteln sich die Hand, erklären mit lauter Stimme: "Abgemacht!" und stossen mit den Gläsern an.

- 141 Der Plan ist unvollständig, da die Parteien es unterlassen haben, sich über den Kaufpreis auszusprechen und diesbezügliche Einigkeit zu erzielen. Rechtlich kann man die Sache nicht anders betrachten, als dass - trotz des Inkraftsetzungs-Rituals - *kein* Kaufvertrag zustande gekommen ist. Das Gesetz drückt diesen Gedanken folgendermassen aus:

"Art. 2 Abs. 1 OR: Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle."

- 142 Aus diesem Satz ist der Umkehrschluss zu ziehen, dass ein Vertragsinhalt erst dann gültig in Kraft gesetzt werden kann, wenn sich *die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt* haben. Beim Kaufvertrag ist der Preis ein wesentlicher Punkt.

4. Ergänzung des unvollständig erklärten Vertragsinhaltes durch Fremdnormen

- 143 Jeder Plan und jeder Vertragsinhalt ist lückenhaft. Man kann nie an alles denken, nie alles vorhersehen und ausdrücklich regeln.
- 144 Bei den Verträgen der täglichen Routine wie beispielsweise beim Vertragsschluss mit einem Taxifahrer werden die meisten Vertragsinhalte durch den **Ortsgebrauch** bestimmt, so dass die Parteien mit einem äusserst knappen Erklärungsaustausch bereits einen gültigen Vertrag mit komplexem Inhalt zustande bringen. Beim Vertrag mit einem Taxifahrer genügt es, dass der Fahrgast das Fahrziel angibt. Der Taxifahrer braucht nichts zu antworten. Statt dessen kann er wortlos den Wagen in Bewegung setzen. Damit hat er die vom Fahrgast gestellte Offerte stillschweigend angenommen. Dass der Fahrer nun den kürzesten Weg zum Fahrziel ohne Fahrtunterbrechung einzuschlagen hat, dass er keine weiteren Fahrgäste aufnehmen darf, dass der Fahrgast jederzeit ohne Grundangabe vorzeitig kündigen kann, wogegen dem Taxifahrer kein solches Kündigungsrecht zusteht und dass der Taxifahrer als Entschädigung den am Taxameter ersichtlichen Geldbetrag fordern kann, wobei die Vergütung erst am Ende der Fahrt fällig wird - dies alles ergibt sich aus dem Ortsgebrauch mit vertraglicher Bindungswirkung für beide Parteien, ohne dass sie darüber einen Erklärungsaustausch veranstalten müssen.
- 145 Auch Kaufverträge können abgeschlossen werden, ohne dass die Parteien über den Preis reden, insbesondere wenn die Kaufgegenstände einen Listenpreis oder einen Marktpreis haben. Wer solche Gegenstände in einer Weise an sich nimmt, die seinen Kaufwillen ausdrücken, hat gekauft und stillschweigend sein Einverständnis erklärt, den im betreffenden Verkaufsort für diese Ware gültigen Verkaufspreis zu bezahlen. In dieser Weise kann man in Restaurants Speise bestellen, ohne nach dem Preis zu fragen, und man lässt sich vom Arzt behandeln, ohne vorgängig über den Preis der ärztlichen Leistungen zu reden. Der Restaurateur kann für das Bestellte den in seinem Hause üblichen Preis, der Arzt für seine Leistungen den gemäss geltendem Krankentarif massgebenden Geldbetrag verlangen.
- 146 Bei vielen Verträgen schliessen sich die Lücken des (unvollständig) Erklärten durch einen Blick ins Gesetz. Das Gesetz stellt für einzelne Vertragstypen ausführliche Regelungen

gen bereit, dies gerade für den Fall, dass die Parteien in ihrem Erklärungsaustausch unvollständig bleiben.

- 147 Man nennt die von den Parteien selber ausgehandelten und formulierten Vertragsinhalte die *Eigennormen*, die aus Ortsgebrauch und Gesetz abgeleiteten Vertragsinhalte die *Fremdnormen*.
- 148 Alle Nebenpunkte, die im Zeitpunkt der Inkraftsetzung weder durch den Erklärungsaustausch noch durch Ortsgebrauch oder gesetzliche Regeln geklärt sind, müssen gegebenenfalls später so ergänzt werden, wie es angesichts der beidseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben vernünftig ist. Trotz solcher anfänglicher Lücken ist und bleibt der Vertrag in Kraft.

5. Die Erklärungstheorie und ihre Schranken

- 149 Gemäss Art. 1 OR ist "*zum Abschlusse eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich*".
- 150 Es genügt also nicht, dass die Vertragsparteien in ihrem Geist übereinstimmend das Gleiche wollen. Vielmehr muss der innere Wille auch gegenüber der anderen Partei *geäussert* werden. Innerer Wille ist, für sich allein genommen, ohne rechtliche Bedeutung.
- 151 Klaffen Äusserungen und innerer Wille auseinander, so kann die Rechtsordnung über einen solchen Sachverhalt allerdings nicht einfach hinweggehen. In solchen Fällen sind es die Regeln über die *falsche Wortwahl* und über die *Simulation* (Art. 18 OR), über das *Vertrauensprinzip* (bzw. die Vertrauenslehre), über den *latenten Dissens* und über die *Willensmängel*, die die notwendigen Korrekturen möglich machen und in einem gewissen Rahmen verhindern, dass die Parteien bei Willensäusserungen behaftet werden und erklärte Schuldpflichten erfüllen müssen, die sie anlässlich der Erklärung gar nicht gemeint haben. Dazu im Einzelnen:

a) Unbeachtlichkeit von falscher Wortwahl und Simulation (Art. 18 OR)

- 152 Bei *unrichtiger Wortwahl* gilt das *wirklich Gewollte*, nicht das unrichtig Erklärte. Wenn die Parteien A und B sich also einig sind, dass A dem B eine bestimmte Sache gegen eine einmalige Geldzahlung von 100 Franken dauerhaft überlässt, und wenn die Parteien dieses Geschäft als "Miete" oder als "Schenkung" bezeichnen, so ändert das nichts daran, dass die Parteien einen Kauf gewollt und gültig abgeschlossen haben.
- 153 **Simulation** kommt beispielsweise vor, wenn der Vater seinem liebsten Nachkommen ein wertvolles Gemälde schenkt und die beiden zwecks Vermeidung einer erbrechtlichen Ausgleichspflicht und zwecks Vermeidung von Diskussionen mit den Geschwistern des Beschenkten das Geschäft als Kauf darstellen und im Kaufvertrag schreiben, der Sohn verpflichtete sich gegenüber dem Vater zur Bezahlung des Preises X. In einem solchen Falle heisst der Kauf das "simulierte Geschäft", die von den Parteien wirklich gewollte Schenkung das "dissimulierte Geschäft". Art. 18 Abs. 1 OR stellt klar, dass das dissimulierte Geschäft gültig zustande gekommen, der simulierte Vertragstext rechtlich wirkungslos ist.

b) Vertrauensprinzip und normativer Konsens

- 154 Zuweilen äussert sich eine Vertragspartei *unklar* oder *mehrdeutig*. Sie geht stillschweigend von der für sie günstigen Bedeutung der Erklärung aus. Der Erklärungsempfänger deutet die gleiche Erklärung aber anders, und zwar zu seinen Gunsten.
- 155 Beispiel: Ein Ehepaar erkundigt sich am Hotelempfang nach dem Preis eines Doppelzimmers für zwei Nächte. Der Hotelangestellte sagt, er habe noch ein Zimmer für 150 Franken pro Nacht. Stillschweigend geht er davon aus, dass der Preis pro Person gilt, dass das Zimmer für zwei Personen also 300 Franken pro Nacht kostet. Ebenso stillschweigend gehen die Gäste davon aus, dass sie für die Nacht insgesamt nur 150 Franken zu bezahlen haben.
- 156 In einem solchen Fall gilt die sogenannte **Vertrauenstheorie** (auch *Vertrauensprinzip* genannt): Die Erklärungsempfänger (hier: die beiden Hotelgäste) dürfen sich auf die von der Gegenseite erhaltene Erklärung verlassen, wie *sie* diese nach Treu und Glauben vernünftig ausgelegt haben. - Oder anders gesagt: Wer als Vertragsschliessender eine mehrdeutige, unklare oder missverständliche Erklärung abgibt, muss sich bei jenem Sinn behaften lassen, den die Erklärung bei einem (als redlich und vernünftig vorausgesetzten) Empfänger erwecken konnte und tatsächlich erweckt hat. Willensäusserungen sind so zu verstehen, "*wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr von der Gegenpartei aufgefasst werden durften; der Erklärende ist nicht gebunden, weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte*" (BGE 69 II 322). - Im vorherigen Beispiel durften die Hotelgäste angesichts ihrer klaren Frage nach dem Preis eines Doppelzimmers in guten Treuen davon ausgehen, dass der genannte Preis für das Doppelzimmer, also für beide Personen zusammen, gelte. Sie schulden demgemäss für CHF 150.-- pro Nacht, nicht CHF 300.--.
- 157 Der aufgrund des Vertrauensprinzips fingierte Konsens zwischen Parteien, die in Wirklichkeit etwas anderes wollten, als das, wobei sie behaftet werden, heisst *normativer Konsens*. Gemäss den Normen der geltenden Rechtsordnung wird zwischen den Parteien der Konsens angenommen.

c) Missverständnis

- 158 Beim Austausch von Erklärungen kommt es vor, dass die Verhandlungspartner sich missverstehen. Anlässlich des Inkraftsetzungsrituals glauben sie dann irrtümlich, sie seien einig geworden. In Wirklichkeit haben sie aber abweichende Vorstellungen vom Vertragsinhalt. Es liegt ein **Missverständnis** vor.
- 159 Bei der rechtlichen Bewältigung solcher Missverständnisse sind drei Sachverhaltsvarianten getrennt zu betrachten:
- a) Entweder hat sich eine Partei *eindeutig, aber abweichend von ihrem inneren Willen*, ausgedrückt. Beispiel: Der Fabrikant hat bei der Preisofferte eine Null zuwenig geschrieben, die Maschine also zu einem Zehntel ihres Listenpreises offeriert. - Das soeben besprochene **Vertrauensprinzip** regelt diesen Fall so, dass nach erfolgter An-

nahmeerklärung des Kunden der Vertrag mit dem zu niedrigen Preis grundsätzlich als wirksam geschlossen gilt.

Hingegen kann der Fabrikant den wirksam gewordenen Vertrag nachträglich wegen Irrtums (Nennung eines irrtümlichen Preises) anfechten, und zwar gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

- b) Die zweite Variante ist jener Fall, in dem sich eine Partei *unklar oder mehrdeutig ausgedrückt* hat und ihre Erklärung von der anderen Partei in guten Treuen anders verstanden wird, als sie von der erklärenden Partei gemeint war. - Auch in diesem Fall gilt das soeben besprochene **Vertrauensprinzip**. Der Vertrag kommt mit normativem Konsens zustande. Wiederum kann jene Partei, die bei einem Erklärungsinhalt behaftet wird, den sie nicht gemeint hat, den Vertrag möglicherweise wegen des Erklärungsirrtums (Art. 24 Abs. 1, Ziff. 1-3 OR) anfechten.
- c) Die dritte Variante ist diejenige, bei der beide Parteien die Erklärung der anderen Partei in guten Treuen missverstehen. In einem solchen Falle spricht man von **verstecktem Dissens** bzw. von **latentem Dissens**. In diesen Fällen ist der Vertrag nicht zustande gekommen. Das Vertrauensprinzip kommt nicht zur Anwendung.

Beispiel: Der Vater reserviert für sich, seine Frau und seine Tochter telefonisch Hotelzimmer. Er sagt "zwei Zimmer mit drei Betten" und meint damit ein Zweier- und ein Einerzimmer. Der Hotelier reserviert zwei Dreierzimmer.

d) Willensmängel

- 160 Wurde ein Vertrag aufgrund eines rechtlich relevanten Willensmangels abgeschlossen, so kann der Vertrag nachträglich angefochten werden. In dieser Regelung liegt ebenfalls eine Korrektur des Erklärungsprinzips. Die Einzelheiten dazu werden hinten, Ziff. 247 ff., behandelt.

6. Form der Verträge

a) Vorbemerkung

- 161 Bei körperlichen Sachen (Steinen, Baumstämmen, Milchtüten) unterscheidet man Inhalt und Form. Inhalt ist die innere Materie, Form die äussere Gestalt. Bei einer Milchtüte kann die Form geändert werden, während die Materie (die Milch) die gleiche bleibt. Oder die Materie kann ausgetauscht werden, während die äussere Form bleibt.
- 162 In der Rechtssprache versteht man unter "inhaltlichen" ("materiellen") Bestimmungen jene Regeln, die das Zusammenleben normieren. Unter "formellen" Bestimmungen versteht man dagegen jene Regeln, welche die *Verfahrensabläufe* definieren, in denen materielle Bestimmungen zustandekommen sollen: Gesetzgebungsverfahren, behördliches Verfügungsverfahren, Bestimmungen über die Verwaltungsbeschwerde, den Zivilprozess und die Durchführung von Konkursen sowie Bestimmungen über das Verfahren, in welchem private Verträge zustandekommen. "Form" des Vertragsschlusses heisst also das *Vertragsschliessungs-Verfahren*.

- 163 Bei den meisten Verträgen erfolgt der Vertragsschluss mündlich oder stillschweigend. Datenträger ist das Gedächtnis der Parteien. Zuweilen bezeichnet man mündlich abgeschlossene Verträge als "formlose" Verträge. Das ist ungenau. Mündlicher Vertragsschluss ist auch eine Form.

b) Grundsatz der Formfreiheit

- 164 Das OR geht vom Grundsatz der Formfreiheit des Vertragsschlusses aus. Mit diesem Grundsatz betont der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit der Bürger. Jedermann soll frei sein, wo immer er sich befindet, ohne Beizug von Behörden, Zeugen, Urkundspersonen etc. sein Verhalten mit demjenigen anderer Personen vertraglich bindend zu koordinieren. Normalerweise soll es nicht einmal darauf ankommen, ob die Beteiligten Schreibzeug und Papier zur Hand haben. Auch der mündliche Vertragsschluss ist möglich und rechtswirksam.
- 165 Allerdings hat der Gesetzgeber in einer Reihe von Fällen - sie erscheinen gegenüber dem Grundsatz der Formfreiheit als Ausnahmen - *besondere Formerfordernisse* aufgestellt. Man kann im wesentlichen folgende Stufen unterscheiden:

c) Die verschiedenen Formen

aa) Mündlicher oder stillschweigender Vertragsschluss

- 166 Diese Form bzw. der "formlose Vertragsschluss" ist immer zulässig, wenn das Gesetz nicht eine andere Form verlangt.

bb) Einfache Schriftform (Art. 12-16 OR)

- 167 Ist einfache Schriftform vorgeschrieben, so kann der Vertragstext einschliesslich Datum in beliebiger Weise geschrieben werden (handschriftlich, Computer-Druck oder Buchdruck, Schreibmaschine etc). Die Unterschriften der verpflichteten Parteien müssen handschriftlich beigesetzt werden. Wer nicht verpflichtet, sondern lediglich begünstigt wird, braucht nicht zu unterschreiben (Art. 13 Abs. 1 OR) (so die Gläubigerin bei der Bürgschaft und bei der Pfandbestellung).
- 168 Das Gesetz verlangt einfache Schriftlichkeit z.B. für die Abtretung (Zession) von Forderungen (Art. 165 OR), für die Einräumung eines nicht-limitierten Vorkaufsrechtes an Grundstücken (Art. 216 Abs. 3), für das Schenkungsversprechen (Art. 243 Abs. 1), für die meisten individuellen Abweichungen eines Arbeitsvertrages von den gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen, insbesondere für das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot (Art. 340 Abs. 1 OR), für die Bürgschaft juristischer Personen (Art. 493 Abs. 1 OR; natürliche Personen können sich nur in der Form der öffentlichen Urkunde verbürgen).
- 169 Der einfachen Schriftform ist Genüge getan, wenn sich die Erklärungsinhalte auf verschiedenen Urkunden befinden, beispielsweise wenn die eine Partei die Offerte unterschreibt, die andere Partei die Annahmeerklärung. In diesem Falle ist jedoch eine klare Bezugnahme des später erstellten Dokumentes auf das frühere vonnöten. Jede Partei muss mindestens jenes Dokument unterzeichnen, in dem sie ihren Verpflichtungswillen erklärt. Wird ein Vertrag im Doppel ausgefertigt - je ein Exemplar für jede Partei - so genügt es, dass jede Partei nur jenes Exemplar unterzeichnet, das bei der Gegenpartei verbleibt.

- 170 Die einfache Schriftform ist auch eingehalten, wenn im elektronischen Geschäftsverkehr eine Textsendung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird (Art. 14 Abs. 2bis OR).

cc) Handschriftlichkeit

- 171 Letztwillige Verfügungen (Testamente) können handschriftlich errichtet werden. Maschinengeschriebene oder vorgedruckte Teile gelten als nicht geschrieben. Auch die Datumsangabe und die Unterschrift müssen eigenhändig geschrieben sein. Die Ortsangabe ("*Basel, den ...*") ist nicht erforderlich (vgl. Art. 498 ZGB). - Wer also unter einen maschinengeschriebenen Testamentstext seine handgeschriebene Unterschrift hinsetzt, hat kein gültiges Testament geschrieben.
- 172 Der Sinn dieser etwas eigenartigen Vorschrift ist darin zu erblicken, dass das Testament erst nach dem Tode des Verfassers zu wirken beginnt. Damit es in jenem Zeitpunkt keine Streitereien über die Echtheit des ganzen Dokuments oder einzelner Teile gibt, muss alles konsequent handgeschrieben sein. Allzu leicht könnte sonst ein Interessierter nachträglich mit der Schreibmaschine Bestimmungen zu eigenen Gunsten einflicken.

dd) Öffentliche Beurkundung

- 173 Bei der öffentlichen Beurkundung erklären die Vertragsparteien einer staatlich anerkannten Urkundsperson (Notar, Bezirksschreiber etc.) ihren Vertragswillen entweder mündlich oder durch Vorlage schriftlicher Entwürfe. Die Urkundsperson formuliert hierauf den Urkundstext und lässt ihn mit Schreibmaschine oder Computerausdruck schreiben. Beim eigentlichen Beurkundungsvorgang wird dieser Text alsdann durch die Vertragsparteien in Anwesenheit der Urkundsperson (bei den über den Tod hinauswirkenden Geschäften zusätzlich in Anwesenheit zweier weiterer Zeugen) handschriftlich unterschrieben. Die Urkundsperson unterschreibt ebenfalls und setzt ihr Amtssiegel dazu.
- 174 Die öffentliche Beurkundung dient im wesentlichen drei verschiedenen Zwecken, wobei die verschiedenen Regelungsziele je nach beurkundungspflichtigem Vertragstyp nicht das gleiche Gewicht haben, nämlich:
- 175 a) Schutz der Vertragsschliessenden vor Übereilung und Unbedacht;

b) Schaffung klarer, unzweideutiger privater Regelungen, die später zu möglichst wenig Konflikt Anlass geben sollen. Die Urkundsperson gilt als erfahrener, professioneller Vertrags-Redaktor. Die Urkundsperson soll den Vertragsparteien helfen, an alles Wichtige zu denken, allfällige Missverständnisse zu erkennen und zu beseitigen sowie die wichtigsten Möglichkeiten künftiger Vertragsstörungen im Vertrag vorausschauend zu regeln.

Wo der Gesetzgeber die Vertragsschliessenden zur öffentlichen Beurkundung zwingt, gibt er zu erkennen, dass beim betreffenden Vertragstyp professionelle Vertragsredaktion wichtiger ist als die Freiheit und Selbständigkeit der Bürger, in dilettantischer Manier einen vielleicht lückenhaften und widersprüchlichen Vertragstext zu produzieren.

c) Drittes Regelungsziel des Beurkundungszwanges ist es, die einzelnen Geschäfte in einem Papier von **qualifizierter Wahrheit** (qualifizierter Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit) dokumentieren zu lassen. "*Öffentliche Urkunden erbringen für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist*" (Art. 9 ZGB). "*Wer durch Täuschung bewirkt, dass ... eine Person öffentli-*

chen Glaubens eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet, namentlich eine falsche Unterschrift oder eine unrichtige Abschrift beglaubigt, ... wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft." (Art. 253 StGB). Die Vertragsparteien stehen vor der Urkundsperson also unter einer besonderen Wahrheitspflicht. Vorsätzliches Lügen bezüglich gewisser rechtlich erheblicher Tatsachen ist strafbar. Hinterher gilt die fertige Urkunde dann, gemäss Art. 9 ZGB, als inhaltlich wahr.

- 176 Öffentliche Beurkundung ist gesetzlich vorgeschrieben für Eheverträge (Art. 184 ZGB), Erbverträge (Art. 512 ZGB) und für praktisch alle Verträge, durch welche ein Grundeigentümer seine Rechte an der Liegenschaft wegzugeben oder zu beschränken verspricht (Art. 657 ZGB).
- 177 Die Vorschrift hat geschichtliche Wurzeln. In einer bäuerlichen Gesellschaft ist Grundeigentum die Existenzgrundlage par excellence für Individuum und Familie. Bei den alten Römern war der Bauernhof nicht verkäuflich, sondern stand unter sakralem Schutz und wurde innerhalb der Familie von Generation zu Generation vererbt. Ähnliche Vorstellungen waren beim Inkrafttreten des ZGB (1912) auch in der Schweiz noch wirksam. Der Verkauf des Heimwesens erschien als der Anfang vom Ende, desgleichen die Belastung von Grundeigentum mit Grundpfändern und Dienstbarkeiten.
- 178 Demgemäss müssen nach schweizerischem Recht heute der Verkauf, das Verschenken und jede Übertragung von Grundeigentum, ferner die Verpfändung von Grundeigentum und die Bestellung von Dienstbarkeiten an Grundstücken.
- 179 Beurkundungsbedürftig ist auch die Begründung von Kaufsrechten und Rückkaufsrechten an Grundstücken, weil diese beiden kaufrechtlichen Optionen für den Grundeigentümer die Gefahr schaffen, dass ihm sein Grundeigentum gegen seinen Willen aus der Hand genommen wird. *Nicht* urkundspflichtig ist dagegen die Bestellung eines nicht limitierten¹² Vorkaufsrechts an einem Grundstück, weil bei dieser Option die erwähnte Gefahr nicht besteht: Der vorkaufsbelastete Grundeigentümer behält die volle Entscheidungsfreiheit, ob er sein Grundeigentum behalten oder weggeben will.
- 180 Beurkundungsbedürftig ist sodann das Eingehen einer Bürgschaft durch natürliche Personen (Art. 493 Abs. 2 OR). Auch hier hat der Beurkundungszwang vor allem den Zweck, den Bürgen vor Übereilung und Unbedacht zu schützen.
- 181 Beurkundungsbedürftig ist schliesslich die Gründung und jede spätere Statutenänderung (namentlich die Kapitalerhöhung) von Aktiengesellschaften. Hier dient der Beizug der Urkundsperson nicht dem Schutz der Gründer und Aktionäre vor Übereilung, sondern der zuverlässigen Protokollierung. Ferner hat die Urkundsperson eine Überwachungsfunktion. Sie vergewissert sich, dass alles mit rechten Dingen zugeht. Die zu protokollierenden Vorgänge entfalten spätere Rechtswirkung auch für Dritte, namentlich Gesellschaftsgläu-

¹² Vgl. Art. 216 Abs. 3 OR (in der seit 1.1.1994 in Kraft stehenden Fassung). - Das Vorkaufsrecht berechtigt dazu, die Sache dann zu kaufen, wenn der Verkäufer sie einem anderen verkauft, die Sache dem anderen Interessenten also vor der Nase wegzuschnappen. Steht im Vertrag, der das Vorkaufsrecht begründet (im sogenannten *Vorkaufsvertrag*), der Vorkaufsberechtigte brauche bei Ausübung des Vorkaufsrechts aber höchstens den Preis X zu bezahlen, auch wenn der Verkäufer mit dem anderen Interessenten einen höheren Preis vereinbart hat, so nennt man ein solches Vorkaufsrecht wegen des limitierten Preises ein *limitiertes Vorkaufsrecht*. Fehlt es an einer Preislimite, muss der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfalle also jenen Preis bezahlen, den der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hatte, so spricht man von einem *unlimitierten Vorkaufsrecht*.

biger und Käufer von Aktien. Die öffentliche Urkundsperson sorgt für die wahrheitsgemässe und vollständige Protokollierung.

ee) Amtliche Mitwirkung

- 182 Für gewisse Geschäfte verlangt der Gesetzgeber die Mitwirkung einer Behörde. Beispiele sind der *Eheschluss* (die Trauung erfolgt unter Mitwirkung des Zivilstandsbeamten; Art. 97 und 102 ZGB), die Ungültigerklärung und *Scheidung der Ehe* (sie kann nur durch das staatliche Gericht erfolgen; Art. 111 ZGB), die *Anerkennung eines ausserehelichen Kindes* (vor dem Zivilstandsbeamten, Art. 260 Abs. 3 ZGB), die *Adoption* (durch behördliche Verfügung, Art. 268 Abs. 1 ZGB) etc. Das Formerfordernis solcher behördlicher Mitwirkung lässt ein öffentliches Interesse an den betreffenden Vorgängen erkennen. Es handelt sich um Geschäfte, bei denen die Individuen nicht einfach privatautonom machen können, was ihnen beliebt. Vielmehr finden hier amtliche Prüfung und amtlicher Vollzug statt. (Öffentliche Beurkundung im Sinne des vorigen Abschnitts bedeutet hingegen keine Beschränkung der Vertragsfreiheit. Der Notar hat immer nur eine Assistentenrolle gegenüber den privatautonomen Urkundsparteien.)
- 183 Wo Handschriftlichkeit, einfache Schriftform, öffentliche Beurkundung oder amtliche Mitwirkung vom Gesetz verlangt ist, genügt es, dass die Formvorschriften bis zur Entstehung des formgültigen Dokumentes eingehalten wurden. Geht das Dokument selber anschliessend verloren, so bleiben die Rechtswirkungen trotzdem in Kraft. Der Arbeitnehmer wird also nicht dadurch vom schriftlich vereinbarten Konkurrenzverbot befreit, dass sein schriftlicher Arbeitsvertrag verlorengeht. Verlorene Eheverträge und Testamente bleiben gültig, wenn beispielsweise aufgrund der notariellen Entwürfe und Protokolle oder aufgrund von übrig gebliebenen Fotokopien der Abschluss und der Inhalt nachträglich noch bewiesen werden können.

d) Beurteilung der Formerfordernisse

- 184 Dass manche gesetzlichen Formvorschriften geschichtliche Wurzeln haben, wurde bereits gesagt. Dies führt dazu, dass die Gesamtheit der Formvorschriften nicht als ein abgerundetes, innerlich widerspruchsfreies Regelungsganzes erscheint. Wer seinem Nachbarn einen Grenzstreifen von 10 Quadratmetern Land zum Preis von 1000 Franken abtritt, muss zum Notar. Wer 100% des Aktienkapitals einer grossen Aktiengesellschaft zu einem Milliardenpreis verkauft, braucht nicht zum Notar zu gehen.
- 185 Weitere Ungereimtheiten sind: Der Grundeigentümer, der einem andern die Nutzniessung am Grundstück einräumt, muss zum Notar. Verzichtet der Nutzniesser tags darauf auf die Nutzniessung, so muss *er* nicht zum Notar, sondern kann dem Grundbuchamt eine blosse "Löschungsbewilligung" in einfacher Schriftform schicken. Betrachtet man die unterschiedlichen Formerfordernisse beim Verkauf von Immobilien (Urkundspflicht) und von Immobilien-Aktiengesellschaften (keine Urkundspflicht für den Verkauf von Aktien trotz gleichem wirtschaftlichem Ergebnis), so wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit den Formvorschriften nicht einfach Wichtiges von Unwichtigem unterscheiden wollte, sondern dass er den einfachen Mann als natürliche Person in seinen bäuerlichen oder bürgerlichen, privaten Lebensverhältnissen schützen wollte. Ein Grenzstreifen von 10 Quadratmetern Land ist etwas Privates, seine Veräusserung vielleicht der *Anfang vom Ende der wirtschaftlichen Existenz eines Landwirts*. Der Verkauf einer Immobiliengesellschaft ist etwas Kommerzielles und als solches ein Geschäft wie irgendein anderes, auch wenn Dutzende von Liegenschaften zum Vermögen der Immobiliengesellschaft gehören. Ähnlich ist die Bürgschaft etwas Privates, die Garantie etwas Kommerzielles - minde-

stens in der Auffassung des historischen Gesetzgebers. Die Bürgschaftserklärung natürlicher Personen ist also beurkundungsbedürftig, die Garantieerklärung ist es nicht.

- 186 Bezüglich des **Umfangs der Formzwangs** gilt, dass *alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte* in der vorgeschriebenen Form dokumentiert sein müssen. Die Regel gilt strikte beim Grundstückkauf, wo der Preis und das verkaufte Grundstück vollständig und richtig beurkundet sein müssen. Hingegen begnügt man sich bei der Errichtung von Grundpfandrechten und Dienstbarkeiten an Grundstücken häufig mit der Beurkundung der Erklärungen, durch die sich der Grundeigentümer verpflichtet, wogegen man die Gegenleistungen trotz ihrer Vertragswesentlichkeit nicht beurkundet.
- 187 Sind wesentliche Formvorschriften nicht eingehalten worden, so kann normalerweise *jede* Partei den Vertrag als nichtig betrachten und ihre Leistung zurückhalten. Art. 11 Abs. 2 OR schreibt für formfehlerhafte Verträge grundsätzlich deren Nichtigkeit vor. Sind jedoch die Leistungen in Kenntnis des Formfehlers bereits ausgetauscht worden, so gilt die nachträgliche Anfechtung des formfehlerhaften Vertrages und das Begehren auf Rückabwicklung des Vertrags als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

7. Culpa in contrahendo

- 188 Wenn anlässlich von Vertragsverhandlungen die eine Partei die andere an der Nase herumführt, die Verhandlungen grundlos platzen lässt oder bewirkt, dass ein Vertrag geschlossen wird, der in der Folge wegen latenten Dissenses als nicht bestehend erkannt oder von der Gegenpartei wegen eines Willensmangels angefochten wird und rückwirkend dahinfällt, stellt sich die Frage, ob die schuldhaft verhandelnde Partei für ein solches Verhalten schadenersatzpflichtig wird.
- 189 Da das Obligationenrecht in seinem Allgemeinen Teil grundsätzlich von der Annahme ausgeht, es gebe nur drei Rechtsgründe für die Entstehung von Schuldpflichten, nämlich den Vertrag, die unerlaubte Handlung und die ungerechtfertigte Bereicherung, ist für den hievon beschriebenen Tatbestand des *Verschuldens beim Vertragsschluss* keine Kategorie passend. Kommt es nämlich gar nicht zum Vertragsschluss oder erweist sich der Vertrag als nichtig oder fällt er infolge einer Irrtumsanfechtung nachträglich wieder dahin, so fehlt es an einem Vertrag, aus dem die vertragliche Haftung abgeleitet werden könnte. Andererseits begeht ein Verhandlungspartner, der den anderen während der Verhandlungen an der Nase herumführt, in der Regel keine unerlaubte Handlung, so dass auch keine Deliktshaftung gegeben ist.
- 190 In der deutschen Rechtslehre des 19. Jahrhunderts (Rudolf von Jhering) wurde demzufolge ein Haftungstatbestand entwickelt, der zwischen Vertrags- und Deliktsrecht in der Mitte steht und diese Fälle erfasst, nämlich die Figur des *Verschuldens beim Vertragsschluss* (lat.: *culpa in contrahendo* oder abgekürzt: *c.i.c.*).
- 191 Im OR fehlt ein Artikel, der die *culpa in contrahendo* als allgemeines Prinzip regelt. Der Begriff "Verschulden beim Vertragsschluss" findet sich im OR nirgends. Hingegen hat der schweizerische Gesetzgeber Tatbestände der *culpa in contrahendo* an mehreren Orten des OR und des ZGB punktuell im Hinblick auf konkrete Spezialfälle geregelt. Ausserhalb dieser gesetzlich geregelten Bereiche wenden die Gerichte aber die Lehre von der *culpa in contrahendo* allgemein an, um Verhandlungsparteien zu Schadenersatzleistungen heranzuziehen, wenn sie anlässlich von Vertragsverhandlungen die Regeln von Treu

und Glauben verletzt haben. Man spricht in diesem Zusammenhang neuerdings von einem dritten Haftungsgrund (neben den beiden ersten: Haftung aus Vertrag und Haftung aus unerlaubter Handlung), nämlich von *Haftung aus erwecktem Vertrauen*.

192 Die im OR und ZGB punktuell kodifizierten Tatbestände einer Haftung für *culpa in contrahendo* sind die folgenden:

- Art. 26 OR: Wer einen Vertrag aus Irrtum anfechtet, muss der Gegenpartei das *negative Vertragsinteresse*¹³ ersetzen, sofern der *Anfechtende* den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat.
- Art. 31 Abs. 3 OR: Wer durch Täuschung oder Drohung einen Vertragsschluss herbeiführt, haftet der Gegenpartei ebenfalls für das negative Vertragsinteresse; in diesen Fällen ist ein Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* auch dann möglich, wenn der Vertrag bestehen bleibt: Der Fehlbare haftet der getäuschten oder bedrohten Gegenpartei für den Schaden, den sie erleidet, weil sie einen für sie ungünstigen Vertrag abgeschlossen hat.
- Art. 36 Abs. 2 OR: Wer eine Vollmacht widerruft, die Vollmachtsurkunde aber weiterhin in der Hand des (ehemals) Bevollmächtigten lässt und diesen dadurch in Stand setzt, mit der Vollmachtsurkunde Unfug zu treiben, nämlich (nichtige) Verträge namens des Vollmachtgebers abzuschliessen, haftet gegenüber gutgläubigen Dritten für den Schaden, den sie erleiden, weil sie auf die (widerrufene) Vollmacht vertrauen und vermeintlich mit dem Vollmachtgeber einen Vertrag abschliessen.
- Art. 39 OR lässt den vollmachtlosen Stellvertreter für den Vertrauensschaden¹⁴ haften, den er durch das Vorspiegeln seiner Bevollmächtigung bei der Gegenpartei verursacht. Diese Bestimmung ergänzt diejenige von Art. 36 Abs. 2 OR.
- Art. 19b ZGB statuiert eine Ersatzpflicht der urteilsfähigen handlungsunfähigen Person, die den Partner "*zu der irrtümlichen Annahme ihrer Handlungsfähigkeit verleitet*", d.h. zum Abschluss eines nichtigen Vertrags verleitet. Auch hier beschränkt sich die Haftung der urteilsfähigen handlungsunfähigen Person auf den Vertrauensschaden. Die Rechtsinstitute der Handlungsunfähigkeit, der Vormundschaft und der Beistandschaft wollen den Bevormundeten oder Verbeiständeten ja gerade davor schützen, dass er aus für ihn ungünstigen Verträgen für das volle Erfüllungsinteresse¹⁵ haftbar wird.

193 Da urteilsfähige handlungsunfähige Personen gemäss Art. 19b ZGB für ihre unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig werden, ist es konsequent, sie auch für den bei culpa in contrahendo verursachten Vertrauensschaden haften zu lassen.

194 Liegt ein Fall von culpa in contrahendo vor, so muss der Geschädigte seinen Schadenersatzanspruch in der kurzen (deliktsrechtlichen) Einjahresfrist gemäss Art. 60 OR geltend machen. Für die Verjährung des Anspruchs wird also Deliktsrecht angewendet.

195 Bezüglich der **Haftung für Hilfspersonen** wird heute dagegen Vertragsrecht (nämlich Art. 101 OR), nicht Deliktsrecht (nicht Art. 55 OR) angewendet. Dies bedeutet, dass der

¹³ Zum Begriff des negativen Vertragsinteresses vgl. Ziff. 483.

¹⁴ Zum Begriff des Vertrauensschadens vgl. Ziff. 483 ff.

¹⁵ Zum Begriff des Erfüllungsinteresses vgl. Ziff. 477 ff.

für die culpa in contrahendo verantwortliche *Geschäftsherr* sich der Haftung nicht durch den Befreiungsbeweis gemäss Art. 55 OR entziehen kann, sondern auch dann haftbar bleibt, wenn er seine Hilfspersonen sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat.

196 **Beispiele für eine Haftung aus culpa in contrahendo:**

- Eine Partei schliesst einen Vertrag ab, obwohl sie weiss, dass der Vertrag wegen anfänglicher Unmöglichkeit nichtig ist oder wegen eines wesentlichen Irrtums von der Gegenseite voraussichtlich angefochten werden wird - wobei die Gegenpartei diese Dinge im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht durchschaut.
- Eine Partei schliesst einen Vertrag im Wissen darum, dass er wegen der Verletzung von Formvorschriften oder wegen des Fehlens einer amtlichen Bewilligung nichtig oder nicht vollziehbar ist - wobei die Gegenpartei diese Dinge nicht durchschaut.
- Eine Partei fordert eine grössere Zahl von Unternehmern auf, für ein bestimmtes Projekt detaillierte Offerten einzureichen, wobei diese Partei von Anfang an weiss, dass sie das Projekt gar nicht ernsthaft realisieren will.

197 Die Haftung aus *culpa in contrahendo* setzt immer voraus, dass zwischen den Parteien ein geschäftlicher Kontakt stattgefunden hat. Kriterium für die Haftung ist der aus dem allgemeinen Rechtsgefühl abzuleitende Befund, dass eine Partei im Vorfeld eines (tatsächlich erfolgten oder ausgebliebenen) Vertragsschlusses die Regeln von *Treu und Glauben verletzt* hat. Wenn diese Pflichtverletzung einen Schaden verursacht hat und es dem Schädiger nicht gelingt, nachzuweisen, dass ihn kein Verschulden trifft, haftet er für den Schaden. Der blosse Abbruch redlich geführter Vertragsverhandlungen begründet, für sich allein genommen, keine Haftung aus culpa in contrahendo. Bemühen sich die Parteien redlich darum, miteinander einig zu werden und gelingt dies nicht, so haftet keine Partei gegenüber der anderen Partei. Desgleichen gibt es keine Haftung aus culpa in contrahendo, wenn eine Partei während redlich geführter Vertragsverhandlungen plötzlich das Interesse am Vertragsschluss verliert, weil sich ihre eigene Bedarfslage ändert oder weil am Markt andere Anbieter mit besseren oder billigeren Angeboten auftreten.

8. Zustellung einer unbestellten Sache (Art. 6a OR)

198 Wegen der oft aufdringlichen Praktiken des modernen Versandhandels befindet sich seit dem 1.7.1991 folgende neue Bestimmung im OR:

"Art. 6a. - Zusendung unbestellter Sachen

1 Die Zusendung einer unbestellten Sache ist kein Antrag.

2 Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die Sache zurückzusenden oder aufzubewahren.

3 Ist eine unbestellte Sache offensichtlich irrtümlich zugesandt worden, so muss der Empfänger den Absender benachrichtigen."

199 Kraft dieser Gesetzesbestimmung gilt die Zustellung einer unbestellten Sache *nicht als Offerte*. Wer es also unterlässt, die unbestellte Sache zurückzusenden, hat nicht eine Offerte angenommen und haftet nicht für die Bezahlung des Kaufpreises. Auch wer die unbestellte bei ihm eingetroffene Sache verbraucht, schuldet keinen Kaufpreis. Die neue

Gesetzesbestimmung stellt es dem Empfänger anheim, die Sache wie ein Geschenk zu behandeln. Will er aus Anstand und Pflichtgefühl einen Kaufvertrag abschliessen, so muss er dies dem Absender mitteilen, worauf dieser dann die Kaufofferte des Kunden durch eine Annahmeerklärung bestätigen kann. Erst in diesem Zeitpunkt ist der Kaufvertrag zustandegekommen.

- 200 Mit der Einführung von Art. 6a ins OR hat der Versand unbestellter Waren ein abruptes Ende gefunden. Indem der Gesetzgeber die Rechtslage zugunsten des Empfängers unbestellter Sendungen eindeutig geklärt hat, ist das Risiko für die Versandhäuser zu gross geworden, mit unbestellten Sendungen an ein breiteres Publikum zu gelangen.
- 201 Die Einfügung von Art. 6a ins OR machte es nötig, an den Spezialfall zu denken, in dem eine bestellte Ware irrtümlich an eine falsche Adresse ausgeliefert wird. Wenn Personen gleichen Namens an ähnlich klingenden Adressen wohnen, kann es vorkommen, dass Computer oder Bücher oder andere wertvolle Sachen, nachdem sie vom Kunden in einem Ladengeschäft geprüft und ausgewählt wurden, anschliessend als Hauslieferung versendet werden und dabei an die falsche Adresse geraten. Käme auf solche Fälle Art. 6a Abs. 2 zur Anwendung, so wäre dies schockierend. Aus der Bestimmung des Abs. 3 ergibt sich, dass der Empfänger bei einem solchen Auslieferungsrirtum verpflichtet ist, das Seine zur Korrektur des Irrtums beizutragen, und dass er nicht berechtigt ist, die Sache selber in Gebrauch zu nehmen oder zu beseitigen. Vielmehr muss er sie dem Versender zur Abholung bereithalten. In den Fällen des Abs. 3 liegt auch nicht wirklich der Tatbestand einer "unbestellten Sache" vor. Die Ware wurde bestellt, aber nicht vom Empfänger. Die Rechte des Empfängers aus den Absätzen 1 und 2 betreffen nur Sachen, die vom Versender bewusst auf eigenes Risiko an Empfänger versandt wurden, die diese Sachen nicht bestellt hatten.

9. Haustürgeschäfte (Art. 40a-40f OR)

- 202 Die in den Jahren 1991 und 1994 ins OR neu eingefügten Art. 40a-40f geben dem Konsumenten ein Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen. Das Widerrufsrecht setzt voraus, dass der Kunde unter typischen Umständen, die in der Regel eine *Überrumpelungssituation* bedeuten, zum Vertragsschluss bestimmt worden ist. Zu diesen Umständen gehören nach Art. 40b OR das Ansprechen des Kunden an seinem Arbeitsplatz, in Wohnräumen oder in deren unmittelbarer Umgebung, oder das Ansprechen in öffentlichen Verkehrsmitteln oder auf öffentlichen Strassen und Plätzen sowie anlässlich von Ausflugsfahrten (sogenannten Kaffeefahrten, aber auch bei geselligen und kulturellen Veranstaltungen).
- 203 Hat der Kunde in einer solchen Überrumpelungssituation den Vertrag abgeschlossen, so kann er den Vertrag binnen sieben Tagen widerrufen (Art. 40e Abs. 2 OR).
- 204 Die siebentägige Widerrufsfrist beginnt, sobald der Anbieter den Kunden über das Widerrufsrecht schriftlich informiert hat.
- 205 Mit dieser Informationspflicht und dem daran geknüpften Widerrufsrecht sind die in Art. 40a-40f anvisierten Verkaufspraktiken stark eingedämmt worden.

10. Die Bestimmung der geschuldeten Leistung

- 206 Damit ein Vertrag zustandekommt, müssen sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte (Hauptpunkte) anlässlich des Vertragsschlusses einig geworden sein (dies aufgrund der durch Auslegung gewonnenen Regel von Art. 2 OR). Die Einigung über die wesentlichen Punkte erheischt, dass die wesentlichen Vertragsleistungen klar bestimmt sind. Vereinbaren die Parteien den Kauf eines Gemäldes "zu einem angemessenen Preis", so ist der Kaufpreis und damit ein Hauptpunkt des Kaufvertrages nicht bestimmt und der Vertrag also nicht zustandegekommen.
- 207 Indessen ist nicht erforderlich, dass die Vertragsleistungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits definitiv festgesetzt werden. Es genügt, dass die Leistungen aufgrund der vertraglichen Absprachen und gegebenenfalls aufgrund weiterer, äusserer Tatsachen *bestimmbar* sind. So kommt ein gültiger Kaufvertrag zustande, wenn der Käufer eine "Wagenladung voll Sand zum Tonnenpreis der Baumaterialienbörse am Ende des folgenden Monats" kauft. Bei einer solchen Formulierung des Quantums der Sachlieferung und der Preisfestsetzung wissen beide Parteien mindestens der Grössenordnung nach, worauf sie sich einlassen. Die genaue Quantifizierung dessen, was in einen Eisenbahnwagen hineingeht und die Quantifizierung des Kaufpreises bleibt der Zukunft vorbehalten, ist für die Parteien aber schon beim Vertragsschluss überschaubar.
- 208 Unverbindlich, weil nicht überschaubar, wäre dagegen der Vertragsschluss über eine Leistungsmenge, deren Dimensionen sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch überhaupt nicht abschätzen lassen.
- 209 **Merke:** Die wesentlichen Vertragsleistungen müssen *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* bestimmt oder bestimmbar sein. Die Bestimmbarkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist gegeben, wenn die Kriterien für die künftige Bestimmung klar sind.

11. Vorvertrag (Art. 22 und Art. 216 Abs. 2 OR)

- 210 Als Vorvertrag bezeichnet man das Rechtsgeschäft, durch das sich die Parteien zum künftigen Abschluss eines Vertrages verpflichten. Will man den definitiven Vertrag vom Vorvertrag abgrenzen, so nennt man ihn den *Hauptvertrag*. Die Rechtslehre, welche im wesentlichen von Universitätsprofessoren beherrscht wird und die Dinge in der Regel aus der Optik der Gerichte, d.h. der schief gelaufenen und streitig gewordenen Rechtsverhältnisse betrachtet, hat immer wieder ihr Unverständnis gegenüber dem Phänomen des Vorvertrags erklärt, weil aus der nachträglichen Sicht des Gerichtes im Streitfall die Funktion des Vorvertrags tatsächlich fragwürdig erscheint. Entweder ist der Inhalt des Vorvertrages bereits so weitgehend *bestimmt oder bestimmbar*, dass der Vorvertrag unmittelbar erzwingbar ist. Oder es fehlt an der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit, so dass der Vorvertrag noch gar nicht als ein gültiger Vertrag qualifiziert werden kann (fehlender Konsens über Hauptpunkte).
- 211 Solche akademischen Bedenken ändern aber nichts an der Nützlichkeit und Notwendigkeit des Instituts des Vorvertrags. Der Vorvertrag bewährt sich in jenen 99% der Fälle, in denen redliche Verhandlungspartner von der Basis des Vorvertrags zum Ziel des Hauptvertrags fortschreiten oder irgendwann aus zureichenden Gründen die Verhandlungen abbrechen.

- 212 Bei den Verhandlungsparteien besteht oft ein echtes Bedürfnis, eine in den Grundsätzen, aber noch nicht in allen Einzelheiten erzielte Einigung in verbindlicher Form festzuhalten und sich dadurch zu weiterer Konsensfindung gegenseitig zu verpflichten. Der Vorvertrag hat seinen Sinn gerade dann, wenn er einen geringeren Bestimmtheitsgrad als der anvisierte spätere Hauptvertrag hat. Das Gesetz selber erwähnt in Art. 2 Abs. 2 OR die Möglichkeit "*vorbehaltener Nebenpunkte*". Für die Verhandlungsparteien ist die juristische Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpunkten oft nicht evident, ja sie mag geradezu belanglos erscheinen. Die Parteien sind sich im Zuge der Verhandlungen einfach bewusst, dass noch nicht alle Bereiche des privatautonom zu regelnden Ablaufs vollständig durchbesprochen und zu einem Konsens geführt sind, empfinden aber beidseitig, dass sich die Positionen schon weitgehend angenähert haben. In einer solchen Situation möchten die Parteien das bisherige Verhandlungsergebnis bereits beidseits bindend fixieren.
- 213 Judikatur und Doktrin in der Schweiz sind schwankend, ob beim Vorliegen eines inhaltlich hinlänglich bestimmten Vorvertrags in zwei Schritten vorzugehen ist, zuerst durch Klage auf Abschluss des Hauptvertrags, nachher durch Klage auf Erfüllung des Hauptvertrages (Zweistufentheorie; so BGE 97 II 48 und SJZ 1978 172 II und III), oder ob aus dem Vorvertrag unmittelbar auf Leistung geklagt werden kann (Einstufentheorie; so BGE 118 II 32). - Der zweitgenannten Auffassung ist der Vorzug zu geben.

D. Flucht aus der vertraglichen Bindung

1. Besonderheit der hier gewählten Betrachtungsweise

- 214 In der Privatrechtsdogmatik hat sich eingebürgert, das Vertragsrecht in drei Kapiteln darzustellen:
- (a) Entstehung des Vertrags (vgl. Art. 1-40 OR),
 - (b) Wirkungen des Vertrags (vgl. Art. 68-113 OR) und
 - (c) Erlöschen des Vertrags (vgl. Art. 114-142 OR).

In allen drei Kapiteln wird, ausgehend vom Vertrag als einem abstrakten Gegenstand, dargestellt, unter welchen Umständen der Vertrag vorhanden, fehlerhaft vorhanden oder nicht vorhanden ist.

- 215 Im vorliegenden Abschnitt wird eine andere Betrachtungsweise gewählt. Wir stellen uns auf den Standpunkt eines Vertragspartners, der sich aus der vertraglichen Bindung lösen möchte und nach den Möglichkeiten zum vorzeitigen Ausstieg Ausschau hält. Genau dies ist normalerweise die Interessenlage, aus der heraus konkret nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der vertraglichen Bindung gefragt wird. Solange der geschlossene Vertrag die Interessen beider Parteien befriedigt, stellt niemand die Frage nach seiner Gültigkeit. Auch ohne Vertrag, durch eine blosse abgestimmte Verhaltensweise, würden die Parteien sich gleich verhalten, wie sie es aufgrund der vertraglichen Regelung tun. Erst wenn sich die Interessenlage einer Partei so verändert, dass die Partei den Vertrag als lästig zu empfinden beginnt, erwacht bei ihr die Neugierde, im vertraglichen Gewebe Fehler, d.h. gewissemassen Fallmaschen zu finden, von denen aus sich das ganze Gewebe auftrennen lässt. Solche Fehler im vertraglichen Gewebe sind nachfolgend in Ziff. 218 ff. unter dem Titel "ursprüngliche Vertragsmängel" zusammengefasst.

- 216 Aber auch wenn keine Fehler im vertraglichen Gewebe vorhanden sind, bieten sich einer Vertragspartei zuweilen *nachträgliche Umstände*, die das Zerschneiden der vertraglichen Bindung erlauben. Will man im Bild bleiben, so rückt zuweilen eine Schere in Griffnähe, mit der ein ursprünglich mängelfreies Vertragsgewebe zerschnitten werden kann. Es geht um drei Fallgruppen, nämlich
- (a) um den Verzug (die verspätete Erfüllung) der anderen Vertragspartei,
 - (b) um die Schlechterfüllung seitens der anderen Vertragspartei und
 - (c) um jene grundlegenden Änderungen des äusseren Umfeldes, die bei Dauerschuldverhältnissen der einen Partei den Vertragsrücktritt oder die vorzeitige Kündigung "aus wichtigem Grund" oder gemäss der "*clausula rebus sic stantibus*" erlauben.
- 217 Diese drei Fallgruppen sind anschliessend an die Darstellung der ursprünglichen Vertragsmängel beschrieben. Die einzelnen Punkte des vorliegenden Abschnittes können als Check-Liste verwendet werden, wenn es darum geht, ausserhalb der ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten einen Ausweg aus drückend gewordenen vertraglichen Bindungen zu finden.

2. Ursprüngliche Vertragsmängel

a) Dissens

- 218 Das Wesentliche wurde vorne, Ziff. 138 ff., gesagt. Ausstieg aus dem Vertrag unter Berufung auf Dissens ist etwas Seltenes. Solange die Vertragsverhandlungen nicht zu einer Willensübereinstimmung in den wesentlichen Punkten geführt haben, ist meist beiden Parteien bewusst, dass kein Vertrag besteht. Zu einer Flucht aus der vertraglichen Bindung besteht kein Anlass. Als Notausgang spielt der Dissens nur eine Rolle, wenn der Dissens den Parteien zunächst nicht bewusst geworden ist und sie den Vertrag durch Handschlag oder Unterschrift in Kraft gesetzt haben, ohne ihre mangelnde Willenseinigung zu bemerken. Man denke an das Beispiel des durch Handschlag verkauften Bildes, über dessen Preis zu sprechen die Parteien vergassen (Ziff. 140). Solche Fälle sind Raritäten. Noch seltener ist der latente Dissens, d.h. das Missverständnis (der Reisende bestellt für sich, seine Frau und seine Tochter eine Hotelunterkunft mit den Worten "zwei Zimmer mit drei Betten"; der Hotelier versteht zwei Dreierzimmer; Ziff. 159, Variante c).

b) Überschreitung der Schranken der Vertragsfreiheit

aa) Anfängliche Unmöglichkeit

- 219 Es kann auf das vorn, Ziff. 32 ff., Gesagte verwiesen werden.

bb) Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit

- 220 Es kann auf das vorn, Ziff. 35 ff., Gesagte verwiesen werden.

cc) Persönlichkeitsverletzender Vertragsinhalt (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

221 Es kann auf das vorn, Ziff. 41 ff., Gesagte verwiesen werden.

dd) Übervorteilung ("Wucher")

222 Erweist sich ein Vertrag als wucherische Übervorteilung der einen Partei durch die andere, so ist auch dies ein Fall eines ursprünglichen Vertragsmangels. Der Übervorteilte kann den Vertrag anfechten:

"Art. 21 OR: Übervorteilung"

1 Wird ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.

2 Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages."

223 Die Übervorteilung ist von ihrem ethischen Gehalt her eine besondere Ausprägung des sittenwidrigen Geschäftes (Art. 20 OR). Wucherische Übervorteilung verstösst gegen die guten Sitten. Der Unterschied ist derjenige, dass beim sittenwidrigen Geschäft normalerweise *beide* Parteien bewusst unethisch handeln, während bei der Übervorteilung ein "Täter" und ein "Opfer" vorhanden sind. Nur das Opfer kann den Vertrag anfechten. - Es lohnt sich, zur Erörterung der Übervorteilung weiter auszuholen:

224 Bei Austauschverträgen (Kaufverträgen, Arbeitsverträgen) kann die Frage nach der Angemessenheit der auszutauschenden Leistungen, insbesondere nach dem angemessenen, gerechten oder "fairen" Preis gestellt werden. Solche Fragestellungen haben neuerdings namentlich bezüglich des Arbeitslohnes und bezüglich der Handelspreise mit Drittweltländern an Bedeutung gewonnen. In früheren Jahrhunderten wurde die Frage unter dem Einfluss der christlichen Religion als die Frage nach dem "*gerechten Preis*" oder "*iustum pretium*" gestellt, und es wurde zuweilen gefordert, der "*gerechte Preis*" müsse eine Gültigkeitsvoraussetzung bei jedem Austauschvertrag sein; andernfalls sei der Vertrag unsittlich und demgemäss nichtig.

225 Das schweizerische Obligationenrecht steht demgegenüber auf dem entgegengesetzten Standpunkt des Liberalismus des 19. Jahrhunderts. Es betrachtet die Bewertung von Leistung und Gegenleistung als eine Angelegenheit, die im freien Ermessen der privatautonomeren Parteien liegt und von diesen, nach ihrem Willen und Verhandlungsgeschick, so oder anders festgelegt wird, ohne dass sich die Rechtsordnung einzumischen hat. Wer aufgrund seiner besonderen Klugheit oder seiner fleissigen Studien erkennt, dass bestimmte Aktien an der Börse unterbewertet sind oder dass die Bilder eines neuen, noch unbekanntem Kunstmalers in Zukunft hohe Handelswerte erreichen werden, darf solche Wissensvorsprünge zu eigenen Gunsten ausnützen, darf billig einkaufen und später teuer verkaufen. Die Gegenparteien bei diesen Verträgen, die unter Würdigung aller Umstände allzu billig verkauft haben und denen das spätere gute Geschäft deswegen entgangen ist, sind nach Auffassung des Gesetzgebers selber schuld. Die Rechtsordnung gibt ihnen keinen Schutz. Schliesslich ist auch das Risiko des Käufers dessen eigenes Risiko: Fallen

nach seinen Käufen die Preise, so bleibt er auf den gekauften Sachen sitzen und muss Verluste zu eigenen Lasten tragen. Auch er wird von der Rechtsordnung nicht geschützt, wenn seine Geschäfte schief laufen.

- 226 In diesem Sinne verzichtet die Rechtsordnung grundsätzlich auf eine *Inhaltskontrolle* geschlossener Verträge unter dem Gesichtswinkel des "gerechten Preises" bzw. der wertmässigen Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung. Institutionalisierte Ausnahmen bestehen bei Vertragstypen, bei denen die eine Partei regelmässig sich in der schwächeren Verhandlungsposition befindet und demgemäss tendenziell ausgebeutet würde, wenn die Rechtsordnung nicht korrigierend eingriffe. Zu diesen Vertragstypen gehören die Vorschriften über die Mietzinskontrolle. In gleicher Richtung gehen die gesamtvertragsvertraglich festgelegten Mindestlöhne für ganze Kategorien von Arbeitnehmern bestimmter Branchen.
- 227 Eine einzelfallweise Inhaltskontrolle findet sodann in Ausnahmefällen statt gemäss dem zu Beginn dieses Abschnitts zitierten Art. 21 OR. Die Voraussetzungen für die Anfechtung eines Vertrages wegen **Übervorteilung** (in der älteren Terminologie auch "*Wucher*") genannt ist möglich, wenn die im Gesetz genannten **Voraussetzungen** erfüllt sind, nämlich:
- **Offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.** - Ob dies zutrifft, ist vom Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Es gibt keine zahlenmässigen Kriterien, an denen sich das Gericht orientieren könnte. Wichtiger als die prozentuale Diskrepanz zwischen Verkehrswert einer Leistung und dem dafür versprochenen Preis sind die Umstände, in denen die Diskrepanz zustandekam. Je deutlicher diese Diskrepanz gerade durch die Ausbeutung der Notlage oder Unerfahrenheit der benachteiligten Partei zustandekam, eine desto geringere Diskrepanz genügt, um der benachteiligten Partei die Anfechtung gestützt auf Art. 21 OR zu gestatten. Dabei ist auf die Verhältnisse *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* abzustellen (BGE 109 II 349), nicht auf spätere Veränderungen der Wertverhältnisse.
 - Die Diskrepanz zum gerechten Preis, d.h. das Versprechen einer zu hohen eigenen Leistung oder das Begnügen mit einer zu geringen Gegenleistung, muss vom Benachteiligten konzediert worden sein, weil er sich entweder in einer *Notlage* befand, oder weil er den Vertrag aus *Leichtsinn* oder aus *Unerfahrenheit* abgeschlossen hat. - Dieses Erfordernis fehlerhafter Willensbildung zeigt die Verwandtschaft der Übervorteilung mit den weiter hinten behandelten Tatbeständen der Willensmängel.
 - Weitere Voraussetzung ist, dass die durch den Vertrag begünstigte Partei erkennen konnte, dass sie die andere Partei *ausbeutet*.
- 228 Das kumulative Zusammentreffen aller drei Voraussetzungen (1. offenbares Missverhältnis; 2. Notlage, Leichtsinnsinn oder Unerfahrenheit; 3. deren wissentliche Ausbeutung) ist selten. Bei Geschäften, die in grosser Zahl zu Marktwerten oder Listenpreisen abgewickelt werden, ist die Anfechtung wegen Übervorteilung kaum denkbar. Wenn das Verkaufspersonal in Warenhäusern seine Pflicht tut und der Kundschaft die feilgebotenen Waren nach besten Kräften anpreist, so wird man auch dann keine Übervorteilung annehmen dürfen, wenn einzelne Preise unvernünftig teuer angeschrieben sind und wenn jemand den Kauf tätigt, weil er es unterliess, Preisvergleiche anzustellen. Welche Faktoren zwischen Einstandspreis und Endverkaufspreis bei Modeartikeln dazugeschlagen werden, wird dem erschütterten Konsumenten zuweilen im Ausverkauf bewusst, wenn er sieht, zu welchem niedrigen Preis er den gleichen Pullover hätte erstehen können, wenn er

mit seinem Kauf nur einige Tage zugewartet hätte. Aber auch wenn solche Waren im Ausverkauf auf 10 % ihres vorherigen Preises herabgesetzt werden, kann der Konsument, der 100 % bezahlt hat, sich nicht auf Übervorteilung berufen.

- 229 In BGE 92 II 169 wurde Übervorteilung angenommen, als sich ein naiver Kleinunternehmer von einem gewieften Verkäufer eine pseudowissenschaftliche Betriebsanalyse zu hohem Preis aufschwätzen liess.
- 230 War eine Partei beim Vertragsschluss gewillt, die andere Partei zu beschenken, zu begünstigen, zu subventionieren oder zu sponsern, etwa wenn ein Kunstförderer einem jungen Künstler dessen Elaborate zu einem weit übersetzten Preis abkauft, dann liegt keine Übervorteilung vor.

c) Formmangel

- 231 Es kann auf das vorn, Ziff. 161 ff., Gesagte verwiesen werden.

d) Willensmängel

aa) Irrtum, Täuschung, Drohung

- 232 Das OR knüpft den Vertragsschluss nicht an die Übereinstimmung des inneren Willens der Vertragsparteien, sondern an die gegenseitig ausgetauschten, übereinstimmenden *Willensäusserungen*. Konsens ist gleichbedeutend mit übereinstimmenden Willensäusserungen, nicht mit übereinstimmendem Willen.
- 233 Der Grund für diese gesetzliche Regelung liegt darin, dass der innere Wille des Menschen für andere Menschen nicht wahrnehmbar ist. An die Tatsache des inneren Willens können aus diesem praktischen Grunde keine unmittelbaren Rechtsfolgen geknüpft werden.
- 234 Trotzdem ist es immer der menschliche Wille, nicht dessen möglicherweise unvollkommene, missverständliche oder unrichtige Äusserung, der den Schutz der Rechtsordnung letztlich verdient. Wird aus praktischen Gründen an die Willensäusserung angeknüpft, so muss bei unrichtigen oder missverstandenen Willensäusserungen ein Korrektiv gegeben werden, um einen fälschlicherweise abgeschlossenen Vertrag rückgängig machen zu können. Dieses Korrektiv besteht in der Möglichkeit der Vertragsanfechtung, wenn der Vertragsschluss mit dem sogenannten Willensmangel einer Partei behaftet ist.
- 235 Die gesetzliche Regelung der Art. 23-31 OR erlaubt die nachträgliche Anfechtung des geschlossenen Vertrags, wenn einer von drei Typen von Willensmängeln gegeben ist: *wesentlicher Irrtum, Täuschung* oder *Furcht*.
- 236 Der am häufigsten angerufene Grund zur Anfechtung von Verträgen ist der **wesentliche Irrtum** (Art. 24 OR). Der Gesetzesartikel befasst sich in seinem ersten Absatz in den Zif-

fern 1-3 mit drei Fällen von sogenannten *Erklärungsirrtümern*, in Ziff. 4 mit dem *Grundlagenirrtum* (auch "*qualifizierter Motivirrtum*"¹⁶ genannt).

237 Bei den Fällen des **Erklärungsirrtums** (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR) hat die irrende Vertragspartei ihren Willen richtig gebildet, aber unrichtig erklärt. Ein Vertragsschliessender hat etwas anderes erklärt, als er wollte.

238 Das Gesetz erwähnt drei wesentliche Erklärungsirrtümer, nämlich

- in **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1** den Irrtum bezüglich des Geschäftes¹⁷ - Beispiel: A gibt dem B ein Buch in der Meinung, es auszuleihen; B versteht den Akt als Schenkung; - oder: A hebt in einer Versteigerung die Hand, um einem Bekannten zuzuwinken, was vom Versteigerer als Zustimmung aufgefasst wurde (und werden durfte); A erhält den Zuschlag und muss zahlen;
- in **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2** den Irrtum bezüglich des Vertragsgegenstandes oder bezüglich der Person des Vertragspartners. - Beispiele für einen solchen Objektirrtum: Ein Landwirt will bei seinem Chemikalienhändler eine Tonne Kalisalpeter zum Düngen bestellen (Preis: 90 Rappen pro Kilo), kreuzt im Bestellformular des Lieferanten aber irrtümlich den pharmazeutischen Kalisalpeter, d.h. ein Medikament, an, wovon das Kilo 50 Franken kostet und für den Landwirt absolut unbrauchbar ist (BGE 45 II 433). - Beispiel für einen Irrtum bezüglich der Person: Der Verfasser eines neuen Buches bittet seine Sekretärin, ein Freiexemplar des Buches geschenkweise an seinen Freund namens Theodor Nägeli zu senden. Die Sekretärin findet im Telefonbuch einen Teddy Nägeli und schickt das Buch irrtümlich dorthin. Der Freund Theodor Nägeli wohnt an einer andern Adresse. - Kein Irrtum bezüglich der Person liegt vor, wenn man sich über bestimmte Qualitäten der Gegenpartei irrt, zum Beispiel einen Bankkassier anstellt, ohne zu wissen, dass er wegen Vermögensdelikten vorbestraft ist;
- in **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3** den Irrtum bezüglich der Menge (*error in quantitate*) - Beispiel: Der Offerent schreibt in seinem Preisangebot eine Null zu wenig und bietet seine Ware dadurch zu einem Zehntel des Listenpreises an.

239 Keine Erklärungsirrtümer, sondern eigentliche **Willensmängel** sind die weiteren Fallgruppen, mit denen sich Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, Art. 28 und 29 OR befassen: Grundlagenirrtum, Täuschung und Drohung (die Drohung heisst in der altertümlichen Sprache des Gesetzes "Furchterregung"). In allen diesen Fällen wird zwar der vorhandene Wille richtig erklärt, aber der Wille wurde aufgrund unrichtiger Annahmen, fehlerhafter Erkenntnis oder falscher Emotionen gefasst. Ein fehlgeleiteter Wille wird richtig erklärt. - Dazu im Einzelnen:

¹⁶ Statt des Begriffspaares *Motivirrtum/qualifizierter Motivirrtum* wird in der vorliegenden Arbeit das einprägsamere Begriffspaar *Motivirrtum/Grundlagenirrtum* verwendet. Der Begriff des *Grundlagenirrtums* knüpft an den Wortlaut des Gesetzes ("*notwendige Grundlage des Vertrages*") an, wogegen sich das Wort "Motiv" im Gesetz nicht findet, noch weniger die Wörter "qualifiziertes Motiv" oder "qualifizierter Irrtum". Der Begriff des "qualifizierten Motivirrtums" leidet an dem didaktischen Mangel, dass sich unter diesen beiden Wörtern ohne besondere Erläuterung niemand etwas vorstellen kann.

¹⁷ Für die verschiedenen Irrtumsfälle werden noch heute gerne lateinische Begriffe verwendet, wobei das muntere Durcheinander verwendeter Wörter deutlich macht, dass die Verwendung des Lateins hier lediglich dem Bildungsprunk, nicht der Klarheit der Verständigung dient. - Der in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 beschriebene Irrtum heisst *error in negotio*.

- 240 Beim **Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** bildet eine Partei ihren Geschäftswillen aufgrund ihrer Unkenntnis bestimmter Umstände oder aufgrund falscher Vorstellung von Umständen, die die Erreichung des tatsächlich angestrebten Vertragszweckes verunmöglichen.
- 241 Sind die falschen Vorstellungen von der anderen Vertragspartei arglistig (d.h. wider besseres Wissen) erzeugt worden, so liegt **absichtliche Täuschung** vor (Art. 28 OR; man spricht in diesem Falle auch von zivilrechtlichem Betrug; nicht jeder zivilrechtliche Betrug ist aber strafbar im Sinne von Art. 146 StGB).
- 242 Auch die *Emotionen*, die zur Bildung des Geschäftswillens führen, können fehlgeleitet sein. Dies ist der Fall, wenn der Mensch von anderen Menschen widerrechtlich bedroht wird, so dass er aus *Furcht* den Vertrag abschliesst (Art. 29 und 30 OR).
- 243 Bei den Erklärungsirrtümern ebenso wie bei Grundlagenirrtum, Täuschung und Drohung hat der Irrende die Möglichkeit, sich nachträglich aus der vertraglichen Bindung zu lösen:

"Art. 23 OR:

Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat."

"Art. 28 Abs. 1 OR:

Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war."

"Art. 29 Abs. 1 OR:

Ist ein Vertragschliessender von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für den Bedrohten unverbindlich."

- 244 Wer sich unter Berufung auf Irrtum, Täuschung oder Drohung aus der vertraglichen Bindung lösen möchte, muss relativ rasch handeln:

"Art. 31 OR:

1 Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt.

2 Die Frist beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit deren Beseitigung."

- 245 Die Anfechtungsmöglichkeit ist ein dem Anfechtungsberechtigten zustehendes *Gestaltungsrecht* (zu diesem Begriff vgl. vorn, Ziff. 109 ff.). Übt er das Gestaltungsrecht aus, d.h. erklärt er die Vertragsanfechtung, so hat dies zwei Wirkungen:

1. Die vertragliche Bindung der Parteien bezüglich ihres künftigen Verhaltens endet unverzüglich.

2. Soweit ein Leistungsaustausch bereits erfolgt ist, muss so rückabgewickelt werden, dass möglichst genau jener Zustand wieder hergestellt wird, der bestünde, wenn der Leistungsaustausch nicht stattgefunden wäre. Wer Geld empfangen hat, schuldet also der anderen Vertragspartei die Rückzahlung einer gleich grossen Summe. Wer Sachen empfangen hat, muss diese zurückgeben. - Keine Rückabwicklung erfolgt selbstverständlich dann, wenn sie faktisch nicht möglich ist wie beispielsweise bei geleisteter Arbeit: Getanes kann nicht ungetan gemacht werden; in diesem Fall muss mit den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung geholfen werden.

246 Unter allen Willensmängeln hat der **Grundlagenirrtum** (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) in der Praxis die weitaus grösste Bedeutung. Alle anderen Irrtumsfälle sind Raritäten. Deshalb spielt die Unterscheidung zwischen dem Grundlagenirrtum und dem ebenso häufigen, aber nicht zur Vertragsanfechtung berechtigenden (unwesentlichen) Motivirrtum in der Praxis eine grosse Rolle. Um den Unterschied zu verdeutlichen, muss im folgenden Abschnitt etwas weiter ausgeholt werden.

bb) Unterscheidung von Vertragsinhalt, Vertragsgrundlagen und Motiven

247 Was die Parteien einander zu leisten versprechen, ist der Vertragsinhalt. Wird fehlerhaft geleistet, so kann die Gläubigerin entweder auf Leistung klagen oder vom Vertrag zurücktreten (letzteres allerdings nur nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften).

248 Aus der Sicht der Parteien ist der Vertrag stets das Mittel zu einem *jenseits der Vertrags Erfüllung liegenden Zweck*. Die von den Parteien angestrebten *Vertragszwecke* sind die *Beweggründe*¹⁸ oder *Motive*, aus denen die Parteien den Vertrag schliessen. Wer eine elektrische Waschmaschine kauft, tut dies aus dem Motiv, mit dem Gerät Wäsche zu waschen. Wer ein Brautkleid anfertigen lässt, tut dies aus dem Motiv, in dem Kleid zur Hochzeit zu gehen.

249 Zuweilen erweist sich die vertragskonform gelieferte Sache oder Dienstleistung nachträglich für den angestrebten Zweck als unbrauchbar. Dann möchte die Erwerberin die Sache an den Lieferanten zurückgeben und ihr Geld zurückhaben. In den Fällen des Grundlagenirrtums erlaubt ihr das Gesetz, den Vertrag anzufechten und die Rückabwicklung zu erzwingen, in den Fällen des blossen ("unwesentlichen") Motivirrtums kann sie keine Rückabwicklung verlangen.

250 Es ist schwierig, die beiden Fallgruppen mit theoretisch-abstrakten Beschreibungen voneinander abzugrenzen. Nach herrschender Lehre liegt ein Grundlagenirrtum nur vor, wenn er sich auf Umstände bezieht, die "*objektiv wesentlich*", d.h. *für jeden Dritten* in vergleichbarer Lage wesentlich sind, die zudem auch "*subjektiv wesentlich*" sind, d.h. den von der anfechtenden Vertragspartei selber angestrebten Vertragszweck tatsächlich vereiteln, und die mit dem Vertrag in einem *Sachzusammenhang* stehen, d.h. nicht bloss in den persönlichen Verhältnissen der anfechtenden Partei begründet sind. Einzelne Lehrmeinungen verlangen zudem, dass die Wesentlichkeit des Irrtums für die Vertrags-Gegenpartei "*erkennbar*" war, d.h. dass eine redliche Gegenpartei den Vertrag in Kenntnis des Irrtums der andern Partei nach Treu und Glauben nicht hätte abschliessen dürfen.

¹⁸ Vgl. diesen Begriff in Art. 24 Abs. 2 OR.

- 251 Statt abstrakte Elemente zu erörtern, ist es einfacher, den Unterschied an einprägsamen Musterbeispielen zu illustrieren und sich bei der Fallbearbeitung dann an den Beispielen zu orientieren:
- 252 **Musterbeispiel für einen Grundlagenirrtum: Irreparable Waschmaschine.** - Frau X. kauft eine Waschmaschine. Vier Wochen nach der Inbetriebnahme zerbricht ein elektronischer Spezialbestandteil der automatischen Maschinensteuerung. Der Verkäufer erklärt, für diesen Typ würden seit längerer Zeit keine Ersatzteile mehr geliefert. Das Gerät sei irreparabel. Frau X. kann das Gerät nicht weiterhin brauchen, sondern muss es mit Kosten entsorgen lassen.
- 253 Frau X. befand sich beim Kauf in einem Grundlagenirrtum. Zwar gehörte die Lieferbarkeit von Ersatzteilen nicht zu den Leistungspflichten des Verkäufers, aber es war ein so selbstverständlicher, von der Käuferin stillschweigend vorausgesetzter Umstand, dass ein redlicher Verkäufer nach Treu und Glauben das Gerät nicht mehr hätte verkaufen dürfen, oder dann nur mit spezieller Warnung zu einem erheblich reduzierten Preis.
- 254 Weitere Beispiele von Grundlagenirrtum sind:
- Landkauf zu Baulandpreis; hinterher merkt der Käufer, dass das Land in einer Grundwasserzone liegt und nicht überbaut werden darf;
 - Anstellung eines Bankkassiers; hinterher merkt der Arbeitgeber, dass der Mann wegen Veruntreuung einschlägig vorbestraft ist;
 - Kauf eines mit "Picasso" signierten Gemäldes zu einem hohen Preis, wie er nur für echte Picassos bezahlt wird; hinterher merkt der Käufer, dass das Bild eine Fälschung ist;
 - kostenlose Hingabe eines geerbten alten Spielzeugs an eine gemeinnützige Tombola; hinterher stellt sich heraus, dass in dem Spielzeug mittelalterliche Goldmünzen von hohem Wert versteckt waren.
- 255 **Beispiel für blossen Motivirrtum: Zu grosse Waschmaschine.** - Frau Y. kauft eine Waschmaschine. Bei der Anlieferung zeigt sich, dass die Kellertür im Hause von Frau Y. zu schmal ist, um das Gerät in die Waschküche zu bringen. Die Demontage von Türrahmen und die anschliessende Instandstellung des Hauses wäre enorm teuer und kommt nicht in Frage. Das Gerät kann auch sonst nirgends in der Wohnung von Frau Y. aufgestellt werden. Frau Y. kann das gekaufte Gerät nicht brauchen und muss es mit Verlust als Gebrauchtware abtosseln.
- 256 Frau Y. befand sich beim Kauf in einem blossen Motivirrtum, der sie nicht zur Anfechtung berechtigt. Die Ausmasse der Türrahmen in ihrem Haus sind ihre eigene Angelegenheit und gehen den Verkäufer nichts an. Die Unbrauchbarkeit des Gerätes beruht auf Umständen, die subjektiv in der Situation der Käuferin liegen und für den Verkäufer nicht erkennbar waren.
- 257 Weitere Beispiele von blossen Motivirrtum sind:
- Kauf eines Brautkleides; hinterher merkt die Käuferin, dass der Bräutigam sie seit langem hintergeht; sie sagt die Hochzeit ab;

- Kauf von Lebensmitteln; hinterher erfährt die Käuferin von ihrem Arzt, dass sie wegen eines Magenleidens diese Lebensmittel nicht essen darf.
- 258 In der Regel ist die Vertragsanfechtung wegen Irrtums nur zulässig, wenn der Umstand, der den Vertragszweck vereitelt, schon *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* vorhanden war. Irrtümer über zukünftige Ereignisse sind demgegenüber etwas ganz Normales, weil niemand die Zukunft mit Sicherheit voraussagen kann. **Irrtümer über Zukünftiges** berechtigen den Irrenden jedoch dann zur Vertragsanfechtung, wenn der Irrende das Ausbleiben des später eingetretenen zweckverittelnden Umstandes als *sicher annehmen durfte und wenn die Gegenpartei erkennen konnte, dass der Irrende den Vertrag nur aufgrund dieser Annahme abschloss*¹⁹.
- 259 Der **Unterschied zwischen Vertragsgrundlage und Vertragsinhalt** kann mit folgendem Beispiel illustriert werden. Zwei Personen werden sich über den Verkauf eines Gemäldes einig. Das Gemälde ist als "Picasso" signiert. Wenn nun der Verkäufer sagt: "*Ich liefere Ihnen hiermit einen echten Picasso*", so ist die Echtheit des Bildes zugesicherte Leistung, also Vertragsinhalt. Sagt der Verkäufer statt dessen: "*Ich liefere Ihnen dieses Bild hier; wie Sie sehen, ist es mit Picasso signiert. Genaueres weiss ich nicht, aber aus dem Preis, den ich verlange, wird ersichtlich, dass ich persönlich das Bild für echt betrachte*", dann ist die Echtheit nicht versprochen, sondern von beiden Parteien als Tatsache vorausgesetzt, also Vertragsgrundlage.
- 260 Der praktische Unterschied ist derjenige, dass bei späterer Entdeckung der Unechtheit im ersten Fall der Verkäufer seine Vertragspflichten nicht erfüllt hat und also dem Käufer das positive Vertragsinteresse zu ersetzen hat, insbesondere also den entgangenen Gewinn, wenn der Käufer das (als echt vorausgesetzte) Gemälde nachweislich zu einem höheren Preis hätte weiterverkaufen können. - Handelt es sich dagegen um blossen Grundlagenirrtum, so gilt der Vertrag als richtig erfüllt; aber der durch den Irrtum benachteiligte Käufer kann den Vertrag nachträglich anfechten, das Bild zurückgeben und den Kaufpreis zurückverlangen. Er hat in einem solchen Falle lediglich die Rückabwicklung des bereits erfolgten Leistungsaustauschs zugut, nichts sonst, also auch nicht das negative Vertragsinteresse²⁰.
- 261 Wer **fahrlässig irrt**, kann den Vertrag zwar ebenfalls anfechten und rückgängig machen, muss der andern Partei aber den aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenden Schadens, d.h. das sogenannte negative Interesse, ersetzen. Diese Ersatzpflicht macht die Vertragsanfechtung in der Regel uninteressant. Wer Verträge abschliesst, ohne sich mit gebührender Sorgfalt um die Zweckmässigkeit des Geschäftes zu kümmern, nimmt die

¹⁹ Folgende Formeln wurden entwickelt, um die irrumsbegründenden zukünftigen zweckverittelnden Umstände zu erfassen: Der Irrtum über eine zukünftige Tatsache ist dann wesentlich, wenn "*die Verwirklichung des vorgestellten Sachverhalts von beiden Parteien als sicher angesehen werden muss*" (BGE 109 II 109), bzw., noch weiter gehend, "*wenn zwar nur die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein Ereignis sei sicher, aber auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war*" (BGE 118 II 297 [300]). - Dabei muss das als sicher angenommene Ausbleiben des zweckverittelnden Umstandes etwas solcherart Objektives sein, dass es diesbezüglich eine *prognostische Sicherheit* auch wirklich geben kann. Dinge, über die es keine prognostische Sicherheit geben kann, wie etwa das Ausbleiben von Kursstürzen an den Effektenbörsen, von Umsatz- und Gewinneinbrüchen bei Unternehmungen oder von künftigen Fehlentwicklungen des Charakters einer als Führungskraft eingestellten Arbeitnehmerin können nicht zur Vertragsanfechtung wegen Irrtums führen. Allenfalls ist in solchen Fällen die vorzeitige Kündigung oder der Rücktritt vom Vertrag aus wichtigem Grund zulässig, d.h. eine Vertragsaufhebung mit Wirkung ab dem Zeitpunkt der Aufhebung, jedoch ohne Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

²⁰ Zum Begriff des negativen Vertragsinteresses vgl. Ziff. 483 ff.

Zwecklosigkeit in Kauf und kann sich nicht nachher auf Irrtum berufen. Wer also in einem Selbstbedienungsladen Schneeketten kauft, die nicht an die Pneu seines Wagens passen, kann den nutzlos abgeschlossenen Vertrag nicht anfechten.

- 262 Wer sich auf Irrtum beruft, muss gemäss Art. 8 ZGB seinen Irrtum beweisen. Der Beweis lässt sich in der Regel nur aufgrund äusserer Umstände führen. Wer einen Baulandpreis bezahlt, dem glaubt das Gericht ohne weiteres, dass er irrig wähnte, bauen zu können. Wer für ein nachträglich als Fälschung erkanntes "Picasso"-Gemälde einen Millionenpreis bezahlt, dem glaubt das Gericht, dass er irrig wähnte, einen echten Picasso zu kaufen. Zuweilen versuchen vertragsreue Parteien auch, einen Irrtum vorzuspiegeln, wo keiner war, um sich aus einem Geschäft zurückzuziehen, das ihnen aus anderen Gründen lästig geworden ist, beispielsweise, weil sie nachträglich von dritter Seite ein besseres Angebot bekommen haben. In solchen Fällen müssen Gegenparteien und Gerichte den angeblichen Irrtum genau unter die Lupe nehmen und als faule Ausrede enttarnen.

3. Änderung des äusseren Umfeldes: *Clausula rebus sic stantibus*

- 263 Dauerverträge wie Mieten, Werkverträge, Zusammenarbeitsverträge etc. haben unter anderem den Zweck, das Verhalten der Parteien für die Zukunft aufeinander abzustimmen, und zwar gerade deswegen, weil die Zukunft den Parteien beim Vertragsschluss noch nicht bekannt ist. Der Vertrag soll der Beziehung der Parteien durch die Ungewissheiten der Zukunft hindurch Stabilität geben.
- 264 Daraus ergibt sich, dass Verträge auch dann einzuhalten sind, wenn die Zukunft zu Veränderungen der Interessenlage führt und die eine oder andere Partei aufgrund solcher Veränderungen nachträglich froh wäre, sie hätte den Vertrag nie abgeschlossen. Solche *Vertragsreue* ist etwas Häufiges. Sie gibt der reuig gewordenen Partei nicht das Recht, sich von der vertraglichen Bindung zu lösen. Verträge sind einzuhalten. Lateinisch: *Pacta sunt servanda*. Oder noch kürzer: Vertrag ist Vertrag!
- 265 Trotzdem gibt es äussere Entwicklungen, die so überraschend und so gravierend sind, dass der Vertrag seinen Sinn verliert - dass die eine Vertragspartei *gegen Treu und Glauben verstösst*, wenn sie sich der vorzeitigen Vertragsbeendigung widersetzt. Man denke an jenen Pächter einer Gastwirtschaft an einer Alpenpassstrasse in der Nähe der Landesgrenze, der den Betrieb auf fünf Jahre fest gepachtet hatte und dem vom zweiten Jahr an, wegen Ausbruchs des Ersten Weltkrieges, das Haus leer stand. Das Gerechtigkeitsgefühl sagt, dass das wirtschaftliche Risiko des Kriegsausbruches vom Eigentümer der grenznahen Gastwirtschaft, nicht vom Pächter getragen werden musste. Der Pächter musste berechtigt sein, sich aus der vertraglichen Bindung vorzeitig zu lösen.
- 266 Derartige spätere Änderungen der äusseren Verhältnisse werden nicht mit der Figur der Irrtumsanfechtung juristisch bewältigt, sondern mit derjenigen der "*clausula rebus sic stantibus*", die als eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verstanden wird. Die Überlegung ist folgende: Wenn sich die äusseren Verhältnisse während eines Dauer-Vertrages so grundlegend ändern, dass der einen Partei die vertragliche Bindung nicht weiterhin zugemutet werden kann, so verhält sich die andere Partei rechtsmissbräuchlich, wenn sie am Vertrag festhält. Juristen früherer Jahrhunderte sagten: In jedem Vertrag ist also eine stillschweigend vereinbarte Klausel hineinzudenken, welche besagt, dass der Vertrag nur solange gültig sein soll, als "*die Dinge so wei-*

terbestehen", wie sie bei Vertragsschluss waren ("*rebus sic stantibus*" = wenn die Dinge so bestehen).

- 267 Selbstverständlich kann ein Aussteigen aus dem Vertrag unter Berufung auf Rechtsmissbrauch und die "clausula rebus sic stantibus" nur zulässig sein, wenn sich die Verhältnisse gravierend verändert haben. Nicht jeder unbequem gewordene Vertrag kann unter Berufung auf die "clausula" aus den Angeln gehoben werden.
- 268 Die "clausula" wird in der schweizerischen Rechtspraxis nur ausnahmsweise angerufen. Statt eines so allgemeinen und demgemäss schwer zu handhabenden Prinzips, wie es die "clausula" darstellt, werden normalerweise die speziellen gesetzlichen Bestimmungen angerufen, die bei den verschiedenen Vertragstypen eine vorzeitige Vertragsbeendigung "*aus wichtigem Grund*" gestatten. Erwähnt seien folgende Bestimmungen des OR: Art. 266g (Miete), Art. 297 (Pacht), Art. 337 (Arbeitsvertrag), Art. 346 Abs. 2 (Lehrvertrag), Art. 418r (Agenturvertrag), Art. 527 (Verpfändungsvertrag), Art. 545 Ziff. 6 (einfache Gesellschaft), Art. 577 (Kollektivgesellschaft).

4. Verspätete oder fehlerhafte Erfüllung seitens der Gegenpartei

- 269 Die verspätete oder fehlerhafte Vertragserfüllung einer Partei gibt der anderen Partei unter gewissen Umständen die Möglichkeit, sich von der vertraglichen Bindung zu lösen. Vgl. dazu hinten, Ziff. 346 ff.

5. Rechtsfolgen bei erfolgreicher Anfechtung oder bei Nichtigkeit des Vertrags

a) Unterschied zwischen nicht-rückwirkender Liquidation und rückwirkender Aufhebung einer Vertragsbeziehung

- 270 Vertragsbeziehungen können in verschiedener Weise enden. Drei Fallgruppen sind zu merken:
- Beendigung durch allseitige Erfüllung des Vertrags (dies ist der Normalfall; vgl. dazu Ziff. 285 ff.);
 - Beendigung durch Kündigung oder Rücktritt einer Partei;
 - rückwirkende Aufhebung aufgrund von anfänglicher Nichtigkeit oder erfolgreicher Anfechtung des Vertrags.
- 271 Bei den *ersten beiden Fallgruppen* wird der Vertrag als gültig abgeschlossen anerkannt. Die zwischen den Parteien bestehenden Forderungen sind *Forderungen aus Vertrag*, d.h. es sind *relative Rechte* gegenüber der Person des Vertragsschuldners, die den allgemeinen Verjährungsfristen von Art. 127 ff. OR unterliegen und im Konkurs des Schuldners untergehen. Werden solche Forderungen ordnungsgemäss erfüllt, so tilgt der Leistende eine *vertragliche Schuld*.
- 272 Dies gilt auch für die Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen im Falle des Rücktritts. Durch die berechtigte Rücktrittserklärung einer Partei verwandelt sich das Vertragsver-

hältnis in ein Rückleistungsverhältnis. Die Parteien schulden einander *von Vertrags wegen* die Rückgewähr der allenfalls bereits bezogenen Leistungen. Auch die Rückforderung von bereits ausgetauschten Leistungen ist ein relatives Recht, das den allgemeinen Verjährungsfristen unterliegt und im Konkurs des Schuldners untergeht.

- 273 Hat also beispielsweise der Verkäufer den Kaufgegenstand an den Käufer übereignet, später aber wegen Zahlungsverzugs des Käufers den Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 107 Abs. 2 OR erklärt, so entsteht durch die Rücktrittserklärung die *Vertragspflicht des Käufers, das Eigentum am Kaufgegenstand an den Verkäufer zurückzuübertragen*. Das Gleiche gilt, wenn der Käufer wegen Sachmängeln die sogenannte Wandelung gemäss Art. 205 OR verlangt. Mit der Wandelung entsteht die Pflicht des Käufers, dem Verkäufer das Eigentum am Kaufgegenstand zurückzuübertragen. Ausserdem entsteht die Vertragspflicht des Verkäufers, einen allenfalls bereits erhaltenen Kaufpreis an den Käufer zurückzubezahlen.
- 274 Bei der *dritten Fallgruppe* wird der Vertrag rückwirkend als etwas betrachtet, was nie bestanden hat. Die Rückgabe bereits erhaltener Leistungen erfolgt nicht aufgrund vertraglicher Rückgabepflichten, sondern aus anderen Rechtsgründen²¹. Dazu im Einzelnen Ziff. 275 ff.

b) Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei rückwirkender Aufhebung der Vertragsbeziehung

- 275 Wurden in Erfüllung des (vermeintlich bestehenden) Vertrags Rechte übertragen, so gelten diese Rechtsübertragungen kraft der Aufhebung des Vertrags als *nie erfolgt*. Der ursprünglich Berechtigte wird als der *ununterbrochen und weiterhin Berechtigte* betrachtet.
- 276 Wird also ein beidseits erfüllter Kaufvertrag nachträglich wegen Rechtswidrigkeit nichtig erklärt oder wegen Irrtums angefochten, so gilt die Eigentumsübertragung am Kaufgegenstand als nie erfolgt. Der Verkäufer ist nach wie vor der Eigentümer des Kaufgegenstandes, wie wenn er diesen dem Käufer lediglich zur Ansicht überlassen hätte. Fällt der Käufer in Konkurs, so kann der Verkäufer den Kaufgegenstand aus der Konkursmasse des Käufers herausholen bzw. ihn vindizieren.
- 277 Bezüglich der **Verjährung** gilt, dass das *Eigentumsrecht nicht verjährt*, dass es aber sein zeitliches Ende findet, wenn der Empfänger die Sache *gutgläubig ersitzt*. Bei beweglichen Sachen beträgt die Ersitzungsfrist fünf Jahre (vgl. Art. 728 Abs. 1 ZGB).
- 278 Hat der Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt, so ist diese Zahlung normalerweise kraft Gutschrift auf einem Konto oder durch die Vermischung von Geldmünzen und -noten mit

²¹ Über die Rechtsnatur der einseitigen Unverbindlichkeit willensmangelhafter Verträge gibt es drei Theorien. Gemäss der in der vorliegenden Arbeit vertretenen *Ungültigkeitstheorie* ist der einseitig unverbindliche Vertrag von Anfang an ungültig und entfaltet wie ein nichtiger Vertrag keine Vertragswirkungen. Die Unverbindlichkeit darf allerdings nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Nur die irrende Partei kann sich darauf berufen. - Gemäss der *Anfechtungstheorie* ist der einseitig unverbindliche Vertrag für beide Parteien gültig. Die irrende Partei hat aber die Befugnis, den Vertrag durch Anfechtung rückwirkend aufzuheben. - Gemäss der *Theorie der geteilten Gültigkeit* ist der Vertrag für die irrende Partei von Anfang an ungültig, für die andere Partei gültig. Bei Anfechtung fällt jedoch auch die Gegenleistungspflicht der nicht vom Willensmangel betroffenen Partei dahin. - Das Bundesgericht hat sich in BGE 114 II 131 (143) der Ungültigkeitstheorie angeschlossen, ohne sich aber für die volle oder für die geteilte Ungültigkeit klar zu entscheiden.

dem eigenen Kassenbestand des Verkäufers ins Vermögen des Verkäufers übergegangen. Aus diesem faktischen Grund kann der Käufer kein Eigentumsrecht an den verwendeten Münzen und Noten mehr geltend machen. Statt dessen steht ihm eine Forderung gegenüber dem Verkäufer *aus ungerechtfertigter Bereicherung* zu. Für die Bereicherungsforderung gelten die besonderen Verjährungsfristen von Art. 67 OR (vgl. dazu hinten, Ziff. 636 ff.). Die einjährige Verjährungsfrist beginnt mit der Entdeckung des Vertragsmangels (d.h. der Rechtswidrigkeit oder des Irrtums), beim Irrtum über die Echtheit des gekauften Bildes also im Moment, in dem der Käufer von der Unechtheit sichere Kenntnis erhält. Die absolute zehnjährige Frist beginnt gemäss BGE 114 II 131 (141 ff.) mit der Leistungserbringung zu laufen, im vorliegenden Beispiel also mit der Zahlung des Kaufpreises²².

- 279 Vergleicht man die Ersitzungsfrist gemäss Art. 728 ZGB mit den soeben erörterten Verjährungsfristen gemäss Art. 67 OR, so fällt die *Inkongruenz dieser Fristen* auf.
- 280 Aus dieser Inkongruenz könnten sich theoretisch folgende Konsequenzen ergeben: Entdeckt der Käufer eines als echt gekauften Gemäldes nach sechs Jahren dessen Unechtheit, so kann er den Kaufvertrag wegen Grundlagenirrtums anfechten und den Kaufpreis gemäss Art. 62-67 OR vom Verkäufer zurückverlangen, braucht aber das Gemälde nicht mehr zurückzugeben, weil er es gemäss Art. 728 ZGB bereits ersessen hat.
- 281 Da ein solches Ergebnis stossend wäre, gilt für die Rückabwicklung das Zug-um-Zug-Prinzip. Wer die selber erbrachte Leistung von der Gegenpartei zurückfordert, muss gleichzeitig die Rückleistung des Empfangenen anbieten, kann sich bezüglich seiner eigenen Rückgewährspflicht also weder auf Ersitzung noch auf Verjährung berufen²³.

c) Quantifizierung der zurückzuerstattenden Bereicherung

- 282 Es kann auf Ziff. 657 ff. verwiesen werden.

6. Rekapitulation

- 283 Die wichtigsten Punkte des vorstehenden Abschnitts können einprägsam und zugleich als Check-Liste für die Fall-Bearbeitung folgendermassen zusammengefasst werden:
1. **Offener Dissens** - Rechtsfolge: Kein Vertrag, keine Kostenfolgen.
 2. **Latenter Dissens**: Beide Parteien haben in guten Treuen ihre übereinstimmenden Willensäusserungen verschieden verstanden. Jede Partei durfte aufgrund der Umstände die

²² Das ist eine in der Praxis befriedigende Regelung, aber sie ist unlogisch. Die Verjährung einer Forderung kann vernünftigerweise erst zu laufen beginnen, nachdem die Forderung entstanden ist. Der Käufer des unechten Bildes erwirbt seine Bereicherungsforderung gegenüber dem Verkäufer mit der Vertragsanfechtung. Also kann die zehnjährige Verjährungsfrist eigentlich erst mit der Vertragsanfechtung zu laufen beginnen. Da das Gesetz aber für die Irrtumsanfechtung keine absolute Frist setzt (wer seinen Irrtum erst nach 30 Jahren entdeckt, kann gemäss dem Wortlaut des OR dannzumal binnen eines Jahres, d.h. bis zum 31. Jahr, noch rechtswirksam anfechten!), hat das Bundesgericht das praktisch unverzichtbare Korrektiv dadurch geschaffen, dass es die Bereicherungsforderung bei Vertragsanfechtungen binnen zehn Jahren ab Leistungserbringung verjähren lässt.

²³ Vgl. BGE 111 II 197.

ausgetauschten Willensäußerungen so verstehen, wie sie sie verstanden hat. - Rechtsfolge: Kein Vertrag, keine Kostenfolgen.

3a. **Konsens** (übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung, ausgetauscht mit beidseitigem rechtlichem Bindungswillen) - Rechtsfolge: Gegenseitige Bindung der Parteien an den Vertrag; Streitfragen können sich ergeben über den Inhalt und die Auslegung des Vertrags: Was muss geleistet werden?

3b. **Normativer Konsens**: Eine Partei hat etwas geäußert, was sie nicht meinte, muss sich aber aufgrund der Umstände bei ihrer Äußerung so behaften lassen, wie die Gegenpartei sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und tatsächlich verstanden hat. - Rechtsfolge: Gültiger Vertrag. Sofern die anders gemeinte Äußerung unter eine der Fallgruppen von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR fällt: Möglichkeit der Irrtumsanfechtung wegen Erklärungsirrtums.

4. **Wesentlicher Irrtum**, Art. 24 Abs. 1 OR.

a) **Erklärungsirrtum**

Ziff. 1: Anderer Vertrag

Ziff. 2: Anderer Vertragsgegenstand / andere Gegenpartei

Ziff. 3: Andere Menge.

b) **Grundlagenirrtum** (wesentlicher Motivirrtum).

Bei den drei Kategorien des **Erklärungsirrtums** wurde etwas anderes gesagt, als was gemeint war. Beim Grundlagenirrtum wurde gesagt, was gemeint war, aber etwas gemeint, was bei Kenntnis der relevanten Umstände nicht gewollt gewesen wäre. Verkürzte Ausdrucksweise: Der Erklärende meint und sagt etwas, was er nicht will.

Rechtsfolgen: Anfechtbarkeit seitens des Irrenden; entschädigungsloses Dahinfallen des Vertrags; Rückgabe erhaltener Leistungen nach Eigentums- und Bereicherungsregeln; bei fahrlässigem Irrtum: Schadenersatzpflicht des Irrenden für das negative Interesse der Gegenpartei.

5. **Unwesentlicher Irrtum**, der nicht zur Vertragsanfechtung berechtigt:

- Erklärungsirrtum bezüglich vertraglicher Nebenpunkte;
- einfacher Motivirrtum: Der Irrende hat geäußert und gemeint, was er bei Kenntnis gewisser Umstände nicht gewollt haben würde. Aber der Gegenstand seines Irrtums liegt ausserhalb des Vertragshorizonts und geht die Gegenpartei nichts an.
- Rechtsfolge beim unwesentlichen Irrtum: Beide Parteien bleiben an den Vertrag gebunden.

Zu beachten ist, dass bei **absichtlicher Täuschung** der Vertrag auch dann anfechtbar ist, wenn die Täuschung nur zu einem unwesentlichen Irrtum geführt hat. Bei Anwendung von **Drohung** kommt es auf einen allfälligen Irrtum des Bedrohten nicht an (vgl. Art. 29 Abs. 1 OR).

6. **Fehlerhafte Vertragserfüllung, Nichterfüllung** (zuweilen verbirgt sich auch hinter der Behauptung eines Dissenses oder eines Irrtums bloss eine faule Ausrede für die Tatsache, dass eine Partei nicht das leisten möchte, was sie versprochen hat) - Rechtsfolge:

Durchsetzung des Vertrags, gegebenenfalls Schadenersatzanspruch auf positives Interesse²⁴, Rücktrittsmöglichkeit des Gläubigers der verspätet oder unrichtig erbrachten Leistung.

E. Konfliktfreie Beendigung der vertraglichen Bindung

1. Vorbemerkung

284 In Ziff. 214 ff. sind unter dem Titel "Flucht aus der vertraglichen Bindung" jene Fälle der Vertragsbeendigung dargestellt, in denen sich die eine Vertragspartei gegen den Willen der anderen aus der vertraglichen Bindung zurückzieht. Im vorliegenden Abschnitt wird die konfliktfreie Vertragsbeendigung dargestellt.

2. Erfüllung

285 Häufigster Fall der konfliktfreien Vertragsbeendigung ist die beidseitige richtige Erfüllung der geschuldeten Leistungen.

286 Die Erfüllung beendet das Vertragsverhältnis, wenn sie *richtig* erfolgt. Richtige Erfüllung bedeutet, dass die Parteien die vereinbarten Leistungen zur vereinbarten Zeit an die im Vertrag vorgesehenen Personen erbringen. Wird nicht richtig erfüllt, beispielsweise zu spät oder mangelhaft (Lieferung mangelhafter Ware; fehlerhafte ärztliche Behandlung des Patienten), so dauert das Vertragsverhältnis an. Der mangelhaft bediente Gläubiger hat entweder Ansprüche auf Nachbesserung oder auf einen Wertausgleich, bei Vorliegen eines Schadens zudem auf Schadenersatz. Bis zur Erfüllung dieser neuen Verpflichtungen steht der Schuldner weiterhin im Obligo.

287 Ist im Vertrag nichts anderes vereinbart, so bestimmt sich der **Erfüllungsort** nach Art. 74 OR, die **Erfüllungszeit** nach Art. 75-81 OR. Diese Gesetzesbestimmungen können bei Bedarf nachgeschlagen werden. Sie brauchen nicht auswendig gelernt zu werden.

288 Bezüglich des **Erfüllungsortes** ist immerhin der Merkspruch einzuprägen: *Geldschulden sind Bringschulden; Sachschulden sind Holschulden*. Der Merkspruch fasst die Regeln von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 sinnfällig zusammen.

289 Beizufügen ist, dass diese Regeln im heutigen Wirtschaftsleben ihre Bedeutung weitgehend verloren haben. Geld wird bei Distanzkäufen längst nicht mehr "gebracht", sondern durch Überweisung von Konto zu Konto bezahlt. Sachen werden ausserhalb des Detailhandels längst nicht mehr "geholt", sondern von den Lieferfirmen zwecks Absatzförderung bis zur Kundschaft transportiert. In den industrialisierten Ländern könnten die Unternehmungen bei Vollauslastung ihrer Produktionseinrichtungen meist mehr Produkte herstellen, als was sie im Markt abzusetzen vermögen. Das "Bringen" bzw. "Liefiern" ist deshalb eine unverzichtbare Nebenleistung des Verkäufers, der seinen Umsatz und seinen Marktanteil beibehalten oder steigern will.

²⁴ Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 477 ff.

- 290 Art. 82 OR regelt die Erfüllung jener Verträge, die **Zug um Zug**, d.h. in *gleichzeitigem Austausch der beidseitigen Leistungen*, zu erfüllen sind. Wer am Kiosk eine Zeitung kauft, bezahlt Zug um Zug gegen Inempfangnahme der Zeitung.
- 291 Bei grösseren Lieferungen von Waren und Dienstleistungen ist die gleichzeitige Erfüllung eher die Ausnahme. Entweder gewährt der Lieferant einen Zahlungsstermin, z.B. 30 Tage nach Lieferung, oder die Zahlungen der einen Partei werden gemäss einem Teilzahlungsplan etappenweise an den Fortschritt der Sach- und Dienstleistungserbringung der anderen Partei angepasst, beispielsweise beim Bau eines Hauses, wo der Bauunternehmer gemäss Baufortschritt in Raten bezahlt wird.
- 292 Wird bei grossen Transaktionen, z.B. beim Verkauf einer ganzen Unternehmung, der Austausch wesentlicher Leistungen (Bank-Scheck gegen Aktien) und Nebenleistungen (Beibringung von Genehmigungserklärungen, Dokumentationen etc.) auf einen bestimmten Termin festgelegt, so heisst die abschliessende Sitzung, an der die betreffenden Dokumente kontrolliert und Zug um Zug physisch ausgetauscht werden, im Bankenjargon *Closing* (von engl: *the meeting closing the transaction*).
- 293 Hatte eine Partei gemäss Vertrag das Recht, nachträglich zu leisten, indem beispielsweise vereinbart wurde, der Verkäufer müsse den Kaufgegenstand 30 Tage nach Vertragsunterzeichnung liefern, der Käufer 60 Tage nach Vertragsunterzeichnung bezahlen, und verspätet sich der Warenlieferant um mehr als 30 Tage, so hat hernach auch der Käufer das Recht, seine Zahlung zu verweigern, bis der Verkäufer die Lieferung Zug um Zug anbietet.
- 294 Der Vertrag wird nach Erfüllung oder Ablauf der Vertragsdauer nicht einfach zu einem Nichts. Oft bleiben vertragliche Nebenpflichten (Geheimhaltungspflichten des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a OR; Gewährleistungspflichten bei Kauf- und Werkvertrag etc.) noch weit in die Zukunft hinaus wirksam.

3. Vertragsbeendigungs-Vereinbarung

- 295 Gleich wie der Gesetzgeber ein Gesetz ganz oder teilweise ausser Kraft setzen (aufheben) kann, können die privatautonom handelnden Vertragsparteien ihren Vertrag abändern oder aufheben. Grundsätzlich gilt: Jede Vertragspartei kann einseitig auf die ihr vertraglich zugeordneten Rechte verzichten oder, was das Gleiche ist, die Gegenseite aus Vertragspflichten entlassen. Beide Parteien können einander gegenseitig aus ihren Verpflichtungen entlassen. Wird eine solche gegenseitige Entlassung, im Sinne einer Neuregelung des gegenseitigen Verhältnisses, gemeinsam vereinbart, so liegt eine Vertragsbeendigungs-Vereinbarung vor.
- 296 Solche Vereinbarungen sind etwa anzutreffen bei der vorzeitigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Sie werden dort meist mit der Überschrift "Abgangsvereinbarung" versehen und enthalten die Feststellung, das bisherige Arbeitsverhältnis sei in gegenseitigem Einvernehmen auf ein bestimmtes Datum beendet worden; der bisherige Arbeitnehmer anerkenne die weiterdauernden Geheimhaltungs- und Konkurrenzenthaltungspflichten; der bisherige Arbeitgeber bezahle ihm einen bestimmten Geldbetrag, womit die Parteien bezüglich der Vergangenheit per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt seien.

- 297 Die hier zur Illustration beschriebene Abgangsvereinbarung enthält zwei Teile: Die Beendigung des bisherigen Vertragsverhältnisses und eine gegenseitige Verhaltenskoordination für die Zukunft (Konkurrenzverbot im Austausch gegen eine grosszügige Abgangsentschädigung). Der zweite, zukunftsgerichtete Teil ist ein normaler Vertrag, d.h. eine gemeinsam geplante und in Kraft gesetzte Verhaltenslenkung mit gegenseitiger Bindung.
- 298 Der erste Teil unterscheidet sich von einem normalen Vertrag dadurch, dass er bestehende Bindungen beendet, nicht neue Bindungen (Verpflichtungen) begründet. Trotzdem werden auch auf solche sogenannten "Verfügungsverträge" die allgemeinen Vertragsregeln angewandt.

4. Verrechnung (Art. 120-126 OR)

- 299 Was Verrechnung ist, sei an folgendem Beispiel illustriert: A schuldet dem B die Rückzahlung eines Darlehens von 1000. Später verkauft A dem B ein Bild zum Preis von 500. Statt den Kaufpreis bar zu bezahlen, erklärt B gegenüber A: *"Ich verrechne meine Kaufpreisschuld mit meiner Darlehensforderung; Sie schulden mir aus Darlehen fortan nur noch 500."* - Verrechnung ist also die Tilgung einer eigenen Schuld durch Preisgabe einer gleichartigen Gegenforderung.
- 300 Im Kontokorrentverkehr mit Banken und zwischen Geschäftspartnern mit laufenden gegenseitigen Geschäftsbeziehungen dient die Verrechnung der Vereinfachung des Zahlungsverkehrs. Statt Gelder hin- und herschieben, wird periodisch ein Saldo der gegenseitigen Forderungen und Gegenforderungen gezogen, und nur dieser durch Zahlung getilgt; oder es wird auch dieser Saldo wieder auf neue Rechnung vorgetragen.
- 301 Zwischen Personen, die nicht in einer solcherart langfristigen Geschäftsbeziehung stehen, hat die Verrechnung eher den Charakter der einseitigen Selbsthilfe oder der Beschlagnahme. Der Verrechnende benützt eine irgendwie zweifelhafte eigene Forderung zur Abwehr einer klarerweise geschuldeten Gegenforderung. Zweifelhafte ist die eigene Forderung, wenn ihre gerichtliche Durchsetzung mühsam und unsicher erscheint, etwa weil der Schuldner im Ausland wohnt oder weil er die Forderung bestreitet. Zweifelhafte ist eine Forderung auch dann, wenn der Schuldner am Rande der Insolvenz steht oder bereits den Konkurs angemeldet hat, weil in diesem Fall keine Hoffnung auf volle Befriedigung mehr besteht. In solchen Fällen bedeutet Verrechnung insofern Selbsthilfe, als der Inhaber der zweifelhaften Forderung sich eigenmächtig Befriedigung verschafft. Will der Verrechnungsgegner die zweifelhafte Forderung nicht gelten lassen und bestreitet er demgemäss die Zulässigkeit der Verrechnung, so muss *er* nun als Kläger seine klarerweise bestehende Forderung gerichtlich geltend machen. Wer eine eigene, von der Gegenseite bestrittene Forderung durch Verrechnung tilgt, bewirkt dadurch die Umkehrung der Parteirollen in einem allfälligen späteren Prozess. Statt selber als Kläger seine zweifelhafte Forderung vor das Gericht zu bringen, kann er in der bequemeren Beklagtenrolle zunächst ruhig abwarten, was der Gegner tut.
- 302 Die Klägerrolle ist insofern unbequem, als der Kläger den Sachverhalt und die Rechtslage durch einen Rechtsanwalt aufarbeiten, schriftlich darstellen lassen und diese Vorleistung finanzieren muss. Er muss bei der Klageeinreichung auch gegenüber dem Gericht einen Kostenvorschuss leisten. Indem er als erster den Prozessstoff darstellt und die einschlägigen Beweismittel nennen muss, exponiert er sich vor den Augen der Gegenpartei: Er muss seine argumentativen Karten als erster aufdecken. Die beklagte Partei hat das Privileg, alsdann reagieren zu können: In aller Ruhe kann sie die Schwächen und Stärken der

- beidseitigen Standpunkte analysieren und ein passendes Verteidigungsdispositiv ausarbeiten.
- 303 Voraussetzung für die Verrechnung ist, dass eine **Verrechnungslage** besteht, d.h. eine Konstellation, in welcher die Verrechnung zulässig ist. Dazu braucht es drei Dinge:
- *Gegenseitigkeit* der zur Verrechnung gebrachten Forderungen;
 - *Fälligkeit* der Forderung des Verrechnenden bzw. der Schuld des Verrechnungsgegners;
 - *Gleichartigkeit* der Forderungen.
- 304 **Gegenseitigkeit** der Forderungen bedeutet, dass die zu verrechnenden Forderungen *zwischen den gleichen Personen* bestehen. Dies leuchtet auf Anbieh ohne weiteres ein. A kann seine Hypothekarschuld gegenüber der UBS AG nicht mit seinem Guthaben bei der CREDIT SUISSE verrechnen.
- 305 Das Erfordernis der **Fälligkeit** bezieht sich nur auf die eigene, zweifelhafte Forderung des Verrechnenden bzw. - was das Gleiche ist - auf die Schuld des Verrechnungsgegners. Normalerweise darf jedermann seine eigenen Schulden schon vor der Fälligkeit tilgen, sie also auch bereits vor Fälligkeit zur Verrechnung benützen. Ist die Schuld des Verrechnungsgegners noch nicht fällig, dieser also noch nicht verpflichtet, schon heute zu zahlen, so darf ihm auch die Tilgung seiner Schuld nicht bereits heute durch Verrechnung aufgezungen werden.
- 306 Das in Art. 120 Abs. 1 OR aufgestellte Erfordernis, es müssten "*beide Forderungen fällig*" sein, bedarf im soeben dargelegten Sinne der Korrektur. Die eigene Forderung des Verrechnenden muss fällig, die Gegenforderung "*erfüllbar*" bzw. "*erbringbar*" sein, d.h. der Verrechnende muss im konkreten Fall befugt sein, seine eigene Schuld bereits heute zu tilgen. Auf den Begriff der Erfüllbarkeit kann in der vorliegenden Arbeit nicht näher eingetreten werden.
- 307 Die **Gleichartigkeit** der zur Verrechnung gelangenden Forderungen versteht sich von selbst. Der Verkäufer kann seine Sachschuld nicht mit seiner Kaufpreisforderung verrechnen; sonst wäre jeder Kaufvertrag ein wertloses Papier. Wenn A dem B Goldmünzen schuldet und gleichzeitig von B Goldbarren zugut hat, ist die Verrechnung ebenfalls ausgeschlossen. Zulässig ist sie hingegen, wenn Forderung und Gegenforderung auf Geld in verschiedenen Währungen lauten.
- 308 Ist die Verrechnung erklärt, so wird ihre Wirkung gemäss Art. 124 Abs. 2 OR *zeitlich zurückbezogen* auf jenen Zeitpunkt, in dem die Verrechnungslage eingetreten ist.
- 309 *Keine* Voraussetzungen der Verrechnung sind die *Konnexität* von Forderung und Gegenforderung und die Unbestrittenheit der eigenen (zweifelhaften) Forderung.
- 310 Bezüglich der Konnexität unterscheidet sich die Verrechnung also vom *Retentionsrecht*. Beim Retentionsrecht ist gemäss Art. 895 Abs. 1 ZGB erforderlich, dass die Forderung "*ihrer Natur nach mit dem Gegenstande der Retention in Zusammenhang steht*", dass also ein Konnex vorhanden ist.
- 311 Dass man auch eigene, bestrittene (zweifelhafte) Forderungen mit unbestrittenen, eindeutigen Gegenforderungen zur Verrechnung bringen und auf diese Weise die prozessualen Kläger- und Beklagtenrollen eigenmächtig umkehren kann, ist etwas Erstaunliches. In anderen Rechtsordnungen (im alten Rom und im Gemeinen Recht) war die Verrechnung

mit bestrittenen Forderungen unzulässig. Das OR ist diesbezüglich aber eindeutig: "*Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird*" (Art. 120 Abs. 2 OR).

- 312 *Unzulässig* ist die Verrechnung, trotz bestehender Verrechnungslage,
- wo auf das Recht der Verrechnung vertraglich verzichtet wurde,
 - wo das Gesetz die Verrechnung verbietet und
 - wo die Verrechnungslage missbräuchlich herbeigeführt worden ist.

Dazu im Einzelnen:

- 313 Der **vertragliche Verrechnungsverzicht** fand sich früher namentlich in Wohnungsverträgen. Der Vermieter liess sich vom Mieter regelmässig zusichern, der Mieter werde seinen monatlichen Mietzins auch dann ungekürzt bezahlen, wenn der Mieter Gegenforderungen zu haben glaubt, etwa auf Minderung des Mietzinses oder auf Schadenersatz wegen Mängeln des Mietgegenstandes. Heute ist der Verrechnungsverzicht im Mietverhältnis durch Art. 265 OR ausgeschlossen:

Art. 265 OR. - "*Der Vermieter und der Mieter können nicht im voraus auf das Recht verzichten, Forderungen und Schulden aus dem Mietverhältnis zu verrechnen.*"

- 314 Von den gesetzlichen Verrechnungsverboten (Art. 125 OR) ist sodann namentlich dasjenige bezüglich des *Arbeitslohnes* bedeutsam. Da der Arbeitnehmer seinen Lohn für den laufenden Lebensunterhalt unbedingt braucht, darf der Arbeitgeber seine Gegenforderungen, etwa aus Schadenersatz für unsorgfältige Handlungen des Arbeitnehmers, nicht verrechnungsweise durchsetzen. Dies gilt jedenfalls im Umfange des Existenzminimums des Arbeitnehmers.

- 315 **Missbräuchliche Herbeiführung der Verrechnungslage** macht die Verrechnung unzulässig. Dies ist namentlich der Fall im *Konkurs*, und zwar aufgrund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (Art. 213 SchKG).

- 316 *Keine* missbräuchliche Herbeiführung der Verrechnungslage ist der *Trick der Nachbestellung*. Man denke an einen schweizerischen Importeur, der von einem ausländischen Lieferanten wiederholt Waren bezieht. Eine bestimmte Sendung erweist sich, nachdem der Importeur bereits bezahlt hat, als grob mangelhaft. Der Importeur fühlt intuitiv, dass der ausländische Lieferant das empfangene Geld nicht freiwillig zurückgeben wird. Was tun? Prozessführung am ausländischen Domizil des Lieferanten, zum Beispiel in Hong Kong oder Marokko, kostet viel und bringt nichts. Also bestellt der Importeur beim gleichen Lieferanten sogleich ein grösseres Quantum anderer Ware, in der Hoffnung auf gute Qualität. Hier hält er seine Zahlung nun zurück. Sobald die Nachbestellung eingetroffen ist, erhebt der Importeur Mängelrüge für die fehlerhafte frühere Lieferung, macht Wandelung geltend und verlangt den bereits bezahlten Kaufpreis zurück. Gleichzeitig erklärt er Verrechnung mit seiner Kaufpreisschuld aus der neuesten Bestellung.

5. Verjährung und Verwirkung

a) Unterschied zwischen Verjährung und Verwirkung

- 317 Die Beendigung begünstigender Rechtspositionen durch blossen Zeitablauf, d.h. Verjährung oder Verwirkung, stellt sich als unübersichtliches Gestrüpp von Regeln dar, die zu einem grossen Teil nur kasuistisch (einzelfallweise) auswendig gelernt, nicht aus einem inneren Sinnzusammenhang heraus verstanden werden können.
- 318 Vorweg seien die beiden Begriffe der Verjährung und der Verwirkung erläutert. Von **Verjährung** spricht man im Zusammenhang mit persönlichen Forderungsrechten einer Gläubigerin auf die Leistung eines Schuldners. Nach Eintritt der Verjährung bestehen diese Rechte zwar weiterhin. Aber der Schuldner ist fortan befugt, die Leistung zu verweigern. Erfüllt der Schuldner die verjährte Schuld freiwillig oder im Irrtum über die eingetretene Verjährung, so hat er gültig eine bestehende Schuld erfüllt und also mit gültigem Rechtsgrund geleistet. Die Gläubigerin ist in diesem Falle nicht ungerechtfertigt bereichert. Der Schuldner kann das Geleistete nicht zurückfordern.
- 319 Von **Verwirkung** spricht man im Zusammenhang mit Gestaltungsrechten und gesetzlich angeordneten Klagefristen: Irrtumsanfechtung (1 Jahr, Art. 31 OR), Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der AG (2 Monate, Art. 706a OR) etc.
- 320 Der Unterschied zwischen Verjährung und Verwirkung lässt sich anhand der unterschiedlichen Regelungsziele anschaulich machen. Bei der **Verjährung** liegt der Sinn der zeitlichen Befristung vor allem darin, dass die belastete Person, die ihre Schuld möglicherweise vergessen hat oder mit Inkassoversuchen der Gläubigerin nicht mehr rechnet und aus diesem Grunde vielleicht auch die Beweismittel für Gegenbeweise weggeworfen hat, nach jahrelangem Schweigen der Gläubigerin nicht plötzlich in das *Risiko eines Rechtsstreites und einer Zahlungspflicht* gebracht werden soll. Die Gläubigerin, die den bestehenden Zustand ändern und Geld fliessen lassen möchte, soll dies innert nützlicher Frist tun. Andernfalls schützt die Rechtsordnung das Interesse des Schuldners an der *Beibehaltung des bestehenden Zustandes*.
- 321 Schutzobjekt ist nicht das Vermögen des Schuldners, sondern sein Vertrauen in den bestehenden Zustand. Der Schuldner soll nicht nach Jahr und Tag plötzlich in die Tasche greifen und etwas leisten müssen, womit er aufgrund der gläubigerseitigen Untätigkeit längst nicht mehr zu rechnen brauchte. Gerade deshalb ist die Verjährung als ein *Verteidigungsrecht des Schuldners* ausgestaltet. Leistet der Schuldner, ohne vom Verteidigungsrecht Gebrauch zu machen, so ist dies in Ordnung: Durch seine Leistung beweist der Schuldner, dass er trotz der abgelaufenen Zeit nicht im Vertrauen auf den bestehenden Zustand getäuscht worden ist. Klagt die Gläubigerin gegen den Schuldner auf Leistung, so darf das Gericht die eingetretene Verjährung nicht von Amtes wegen, sondern nur dann berücksichtigen, wenn der Beklagte sich zu seiner Verteidigung auf die Verjährung beruft (vgl. in diesem Sinne ausdrücklich Art. 142 OR).
- 322 Aus dem gleichen Regelungsziel - Schutz des Vertrauens in den bestehenden Zustand - erklärt sich die Vorschrift von Art. 124 Abs. 2 OR, die der Gläubigerin die Benützung ihrer verjährten Forderung zur Verrechnung mit einer Gegenforderung erlaubt, sofern sich Forderung und Gegenforderung in der Vergangenheit einmal fällig und unverjährt gegenüberstanden. Wer nämlich eine verjährte Forderung durch Verrechnung einkassiert, ändert nichts am bestehenden Zustand und zwingt die Gegenpartei nicht überraschend, in

die Tasche zu greifen. - Auch die Bestimmung von Art. 67 Abs. 2 OR erklärt sich auf diese Weise²⁵.

- 323 Bei der **Verwirkung** stehen das Interesse der beteiligten Privatpersonen und Behörden an einer *speditiven Klärung der Rechtslage* im Vordergrund. *Ist ein Recht verwirkt, so ist es erloschen*. Das Gericht muss den Eintritt der Verwirkung von Amtes wegen berücksichtigen. Im Gegensatz zur Verjährung kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte sich zu seiner Verteidigung auf den Zeitablauf beruft.
- 324 Die begriffliche Unterscheidung von Verjährung und Verwirkung ist in der schweizerischen Gesetzgebung nicht konsequent durchgeführt. Zuweilen verwendet das Gesetz das Wort Verjährung, wo Verwirkung gemeint ist, und umgekehrt.
- 325 Als Beispiele von Verwirkungsfristen seien erwähnt
- die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen wegen Gesetz- oder Statutenwidrigkeit - 1 Monat seit der betreffenden Vereinsversammlung (Art. 75 ZGB);
 - die Klage auf Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen - 1 Jahr seit Kenntnis der relevanten Tatsachen, spätestens 10 Jahre seit Eröffnung der Verfügung (Ungültigkeitsklage, Art. 519-521 ZGB);
 - die Klage auf Herabsetzung von Zuwendungen zwecks Wahrung des Pflichtteilsanspruches - 1 Jahr seit Kenntnis der relevanten Tatsachen, spätestens 10 Jahre seit Eröffnung der Verfügung oder seit Tod des Erblassers (Herabsetzungsklage; Art. 522-533 ZGB);
 - die Anfechtung des Vertrags wegen eines Willensmangels - 1 Jahr seit Kenntnis der relevanten Tatsachen (Art. 31 OR);
 - die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktionäre - 2 Monate seit dem Tag der betreffenden Generalversammlung (Art. 706a Abs. 1 OR).

b) Verlängerung von Verjährungsfristen (nicht von Verwirkungsfristen) durch Verjährungsverzichtserklärungen

- 326 Aus dem dargestellten Unterschied folgt ein wichtiger praktischer Unterschied: Verjährungsfristen können durch **Verjährungsverzichtserklärungen** seitens des Schuldners

²⁵ Als Beispiel denke man an den Sachverhalt, bei dem eine Bank dem Kontoinhaber A irrtümlich den Betrag X gutschreibt. Die Gutschrift hätte richtigerweise einem anderen Bankkunden gemacht werden sollen. Wenn die Bank diesen Irrtum erst drei Jahre später entdeckt, zu einem Zeitpunkt, in dem der Kontensaldo bereits mehrmals gezogen und vom Kunden als richtig anerkannt wurde, so kann die Bank die irrtümliche Buchung nicht eigenmächtig stornieren. Der Kunde ist durch die vor drei Jahren erfolgte irrtümliche Kontogutschrift zum Gläubiger, d.h. zum Inhaber einer Forderung gegenüber der Bank geworden, für welche ein Rechtsgrund fehlt. Wenn die Bank nun ihre Bereicherungsforderung durch Verrechnung mit dem irrtümlich begründeten Guthaben des Kunden tilgen will, so kann der Kunde der Bank gemäss Art. 67 Abs. 2 OR nicht die Verjährungseinrede entgegensetzen. Hätte der Kunde dagegen nach erfolgter irrtümlicher Gutschrift das Geld bar abgehoben und würde die Bank ihre Rückforderung erst drei Jahre später geltend machen, so wäre die Bereicherungsschuld des Kunden definitiv verjährt; in diesem Falle würde Art. 67 Abs. 2 OR nicht greifen.

gegenüber der Gläubigerin verlängert werden. Bei Verwirkungsfristen ist dies nicht möglich.

- 327 Verjährungsverzichtserklärungen werden immer dann verlangt und meist auch gegeben, wenn zwischen zwei Parteien der Bestand oder die Höhe einer Forderung streitig ist und sich die Diskussion über längere Zeit hinzieht. Will der Gläubiger seine Forderung nicht durch Verjährung verlieren, so müsste er vor Ablauf der Verjährungsfrist von Rechts wegen die Verjährung durch Einleitung der Betreibung rechtzeitig unterbrechen. Jede Betreibung verursacht jedoch Kosten. Der Gläubiger ist statt dessen an der kostenlosen Verjährungsverzichtserklärung des Schuldners interessiert. Der Schuldner hat seinerseits kein Interesse daran, betrieben zu werden, da jede Betreibung im öffentlich zugänglichen Betreibungsregister vermerkt wird. Deshalb pflegt er auf Verlangen des Gläubigers eine Verjährungsverzichtserklärung abzugeben. Sie lautet typischerweise folgendermassen:

"Der unterzeichnete Schuldner S. erklärt hiermit gegenüber dem Gläubiger G. den Verzicht auf die Verjährungseinrede bezüglich der Forderung X., soweit die Forderung bei Unterzeichnung dieser Erklärung nicht bereits verjährt ist. Diese Erklärung erfolgt ohne Anerkennung der Forderung und wird abgegeben mit Wirkung für ein Jahr, d.h. bis zum ... (Datum) - Unterschrift S."

c) Katalog wichtiger Verjährungsfristen

- 328 Die wichtigsten Verjährungsfristen werden am besten als Grundsatz mit Ausnahmen eingepreßt. Der Grundsatz lautet: **Forderungen aus Vertrag** verjähren *binnen 10 Jahren* (Art. 127 OR).
- 329 Von den unzähligen Ausnahmen sind nur die folgenden einzuprägen:
- **periodische Leistungen aus Vertrag** (Mietzinsen, Darlehenszinsen etc.) verjähren *binnen 5 Jahren* (Art. 128 OR);
 - **Deliktsforderungen** und **Bereicherungsforderungen** verjähren *binnen 1 Jahr relativ, 10 Jahren absolut* (Art. 60 Abs. 1 und 67 Abs 1 OR).
- 330 Unter "relativer" Verjährungsfrist versteht man in diesen Fällen die kurze Frist ab subjektiver Kenntnisnahme der relevanten Tatsachen, unter "absoluter" Frist die lange Frist seit einem objektiv feststellbaren Ereignis. (Die Technik des Gesetzgebers, Rechte parallel mit einer kürzeren relativen und einer längeren absoluten Frist zu befristen, findet sich auch bei einzelnen der oben erwähnten Verwirkungsfristen, z.B. bei der Ehelichkeitsanfechtung, der Testamentsungültigkeitsklage und der Herabsetzungsklage).
- 331 Die Divergenz zwischen 10-jähriger Verjährung von vertraglichen und 1-jähriger Verjährung von deliktischen Ansprüchen gehört zu den wichtigsten Punkten, die in der Praxis zum Streit über die Qualifikation eines Anspruchs als Vertrags- oder als Deliktsanspruch führen. Wenn ein Untermieter im Zorn die Spannteppiche der Mietwohnung zerschneidet, so haftet er dem Untervermieter aus Vertragsverletzung (vertragswidriger Umgang mit der Mietsache) während 10 Jahren für Schadenersatz, dem Hauseigentümer aus unerlaubter Handlung (Sachbeschädigung der dem Hauseigentümer gehörenden Spannteppiche) während eines Jahres, seitdem der Hauseigentümer vom Sachverhalt Kenntnis erhalten hat.

- 332 Bei der Vertragsanfechtung wegen eines Willensmangels ist einzuprägen, dass die Anfechtungsfrist gemäss Art. 31 OR nur als relative Frist von 1 Jahr seit Kenntnis der relevanten Tatsachen ausgestaltet ist. Eine absolute Befristung fehlt im Gesetz. Die Rückgängigmachung willensmangelhafter Verträge wird aber zeitlich insofern absolut begrenzt, als gemäss BGE 114 II 131 (141 ff.) in diesen Fällen für die Bereicherungsforderung die absolute 10-jährige Verjährungsfrist gemäss Art. 67 Abs. 1 OR mit der Leistungserbringung zu laufen beginnt, bei angefochtenen Kaufverträgen also mit der Zahlung des Kaufpreises.

d) Beginn des Fristenlaufs

- 333 **Relative Verjährungsfristen** beginnen mit der subjektiven Kenntnisnahme der relevanten Tatsachen seitens des Gläubigers zu laufen.
- 334 In Verallgemeinerung der Formel von BGE 113 II 270 (274) kann gesagt werden: Blosser Vermutungen oder ein Verdacht reichen für den Beginn relativer Verjährungsfristen so wenig aus wie der Umstand, dass die Gläubigerin den relevanten Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen.
- 335 Hätte die Gläubigerin bei gehöriger Aufmerksamkeit den relevanten Sachverhalt jedoch zu einem früheren Zeitpunkt erkennen müssen, so liegt die Beweislast, dass sie ihn tatsächlich erst später erkannt hat, bei ihr.
- 336 **Absolute Verjährungsfristen** beginnen mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR).
- 337 Bei kündbaren Forderungen beginnt die Verjährung am Tag, an dem die Kündigung erstmals zulässig wäre (Art. 130 Abs. 2 OR).

Das sei illustriert: Angesichts der 6-Wochen-Frist beim Darlehen gemäss Art. 318 OR verjähren unbefristet gewährte Darlehen nach 10 Jahren und 6 Wochen seit der Auszahlung.

e) Stillstand des Fristenlaufs

- 338 *Stillstand* bzw. (gleichbedeutend) *Ruhen der Verjährung* bedeutet, dass ein bestimmter Zeitraum nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet wird.
- 339 Die Konstellationen, in denen eine Verjährungsfrist ruht, sind in Art. 134 Abs. 1 OR nachzulesen. Die dortigen Ziffern 1-4 umfassen lauter Fälle, in denen die Verjährungsunterbrechung (Schuldbetreibung oder gerichtliche Klage) wegen persönlichen Nahestehens der Parteien *nicht zumutbar* ist.
- 340 Der in Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 erwähnte Tatbestand ("*solange eine Forderung vor einem schweizerischen Gerichte nicht geltend gemacht werden kann*") betrifft namentlich den Fall, dass sich der Schuldner ins Ausland verflüchtigt. Man denke an einen Geschäftsführer, der sich mit der veruntreuten Geschäftskasse in die Karibik absetzt. Solange der Mann keinen Wohnsitz in der Schweiz hat und demzufolge vor einem schweizerischen

Gericht nicht erreichbar ist, verjährt der Schadenersatzanspruch der geschädigten Unternehmung nicht²⁶.

f) Unterbrechung der Verjährung

- 341 Unterbrechung der Verjährung bedeutet, dass die gesetzliche Frist aufgrund eines bestimmten Ereignisses neu von vorne zu laufen beginnt.
- 342 Die Unterbrechungsgründe sind in Art. 135 OR genannt. Der häufigste Unterbrechungsgrund liegt in Anerkennungshandlungen des Schuldners, namentlich in Zinszahlungen und anderen periodischen Leistungen. Solange der Darlehensschuldner das Darlehen regelmässig verzinst, kann das Darlehen nicht verjähren. Denn mit jeder Zinszahlung anerkennt der Schuldner die Darlehensschuld insgesamt und unterbricht damit die Verjährung für das Ganze.
- 343 Bei Forderungen ohne vertragliche Zinsabsprache wie beispielsweise bei Schadenersatzforderungen und Kaufpreisforderungen liegt in jeder mündlichen oder schriftlichen Äusserung des Schuldners, die die Schuld in einem bestimmten Betrage als gegeben annimmt, eine Verjährungsunterbrechung. Schickt der Besteller, der sich von einer Bauunternehmung ein Haus bauen liess, im Rahmen eines Disputs über die Schlussabrechnung einen Brief an die Unternehmung, in dem er schreibt: "*Meines Erachtens kann Ihre Restforderung höchstens noch 100'000 Franken betragen*", so hat er die Forderung der Bauunternehmung in dieser Höhe anerkannt und die Verjährung in diesem Umfange unterbrochen.
- 344 Zweithäufigster Unterbrechungsfall ist die *Schuldbetreibung*. Die Stellung eines Betreibungsbegehrens ist in der Schweiz an keine andere Voraussetzung als an diejenige der Ausfüllung eines Formulars und an die Leistung des Kostenvorschusses an das Betreibungsamt geknüpft. Das Ausfüllen des amtlichen Formulars "Betreibungsbegehren" erheischt kaum zehn Minuten Zeit. Die betreibungsamtlichen Gebühren sind bescheiden. Der vom Bundesrat gemäss Art. 16 SchKG festgesetzte Gebührentarif ändert periodisch, erlaubt aber nach wie vor die Auslösung von Betreibungen über Millionenbeträge zu Gebühren von nur einigen hundert Franken. Missbräuchliche Betreibungen sind nicht verboten. Wer sich durch die Kosten nicht abschrecken lässt, kann ohne Rechtsnachteile Unfug treiben.
- 345 Die unter gesitteten Parteien übliche Vorgehensweise besteht aber nicht in der Verjährungsunterbrechung durch Schuldbetreibung, sondern in der befristeten Verlängerung der Verjährungsfrist durch schriftliche Verjährungsverzichtserklärung (vgl. Ziff. 326 ff.).

F. Verspätete oder schlechte Erfüllung

1. Der Schuldnerverzug und seine Rechtsfolgen

²⁶ Natürlich bezieht sich Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 OR nur auf Forderungen mit einer Binnenbeziehung zur Schweiz. Wenn Personen im Ausland aus im Ausland verwirklichten Rechtsgründen einander Geld schulden, so ist für die Durchsetzung solcher Forderungen in der Regel kein Gerichtsstand in der Schweiz gegeben und die Forderungen verjähren nach ausländischem Recht. Eine solche im Ausland eingetretene Verjährung würde in der Schweiz anerkannt.

- 346 Verzug bedeutet Verspätung einer Vertragspartei mit der Erbringung einer fälligen Vertragsleistung. Fällig ist die Leistung dann, wenn die Gegenpartei sie (hier und jetzt) fordern kann.
- 347 Die allgemeinen Grundsätze des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) seien an dieser Stelle am Beispiel eines Warenverkaufs unter Nichtkaufleuten illustriert. Man denke an einen Familienvater, der im März von einem Bekannten dessen nicht mehr benötigte Geige kauft, damit der Sohn, wie vorgesehen, im April mit dem Besuch der Geigenstunden beginnen kann. Käufer und Verkäufer unterzeichnen ein Papier mit dem Wortlaut: "V verkauft an K seine Geige, wie gesehen und besichtigt, zu CHF 2'500.--, bar zu bezahlen." Bei Vertragsunterzeichnung sagt der Käufer, er müsse das Geld auf der Bank holen und werde in den nächsten Tagen, nach telefonischer Voranmeldung, den Kaufpreis bringen und die Geige abholen kommen.
- 348 Nachdem der Käufer das nötige Geld bei der Bank bezogen hat, telefoniert er dem Verkäufer wegen des Abholtermins. Der Verkäufer sagt, er sei in der laufenden Woche nur selten und unregelmässig zuhause. Der Käufer solle ihn bitte in der nächsten Woche noch einmal anrufen. In der kommenden Woche gelingt es dem Käufer nicht, den Verkäufer telefonisch zu erreichen, und als er ihn am 25. März endlich erreicht, sagt der Verkäufer, es tue ihm leid, heute könne er den Käufer nicht empfangen, denn er reise gerade jetzt nach Zermatt in die Ferien ab, und zwar für mehrere Wochen.
- 349 Aus der Sicht des ungeduldig wartenden Käufers ist der rechtlich geordnete Weg zunächst eingleisig, und zwar in zwei Wegetappen unterteilt. Dann gabelt sich der Weg in drei alternative Gleise, von denen der noch immer wartende Käufer dasjenige auswählen kann, das ihm am vorteilhaftesten erscheint. Im Einzelnen:
- 350 Der Weg beginnt zunächst eingleisig damit, dass der Wartende seinen säumigen Vertragspartner **mahnt** (etwa mit folgendem Brief: "Die Lieferung ist fällig. Ich fordere Sie hiermit nochmals zur Lieferung auf." - Das Wort "Mahnung" braucht in dem Brief nicht ausdrücklich erwähnt zu sein.)
- 351 Mit der Mahnung beginnt der **Verzug** des säumigen Schuldners (*Faustregel: "Fälligkeit + Mahnung = Verzug"*).
- 352 *Keine Mahnung ist nötig, wenn schon im Vertrag selber die Lieferung auf ein ganz bestimmtes Datum klar vereinbart war; Art. 102 Abs. 2 OR.*
- 353 Sobald der säumige Schuldner durch die Mahnung in Verzug gesetzt ist, springt die seit Kaufabschluss beim Käufer liegende Gefahrtragung auf den Verkäufer zurück. Das ergibt sich aus Art. 103 Abs. 1 OR: "Befindet sich der Schuldner im Verzuge, so hat er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten **und haftet auch für den Zufall**" (gemeint hier: z.B. für die zufällige Zerstörung der Geige durch einen Brand). Verbrennt nämlich die Geige beim Verkäufer, weil dieser zu spät geliefert hat, so soll in diesem Fall der Schaden nicht beim Käufer liegen.
- 354 Bei Geldschulden beginnt mit dem Zeitpunkt des Verzugs der Verzugszinsenlauf gemäss Art. 104 OR, und zwar im nicht-kaufmännischen Verkehr zum Satz von 5 %, im kaufmännischen Verkehr gemäss jeweiligem Bankdiskontsatz.
- 355 Liefert der säumige Verkäufer noch immer nicht (in unserem Fall: öffnet er sein Haus noch immer nicht für die Abholung der Geige), so kann der Käufer die zweite Phase des

eingleisigen Weges eröffnen, indem er dem Verkäufer eine Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzt. Diese **Nachfrist** muss "*angemessen*" sein, d.h. die Lieferung muss innerhalb dieser Frist praktisch machbar sein (Art. 107 Abs. 1 OR). Unser Käufer schreibt also etwa folgenden Brief: "*Sehr geehrter Herr V, mit Bedauern stelle ich fest, dass ich die Geige noch immer nicht abholen konnte. Ich setze Ihnen hiermit eine Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung bis zum kommenden Freitag, den 31. März.*"

356 Die Nachfrist kann bereits im ersten Mahnschreiben, also gleichzeitig mit der Inverzugsetzung, festgelegt werden. Dann gibt es nur *eine* Etappe, bevor sich der Weg dreiteilt.

357 Nachdem sich bis zum Ablauf der Nachfrist noch immer keine Möglichkeit geboten hat, die Geige abzuholen, teilt sich der Weg für den wartenden Vertragspartner auf. Er hat nun drei Optionen, nämlich:

358 **1.** Festhalten am bisherigen Rechtszustand (= "geradeaus weitergehen"). Die Haltung des wartenden Käufers gegenüber dem Verkäufer lautet also wie folgt:

- Ich will Ihre Geige weiterhin kaufen und sie so rasch als möglich abholen.
- Ich will weiterhin den Preis dafür bezahlen und werde ihn zur Abholung mitbringen.
- Für den seit Ablauf der Nachfrist nun entstehenden Schaden will ich von Ihnen Schadenersatz (konkret z.B.: ich muss nun vorübergehend eine Geige mieten; Sie bezahlen mir diese Mietkosten!).

359 **2.** Festhalten am Vertrag, aber nicht an der verspäteten Lieferung. - In dieser Vorgehens-Variante lautet die Haltung des Käufers gegenüber dem säumigen Verkäufer:

- Jetzt will ich Ihre Geige nicht mehr. Ich kaufe mir ein anderes, gleichwertiges Instrument anderswo.
- Aber ich halte am Vertrag fest: Sie müssen mir den Schaden ersetzen, der mir daraus entsteht, dass diese andere Geige teurer sein wird.
- Da ich Sie für diesen Schadenersatz haftbar mache, anerkenne ich andererseits auch meine eigene Kaufpreis-Zahlungspflicht Ihnen gegenüber. Ich verlange von Ihnen als Schadenersatz also den vollen *Kaufpreis der gleichwertigen, anderswo tatsächlich gekauften Geige*, abzüglich meine Kaufpreiszahlungspflicht Ihnen gegenüber (= netto die Preisdifferenz zwischen dem ursprünglichen Kaufgegenstand und dem gleichwertigen Ersatzobjekt).

360 **3.** Rücktritt vom Vertrag. - Die Haltung des Käufers gegenüber dem Verkäufer lautet in dieser Variante folgendermassen:

- Ich trete vom Vertrag zurück, d.h. ich bewirke eine Rechtslage, *wie wenn wir unseren Kaufvertrag nie geschlossen hätten*.
- Sie schulden mir also keine Geige mehr, und ich schulde Ihnen keinen Kaufpreis.
- Aber Sie schulden mir Schadenersatz dafür, dass Sie mich durch Ihre Vertragsofferte zum Besten gehalten und mir Umtriebe verursacht haben, indem Sie mich glauben machten, ich werde von Ihnen eine Geige erhalten. Sie bezahlen mir also die Telefon-

und Portospesen, die mir beim Vertragschluss und nachher im Umgang mit Ihnen entstanden sind.

- 361 Diese Variante ist für den Käufer dann vorteilhaft, wenn er mittlerweile anderswo eine gleichwertige Geige zu billigerem Preis gefunden hat und also am alten Kaufvertrag nicht mehr interessiert ist.
- 362 Man merke sich die verschiedenen Stationen also folgendermassen: *Vertragschluss - Fälligkeit - Verzug - Ansetzen der Nachfrist - Nachfristablauf und Dreiteilung des Weges (3 Optionen)*.
- 363 Gemäss Art. 108 OR braucht die Nachfrist nicht gesetzt zu werden, wenn sie von vornherein als nutzlos erscheint, oder wenn die nachträgliche Leistung für den Gläubiger nutzlos wäre (Schulbeispiel: Lieferung des Hochzeitskleides nach dem Hochzeitsfest - sofern der Lieferant das Hochzeitsdatum kannte).
- 364 Das Gesagte gilt für den Schuldnerverzug in den meisten Vertragsverhältnissen, einschliesslich des Kaufvertrags zwischen Privatpersonen.
- 365 Anders verhält es sich beim **Verkäuferverzug im kaufmännischen Verkehr**. Hier wird gemäss Art. 190 Abs. 1 OR so vorgegangen, als ob der Käufer unmittelbar bei Verzugsbeginn von den obigen drei Optionen die 2. Variante gewählt hätte. Er braucht keine Nachfrist zu setzen. Er kann also am ersten Tag des Verzugs-Zeitraumes bereits anderswo gleichwertige Ware einkaufen und dem säumigen Lieferanten den Mehrpreis als Schadenersatz in Rechnung stellen.
- 366 Ist der Kaufgegenstand eine Ware mit Markt- oder Börsenpreis (was namentlich bei börsenkotierten Wertpapieren der Fall ist), so braucht der Käufer nicht einmal gleichwertige Ersatzobjekte anzuschaffen: Er kann dies auch bleiben lassen und vom säumigen Verkäufer schlicht die Differenz des vertraglichen Preises zum Börsenkurs am ersten Verzugstag als "abstrakt berechneten" Schadenersatz fordern.
- 367 In Wirklichkeit ist hier der Schaden nicht abstrakt berechnet, sondern er ist fiktiv. Wenn sich der Käufer bei Eintritt des Verzugs die Sache ohnehin anders überlegt und die Ware nun gar nicht mehr haben will, so kann eigentlich nicht gesagt werden, ihm sei aus der Säumigkeit des Verkäufers ein Schaden entstanden. Trotzdem hat er den abstrakt berechneten Schadenersatz zugut; Art. 191 Abs. 3 OR.

2. Gläubigerverzug (Art. 91-95 OR)

- 368 Spricht man von Verzug, so meint man den hievordargestellten Verzug des Schuldners mit seiner Leistungserbringung. Wo die Gläubigerin bei der Entgegennahme dieser Leistung mitwirken oder bestimmte Voraussetzungen schaffen muss, kann auch sie säumig werden. In solchen Fällen spricht man von Gläubigerverzug oder Annahmeverzug.
- 369 Zu den Art. 91-95 OR ist erläuternd folgendes zu sagen:

- 370 Die Mitwirkung der Gläubigerin ist keine Vertragspflicht, kann also nicht selbständig eingeklagt werden, sondern eine sogenannte *Obliegenheit*²⁷, bei deren Verletzung der säumigen Gläubigerin gewisse Rechtsnachteile entstehen.
- 371 Der Gesetzestext atmet den Geist des 19. Jahrhunderts. Das OR regelt in den Art. 92-94 den Gläubigerverzug bei **Sachleistungen** und gibt dem Schuldner in diesem Falle die drei Optionen der Hinterlegung, des Selbsthilfeverkaufs und des Rücknahmerechts. Für "*andere als Sachleistungen*", nämlich für **Dienstleistungen**, gibt das Gesetz dem Schuldner nur gerade das Recht, vom Vertrag zurückzutreten (Art. 95).
- 372 Auch manche Lehrbuchbeispiele stammen aus dem letzten Jahrhundert oder sind aus anderen Gründen von eher marginaler Bedeutung: Der Besteller eines Anzugs erscheint nicht beim Schneider zur Anprobe; der Besteller von Wein liefert die Gebinde nicht, die er für das Abfüllen des Weines zu stellen hat; der Besteller von Heizöl ist am vereinbarten Liefertermin nicht zu Hause.
- 373 Wie würden wir das Gesetz schreiben, wenn wir es für heutige Verhältnisse neu zu schreiben hätten?
- 374 Die sachgerechte Regelung erheischt, dass man sich an realistischen Sachverhalten orientiert und sich dabei die Frage nach der angemessenen Lösung stellt. Typisch für die heutige Industriegesellschaft ist, dass alle Unternehmer und Berufsleute so viel Umsatz wie möglich machen und also so viel wie möglich liefern, nichts hinterlegen, nichts anderweitig verkaufen und erst recht nichts zurücknehmen wollen.
- 375 Der erwähnte Heizöllieferant ist demgemäss an keiner der Optionen von Art. 92-94 OR interessiert. Er hält am Vertrag fest und versucht, zu einem späteren Zeitpunkt das Öl ein zweites Mal zu liefern. Hingegen beansprucht er selbstverständlich, dass ihm der Besteller die Kosten für den Narrengang bei der ersten Lieferung vergütet. Dieser Anspruch findet in den gesetzlichen Bestimmungen über den Gläubigerverzug keine ausdrückliche Stütze, ist aber anerkannt.
- 376 Wer einen Termin beim Zahnarzt, Physiotherapeuten oder Coiffeur vergisst oder wer als Schüler eine Klavierstunde kurzfristig absagt, gerät in Annahmeverzug bezüglich der betreffenden Dienstleistung der anderen Vertragspartei. Bei Berufsleuten, die in der Zeit des ausgefallenen Termins keine andere produktive Arbeit leisten können, wie dies etwa bei Physiotherapeuten, Coiffeuren und Musiklehrern zuweilen der Fall ist, muss die Freihaltung der vereinbarten Zeit als *erbrachte Vertragsleistung* gelten, wofür die sitzende gelassene Berufsperson eine angemessene Karenzentschädigung beanspruchen kann. Denn versprochen war nicht bloss eine bestimmte Tätigkeit, sondern zusätzlich auch die *Einsatzbereitschaft der Berufsperson zu der vereinbarten Zeit*. Diese zweitgenannte Leistung ist erbracht worden und muss entschädigt werden.
- 377 Das OR regelt diesen Fall in Art. 324 Abs. 1 für den Arbeitsvertrag ausdrücklich: Der Arbeitnehmer hat seinen Lohn auch in jener Zeit verdient, in der er an der Arbeitserbringung verhindert wurde aus Gründen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat.
- 378 Schliesslich denke man an grössere Projekte, namentlich *Bauprojekte*, bei denen verschiedene Unternehmer nach einem bestimmten Ablaufplan ihre Leistungen nacheinander erbringen müssen. Bei solchen arbeitsteiligen Projekten bedeutet die Verspätung des

²⁷ Vgl. den Begriff der dem Gläubiger *obliegenden* Vorbereitungshandlungen in Art. 91 OR.

einen Lieferanten, dass die zeitlich nachfolgenden Lieferanten warten müssen. Die Wartezeiten der nachfolgenden Lieferanten werden, da zwischen den verschiedenen Lieferanten keine Vertragsbeziehungen bestehen, dem Bauherrn zugerechnet und bedeuten dessen Annahmeverzug im Verhältnis zu den nachfolgenden Lieferanten.

- 379 Wenn man an einen Kraftwerkbau denkt und sich vorstellt, dass bei Verzögerungen auf dem Bauplatz die zum Warten verurteilten Lieferanten in wörtlicher Anwendung von Art. 92-94 OR beginnen wollten, Staumauer-Elemente, Turbinen und Generatoren in einem Lagerhaus auf Kosten der Bauherrschaft zu hinterlegen, versteigern zu lassen oder zurückzunehmen, so wird die Weltferne der gesetzlichen Regelung besonders deutlich. Das Ungenügen der gesetzlichen Regelung erheischt, dass in den Verträgen mit den verschiedenen Unternehmern ausdrücklich vereinbart wird, welche Verzögerungen jeder Unternehmer entschädigungslos hinzunehmen hat, nach welchen Wartezeiten er Anspruch auf eine pauschalierte Warte-Entschädigung hat und von welchem Zeitpunkt an er vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz verlangen kann. Schliesslich ist zu vereinbaren, wie ein solcher Schadenersatz quantifiziert werden soll.

3. Schlechterfüllung

- 380 Wenn eine Vertragspartei ihre Pflichten nur teilweise, ungenau oder mangelhaft - kurzum: schlecht - erfüllt, so sind aus der Sicht der Gegenpartei drei Reaktionen denkbar:
1. die Dinge auf sich beruhen lassen, d.h. die schlechte Leistung so akzeptieren, wie sie gekommen ist;
 2. Nachbesserung der Leistung verlangen, bis sie so ist, wie sie vertragsgemäss sein sollte, oder
 3. die ganze Leistung (oder mindestens künftige weitere Leistungen) zurückweisen.
- 381 Der Begriff der Schlechterfüllung bezieht sich normalerweise auf Sach- und Arbeitsleistungen, nicht auf Geldleistungen. Der Zahlungspflichtige erfüllt entweder rechtzeitig und vollständig, oder er tut es nicht. Von einer "schlechten" Geldzahlung kann hingegen nicht die Rede sein.
- 382 Beim Kaufvertrag gibt es von Gesetzes wegen nur zwei Alternativen von Mängelrechten: Minderung und Wandelung, d.h. Akzeptieren der mangelhaften Leistung, aber Anspruch auf Kaufpreisminderung, oder "Wandelung" des Kaufs in einen Nicht-Kauf, d.h. Zurückweisung der mangelhaften Sache und Rückforderung des Kaufpreises. Nachbesserung der mangelhaften Sache (Garantiarbeiten) sind beim Kauf, im Gegensatz zum Werkvertrag, nicht von Gesetzes wegen vorgesehen, können aber vertraglich vereinbart werden und werden das in der Regel auch. Das OR steht diesbezüglich heute weit neben der Realität.
- 383 Beim Werkvertrag steht nicht nur in der Praxis, sondern auch gemäss der gesetzlichen Regelung die Nachbesserung im Vordergrund, eventuell kombiniert mit einer Werklohn-Minderung. Zurückweisung des Werkes ist nur in krassen Fällen ausnahmsweise möglich. Dieser Unterschied zum Kaufvertrag erklärt sich dadurch, dass der Verkäufer "ab Stange" verkauft und also die zurückgewiesene Sache vermutlich anderswo weiterver-

kaufen kann. Der Werkunternehmer produziert massgeschneidert für den Besteller und kann das zurückgewiesene Werk nur noch verschrotten.

- 384 Bei den Dauerschuldverhältnissen (Miete, Pacht, Arbeitsvertrag, einfache Gesellschaft) führt die Unzufriedenheit der einen Vertragspartei mit den Vertragsleistungen der anderen in der Regel zu vorzeitiger Vertragsbeendigung. "Nachbesserung" ist bei diesen Vertragsverhältnissen oft faktisch nicht denkbar, oder aber rechtlich nicht erzwingbar.
- 385 Beim Arbeitsvertrag kann der unzufriedene Arbeitgeber die vertragskonforme Tätigkeit des Arbeitnehmers ebenfalls nicht durch gerichtlichen Befehl erzwingen lassen. Ebenso wenig kann er "Minderung" (Reduktion des Lohnes) beanspruchen. Der Arbeitgeber hat gegenüber schlechten Arbeitnehmern als einzigen Behelf die vorzeitige Vertragsbeendigung (Art. 337 OR).
- 386 Bei Verzug (Ziff. 346 ff.) und Schlechterfüllung des Vertrags haftet die sich nicht vertragskonform verhaltende Partei normalerweise für *allen Schaden*, den sie der anderen Vertragspartei durch ihre Abweichung vom vertraglich geregelten Verhaltensprogramm verursacht. Diese Schadenersatzpflicht kann abgewendet werden, wenn die vertragswidrig handelnde Partei beweist, dass ihr "*keinerlei Verschulden zur Last falle*" (Art. 97 OR).
- 387 Das **Verschulden** wird gemeinhin mit "*Absicht oder Fahrlässigkeit*" gleichgesetzt, d.h. mit einem Verhalten, bei welchem der rechtswidrig Handelnde bewusst auf die Verursachung des betreffenden Schadens hinsteuert (Absicht²⁸), oder gewisse Sorgfaltspflichten verletzt und dadurch (unabsichtlich, fahrlässig) einen schadensverursachenden Kausalverlauf auslöst.
- 388 Fahrlässig handelt mithin, wer sich so verhält, wie es ein anderer, pflichtbewusster und sorgfältig handelnder Mensch an seiner Stelle nicht getan hätte.
- 389 Kommt man bei nachträglicher Betrachtung des Sachverhalts zur Überzeugung, auch ein anderer, pflichtbewusster und sorgfältiger Mensch hätte höchstwahrscheinlich den gleichen Fehler gemacht, ja unvermeidlich machen müssen, dann sagt man, es liege kein Verschulden vor.
- 390 Schon an dieser Stelle sei auf eine Besonderheit der Schadenersatzpflicht hingewiesen: Wer durch verspätete oder fehlerhafte Vertragserfüllung seinen Vertragspartner schädigt, haftet für den verursachten Schaden, wenn er nicht beweist, dass er *unschuldig* ist. Wer dagegen jemanden schädigt, ohne zum Geschädigten in einem Vertragsverhältnis zu stehen, haftet nur, wenn ihm der Geschädigte beweisen kann, dass er *schuldhaft* gehandelt hat.
- 391 Dass bei vertraglicher Haftung der Schädiger seine Unschuld beweisen muss, ergibt sich aus Art. 97 OR. Dass bei ausservertraglicher Haftung der Geschädigte die Schuld des Schädigers beweisen muss, ergibt sich aus Art. 41 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 8 ZGB.
- 392 Die praktische Folge des Unterschieds zeigt sich etwa dann, wenn ein Bergführer Stein Schlag auslöst und dadurch sowohl seinen am Seil weiter unten kletternden Klienten (Vertragspartner) als auch noch tiefer befindliche Drittpersonen verletzt. Kann nachträg-

²⁸ Der auf Schadensverursachung gerichtete oder diese zumindest in Kauf nehmende Wille heisst im Privatrecht "Absicht", im Strafrecht "Vorsatz". Es gilt als stümperhaft, bei der Diskussion privatrechtlicher Fragestellungen das Wort "Vorsatz" zu verwenden.

lich nicht bewiesen werden, ob der Bergführer fahrlässig einen erkennbar lockeren Stein losgetreten hat, oder ob der Steinschlag trotz aller gebotenen Sorgfalt ausgelöst wurde, so besteht Beweislosigkeit bezüglich des Verschuldens. Der Bergführer haftet also gegenüber seinem Klienten, weil ihm der Beweis der Schuldlosigkeit misslingt, aber er kann von den anderen Geschädigten nicht belangt werden, weil diesen der Beweis des Verschuldens misslingt.

4. Unmöglichkeit der Leistung

- 393 Die *Unmöglichkeit der Erfüllung eines gültigen Vertrags* (Unmöglichkeit der Leistung) gemäss Art. 119 OR ist zu unterscheiden von anfänglichen Unmöglichkeit, die das Zustandekommen des Vertrags verhindert (Art. 20 OR).
- 394 Die anfängliche **Unmöglichkeit gemäss Art. 20 OR** betrifft Fälle der logischen Unmöglichkeit oder der Absurdität (Vermietung des Mondes, Austrinken des Ozeans).
- 395 Die **Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR** erfasst Konstellationen, in denen die Vertragserfüllung für eine Partei nachträglich unmöglich geworden ist (Beispiel: Terminlich fixierte Reparaturarbeiten an einem Flughafengebäude; gerade während der vorgesehenen Zeit wird der Flughafen wegen Bombenalarms polizeilich abgeriegelt).
- 396 Ist die Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR unverschuldet, dann werden beide Parteien aus ihren gegenseitigen Pflichten befreit. Was bereits geleistet wurde, ist zurückzugeben. Schadenersatz ist nicht geschuldet. Ist die Unmöglichkeit verschuldet, so schuldet die betreffende Partei Schadenersatz (Geld) anstelle der unmöglich gewordenen Sach- oder Arbeitsleistung.

G. Besondere Verhältnisse bei Obligationen

1. Stellvertretung

a) Begriff

- 397 Stellvertretung (bzw. allgemeiner: Vertretung) heisst *handeln in fremdem Namen und mit ausschliesslicher Wirkung für den Vertretenen*. Dabei bedeutet "handeln in fremdem Namen" nicht, dass der Vertreter mit fremdem Namen unterschreibt bzw. sich als jemand ausgibt, der er nicht ist, sondern dass er bei der Erklärungsabgabe deutlich macht, dass er nicht für sich, sondern für eine andere Person rechtlich handelt.

b) Die gesetzlichen Bestimmungen

- 398 Folgende gesetzliche Bestimmungen behandeln die Stellvertretung:
- gesetzliche Vertretung von Minderjährigen (durch die Eltern: Art. 304f. ZGB; durch einen Vormund: Art. 327a-327c ZGB) und Verbeiständeten (Art. 393-398 ZGB);
 - Stellvertretung kraft Vollmacht: Art. 32-40 OR;

- Vertretung juristischer Personen durch Organe und Hilfspersonen: Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB; Art. 458 und 459 OR (Prokura); Art. 462 OR (Handlungsvollmacht); Art. 564 OR; Art. 718a OR; Art. 899 OR.

c) Gesetzliche Vertretung, Stellvertretung kraft Vollmacht und kaufmännische Vertretung (Überblick)

399 Die im ZGB und im OR verstreuten Bestimmungen lassen drei Kategorien von Vertretungsverhältnissen erkennen:

- die *gesetzliche Vertretung* von Minderjährigen durch Eltern oder Vormünder und von handlungsunfähigen Volljährigen durch Beistände (hier spricht man nur von "Vertretung", nicht von "Stellvertretung");
- die *Stellvertretung kraft Vollmacht* (Beispiel: Frau X bevollmächtigt den Rechtsanwalt Y, in ihrem Namen mit Z zu verhandeln); damit ist das durch die Willensäußerung des Vollmachtgebers begründete Stellvertretungsverhältnis gemeint; da das Stellvertretungsverhältnis dem Willen des Vollmachtgebers entspringt, spricht man auch von "gewillkürter Stellvertretung";
- das *Handeln von Organen und Hilfspersonen* für Handelsgesellschaften und juristische Personen (bei den im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen des Bundesprivatrechts spricht man von "kaufmännischer Vertretung"; Beispiele: Vertretungsbefugnis von Prokuristen, Direktoren und Verwaltungsratsmitgliedern für ihre jeweiligen Unternehmungen).

400 Gemeinsam ist den Vertretungsverhältnissen in allen drei Kategorien, dass die rechtlich handelnde Person Rechtswirkungen nicht für sich selber, sondern ausschliesslich für die von ihr vertretene Person erzeugt. - Hiezu im Einzelnen:

401 Die **gesetzliche Vertretung** entspringt nicht dem Willen des Vertretenen, ja läuft diesem zuweilen zuwider (namentlich im Verhältnis zwischen Beistand und verbeiständeter Person). Gesetzliche Vertreter haben nicht den Willen der vertretenen Person zu verwirklichen, sondern *aus eigenem Willen die objektiven Interessen der vertretenen Person so gut als möglich zu wahren*, dabei aber auf Meinungen und Wünsche der vertretenen Person Rücksicht zu nehmen (vgl. Art. 406 Abs. 1 ZGB).

402 Die **Stellvertretung kraft Vollmacht** dient der Verwirklichung des Willens des Vertretenen, nicht der Wahrung seiner objektiven Interessen. Mit der Vollmachtserteilung delegiert der Vertretene (auch *Prinzipal* genannt) die Bildung und Äusserung des Geschäftswillens bis zu einem gewissen Grad an den Stellvertreter.

403 Die wichtigste Form des **Handelns von Organen und Hilfspersonen für Personengesellschaften und juristische Personen** ist die sogenannte *kaufmännische Vertretung*. Sie ist das Normale bei den im OR geregelten Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) und juristischen Personen (GmbH, AG, Kommandit-AG und Genossenschaft). Die geschäftsführenden Gesellschafter der Personengesellschaften, die Organe (Verwaltungsräte, Direktoren) sowie die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten der genannten juristischer Personen vertreten die betreffenden Institutionen gültig

bei "allen Rechtshandlungen ..., die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann"²⁹. Der Umfang der Vertretungsmacht ergibt sich in diesen Fällen aus dem im Handelsregister eingetragenen *Zweck* der betreffenden Institution.

- 404 Der Rechtsverkehr mit juristischen Personen erfolgt allerdings fast immer ohne Einsichtnahme ins Handelsregister. Wer bei einer Bank Geld einbezahlt und sich vom Mann am Schalter eine Quittung geben lässt, prüft in der Regel nicht im Handelsregister nach, ob dieser Angestellte unterschriftsberechtigt ist und ob seine Unterschrift mit dem beim Handelsregister deponierten Unterschriftsmuster übereinstimmt. Der Bankkunde darf sich auf den äusseren Anschein verlassen und tut es regelmässig. Es ist Sache der Bank, falschen Anschein³⁰ zu vermeiden; unterlässt sie dies, so trägt *sie*, nicht der Kunde, die allfälligen negativen Konsequenzen. Da die lückenlose Überprüfung der tatsächlichen Vertretungsbefugnisse durch Einsichtnahme ins Handelsregister nicht üblich und auch gar nicht möglich ist, müssen sich die juristischen Personen auch dann bei den Anscheinsvollmachten behaften lassen, wenn diese vom handelsregisterlichen Eintragsstand abweichen. So muss die Bank die von ihrem Schalterbeamten allein unterzeichnete Quittung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn für diesen Mann im Handelsregister die Kollektivunterschrift zu zweien eingetragen ist.
- 405 Auf die Besonderheiten der Vertretung der *nicht im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen* (namentlich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts: Gemeinden, Kantone, Eidgenossenschaft etc.) und der Stiftungen kann hier nicht näher eingetreten zu werden.

d) Abgrenzung des Vertreters vom Boten und vom Erfüllungsgehilfen

- 406 Der **Vertreter** bildet und äussert seinen eigenen Willen, aber namens und mit ausschliesslicher Wirkung für den Prinzipal. Der **Bote** bildet keinen Geschäftswillen, sondern übermittelt den vom Auftraggeber formulierten Geschäftswillen.
- 407 Trägt also der Erwachsene dem Kind auf, beim Bäcker einen guten Kuchen für die ganze Familie zu kaufen, so trifft das Kind die Wahl, bildet und äussert den Vertragswillen und *handelt rechtsgeschäftlich als Stellvertreter* des Erwachsenen. - Wenn dagegen der Erwachsene dem Kind aufträgt, beim Bäcker einen Butterzopf von einem halben Kilogramm zu kaufen, so handelt das Kind als Bote. Gerade so gut könnte der Erwachsene die Bestellung auf ein Papier schreiben und dem Kind auftragen, das Papier der Verkäuferin vorzulegen.
- 408 **Erfüllungsgehilfen** heissen Personen, die fremde Vertragspflichten erfüllen. Häufigster Fall ist das Handeln von Angestellten für ihre Arbeitgeber: Bauarbeiter erfüllen auf dem Bauplatz die Vertragspflichten der Bauunternehmung, bei der sie angestellt sind; Ausläufer bringen gekaufte Waren zu den Käufern etc.

²⁹ Vgl. diese Formulierung in Art. 459 Abs. 1 OR (für die Prokura), Art. 564 Abs. 1 OR (für die Kollektivgesellschaft), Art. 718a Abs. 1 OR (für die AG und, kraft Verweises in Art. 814 Abs. 1 OR, für die GmbH) und Art. 899 Abs. 1 OR (für die Genossenschaft).

³⁰ Auf den Tatbestand des falschen Anscheins passen die beiden Begriffe der Duldungsvollmacht und der Anscheinsvollmacht. Bei der *Duldungsvollmacht* hat der Prinzipal keinen Willen zur Vollmachtserteilung, weiss und duldet aber, dass sich ein anderer als sein Vertreter ausgibt. Bei der *Anscheinsvollmacht* hat der Prinzipal weder den Willen noch die Kenntnis vom Auftreten des anderen; aber die Umstände schaffen bei Dritten den Anschein der Bevollmächtigung.

- 409 Sowohl bei den Botenverhältnissen wie bei den Erfüllungsgehilfen spricht man nicht von Stellvertretung. Boten und Erfüllungsgehilfen brauchen, da sie keinen Geschäftswillen bilden, nicht geschäftsfähig, also insbesondere nicht urteilsfähig zu sein.
- 410 Schädigen Erfüllungsgehilfen bei ihrem Tun andere Personen *deliktisch*, so kommt Art. 55 OR zur Anwendung. Verletzen sie mit ihrem Tun die *Vertragspflichten* des Prinzipals, so kommt Art. 101 OR zur Anwendung. In beiden Fällen haftet der Prinzipal gegenüber dem Geschädigten für das Fehlverhalten des Erfüllungsgehilfen, und zwar auch dann, wenn der Erfüllungsgehilfe ohne Schuld ist.

e) Voraussetzungen der Vertretung

- 411 Vertretung findet statt, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:
- Der Vertreter hat Vertretungsmacht;
 - der Vertreter gibt zu erkennen, dass er nicht mit Wirkung für sich selber, sondern mit Wirkung für den Vertretenen handelt.

f) Vertretungsfeindliche Geschäfte

- 412 Aufgrund von Spezialbestimmungen können gewisse Rechtsgeschäfte nicht durch einen Vertreter, sondern nur durch den Prinzipal selber abgeschlossen werden. Dies gilt insbesondere für die Ausübung der sogenannten **absolut-höchstpersönlichen Rechte**. Hierzu gehört die Eingehung des Verlöbnisses (Art. 90 Abs. 1 ZGB), der Eheschluss (Art. 101 Abs. 2 ZGB), die Errichtung des Testaments (Art. 467 ZGB) und der Abschluss des Erbvertrages (Art. 468 ZGB), ferner die Zustimmung zu allen ärztlichen Eingriffen in die körperliche Integrität ohne diagnostischen oder therapeutischen Zweck, wenn diese Eingriffe mit erheblicher Belastung des Patienten oder mit bleibenden Folgen verbunden sind (kosmetische Operationen einschliesslich Tätowierungen, Unfruchtbarmachung zwecks Gewinnung sexueller Freiheit, Entnahme von Eizellen bei der Frau zum Zwecke künstlicher Fortpflanzung, Entnahme nicht-regenerierender Gewebe und Organe zwecks Spende an Dritte³¹, Einbezug in physisch belastende medizinische Forschungsexperimente³²).

³¹ Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht entschieden, dass in die Organentnahme bei urteilsunfähigen Personen mindestens der gesetzliche Vertreter - oder bei Fehlen eines solchen - die nahestehenden Personen einwilligen müssen (vgl. BGE 114 Ia 362 ff.). Das Bundesgericht hat immerhin seine Zweifel daran angemeldet, dass die Entnahme zulässig sein könne, wenn sie nicht im therapeutischen Interesse der urteilsunfähigen Person liegt und wenn diese Person sich auch nicht befürwortend zur Entnahme geäußert hat, bevor sie urteilsunfähig wurde (etwa durch Unterzeichnung eines Organspenderausweises; vgl. BGE 114 Ia 363). Richtigerweise muss die Kompetenz des gesetzlichen Vertreters verneint werden, eine urteilsunfähig gewordene Person zu solchen Eingriffen freizugeben. Die Eltern von einjährigen Zwillingen können zwar die Einwilligung geben, dass dem einen Kind Blut oder regenerierbares Knochenmark entnommen wird, um das andere Kind damit zu heilen und zu retten, aber sie können die entsprechende Einwilligung nicht für eine Niere geben - auch wenn das nierenkranke Kind mangels Transplantation sterben muss.

³² Die Beschneidung männlicher Kleinkinder nach jüdischem Ritual kann als unerheblicher Eingriff bezeichnet und demgemäss den relativ-höchstpersönlichen Belangen zugeordnet werden. Qualifiziert man diesen Eingriff als schwerwiegend und damit als absolut-höchstpersönlich, so muss er kraft jahrhundertalter Tradition in unserer jüdisch-christlichen Kultur im Sinne einer Ausnahme vom Gesagten als rechtmässig gelten, im Gegensatz zur mohammedanischen Beschneidung von Mädchen. Der zweitgenannte Eingriff ist von schwererwiegenden Folgen und er ist in unserer Kultur nicht akzeptiert.

g) Stellvertretung kraft Vollmacht

aa) Umfang und Dauer der Vollmacht

- 413 Bei der gewillkürten Stellvertretung gemäss Art. 32-35 OR kann der Prinzipal die Entscheidungsfreiheit des Stellvertreters mehr oder weniger einschränken. Die Vollmacht ist in der Regel auf ein bestimmtes Geschäft oder eine Gruppe von Geschäften hin formuliert ("Spezialvollmacht"). - Aus der Formulierung der Vollmacht ergibt sich deren *Umfang*. Der Umfang kann klar begrenzt sein, etwa dann, wenn der Vollmachtgeber in eine Kaufvollmacht hineinschreibt, der Bevollmächtigte sei ermächtigt, ein bestimmtes Grundstück in der Gemeinde X zum Preis von höchstens 450 Franken pro Quadratmeter zu kaufen. Wenn der Bevollmächtigte gestützt auf eine solche Vollmacht mit einem Dritten einen Kauf zum Quadratmeterpreis von 460 Franken abschliesst, so liegt eine *Überschreitung der Vollmacht* vor. Die Konsequenz ist die, dass der Vollmachtgeber durch den Vertragsschluss nicht verpflichtet wird.
- 414 Ausnahmsweise kann der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten auch ganz allgemein zur Interessenwahrung während eines bestimmten Zeitraums (etwa während der Landesabwesenheit oder während eines Spitalaufenthaltes des Vollmachtgebers) ermächtigen. Dann spricht man von einer *Generalvollmacht*. Generalvollmachten werden namentlich von betagten Personen an Vertrauenspersonen erteilt im Hinblick auf den altersbedingten Verlust der Handlungsfähigkeit. Solche Generalvollmachten erlauben dem Bevollmächtigten, das Vermögen der betagten Person zu verwalten und die eingehenden Rechnungen für deren Lebensunterhalt, Spitalaufenthalt etc. zu begleichen, ohne dass sich die vertretene Person darum kümmern muss.
- 415 Die Bestimmung von Art. 35 Abs. 1 OR ermöglicht es, eine gewillkürte Vollmacht (Spezialvollmacht und Generalvollmacht) *mit Wirkung über den Eintritt der Handlungsunfähigkeit hinaus* zu erteilen. Handelt es sich um eine Generalvollmacht, so müssen Dritte immerhin davon ausgehen, dass nur die im Interesse der vertretenen Person liegenden *Handlungen der normalen Verwaltung* vom Umfange der Vollmacht gedeckt sind. Spekulative Geschäfte, Schenkungen, die Eingehung von Bürgschaften etc. liegen ausserhalb des Umfangs solcher Generalvollmachten.
- 416 Optimal ist es, die Generalvollmacht mit einem gleichlautenden Vorsorgeauftrag gemäss Art. 360 ff. ZGB zu kombinieren. Werden Dritte skeptisch, ob die Vollmacht angesichts des schlechten Geisteszustands der Prinzipalin noch brauchbar ist, so kann bei der Erwachsenenschutzbehörde die Inkraftsetzung der Vorsorgevollmacht beantragt werden. Damit ist die lückenlose Zuständigkeit der bevollmächtigten Person gewährleistet.

bb) Interne und externe Vollmacht

- 417 Die Vollmachtserteilung seitens des Prinzipals an den Bevollmächtigten heisst **interne Bevollmächtigung**. Die interne Vollmacht ist eine Beziehung zwischen zwei Personen, dem Prinzipal und dem Bevollmächtigten. Die interne Bevollmächtigung erfolgt stets im Rahmen eines Vertragsverhältnisses, häufig im Rahmen eines Auftrags gemäss Art. 394 ff. OR. Die Bevollmächtigung ist für sich allein genommen kein Vertragsschluss, die Vollmacht kein selbständiger Vertrag, sondern Teil eines Vertragsverhältnisses.
- 418 Geben der Prinzipal oder sein Bevollmächtigter die Vollmacht gegenüber Dritten bekannt, so begründet diese Kundgabe die sogenannte **externe Vollmacht**. Nun sind drei

Parteien im Spiel, nämlich der Prinzipal, sein Bevollmächtigter und der über die Vollmacht aufgeklärte Dritte (in der Regel: der Vertragspartner).

- 419 Die Unterscheidung von interner und externer Vollmacht ist wichtig, weil der Prinzipal oft ein Interesse daran hat, die interne Vollmacht enger zu formulieren als was er extern bekannt gibt bzw. bekannt geben lässt. Wer seinem Rechtsanwalt Vollmacht für die Erledigung eines Streites erteilt, oder wer einem Liegenschaftshändler eine Kaufvollmacht für den Erwerb eines Grundstücks erteilt, setzt dem Bevollmächtigten in der internen Vollmacht meist gewisse Limiten - nicht zu weniger als zu X Franken abzuschliessen, oder keinen Kaufpreis über Y Franken zu vereinbaren. Gerade solche Instruktionen dürfen der Gegenpartei aber nicht offen gelegt werden, weil sonst das optimale Verhandlungsergebnis von vorneherein verpfuscht würde.
- 420 Wo interne und externe Vollmacht voneinander abweichen, kann der Bevollmächtigte den Vertrag namens des Prinzipals gültig im Rahmen der *externen* Vollmacht abschliessen. Hat er dabei den Umfang der internen Vollmacht überschritten, so macht er sich gegenüber dem Prinzipal schadenersatzpflichtig. Den Vertragspartner berührt dies aber nicht. Er darf sich auf die externe Vollmacht so verlassen, wie sie ihm mit Wissen und Willen des Vollmachtgebers (Prinzipals) kundgetan wurde.

cc) Fälschliche Behauptung einer (nicht bestehenden) Vollmacht (Art. 38 und 39 OR)

- 421 Behauptet jemand, er sei bevollmächtigt, obwohl die interne Bevollmächtigung fehlt, und schliesst er namens des angeblichen Prinzipals einen Vertrag ab, so kann der angebliche Prinzipal nachträglich das Geschäft *genehmigen*. Die Genehmigung ersetzt die fehlende Vollmacht und bewirkt, dass das Geschäft unmittelbar zwischen dem Prinzipal und der Gegenpartei zustande kommt.
- 422 Verweigert der angebliche Prinzipal die Genehmigung, so kommt das Geschäft nicht zustande. Der angebliche Vertreter (lateinisch: "*falsus procurator*") wird in diesem Falle nicht selber Vertragspartei, sondern haftet der Gegenpartei für einen allenfalls verursachten Schaden aus *culpa in contrahendo*, d.h. für das negative Vertragsinteresse, eventuell sogar für weiteren Schaden, d.h. für das positive Vertragsinteresse. Hat der angebliche Vertreter bereits Zahlungen entgegengenommen, so muss er diese als ungerechtfertigte Bereicherung zurückerstatten. Dies alles ergibt sich aus Art. 39 OR.

dd) Offengelegte vollmachtlose Stellvertretung

- 423 Wenn jemand offen erklärt, er handle "*als vollmachtloser Stellvertreter unter dem Vorbehalt der Genehmigung namens des X*", so kommt das Geschäft mit der Genehmigung seitens des (potenziellen) Prinzipals X zwischen diesem und der Gegenpartei zustande. Bleibt die Genehmigung aus, so kann die Gegenpartei vom vollmachtlosen Stellvertreter aber keinen Schadenersatz verlangen, denn sie hat das Risiko bewusst in Kauf genommen, dass die Genehmigung möglicherweise ausbleiben und der Vertrag nicht zustande kommen würde.

ee) Erteilung und Erlöschen der Vollmacht

- 424 Die Vollmacht kann (intern) mündlich oder schriftlich erteilt werden und sie kann (extern) mündlich oder schriftlich bekannt gegeben werden. Auch wenn der Vertrag, für den die Vollmacht erteilt wird, formbedürftig ist (beispielsweise im Falle eines Grundstückskaufs, wo das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung gilt), bedarf die Vollmacht (erstaunlicherweise!) dieser Form nicht. Bei Grundstücksgeschäften verlangen Notare und Grundbuchämter jedoch regelmässig, dass Vollmachten in Schriftform vorgelegt werden. Dabei handelt es sich aber um eine Vorsichtsmassnahme der involvierten Beamten, nicht um eine Vorschrift des OR.
- 425 Die Vollmacht **erlischt** mit ihrem Widerruf, d.h. sobald die Widerrufserklärung beim Bevollmächtigten eintrifft (Art. 34 OR). Gutgläubige Dritte, denen der Widerruf nicht bekannt geworden ist, können sich im Rahmen von Art. 34 Abs. 3 OR aber weiterhin auf den Bestand der Vollmacht verlassen. Es ist also Sache des Prinzipals, dafür zu sorgen, dass der Widerruf der Vollmacht bzw. die Absetzung des Bevollmächtigten überall bekannt wird, wo dies von Bedeutung sein könnte. Andernfalls wird der Prinzipal durch den abgesetzten Bevollmächtigten weiterhin rechtsgültig vertreten. Der abgesetzte Bevollmächtigte haftet dem Prinzipal bei unbefugten Vertragsschlüssen für Schadenersatz.
- 426 Die Vollmacht erlischt ferner, *sofern nichts anderes vereinbart wurde*, beim Tod und beim Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Prinzipals (Art. 35 Abs. 1 OR). Diese Bestimmung ermöglicht es betagten Personen, an Vertrauenspersonen Generalvollmachten zu erteilen für die Zeit nach dem Verlust der Handlungsfähigkeit und sogar nach dem Tod. Die Vollmacht wird also beispielsweise folgendermassen formuliert: *"Der Unterzeichnete erteilt hiermit Vollmacht an X, über seine Konten bei der Bank B zu verfügen. Die Vollmacht erlischt beim Eintritt der Handlungsunfähigkeit oder des Todes des Vollmachtgebers nicht"*.
- 427 Wird vom Weiterdauern der Vollmacht nach dem Tod des Prinzipals gesprochen, so ist dies ungenau. Da Verstorbene nicht mehr rechtsfähig sind und da deren Rechte und Pflichten im Zeitpunkt des Todes kraft Art. 560 Abs. 1 ZGB auf die Erben übergehen, handelt der Bevollmächtigte nach dem Tod des Prinzipals ohne weiteres im Namen und auf Rechnung *der Erben*. Aber seine Vollmacht gibt ihm die Vertretungsmacht, solange nicht einer der Erben die Vollmacht widerruft. Jeder Erbe kann eine solche Vollmacht jederzeit ohne Grundangabe widerrufen; es bedarf dazu nicht des Zusammenwirkens sämtlicher Erben.
- 428 Das Weiterdauern von Vollmachten über den Zeitpunkt der Konkurseröffnung oder der Auflösung einer juristischen Person hinaus gehört zu jenen Raritäten, die an dieser Stelle nicht behandelt werden können.

ff) Die Vertretungswirkung

- 429 Die Wirkung der Vollmacht, d.h. die Vertretungswirkung, besteht darin, dass das vom Stellvertreter namens des Prinzipals abgeschlossene Geschäft unmittelbar zwischen der Person des Stellvertreters und der Gegenpartei zustande kommt.
- 430 Soweit der Stellvertreter den Geschäftswillen selber bildet und äussert, kommt es für das Zustandekommen des Konsenses, für Willensmängel und Vertragsverständnis (Vertrags-

auslegung) darauf an, was der *Stellvertreter* gewusst, gewollt und geäußert hat. *Sein* Irrtum führt gegebenenfalls zur Anfechtbarkeit des Geschäftes. Das Wissen, der Wille und die Äusserungen des Stellvertreters werden dem Prinzipal zugerechnet, wie wenn dieser selber gehandelt hätte. Soweit der Stellvertreter nach irrtümlich erteilten Instruktionen des Prinzipals handelt, kann der Prinzipal das Geschäft wegen seines eigenen Irrtums anfechten.

- 431 Wo Rechtswirkungen an den guten Glauben geknüpft sind, beispielsweise beim gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten gemäss Art. 933 ZGB, muss der gute Glaube kumulativ beim Prinzipal *und* beim Stellvertreter vorhanden sein. Der bösgläubige Prinzipal kann nicht davon profitieren, dass er einen nichtsahnenden (d.h. gutgläubigen) Stellvertreter zum Geschäftsabschluss delegiert.

gg) Doppelvertretung und Selbstkontrahieren

- 432 Die Vollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten nicht, das Geschäft mit einer Gegenpartei abzuschliessen, die er selber vertritt (Doppelvertretung), oder gar selber als Gegenpartei in das Geschäft einzutreten (Selbstkontrahieren³³). Solche Geschäftsschlüsse (sogenannte *In-sich-Geschäfte*) liegen ausserhalb des Umfangs der Vollmacht. Sie sind jedoch dann von der Vollmacht gedeckt, wenn der Prinzipal den Beauftragten ausdrücklich dazu ermächtigt.
- 433 Bei den erwähnten Konstellationen besteht nämlich ein Interessenkonflikt, der die Interessen des Prinzipals gefährdet. Man denke an den Prinzipal, der einen Immobilienhändler ermächtigt, das Grundstück des Prinzipals zu einem Preis von mindestens 400 Franken pro Quadratmeter zu verkaufen. Der Beauftragte hat einen Kaufsinteressenten an der Hand, der sich bereit zeigt, 600 Franken zu bezahlen. Wäre Selbstkontrahieren erlaubt, so würde der Beauftragte in einem ersten Schritt das Grundstück selber zu 400 Franken kaufen und es im zweiten Schritt zu 600 Franken an den Dritten weiterverkaufen. - Das kann nicht rechtens sein, sofern der Prinzipal das Selbstkontrahieren seines Immobilienhändlers nicht ausdrücklich im voraus erlaubt oder nachträglich genehmigt hat. Das Gleiche gilt für jene Fälle, in denen der Stellvertreter gleichzeitig für beide Vertragsparteien handelt.
- 434 Üblich ist das Selbstkontrahieren von Banken bei der Ausführung von Börsenaufträgen. Die Banken lassen sich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmässig zu diesem Vorgehen ausdrücklich ermächtigen. Erteilt der Kunde seiner Bank also den Auftrag, für ihn 500 Aktien der X-AG zum Kurs von höchstens 1000 Franken zu kaufen und besitzt die beauftragte Bank zufälligerweise in ihrem eigenen Vermögen eine Anzahl von X-Aktien, so kann sie dem Kunden aus ihren eigenen Beständen (aus den sogenannten "*Nostro-Beständen*") 500 X-Aktien verkaufen und dem Kunden den Kaufpreis von

³³ Im ZGB und im OR findet sich nirgends ein ausdrückliches Verbot des sogenannten Selbstkontrahierens, wie dies in § 181 BGB für das deutsche Recht kodifiziert ist (BGB § 181. - "*Verhandeln mit sich selbst. - Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.*")

Für das schweizerische Recht gilt das Verbot des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung aber gleichermaßen. Dies wurde durch das Bundesgericht festgehalten in BGE 39 II 561 (566): Selbstkontrahieren und Doppelvertretung sind nur zulässig, wenn es der Vertreterin in der Vollmachtsurkunde ausdrücklich gestattet ist oder wenn keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen besteht.

CHF 500'000.-- auf dem Konto belasten, und dies selbst dann, wenn am gleichen Tag an der Börse X-Aktien zu 950 Franken pro Stück angeboten wurden.

2. Mehrheit von Gläubigern in einem Schuldverhältnis

435 Jedes Schuldverhältnis besteht aus mehreren Personen (Gläubiger und Schuldner. Besonderheiten ergeben sich, wenn einem Schuldner mehrere Gläubigerinnen oder einer Gläubigerin mehrere Schuldner gegenüberstehen. Aus der erstgenannten Fallgruppe seien nachfolgend die beiden häufigsten Konstellationen erwähnt:

a) Forderungen zu gesamter Hand

436 Wenn einem Schuldner mehrere Gläubigerinnen gegenüberstehen, die untereinander ein *Gesamthandsverhältnis* bilden, so ist die zum Gesamthandsvermögen gehörende Forderung ein *ungeteiltes, gemeinsames Recht sämtlicher Personen, die zusammen die Gemeinschaft bilden*³⁴. In diesen Fällen ist nur eine einzige Forderung vorhanden. Die Verfügungen über die Forderung (Einziehung [auch *Inkasso* genannt], Schuldnerlass an den Gläubiger, Abtretung der Forderung an Dritte) erfolgen ausschliesslich nach den Regeln, gemäss denen die betreffende Gemeinschaft über ihr Gemeinschaftsvermögen (Gesamthandsvermögen) verfügt (Beispiele: In der Gütergemeinschaft müssen die Ehegatten gemeinsam handeln; in der Erbengemeinschaft müssen alle Erben gemeinsam handeln oder, wenn ein gemeinsamer Erbenvertreter bestellt ist, dieser allein; in der Kommandit- und Kollektivgesellschaft verfügen die zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter oder Dritten über das Gesellschaftsvermögen).

b) Die Solidarforderung

437 Ein Schuldner kann mehreren Gläubigerinnen eine Leistung in der Weise versprechen, dass zwar jede Gläubigerin die ganze Leistung vom Schuldner fordern kann, die Leistung an *eine* Gläubigerin jedoch den Schuldner befreit (Art. 150 OR). Die Solidargläubigerschaft kommt in der Praxis vor allem vor bei gewissen Bankkonten, nämlich bei solchen Konten, die als *Gemeinschaftskonten* oder (gleichbedeutend) *Comptes-joints* eröffnet werden. Beim *Compte-joint* kann jede einzelne von den mehreren Kontoinhaberinnen zu beliebiger Zeit den ganzen Kontobestand abheben. Regelmässig wird im *Compte-joint*-Vertrag zwischen den mehreren Bankkundinnen und der Bank vereinbart, dass beim Tod einer Kontoinhaberin die Kontobeziehung (Vertragsbeziehung) mit den verbleibenden Kontoinhaberinnen unverändert weiterdauern soll und dass die Erben der verstorbenen Kontoinhaberin nicht in das Vertragsverhältnis eintreten sollen, sondern davon ausgeschlossen bleiben sollen (Erbausschlussklausel). Solche Gemeinschaftskonten werden vor allem von Personen (z.B. Ehegatten) eingerichtet, die im Voraus sicherstellen wollen, dass beim Tod des einen von ihnen keine erbrechtlichen Schwierigkeiten mit den Erben entstehen, sondern dass der Überlebende über das Konto wie bisher frei verfügen kann, ohne der Bank nachweisen zu müssen, wer die Erben des Verstorbenen sind, und ohne

³⁴ Die Gesamthandschaft ergibt sich von Gesetzes wegen aus gewissen Gemeinschaftsverhältnissen wie der Gütergemeinschaft in der Ehe, der Erbengemeinschaft, der Kollektivgesellschaft und anderen.

die Zustimmung solcher Erben zu Verfügungen über das Konto beibringen zu müssen. Solche Gemeinschaftskonten haben namentlich dann einen praktischen Nutzen, wenn die voraussichtlichen Erben der einen oder anderen Kontoinhaberin gegenüber der überlebenden Kontoinhaberin unfreundlich gestimmt sind, beispielsweise wenn es sich um die Nachkommen eines Ehegatten aus einer früheren Ehe handelt, die dem Stiefelternteil feindlich gesinnt sind.

- 438 Die vertragliche Vereinbarung eines Gemeinschaftskontos mit Erbenausschlussklausel zwischen mehreren Kontoinhaberinnen und der Bank ändert nichts an der erbrechtlichen Situation. Bringt also beispielsweise ein verheirateter Mann sein ganzes Barvermögen auf ein Gemeinschaftskonto, das er hinter dem Rücken seiner Familie zusammen mit einer Freundin einrichtet, und stirbt dieser Mann alsdann, so kann zwar von Vertrags wegen die Freundin allein über das Konto verfügen; die Erben des Mannes (seine Ehefrau und seine Nachkommen) sind aus der Vertragsbeziehung mit der Bank rechtswirksam ausgeschlossen. Trotzdem fällt der Kontobestand von Erbrechts wegen in den Nachlass dieses Mannes. Seine Erben haben einen erbrechtlichen Anspruch³⁵ gegenüber der Kontoinhaberin (der Freundin des Verstorbenen), dass diese den am Todestag vorhanden gewesenen Kontobestand und die seither aufgelaufenen Erträge den Erben herausgibt.

3. Mehrheit von Schuldnern in einem Schuldverhältnis: die Solidarschuld

- 439 Eine Solidarschuld liegt vor, wenn mehrere Schuldner einer Gläubigerin die Leistung schulden, dass die Gläubigerin die ganze Leistung von jedem Schuldner fordern kann, dass jedoch die Leistung *eines* Schuldners zugleich auch die übrigen befreit (Art. 143 Abs. 1 und 147 Abs. 1 OR).
- 440 Solidarschuldverhältnisse liegen im Interesse der Gläubigerin. Für die Schuldner können sich aus der Solidarschuld dagegen Härten ergeben. Der Vorteil für die Gläubigerin liegt darin, dass sie beim Inkasso der Forderung nach ihrer Wahl jenen Schuldner auswählen kann, gegenüber dem das Inkasso am einfachsten oder am erfolversprechendsten erscheint. Ist beispielsweise von mehreren Solidarschuldnern nur ein einziger an einem nahegelegenen Gerichtsstand belangbar und zugleich solvent, wogegen die anderen Solidarschuldner als zahlungsunfähig erscheinen, dann kann die Gläubigerin sich damit begnügen, den solventen Solidarschuldner ins Recht zu fassen. Sie braucht sich um die anderen Solidarschuldner nicht zu kümmern. Es ist dann gegebenenfalls die Sache desjenigen Solidarschuldners, der die Gläubigerin befriedigen musste, sich gemäss dem Innenverhältnis zwischen den verschiedenen Solidarschuldnern anschliessend durch einen *Rückgriff (Regress)* auf die Mitschuldner zu erholen (zum Rückgriff vgl. hienach, Ziff. 449).
- 441 Solidarschuldverhältnisse sind etwas Häufiges. Sie entstehen in zahlreichen Konstellationen von Gesetzes wegen, im übrigen durch Vertrag. Gesetzliche Anordnungen schuldnerischer Solidarität finden sich beispielsweise im ZGB in Art. 166 Abs. 3 (Solidarität der Ehegatten im Bereich der gegenseitigen Vertretungsbefugnis), Art. 342 Abs. 2 (Gemeinderschaft), Art. 429 Abs. 3 (Solidarschuld von Vormund und Vormundschaftsbehörden gegenüber dem Mündel für Schädigung des Mündelvermögens), Art. 603 Abs. 1 und Art. 639 (Solidarschuld der Erben für die Schulden des Erblassers); OR Art. 50 Abs. 1 (Solidarität mehrerer Schadensverursacher bei unerlaubten

³⁵ Zum Begriff des Anspruchs vgl. Ziff. 100 ff.

Handlungen), Art. 544 Abs. 3 (solidarische Haftung der Mitglieder einer einfachen Gesellschaft für vertragliche Verpflichtungen, die namens der Gesellschaft eingegangen wurden), Art. 568 Abs. 1 (solidarische Haftung der Kollektivgesellschaftler für Vertrags- und Deliktsschulden der Gesellschaft), Art. 759 (Haftung der Organe der Aktiengesellschaft für Schäden, die sie der Gesellschaft oder deren Aktionären und Gläubigern verursacht haben).

- 442 Stehen bei Solidarschulden den Schuldnern Einreden zu, die das Schuldverhältnis in seiner Gesamtheit betreffen, wie beispielsweise die Verjährungseinrede, so obliegt jedem von der Gläubigerin belangten Schuldner, eine solche Einrede geltend zu machen und die Leistung zu verweigern. Bezahlt ein einzelner Solidarschuldner trotzdem, so verwirkt er durch die Unterlassung möglicher Verteidigungshandlungen seinen Rückgriff auf die übrigen Solidarschuldner.
- 443 Neben solchen gemeinsamen Einreden, deren Geltendmachung jedem Solidarschuldner obliegt, sobald er von der Gläubigerin belangt wird, gibt es auch *persönliche Einreden*³⁶, die nur jener Solidarschuldner geltend machen kann, dem sie individuell zustehen. Ein Beispiel ist die Verrechnungseinrede: Hat einer von mehreren Solidarschuldnern eine verrechenbare Forderung gegenüber der Gläubigerin, so kann dieser Solidarschuldner die Solidarschuld tilgen, indem er gegenüber der Gläubigerin die Verrechnung erklärt³⁷. Andere Solidarschuldner können in einem solchen Fall keine Verrechnung erklären, weil die verrechenbare Gegenforderung ihnen nicht zusteht. Tilgt in einem solchen Falle ein anderer Solidarschuldner die Solidarschuld durch Zahlung, so entgeht jenem Solidarschuldner, der die bequeme Möglichkeit der Verrechnung gehabt hätte, die Chance der Verrechnung. Dadurch verwirkt der zahlende Solidarschuldner aber nicht seinen Regress gegen jenen Solidarschuldner, der durch Verrechnung hätte tilgen können. Um Frustrationen in einem solchen Falle zu vermeiden, empfiehlt sich immer die gegenseitige Kontaktnahme zwischen allen Solidarschuldnern, bevor einer von ihnen sich anschickt, die Schuld zu tilgen. Der Zahlungswillige soll sich vergewissern, dass die übrigen Solidarschuldner gegen die bevorstehende Zahlung keinen begründeten Einspruch erheben.
- 444 Aus diesem Grunde ist es auch üblich, dass ein einzelner Solidarschuldner, der prozessual belangt wird, den übrigen Solidarschuldnern den *Streit verkündet*. Die **Streitverkündung** ist das prozessuale Mittel, die anderen (potenziellen) Schuldner in den Prozess einzubeziehen, auch wenn die Gläubigerin dies unterlassen hat. Die Empfänger der Streitverkündung heissen im Prozessrecht die *Streitberufenen*. In dieser Eigenschaft sind sie befugt, am Prozess teilzunehmen und ihrerseits Prozesseingaben zu machen, namentlich Einreden und Einwendungen gegen die eingeklagte Forderung zu erheben. Auch wenn sie dies nicht tun, sondern passiv bleiben, haben die Streitberufenen im späteren Rückgriffsfall gegenüber jenem Solidarschuldner, der im Prozess zur Zahlung verurteilt wurde, nicht mehr die *Einrede des übel geführten Prozesses*.
- 445 Damit hat es folgende Bewandnis: Wird einer von mehreren Solidarschuldnern prozessual belangt, so obliegt ihm gemäss dem hievorigen Gesagten, alle gemeinsamen Einreden³⁸ und selbstverständlich auch alle denkbaren Einwendungen gegen die Klageforderung im Prozess vorzubringen. Unterlässt der eingeklagte Solidarschuldner dies oder führt er den Prozess in anderer Hinsicht schlecht, beispielsweise indem er gerichtlich angesetzte Fri-

³⁶ Zum Begriff der Einrede vgl. Ziff. 115 ff.

³⁷ Zur Verrechnung vgl. Ziff. 299 ff.

³⁸ Zum Begriff der Einrede vgl. Ziff. 115 ff.

sten verpasst und seine Verteidigungsrechte in formeller Hinsicht schlecht wahrnimmt, dann kann das Ergebnis sein, dass der Beklagte verurteilt wird, obwohl er nach Meinung der übrigen Solidarschuldner den Prozess hätte gewinnen können. In einem solchen Falle können sich die übrigen Solidarschuldner anschliessend der Regressforderung des Verurteilten widersetzen mit der Einrede des übel geführten Prozesses. Hätten die anderen Solidarschuldner aber die Möglichkeit, kraft der Streitverkündung selber am Prozess teilzunehmen, dann steht ihnen diese Einrede³⁹ gegenüber der Regressforderung nicht mehr zu, unabhängig davon, wie gut oder wie schlecht der ursprünglich Beklagte Solidarschuldner den Prozess tatsächlich geführt hat.

- 446 Ein besonderer Vorteil der Solidarschuld für die Gläubigerin zeigt sich, wenn mehrere Solidarschuldner in Konkurs kommen. Die Gläubigerin kann in jedem Konkurs ihre ganze Forderung eingeben, selbst dann, wenn sie schon von einem der Solidarschuldner teilweise befriedigt worden ist. Dieses Gläubigerrecht ergibt sich aus der besonderen Gesetzesvorschrift von Art. 216 und 217 SchKG.
- 447 Der einzelne Solidarschuldner kann durch sein Verhalten, insbesondere durch Vereinbarungen mit der Gläubigerin, die Rechtsstellung der übrigen Solidarschuldner zwar erleichtern, nicht aber erschweren (Art. 146 OR). Verspricht einer von mehreren Solidarschuldner gegenüber der Gläubigerin bei einer vertraglich vereinbarten Abzahlungsschuld einen schnelleren Rhythmus der einzelnen Raten oder einen höheren Zinssatz für die ausstehende Restschuld, als was im ursprünglichen Vertrag vorgesehen war, dann wirkt eine solche Absprache nur zulasten jenes Solidarschuldners, der sie mit der Gläubigerin getroffen hat.
- 448 Eine Ausnahme von dieser Regel gilt bezüglich der Verjährung: Wenn ein einzelner Solidarschuldner die Verjährung durch Schuldanerkennung unterbricht, so ist die Verjährung mit Wirkung zulasten aller Solidarschuldner unterbrochen (Art. 136 OR).

4. Rückgriff (Regress) zwischen den Solidarschuldnern

- 449 Die Befugnis der Gläubigerin, unter mehreren Solidarschuldnern einen beliebigen, z.B. den zahlungsfähigsten, auszuwählen und von ihm die ganze Leistung zu verlangen (Art. 144 OR) kann zur Folge haben, dass nicht derjenige Solidarschuldner leistet, der nach dem inneren Verhältnis unter den Solidarschuldnern der wahre, eigentliche Schuldner ist. In einem solchen Falle kann der zur Zahlung herangezogene Solidarschuldner gemäss dem internen Rechtsverhältnis zu den übrigen Solidarschuldnern auf diese *Rückgriff* nehmen. Die regresspflichtigen Mitschuldner haften gegenüber dem Regressberechtigten jedoch nicht mehr solidarisch, sondern jeder nur für seinen Anteil. Im Konkurs von Solidarschuldnern wird der Rückgriff durch die Vorschrift von Art. 217 SchKG erleichtert: Der rückgriffsberechtigte Solidarschuldner kann neben der Gläubigerin die ganze Forderung im Konkurs des regresspflichtigen Solidarschuldners eingeben und hat hinter der Gläubigerin Anspruch auf einen Teil der Konkursdividende, die auf die Forderung entfällt.

³⁹ Zum Begriff der Einrede vgl. Ziff. 115 ff.

5. Bedingungen (Art. 151-157 OR)

a) Überblick

450 Art. 151-156 OR behandelt die Bedingungen, unter denen Rechtsgeschäfte getätigt, insbesondere Verträge abgeschlossen werden können. Begrifflich werden zwei Arten von Bedingungen unterschieden, nämlich

1. die aufschiebende Bedingung: *Suspensivbedingung* (Art. 151-153 OR) und
2. die auflösende Bedingung: *Resolutivbedingung* (Art. 154 OR).

b) Suspensivbedingung

451 Eine Suspensivbedingung liegt in folgendem Vertrag vor:

"Der Verkäufer verkauft und der Käufer kauft das Grundstück Hintere Gasse 12 unter der Bedingung, dass die vom Verkäufer beantragte Baubewilligung für den Ausbau des Dachstockes erteilt wird."

452 Der Vollzug des Vertrags ist aufgeschoben bis zum Erhalt der Baubewilligung.

453 Bei der Suspensivbedingung beginnt das Schuldverhältnis mit dem Abschluss des Vertrags zu bestehen. Zunächst besteht aber ein Schwebezustand, während dessen jeder Forderungsberechtigte erst eine *Anwartschaft* hat. Geht die Suspensivbedingung in Erfüllung, dann wird der Vertrag zum unbedingten. Nun ist der Leistungsaustausch beidseits geschuldet und fällig. Vereitelt eine Partei den Eintritt der Suspensivbedingung wider Treu und Glauben, so gilt die Bedingung kraft gesetzlicher Fiktion als erfüllt (Art. 156 OR).

454 Erweist sich, dass die Suspensivbedingung nicht eintritt (sogenannter *Ausfall der Bedingung*), so fällt das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien dahin und sie stehen gegenseitig so, wie wenn sie nie miteinander einen Vertrag abgeschlossen hätten.

455 Der Eintritt der Suspensivbedingung hat, vorbehaltlich abweichender Abrede zwischen den Parteien, keine Rückwirkung zur Folge. Das bedeutet im Falle eines suspensiv bedingten Grundstückkaufs beispielsweise, dass die vom Verkäufer während der Schwebezeit einkassierten Mieten und anderen Grundstückserträge beim Verkäufer verbleiben und nicht an den Käufer herauszugeben sind.

c) Resolutivbedingung

456 Das Beispiel einer Resolutivbedingung wird in folgender Vertragsklausel dargestellt:

"Der Verkäufer verkauft und der Käufer kauft das Grundstück Hintere Gasse 12; falls die zur Zeit im Gange befindliche Untersuchung des Gewässerschutzamtes eine Bodenverschmutzung im Bereich des Kaufobjektes ergeben sollte, fällt dieser Kaufvertrag ohne weiteres dahin."

457 Hier ergibt sich aus dem Vertrag, dass der Leistungsaustausch sogleich vollzogen werden soll. Tritt hinterher aber die Bedingung (amtlicher Befund der Bodenverschmutzung) ein, so fällt der Vertrag dahin.

458 Bei der Resolutivbedingung entfaltet der Vertrag zunächst die vollen Wirkungen. Tritt die Resolutivbedingung ein, so gilt der Vertrag ab sofort als nicht mehr weiterbestehend. Der Eintritt der Resolutivbedingung wirkt *dinglich*. Das bedeutet folgendes: Hatte bei einem resolutiv bedingten Kaufvertrag der Verkäufer Eigentum auf den Käufer übertragen, so war der Käufer während der Zeit bis zum Eintritt der Resolutivbedingung gültiger Eigentümer des Kaufgegenstandes. Mit dem Bedingungseintritt wird der Verkäufer wieder ohne weiteres der Eigentümer dieser Sache, ohne dass es dazu der Besitzverschaffung gemäss Art. 714 ZGB bedarf. Fällt also der Käufer der Sache nach dem Eigentumserwerb, aber vor dem Eintritt der Resolutivbedingung in Konkurs, so fällt die gekaufte Sache zunächst in die Konkursmasse, gehört aber vom Moment des Eintritts der Resolutivbedingung an wieder dem Verkäufer zu eigen, so dass dieser die Sache nun aus der Konkursmasse des Käufers herausholen kann.

d) Empfehlenswerte Vertragsredaktion

459 Bei der Redaktion von Verträgen empfiehlt es sich, die Schwebezeit von Suspensivbedingungen und das Auflösungsrisiko von Resolutivbedingungen zeitlich zu begrenzen, also etwa zu schreiben:

"Der Verkäufer verkauft und der Käufer kauft das Grundstück Hintere Gasse 12 unter der Suspensivbedingung, dass die bereits beantragte Baubewilligung bis spätestens zum 31. Dezember des laufenden Jahres erteilt wird."

460 Oder im Falle der Resolutivbedingung:

"... unter der auflösenden Bedingung, dass das Gewässerschutzamt nicht bis zum 31. Dezember des laufenden Jahres eine Bodenverschmutzung feststellt."

461 Durch eine solche zeitliche Begrenzung der Schwebezeit bzw. des Auflösungsrisikos wird die Phase der Ungewissheit für beide Vertragsparteien klar überschaubar. Andernfalls bleiben sie möglicherweise über mehrere Jahre im Ungewissen, wo es mit ihrem Vertrag schlussendlich hinaus soll.

6. Schaden und Schadenersatz

a) "Schaden" als Rechtsbegriff

462 Schaden im Rechtssinne ist *die aus einer Rechtsgutsverletzung resultierende Vermögensminderung*. Schaden und Rechtsgutsverletzung gehören begrifflich untrennbar zueinander.

463 Die meisten von Menschen erlittenen Vermögensverminderungen haben ihren Grund nicht in Rechtsgutverletzungen, sondern im Verhalten des Vermögensinhabers selber, in seiner Untätigkeit, Ungeschicklichkeit, Fehlspekulation, oder in Naturereignissen (z.B. Hagelschlag) sowie in rechtmässigem Verhalten anderer Menschen (z.B. Einführung neuer Produkte auf dem Markt, was die Altbestände der Konkurrenten unverkäuflich macht). Das Haftpflichtrecht befasst sich nicht mit solchen Vermögensverminderungen. Schaden ist demgemäss nicht ein äusserlich feststellbarer, sichtbarer Sachverhalt, sondern er ergibt sich aus der Gesamtbetrachtung äusserer Vorgänge und Sachverhalte und ihres rechtlichen Kontextes. Angesichts einer zerbeulten Karrosserie kann man von einem

Blebschaden sprechen. Aber der Blebschaden ist, für sich allein genommen, kein "Schaden" im Rechtssinne. Zerbeulte Autos auf einer Schrotthalde sind Abfall, nicht "Schaden". Vom Hagel beschädigte Tomaten sind Kompost, nicht "Schaden". Das Veralten von Produkten führt zur Lagerentwertung, nicht zu einem Schaden.

- 464 Die im Haftpflichtrecht interessierende *rechtsgutsverletzende Schädigung* ist stets ein vom Geschädigten *nicht gewolltes Ereignis*.
- 465 Der Schaden als dessen Ergebnis ist eine geistige (rechnerische) Grösse, nämlich die *Differenz zwischen dem (hypothetischen) Stand des Vermögens, das der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis heute hätte, minus den Vermögensstand, der ihm infolge des schädigenden Ereignisses heute tatsächlich geblieben ist*. Der Schaden umfasst sowohl den *positiven Schaden* (lat.: *damnum emergens* = Verminderung von Aktiven oder ihrem Wert, Vermehrung von Passiven) als auch den *entgangenen Gewinn* (lat.: *lucrum cessans*).
- 466 Äusserlich sichtbar ist nur der heutige tatsächliche Vermögensstand. Der hypothetische höhere Vermögensstand und die Differenz zwischen dem hypothetischen und dem tatsächlichen Vermögensstand sind unsichtbare Dinge - reine Rechnungsgrössen.
- 467 Der Schadensbegriff hat zwei verschiedene Kategorien von Sachverhalten abzudecken:
- (a) die Schäden aus unrichtiger Vertragserfüllung und
 - (b) die Schäden aus unerlaubten Handlungen.

Dies sei illustriert:

- 468 Wenn der Verkäufer die Ware nicht am versprochenen Termin liefert, so erleidet der Käufer möglicherweise in seiner eigenen Fabrikation einen Betriebsunterbruch, oder es entgeht ihm ein gutes Geschäft, das er durch termingerechten Weiterverkauf der Ware hätte machen können. Die Schadenersatzpflicht des säumigen Verkäufers bezieht sich hier auf das vertraglich Versprochene. Die in die Differenzrechnung einzubeziehende Hypothese heisst: *"Vermögensstand des Käufers im hypothetischen Falle, dass der Verkäufer rechtzeitig geliefert hätte."* Der schadenersatzpflichtige Verkäufer hat seinen Vertragspartner finanziell so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. "Schaden" heisst im Vertragsrecht also die Differenz zwischen dem Vermögen des Geschädigten im hypothetischen Falle der richtigen Vertragserfüllung, minus Vermögensstand, wie er sich aufgrund der unrichtigen Vertragserfüllung nun tatsächlich darstellt. Verletztes Rechtsgut ist der vertragliche Anspruch des Käufers auf rechtzeitige und richtige Lieferung der gekauften Sache.
- 469 Anders im *ausservertraglichen Bereich*, d.h. bei der Haftpflicht für unerlaubte Handlungen. Dort geht es um die Wiederherstellung eines Zustandes, wie er ohne das *schädigende Ereignis* bestünde.
- 470 Haftpflichtbegründend sind in diesem Bereich nur solche schädigenden Ereignisse, die kausal auf ein *menschliches Verhalten* zurückgehen und kraft dieses Kausalzusammenhangs haftpflichtrechtlich einer natürlichen oder juristischen Person *zugerechnet* werden können. Diese Konstellation ist der Gegenstand des Haftpflichtrechts und wird in Ziff. 551 ff. behandelt. Naturereignisse, die keinem Menschen zugerechnet werden können, wie beispielsweise Meteor-Einschläge, begründen keine Haftpflicht.

- 471 Bei Persönlichkeitsverletzungen (Art. 28 ZGB, Art. 49 OR) hat der Verletzte für die erlittene körperliche und seelische Unbill Anspruch auf eine **Genugtuungszahlung** (Art. 49 OR). Die Genugtuung gleicht den "moralischen Schaden" (französisch: "tort moral") aus.
- 472 Besteht der immaterielle Schaden in **entgangenem Genuss** (z.B. bei verpfuschten Ferien), so gibt es keinen Ersatz (es sei denn, die Verschaffung des Genusses habe zu den Vertragspflichten der anderen Partei gehört und die Eventualität des entgehenden Genusses sei für diesen Vertrag gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelt).
- 473 Das Gleiche gilt im Falle **nicht erfüllter Erwartungen** bzw. nutzloser Aufwendungen, wenn sich die erlittene Enttäuschung nicht als Vermögensdifferenz darstellen lässt. Man spricht in diesen Fällen vom "**Frustrationsschaden**"⁴⁰ oder "**Repetitionsschaden**" (Erfordernis der Repetition einer Aufwendung), wobei diese Begriffe zwischen Anführungszeichen gesetzt zu werden pflegen, weil kein Schaden im Rechtssinne vorliegt. Diesbezüglich lehnt das Bundesgericht bis heute eine Ersatzpflicht ab, letztmals in BGE 115 II 474 (verpfuschte Ferien an der Adria) mit folgender Begründung (S. 481 unten): *"Die Anerkennung ersatzfähigen immateriellen Schadens ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar; [...] Das muss auch dort gelten, wo eine bestimmte Aufwendung ihren inneren Wert verliert, weil sich der mit ihr angestrebte Zweck nicht oder nicht vollständig einstellt (a.M. VON TUHR/PETER [...]); diesfalls wird nicht das Vermögen geschmälert, sondern bloss eine Erwartung enttäuscht."*

b) Schadenersatz im Vertragsrecht: Allgemeines

- 474 Nachstehend geht es um den Begriff des Schadens im *vertraglichen Bereich*, d.h. um den durch Nichterfüllung oder Schlechterfüllung von Verträgen verursachten Schaden.
- 475 Bei der **Slechterfüllung des Vertrags**, beispielsweise bei Lieferung eines Computer-Bildschirms, der wegen eines Konstruktionsfehlers bei der ersten Benützung zu brennen beginnt und im Büro des Käufers einen Brand verursacht, liegt ein *schädigendes Ereignis* von der Art vor, wie es auch für das Haftpflichtrecht (Deliktsrecht) typisch ist.
- 476 Bei der **Nichterfüllung eines Vertrags** ist das schädigende Ereignis typischerweise ein *Nicht-Ereignis*: Die versprochene Leistung bleibt aus. Auf diese Konstellation passt die Unterteilung des Schadens in die beiden Kategorien:
- a) Das *positive Vertragsinteresse* (auch *Erfüllungsinteresse* genannt) und
 - b) das *negative Vertragsinteresses* (auch *Vertrauensschaden* genannt).

c) Das positive Vertragsinteresse als Kriterium der Schadenersatzbemessung

- 477 Bei Nichterfüllung und Schlechterfüllung gültig abgeschlossener Verträge wird bei der Schadensberechnung auf das positive Vertragsinteresse ("*Erfüllungsinteresse*") abgestellt.

⁴⁰ Von lateinisch "*frustra*" = vergeblich: vergeblich getätigte Aufwendungen.

- 478 Das positive Vertragsinteresse wird errechnet gemäss der Fragestellung: *Wie hoch wäre das Vermögen des Geschädigten, wenn der Schuldner vertragsgemäss seine Leistungspflicht erfüllt hätte?*
- 479 Hauptinhalt des positiven Vertragsinteresses ist der *entgangene Gewinn*, d.h. der wirtschaftliche Wert der schuldnerischen Leistung im Vermögen des Gläubigers unter Berücksichtigung einer allfälligen gläubigerischen Gegenleistung.
- 480 Die Schadensberechnung kann nach der Methode der *konkreten Schadensberechnung* oder nach der Methode der *abstrakten Schadensberechnung* erfolgen. Bei der **konkreten Schadensberechnung** wird danach gefragt, was der Geschädigte angesichts der Vertragsverletzung der Gegenpartei konkret getan oder nicht getan hat. Bestand die Vertragsverletzung beispielsweise in der Nichtlieferung einer verkauften Sache, und deckt sich der Käufer deswegen bei einer anderen Bezugsquelle zu einem höheren Preis ein, so ist die Differenz zwischen dem Preis des nicht erfüllt gebliebenen Kaufvertrages und dem konkret bezahlten Preis der *konkrete Schaden*.
- 481 Im gleichen Beispiel kommt man zu **abstrakter Schadensberechnung**, wenn nicht gefragt wird, zu welchem konkreten Preis der Käufer sich tatsächlichen Ersatz beschafft hat, sondern wenn man statt dessen fragt, wie hoch der Marktpreis für die nicht gelieferte Kaufsache am Tage der Fälligkeit war. Die Differenz zu diesem Marktpreis ist der abstrakte Schaden, bei dessen Quantifizierung es nicht von Belang ist, ob der Käufer überhaupt einen Deckungskauf vorgenommen hat.
- 482 Art. 191 Abs. 3 OR sieht die abstrakte Schadensberechnung im kaufmännischen Verkehr bezüglich von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, vor. Für alle anderen Fälle von nicht erfüllten Kaufverträgen galt nach überwiegender Lehre in der Vergangenheit grundsätzlich die konkrete Schadensberechnung. Das Bundesgericht hat nun aber im Jahre 1994 (BGE 120 II 296, Ferrari F-40) auch für den nicht kaufmännischen Verkehr und für ein Objekt, für das es keinen Markt- oder Börsenpreis gab, die abstrakte Schadensberechnung zugelassen.

d) Das negative Vertragsinteresse als Kriterium der Schadenersatzbemessung

- 483 Das negative Vertragsinteresse (bzw. gleichbedeutend: der *Vertrauensschaden*) wird errechnet gemäss der Fragestellung: *Wie hoch wäre das Vermögen des Geschädigten, wenn er sich überhaupt nicht auf diesen Vertrag eingelassen und nicht auf dessen Erfüllung vertraut hätte?*
- 484 Das negative Vertragsinteresse hat nur in wenigen Fallgruppen eine praktische Bedeutung, nämlich gemäss ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes
- a) für den Schaden, der einem Vertragsteil durch die Berufung auf selbstverschuldeten Irrtum seitens der anderen Vertragspartei verursacht wird (Art. 26 Abs. 1 OR),
 - b) für den Schaden, der dadurch entsteht, dass sich jemand, ohne bevollmächtigt zu sein, als Stellvertreter beim Vertragsschluss ausgibt und die Genehmigung des Vertretenen ausbleibt (Art. 39 OR; BGE 58 II 429),
 - c) für den Schaden, der bei erlaubtem und von der Gegenpartei verschuldetem Rücktritt vom Vertrag dem Zurücktretenden entsteht (Art. 109 Abs. 2 OR).

- 485 Es gibt noch weitere Fälle, jedoch ohne wesentliche praktische Bedeutung.
- 486 Zum negativen Vertragsinteresse gehören vorab die Kosten (als *damnum emergens*: Abschlusskosten, Kosten in Erwartung der Vertragserfüllung, Mahnungs- und Rücktrittskosten, Kosten aus der Ersatzpflicht gegenüber Dritten). Hinzu kommt der Ersatz für nicht bezogene Früchte und Zinsen, ferner der entgangene Gewinn aus einem Geschäft das infolge des Vertragsschlusses unterblieben ist, nicht aber der mutmassliche Gewinn aus Folgegeschäften des dahingefallenen Vertrages (dieser Gewinn würde zum positiven Vertragsinteresse gehören).
- 487 Im konkreten Einzelfall kann immer nur entweder das positive Vertragsinteresse oder das negative Vertragsinteresse gefordert werden. Die beiden Berechnungsarten schliessen sich gegenseitig aus Gründen der Logik aus.

e) Direkter und indirekter Schaden

- 488 *Direkter Schaden* heisst derjenige Schaden, den der Schädiger dem Geschädigten verursacht. *Indirekter Schaden* heisst der Schaden, den Dritte durch das Verhalten oder Ausfallen des Erstgeschädigten erleiden. Als Beispiel denke man an einen Verkehrsunfall, bei dem ein fehlerhafter Automobilist einen Fahrradfahrer verletzt. Die Heilungskosten sind direkter Schaden, vom Schädiger dem Erstgeschädigten verursacht. Das Fernbleiben des Verletzten von seinem Arbeitsplatz zwingt dessen Arbeitgeber, mit zusätzlichen Lohnkosten eine Ersatz-Arbeitskraft temporär einzustellen. Die dem Arbeitgeber verursachten Mehrkosten sind indirekter Schaden.
- 489 Merke: "*Indirekter Schaden - indirekter Ersatz*" (bzw. in der Regel: *kein Schadenersatz*). Das bedeutet: Der indirekt Geschädigte kann sich nicht an den Schädiger wenden. Im genannten Beispiel kann der Arbeitgeber des verletzten Fahrradfahrers keinen Schadenersatz vom fehlerhaften Automobilisten beanspruchen. Dass Arbeitskräfte von der Arbeit fernbleiben - aus welchem Grund auch immer -, gehört zum normalen Geschäftsrisiko jedes Arbeitgebers, das dieser selber zu tragen hat.

f) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

- 490 Mit dem Begriffspaar des unmittelbaren und des mittelbaren Schadens wird die Nähe des Schadens zum schädigenden Ereignis beschrieben. Beim Verkehrsunfall mit Körperverletzung sind die Heilungskosten des Verletzten sein unmittelbarer Schaden, der anschließende Verdienstausschlag sein mittelbarer Schaden. Entgangener Gewinn ist immer mittelbarer Schaden.
- 491 Die begriffliche Unterscheidung ist in der Regel bedeutungslos, desgleichen die genaue Grenzziehung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Schaden, weil der Schädiger gegenüber dem Geschädigten sowohl für den unmittelbaren wie für den mittelbaren Schaden Ersatz zu leisten hat.
- 492 Einzig bei der Schadenersatzpflicht des Verkäufers für einen mangelhaft gelieferten Kaufgegenstand spielt die Unterscheidung eine Rolle: Gemäss Art. 208 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer für den unmittelbaren Schaden des Käufers kausal, d.h. auch ohne Verschulden, wogegen er gemäss Art. 208 Abs. 3 OR für den mittelbaren (im Gesetz: für den

"weiteren") Schaden (für den sogenannten *Mängelfolgeschaden*) nur haftet, wenn ihm der Nachweis seiner Unschuld misslingt. Zu den Mängelfolgeschäden gehören Personenschäden, Sachschäden an anderen Gegenständen, Vermögensschäden einschliesslich des entgangenen Gewinns des Käufers. Man denke an den Fall, in dem die gekaufte Sache wegen eines Sachmangels explodiert ist, Personen verletzt, andere Sachen beschädigt und zu einem Betriebsstillstand im Unternehmen des Käufers geführt hat.

g) Der für die Schadensberechnung massgebliche Stichtag

493 Der für die Schadensberechnung massgebende Stichtag wird durch den Eintritt des schädigenden Ereignisses bestimmt, bei Nichterfüllung des Vertrags also durch den Fälligkeitszeitpunkt. Bei gerichtlicher Streiterledigung wird der Schaden auf den Zeitpunkt des Urteils berechnet, sofern die Berechnung auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses für den Geschädigten nicht günstiger ist; denn eine allfällige Sachwertminderung im Zeitraum zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Urteil soll nicht zu Lasten des Geschädigten gehen⁴¹.

494 Weil und insofern für die Ermittlung des Schadens auch der hypothetische Kausalverlauf von Bedeutung ist, ist die *künftige Entwicklung* der Dinge zu berücksichtigen, *soweit sie mit genügender Sicherheit vorausgesehen werden kann*. Da zwischen dem schädigenden Ereignis und der Festsetzung des Schadenersatzes durch das Gericht regelmässig eine längere Zeit verstreicht, tritt für diese Zeitspanne der tatsächliche Verlauf an die Stelle der Hypothese. Bei gerichtlicher Streiterledigung wird der Schaden also auf den Zeitpunkt des Urteils berechnet.

h) Adäquate Kausalität

495 Im vertraglichen wie im ausservertraglichen Schadenersatzrecht haftet der Schädiger nur für Schäden, die er *adäquat kausal* verursacht hat. Für den Begriff der adäquaten Kausalität wird auf Ziff. 567 ff. verwiesen.

i) Schadenersatzpflicht ist in Geld zu erfüllen

496 Der Schadenersatz ist in der Regel in Geld zu leisten.

j) Ausschluss von Schadenersatzforderungen in besonderen Fällen

497 Gewisse Vermögenseinbussen gelten aus ethischen Gründen nicht als Schaden und berechtigen den davon Betroffenen nicht zu einer Schadenersatzforderung gegen den Verursacher. Hierzu gehört die vertragswidrige Meldung eines nicht versteuerten Bankkontos seitens des Bankangestellten an den Fiskus. Zwar liegt eine widerrechtliche Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 Bankengesetz) vor, aber die vom Bankkunden nun zu be-

⁴¹ Vgl. BGE 109 II 474 (477).

zahlenden Nach- und Strafsteuern sind von ihm selber zu tragen. Die Verletzung des Bankgeheimnisses ist nur eine Schein-Ursache für die Vermögensminderung. Die wesentliche Ursache liegt in der Steuerhinterziehung als solcher. Sie ist ausschliesslich vom Bankkunden zu vertreten.

- 498 Grundsätzlich können Bussen, die einer Person auferlegt werden, nicht auf dem Wege des Schadenersatzes auf andere Personen überwältzt werden. Wer fremde Geldstrafen bezahlt, vereitelt den erzieherischen Zweck der Strafe.

k) Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung

- 499 Hat das Gericht in einem ersten Schritt den Schaden berechnet, so bestimmt es in einem zweiten Schritt den Umfang des vom Schädiger zu leistenden Schadenersatzes. Art. 43 Abs. 1 OR gibt dem Gericht hiebei einen weiten Ermessensspielraum. Der erste Schritt heisst *Schadensberechnung*, der zweite *Schadenersatzbemessung*. Beim zweiten Schritt hat das Gericht die Umstände und die Grösse des Verschuldens zu berücksichtigen. Die wichtigsten Gründe, den Schadenersatz zu reduzieren, bestehen im Selbstverschulden des Geschädigten (Art. 44 Abs. 1 OR⁴²), in mitursächlichem Zufall, in konstitutioneller Prädisposition⁴³ und in der Tatsache, dass der nur leicht fahrlässige Schuldner durch die Verpflichtung zum Ersatz des ganzen Schadens in eine Notlage versetzt würde.
- 500 Art. 43 und 44 OR sind gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch auf die Bemessung des Schadenersatzes aus Art. 97 anwendbar.

7. Konventionalstrafe, Haftgeld, Reugeld

a) Die Konventionalstrafe

- 501 Konventionalstrafe heisst eine *Abrede, wonach für den Fall der Nichterfüllung oder nicht richtigen Erfüllung einer Schuldpflicht der Schuldner eine bestimmte Leistung, regelmässig eine Geldzahlung, zu erbringen hat*.
- 502 Konventionalstrafen können vorgesehen werden in *Verträgen*, ferner in den *Statuten* juristischer Personen.
- 503 Konventionalstrafen werden vor allem vereinbart, wenn die Verpflichtungen, deren Sicherung die Konventionalstrafen dienen, nicht leicht vollstreckbar sind, ferner wenn der Schadensbeweis schwierig ist oder wenn gar kein materieller Schaden vorherzusehen ist.

⁴² Aus Art. 44 Abs. 1 OR leitet sich auch die sogenannte Schadensminderungspflicht, d.h. die Obliegenheit der geschädigten Person ab, alles Zumutbare vorzukehren um den entstandenen Schaden möglichst gering zu halten. Als Beispiel mag der Fall dienen, in dem jemand keinen Arzt aufsucht oder eine aussichtsreiche und zumutbare Operation verweigert, die ein vernünftiger Mensch in gleicher Lage vornehmen würde. Notwendig und zumutbar kann auch eine Berufsänderung sein. - Die Missachtung der Schadensminderungspflicht gibt der Gegenpartei keine Gläubigerposition, führt aber zu einer Reduktion des Schadenersatzanspruchs der geschädigten Partei.

⁴³ Damit ist die besondere Veranlagung des Geschädigten, etwa seine Bluterkrankheit, gemeint: Führt eine Ohrfeige zu Nasenbluten mit einem schweren Blutverlust, so ist die besondere, in der Person des Verletzten liegende Gefährdung ein Grund, den Schädiger nicht den vollen Schaden tragen zu lassen.

- 504 Die Konventionalstraf-Verpflichtung besteht nur, wenn eine Hauptverpflichtung besteht und verletzt worden ist. Da die Konventionalstrafe stets zu einer Hauptverpflichtung hinzutritt bzw. zur Hauptverpflichtung *akzessorisch ist*, bedarf die Vereinbarung der Konventionalstrafe der gleichen Form wie die Hauptverpflichtung, bei deren Nichterfüllung die Strafe bezahlt werden soll. Ist die Hauptverpflichtung wegen Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit gemäss Art. 20 OR nichtig, dann ist auch die Konventionalstrafe nichtig, die zur Sicherung einer solchen Hauptverpflichtung vereinbart wurde.
- 505 Es werden drei Arten von Konventionalstrafen unterschieden, die *exklusive Konventionalstrafe*, die *alternative Konventionalstrafe* und die *kumulative Konventionalstrafe*.
- 506 **Exklusiv** heisst die Konventionalstrafe, wenn der Schuldner gemäss der getroffenen Vereinbarung befugt sein soll, gegen Bezahlung der Konventionalstrafe vom Vertrag zurückzutreten, ohne weitere Schadenersatzpflichten wegen Vertragsbruchs befürchten zu müssen. Diese Art der Konventionalstrafe findet sich erwähnt in Art. 160 Abs. 3 OR.
- 507 **Alternativ** heisst die Konventionalstrafe, wenn gemäss der getroffenen Vereinbarung die Gläubigerin die Wahl hat, ob sie vom Schuldner die Vertragserfüllung oder die Konventionalstrafe verlangen will. Diese Art der Konventionalstrafe ist in Art. 160 Abs. 1 OR erwähnt und gilt nach Meinung des Gesetzgebers als der Normalfall. Der alternativen Konventionalstrafe kommt wirtschaftlich eine Schadenersatzfunktion zu. Die Konventionalstrafe ist im vollen Umfange auch dann geschuldet, wenn die Gläubigerin nicht nachweislich geschädigt ist oder wenn ihr Schaden kleiner ist als die Konventionalstrafe. In der Befreiung der Gläubigerin vom Schadensnachweis liegt der wesentliche Zweck der Konventionalstrafe.
- 508 **Kumulativ** heisst die Konventionalstrafe, wenn die Gläubigerin gemäss der getroffenen Vereinbarung sowohl die nachträgliche Vertragserfüllung als auch die Konventionalstrafe fordern kann. Gemäss Art. 160 Abs. 1 OR bedarf die kumulative Konventionalstrafe einer ausdrücklichen Vereinbarung und wird von Gesetzes wegen nicht vermutet. Die Hauptanwendung der kumulativen Konventionalstrafe findet sich beim Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag (Art. 340b Abs. 3 OR).
- 509 Da der Schuldner beim Vertragsschluss meist überzeugt ist, den Vertrag halten zu können, ist er geneigt, in leichtfertiger Weise der Gläubigerin auf deren Verlangen eine übermässig hohe Konventionalstrafe zu versprechen, namentlich wenn die Gläubigerin dies zur Bedingung des Vertragsschlusses macht und der Schuldner am Zustandekommen des Vertrags sehr interessiert ist. Aus diesem Grund ermächtigt Art. 163 Abs. 3 OR den Schuldner, eine "*übermässig hohe*" Konventionalstrafe durch das Gericht nach freiem richterlichem Ermessen herabsetzen zu lassen. Es handelt sich um einen der seltenen Fälle *gerichtlicher Inhaltskontrolle* von privatautonom geschlossenen Verträgen im schweizerischen Privatrecht. *Übermässig* ist die Konventionalstrafe, wenn zwischen deren vereinbarter Höhe und dem Erfüllungsinteresse der Gläubigerin ein krasses Missverhältnis besteht⁴⁴.
- 510 Als **unechte Konventionalstrafe** wird das Versprechen einer Leistung bezeichnet, die geschuldet sein soll, wenn sich die versprechende Partei in einer bestimmten Weise rechtmässig verhält. So kann vereinbart werden, dass ein Vertrag jederzeit auf drei Monate kündbar ist, dass aber die kündigende Partei der anderen Partei im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung eine Geldzahlung in der Höhe von X zu leisten hat. Soweit solche Geld-

⁴⁴ Vgl. BGE 114 II 264; 102 II 420, 426

zahlungen bei ordentlicher Vertragsbeendigung lediglich dem Bereicherungsausgleich dienen (beispielsweise beim Mietvertrag der Abgeltung der wertvermehrenden Investitionen der Mieterin, beim Baurechtsvertrag der Abgeltung des Wertes der heimfallenden Bauten, beim Alleinvertriebs- oder beim Agenturvertrag der Abgeltung des Goodwills bzw. des Wertes der erworbenen Kundschaft), kann nicht von einer unechten Konventionalstrafe gesprochen werden. Übersteigen solche Leistungsversprechungen aber den Bereicherungsausgleich deutlich, so haben sie Konventionalstrafen-Charakter, indem sie die eine oder andere Partei davon abhalten sollen, ihre vertragliche Befugnis auf Kündigung auszuüben. Solche unechten Konventionalstrafen unterliegen ebenfalls der richterlichen Herabsetzung auf das vernünftige Mass, und zwar in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR.

b) Haftgeld, Reugeld

- 511 Art. 158 OR regelt unter dem Titel "*Haft- und Reugeld*" Sachverhalte, die im heutigen Rechtsleben kaum mehr vorkommen, nämlich die gleichzeitig mit dem Vertragsschluss von einer Partei geleistete Geldzahlung, "*die nicht den Charakter einer Akontozahlung auf deren vertragliche Schuldpflicht haben soll*". Wenn im 19. Jahrhundert ein Bauer dem andern eine Kuh verkaufte, mochte es vorkommen, dass die beiden Kontrahenten im nächsten Wirtshaus gemeinsam ein Glas Wein trinken gingen, worauf der Käufer dem Verkäufer einen Batzen Geld über den Tisch zuschob, zur blossen Bekräftigung, dass der Vertragsschluss ernst gemeint sei, aber nicht im Sinne einer Anzahlung auf den Kaufpreis. War dies die Meinung, so hiess die beim Vertragsschluss geleistete Zahlung **Haftgeld**. Mit diesem Begriff wurde ausgedrückt, dass der Käufer fortan für den vollen vereinbarten Kaufpreis tatsächlich haften sollte. Das Haftgeld war also, wie ein Trinkgeld, eine zusätzliche Leistung, die zum vereinbarten Kaufpreis dazukam. In Art. 158 Abs. 1 OR findet sich für diese zusätzliche Leistung der Begriff des "*Draufgeldes*".
- 512 Ergab sich aus der Vereinbarung der Parteien, dass die beim Vertragsschluss geleistete Zahlung den Charakter einer Anzahlung bzw. eines Akontos auf die geschuldete Hauptleistung haben sollte, so handelte es sich zwar ebenfalls um ein Haftgeld, aber nicht im Sinne des Draufgeldes, sondern im Sinne des im Gesetz ebenfalls erwähnten "*Angeldes*" (= Anzahlungs-Geld).
- 513 Der Begriff des **Reugeldes** meint eine ebenfalls anlässlich des Vertragsschlusses bezahlte Geldsumme, gegen deren Preisgabe der Zahlende gemäss Art. 158 Abs. 3 ZGB später ohne weitere Schadenersatzfolgen vom Verträge zurücktreten durfte. Beim Reugeld räumen sich die Parteien also gegensätzlich die Befugnis ein, binnen einer bestimmten Frist (in der Regel: bis zum Zeitpunkt der Vertragserfüllung) gegen Bezahlung des Reugelds vom Vertrag zurückzutreten, ohne einen darüber hinausgehenden Schadenersatz wegen Vertragsbruchs leisten zu müssen.
- 514 Reugelder kommen heute ausnahmsweise noch im Grundstückverkehr vor. Ferner gibt es eine ähnliche Erscheinung massenhaft an der Börse bei den sogenannten Prämiengeschäften, bei denen die eine Partei gegen Erlegung einer im Voraus fixierten Geldsumme, der sogenannten Prämie, den geschlossenen Vertrag bei Fälligkeit der Leistungen aufheben kann. Solche Prämien werden aber, abweichend vom Reugeld des Art. 158 OR, erst bei Fälligkeit der Wertschriftenoption, nicht bereits beim Vertragsschlusse bezahlt.

515 In der Praxis finden sich heutzutage Reugelder ferner noch bei der Buchung von Transportleistungen, Beherbergungsverträgen und Pauschalreisen, wenn etwa vereinbart wird, die Buchung werde erst verbindlich entgegengenommen, wenn die Bestellerin eine bestimmte Geldsumme überwiesen hat, und wenn gleichzeitig vereinbart wird, die Bestellerin sei befugt, bis spätestens X Tage vor Reisebeginn vom Verträge zurückzutreten, wobei dann das bei der Buchung bezahlte Geld verfalle. Solche Absprachen haben offensichtlichen Konventionalstrafen-Charakter. Betrachtet man den Rücktritt vom Vertrag als Vertragsbruch, so erhält das Reugeld den Charakter der exklusiven Konventionalstrafe für den Vertragsbruch, d.h. das rechtswidrige (vertragswidrige) Verhalten der Bestellerin. Erblickt man in der Vereinbarung dagegen eine Absprache, wonach die Bestellerin befugt sein solle, vom Vertrag gegen Bezahlung des Reugelds zurückzutreten, so erscheint deren vorzeitiger Rücktritt als ein vertragskonformes und damit rechtmässiges Verhalten, das vereinbarte Reugeld demgemäss als unechte Konventionalstrafe. Es liegt auf der Hand, dass die Frage der gerichtlichen Inhaltskontrolle gemäss Art. 163 Abs. 3 OR (Herabsetzung bei übermässiger Höhe) nicht davon abhängen darf, welche der beiden Betrachtungsweisen - Vertragsbruch mit echter Konventionalstrafe oder vertragskonformer Rücktritt mit unechter Konventionalstrafe - gewählt wird.

8. Forderungsabtretung

516 Die Forderungsabtretung (auch *Zession* genannt) ist in den Art. 165-174 OR geregelt. Wichtig sind namentlich folgende Elemente der gesetzlichen Regelung:

- Die Forderungsabtretung bedarf in der Regel keiner Zustimmung oder Mitwirkung des Schuldners; der Schuldner muss sich widerspruchslos gefallen lassen, dass der Gläubiger die Forderung an eine beliebige Drittperson, z.B. an ein Inkassobüro, abtritt.
- Die Forderungsabtretung bedarf der Schriftform. Die schriftliche Zessionserklärung kann also etwa folgendermassen lauten: "*Ich, Pius Kramer, trete hiermit meine Darlehensforderung von 1000 Franken gegenüber meinem Neffen Paul Deppeler an Herrn Frank Hugentobler ab. - Unterschrift Pius Kramer.*" - Der Abtretende (hier Pius Kramer) wird auch der *Zedent* genannt, der Abtretungsempfänger (hier Frank Hugentobler) der *Zessionar*. Für den Schuldner der abgetretenen Forderung (Paul Deppeler) verwenden Juristen zuweilen das lateinische Wort "*debitor cessus*" (= "abgetreter Schuldner").

517 Die Forderungsabtretung ist ein *Verfügungsgeschäft* (vgl. zu diesem Begriff Ziff. 52 ff.). In der Regel liegt dieser Verfügung eine vertragliche Verpflichtung als Rechtsgrund zugrunde.

518 In der Bankpraxis werden Betriebskredite an Unternehmen zuweilen abgesichert dadurch, dass das Unternehmen seine sämtlichen Debitoren der kreditgebenden Bank global zediert. Solche *Globalzessionen* umfassen auch die Abtretung *künftiger Forderungen*, nämlich der Guthaben, die dem Unternehmen aus künftigen Lieferungen und Dienstleistungen an seine Kunden entstehen. Auch dies ist zulässig und wirksam. Die abtretende Unternehmung, die von der Bank X den Betriebskredit erhalten und dieser Bank alle Debitoren global zediert hat, schreibt dann auf jede Faktura, die sie einem Kunden schickt: "*Wir bitten Sie, den Rechnungsbetrag auf unser Konto bei der Bank X überweisen zu wollen.*" Auf diese Weise läuft der ganze Zahlungsverkehr über die Bank X. Fällt die Unternehmung in Konkurs, so fliessen die Kundenzahlungen für die versandten Rechnungen

für alle vor Konkurseröffnung erbrachten Leistungen auch während des Konkursverfahrens ausschliesslich zur Bank X und dienen dort dazu, den Sollsaldo des Kreditkontos der konkursiten Unternehmung zu reduzieren.

- 519 Ausserhalb des Konkurses merken die zedierten Debitoren von der Globalzession nichts. Die Zession wird ihnen in der Regel nicht mitgeteilt, solange die zedierende Unternehmung geordnete finanzielle Verhältnisse aufweist. Die Mitteilung der Zession würde die Kundschaft verunsichern und die Ertragskraft der Unternehmung schwächen. Das liegt weder im Interesse der Unternehmung noch im Interesse ihrer Bank.
- 520 Solange die Forderungsabtretung einem Schuldner nicht mitgeteilt ("notifiziert") ist, zahlt er mit befreiender Wirkung an den Zedenten. Nach Erhalt der Notifikation befreit sich der Schuldner nur noch durch Zahlung an den Zessionar.

9. Schuldübernahme

- 521 Schuldübernahme bedeutet, dass jemand seine Schuld durch eine andere Person übernehmen lässt in einer Weise, dass der bisherige Schuldner von seiner bisherigen Schuld befreit wird.
- 522 Die Schuldübernahme ist in den Art. 175-180 OR geregelt. Es empfiehlt sich, diese Bestimmungen zu lesen.
- 523 Die Schuldübernahme kommt zustande durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem übernehmenden Schuldner. Der Vertrag bedarf nicht der Schriftform, sondern kann auch mündlich oder konkludent abgeschlossen werden. Wird er schriftlich formuliert, so kann er beispielsweise folgendermassen lauten: *"Ich, Pius Kramer, übernehme hiermit die Darlehensschuld von 1000 Franken meines Neffen Paul Deppeler gegenüber Herrn Frank Hugentobler. - Ich, Frank Hugentobler, stimme dieser Schuldübernahme zu und entlasse Herrn Paul Deppeler aus seiner Schuld. - Unterschriften Pius Kramer / Frank Hugentobler."*

H. Anwendbares Recht und Gerichtsstand

1. Anwendbares Recht

- 524 Wohnen sämtliche Parteien eines Vertrags im gleichen Staat, so kommen auf ihren Vertrag ohne weiteres die Gesetze und Verordnungen dieses Staates zur Anwendung. Wohnen die Parteien in verschiedenen Ländern, beispielsweise der Verkäufer in Lörrach, der Käufer in Basel, so fragt sich, ob auf den Kaufvertrag das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) oder das schweizerische Obligationenrecht (OR) anzuwenden ist.
- 525 Die Regeln zur Frage, welches staatliche Recht bei grenzüberschreitenden ("internationalen") Rechtsverhältnissen anzuwenden ist, werden zusammengefasst unter dem Begriff *"internationales Privatrecht"* (abgekürzt *IPR*, englisch: *"conflict of laws"*). Regeln des internationalen Privatrechts finden sich in zahlreichen Staatsverträgen. Die Schweiz hat ihre international-privatrechtlichen Regeln im *Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht* (abgekürzt *IPRG*, in Kraft seit 1.1.1989) zusammengefasst.

- 526 Die Regeln des internationalen Privatrechts sind ebenso kompliziert wie ihre Anwendung. Denn es kommt nicht nur auf die Rechtsauffassung der Schweiz, sondern immer auch darauf an, wie die übrigen betroffenen Staaten den Fall ansehen. So kann es denn vorkommen, dass bezüglich eines bestimmten Rechtsverhältnisses mehrere Staaten die Regelungskompetenz beanspruchen, oder dass kein Staat davon etwas wissen will.
- 527 Es kann an dieser Stelle nicht darum gehen, die Regeln des internationalen Privatrechts umfassend darzustellen.
- 528 Vielmehr sollen die für den Praktiker wichtigsten Regeln im Wortlaut des schweizerischen IPRG mitgeteilt werden. Sie lauten:

IPRG Art. 116 Abs. 1. - Obligationenrecht - Anwendbares Recht. - a) Rechtswahl

1 Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht.

2 ...

IPRG Art. 117 - b) Fehlen einer Rechtswahl

1 Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt.

2 Es wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet.

3 Als charakteristische Leistung gilt namentlich:

a) Bei Veräußerungsverträgen die Leistung des Veräußerers;

b) bei Gebrauchsüberlassungsverträgen die Leistung der Partei, die eine Sache oder ein Recht zum Gebrauch überlässt;

c) bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen die Dienstleistung;

d) bei Verwahrungsverträgen die Leistung des Verwahrers;

e) bei Garantie- oder Bürgschaftsverträgen die Leistung des Garanten oder des Bürgen.

- 529 Gemäss Art. 117 IPRG kommt es für die Verträge also darauf an, welche Partei die "charakteristische Leistung" erbringt. "Charakteristisch" ist die Warenlieferung oder Dienstleistung, die im einzelnen Vertragsverhältnis von der einen Partei zu erbringen ist. Nicht charakteristisch ist die Geldzahlungspflicht der Gegenpartei. Wenn ein in der Schweiz domizilierter Käufer also von einem Verkäufer in Taiwan eine Ware bestellt, so kommt vorbehältlich anderer Vereinbarung das taiwanische Recht auf diesen Vertrag zur Anwendung.

530 Für Warenkäufe zwischen Parteien in der Schweiz einerseits, in europäischen Ländern sowie in den USA andererseits⁴⁵ gilt dagegen seit dem 1.3.1991 das *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (Wiener Kaufrecht, englisch "Convention on the International Sale of Goods", abgekürzt CISG, abgedruckt in SR 0.221.211.1), sofern die Parteien im Kaufvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren. - Eine vergleichende Darstellung der Regeln des CISG und der entsprechenden Regeln des OR findet sich im Skript OR BT im Kapitel über den Kaufvertrag.

2. Gerichtsstand

531 Der überwiegende Teil aller Verträge wird konfliktfrei erfüllt und führt zu keinem Gerichtsverfahren. Wenn aber ausnahmsweise ein gerichtlicher Streit entsteht, fragt sich, welches Gericht zur Beurteilung des Streites zuständig ist.

532 Man unterscheidet *sachliche* und *örtliche* Zuständigkeit von Gerichten.

533 Was **sachliche Zuständigkeit** bedeutet, wird an folgenden Beispielen deutlich: Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten sind nur die "*Gewerblichen Schiedsgerichte*" zuständig, für Mietstreitigkeiten die "*Mietgerichte*", zu Streitigkeiten im Bereich der Personalvorsorge besondere Versicherungsgerichte etc.

534 Bei der **örtlichen Zuständigkeit** bzw. bei der Bestimmung des **Gerichtsstandes** geht es um die Frage, ob für die gerichtliche Entscheidung eines konkreten Streites die Gerichte von - beispielsweise - Zofingen oder Bern oder London zuständig sind.

535 Das vorn erwähnte IPRG enthält zahlreiche Regeln über die örtliche Gerichtszuständigkeit. Die wichtigste Regel steht bereits in der Bundesverfassung (Art. 30 Abs. 2 BV) und lautet in der heute gültigen Fassung:

"Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird."

Die entsprechende Regel findet sich in Art. 112 Abs. 1 IPRG mit folgendem Wortlaut:

"Für Klagen aus Vertrag sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zuständig."

536 Von dieser Regel gibt es Ausnahmen. So sieht Art. 5 Ziff. 1 des Lugano-Übereinkommen (abgekürzt: LugÜ⁴⁶) bei Streitigkeiten aus *Vertrag* einen Gerichtsstand am *Erfüllungsort* vor. Diese besondere örtliche Zuständigkeit gemäss LugÜ geht dem Wohnsitzgerichts-

⁴⁵ Ende 2007 umfasste das CISG 70 Vertragsstaaten, darunter die meisten europäischen Länder einschliesslich der Schweiz, ferner USA, Russland, China und viele andere. Die jeweils gültige Liste ist im Internet abrufbar (CISG, Status der Vertragsstaaten).

⁴⁶ Genauer Titel: *Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, abgeschlossen in Lugano am 16.9.1988; Inkrafttreten für die Schweiz: 1.1.1992; die letzte Revision vom 30.10.2007 ist in der Schweiz am 1.1.2011, gleichzeitig mit der Schweizerischen ZPO, in Kraft getreten. - Das LugÜ ist ein europäisches Produkt. Die ihm angehörenden Vertragsstaaten sind im Wesentlichen die west- und mitteleuropäischen Länder ohne Russland, Weissrussland und Ukraine.

stand gemäss Art. 30 Abs. 2 BV und Art. 112 Abs. 1 IPRG vor, sofern die Streitigkeit zwischen lauter Parteien ausgefochten wird, die ihren Wohnsitz in Vertragsstaaten des LugÜ haben.

- 537 Der Gerichtsstand ist für Parteien, die in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen, insbesondere aber für Parteien in verschiedenen Ländern von eminenter Bedeutung. Wer an seinem eigenen Domizil prozessieren kann, ist im Vorteil. Es verhält sich ähnlich wie beim Fussball, wo das Heimspiel eher zu gewinnen ist als ein Auswärts-Spiel. Bloss sind die Chancenunterschiede im Zivilprozess wesentlich deutlicher als im Fussball. Wer an seinem eigenen Domizil prozessieren kann, hat nicht nur geringere Kosten, sondern grössere Chancen, den Prozess zu gewinnen. Er kann die ihm bekannten Prozessanwälte aus seiner eigenen Umgebung auswählen. Er kann mit den Anwälten und mit dem Gericht in seiner Muttersprache kommunizieren, muss seine Gerichtseingaben also nicht in eine fremde Sprache übersetzen.
- 538 Die Gerichte ihrerseits haben (trotz redlichen Bemühens um Objektivität und Unparteilichkeit) die Tendenz, Parteien aus ihrer örtlichen Nähe und ihrer eigenen Kultur eher zu glauben und recht zu geben, als Parteien aus fernen Ländern und exotischen Kulturen. Wenn ein Schweizer bei den halbstaatlichen Iranischen Fischereien in Teheran Kaviar gekauft hatte und anschliessend die Rückerstattung des Kaufpreises durchsetzen will, weil die Ware verdorben war, wird sich bei einem Gerichtsstand in der Schweiz gute, bei einem Gerichtsstand in Teheran schlechte Prozess-Chancen ausrechnen. Gerade spiegelbildlich empfindet ein Iraner, der in der Schweiz eine Maschine bestellt hatte und mit der gelieferten Sache unzufrieden ist.
- 539 Der Gerichtsstand ist nicht nur bedeutsam für den Ausgang eines Prozesses. Er spielt bei jeder Auseinandersetzung zwischen Vertragsparteien über wirkliche oder behauptete Leistungsstörungen eine Rolle, auch wenn erst verhandelt, noch gar nicht prozessiert wird. Wenn die Käuferin behauptet, es sei schlechte Ware geliefert worden und es sei deshalb ein Teil des Kaufpreises zurückzuerstatten, dann wird sie bereits bei blossen Verhandlungen überlegen, wie der Streit wohl ausginge, wenn er ans Gericht ginge - und sie muss sich also überlegen, an welchem Gerichtsstand im schlimmsten Falle prozessiert wird. Der Schweizer, dem ein Gerichtsstand in der Schweiz zugänglich ist, kann in einer solchen Situation härter verhandeln, als wenn er weiss, dass er notfalls in Teheran prozessieren muss.
- 540 Aus den gezeigten Gründen ist die Vereinbarung des Gerichtsstandes im Vertrag meist eine Machtfrage. Die mächtige Vertragspartei bzw. diejenige, die die grössere Verhandlungsstärke hat, versucht regelmässig, der schwächeren Partei den Gerichtsstand am Domizil der stärkeren Partei aufzuzwingen.
- 541 Bei Parteien mit ähnlicher Verhandlungsstärke wird häufig zu einem Kompromiss zugeflucht genommen, nämlich zur Vereinbarung eines *Schiedsgerichtes* mit Sitz in einem Drittstaat. Vgl. dazu den folgenden Abschnitt.

3. Schiedsgerichtsbarkeit

- 542 Passen den Vertragsparteien die aus Gesetzen und Staatsverträgen resultierenden Gerichtsstände nicht und können sie sich auch nicht auf ein anderes staatliches Gericht einigen, so bietet sich als Kompromisslösung die Vereinbarung eines Schiedsgerichts an.

Dies geschieht meist in einer kurzen Klausel im Hauptvertrag, in der sogenannten **Schiedsklausel**. Sie kann beim Kauf einer grösseren Quantität iranischen Kaviars zwischen den halbstaatlichen iranischen Fischereien und einem Händler in der Schweiz etwa folgendermassen lauten: "*Streitigkeiten aus diesem Vertrag werden endgültig entschieden durch ein dreiköpfiges Schiedsgericht in London gemäss der Verfahrensordnung der Internationalen Handelskammer in Paris. Verfahrenssprache ist Englisch.*"

- 543 Wenn die Vertragsparteien diese Schiedsklausel in ihren Vertrag aufnehmen, wird beim Streit über die Preisrückerstattung wegen verdorbener Ware der schweizerische Käufer einen Brief an die Iranischen Fischereien schreiben und darin mitteilen, er habe als seinen Schiedsrichter Herrn Prof. X.Y., Professor für Privatrecht an der Universität Zürich, ernannt. Die Iranischen Fischereien sollen kurzfristig ihrerseits einen Schiedsrichter ernennen. - Tun die Fischereien dies, so ernennen die beiden Schiedsrichter anschliessend den Präsidenten des dreiköpfigen Schiedsgerichtes. Reagieren die Fischereien nicht, so bestimmt die Internationale Handelskammer in Paris den Schiedsrichter für die iranische Seite, worauf anschliessend wiederum die beiden ernannten Schiedsrichter gemeinsam den Präsidenten bestimmen.
- 544 Das so gebildete Schiedsgericht führt nun ein Gerichtsverfahren durch, das demjenigen vor einem staatlichen Gericht in allen Teilen gleicht.
- 545 Gegen die Urteile von Schiedsgerichten gibt es keine Berufung mit materieller Beurteilung der Streitsache durch eine obere Instanz. Beim Schiedsgerichtsverfahren gibt es grundsätzlich nur *eine einzige Instanz*. Insofern können Schiedsgerichtsverfahren schneller zum Ziel führen als Verfahren, die sich in jahrelanger Mühe durch die Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit hindurchquälen. Aber manche Schiedsgerichte arbeiten ihrerseits derart schleppend, dass Effizienz und Speditivität nicht unbesehen zum Gütesiegel der Schiedsgerichtsbarkeit erklärt werden können.
- 546 Gegen Schiedsgerichtsurteile gibt es immerhin stets die Möglichkeit der *Beschwerde wegen Verfahrensfehlern*, insbesondere wegen Verletzung des Rechtes auf rechtliches Gehör. Die Beschwerde ist an das zuständige staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichtes zu richten. - Wegen dieser Beschwerdemöglichkeit muss jedes Schiedsgericht einen sogenannten "Sitz" haben. Der Sitz des Schiedsgerichtes wird zweckmässigerweise bereits in der Schiedsklausel vereinbart.
- 547 Das rechtskräftige Schiedsgerichtsurteil ist *mit staatlichem Zwang vollstreckbar* - fast genau gleich wie ein staatliches Urteil. Neben zahlreichen Staatsverträgen über die Vollstreckung von Schiedsgerichtsurteilen gelten in der Schweiz die Art. 176-194 IPRG über die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit.
- 548 Es gehört zu den angenehmen Privilegien vertragsrechtlich versierter und sprachkundiger Professoren juristischer Fakultäten und verfahrenkundiger Rechtsanwälte, zu Schiedsrichtern in grossen internationalen Rechtshändeln ernannt zu werden. Die bei solchen Verfahren fliessenden Honorare bemessen sich als Prozentsatz vom Streitwert und sind für die Schiedsrichter zuweilen nicht völlig unbedeutend. Noch mehr als die Schiedsrichter verdienen allerdings regelmässig die Prozessanwälte beider Parteien.
- 549 Ein wesentlicher Teil aller grenzüberschreitenden *Rechtsstreitigkeiten aus Vertragsstörungen* wird heute auf dem Wege der Schiedsgerichtsbarkeit abgewickelt. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Schadenersatzansprüche nach Unfällen, Flugzeugabstürzen

etc.) gibt es dagegen keine Schiedsgerichtsbarkeit, weil hier keine vorprozessualen Absprachen zwischen den Parteien bestehen.

4. Zusammenfassung

550 Die Regeln über das anwendbare Recht (bei Verträgen) und über den Gerichtsstand können in extremer Vereinfachung folgendermassen zusammengefasst werden:

Anwendbares Recht - am Ort der charakteristischen Leistung

Gerichtsstand - am Wohnsitz der Beklagten

Vorbehalten bleiben abweichende Vereinbarungen zwischen den Parteien und abweichende Bestimmungen von Staatsverträgen und einschlägigen Gesetzen.

2. Kapitel: Haftpflichtrecht (Obligationen aus unerlaubter Handlung)

A. Vorbemerkung

- 551 Im ersten Abschnitt des Corpus iuris⁴⁷ findet sich der Satz: "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" - "dies sind die drei Grundsätze des Rechts: ehrbar leben, niemanden schädigen, jedem das seine zukommen lassen".
- 552 Das im vorliegenden Kapitel behandelte Haftpflichtrecht ist die Konkretisierung des Imperativs "schädige niemanden!" Dieser Imperativ steht als Verhaltensnorm am Ausgangspunkt aller Schadensüberwälzung.
- 553 Das Wort "Schadensüberwälzung" führt zunächst zu einer verkehrten Vorstellung. Der Schaden ist etwas Negatives, Fehlendes - bildlich gesprochen: ein Loch. Löcher kann man nicht "überwälzen". Mit "Schadensüberwälzung" ist denn auch nicht irgend ein "Wälzen" gemeint, sondern jener Vorgang, bei welchem sich der unmittelbar Geschädigte - der Erstgeschädigte - sein Loch von einem andern stopfen lässt; sobald dies erfolgt ist, ist der erste kein Geschädigter mehr; das Vermögensdefizit befindet sich nun bei jenem andern, der den Schadenersatz bezahlt hat.
- 554 Ein Kernsatz des Haftpflichtrechts lautet: Haftpflicht, d.h. Schadenersatzpflicht, setzt das Vorhandensein eines beweisbaren und geldwertmässig quantifizierbaren Schadens voraus. Der Schaden ist einer der Grundbegriffe des Haftpflichtrechts.
- 555 Für den Begriff des Schadens wird auf dessen Beschreibung in Ziff. 462 ff. verwiesen.
- 556 Das Haftpflichtrecht ist geregelt in den Artikeln 41-61 OR ("Entstehung von Obligationen durch unerlaubte Handlung"), ferner in einer Reihe von Spezialgesetzen, von denen das Strassenverkehrsgesetz (SVG) mit seinen Regeln über die Haftpflicht im Strassenverkehr das bekannteste ist.
- 557 Im Haftpflichtrecht geht es immer um die Schadenersatzpflicht, d.h. um die zivilrechtliche (finanzielle) Haftung von Personen für Schäden, welche sie anderen Personen widerrechtlich zugefügt haben. Bei der Analyse und Bearbeitung von Haftpflichtfällen ist der entstandene Schaden jeweils der Ausgangspunkt, indem er in die Augen springt und indem sich erst angesichts eines konkreten Schadens die Frage stellt, ob allenfalls ein anderer als der Geschädigte selber dafür verantwortlich und also haftpflichtig ist. Zu fragen ist alsdann nach jener Person oder jenen Personen, welche durch ihr (menschliches) Verhalten oder durch einen von ihnen geschaffenen gefährlichen Zustand den betreffenden Schaden kausal verursacht haben. Ist eine solche Verursachung festgestellt, so ist weiter zu fragen, ob die Schadensverursachung rechtswidrig war; denn nur für rechtswidrige Schädigung wird der Schädiger haftpflichtig. Schliesslich ist nach dem Verschulden oder, alternativ, nach dem Vorliegen einer gesetzlichen, verschuldensunabhängigen Haftungsnorm zu fragen.
- 558 Die Grundsätze des Haftpflichtrechts lassen sich im einzelnen folgendermassen zusammenfassen:

⁴⁷ Gesetzgebungswerk des oströmischen Kaisers Justinian (6. Jhd. nach Chr.).

B. Die Voraussetzungen der Haftpflicht (Überblick)

559 Haftpflicht entsteht, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

A. *Menschliches Verhalten* oder eine *von Menschen geschaffene Risiko-Situation*, insbesondere ein gefährlicher Betrieb, *verursacht adäquat-kausal* einen Schaden.

B. Das schädigende Verhalten oder die von der Risiko-Situation ausgehende Schadensverursachung ist *widerrechtlich*.

C-1. (Fälle der Verschuldenshaftung): Das verursachende Verhalten ist *schuldhaft*.

C-2. (Fälle der Kausalhaftung): Der Tatbestand der Kausalhaftung ist *in einem Gesetz* ausdrücklich vorgesehen.

560 *Zu A.*: Der adäquate Kausalzusammenhang (und damit die Haftbarkeit des Erstverursachers) entfällt bei *Unterbrechung des Kausalzusammenhangs*.

561 *Zu B.*: Die *Widerrechtlichkeit* (und damit die Haftbarkeit des Schädigers) entfällt beim Vorhandensein eines *Rechtfertigungsgrundes*.

562 *Zu C-1.*: Das *Verschulden* (und damit die Haftbarkeit des Schädigers) entfällt beim Fehlen von (Schädigungs-)Absicht oder Fahrlässigkeit oder bei Schuldunfähigkeit des Schädigers.

C. Erläuterung zu einzelnen Begriffen

1. Schaden

563 Bezüglich des *Schadensbegriffs* und der verschiedenen Unterbegriffe kann auf das in Ziff. 462 ff. Gesagte verwiesen werden.

564 Bezüglich der *Gewinnherausgabepflicht* in den Fällen, in denen der unerlaubt Handelnde sich einen Vermögensvorteil verschafft hat, der den dem Verletzten verursachten Schaden übersteigt, vgl. Ziff. 665 ff.

2. Verursachung

565 Verursachung besteht nicht nur im aktiven Bewirken des Schadens. Verursachung liegt auch vor, wenn ein gefährlicher Zustand geschaffen wird, der andauert (z.B. unabgeschränkter Schacht in einer öffentlichen Strasse; Betrieb einer Starkstromleitung). Fällt jemand in den Schacht, so ist er in einem physikalischen Sinne zwar selber der Verursacher seines Schadens. Geschah der Sturz aber nachts und brauchte der Geschädigte den Schacht nicht zu bemerken, so tritt sein Beitrag zur Schadensverursachung so sehr in den Hintergrund, dass der ganze Schaden dem Werkeigentümer als dem Alleinverursacher zugerechnet wird.

566 Ferner kennt die Rechtsordnung die Vorstellung von der "**Verursachung durch Unterlassung**", wobei hier jemandem Haftpflicht auferlegt wird, weil er nicht das Nötige getan hat, um den (fremdverursachten) Schaden abzuwenden. - Da eine Unterlassung nur dann als schadensverursachend qualifiziert werden kann, wenn der Unterlassende eine Handlungspflicht verletzt hat, lassen sich hier die Aspekte des Kausalzusammenhangs nicht sauber trennen von denjenigen der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens, d.h. von der Diskussion um die verletzte Pflicht.

3. Adäquanz

567 Die Rechtsfolge der Haftpflicht tritt nur ein, wenn Schaden und Ursache in einem einleuchtenden, augenfälligen Zusammenhang zueinander stehen, d.h. wenn der Schaden als die adäquate Folge der von einer Person rechtlich zu vertretenden Ursache erscheint.

568 *Adäquat heisst eine Ursache, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen zu bewirken, so dass der Schadenseintritt als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint*⁴⁸.

569 Diese Definition der Adäquanz ist auswendig zu lernen⁴⁹. - Sinn und Nützlichkeit der Formel werden deutlich, wenn man sich ein konkretes Beispiel denkt: Ein Raser verliert die Kontrolle über sein Auto und kollidiert mit einem Lastwagen. Der Lastwagen kippt. Der Lastwagenfahrer wird verletzt. Die Ladung des Lastwagens - Fässer mit flüssigen Chemikalien - läuft zum Teil auf die Strasse. Verdunstende Chemikalien werden mit dem Wind in ein Wohnquartier verfrachtet und führen bei dortigen Bewohnern, 500 Meter von der Unfallstelle entfernt, zu Verätzungen der Atemwege. Ein an der Unfallstelle anwesender Mann erleidet vom blossen Zusehen einen Schock mit psychischen Langzeitfolgen, die vom Psychiater als *Kraepelin'sche traumatische Neurasthenie* (eine sehr seltene Form psychischer Schock-Folgen) diagnostiziert werden und zur Arbeitsunfähigkeit während mehrerer Monate führen. - Mit dem Adäquanz-Test ist nun der Reihe nach die Frage nach der Haftung wie folgt zu beantworten:

- Rechtswidrige Raserei ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet, die Kollision mit einem anderen Fahrzeug zu bewirken und dessen Insassen zu verletzen; das Verhalten des fehlbaren Lenker ist also eine adäquate Ursache des Personenschadens des Lastwagenfahrers (Heilungskosten, Verdienstausfall) und des Sachschadens am Lastwagen und dessen Ladung.
- Das Gleiche gilt für die psychische Traumatisierung von Personen, die direkt in den Unfall verwickelt sind oder ihm aus naher Distanz zuschauen, im vorliegenden Beispiel also für die psychische Schädigung des erwähnten Mannes.
- Hingegen ist sinnlose Raserei mit einem Personenwagen trotz des damit verbundenen Kollisionsrisikos nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfah-

⁴⁸ Vgl. BGE 123 III 110 (112); 122 V 415; 121 V 45.

⁴⁹ Der umständliche Nachsatz "..., so dass der Schadenseintritt als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint" darf für das Auswendiglernen und für den praktischen Gebrauch der Formel vereinfacht werden: "... einen Schaden von der Art des eingetretenen zu bewirken oder wesentlich zu begünstigen?"

rung *nicht* geeignet, die Verätzung der Atmungswege von Personen in 500 Metern Distanz von der Strasse zu bewirken oder wesentlich zu begünstigen. Diesbezüglich fehlt es an der adäquaten Verursachung. Für diese Schäden haftet der PW-Fahrer nicht.

- 570 Falls sich der PW-Fahrer gegenüber dem psychisch traumatisierten Mann aus der Haftung herauszureden versucht mit dem Argument, sinnloses Rasen sei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung keineswegs geeignet, bei irgend jemandem die äusserst selten vorkommende Kraepelin'sche traumatische Neurasthenie auszulösen, so hilft der zweite Teil der Adäquanz-Formel: Die Formel verlangt nicht, dass das fehlbare Verhalten *gerade diese* Schadensfolge begünstigt, sondern bloss, dass es einen Schaden "*von der Art des eingetretenen*" begünstigt - also *irgend ein* Schock-Trauma, nicht notwendigerweise das Kraepelin'sche. Verlangt ist auch nicht, dass das fehlbare Verhalten den eingetretenen Schaden mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit verursacht, sondern nur, dass es den Schadenseintritt "*wesentlich begünstigt*".
- 571 Bei Kausalhaftungen ist der Adäquanz-Test in etwas abgewandelter Form vorzunehmen. Hier wird zweckmässigerweise folgendermassen gefragt: "*Geht der Schaden auf ein Ereignis zurück, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach allgemeiner Lebenserfahrung zur Betriebsgefahr der kausalhaftpflichtigen Unternehmung gehört?*" - Wenn also ein Hochspannungskabel durch Sturm, stürzende Bäume oder Lawinen heruntergerissen wird und Menschen in der Nähe der Hochspannungsleitung durch Elektrisierung verletzt werden, so ist dies eine adäquate Folge der Betriebsgefahr der Hochspannungsleitung. Verursacht das heruntergerissene Kabel dagegen in einem Industriequartier einen Chemiebrand, dessen Dünste bei Leuten in einem Kilometer Entfernung zu Asthma führen, so gehört diese Gesundheitsschädigung nicht zur Betriebsgefahr der Elektrizitätsunternehmung und ist nicht durch deren Betrieb adäquat verursacht.
- 572 **Unterbrechung des (adäquaten) Kausalzusammenhangs** liegt vor, wenn eine neue Ursache auftritt, welche die ursprünglich vorhandene, an sich adäquate Ursache in den Hintergrund drängt und aufgrund einer wertenden Betrachtung als inadäquat erscheinen lässt. Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs tritt auf in 3 Formen:
1. Selbstverschulden (des Geschädigten)
 2. Drittverschulden
 3. Höhere Gewalt.
- 573 Bei **Selbstverschulden** und **Drittverschulden** findet eine Abwägung statt zwischen dem Verschulden bzw. der Betriebsgefahr des ursprünglichen Schädigers einerseits, dem Schadensbeitrag des Geschädigten oder des Dritten andererseits. Je grösser die Betriebsgefahr oder das Verschulden des ursprünglichen Schädigers, desto erheblicher muss der ursächliche Beitrag aus Selbst- oder Drittverschulden sein, um die Haftpflicht aufzuheben. Bei der Abwägung geht es im Ergebnis nicht um ein "Alles oder Nichts", sondern um eine den ursächlichen Schadensbeiträgen der verschiedenen Beteiligten entsprechende Quoten-Verlegung. Jeder Beteiligte muss eine seiner Betriebsgefahr oder seinem (Selbst-)Verschulden angemessene Schadensquote übernehmen. Dies ergibt sich aus Art. 44 OR.
- 574 Das Selbstverschulden wird als weniger gravierend gewichtet, wenn der (selber mitverursachende) Geschädigte ganz oder teilweise schuldunfähig (urteilsunfähig) ist. Die Billigkeitshaftung gemäss Art. 54 Abs. 1 OR wird hier in umgekehrter Richtung analog angewendet: Der urteilsunfähige Geschädigte erhält nur reduzierten oder keinen

Schadenersatz, wenn sein kausaler Schadensbeitrag in Abwägung gegen denjenigen des haftpflichtigen Schädigers erheblich ist und die Billigkeit eine Entlastung des Haftpflichtigen erheischt.

- 575 Als **höhere Gewalt** gilt ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit dem Verhalten oder dem Betrieb des Haftpflichtigen nicht zusammenhängt, sondern mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht.
- 576 Die Tatbestände der Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs haben relatives Gewicht: Je gröber das Verschulden oder je grösser die Betriebsgefahr des ursprünglichen Verursachers, desto grösser und "ausserordentlicher" muss jenes Selbst- oder Drittverschulden oder jene höhere Gewalt erscheinen, welche den ursprünglichen Kausalzusammenhang unterbricht.

4. Widerrechtlichkeit

- 577 Widerrechtlich ist das schädigende Verhalten, wenn es ein **Rechtsgut** verletzt. Der Begriff des Rechtsgutes ist zu unterscheiden vom Begriff des wirtschaftlichen oder natürlichen Gutes. Mit Rechtsgütern sind rechtlich geschützte Positionen des Menschen in seiner sozialen Umgebung gemeint. Rechtsgüter sind durch Rechtsnormen geschützt. Da sich Rechtsnormen immer nur an Menschen richten können, umfasst der Rechtsgüterschutz nur den Schutz gegen menschliches Verhalten.
- 578 Dies bedarf der Verdeutlichung: Ein wertvolles Gemälde ist in wirtschaftlicher Hinsicht ein blosses "Gut". Das Eigentumsrecht an diesem Bild ist ein gegenüber Dritten geschütztes Rechtsgut. Fällt ein Komet vom Himmel und zerstört das Bild, so wird kein Rechtsgut verletzt, weil das Naturereignis keine Rechtsverletzung ist. Verbrennt ein anderer Mensch das Bild, so verletzt er das Gebot, fremdes Eigentum zu respektieren, und er verletzt damit das Eigentumsrecht desjenigen, dem das Bild gehört. In diesem Fall liegt eine Rechtsgutsverletzung vor.
- 579 Als "schädigende Ereignisse" im Sinne des Haftpflichtrechtes können nur Vorgänge gelten, die direkt oder indirekt mindestens insoweit auf menschliches Verhalten zurückzuführen sind, dass sie noch als Rechtsgutsverletzungen qualifiziert werden können.
- 580 Die Verletzung eines absoluten Rechts (d.h. eines durch ein absolutes Recht geschützten Rechtsgutes) erfüllt immer den Tatbestand der Widerrechtlichkeit, weil es zum Wesen der absoluten Rechte gehört, ihren Trägern Schutz *gegen jedermann* zu gewähren. Absolute Rechte sind insbesondere verletzt, wenn
- Leben,
 - körperliche Integrität und Gesundheit,
 - das Eigentum an Sachen (bzw. die physische Integrität der Sachen in fremdem Eigentum),
 - ein immaterielles Gut (z.B. ein Patent) oder
 - die Persönlichkeit
- einer Person verletzt ist.

- 581 Liegt nicht die Verletzung eines solchen absoluten Rechtes vor, sondern statt dessen lediglich eine anderweitig verursachte Vermögensminderung, so kann Widerrechtlichkeit gegeben sein, wenn die Vermögensminderung durch eine *rechtlich verpönte Methode* bewirkt worden ist (z. B. durch unlauteren Wettbewerb, durch Betrug, Begünstigung, Hehlerei, falsche Zeugenaussage, durch einen absichtlich begangenen Verstoss gegen die guten Sitten).
- 582 Wurde eine Vermögensminderung bewirkt, ohne dass dadurch gleichzeitig ein absolutes Recht verletzt wurde, dann liegt Widerrechtlichkeit nur vor, wenn eine Rechtsnorm verletzt wurde, "*die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dient*". In diesen Fällen ist also nach dem Schutzzweck der verletzten Norm zu fragen.
- 583 Besteht die Widerrechtlichkeit nicht in der Verletzung allgemeiner Rechtspflichten, sondern ausschliesslich in der **Verletzung von Vertragspflichten** (Nicht- oder Schlechterfüllung eines Vertrags), so führt dieser Befund ins Vertragsrecht hinüber; der Tatbestand ist dann gemäss den Regeln des Vertragsrechts zu beurteilen.
- 584 Bei der Verletzung absoluter Rechte besteht die Rechtswidrigkeit im *Erfolgsunrecht*, bei der Verletzung relativer Rechte (d.h. bei reinen Vermögensschäden wie etwa infolge eines Betriebsstillstandes) im *Verhaltensunrecht*.
- 585 Das sei mit drei Beispielen illustriert:

1. Unfall wegen Glatteis: Ein vorschriftsgemäss fahrender Automobilist gerät auf einer nicht vorherzusehenden Glatteis-Stelle ins Schleudern und kollidiert mit einem korrekt entgegenkommenden Fahrzeug. Er verursacht die Beschädigung des andern Fahrzeugs. Damit verletzt er fremdes Eigentum - ein absolutes Rechtsgut. Im Umfang der Reparaturkosten hat er widerrechtlich Schaden verursacht. Für diesen Schaden ("Erfolg") haftet er ungeachtet des Umstandes, dass er keine Strassenverkehrsregeln verletzt hatte, ihm also kein Verhaltensunrecht zur Last fällt.

2. Verkehrsstau wegen Unfall: Führt der gleiche Unfall zu einem Verkehrsstau, so erleiden andere Automobilisten Nachteile wegen ihrer Verspätungen: Sie erreichen gebuchte Flüge nicht mehr rechtzeitig, verpassen ihre Verhandlungstermine und verlieren die Gelegenheiten zu günstigen Vertragsschlüssen etc. Die daraus resultierenden Vermögensminderungen sind keine rechtswidrig verursachten Schäden. Denn hier handelt es sich um *reine Vermögensschäden*. Das Vermögen als solches ist kein absolutes Rechtsgut. Der Unfallfahrer hat keine Rechtsnormen verletzt, die auf die Vermeidung solcher Vermögensschäden abzielen. Im Verhältnis zu den im Stau stecken gebliebenen Verkehrsteilnehmern hat er keine Rechtswidrigkeit zu verantworten. Er haftet ihnen gegenüber nicht.

3. Verkehrsstau wegen terroristischem Akt: Wer vorsätzlich einen Baumstamm quer über die Strasse schiebt, um den Verkehr zu blockieren, verletzt durch sein Verhalten die Vorschrift von Art. 4 Abs. 1 SVG ("*Verkehrshindernisse dürfen nicht ohne zwingende Gründe geschaffen werden*"). Dem Täter ist Verhaltensunrecht vorzuwerfen. Der Schutzzweck der von ihm verletzten Norm zielt unter anderem darauf ab, den Verkehrsteilnehmern einen möglichst unbehinderten Verkehrsfluss zu gewährleisten. Der Täter haftet für die Vermögensschäden der im Stau stecken bleibenden Verkehrsteilnehmer.

586 Ist die Rechtsgutsverletzung erstellt, so liegt Widerrechtlichkeit vor, sofern nicht ein besonderer **Rechtfertigungsgrund** gegeben ist. Es ist also im nächsten Schritt nach dem eventuellen Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen zu fragen.

587 Rechtfertigungsgründe sind:

1. Amtliche Befugnisse, Nachteile zuzufügen (so die Amtshandlungen der Polizeiorgane oder der Vollstreckungsbehörden)
2. Notwehr, Notstand, erlaubte Selbsthilfe
3. die Einwilligung des Verletzten (in den Schranken erlaubter Risiko- und Schadensübernahme)
4. die erlaubte Risikoübernahme (z. B. beim Sport, solange die Spielregeln eingehalten sind).

588 Bei notstandsbedingter Schädigung ist, trotz der Rechtfertigung, nach Ermessen des Gerichts Ersatz zu leisten (Art. 52 Abs. 2 OR).

5. Verschulden

589 Verschulden tritt auf in den beiden Formen der (Schädigungs-)Absicht und der Fahrlässigkeit.

590 **Fahrlässigkeit** ist *Nichtbeobachtung einer Sorgfaltspflicht* anlässlich einer Betätigung oder anlässlich der Schaffung eines (gefährlichen) Zustandes.

591 Die einschlägigen Sorgfaltspflichten ergeben sich sowohl aus speziellen Vorschriften als auch aus ungeschriebenem Recht. Als ungeschriebener Grundsatz fällt der sogenannte **Gefahrensatz** in Betracht: "Wer einen Zustand schafft, der einen anderen schädigen könnte, ist nach allgemein anerkanntem Rechtssatze verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen" (so BGE 82 II 28; vgl. auch die späteren Entscheide 90 II 89, 95 II 96, 96 II 112, 98 II 48).

592 Das **Mass der anzuwendenden Sorgfalt** wird "objektiv" bestimmt. Man spricht von einem "*objektivierten Verschuldensmassstab*". Dies bedeutet: Um den Vorwurf der Fahrlässigkeit zu vermeiden, muss jedermann einem Durchschnittsstandard von Sorgsamkeit, Aufmerksamkeit und Anspannung gerecht werden. Dabei wird eine durchschnittliche Summe von moralischen, intellektuellen und physischen Eigenschaften, von körperlicher Geschicklichkeit und - sofern sich jemand mit einer entsprechenden Tätigkeit befasst - von beruflichen und technischen Fähigkeiten vorausgesetzt. Haftungsbegründende Fahrlässigkeit liegt also auch dann vor, wenn der Schädiger aus subjektiven Gründen (Übermüdung, Krankheit, unterdurchschnittliche Geschicklichkeit, unterdurchschnittliche intellektuelle Fähigkeiten) dem durchschnittlichen Mass an Sorgfalt nicht gerecht werden konnte.

593 Zum Wesen der Fahrlässigkeit gehört, dass die sorgfältig auszuübende Tätigkeit nicht auf die Schadensverursachung gerichtet war, sondern etwas ganz anderes bezweckte. Sobald sich die Absicht auf die Schadensverursachung richtet, spielt die Betätigung und die dabei zu beobachtende Sorgfalt keine Rolle mehr. Die Sorgfaltspflicht beim militärischen (Übungs-)Schliessbetrieb wird belanglos, wenn ein Soldat Amok läuft und vorsätzlich auf Menschen zielt.

- 594 **Schuldfähigkeit** ist Urteilsfähigkeit (vgl. Art. 19 Abs. 3 ZGB). Sie umfasst ein intellektuelles Element (Fähigkeit, Sachverhalte und Zusammenhänge zu erkennen), und ein voluntatives Element (Fähigkeit, sein Handeln gemäss der vorhandenen Erkenntnis zu steuern). - Bei Kindern unter ca. 12 Jahren und bei Geisteskranken ist generell vom Fehlen der Schuldfähigkeit auszugehen. - Art. 54 OR sieht vor, dass auch urteilsunfähige Personen zur Zahlung von Schadenersatz herangezogen werden können, wenn die "Billigkeit" dies erheischt (namentlich wenn der urteilsunfähige Schädiger über grosses Vermögen verfügt und wenn der Geschädigte oder dessen Familie durch den Schadensfall in eine Notlage versetzt wurde).
- 595 Schuldfähige Personen haften für ihre widerrechtlichen Handlungen, die sie in einem Zustand **vorübergehender Urteilsunfähigkeit** (z.B. Rausch) begehen, sofern sie nicht beweisen können, dass dieser Zustand ohne ihr "Verschulden" eingetreten ist (Art. 54 Abs. 2 OR).

6. Abgrenzung von Adäquanz, Widerrechtlichkeit und Verschulden

- 596 Die Fragen nach dem adäquaten Kausalzusammenhang (Adäquanz-Test), nach der Widerrechtlichkeit (Widerrechtlichkeits-Test) und nach dem Verschulden (Verschuldens-Test) decken sich scheinbar häufig; denn ein Verhalten, das "geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen zu bewirken", ist angesichts dieser Eignung ein gefährliches Verhalten. Die Schaffung von Gefahren verletzt in der Regel geschriebenes oder ungeschriebenes Recht und ist also widerrechtlich. Die Schaffung solcher Gefahren ist zugleich auch sorgfaltswidrig und damit schuldhaft, wenn die Gefährlichkeit erkennbar ist und wenn ein weniger gefährliches (ein sorgfältigeres) Verhalten zum gleichen Ziel geführt hätte und zumutbar gewesen wäre.
- 597 Obwohl die adäquate Schadensverursachung häufig zugleich rechtswidrig und schuldhaft ist, ist es erforderlich, die drei Tests auseinanderzuhalten. Denn es gibt Fälle, in denen trotz adäquater Verursachung die Widerrechtlichkeit oder das Verschulden fehlen, und es gibt Fälle, in welchen sich jemand widerrechtlich und schuldhaft verhält und einen Schaden verursacht, trotzdem aber nicht haftet, weil dieser Schaden jenseits dessen liegt, was als adäquater Zusammenhang qualifiziert werden kann.
- 598 Die drei Tests können folgendermassen unterschieden werden:
- 599 Objekt des **Adäquanz**-Tests ist die natürliche Kausalität; es geht um Fragen aus den Bereichen der Physik, Chemie, Medizin, Psychologie etc. Ist der natürliche Kausalzusammenhang festgestellt, so ist es am Juristen, zu entscheiden, welches Verhalten als das schadensrelevante Verhalten, welcher gefährliche Zustand als der schadensrelevante Zustand definiert und zum eingetretenen Schaden in Beziehung gesetzt werden soll. Von der rechtlichen Umschreibung des relevanten Verhaltens und des relevanten Zustandes hängt es meist ab, ob der Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten oder Zustand einerseits, dem eingetretenen Schaden andererseits als adäquat zu qualifizieren ist.
- 600 Wurde in einem konkreten Schadensfall die Frage des adäquaten Kausalzusammenhangs bejaht, so stellt sich als zweites die Frage nach der **Widerrechtlichkeit**, also danach, ob der Verursacher mit seinem Tun oder Unterlassen ein geschütztes Rechtsgut verletzt hat. Betrifft die Verletzung nur ein relatives Rechtsgut, so fragt sich weiter, ob die vom Verursacher verletzte Norm den Schutz des verletzten Rechtsgutes bezweckt hat. Werden al-

le diese Fragen verneint, so entfällt die Haftung mangels haftungsbegründender Widerrechtlichkeit.

- 601 Werden einzelne dieser Fragen bejaht, so ist die haftungsbegründende Widerrechtlichkeit dem Grundsatz nach erstellt. Trotzdem entfällt sie, wenn in einem weiteren gedanklichen Schritt das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes festgestellt wird.
- 602 Nur bei den Verschuldens-, nicht bei den Kausalhaftungen ist im letzten Schritt der **Verschuldentest** durchzuführen. Objekt dieses Tests ist das schädigende Verhalten in seinem menschlich-sozialen Umfeld. Hier geht es um die Abwägung von Mitteln und Zwecken, um Fragen der Zumutbarkeit und des tatsächlichen oder pflichtgemässen Wissens einer Person in der konkreten Situation, schliesslich um die Frage ihrer Handlungsfähigkeit, insbesondere ihrer Urteilsfähigkeit.

7. Kausalhaftungen

- 603 Die Tatbestände der Kausalhaftungen werden unterteilt in die (in der Praxis seltenen) Fälle der "gewöhnlichen Kausalhaftungen" und der (häufigeren und wichtigeren) "Kausalhaftungen für eine Betriebsgefahr"; hinzu kommt seit 1.1.1994 die Produkthaftpflicht.

a) Gewöhnliche Kausalhaftungen

- 604 Zu den "gewöhnlichen Kausalhaftungen" gehören:
1. Die Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)
 2. Die Tierhalterhaftung (Art. 56 OR)
 3. Die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR): Schäden, die infolge der fehlerhaften Anlage, Herstellung oder Unterhaltung von Gebäuden, Strassen und anderen unbeweglichen Sachen verursacht werden.

b) Gefährdungshaftungen

- 605 Die spezialgesetzlich geregelten Kausalhaftungen aus Betriebsgefahr (Gefährdungshaftungen) betreffen 7 Betriebsarten:
1. Elektrische Anlagen
 2. Eisenbahnen
 3. Luftfahrzeuge
 4. Motorfahrzeuge
 5. Atomanlagen
 6. Rohrleitungen
 7. Jagd.

MERKE: Es gibt keine allgemeine "Industrie-Kausalhaftpflicht"; hingegen führt die Geschäftsherrenhaftung annäherungsweise zum gleichen Ergebnis, nämlich zu einer allgemeinen Kausalhaftung des Unternehmers für alle durch sein Unternehmen verursachten Schäden.

c) Produkthaftpflicht

606 Die Produkthaftpflicht ergibt sich aus dem Produkthaftpflichtgesetz (PrHG, SR 221.112.944). Sein Inhalt kann vereinfachend in 4 Punkte zusammengefasst werden:

a) *Haftbar: die Herstellerin (Art. 2).*

b) *Anspruchsberechtigt: Jeder Geschädigte (nicht nur der Käufer der fehlerhaften Ware - dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1).*

c) *Haftungsbegründende Produktfehler: Mangelnde Sicherheit von beweglichen Sachen und Elektrizität (nicht: Fehler an unbeweglichen Sachen [Gebäuden und Strassen]); nicht: Fehler von Erzeugnissen der landwirtschaftliche Urproduktion (Art. 3: Begriff des Produkts; Art. 4: Begriff des Fehlers).*

d) *Ausgleichende Schäden: Nur Personen- und Sachschäden, letztere: nur am Privatvermögen (Art. 1 Abs. 1).*

607 Im einzelnen umschreibt das Gesetz die Grundbegriffe folgendermassen:

a) Der zu ersetzende Schaden (Art. 1)

608 Nicht jeder Schaden spielt in der Produkthaftpflicht eine Rolle, sondern nur

(a) Personenschäden (Tötung oder Körperverletzung)

(b) Sachschäden, sofern sie im privaten Lebensbereich entstehen.

609 Das Gesetz umschreibt die Einschränkung der Sachschadenhaftung auf den Privatbereich mit den Worten, die Haftung sei gegeben, wenn das fehlerhafte Produkt dazu führt, dass "eine Sache beschädigt oder zerstört wird, die *nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist.*" Der Produkthaftpflichtige muss also Schäden an Privatliegenschaften und Privatautos decken, nicht dagegen solche an Geschäftsliegenschaften, Geschäftsautos und gewerblichen Betriebseinrichtungen. Die Meinung des Gesetzgebers geht dahin, dass sich Industrie und Gewerbe gegen Sachschäden selber vorsehen bzw. versichern sollen, wogegen den Privatpersonen eine solche Risikoübernahme nicht zugemutet wird.

610 Mit der Beschränkung auf Sach- und Personenschäden ist der Ersatz weiterer Schäden ausgeschlossen. Also gibt es auf der Grundlage der Produkthaftpflicht keinen Ersatz für Mängelfolgeschäden, für entgangene Gewinne aus Geräte- oder Betriebsstillstand etc.

b) Herstellerin (Produzent)

611 Das Gesetz bezeichnet drei Kategorien von Personen als produkthaftpflichtige Hersteller, nämlich:

1. die tatsächlichen Hersteller; unter diesen Begriff fallen nicht nur die Fabrikanten, sondern auch jeder "Assembler" (der für die Endmontage Verantwortliche). Andererseits ist auch ein Zulieferant Hersteller, wenn das von ihm gelieferte Produkt in ein anderes Produkt eingebaut wird und dort noch identifiziert werden kann;

2. jene Händler, welche ein von Dritten hergestelltes Produkt mit ihrer eigenen Marke oder ihrem eigenen Erkennungszeichen versehen, so dass der Händler gegenüber dem Konsumenten wie ein Hersteller in Erscheinung tritt (man denke an die entsprechende Praxis der MIGROS, eine Reihe von Haushaltgeräten verschiedenster Fabrikanten mit dem einheitlichen Markenzeichen MIOSTAR zu versehen; dadurch wird die MIGROS zur "Herstellerin" dieser Produkte, im Sinne des Gesetzes);
3. der Importeur. - Angesichts der Schwierigkeit, ausländische Fabrikanten im Schadensfalle ins Recht zu fassen, ist die Haftbarmachung jenes Importeurs, der das Produkt ins schweizerische Inland einführt, ein vordringliches Anliegen des Produkthaftpflichtgesetzes.

612 Bei Produkten schweizerischer Provenienz fällt die schwarze Kugel der Schadenersatzpflicht also in der Regel in das Loch des tatsächlichen Fabrikanten, bei Produkten ausländischer Provenienz ins Loch des Importeurs. Zwischenhändler haften dann, wenn sie nicht imstande sind, ihren Vormann in der Lieferantenkette zu identifizieren. Die durch das Gesetz begründete Mechanik der Produkthaftpflicht mag dazu führen, dass beispielsweise die MIGROS ausländische Produkte in Zukunft nicht mehr unter der eigenen Marke "MIOSTAR", sondern unter der ausländischen Marke (beispielsweise unter einer japanischen Marke) vertreibt. Um nicht als Importeurin haftbar zu werden, genügt es, dass die MIGROS den Einkauf über einen Drittimporteur tätigt. Ist dieser Importeur finanzschwach, so hat der Geschädigte Konsument am Schluss doch das Nachsehen. Die finanzstarke MIGROS haftet in einem solchen Falle nicht, weil sie weder ihre Marke auf dem Gerät angebracht noch als Importeurin gehandelt hat. Der tatsächliche Importeur haftet zwar, befindet sich aber möglicherweise in Konkurs. Gegen den Fabrikanten in Japan mag man nicht prozessieren, weil dies zu teuer und zu unsicher ist.

c) Produkt

- 613 "Produkt" ist alles, was in den Verkehr gebracht wird, um eine bestimmte Funktion zu erfüllen, also auch Industrieabfälle, wenn sie zu einem bestimmten Gebrauch verkauft werden. Häufigstes Anwendungsgebiet der Produkthaftung sind Haushaltgeräte und im Haushalt verwendete chemische Mittel (Reinigungsmittel, Kosmetika).
- 614 Das Gesetz definiert als "Produkte", deren fehlerhafte Beschaffenheit die Produkthaftpflicht auslösen kann, "jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet", ferner die Elektrizität (Art. 3).
- 615 Grundstücke und Gebäude sind demgemäss nicht "Produkte" im Sinne des Gesetzes. Ungenügend abgeschränkte Baugruben, Treppen ohne die erforderlichen Geländer, von den Dächern stürzende Ziegel und Kamine begründen keine Produkthaftung (sondern gegebenenfalls die Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 58 OR). Dies bedeutet, dass Architekten, Ingenieure und Baumeister für die von ihnen errichteten Gebäude nicht nach dem Produkthaftpflichtgesetz haften.
- 616 Hingegen haften die Fabrikanten von Gebäudebestandteilen, wenn der Fehler eines solchen Bestandteils zum Schaden führt. Man denke an fest eingebaute Heizanlagen, welche infolge eines Fabrikationsfehlers explodieren, oder an die schadhafte Schrauben einer aufgehängten Hallendecke, wenn der Schraubendefekt zum Herunterstürzen der Deckenplatten führt, während in dieser Halle gerade ein Wettschwimmen stattfindet.

617 Von der Produkthaftungspflicht sind auch die Erzeugnisse der landwirtschaftlichen Urproduktion ausgenommen, sofern sie nicht einem industriellen Verarbeitungsprozess unterzogen wurden. Früchte des Feldes und Tiere des Meeres (z.B. Austern) führen auch dann nicht zur Produkthaftungspflicht, wenn sie dem Gast in verdorbenem Zustand, roh oder gekocht, vorgesetzt werden. Dagegen führt Räucherlachs zur Produkthaftungspflicht des Fabrikanten, wenn er in verdorbenem Zustand oder mit falsch angeschriebenem Verkaufsdatum die Fabrik verlässt und aus einem solchen, vom Hersteller zu vertretenden, Grund dem Konsumenten Bauchweh macht.

d) Inverkehrbringen

618 Aus der früheren Gerichtspraxis ergibt sich, dass das Produkt, um die Produkthaftungspflicht auszulösen, *in den Güterverkehr gebracht* worden sein muss. Denn das PrHG will die breite Masse privater Konsumenten, nicht die Industrie und nicht das Gewerbe, schützen. Versuchsobjekte im Herstellungsprozess selber wie Testfahrzeuge fallen nicht darunter. Bedeutungslos ist hingegen, ob das Produkt gegen Preiszahlung oder gratis (z.B. als Werbezugabe) in den Verkehr gebracht wurde.

e) Fehler

619 Das Kriterium der Fehlerhaftigkeit lautet: Sicherheit. Ein Produkt ist fehlerhaft und der Hersteller haftet für Schäden, wenn das Produkt *nicht betriebssicher* ist in Bezug auf den *"Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann"* (Art. 4). Es kommt also nicht auf die Tauglichkeit und Nützlichkeit des Produktes, sondern auf seine Gefährlichkeit an. Die Produkthaftungspflicht schützt den Konsumenten gegen die "Gefährlichkeit" des Produkts.

620 Man unterscheidet vier verschiedene Arten haftungsbegründender Fehler:

- **"Konstruktionsfehler"**: der Wurm sitzt schon im Konzept, d.h. in der vom Konstrukteur gewollten Bauweise.
- **"Fabrikationsfehler"**: das Einzelprodukt ist faul; es wurde nicht richtig nach den Konstruktionsplänen gebaut. Die Fehlerquelle liegt hier in der Art der Herstellung. Meistens liegt menschliches Versagen und mangelnde Kontrolle oder ungenügende Organisation vor.
- **"Instruktionsfehler"**: das Produkt ist an sich in Ordnung, aber bei bestimmungsgemäsem Gebrauch oder unter besonderen, voraussehbaren Umständen mit gewissen Risiken behaftet, auf die der Hersteller den Benutzer hätte aufmerksam machen, ihn durch eine Gebrauchsanweisung richtig hätte instruieren müssen. Hier liegt die Vorwerfbarkeit in der mangelnden Warnung an den Verbraucher. - Neben der mangelnden Warnung muss auch jeder eigentliche Fehler in der Gebrauchsanweisung als Instruktionsfehler gelten, wenn er eine Gefahr schafft. So kann das Produkt für sich allein genommen ungefährlich sein, aber durch die falsche Gebrauchsanweisung zu einem Risiko werden. Namentlich falsche Gebrauchsanweisungen zu Software und zur Geräteprogrammierung können dazu führen, dass der Konsument wegen der irreführenden Gebrauchsanweisung eine schadensverursachende Handhabung vornimmt; hätte er ohne Gebrauchsanweisung die Funktionen des Gerätes selber austesten müssen, so hätte er mehr Zeit gebraucht, aber es wäre ihm der Schadensfall nicht passiert.

- "**Beobachtungsfehler**": Stellt sich bei einem Massenprodukt im Laufe der Zeit heraus, dass es mit einem Konstruktionsfehler behaftet ist, so muss der Produzent den Markt beobachten und nötigenfalls die ganze Serie zurückrufen. Unterlässt er dies, so liegt ein Beobachtungsfehler vor, für den er haftet.
- 621 Von diesen vier Fehlerkategorien, welche die Produktheftung auslösen, gibt es eine Ausnahme, nämlich den **Entwicklungsfehler**. Beim "Entwicklungsfehler" handelt es sich um einen Konstruktionsfehler, der im Zeitpunkt der technischen Entwicklung des Produktes nach dem damaligen Stand des Wissens schlechterdings nicht erkannt werden konnte. Für solche Fehler soll der Produzent nicht haften. Sie gehören zum Eigenrisikobereich jedes Individuums, das in einer Zivilisation des technischen Fortschritts lebt und diesen Fortschritt selber benützt. - Zeigt sich im Laufe der Zeit ein Entwicklungsfehler bei einer ganzen Serie von Produkten, dann muss der Produzent nach dem ersten Auftreten von Schadensfällen der Sache nachgehen und gegebenenfalls die Serie zurückrufen. Unterlässt er dies, so wächst er infolge eines Beobachtungsfehlers in die Produktheftung hinein.
- 622 Der Hersteller kann sich von der Produktheftungspflicht nicht dadurch befreien, dass er in den Kaufvertrag oder in allgemeine Lieferbedingungen oder Gebrauchsanweisungen hineinschreibt, er hafte nicht. Solche Bestimmungen und Verträge sind grundsätzlich nichtig (Art. 8). Hingegen kann sich der Hersteller dadurch schützen, dass er in einer Gebrauchsanweisung hervorhebt, unter welchen Umständen das Produkt allenfalls gefährlich sein könnte. Man ist mittlerweile namentlich im Bereiche der Heilmittel daran gewöhnt, dass die Fabrikanten die Liste der schädlichen Nebenwirkungen, zwecks Begrenzung ihrer Produktheftungspflicht, ins Uferlose ausdehnen und in der Schilderung der Nebenwirkungen vor dramatischen Beschreibungen nicht zurückschrecken. Schon bei recht schwachen Schmerzmitteln kann man von drohendem Haarausfall, Übelkeit und Verdauungsstörungen lesen, ferner, dass Schwangere das Produkt unbedingt vermeiden sollen.
- 623 Von der Haftung sind freigestellt alle landwirtschaftlichen Erzeugnisse, sofern sie noch nicht verarbeitet worden sind. Wer sich also durch den Genuss von Frischmilch mit einer Krankheit infiziert, kann sich für allfällige Schadenersatzansprüche nicht auf das PRHG abstützen, trank er pasteurisierte Milch, so hilft ihm das Gesetz. Freigestellt sind auch alle Produkte, die nicht "in den Verkehr" gebracht worden sind, d.h. insbesondere alle nur betriebsintern verwendeten Apparate, Prüfgeräte, Pilot- und Versuchsexemplare; denn das PRHG will die breite Masse der Konsumenten, nicht dagegen die Industrie und das Gewerbe gegen die mit der industriellen Tätigkeit an sich verbundenen Risiken schützen. Keine Produktheftungspflicht besteht schliesslich für sogenannte Entwicklungsfehler, d.h. für "Fehler, [die] nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnten" (Art. 5 Abs. 1 lit. e). Wenn sich also bei einem heute weitherum als harmlos eingestuften Medikament erst später herausstellt, dass es bei Neugeborenen in bestimmten Konstellationen zu schweren Missbildungen führt, so vermag sich der Fabrikant allenfalls unter Berufung auf den "Entwicklungsfehler" der Haftung zu entziehen.
- 624 In der EU sind die Entwicklungsfehler gemäss der EU-Richtlinie vom 25.7.1985 betreffend die Haftung für fehlerhafte Produkte ebenfalls freigestellt. In den EU-Ländern haftet sodann jeder Importeur wie ein Hersteller **für die aus einem Nicht-EU-Land importierten Produkte**. Importiert er aus einem anderen EU-Land, so haftet der Importeur nicht, sondern es gilt unmittelbar die Produzentenhaftung des wirklichen Herstellers. Diese verschiedene Haftung der EU-Importeure führt dazu, dass sie lieber Produkte aus EU-

Ländern als aus anderen Gebieten importieren. Dies hinwiederum erschwert den Export für schweizerische Produkte in den EU-Raum. Normalerweise verlangt der EU-Importeur vom schweizerischen Produzenten, dass dieser ihm vertraglich zusichert, allen Schaden selber zu übernehmen, der dem EU-Importeur aus Produkthaftung für die betreffenden Waren entstehen kann.

D. Einzelfragen

1. Haftung des Geschäftsherrn gemäss Art. 55 OR

- 625 Der Geschäftsherr (die Unternehmung) haftet für schädigendes Verhalten der Betriebsangestellten kausal. Der Geschäftsherr haftet für alle von den Angestellten *"in Ausübung ihrer arbeitsvertraglichen Aufgaben"* verursachten Schäden. Ob der betreffende Angestellte dabei schuldhaft handelt, ist belanglos, desgleichen die Frage, ob der Geschäftsherr selber, wenn er anstelle des Angestellten gehandelt hätte, den Schaden hätte vermeiden können.
- 626 Das Gesetz erlaubt dem Geschäftsherrn nur einen einzigen Entlastungsbeweis⁵⁰, nämlich den Nachweis, *"dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre"* (Art. 55 Abs. 1). (Haftungsgrund: Führen eines arbeitsteiligen Betriebs. - Der Arbeitgeber hat den Profit aus der Arbeit seiner Mitarbeiter, also soll er auch die von ihnen verursachten Schäden bezahlen).
- 627 Der Exzeptionsbeweis, mit dem sich der Geschäftsherr der Haftung entziehen kann, umfasst den vierfachen Nachweis
- der sorgfältigen Auswahl der (schadensverursachenden) Hilfsperson,
 - der sorgfältigen Instruktion,
 - der sorgfältigen Überwachung und
 - der Sorgfalt bei der Organisation der Arbeit und des Betriebes.
- 628 Ist die schadensverursachende Tätigkeit der Hilfsperson darauf zurückzuführen, dass der Geschäftsherr in einem dieser vier Punkte unsorgfältig war, so haftet er für den Schaden.
- 629 Bei der Geschäftsherrenhaftung wird dem Geschäftsherrn nicht das Verschulden seiner Mitarbeiter zugerechnet. Je gröber das subjektive Verschulden des Mitarbeiters, desto eher gelingt dem Geschäftsherrn die Befreiung. Läuft ein sorgfältig ausgewählter, gut instruierter und gut überwachter Vorarbeiter plötzlich Amok und zündet absichtlich das Haus eines Kunden an, so haftet der Geschäftsherr nicht. Lässt ein ungenügend instruierter Hilfsarbeiter aus Unkenntnis der Gefahr den heissen LötKolben auf dem Spannteppich liegen und verursacht dadurch den Brand des Hauses, dann haftet der Geschäftsherr.

2. Haftung des Familienhauptes gemäss Art. 333 ZGB

⁵⁰ Der gemäss Art. 55 OR mögliche Entlastungsbeweis wird auch *Exzeptionsbeweis* genannt.

- 630 Das Familienhaupt haftet für Schäden, welche ein schuldunfähiger Hausgenosse verursacht, sofern das Familienhaupt *"nicht darzutun vermag, dass es das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hat."* (Haftungsgrund: mangelnde Beaufsichtigung).
- 631 Die verschiedenen Haftungsgründe und Exkulpationsformeln führen dazu, dass die Geschäftsherrenhaftung extensiv angewendet wird, die Familienhaupthaftung restriktiv. Der Geschäftsherr haftet fast immer - das Familienhaupt fast nie.

3. Regressordnung beim Vorhandensein mehrerer Haftpflichtiger

- 632 Haften für den gleichen Schaden *mehrere Personen*, so haften sie gegenüber dem Geschädigten *solidarisch* (jeder für das Ganze, aber alle zusammen nur für einmaligen Ersatz des Ganzen).
- 633 Die Schadens-Quoten, welche diese Personen in ihrem gegenseitigen Verhältnis letztlich zu übernehmen haben, werden durch die Regeln über ihren gegenseitigen *Rückgriff* ("Regress") bestimmt. Gemäss Art. 51 Abs. 2 OR gilt: In erster Linie hat den Schaden zu übernehmen, wer aus Verschulden haftet, in zweiter Linie, wer aus Vertrag haftet (d.h. der Versicherer), in letzter Linie, wer kausal haftet. Diese Rangfolge ist allerdings nur eine Leitlinie für das gerichtliche Ermessen, keine starre Regel.
- 634 Haften gleichzeitig mehrere Personen aus Verschulden (z.B. eine Bande von Randalierern), so verlegt das Gericht den Schaden nach seinem Ermessen, wobei der Tatbeitrag jedes Beteiligten das Mass gibt. Haften mehrere Personen kausal, so wird der Schaden gemäss der Grösse der beteiligten Betriebsgefahren verlegt.

E. Wegleitung für die Fallbearbeitung (Fragenschema)

- 635 Bei der Fallbearbeitung sind der Reihe nach folgende Fragen zu beantworten:
1. **Schaden, Schädiger, natürliche Kausalität:** Wurde ein Vermögensschaden durch Menschen oder menschengeschaffene Zustände verursacht? - (Beschreibung des Schadens, des natürlichen Kausalzusammenhangs, Identifikation der schädigenden Person)
 - 2a) **Adäquanz-Test:** War das schädigende Verhalten oder der schädigende Zustand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden von der Art des eingetretenen zu bewirken oder wesentlich zu begünstigen?
 - 2b) **Unterbrechung der adäquaten Kausalität:** Ist der adäquate Kausalzusammenhang unterbrochen durch
 - Selbstverschulden
 - Drittverschulden
 - höhere Gewalt?

- 3a) **Widerrechtlichkeit:** Verletzte der Schädiger ein absolutes oder relatives Rechtsgut?
Im zweiten Falle: Hat der Schädiger mit dem schädigenden Verhalten eine Norm verletzt, die den Schutz gegen Schädigungen von der Art der vorliegenden bezweckt?
- 3b) **Aufhebung der Widerrechtlichkeit durch einen Rechtfertigungsgrund:** Wird die Widerrechtlichkeit aufgehoben durch einen Rechtfertigungsgrund (Einwilligung oder erlaubte Inkaufnahme von Risiko durch den Verletzten, überwiegende private oder öffentliche Interessen, Gesetz (Amtspflichten))?
- 4a) **Verschulden:** Liegt ein Verschulden vor (absichtliche oder fahrlässige Verursachung dieses Schadens)? - Wenn Fahrlässigkeit bejaht wird: Bei welcher Tätigkeit oder bezüglich welchen Zustandes wurde welche Sorgfaltspflicht verletzt?
- 4b) **Besteht eine gesetzliche Kausalhaftung?** Wenn ja: Welche? (Identifikation der gesetzlichen Grundlage)

3. Kapitel: Obligationen aus ungerechtfertigter Bereicherung

1. Grundsatz und Begriffe: Leistungskondiktion, Eingriffskondiktion und Zufallskondiktion

636 Art. 62 OR formuliert den Grundsatz, dass ungerechtfertigt erlangte Bereicherungen zurückzuerstatten sind, wie folgt:

"Abs. 1: Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.

Abs. 2: Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat."

637 Im Römischen Recht gab es für typische Streit-Konstellationen bestimmte Rechtsbehelfe (*actiones*, zu Deutsch: "Aktionen" oder "Klagen"). Jede solche Klage hatte einen Namen. Die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Bereicherung hiess "*condictio*". Von dieser Namensgebung wurde im deutschen Sprachraum für die Bezeichnung von Bereicherungsforderungen aller Art der Begriff der *Kondiktion* abgeleitet. Das dazu gehörige Tätigkeitswort heisst *kondizieren*. Hat also A gegenüber B einen Anspruch von 100 Franken aus ungerechtfertigter Bereicherung, so sagt man: *A kann gegenüber B 100 Franken kondizieren*.

638 Drei Haupttypen von Kondiktionen werden unterschieden: die *Leistungskondiktion*, die *Eingriffskondiktion* und die *Zufallskondiktion*. Dabei heisst "Kondiktion" stets "Bereicherungsklage" oder "Bereicherungsforderung". Das Wort bezeichnet das Recht oder den Anspruch der Bereicherungs-Gläubigerin.

639 Das OR befasst sich in den Artikeln 62-67 allerdings nur mit der Leistungskondiktion und lässt die zu den anderen beiden Gruppen gehörenden Fälle unregelt.

640 Der Begriff der **Leistungskondiktion** umfasst die Fälle, in denen jemand grundlos eine Leistung in das Vermögen eines andern erbracht hat. Dabei heisst Leistung die *bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens*. Die Leistungsempfängerin hat der leistenden Person die grundlos erbrachte ("ungerechtfertigte") Leistung zurückzuerstatten.

641 Der Begriff der **Eingriffskondiktion** umfasst die Fälle, in denen jemand unbefugt in ein fremdes Recht eingegriffen und sich dadurch einen geldwerten Vorteil verschafft hat. Die Eingreiferin hat der verletzten Person den objektiven Wert der unbefugten Nutzung des fremden Rechtes zu vergüten.

642 Der Begriff der **Zufallskondiktion** umfasst jene Fälle, in denen Vermögenswerte ohne Rechtsgrund und ohne das Zutun der Beteiligten aus dem Vermögen der einen Partei in dasjenige der andern Partei übergehen. Man denke an zwei aneinandergrenzende Fischteiche, die zwei verschiedenen Eigentümern gehören; wird durch ein Unwetter die Schleuse vom oberen in den unteren Teich weggerissen, so dass alle Fische des einen Eigentümer ins Bassin des anderen hinüberschwimmen und sich mit den dortigen Fischen vermischen, so ist der zweitgenannte Eigentümer durch Zufall ungerechtfertigt bereichert.

643 Bei der Leistungskondiktion geht es also darum, dass jemand unbegründet etwas leistet, bei der Eingriffskondiktion darum, dass jemand sich unbefugterweise etwas nimmt, bei

den Zufallskonditionen darum, dass ohne Geben oder Nehmen der Beteiligten Vermögen verschoben wird.

2. Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs

- 644 Das OR, das nur die Leistungskonditionen regelt, nennt in Art. 62 Abs. 1 drei Voraussetzungen für die Entstehung eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, nämlich
1. *Entreicherung* der einen Partei
 2. *Bereicherung* der andern Partei
 3. Mangelnde Rechtfertigung dieser Vorgänge.
- 645 **Entreicherung** der einen und Bereicherung der andern Partei entsprechen sich wertmässig und hängen kausal zusammen. Es liegt eine Vermögensverschiebung⁵¹ aus dem Vermögen der einen in das Vermögen der anderen Partei vor.
- 646 Die **Bereicherung** kann in der Vermehrung der Aktiven, einer Verminderung der Passiven oder aus einer Ersparnis bestehen. Im letzten Falle spricht man von einer *Ersparnisbereicherung*.
- 647 Eine **Vermehrung von Aktiven** liegt etwa vor, wenn eine Geldüberweisung falsch läuft und dem Bankkonto einer Person gutgeschrieben wird, für die sie nicht bestimmt war. Durch die Vermehrung des Aktivsaldos des Kontos wird das Vermögen der Kontoinhaberin auf der Aktivseite vergrössert.
- 648 Eine **Verminderung von Passiven** liegt im beschriebenen Falle dann vor, wenn das betreffende Konto im Soll stand. Durch die fehlgeleitete Überweisung verringert sich die Schuld der Kontoinhaberin gegenüber der Bank.
- 649 Eine **Ersparnisbereicherung** liegt vor, wenn die Empfängerin kosten- und grundlos eine Ware oder Dienstleistung konsumiert, für die sie andernfalls Geld bezahlt hätte. Wichtigster Anwendungsfall ist die Entgegennahme von Dienstleistungen und der Verbrauch von Waren, die aufgrund eines *wegen Nichtigkeit oder Anfechtung rückwirkend dahingefallenen Vertrages* bezogen und verbraucht wurden. Im Zeitpunkt der rückwirkenden Vertragsaufhebung finden sich die bereits verbrauchten Leistungen im Vermögen des Verbrauchers nicht mehr vor; quantifizierbar bleibt aber seine Ersparnis, die davon herrührt, dass er sich diese Waren und Dienstleistungen nicht anderweitig beschaffen musste.
- 650 *Merke:* Mit dem Begriff der Ersparnisbereicherung wird die Situation des Schuldners beschrieben. Es wäre deshalb terminologisch falsch, von einer "Ersparnis-Kondiktion" zu sprechen. Unabhängig von der Qualifikation des Gläubigerrechts als Leistungs-, Eingriffs- oder Zufallskondiktion kann die Bereicherung der Schuldnerin je nach den konkreten Umständen in einer (noch vorhandenen) Vermehrung ihrer Aktiven, in einer blossen Ersparnis oder in einer Verminderung der Passiven bestehen.

⁵¹ Die neuere Lehre lehnt, im Einklang mit BGE 119 II 337 (442), das Erfordernis der Vermögensverschiebung allerdings ab. - Bei der Eingriffskondiktion (vgl. Ziff. 665 ff.) ist sogar allgemein anerkannt, dass die Bereicherung der einen Partei in der Regel nicht mit einer Entreicherung der andern Partei einhergeht (vgl. BGE 119 II 337 (442)).

- 651 **Mangelnde Rechtfertigung** der Vermögensverschiebung liegt vor, wenn Leistungen aus vermeintlich gültigen Verträgen erbracht werden, wenn hinterher aber entdeckt wird, dass der Vertrag mangels Konsenses oder wegen eines latenten Dissenses nie bestanden hat, dass er wegen eines Nichtigkeitsgrundes von Anfang an nichtig war oder dass er wegen erfolgter Anfechtung rückwirkend dahingefallen ist⁵². Die bis dahin erbrachten Leistungen fallen unter den Begriff der *"freiwilligen irrtümlichen Leistung einer Nichtschuld"* im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR. Dabei bedeutet *"freiwillig"*, dass der Leistende nicht auf dem Wege der Schuldbetreibung zur Leistung gezwungen wurde. *"Irrtümlich"* bedeutet, dass der Leistende irrig glaubte, er schulde, was er leistet. *"Nichtschuld"* bedeutet, dass der Leistende die erbrachte Leistung tatsächlich nicht geschuldet hatte.
- 652 Zu dieser Gruppe gehören auch die Fälle, in denen jemand auf eine falsch adressierte Faktura oder eine unberechtigte Mahnung hin bezahlt. Wer in seinen finanziellen Belangen keine Ordnung hat, dem kann passieren, dass er auf eine Mahnung hin etwas zum zweiten Mal bezahlt, was er zuvor bereits ein erstes Mal bezahlt hatte. Die zweite Zahlung ist in einem solchen Falle *"ungerechtfertigt"*.
- 653 Mangelnde Rechtfertigung liegt auch vor, wenn jemand eine tatsächlich geschuldete Leistung irrtümlich an die falsche Person erbringt, z.B. Geld auf ein falsches Konto einzahlt.
- 654 Das Requisit der mangelnden Rechtfertigung ist *nicht gegeben* und die Bereicherungsforderung besteht *nicht*, wenn jemand eine Leistung in vollem Bewusstsein erbringt, dass hierzu keine Verpflichtung besteht, insbesondere wenn jemand zu fremden Gunsten eine Schenkung macht oder freiwillig eine Unterstützungsleistung erbringt. Auch diese Fälle sind durch die Bestimmung von Art. 63 Abs. 1 OR abgedeckt: *"Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat."*
- 655 Allerdings nennt Art. 62 Abs. 2 OR als besondere Kategorie die Leistungen *"aus einem nicht verwirklichten Grund"*. In diesen Fällen weiss der Leistende durchaus, dass keine Verpflichtung besteht. Die Leistung wird aber gegeben und genommen *in der festen, dem Empfänger erkennbaren Erwartung des Leistenden, dass sie ihren Grund in einem zukünftigen Ereignis finden wird* (bei Schenkungen und Sponsoring bestehen in der Regel keine solchen Erwartungen). Als Beispiel sei die Pflege einer betagten Person erwähnt, die von der Pflegerin unentgeltlich erbracht wird, weil ihr die betagte Person eine grosszügige testamentarische Zuwendung in Aussicht gestellt hatte. Unterlässt die betagte Person daraufhin die Ausfertigung des Testamentes, dann hat die Pflegerin wegen Nichtverwirklichung ihrer erbrechtlichen Erwartung eine Entschädigung für ihre Pflegeleistungen nach Bereicherungsregeln zuzug.
- 656 Aber nicht alle enttäuschten Erwartungen können zu einem finanziellen Ausgleich wegen ungerechtfertigter Bereicherung führen. Manche Leistungen werden auf das *vom Leistenden selber zu tragende Risiko* hin erbracht, *dass die erhoffte Gegenleistung ausbleibt*. Wenn ein Rechtsanwalt seinem Schwiegersohn die Anwaltspraxis übergibt, um auf diese

⁵² Keine Bereicherungsforderungen, sondern Forderungen aus Vertrag entstehen, wenn eine Partei gemäss Art. 109 OR vom Vertrag zurücktritt. Durch den Rücktritt verwandelt sich das Vertragsverhältnis in ein vertragliches Liquidationsverhältnis; vgl. BGE 126 III 119 (122); 114 II 152 (anders noch die ältere Praxis in BGE 60 II 27). Desgleichen ist die Rückforderung von zuviel bezahlten Akontozahlungen (Vorauszahlungen) eine Forderung aus Vertrag, nicht aus Bereicherung, wenn die Zahlungen im Rahmen eines gültig zustande gekommenen Vertrags erfolgt sind; vgl. BGE 126 III 119 (anders noch BGE 106 II 220). Allgemein gilt, dass ein vertraglicher Anspruch den Bereicherungsanspruch ausschliesst; vgl. BGE 126 III 119 (121) mit Hinweis auf 114 II 152 (156) und herrschende Lehrmeinungen.

Weise für die Familie seiner Tochter eine solide Existenzgrundlage zu schaffen, so kann er anlässlich der Ehescheidung des jungen Paares vom Schwiegersohn weder die Praxis zurückfordern noch eine Bereicherungsforderung geltend machen.

3. Umfang der zu erstattenden Bereicherung

a) In den Fällen der Leistungskondiktion

- 657 Werden Verträge rückwirkend aufgehoben, bei denen eine Partei Arbeits- oder andere Dienstleistungen erbracht hat, so ist die Rückgängigmachung dieser Leistungen naturgemäss nicht mehr möglich. Der Empfänger der Dienstleistung gilt als ungerechtfertigt bereichert und hat den *objektiven Wert* bzw. *Verkehrswert* oder *Marktwert* der empfangenen Leistung zu erstatten.
- 658 Wird also ein Wohnungs-Mietvertrag wegen Willensmangels angefochten, nachdem der vermeintliche Mieter die Räume bereits genutzt hat, so schuldet er die Erstattung der empfangenen Bereicherung in der Höhe eines angemessenen Mietzinses, und zwar ungeachtet der Frage, ob die Benützung der Räume dem Benützer einen geldwerten Vorteil, dem Eigentümer einen geldwerten Nachteil gebracht hat⁵³. - Ficht ein Hotelgast den Vertrag mit dem Hotel an, nachdem er das Hotelzimmer bereits bezogen hat, so schuldet er für die Aufenthaltsdauer im Hotel die Erstattung der Bereicherung in Höhe einer für diese Hotelkategorie angemessenen Übernachtungstaxe.
- 659 Art. 64 OR schreibt vor, dass die Bereicherung nur in dem Umfange zu erstatten ist, als sie beim Empfänger im Zeitpunkt der Rückforderung noch vorhanden ist.
- 660 Die Tragweite dieser Bestimmung ist gering, namentlich wegen der ebenfalls im Gesetze stehenden Einschränkung, dass die bösgläubige Vermögens-Entäusserung der Bereicherungsforderung nicht entgegensteht.
- 661 Wurde eine Waren- oder Geldsendung falsch adressiert und durfte der Empfänger aufgrund der Umstände in guten Treuen annehmen, er sei beschenkt worden, so ist er nach dem Weiterverschenken der empfangenen Werte nicht weiterhin bereichert. Seine Bereicherung entfällt auch, wenn ihm die empfangenen Werte gestohlen werden oder bei einem Brand zugrunde gehen.
- 662 Findet aber jemand auf seinem Bankkonto unverhofft eine bedeutende Gutschrift vor, für die es keine plausible Erklärung gibt, so ist die mit dem Geld flugs finanzierte Weltreise eine bösgläubige Entäusserung. Das Geld ist zurückzugeben, auch wenn es im Zeitpunkt, in dem sich die Bank bezüglich des Stornos meldet, bereits verbraucht ist⁵⁴.
- 663 Besteht die Bereicherung im Empfang von Geld, lebensnotwendigen Dienstleistungen oder Waren, so ist deren Verbrauch im Rahmen der standesgemässen Lebenshaltung des Empfängers keine Vermögensentäusserung im Sinne von Art. 64 OR. Vielmehr führt der Verbrauch unter diesen Umständen zu einer Ersparnisbereicherung. Diese ist an den Bereicherungsgläubiger zu erstatten.

⁵³ Vgl. BGE 119 II 437, 442.

⁵⁴ Unter Umständen kommt in solchen Fällen zusätzlich auch Art. 141bis StGB zur Anwendung.

664 An der Bereicherung fehlt es jedoch dann, wenn die geleisteten Waren oder Dienste für den Empfänger nutzlos sind. Man denke an den Garagisten, der gemäss der Bestellung des X irrtümlich das zum Pneuwechsel gebrachte Auto des Y neu lackiert. Vielleicht findet sich der Y mit der Bescherung ohne Murren oder sogar mit stiller Freude ab. Aber wenn er selber in diesem Zeitpunkt nicht die Absicht hatte, sein Auto neu lackieren zu lassen, so wird er sich glaubhaft auf den Standpunkt stellen können, diese Wertvermehrung des Autos sei für ihn nutzlos und er sei nicht bereit, für eine angebliche Bereicherung dem Garagisten eine Entschädigung zu bezahlen.

b) In den Fällen der Eingriffskondition

665 Als Beispiele von Eingriffskonditkons-Sachverhalten können folgende Fälle genannt werden: Unberechtigte Nutzung fremder Sachen; Annahme einer Zahlung durch den Zedenten mit befreiender Wirkung für den gutgläubig leistenden Schuldner (Art. 167 OR); Entgegennahme einer Versicherungsleistung durch den alten Begünstigten mit befreiender Wirkung für den Versicherer, dem der neue Begünstigte nicht mitgeteilt wurde (BGE 110 II 206); Verarbeitung fremder Sachen (Art. 726 ZGB); Verbindung oder Vermischung beweglicher Sachen, insbesondere von Geldstücken, durch den Bereicherten mit seinen eigenen gleichartigen Sachen (Art. 727 ZGB).

666 *Keine Eingriffskondition* besteht, wenn der *deliktsrechtliche Schadenersatz* zum vollen Ausgleich führt. Wer Geld stiehlt, hat den gestohlenen Betrag aufgrund von Art. 41 OR, nicht aufgrund von Art. 62 OR, zu erstatten.

667 Wer an buchhalterischer Logik Gefallen findet, kann sich das so erklären, dass der Dieb in seiner Vermögensbilanz das gestohlene Geld zwar als neues Aktivum verbuchen kann, die deliktsrechtliche Schadenersatzpflicht gemäss Art. 41 OR aber gleichzeitig als neues Passivum in gleicher Höhe verbuchen muss, so dass sein Reinvermögen durch den Diebstahl um keinen Franken grösser geworden, der Dieb also nicht "bereichert" ist.

668 Bei unerlaubten Handlungen genügen die Regeln über die Schadenersatzpflicht des Delinquenten nicht immer, um den wünschbaren Ausgleich herbeizuführen, nämlich immer dann nicht, wenn die unerlaubte Handlung zu keinem finanziellen Schaden und damit zu keiner deliktsrechtlichen Schadenersatzpflicht führt, dem Delinquenten aber trotzdem eine geldwerter Vorteil entstanden ist. Typischer Fall ist das Schwarzfahren im öffentlichen Verkehr: Die Transportunternehmung ist durch diese unerlaubte Handlung nicht geschädigt, weil die Beförderung des Schwarzfahrers keinen Mehraufwand verursacht. Hingegen ist der Schwarzfahrer durch die Inanspruchnahme der Transportleistung bei gleichzeitiger Ersparnis des Fahrgeldes bereichert (*Ersparnisbereicherung*), und zwar ungerichtlich.

669 Zur gleichen Gruppe gehören, zusätzlich zu den oben genannten Beispielen, das Überklettern der Abschränkung zwecks Besichtigung eines Fussballspiels ohne Bezahlung des Eintrittspreises, die unbefugte Verwendung einer patentierten Erfindung, die Benützung einer Software-Raubkopie, die unbefugte Verwendung des Porträts einer berühmten Sportlerin in der kommerziellen Werbung etc. In vielen dieser Fälle erleidet jene Person, in deren Recht eingegriffen wird, keinen oder keinen finanziell quantifizierbaren Schaden, so dass die Regeln über die Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung nicht zum befriedigenden Interessenausgleich führen. Hier hat die Eingriffskondition dem Grundsatz nach ihr Anwendungsgebiet.

- 670 Das geltende schweizerische Recht schafft aber den erforderlichen Interessenausgleich meist ohne Verwendung der Figur der Eingriffskondition. So gibt es eine Reihe gesetzlicher Vorschriften, die die unbefugte Nutzung fremder Rechte und Leistungen mit dem Verweis auf die **Gewinnherausgabepflicht bei unechter Geschäftsführung ohne Auftrag**⁵⁵ regeln.
- 671 *Es empfiehlt sich, an dieser Stelle die Lektüre des Skripts zu unterbrechen, das Gesetz aufzuschlagen und im OR die beiden Artikel 422 und 423, anschliessend im ZGB den Artikel 28a Abs. 3 aufmerksam durchzulesen. - Zu diesen Gesetzesartikeln ist Folgendes zu sagen:*
- 672 *In Art. 422 OR geht es um die "echte Geschäftsführung ohne Auftrag", wobei das Adjektiv "echt" jene Geschäftsführung bezeichnet, die zwecks Interessenwahrung des Geschäftsherrn erfolgt. Als Beispiel denke man an den Automobilisten, der einen bewusstlosen, blutüberströmten Fussgänger am Strassenrand entdeckt und diesen ins nächste Spital transportiert. Der gerettete Fussgänger heisst in diesem Falle "Geschäftsherr", der Automobilist "Geschäftsführer". Der Geschäftsherr schuldet dem Geschäftsführer den Ersatz der Verwendungen, also die Kosten des Benzins und der Reinigung des Autos von den Blutflecken, jedoch kein Honorar. Das ergibt sich aus Art. 422 OR.*
- 673 *In Art. 423 geht es um die "unechte" Geschäftsführung ohne Auftrag, nämlich um jene, die nicht im Interesse des Geschäftsherrn erfolgt. Als Beispiel denke man sich jemanden, der sich in einer leeren Alpenclub-Hütte einquartiert, sich gegenüber ankommenden Touristen als Hüttenwart aufspielt und ihnen für die Übernachtung die Hüttentaxe abkassiert. Der Mann führt damit die Geschäfte des Alpenclubs in eigenem Interesse. Er muss dem Alpenclub die kassierten Hüttentaxen abliefern. Das ist der Sinn von Art. 423 Abs. 1 OR.*
- 674 *In Art. 28a Abs. 3 ZGB ist von der Gewinnherausgabe gemäss den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag die Rede. Man denke an jemanden, der ohne Erlaubnis das Porträt einer berühmten Sportlerin vermarktet, indem er es auf T-Shirts aufdruckt und diese Textilien zu einem hohen Preis verkauft. Dieses Verhalten ist eine Verletzung der Persönlichkeit der Sportlerin, nämlich ihres Persönlichkeitsrechts am eigenen Bild. - Der Gesetzgeber hat nun für diesen Fall die gleiche Rechtsfolge angeordnet, wie sie gemäss Art. 423 Abs. 1 OR für den Pseudo-Hüttenwart in dessen Verhältnis zum Alpenclub gilt.*
- 675 Wo der Gesetzgeber ausdrücklich die Gewinnherausgabepflicht gemäss Art. 423 Abs. 1 OR anordnet, ist für die Figur der Eingriffskondition kein Raum.
- 676 In derartigen Fällen wird zuweilen auch die Figur des *faktischen Vertrags* verwendet. Wurde ein unwirksamer Vertrag von den Beteiligten erfüllt und erweist sich die Rückabwicklung als unpraktikabel, so wird es für die Dauer der tatsächlichen Vertragsabwicklung einfach so gehalten, wie wenn ein wirksamer Vertrag vorgelegen hätte. Diese Vorgehensweise ist für den unwirksamen *Arbeitsvertrag* sogar gesetzlich vorgeschrieben (Art. 320 Abs. 3 OR). Erklärt die Bank gegenüber dem neu angestellten Kassier den Vertragsrücktritt, weil sich nachträglich herausstellt, dass der Mann wegen Vermögensdelik-

⁵⁵ Vgl. beispielsweise Art. 28a Abs. 3 ZGB bei Persönlichkeitsverletzungen; Art. 9 Abs. 3 UWG für die Fälle unlauteren Wettbewerbs; Art. 62 Abs. 2 URG für Eingriffe in fremdes Urheberrecht; Art. 55 Abs. 2 MSchG für Eingriffe in fremde Markenrechte.

ten vorbestraft ist, so ist der Lohn für die Zeit der Anstellung zu bezahlen, obwohl der Vertrag infolge Irrtumsanfechtung grundsätzlich seit Anbeginn dahingefallen ist.

- 677 In anderen Fällen passt aber die Eingriffskondition besser als die Figur des faktischen Vertrags. Man denke an die Vermietung einer Altwohnung zu sehr niedrigem Preis. Der Vermieter hätte längst kündigen wollen, dies aber wegen der Vorschriften über den Mieterschutz noch immer nicht zu tun gewagt. Nun bleibt der Mieter plötzlich den Mietzins schuldig. Dies erlaubt dem Mieter, fristlos zu kündigen. Er tut es. Der Mieter missachtet die Kündigung und bleibt weiterhin in der Wohnung. Von der rechtsgültigen Kündigung bis zur polizeilichen Ausweisung verstreichen sechs Monate. - Aus welchem Rechtsgrund und zu welchem Ansatz hat der renitente Mieter die unbefugte Nutzung der Wohnung während dieser sechs Monate zu bezahlen? - Die Figur des faktischen Vertrag befriedigt nicht, weil das Charakteristische des Falles gerade darin liegt, dass der Wohnungseigentümer mit seinem unerwünschten Bewohner in der fraglichen Zeit keinen Vertrag mehr haben wollte. Auch käme man bei der Annahme eines faktischen Vertrags wohl dazu, dem Eigentümer nur den bisherigen niedrigen Vertrags-Mietzins zuzuerkennen. - Demgegenüber erlaubt die Figur der Eingriffskondition hier, dem Eigentümer einen Anspruch auf den *objektiven Wert* der Wohnungsnutzung zuzuerkennen und den Benutzer der Wohnung zu einer entsprechenden Geldzahlung zu verpflichten - zu einer Zahlung, die den bisherigen vertraglichen Mietzins übersteigt.

c) In den Fällen der Zufallskondition

- 678 Bei der Zufallskondition bemisst sich der Umfang der zu erstattenden Bereicherung in der Regel nach den Grundsätzen über die Leistungskondition.

4. Sperrung des Bereicherungsanspruchs gemäss Art. 66 OR

- 679 Art. 66 OR schreibt vor: "*Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.*"
- 680 Schulbeispiel ist der Gaunerlohn, d.h. die vom Auftraggeber zu dem Zwecke bezahlte Entschädigung, dass der Empfänger ein Delikt begehe. Unter die Bestimmung von Art. 66 OR fällt sodann der beim illegalen Drogenkauf bezahlte Preis, ferner der Dirnenlohn. Nimmt die Prostituierte das Geld als Vorauszahlung entgegen, verweigert sie anschliessend aber den Dienst, so muss sie die erhaltene Bereicherung gemäss Art. 66 OR nicht zurückerstatten, macht sich aber bei arglistigem Vorgehen wegen Betrugs gemäss Art. 146 StGB strafbar.
- 681 Die Rückforderungssperre betrifft nur Leistungen, die im Rahmen eines *in sich selbst rechts- oder sittenwidrigen Geschäftes* erbracht wurden. Der Verbrecher, der zwecks eines Tötungsdeliktes beim Waffenhändler eine Pistole kauft, tätigt ein legales Geschäft. Wird der Kaufvertrag später von einer Partei wegen eines Willensmangels angefochten, so ist der Kaufpreis gemäss Art. 62 OR zurückzuerstatten.