Schweizerisches Obligationenrecht

Allgemeiner Teil & Einführung besonderer Teil

Anhand:

- Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 7. Auflage, Zürich 1998.
- Honsell, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Bern 2001.

0.0 Inhaltsverzeichnis

0.0 Inhaltsverzeichnis 2

1.0 Grundbegriffe des Obligationenrechts 11

1.1 Obligation 11

1.2 Forderung 11
1.21 Enstehungsgründe 11
1.22 Gegenstand der Forderung 11
1.23 Inhalt der Forderung 11
1.231 Recht des Gläubigers auf Leistung des Schuldner 11

1.3 Schuld 11
1.31 Obliegenheit 12

1.4 Formen des Rechts 12
1.41 Objektives Recht 12
1.42 Subjektives Recht 12
1.43 Absolute Rechte 12
1.44 Gestaltungsrechte 12
1.45 Vertretungsrechte 12
1.46 Einzelfragen 13

1.5 Haftung 13
1.51 Schuldhaftung 13

1.6 Rechtsgeschäft 13
1.61 Arten 13
1.611 Nach Tatbestand 13
1.612 Nach der Rechtsfolge 14
1.6121 Rechtsgeschäfte unter Lebenden 14
1.6122 Rechtsgeschäfte des Todes wegen 14
1.6123 Rechtsgeschäfte für sich selbst oder für einen anderen 14
1.613 Gestaltungsgeschäft im Besonderen 14

1.7 Willenserklärung/ Willensäusserung 14
1.71 Form 14
1.72 Empfangsbedürftigkeit 15
1.721 Empfangsbedürftige Erklärungen 15
1.722 Nicht empfangsbedürftige 15

1.8 Vertrauensprinzip (auch Vertrauensgrundsatz) 15

1.9 Vertrag 16
1.91 Vertrag als Rechtsgeschäft 16
1.911 Austausch der Willenserklärungen 16
1.92 Vertrag als Rechtsverhältnis 16
1.93 Arten 16
1.931 Nach dem Inhalt 16
1.932 Nach dem Rechtsgebiet 16
1.933 Sonderarten 16
1.9331 Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112) 16
1.9332 Vertrag mit vorgeformtem Inhalt (Bsp. AGB) 16
1.93321 Konsumentenvertrag 16
1.94 Schuldvertrag 17
1.941 Arten 17
1.9411 Nach dem Verhältnis zum Gesetz 17
1.9412 Nach der Leistungsbeziehung 17
1.9413 Nach dem Verhältnis zur Zeit 17

2.0 Vertragsabschluss 18

2.1 Die Beteiligten 18

2.2 Übereinstimmende Willenserklärung 18
2.21 Tatsächlicher und rechtlicher Konsens 18
2.22 Konsens und Dissens 18
2.23 Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt 18
2.231 Objektiv wesentliche Vertragspunkte 18
2.232 Subjektiv wesentlichen Vertragspunkte 18

2.3 Austausch der Willenserklärungen 19
2.31 Gegenseitigkeit der Willenserklärungen 19
2.311 Antrag/ Offerte/ Angebot 19
2.312 Inhalt 19
2.313 Form 19
2.314 Rechtswirkung 19
2.3141 Antrag ohne Verbindlichkeit/ Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs (Art. 7 Abs. 1) 20
2.3142 Zusendung einer unbestellten Sache (Art. 6a) 20
2.32 Annahme/ Akzept 20
2.321 Form 20
2.322 Schweigen auf einen Antrag 20
2.323 Rechtswirkung der Annahme 21
2.33 Widerruf von Antrag oder Annahme 21

3.1 Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1) 22

3.2 Gesetzliche Formvorschrift 22
3.21 Formen 22
3.211 Einfache Schriftlichkeit (Art. 13- 15) 22
3.212 Qualifizierte Schriftlichkeit 22
3.213 Öffentliche Beurkundung 22

3.3 Umfang des Formzwanges 22

3.4 Formungültigkeit 23

3.5 Einzelfragen 23

3.6 Vertraglich vorbehaltene Form (Art. 16) 23

4.0 Vertragsfreiheit 24

4.1 Allgemeines 24

4.2 Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1) 24
4.21 Vertrag mit unmöglichem Inhalt (Art. 20 Abs. 1) 24
4.22 Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt (Art. 20 Abs. 1) 24
4.23 Vertrag, der gegen die guten Sitten verstösst (Art. 20 Abs. 1) 24

4.3 Rechtslage bei unmöglichem, rechtswidrigem oder sittenwidrigem Vertragsinhalt 25
4.31 Nichtigkeit des Vertrages (Art. 20 Abs. 1) 25
4.32 Blosse Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2) 25

5.0 Übervorteilung und Willensmängel 27

5.1 Übervorteilung(Art. 21) 27
5.11 Tatbestand 27
5.12 Rechtsfolge 27

5.2 Mängel des Vertragsabschluss 27
5.21 Irrtum (Art. 23ff.) 27
5.211 Motivirrtum/ Irrtum um Beweggrund 27
5.212 Grundlagenirrtum 28
5.213 Erklärungsirrtum/ Äusserungsirrtum 28
5.214 Irrtumsfolge: Rechtsfolge wesentlichen Irrtums 29

5.3 Absichtliche Täuschung (Art. 28) 29
5.31 Rechtsfolgen 29

5.4 Furchterregung (Art. 29f.) 29

5.41 Rechtsfolgen 30

5.5 Einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages 30
5.51 Ungültigkeitstheorien 30
5.511 Ungültigkeitstheorie 30
5.512 Anfechtungstheorie 30
5.513 Theorie der geteilten Ungültigkeit 30
5.52 Aufhebung des Mangels (Art. 31) 30

5.6 Einzelfragen 31
5.61 Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde 31
5.62 Willensmängel bei anderen Rechtsgeschäften 31

6.0 Vertragsverhandlungen 32

6.1 Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben 32
6.11 Konkrete Einzelpflichten 32
6.12 Haftung aus «culpa in contrahendo» 32
6.13 Vertrauenshaftung 32

6.2 Der Verhandlungsvertrag 33

6.3 Beendigungen der Verhandlung 33
6.31 Abbruch der Verhandlungen 33
6.32 Vertragsabschluss 33

6.4 Sondertatbestände im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss 34
6.41 Bestätigungsschreiben 34
6.42 abstraktes Schulbekenntnis (Art. 17) 34
6.43 Faktische Vertragsverhältnisse 34

7.0 Allgemeine Vertragsbedingungen 35

7.1 Bestimmungen des Art. 8 UWG 35

7.2 Abschluss-/ Konsens-/ Geltungskontrolle 35

7.3 Auslegungskontrolle 36

7.4 Abschluss-/ Konsens-/ Geltungskontrolle 36

7.5 Inhaltskontrolle 36

8.0 Auslegung des Vertrages 37

8.1 Auslegungsmittel 37
8.11 Primäre Auslegungsmittel 37
8.12 Ergänzende Auslegungsmittel 37

8.2 Auslegungsregeln 37
8.21 Auslegung «ex tunc» 38
8.22 Auslegung nach Treu und Glauben 38
8.23 Weitere Auslegungsregeln 38
8.24 Vereinbarte Auslegungsregeln 38

8.3 Sonderfälle 38

9.0 Ergänzung des Vertrages 39

9.1 Vertragsergänzung durch dispositives Gesetzesrecht 39

9.2 Vertragsergänzung durch den Richter 39

9.3 Vertragsergänzung in wesentlichen Punkten und bei formbedürftigen Verträgen 40

10.0 Anpassung des Vertrages an «veränderte Verhältnisse» 41

10.1 Anpassung des Vertrages durch den Richter 41

10.2 Das unerwartete Ausbleiben einer Verhältnisänderung 41

11.0 Stellvertretung 42

11.1 Die Stellvertretung im Allgemeinen 42
11.11 Voraussetzungen der Vertretungswirkung 42
11.111 Vertretungsmacht 42
11.112 Handlung in fremdem Namen 42
11.12 Vollmacht 43
11.121 Bevollmächtigung/ Vollmachterteilung 43
11.122 Umfang der Vollmacht 43
11.1221 Sachlicher Umfang 43
11.1222 Subjektiver Umfang 43
11.123 Erlöschen der Vollmacht 43

11.2 Vertretung ohne Vollmacht 44
11.21 Keine Vertretungswirkung ohne Genehmigung 44
11.211 Vertretungswirkung ohne Genehmigung 44
11.2111 Fälle des Gutglaubensschutzes Dritter(Art. 33 Abs. 3) 44
11.22 Rechtsstellung des Vertreters 45
11.221 Rechtslage zwischen Vertreter und Dritten 45
11.222 Rechtslage zwischen Vertreter und Vertretenem 45

11.3 Nachtrag 45
11.31 Echte und Unechte Stellvertretung 45
11.311 Unechte Stellvertretung 45
11.312 Echte Stellvertretung 45
11.32 Vertretung mehrerer/ Handeln für sich und andere 45
11.33 Selbsteintritt und Doppelvertretung 46
11.34 Überschreitung einer Vollmacht 46
11.35 Wissensvertretung 46
11.36 Kaufmännische Vertretung 46

12.0 Richtige Erfüllung der Obligation 47

12.1 Person des Leistenden 47
12.11 Keine Pflicht zu persönlicher Leistung 47
12.12 Verhältnis des leistenden Dritten zum Schuldner 47
12.121 Der Dritte leistet mit Willen des Schuldners 47
12.122 Der Dritte leitstet ohne, aber nicht gegen den Willen des Schuldners 47
12.123 Der Dritte leistet gegen den Willen des Schuldners 47
12.13 Subrogation 48

12.2 Person des Leistungsempfängers 48
12.21 Vereinbarte Pflicht zur Leistung an einen Dritten 48

12.3 Ort der Erfüllung (Art. 74) 48
12.31 Bestimmung des Erfüllungsortes 49
12.311 Bestimmung durch Vertrag 49
12.312 Bestimmung durch das Gesetz 49
12.3121 Allgemeine Regeln 49
12.3122 Sonderregeln 49
12.32 Holschuld, Bringschuld, Versendungsschuld 49
12.321 Holschuld 49
12.322 Bringschuld 50
12.323 Versendungs- oder Schickschuld 50

12.4 Zeit der Erfüllung 50
12.41 Fälligkeit 50
12.42 Technik der Zeitbestimmung 50
12.421 Absolute Bestimmung 50
12.422 Relative Bestimmung 50
12.423 Terminologie 50
12.43 Bestimmung der Fälligkeit und der Erfüllbarkeit 51
12.431 Bestimmung durch Vertrag 51
12.432 Bestimmung durch die Natur des Rechtsverhältnisses (Art. 75) 51

12.433 Bestimmung durch das Gesetz 51
12.44 Relativierung der Fälligkeit durch Art. 82 und 83 51
12.441 Regel «Zug um Zug» (Art. 82) 51
12.442 Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrecht (Art. 83) 52
12.45 Einzelfragen 52

12.5 Gegenstand der Erfüllung (Inhalt der Leistungspflicht; Art. 69- 73) 52
12.51 Gegenstand der Erfüllung und somit Inhalt der Leistungspflicht ist das Geschuldete 52
12.52 Nähere Bestimmung der Leistungspflicht durch eine Partei oder durch einen Dritten 52
12.521 Vertragliche Regeln 52
12.522 Regeln des Gesetzes 53
12.5221 Recht zur Individualisierung bei Gattungsschulden (Art. 71) 53
12.5222 Wahlobligation (Art. 72) 53
12.53 Erfüllung durch eine andere als die geschuldete Leistung 53

12.6 Geldzahlung als besonderer Gegenstand der Erfüllung (Art. 84- 90) 54
12.61 Geldschuld 54
12.62 Erfüllung auf inländische Währung laufende Schulden 54
12.63 Erfüllung auf ausländische Währung laufende Schulden 54
12.64 Erfüllung durch bargeldlose Überweisung (Buch- oder Giralgeld) 54
12.65 Bestimmung der geschuldeten Geldsumme (Bestimmungstechnik) 54
12.66 Zahlung und Rechtsgrund 55
12.67 Verzinsungspflicht (Art. 73) 55
12.671 Zinseszins (Art. 105 Abs. 1 & 3, Art. 314 Abs. 3) 55
12.68 Teilzahlungen (Art. 69) 56
12.69 Einzelfragen 56

12.7 Mitwirkungshandlungen des Gläubigers im allgemeinen 56
12.71 Mitwirkungsformen 56

12.8 Gläubigerverzug/ Annahmeverzug bei Verletzung von Mitwirkungspflichten im besonderen (Art. 91- 96) 57
12.81 Recht des Schuldners zu selbständigen Befreiungshandlungen 57
12.811 Recht zur Hinterlegung (Art. 92) 57
12.812 Recht zum Selbsthilfeverkauf (Art. 93) 58
12.82 Sonderfolge bei Nicht-Sachleistungen (Art. 95) 58
12.83 Gläubigerverzug im weiteren Sinne (Art. 96) 58

12.9 Rechtsnatur der Erfüllung 58
12.91 Vertragstheorie 58
12.92 Theorie der realen Leistungsbewirkung 58
12.93 Eingeschränkte Vertragstheorie 59

13.0 Nichterfüllung und nicht richtige Erfüllung der Obligation 60

13.1 Grundfolge der Nichterfüllung: Erfüllungszwang 60
13.11 Vollstreckungsarten 60

13.2 Schadensersatzpflicht bei Ausbleiben der Erfüllung (Art. 97- 101) 60
13.21 Tatbestand 60
13.211 Grundmerkmale 60
13.212 Schaden 61
13.2121 Schadenselemente 61
13.21211 Wert der ausgebliebenen Leistung 61
13.21212 Kosten 61
13.21213 Drittschaden 62
13.2122 Berechnungsarten des Schadens 62
13.213 Adäquater Kausalzusammenhang 62
13.2131 Weitere Bemühungen zur Haftungsbeschränkung 63
13.2132 Beweislast 63
13.214 Verantwortlichkeit 63
13.2141 Verantwortlichkeit aus Verschulden 63
13.21411 Fahrlässigkeit im Besonderen 63
13.214111 Objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff und Vertragswidrigkeit 64

13.21412 Beweislast für das Verschulden 64
13.2142 Verantwortlichkeit ohne Verschulden 64
13.215 Rechtsfolge: Schadensersatz 65
13.2151 Umfang des geschuldeten Schadenersatzes 65
13.2152 Wegbedingung der Schadensersatzpflicht 65
13.216 Haftung für Hilfspersonen 65
13.2161 Schaden und funktioneller Zusammenhang 66
13.2162 Wegbedingung der Haftung 66
13.2163 Haftung aus Vertrag (Art. 97ff.) und ausservertragliche Haftung (Art. 41ff.) 67

13.3 Schuldnerverzug 67
13.31 Tatbestand 67
13.32 Mahnung des Schuldners im besonderen (Art. 102) 67
13.33 Verfalltagsgeschäft und Fixgeschäft 68
13.34 Rechtsfolgen 68
13.341 Verzugsfolgen ohne Rücksicht auf das Verschulden 68
13.3411 Verzugszins (Art. 104f.) 68
13.3412 Wahlrecht 68
13.342 Verzugsfolgen bei verschuldetem Verzug 69
13.3421 Pflicht zum Ersatz des Verspätungsschaden (Art. 103 und Art. 106) 69
13.3422 Haftung für Zufall (Art. 103) 69
13.3423 Haftung des Schuldner für seine Hilfspersonen 69

13.4 Verzuglage bei vollkommen zweiseitigen Verträgen 69
13.41 Recht zur Nachfristansetzung und Wahlrecht des Gläubigers 69
13.42 Wahlrecht bei unbenutztem Fristablauf 70
13.421 Erstes Wahlrecht 70
13.422 Zweites Wahlrecht 70
13.43 Wahlrecht ohne Fristansetzung 70
13.44 Entscheid für Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages (Art. 107 Abs. 2) 71
13.45 Aufhebung des Vertrages (Art. 109) 71

13.5 Kurze Repetition des Schuldnerverzugs 71
13.51 Voraussetzungen 71
13.52 Allgemeine Verzugsfolgen 72
13.53 Besondere Verzugsfolgen 72
13.531 Zeitfolge 72
13.54 Teilverzug 73

13.6 Leistungsunmöglichkeit 73
13.61 Objektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung 73
13.62 Subjektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung 73
13.621 Rechtsfolgen 73
13.6211 Ursprünglich subjektive Leistungsunmöglichkeit 73
13.6212 Nachträgliche subjektive Leistungsunmöglichkeit 73
13.63 Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit 74

13.7 Mängelhaftung 74

14.0 Erlöschungsgründe im Einzelnen 75

14.1 Aufhebung durch Übereinkunft (Art. 115) 75

14.2 Neuerung/ Novation (Art. 116f.) 75

14.3 Vereinigung/ Konfusion (Art. 118) 76

14.4 Unmöglichwerden einer Leistung ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119) 76

15.0 Bedingungen 78

15.1 Erscheinungsformen 78
15.11 Aufschiebende und auflösende Bedingung 78
15.12 Potestative, kasuelle, gemischte Bedingung 78
15.13 Positive und negative Bedingungen 78

15.2 Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Bedingungen **78**

15.3 Rechtslage **79**
15.31 Rechtslage beim aufschiebend bedingten Geschäft 79
15.32 Rechtslage beim auflösend bedingten Geschäft 79
15.33 Gemeinsame Vorschriften 79

15.4 Bedingungen im untechnischen Sinn und Befristungen (Termine) **79**
15.41 Bedingungen im untechnischen Sinn 79
15.42 Befristungen (Termine) 80

16.0 Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62ff.) ***81***

16.1 Tatbestand **81**

16.2 Rechtsfolge **81**
16.21 Vindikation/ Eigentumsklage 81
16.22 Gegenstand und Umfang der Rückerstattung 82
16.23 Ausschluss des Bereicherungsanspruches 82
16.24 Ausschluss der Klagbarkeit 82
16.241 Ausschluss nach Art. 66 82
16.242 Ausschluss durch Verjährung (Art. 67) 83

16.3 Einzelfragen **83**
16.31 Rückerstattungsanspruch bei Vertragsrücktritt 83
16.32 Anwendung des Art. 63 Abs. 1 bei synallagmatischen Schuldverträgen 83

17.0 Abtretung einer Forderung ***84***

17.1 Abtretung als Verfügungsvertrag **84**

17.2 Abtretbarkeit der Forderungen **84**

17.3 Rechtswirkung der gültigen Abtretung **84**
17.31 Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner 85
17.32 Verhältnis zwischen Zessionar und Zedent 85

17.4 Gewährleistungspflicht des Zedenten (Art. 171- 173) **85**

17.5 Blankoabtretung **85**

17.6 Gläubigerwechsel ohne Abtretung **86**

18.0 Schuldübernahme ***87***

18.1 Interne Schuldübernahme des Art. 175 **87**
18.11 Rechtswirkung des Befreiungsversprechens 87

18.2 Externe Schuldübernahme des Art. 176 **87**
18.21 Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten 87
18.22 Rechtswirkungen der gültigen externen Schuldübernahme 87
18.221 Verhältnis zwischen Gläubiger und Übernehmer 87

18.3 Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes (Art. 181) **88**
18.31 Sonderfall: Vereinigung und Umwandlung von Geschäften (Art. 182) 88

18.4 Schuldbeitritt **88**
18.41 Schuldübernahme bei Erbteilung und bei Veräusserung verpfändeter Grundstücke (Art. 183) 88

19.0 Kauf (Art. 184ff.) ***89***

19.1 Allgemeines **89**
19.11 Definition 89
19.12 Systematik des Gesetzes 89
19.13 Abgrenzung zu anderen Verträgen 89
19.131 Werkvertrag (Art. 363ff.) 89
19.132 Leasing 89
19.133 Schenkung (Art. 239ff.) 89
19.134 Differenzgeschäft, bzw. Optionshandel (Art. 513 Abs. 2) 90

19.135 Kauf(s)recht 90
19.14 Nichtige Kaufverträge 90

19.2 Kaufgegenstand und Kaufpreis (Essentialia negotii) 90
19.21 Kaufgegenstand 90
19.211 Sachen 90
19.212 Rechte 90
19.213 Sonstige Rechtsgüter 91
19.214 Sachgesamtheiten, Vermögen, Erbschaft 91
19.215 Unternehmen 91
19.216 Gesellschaftsanteile 91
19.217 Aktien 91
19.22 Kauf nicht bestehender Sachen oder Rechte 91
19.221 Erst herzustellende Sachen 91
19.222 Untergegangene Sachen 91
19.223 Rechtskauf 92
19.224 Künftige Sachen 92
19.2241 Emptio rei speratae (Kauf einer erhofften Sache) 92
19.2242 Emptio spei (Hoffnungskauf) 92
19.23 Stückkauf und Gattungskauf 92
19.24 Kaufpreis 92

19.3 Pflichten der Parteien 93
19.31 Pflichten des Verkäufers 93
19.311 Übergabe des Besitzes 93
19.312 Eigentumsverschaffung 93
19.313 Nebenpflichten 93
19.32 Pflichten des Käufers 94
19.321 Zahlung des Kaufpreises (Art. 184 Abs. 1, Art. 211 Abs. 1) 94
19.322 Annahme der Sache 94
19.323 Nebenpflichten 94

19.4 Gefahrtragung (Art. 185) 94
19.41 Gefahrtragung im Einzelnen 94

19.5 Verzug und Nichterfüllung 95
19.51 Verzug und Nichterfüllung des Verkäufers 95
19.511 Kaufmännischer Verkehr 95
19.512 Nichtkaufmännischer Verkehr 95
19.52 Verzug und Nichterfüllung des Käufers 95
19.521 Rücktritt 96
19.522 Schadensersatz wegen Nichterfüllung 96

19.6 Die Gewährleistung des Verkäufers, Rechtsmängelhaftung (Art. 192- 196) 96
19.61 Voraussetzungen und Rechtsfolgen 96
19.62 Rechtsmängelhaftung und gutgläubiger Erwerb 96
19.63 Konkurrenz der Rechtsmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen 97
19.631 Sachmängelhaftung 97
19.632 Schadensersatzansprüche 97
19.633 Irrtums- und Täuschungsanfechtung (Art. 23ff.) 97

19.7 Sachmängelhaftung (Art. 197- 210) 97
19.71 Zusicherung von Eigenschaften 97
19.72 Voraussetzungen der Geltendmachung von Sachmängelansprüchen 98
19.721 Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 201) 98
19.73 Vertraglicher Gewährleistungsausschluss (Art. 199) 98
19.74 Verjährung der Gewährleistungsansprüche 98
19.75 Viehkauf (Art. 202) 99

19.8 Sachmängelansprüche im Einzelnen 99
19.81 Nachbesserung 99
19.82 Wandlung 99
19.83 Minderung 100
19.84 Schadensersatz 100

19.9 Konkurrenz der Sachmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen 101
19.91 Schadensersatzansprüche nach Art. 97ff. 101
19.92 Schadenersatz aus Delikt (Art. 41ff.) 101
19.93 Schadensersatzansprüche nach dem Produktehaftpflichtgesetz 101
19.94 Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung 101

19.10 Gattungskauf 102
19.101 Lieferungspflicht des Verkäufers 102
19.102 Abgrenzung von Schlecht- und Falschlieferung 102

20.0 Besondere Arten des Kaufs 103

20.1 Grundstückkauf 103
20.11 Öffentliche Beurkundung 103
20.12 Gegenstand der Beurkundung 103
20.121 Umfang der Beurkundung 103
20.13 Rechtsfolgen des Formmangels 104
20.131 Simulation 104
20.14 Eigentums- und Gefahrübergang 104
20.15 Gewährleistung 104
20.151 Rechtsmängelhaftung 105
20.152 Sachmängelhaftung 105
20.16 Beschränkung des Grundstückerwerbs aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften 105

20.2 Tausch 105
20.21 Kauf nach Muster 105
20.22 Kauf auf Probe 105
20.221 Genehmigung 105
20.222 Kauf mit Umtauschvorbehalt 106
20.23 Teilzahlungsgeschäfte (Art. 226a ff.) 106
20.231 Konsumkreditgesetz 106
20.24 Versteigerung (Art. 229- 236) 106
20.241 Anfechtung nach Art. 230 107
20.25 Tauschvertrag (Art. 237f.) 107

20.3 Die Schenkung (Art. 238- 252) 107
20.31 Vertragsschluss 108
20.32 Schenkung unter Auflage oder Bedingung 108
20.321 Auflage 108
20.322 Bedingung 108
20.33 Widerruf der Schenkung 108
20.34 Rechtsfolgen 109
20.341 Schenkungsanfechtung 109
20.35 Schenkungen auf den Todesfall 109

1.0 Grundbegriffe des Obligationenrechts

1.1 Obligation

Eine *Rechtsbeziehung*/ ein *Rechtsverhältnis* zwischen zwei Personen/ Personengruppen, die sich darin erschöpft, dass die eine Person (**Gläubiger**) eine **Forderung** gegenüber der anderen Person (**Schuldner**) hat.

1.2 Forderung

Ein klagbares Recht auf Leistung.

1.21 Enstehungsgründe

Eine Forderung entsteht aus:

- **Vertrag** (Art. 1ff.)
- **Unerlaubter Handlung** (Art. 41ff.)
- **Ungerechtfertigter Bereicherung** (Art. 62ff.)

1.22 Gegenstand der Forderung

Ist die Leistung. Diese tritt in verschiedenen Formen auf:

- *Tun (***positive Leistung**), einem *Unterlassen* oder einem *Dulden* (beides **negative Leistungen**).
- **Tatsächliche** („**physische**“) und **rechtliche** (z.B. Abtretung einer Forderung, bewirkt eine Rechtsfolge) **Leistung**
- **Einmalige** und **fortgesetzte Leistungen**
- **Individuelle** und **überindividuelle Leistungen**

1.23 Inhalt der Forderung

1.231 Recht des Gläubigers auf Leistung des Schuldner

Klagerecht des Gläubigers

→ Recht auf *staatlichen Rechtsschutz*, wodurch mittels Gesetz und der damit verbundenen Vollstreckungsmassnahmen (schliesslich in Form der *Realvollstreckung*) die Forderung durchgesetzt werden kann.

Zugriffsrecht des Gläubigers

→ Recht im Falle der Nichtleistung auf das Vermögen des Schuldners zuzugreifen.

1.3 Schuld

Bildet die Gegenseite der Forderung und bezeichnet eine *einklagbare Pflicht zur Leistung*.

Unterschieden wird zwischen **erfolgsbezogener** (Leistungserfolg wird mitgeschuldet) oder **nicht erfolgsbezogener Schuld** (Leistung wird geschuldet).

Sie kann zudem **einfache Schuld** oder **Dauerschuld** sein, je nachdem wie oft die Leistung erbracht werden muss.

Bei auf einer Sachleistung gerichteten Schuld unterscheidet man des Weiteren zwischen:

- **Stückschuld** (**Speziesschuld**)
  → Die geschuldete Sache ist *individuell*.
- **Gattungsschuld** (**Genusschuld**)
  → Die Schuld ist *nach Art und Zahl* bestimmt. Dabei existiert als Sonderform die begrenzte Gattungsschuld (Bsp. 1000 Liter Wein aus einem begrenzten Vorrat).

1.31 Obliegenheit

Ist von der Schuld zu unterscheiden, jedoch eine *Pflicht minderen Grades*. Der Belastete kann nicht zur Erfüllung angehalten werden, noch ist er zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet, wenn er die Schuld nicht einhält.

1.4 Formen des Rechts

1.41 Objektives Recht

Durch die *Rechtsordnung* gegeben

1.42 Subjektives Recht

Die dem Individuum *im konkreten Fall* gegebene Berechtigung.

1.43 Absolute Rechte

Richten sich gegen jedermann.

→ **dingliches Recht** Unmittelbare Beherrschung einer körperlichen Sache.
Immaterialgüterrecht Gegenstand ist ein geistiges/ immaterielles Gut
Persönlichkeitsrecht Schutz der Persönlichkeitssphäre

1.44 Gestaltungsrechte

Befugnis durch *einseitige Willenserklärung* die Rechtsstellung eines andere (ohne dessen Mitwirkung) zu verändern.
So wird die **Einrede** (Befugnis, die Erfüllung eines Rechtes, das sich gegen den Einredeberechtigten richtet, zu verweigern) häufig ebenfalls ein Gestaltungsrecht genannt.

1.45 Vertretungsrechte

Befugnis Dritten gegenüber mit Wirkung für andere zu handeln.

1.46 Einzelfragen

- **Naturalobligation**
  Forderung ohne Klagbarkeit. Der Staat verweigert dem Gläubiger den Rechtsschutz aus der Eigenart des Tatbestandes oder aus volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Überlegungen. (Bsp. Schuld aus Spiel und Wette)

- **Realobligation**
  Klagbares Recht auf Leistung, das ein *reales/ dingliches Element* zum Inhalt hat. Dadurch wechselt mit dem Eigentum an der Sache auch die Person des Schuldners.

1.5 Haftung

1.51 Schuldhaftung

Einstehenmüssen des Schuldners für die Erfüllung seiner Schuld.

- **Realhaftung** — Schuldner haftet nur mit seinem Vermögen, nicht mit seiner Person.

- **Individual-, nicht Dritthaftung** — Schuldner haftet, nicht ein Dritter. Ausnahme: Drittpfandverhältnis.

- **Werthaftung** — Aktiven des Vermögens des Schuldners werden versilbert. Die Gläubiger werden aus dem Erlös befriedigt.

- **Vollhaftung** — Schuldner haftet mit all seinen Aktiven.

Haftung wird oft auch im Zusammenhang mit Schadensersatzpflicht oder dem Einstehenmüssen für Mängel einer Kaufsache verwendet.

1.6 Rechtsgeschäft

Willenserklärung, die darauf gerichtet ist eine mit Willen entsprechende *Rechtsfolge* eintreten zu lassen.

1.61 Arten

1.611 Nach Tatbestand

Einseitiges Rechtsverhältnis → besteht in einer einzigen Willenserklärung.
Vertrag → Austausch übereinstimmender Willenserklärungen.
Beschluss → eine einheitliche Entscheidung in einer gemeinsamen Sache, jedoch kein Vertrag.

1.612 Nach der Rechtsfolge

1.6121 Rechtsgeschäfte unter Lebenden

Verpflichtungsgeschäft	→	Begründet eine oder mehrere Obligationen und damit ein Schuldverhältnis.
Verfügungsgeschäft	→	Ändert unmittelbar und zu Gunsten eines anderen den Bestand oder Inhalt eines Rechtes, das dem Erklärenden zusteht (Bsp. **Zession**).
Statusgeschäft	→	Betrifft ein dauerhaftes Gemeinschaftsverhältnis (Bsp. Eheschliessung).
Ermächtigung	→	Ein anderer wird befugt im Rechtsbereich des Erklärenden zu handeln.

1.6122 Rechtsgeschäfte des Todes wegen

Gestaltung der Nachfolge in einer Erbschaft.

1.6123 Rechtsgeschäfte für sich selbst oder für einen anderen

1.613 Gestaltungsgeschäft im Besonderen

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, mit dem der Erklärende ein **Gestaltungsrecht** ausübt. Es ist nur innerhalb seiner Grenzen wirksam, muss nach *Treu und Glauben* ausgeübt werden und darf nicht rechts- oder sittenwidrig sein.
Das Gestaltungsrecht unter Bedingung ist grundsätzlich unwirksam.
Die Ausübung eines Gestaltungsrechts ist grundsätzlich *nicht widerrufbar* und untersteht auch *keiner Verjährung*.

1.7 Willenserklärung/ Willensäusserung

Bildet den *Grundtatbestand*/ den Kern eines jeden Rechtsgeschäftes. Die Parteien teilen mit, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis begründet, geändert oder beendet werden soll.
Dabei wird unterschieden zwischen **Geschäftswillen** (Willensentschluss ein Rechtsverhältnis in bestimmter Weise zu gestalten) und **Erklärungswillen** (Entschluss den Geschäftswillen dem Empfänger mitzuteilen, damit er Geltung erlangt).
Der resultierende *Erklärungsvorgang* umfasst dabei die *Abgabe der Erklärung* (Kundgabe des Geschäftswillens) und deren *Kenntnisnahme* durch den Empfänger.

1.71 Form

Grundsätzlich ist von Gesetzes wegen *keine Form* vorgeschrieben. Die Erklärung kann sowohl durch die *Sprache*, durch *Zeichen* und gar *stillschweigend* erfolgen. Eine sog. **konkludente** *(schlüssige)* **Erklärung** liegt vor, wenn der Erklärende seinen Geschäftswillen gegenüber dem Erklärungsempfänger bestätigt (Bsp. Vorlage der Ware an der Kasse).

Unmittelbar ist eine Erklärung dann, wenn die *Abgabe* und die *Kenntnisnahme* zeitlich zusammenfallen. **Mittelbar** wiederum ist sie, wenn zwischen Abgabe und Kenntnisnahme ein Übermittlungsvorgang liegt.
Als **ausdrücklich** erachtet wird eine Erklärung, wenn durch Worte oder Zeichen der erklärte Wille unmittelbar hervorgeht. Demgegenüber sind **stillschweigende Erklärungen** nicht ausdrücklich. Das Erklärungsverhalten muss jedoch eindeutig sein.

1.72 Empfangsbedürftigkeit

1.721 Empfangsbedürftige Erklärungen

Die meisten Willenserklärungen sind **empfangsbedürftig**. Sie werden dadurch wirksam, dass sie in den *Machtbereich des Empfängers* gelangen. Dies kann schriftlich, mit Hilfe eines Erklärungsträgers (schriftlich oder mündlich), per Email, Teletex, Video, etc. erfolgen.

1.722 Nicht empfangsbedürftige

Bilden den Ausnahmefall. Es genügt eine Erklärung an eine Mehrheit noch unbestimmter Personen.

1.8 Vertrauensprinzip (auch Vertrauensgrundsatz)

Willenserklärungen sind so auszulegen, «wie sie vom Empfänger *in guten Treuen* verstanden werden durften und musste» (BGE)
Das **Vertrauensprinzip** leitet sich aus dem *Grundsatz von Treu und Glauben* ab. Es findet nur Anwendung, wenn feststeht, dass im gegenseitigen Verständnis der Parteien Diskrepanz herrscht. Kommt es zur Anwendung, so fordert es ein Urteil vom Standpunkt des Empfängers aus. Massgebend ist dabei wie dieser den Vertrag verstehen durfte, selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass er die ihm erkennbaren und bedeutsamen Umstände geprüft hat.
Wurde die Erklärung vom Empfänger nicht verstanden wie sie gemeint war, so ist zu unterscheiden:

- Der Empfänger hätte mit der *gebotenen und zumutbaren Sorgfalt* den *wirklichen Willen des Erklärenden* verstehen können. Der Erklärende wird geschützt im Vertrauen darauf, dass die Erklärung so gilt, wie sie vom Empfänger verstanden werden musste.

- Der *Empfänger konnte als verständig und redlich Urteilender mit der ihm zumutbaren Sorgfalt die Erklärung so verstehen*, wie er sie verstanden hat. Damit steht fest, dass die Erklärung nach Treu und Glauben so verstanden werden durfte; der Empfänger wird geschützt.

- Der *Empfänger hat die Erklärung anders verstanden und der Erklärende sie anders gemeint, als sie vom Empfänger nach Treu und Glauben hätte verstanden werden müssen.* Somit gilt die Erklärung weder in diesem, noch in jenem, noch im objektiven Sinn.

Es gilt anzumerken, dass nach dem Vertrauensprinzip *auch ein Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung gelten* kann, wenn es vom Empfänger in guten Treuen so verstanden wird.

1.9 Vertrag

1.91 Vertrag als Rechtsgeschäft

Der Austausch *übereinstimmender Willenserklärungen*, darauf gerichtet, eine den übereinstimmend erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge zu bewirken.

1.911 Austausch der Willenserklärungen

Darin besteht der **Vertragsschluss**. Es kommt auf die *wirklichen Willen* an. Die mit dem Vertrag verbundenen Rechtsfolgen treten nur ein, wenn weitere Voraussetzungen erfüllt sind. (→ siehe 2.0 Vertragsabschluss) Ist der Vertrag gültig, ist er auch wirksam.

1.92 Vertrag als Rechtsverhältnis

Als Rechtsverhältnis verstanden ist «Vertrag» gleichbedeutend wie «Vertragsverhältnis».

1.93 Arten

1.931 Nach dem Inhalt

Schuldvertrag → Verpflichtungsgeschäft.
Verfügungsvertrag → Verfügungsgeschäft.
Statusvertrag → Statusgeschäft

1.932 Nach dem Rechtsgebiet

Es kann zwischen **Personen-, familien-, sachen-** und **schuldrechtlichen Verträgen** unterschieden werden.

1.933 Sonderarten

1.9331 Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112)

Eine Vertragsparte lässt sich von der anderen eine Leistung zu Gunsten Dritter versprechen.

1.9332 Vertrag mit vorgeformtem Inhalt (Bsp. AGB)

1.93321 Konsumentenvertrag

Vertrag über *Leistungen des üblichen Verbrauches*, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und nicht mit beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit zusammenhängen.

1.94 Schuldvertrag

Vertrag, durch dessen Abschluss *zumindest eine Obligation* entsteht.
oder
Vertrag, bei welchem mindestens einer der ausgetauschten Erklärungen in einem *Versprechen* besteht.

1.941 Arten

1.9411 Nach dem Verhältnis zum Gesetz

- **Nominatvertrag** entspricht einem gesetzlich geregelten Vertragstyp (z.B. Schenkung).
- **Innominatvertrag** sog. **gemischte Verträge**, enthalten Merkmale verschiedener gesetzlicher Vertragstypen.
- **Zusammengesetzter Vertrag** kein Vertrag im eigentlichen Sinne, sondern eine **Vertragsverbindung**.

1.9412 Nach der Leistungsbeziehung

- **Einseitiger Schuldvertrag** Nur eine Partei schuldet der anderen.

- **zweiseitiger Schuldvertrag** Beide Parteien schulden eine Leistung.
  - → **vollkommen zweiseitiger Schuldvertrag**
    Mind. Zwei der geschuldeten Leistungen stehen im Austauschverhältnis (*Austauschvertrag*).
    Der vollkommen zweiseitige Vertrag wir häufig als **synallagmatischer Vertrag** bezeichnet.

  - → **unvollkommen zweiseitiger Vertrag**
    Leistungen stehen nicht im Austauschverhältnis

- **Gesellschaftsvertrag** Leistungen werden innerhalb einer Interessengemeinschaft nicht ausgetauscht, sondern zu Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes erbracht.

1.9413 Nach dem Verhältnis zur Zeit

- **Lang- und kurzfristige Verträge**
- **Dauerverträge**
  typische Leistungspflicht ist eine **Dauerschuld**
- Sonderfall: **Handgeschäft**
  Sind *Schuldverträge über gegenwärtige Leistungen*. Die Vertragsleistungen (Bsp. Austausch von Ware und Preis) fallen mit dem Vertragsabschluss zusammen.

2.0 Vertragsabschluss

2.1 Die Beteiligten

Verträge werden zwischen *Vertragsparteien* abgeschlossen. Dies sind Personen, auch deren Vertreter, in denen die Rechtswirkung des Vertrages eintritt. Vertragspartei kann nur sein, wer *rechtskräftig* und *handlungsfähig* ist.

2.2 Übereinstimmende Willenserklärung

Sie ist zum Abschluss des Vertrages erforderlich. Das Einverständnis muss sich auf alle wesentlichen Vertragspunkte beziehen.

2.21 Tatsächlicher und rechtlicher Konsens

Stimmen die Parteien in ihrem Willen überein, so liegt ein Konsens vor.
Der **tatsächlichen Konsens** bedingt das Erfordernis übereinstimmender Willenserklärungen; er beruht auf einer *tatsächlichen Willenseinigung*.
Hat eine Partei den wirklichen Willen der anderen nicht verstanden, kommt das *Vertrauensprinzip* ins Spiel: Der Vertrag ist so auszulegen, wie er vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden musste. Dies ist ein **rechtlicher Konsens**. Obwohl die Willen der Parteien nicht übereinstimmen, haben sie sich im Rechtssinne geeinigt.

2.22 Konsens und Dissens

Konsens liegt vor, wenn die Parteien in ihren Willen übereinstimmen. Die Negation des Konsens' ist der **Dissens**. Fehlt die Übereinstimmung in einem wesentlichen Punkt, so liegt ein **eigentlicher Dissens** vor, ist ein unwesentlicher Vertragspunkt streitig, so spricht man von einem **uneigentlichen Dissens**.

2.23 Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt

Die Übereinstimmung bezüglich der *wesentlichen Vertragspunkte* bildet die Grundlage für das Zustandekommen des Vertrages.

2.231 Objektiv wesentliche Vertragspunkte

Sie umfassen den unentbehrlichen Geschäftskern. Objektiv unwesentlich sind im Gegenzug Vertragspunkte, die *keiner konsensualen Regelung* benötigen. Bleiben solche Punkte ungeregelt, werden sie durch eine dispositive Norm des Gesetztes oder durch Gewohnheitsrecht ergänzt (auch durch den Richter).

2.232 Subjektiv wesentlichen Vertragspunkte

Vertragspunkte, deren Regelung eine **condicio sine qua non** für den Abschlusswillen beider Parteien ist. Solange über subjektiv wesentliche Vertragspunkte kein Konsens erreicht wird, fehlt zum Abschluss eines Vertrages am übereinstimmenden Willen.

2.3 Austausch der Willenserklärungen

2.31 Gegenseitigkeit der Willenserklärungen

Jeder Erklärende ist zugleich Empfänger der anderen Erklärung. Die zeitlich erste Erklärung heisst **Antrag**, die zweite **Annahme**.

2.311 Antrag/ Offerte/ Angebot

Wer den Antrag stellt ist **Antragender, Antragssteller, Offerent** oder **Anbieter** und vollzieht die *zeitlich erste Willenserklärung eines Vertrages*. Die Erklärung dieses Abschlusswillens ist *verbindlich*. Kein Antrag hingegen ist die Erklärung der bloss grundsätzlichen Bereitschaft (Bsp. Einladung zur Offertenstellung).
Die **Auskündung** (öffentliche Bekanntgabe von Abschlussbedingungen, Bsp. Werbeprospekte) ist noch *kein Antrag*, sondern bloss Aufforderung zur Antragsstellung. Die Auslage der Waren mit Preisanschrift hingegen, gilt in der Regel als Antrag.

2.312 Inhalt

Inhaltlich gibt der Antrag den Abschlusswillen des Offerenten kund und umschreibt zugleich die zu vereinbarenden Inhalt des gewollten Vertrages (wesentliche Punkte).

2.313 Form

Grundsätzlich bedarf der Antrag *keiner bestimmten Form*, sofern keine gesetzlichen Ausnahmen bestehen. Er kann *ausdrücklich* oder *stillschweigend* erklärt werden.

2.314 Rechtswirkung

Der Antrag bindet den Antragssteller, sofern er gültig ist.
Die Bindung bedeutet:

- Der Antrag ist grundsätzlich *unwiderrufbar* und *einseitig unveränderlich*.
- Der Empfänger ist berechtigt den Vertrag durch *einseitige Annahmeerklärung* zum Abschluss zu bringen (Gestaltungsrecht des Empfängers).

Die Bindung des Antragsstellers ist zeitlich begrenzt. Dies ergibt sich aus der *Annahmefrist:*

- **Antrag mit Annahmefrist** (Art. 3)
  Der Antragssteller setzt im Antrag eine Frist, ausdrücklich oder stillschweigend.

- **Antrag ohne Annahmefrist** (Art. 4f.)
  Der Antragsteller setzt keine Frist. Es gilt die *gesetzliche Annahmefrist*, die verschieden ist.
  - → **Antrag unter Anwesenden** (Art. 4)
    Die Vertragsparteien stehen in *direkter Kommunikation*. Hat der Antragssteller keine Frist gesetzt, so muss der Antrag *sogleich* angenommen werden. Dies gilt auch für die Stellvertretung.
  - → **Antrag unter Abwesenden** (Art. 5)

Hat der Antragssteller keine Frist gesetzt, so gilt die *gesetzliche Annahmefrist*. Sie dauert bis zu jenem Zeitpunkt, auf den der Antragssteller den Eingang der Antwort erwarten darf.

Mit dem Ablauf der Antragsfrist erlischt die Bindung des Antragsstellers. Dasselbe geschieht bei Ablehnung des Antrages und bei verspäteter Annahme.
Die *Annahmefrist ist eingehalten*, wenn die *Annahmeerklärung vor Ablauf der Frist* in den Machtbereich des Antragstellers gelangt. Trifft eine Annahme nach der Frist bei Antragenden ein, so ist dieser verpflichtet hiervon Anzeige zu erstatten.

2.3141 Antrag ohne Verbindlichkeit/ Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs (Art. 7 Abs. 1)

Beim **Antrag ohne Verbindlichkeit** fügt der Antragssteller fügt dem Antrag eine die *Behaftung ablehnende Erklärung* bei. Es handelt sich hierbei um keinen Antrag im Rechtssinne. Stimmt der Empfänger allerdings innert einer angemessenen Frist zu, so trifft den Antragssteller nach Treu und Glauben eine *Ablehnungspflicht*.

Ein **Antrag mit Vorbehalt des Widerrufes** erlaubt dem Antragssteller zu widerrufen, solange keine Annahme erfolgt ist. Mit dem Widerruf erlischt das Recht des Empfängers auf Annahme.

2.3142 Zusendung einer unbestellten Sache (Art. 6a)

Die *Zusendung einer unbestellten Sache ist kein Antrag*. Der Empfänger ist weder zur Rücksendung, noch zur Aufbewahrung verpflichtet. Ist eine Sache jedoch *irrtümlich zugesandt* worden, so ist der Empfänger verpflichtet hiervon den Absender zu benachrichtigen (→ Treu und Glauben).

2.32 Annahme/ Akzept

Wer den Antrag annimmt, heisst **Annehmender** oder **Akzeptant**.
Die Annahme ist die *zeitlich zweite Willenserklärung*, die mit dem Antrag im Willen übereinstimmen muss. Mit ihr erklärt der Antragsempfänger dem Antragssteller, dass er den Antrag annehmen möchte. Diese Erklärung muss sich *an den Antragssteller* richten, *rechtzeitig* erfolgen und alle *Anforderungen erfüllen*, die sich aus dem Antrag ergeben.
Eine Annahme die verspätet erfolgt oder die mit den beschriebenen Erfordernissen nicht übereinstimmt, ist keine Annahme, sondern ihrerseits ein Antrag.

2.321 Form

Grundsätzlich bedarf die Annahme *keiner bestimmten Form*, sofern keine gesetzlichen Ausnahmen bestehen. Sie kann *ausdrücklich* oder *stillschweigend* erklärt werden.

2.322 Schweigen auf einen Antrag

Grundsätzlich bedeutet Schweigen auf einen Antrag *keine Annahme*.
Ist jedoch wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder den Umständen (Bsp. Schenkung) entsprechend eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als

abgeschlossen, wenn der Vertrag nicht binnen einer angemessenen Frist abgelehnt wird (*Art. 6*) → Vertrauensprinzip

2.323 Rechtswirkung der Annahme

Wird die Annahme rechtzeitig erklärt, *tritt der Vertrag in Kraft* und zwar zum Zeitpunkt, wenn der Vertrag abgeschlossen ist.
Für den *Vertrag unter Abwesenden* gilt die *Sonderregel des Art. 10*, gemäss welcher der Vertrag wirkt, sobald die Erklärung der Annahme zur Absendung übergeben wird.

2.33 Widerruf von Antrag oder Annahme

Der **Widerruf** besteht in der Erklärung des Willens, dass der vom Erklärenden gestellte Antrag oder die von ihm *erklärte Annahme nicht gelten* soll.
Grundsätzlich ist dies wirkungslos. Es gibt jedoch Ausnahmen *Sondertatbestand des Art. 9*:

- Der Widerruf der *Erklärung trifft beim Empfänger vor oder mit dessen Erklärung* ein.
- Der Widerruf trifft *zwar später* ein, wird aber dem *Empfänger vor der ursprünglichen Erklärung zur Kenntnis* gebracht.

Zudem besteht ein Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Vorgängen (Art. 40a-g). Innerhalb einer Frist von sieben Tagen kann durch schriftliche Erklärung widerrufen werden. Versicherungsverträge sind hiervon ausgenommen.

3.0 Form der Verträge

3.1 Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1)

Von Gesetz her gilt der Grundsatz der **Formfreiheit**, solange nicht eine besondere Gültigkeitsnorm vorgeschrieben ist (Bsp. Für alle Rechtsgeschäfte von Todes wegen besteht eine Formvorschrift).

3.2 Gesetzliche Formvorschrift

Das Gesetz schreibt in gewissen Fällen eine Form vor. Dies dient dem *Schutz der Vertragsschliessenden*, vor allem vor *Übereilung beim Vertragsabschluss*. Zudem wird die *Rechtssicherheit erhöht* und eine *Grundlage für die Führung öffentlicher Register* geschaffen.

3.21 Formen

3.211 Einfache Schriftlichkeit (Art. 13- 15)

Die Erklärung hat in *Schriftform* zu erfolgen, das von allen Personen oder deren Rechtmässigen Vertretern, die dem Vertrag verpflichtet sein sollen *eigenhändig unterzeichnet* (Unterschrift= Namenszug) sein muss. Bei einseitigen Verträgen, hat bloss *die verfügende Partei* zu unterzeichnen.
Erfolgt die Unterzeichnung auf verschiedenen Urkunden, so müssen diese ausgetauscht werden.

3.212 Qualifizierte Schriftlichkeit

Besteht aus *einfacher Schriftlichkeit, qualifiziert durch zusätzliche Elemente* (Bsp. Unterschriebene Erklärung muss teils eigenhändig geschrieben worden sein; die Urkunde muss bestimmte vom Gesetz bestimmte Angaben enthalten).

3.213 Öffentliche Beurkundung

Das Rechtsgeschäft wird in einem Schriftstück festgehalten und zwar *durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person* (= Urkundsperson, Notar), in der *vom Staat geforderten Form* und in dem dafür *vorgesehenen Verfahren*.
Es wird angenommen, dass die öffentliche Beurkundung die einfache Schriftlichkeit stets zu ersetzen vermag. Der Anwendungsbereich der öffentlichen Beurkundung wird *durch Einzelvorschriften bestimmt*.

3.3 Umfang des Formzwanges

Grundsätzlich ist bei formbedürftigen Verträgen der *gesamte Vertrag formbedürftig, mitsamt allen objektiven Vertragspunkten*. Im Bereiche der *subjektiven Vertragspunkte* fällt nur unter Formzwang, die ihrer *Natur nach ein Element des betreffenden Vertragtyps* bilden.
Sicherheit lässt sich in diesem Zusammenhang jedoch nur durch *Studium der Gerichtspraxis* erlangen, da keine einheitliche Regelung besteht.

3.4 Formungültigkeit

Liegt eine gesetzliche *Formvorschrift* vor, so hängt die *Gültigkeit des Vertrages* von deren Einhaltung ab.
Der Grundsatz, dass ein formungültiger Vertrag nichtig ist, wird durch das *Rechtsmissbrauchverbot* abgeschwächt. Verstösst nämlich die Berücksichtigung der Formungültigkeit gegen Treu und Glauben, ist dies rechtsmissbräuchlich und der Vertrag ist so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre. Die herrschende Lehre behandelt diese Ansicht jedoch nicht allzu streng. Nichtigkeit eines Vertrages wird von den Instanzen jedoch bestimmt dann berücksichtigt, wenn der Vollzug aus *registrierrechtlichen Gründen* (namentlich Eintragung ins Grundbuch) ungültig ist. Ansonsten beurteilt das Gericht *situativ* unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien.

3.5 Einzelfragen

Im Gesetz wird die Formfreiheit nur für Verträge erwähnt (Art. 11 Abs. 1), doch gilt der Grundsatz für sämtliche Rechtsgeschäfte.
Leidet ein Vertrag an einem *Formfehler*, so ist er insgesamt und *als Ganzes ungültig* und nicht nur die betroffenen Teile, sofern diese nicht eine konkrete Einzelabrede bezeichnen.
Trifft die eine Vertragspartei ein Verschulden am Formmangel, so kann die andere diese aus **culpa in contrahendo** auf Schadensersatz belangen.
Ist ein Rechtsgeschäft wegen mangelhafter Form ungültig, so soll geprüft werden, ob das Geschäft nicht die bescheideneren Gültigkeitserfordernisse eines anderen Geschäftes erfüllt. Man spricht von der sog. **Konversion**.

3.6 Vertraglich vorbehaltene Form (Art. 16)

Art. 16 vermutet, dass «die Parteien *vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet* sein wollen». Diese Formulierung legt nahe, dass es sich bei der Form um eine **Abschlussform** (beinhaltet die Absicht der Parteien den Vertrag nur in der vereinbarten Form abzuschliessen, vor Erfüllung der Form also nicht gebunden sein wollen) handelt, dies im Gegensatz zur **Beweisform**, die rein deklaratorischen Charakter hat. Entfällt diese Vermutung, so steht der Wille der Parteien zum Abschluss eindeutig fest, die Gültigkeit des Vertrages orientiert sich jedoch immer noch an den (allenfalls) gesetzlich gegebenen Formvorschriften.
Soll ein Vertrag erst mit Erfüllung der Form Gültigkeit (*Abschlussform*) erlangen, so müssen sich beide Parteien dessen bewusst sein.

4.0 Vertragsfreiheit

4.1 Allgemeines

Die Vertragsfreiheit erstreckt sich über mehrere Teile:

- **Abschlussfreiheit** Freiheit einen bestimmten Vertrag nach Belieben abzuschliessen (oder eben nicht).
- **Partnerwahlfreiheit** Freiheit in der Wahl des Vertragspartner.
- **Aufhebungsfreiheit** abgeschlossene Verträge können durch Vereinbarung wieder aufgehoben werden.
- **Formfreiheit** (Art. 11 Abs. 1) Verträge können in beliebiger Form abgeschlossen werden.
- **Inhaltsfreiheit** (Art. 19 Abs. 1) Der Inhalt des Vertrages kann beliebig vereinbart werden.

Das schweizerische Recht kennt viele Schranken, die diese Freiheiten limitieren. Im Einzelnen:

4.2 Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1)

«Der Inhalt des Vertrages kann beliebig festgestellt werden» (Art. 19 Abs. 1) Diese Freiheit gilt selbstverständlich nur innerhalb der Schranken des Gesetzes. So darf der Vertrag keinen *«unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben, noch darf er gegen die guten Sitten verstossen.» (Art. 20 Abs. 1)* Kommt es zu einem solchen Verstoss, liegt ein *Inhaltsmangel* vor.

4.21 Vertrag mit unmöglichem Inhalt (Art. 20 Abs. 1)

Eine Unmöglichkeit liegt vor, wenn eine der versprochenen Leistungen *objektiv nicht erbringbar* ist. Diese Unmöglichkeit beruht entweder auf *tatsächlichen* oder auf *rechtlichen Gründen*. Auf jeden Fall ist sie *zu unterscheiden von der* **subjektiven Unmöglichkeit**, dem reinen *Unvermögen des Schuldners*.

4.22 Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt (Art. 20 Abs. 1)

Der Vertrag verstösst in diesem Fall gegen eine *gesetzliche Norm*, entweder durch den Gegenstand der getroffenen Vereinbarung oder durch die Tatsache, dass ein Vertrag mit solchem *Inhalt* überhaupt geschlossen werden darf (Bsp. Rauschgifthandel).

4.23 Vertrag, der gegen die guten Sitten verstösst (Art. 20 Abs. 1)

Von seinem Inhalt her verstösst der Vertrag gegen das **Persönlichkeitsrecht einer Partei** *(ZGB Art. 27)* oder sonst wie gegen die *guten Sitten*.
Gegen das *Persönlichkeitsrecht (ZGB Art. 27)einer Partei* verstösst der Vertrag dann, wenn er rechtsgeschäftliche Verpflichtungen aufstellt, die die *Freiheit eines Vertragspartners* (auch einer juristischen Person) in sittenwidriger Weise beschränken. Dies bedeutet, dass eine Partei in einem *höchstpersönlichem Bereiche* (wie Ehe, Familie, Religion, etc.) eingeschränkt wird,

was nicht zulässig ist. Analoges gilt für Verträge mit übermässig langer Bindungsdauer (keine «*ewige Bindung*»).
Verstösst der Vertrag in eklatanter Weise gegen die *herrschende Moral* und somit gegen das gemeine Anstandsgefühl, ist er ebenfalls nichtig. Ein Teil der Lehre vertritt ebenso die Meinung, dass ein *grobes Missverhältnis zwischen den vereinbarten Austauschleistungen* gegen die guten Sitten verstösst.
Als elementare Werte greifen auch die *Grundrechte* mittelbar auch in privatrechtliche Vereinbarungen ein, indem sie bei der *Gesetzgebung*, bei der *Auslegung* und der *Konkretisierung* unbestimmter Rechtsbegriffe (hier «gute Sitte») zu berücksichtigen sind.

4.3 Rechtslage bei unmöglichem, rechtswidrigem oder sittenwidrigem Vertragsinhalt

4.31 Nichtigkeit des Vertrages (Art. 20 Abs. 1)

Ein Vertrag der einen unmöglichen, rechtswidrigen oder sittenwidrigen Inhalt hat, ist *nichtig* (Art. 20 Abs. 1). Dies bedeutet, dass *keine Vertragswirkung* eintritt und der Vertrag *unwirksam* ist. Wurde bereits geleistet, so kann jede Partei den Umständen entsprechend die nunmehr rechtsgrundlose Leistung **vindizieren** oder aus **ungerechtfertigter Bereicherung** zurückverlangen, allenfalls auch auf *Berichtigung des Grundbuches* klagen.
Zu berücksichtigen ist dabei der Grundsatz von Treu und Glauben, die keiner Partei erlaubt einen Vertrag für nichtig zu erklären, wenn der Grund hierfür absichtlich herbeigeführt wurde.

4.32 Blosse Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2)

Betrifft der *Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages*, so ist der Vertrag nur dann nichtig, wenn angenommen werden kann, dass der Vertrag ohne die nunmehr nichtigen Teile nicht geschlossen worden wäre.
Dabei wird ist zwischen *objektiven* und *subjektiven Voraussetzungen* zu unterscheiden: *Objektiv* ist ein Mangel, der nur einzelne Teile betrifft. *Subjektiv* setzt voraus, dass der Vertrag ohne die besagten Teile nicht geschlossen worden wäre.
Als Grundregel gilt, dass nur die vom Mangel betroffenen Teile ungültig sind, es sei denn diese Teile sind *subjektiv bedeutsam*.
Bisweilen kommt es zu einer **Nichtigkeitsabrede** zwischen den Parteien, die im Voraus vereinbart, wie sich eine allfällige Nichtigkeit eines bestimmten Vertragsteils auf den Vertrag auswirkt.
Im Streitfall berücksichtigt der Richter den *hypothetischen Parteiwillen*, also was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit der mangelhaften Teile schon bei Vertragschluss bewusst gewesen wäre. Wäre der Vertrag sodann nicht geschlossen worden, ist er nichtig, ansonsten soll er nach Möglichkeit (modifiziert) eingehalten werden.
Vereinbaren die Parteien an Stelle des nichtigen Teils im Voraus eine andere Regel (Bsp. Eine zeitliche Begrenzung der Vertragsdauer), ist der Vertrag mit dieser *Ersatzregel* geschlossen. Dies ist eine **modifizierte Teilnichtigkeit**.
Der nichtige Teil kann ebenfalls *durch eine gesetzliche Regel ersetzt* werden. Ebenso ist zu verfahren, wenn eine *Vertragsklausel gegen bestehendes Recht verstösst*; die Klausel wird durch die Gesetzesregel ersetzt. Auch dies ist eine *modifizierte Teilnichtigkeit*.

Schadensersatzansprüche infolge Nichtigkeit können nur dann geltend gemacht werden, wenn die fordernde Partei die Schuld der anderen an der Nichtigkeit belegen kann (*culpa in contrahendo*).
Auch besteht die Möglichkeit, dass gegen das Geschäft *amtlichen Einspruch* erhoben wird (Bsp. Bestimmte Liegenschaftskäufe) oder, dass die Vertragswirkung von einer *behördlichen Bewilligung* abhängt.

5.0 Übervorteilung und Willensmängel

5.1 Übervorteilung(Art. 21)

Die **Übervorteilung** wird bisweilen auch als **Wucher** bezeichnet.

5.11 Tatbestand

Es besteht ein offensichtliches, d.h. für jedermann ersichtlich, *Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung*. Die benachteiligte Partei wird durch *Notlage, Unerfahrenheit, Leichtsinn oder gleichwertigen Schwächen* in eine solche Lage gebracht, in der sie von der Gegenpartei *ausgebeutet* wird. Es ist dabei nicht vorausgesetzt, dass die Initiative zur Ausbeutung vom Ausbeuter ausgeht. Es genügt, dass dieser die Gelegenheit wahrnimmt.
Damit eine Übervorteilung gegeben ist, müssen ein **offenbares Leistungsmissverhältnis**, eine **Schwächelage** und eine **Ausbeutung** vorliegen. Durch diese drei Elemente definiert sich die Übervorteilung.

5.12 Rechtsfolge

Die Rechtsfolge besteht in der *einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages*. Der Verletzte kann innerhalb *Jahresfrist* seit Abschluss des Vertrages erklären, dass er den Vertrag nicht halte und das schon Geleistete zurückverlangen (Art. 21 Abs. 1).
Zwar gibt es keine gesetzliche Regelung, die dem Geschädigten einen Anspruch auf Schadensersatz zusichert, doch wird der Schädigende nach Massgabe der Regeln der *culpa in contrahendo* schadensersatzpflichtig.

5.2 Mängel des Vertragsabschluss

5.21 Irrtum (Art. 23ff.)

Ein **Irrtum** liegt dann vor, wenn die Vorstellung und die Realität auseinandergehen. Der Irrende hat eine *falsche* oder *gar keine* (*unbewusste Nichtkenntnis*) *Vorstellung* über einen Sachverhalt.
Der Irrtum kann sich dementsprechend auf *gegenwärtige* oder *vergangene*, auf *rechtliche* oder *nichtrechtliche Sachverhalte* beziehen.
Ein **wesentlicher Irrtum** macht den Vertrag nach Art. 23 für den Irrenden *unverbindlich*, ein **unwesentlicher Irrtum** hat hingegen keinen Einfluss auf die Verbindlichkeit des Vertrages.

5.211 Motivirrtum/ Irrtum um Beweggrund

Bezieht sich auf einen Beweggrund zum Vertragsabschluss und ist somit ein *Irrtum in der Willensbildung*. Der **Motivirrtum** ist grundsätzlich unwesentlich. Kannte der Vertragspartner allerdings den Irrtum, so liegt eine *absichtliche Täuschung* (Art. 28) vor.
Hat der Motivirrtum die qualifizierenden *Merkmale eines Grundlagenirrtums*, so ist er ausnahmsweise wesentlich.

5.212 Grundlagenirrtum

Der *Grundlagenirrtum* gilt als *qualifizierter Motivirrtum*. Er ist ein wesentlicher Irrtum und hat somit die einseitige Unverbindlichkeit zur Folge.
Nach *Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4* sind die qualifizierenden Merkmale für einen Grundlagenirrtum dann gegeben, wenn er einen «*bestimmten Sachverhalt*» betrifft, «*der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet*» wird.
Für den Irrenden bildet der vorgestellte Sachverhalt eine **condicio sine qua non** und damit eine *unerlässliche Voraussetzung* dafür, dass er den Vertrag überhaupt mit dem betreffenden Inhalt abschliesst. Bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes würde der Irrende den Vertrag nicht abschliessen wollen.
Des Weiteren muss der Irrende den vorgestellten Sachverhalt *nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*, als unter einem *objektiven Gesichtspunkt*, als eine notwendige Grundlage des Vertrauensprinzips betrachten. Der Irrtum darf *nicht der Fahrlässigkeit* des Irrenden zuzuschreiben sein; die *falsche* ist nicht der *fehlenden Vorstellung* gleichzusetzen.

Streitig ist, ob sich der Grundlagenirrtum auf künftige Sachverhalte beziehen kann. Das Bundesgericht bejaht unter der Voraussetzung, dass sie bei Vertragsschluss voraussehbar sind.
Veränderte Verhältnisse, die nach Vertragsabschluss eintreten, können *Vertragsanpassungen* (*clausula rebus sic stantibus*) herbeiführen, gestatten aber keine Berufung auf Grundlagenirrtum.

5.213 Erklärungsirrtum/ Äusserungsirrtum

Beinhaltet eine *falsche* oder eine *fehlende Vorstellung* des Irrenden über die *Ausdruckskraft seines eigenen Erklärungsverhalten*. Die Erklärung ist abweichend vom wirklichen Willen des Erklärenden, wodurch ein Missverständnis auf Seiten des Empfängers entsteht. Der Wille des Erklärenden ist richtig gebildet, aber nicht richtig wiedergegeben.
Zur Feststellung des Irrtums muss das *Vertrauensprinzip* herangezogen werden: Es liegt kein Erklärungsirrtum vor, wenn der Empfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden hat.

Von einem **Erklärungsirrtum im engen Sinn** spricht man, wenn der Irrende *tatsächlich/* technisch etwas anderes äussert als er äussern will (**Abirrung**): Er *verspricht* sich, *verschreibt* sich oder *vergreift* sich.
Ein **Übermittlungsirrtum** liegt vor, wenn die Erklärung durch einen Boten oder auf andere Weise *unrichtig übermittelt* wird.
Der **Irrtum über die Ausdruckskraft einer ungewollten Erklärung** (Bsp. als Scherz → sog. **Falscherklärung**) wird vom Gesetz nicht behandelt, doch verhält sich der Erklärende irrtümlich, wenn seine Erklärung nach Treu und Gauben als Willenserklärung auffassen darf.

Der Erklärungsirrtum kann ein wesentlicher oder ein unwesentlicher sein. Wann ein Erklärungsirrtum wesentlich ist, wird im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, doch werden in *Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3* verschiedene Beispiele aufgelistet:

- **Error in negotio** → Der Irrende wollte einen anderen Vertrag eingehen.
- **Error in corpore/ Error in persona** → Der Wille des Irrenden war auf eine andere Sache gerichtet.

- **Error in quantitate** → Der Irrende hat eine Leistung in erheblich grösserem Umfang versprochen.

Fällt der Irrtum nicht unter die gesetzlichen Beispiele, so bleibt das *wertende Rechtsurteil dem Richter überlassen.*

Wird eine *Falscherklärung zur Täuschung Dritter (***Simulation***)* vorgenommen, ist *Art. 18 Abs. 1* anzuwenden, wonach bei der Beurteilung des Vertrages auf die wahre Absicht der Parteien eingegangen wird.
Dasselbe gilt für den *gemeinsamen Irrtum*: Verwenden beide Parteien aus Irrtum eine unrichtige Bezeichnung, so ist nach dem *Vertrauensprinzip* diese im beabsichtigten Sinne zu verwenden.
Blosse Rechnungsfehler (Art. 24 Abs. 3) wiederum hindern die Verbindlichkeit nicht, sind aber zu berichtigen.

5.214 Irrtumsfolge: Rechtsfolge wesentlichen Irrtums

Gemäss *Art. 23* ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Die Berufung auf Irrtum ist jedoch unstatthaft, wenn sie *Treu und Glauben widerspricht (Art. 25 Abs. 1).* Der Irrende muss den Vertrag jedoch so gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, wenn sich der andere hierzu bereit erklärt (*Art. 25 Abs. 2*). Hat der Irrende den Irrtum bezüglich des Vertrages seiner eigenen *Fahrlässigkeit* zuzuschreiben, so ist er bei Dahinfallen des Vertrages zu *Schadensersatz* verpflichtet (*Art. 26*).

5.3 Absichtliche Täuschung (Art. 28)

Ein Vertragsschliessender wird *durch* **absichtliche Täuschung** *zum Vertragsabschluss* verleitet. Dies bedeutet, dass die betreffende Partei den *Vertrag auf Grund eines Motivirrtums, der auf absichtlicher Täuschung beruht schliesst*; der *Vertragsgegner täuscht absichtlich* Tatsachen vor oder klärt die andere Partei nicht genügend auf (Treu und Glauben).

5.31 Rechtsfolgen

Der Vertrag ist für den Getäuschten *nach Art. 28 unverbindlich*, auch wenn der Irrtum kein wesentlicher ist. Der Getäuschte muss sich innerhalb *Jahresfrist (Art. 31)* auf die Unverbindlichkeit des Vertrages berufen. Der Täuschende ist dem Getäuschten gegenüber zur Leistung von *Schadensersatz* verpflichtet.

5.4 Furchterregung (Art. 29f.)

Ein Vertragsschliessender wird von der anderen Partei oder einem Dritten widerrechtlich *durch Erregung gegründeter Furcht zu Eingehung eines Vertrages* bestimmt. Die Furchterregung erfolg durch eine *Drohung*.
Die Drohung richtet sich gegen Leib und Leben, Ehre oder Vermögen (*Art. 30 Abs. 1*). Es werden *persönliche Güter bedroht*.

5.41 Rechtsfolgen

Der *Vertrag ist für den Bedrohten nach Art. 29 unverbindlich*. Dies auch dann, wenn ein Dritter gedroht hat und der Vertragspartner dies weder wissen konnte noch musste. In diesem Falle ist der Bedrohte dem Partner «wo es der Billigkeit entspricht» *Schadensersatz* schuldig. Ansonsten gelten die gleichen Schadensersatzpflichten wie für den Täuschenden gegenüber dem Getäuschten.

5.5 Einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages

Leidet der Vertrag an einem *erheblichen Willensmangel* einer Partei, so ist er für die betroffene Partei (sprich den Irrenden, den Getäuschten oder den Bedrohten) *unverbindlich*. Es besteht eine **einseitige Unverbindlichkeit**.

5.51 Ungültigkeitstheorien

5.511 Ungültigkeitstheorie

Der einseitig unverbindliche Vertrag ist von Anfang an unverbindlich. Er ist ungültig und entfaltet somit keine Vertragswirkung.
Nur die betroffene Parte ist geschützt und kann gegen den Willen der anderen Partei die Ungültigkeit geltend machen. Die bereits erbrachte Leistung kann durch *Vindikation (ZGB 641 Abs. 2)* oder aus *ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62ff.)* zurückverlangt werden.

5.512 Anfechtungstheorie

Der einseitig unverbindliche Vertrag ist für beide Parteien unverbindlich. Nur die betroffene Partei hat jedoch ein Anfechtungsrecht. Der Vertrag wird *mit Wirkung ex tunc aufgehoben*. Diese Theorie wurde vom Bundesgericht jedoch verworfen.

5.513 Theorie der geteilten Ungültigkeit

Der Vertrag ist *für die betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere dagegen gültig*.
Auch diese Theorie ist abzulehnen, sollte die Gestaltungswirkung des Vertrages doch für beide Parteien gleich eintreten.

5.52 Aufhebung des Mangels (Art. 31)

Das Recht der betroffenen Partei sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrages zu berufen ist *befristet*. Eine spätere Berufung ist ausgeschlossen.
Die *Jahresfrist ist eine* **Verwirkungsfrist**. Art. 134ff. über Stillstand und Unterbrechung der Verjährung sind nicht anwendbar. Die Frist (**relative Frist**) beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit deren Beseitigung zu laufen (*Art. 31 Abs. 2*). Fraglich ist, ob daneben noch eine **absolute Verwirkungsfrist** von zehn Jahren gilt, die mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beginnt. Das Gesetz schweigt darüber.

5.6 Einzelfragen

5.61 Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde

In diesem Falle kann, muss aber nicht, ein Erklärungsirrtum vorliegen. Ein solcher Irrtum liegt nur dann vor, wenn der Inhalt der Urkunde nicht mit dem Willen der unterzeichnenden Partei übereinstimmt und die Gegenpartei diesen auch so versteht. Die Unterzeichnung einer nicht gelesenen Urkunde stellt einen *Verstoss gegen die Sorgfaltspflichten* dar, weshalb der Unterzeichnende gemäss Art. 26 zu *Schadensersatzzahlungen* verpflichtet werden kann.
Als Grundsatz soll jedoch gelten, dass der Empfänger einer unterzeichneten, aber nicht gelesenen Urkunde nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, dass der Erklärende gewillt ist, sich gemäss dem Text zu verpflichten.

5.62 Willensmängel bei anderen Rechtsgeschäften

Die gesetzlichen Regeln über die Willensmängel sind *analog auf andere Rechtsgeschäfte anwendbar*.
Unter den Verträgen nehmen die *Dauerverträge* eine besondere Stellung ein. Die neuere Lehre nimmt an, ein Rücktritt vom Vertrag sei grundsätzlich ausgeschlossen, werde jedoch durch eine Kündigung ersetzt. Auf der Grundlage von Art. 25 Abs. 1 werden Irrtumsfälle bei Dauerverträgen dahingehend ausgelegt, dass eine Berufung nur für die Zukunft zugelassen wird, wenn der Vertrag bereits über längere Zeit hin erfüllt wurde und es deshalb Treu und Glauben widerspricht, die Unverbindlichkeit auch für die Vergangenheit geltend zu machen. Dies gilt selbstverständlich nicht bei *unter Drohung erzwungenen Vertragsverhältnissen*.

6.0 Vertragsverhandlungen

6.1 Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben

Wer mit einem anderen in Verhandlung tritt, darf erwarten, es mit einem redlich denkenden, sich loyal zu verhaltenden Partner zu tun zu haben. Dementsprechend verpflichten sich die Parteien zu einem *Verhalten nach Treu und Glauben (ZGB 2)*.

6.11 Konkrete Einzelpflichten

Pflichten, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben:

- *Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln*
- *Pflicht zur Rücksichtsnahme*
  Die Schwäche des Verhandlungspartners darf nicht ausgebeutet werden.
- *Pflicht, den Vertragspartner nicht zu täuschen*
  Dies umfasst vor allem eine *Aufklärungspflicht* bezüglich Sachverhalte, die der Vertragspartner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Zudem sind die Parteien verpflichtet *Auskünfte und Ratschläge* im Hinblick auf den Vertragsabschluss *nach bestem Wissen und Gewissen* zu erteilen.
- *Pflicht der Verhandlungspartner in ihren Bereichen alle Schutzmassnahmen zu treffen, damit im Verlauf der Verhandlungen keine Rechtsgüter des Partners beeinträchtigt werden.*

6.12 Haftung aus «culpa in contrahendo»

Verstösst ein Vertragspartner gegen die Pflicht sich nach Treu und Glauben zu verhalten, so haftet er dem anderen bei gegebenen Voraussetzungen für den dadurch entstehenden Schaden. Dies ist die **Haftung aus «culpa in contrahendo»** *(Verschulden bei Vertragsverhandlungen).* Die *Beweislast* liegt hier bei demjenigen, der aus Culpa-Haftung in Anspruch genommen wird. Die Culpa-Haftung untersteht nach jetziger Rechtssprechung des Bundesgerichtes den *Verjährungsbestimmungen des Art. 60*.
Für die Haftung der Hilfspersonen wird vorwiegend Art. 101 angewandt, wonach – unter Vorbehalt einer ausdrücklichen Absprache – der Vertretene einzustehen hat.

Die *Rechtsnatur* der Culpa-Haftung hingegen ist umstritten. Nach der herrschenden Lehre handelt es sich um eine Hilfsfigur, die dazu dient eine Haftung zwischen Vertrag und Delikt zu begründen. Um ein Vertragsverhältnis handelt es sich deshalb nicht, da das schlichte Verhandlungsverhältnis noch kein Vertragsverhältnis ist. Auch die Deliktshaftung führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Es bleibt schliesslich nicht anderes übrig, als die Culpa-Haftung als besondere Haftfigur zu bezeichnen. Die Lücke des Gesetzes kann nur durch den Richter gefüllt werden.

6.13 Vertrauenshaftung

Gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben, kann selbst *erwecktes Vertrauen* unter Umständen auch bei Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage *haftungsbegründend* sein. Die **Vertrauenshaftung** ist demnach *Haftung für erwecktes und enttäuschtes Vertrauen*. Als Rechtsfolge hat die verursachende Partei den von ihr verursachten *Schaden zu ersetzen*.

6.2 Der Verhandlungsvertrag

Der **Verhandlungsvertrag**, der durch die blosse Aufnahme von Verhandlungen entsteht, ist *kein Vertragsverhältnis*.
Durch die Verhandlung werden jedoch vertragliche Verpflichtungen begründet, bei denen die Regeln des Vertragsrechts von vornherein eingreifen:

- **Verhandlungspflicht**
  Verpflichtet die Parteien über den Abschluss oder die Veränderung eines bestimmten Vertrages ernsthaft zu verhandeln.
- **Geheimhaltungspflicht**
  Die Verhandlungen als solche, oder dadurch erhaltene Information ist geheim zu halten.
- **Unterlassungspflicht**
  Es kann durch Vereinbarung verboten sein erhaltenes Material für sich selber zu verwenden, der Gegenpartei Mitarbeiter abzuwerben und gleichzeitig mit einer anderen Partei über dieselbe Sache zu verhandeln.

Des Weiteren sind die Parteien verpflichtet mit *Material der Gegenpartei sorgfältig umzugehen*, diese *umfassend zu informieren* (angemessene Transparenz) und bei Vertragsabbruch der Gegenpartei *allenfalls Auslagen zu ersetzen*.

6.3 Beendigungen der Verhandlung

6.31 Abbruch der Verhandlungen

Der Abbruch der Verhandlungen kann grundsätzlich jederzeit in *gegenseitigem Einverständnis* oder bloss *einseitig* erfolgen. Grundsätzlich steht dieses Recht jeder Partei zu, soweit keine **Kontrahierungspflicht** (Pflicht zum Abschluss eines bestimmten Vertrages mit den Berechtigten) oder **Verhandlungspflicht** besteht.

6.32 Vertragsabschluss

Der Vorbehalt von Nebenpunkten soll die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern (Art. 2 Abs. 1). Sobald sich die Parteien über die *wesentlichen Punkte* geeinigt haben, sollte einem Vertragsabschluss nichts mehr im Wege stehen.
Art. 16 Abs. 1 wiederum vermutet, dass die *Parteien vor der Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen,* wenn sie die Anwendung einer solchen vorbehalten.

6.4 Sondertatbestände im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss

6.41 Bestätigungsschreiben

Ist eine *schriftliche Erklärung, worin der Erklärende (der Absender) dem Empfänger des Schreibens mittelt, er habe mit ihm einen in der Erklärung umschriebenen mündlichen Vertrag abgeschlossen.*
Das **Bestätigungsschreiben** erfüllt in erster Linie die *Funktion eines Beweismittels*.
Weicht das Schreiben vom Besprochenen ab, so gilt der Vertrag nicht mit dem nunmehr bestätigten Inhalt. Für *kaufmännische Bestätigungsschreiben* gelten besondere Regeln. So gilt der Grundsatz, das ein Bestätigungsschreiben, dem nicht innert angemessener Frist widersprochen wird, *rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung* erzeugt, da für den Empfänger die Vertrauenshaftung gilt. Weicht die Bestätigung jedoch in eklatanter Weise vom Besprochenen ab, dass nach Treu und Glauben nicht mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden kann, so gilt sie nicht.
Gelegentlich wird das *Bestätigungsschreiben als Offerte* aufgefasst, das *Schweigen als Annahme*.
Wegen fehlenden adäquaten Rechtssätzen, hat der *Richter* dem Sachverhalt entsprechen zu urteilen.

6.42 abstraktes Schulbekenntnis (Art. 17)

Das **abstrakte Schuldbekenntnis** ist ein Schuldbekenntnis ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes. Es umfasst zwei Elemente:

- **Schuldbekenntnis/ Schuldanerkennung**
  Besteht in der *Erklärung eines Schuldners an den Gläubiger*, dass eine bestimmte Schuld besteht. Dies ist immer auch ein *Versprechen, die anerkannte Schuld zu erfüllen*.

- *Keine Angabe eines Verpflichtungsgrundes*
  Der Schuldner anerkennt *die Schuld* ohne ihren Rechts-, bzw. Entstehungsgrund.

Ein solches Schulbekenntnis ist *nach Art. 17 gültig*. Es kann vom Gläubiger als *Klagegrund* verwendet werden, jedoch nur wenn die Schuld zu jenem Zeitpunkt auch tatsächlich bestanden hat. Es bedarf dabei *keiner Beweise* seitens des Gläubigers.

6.43 Faktische Vertragsverhältnisse

In gewissen Fällen besteht das Bedürfnis ein *Rechtsverhältnis als Vertrag* zu behandeln, obwohl es zwischen den *Parteien am Austausch der übereinstimmenden Willenserklärungen fehlt*. Ein **faktisches Vertragsverhältnis** beruht somit nicht auf einem gültig zustande gekommenen Vertrag. Es kommt jedoch zu *Vertragsfolgen ohne Vertrag* (Bsp. vertragslose Geschäftsführung für einen anderen).
Die rechtliche Auseinandersetzung hat sich somit auf die Frage zu konzentrieren, ob und unter welchen *Voraussetzungen* es sich rechtfertigt auf bestimmte Rechtsbeziehungen *vertragliche Regeln anzuwenden*, obwohl sie nicht auf einem gültigen Vertrag beruhen.

7.0 Allgemeine Vertragsbedingungen

Allgemeine Vertragsbedingungen sind *Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs generell vorformuliert* wurden.
Am häufigsten treten sie in der Form von ***Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*** auf.
Sie dienen dazu den Abschluss einer Vielzahl von Verträgen mit verschiedenen Geschäftspartnern zu erleichtern:

- *Rationalisierungszweck*
- *Diktat-Zweck* (Durchsetzung von Verhandlungsmacht)
- *Bevorzugungszweck*, insbesondere durch *Freizeichnungsklauseln* (Ausschluss/ Aufhebung der Haftung)

Die allgemeinen Vertragsbedingungen spielen jedoch auch bei *Branchenbedingungen, Anstaltsordnungen, Einkaufs- und Benutzungsbedingungen von Gemeinwesen*, etc. eine Rolle

Die allgemeinen Bedingungen sind *nur insoweit verbindlich, als dass sie von bestimmten Parteien übernommen werden*. Die Übernahme geschieht durch **Abrede** *anhand eines Einzelvertrages* (in diesem Zusammenhang auch als *Formular- oder Standardvertrag* bezeichnet). Die Abrede ist eine **Globalübernahme**.
Die allgemeinen Bedingungen können auch *trotz Übernahme keine Verbindlichkeit* erlangen, wenn:

- Sie *gegen zwingendes Recht oder eine sonstige Schranke des Gesetzes verstossen*.
- Die Parteien eine *abweichende individuelle Abrede* getroffen haben, *gehen diese den allgemeinen Bedingungen vor*.
- Eine Partei *keine Möglichkeit* hatte, sich vom Inhalt der Allgemeinen Bedingungen *in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen* (Bsp. Lesbarkeit des Vertrages).
- Es sich um eine *ungewöhnliche Bestimmung* handelt, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht vernünftigerweise auch nicht damit rechnen musste (sog. *Ungewöhnlichkeitsregel*).
- Es sich um eine *Gerichtsstandklausel* handelt, mit deren Übernahme eine Partei auf ihren ordentlichen, in BV 59 garantierten, Gerichtsstand am Wohnsitz verzichten würde. Gültig ist der Verzicht nur dann, wenn der Verz*ichtende auch tatsächlich davon Kenntnis* genommen hat.
- Die *Regeln kraft ausdrücklicher Anordnung des Gesetzesgebers nicht in der Form allgemeiner Vertragsbedingungen vereinbart* werden können.

7.1 Bestimmungen des Art. 8 UWG

Gemäss Art. 8 UWG *handelt unlauter, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil eine Vertragspartei von der gesetzlichen Ordnung abweichen oder eine der Vertragsnatur widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.*

7.2 Abschluss-/ Konsens-/ Geltungskontrolle

Im *Konsumentenverkehr* werden AGB nur Vertragsbestandteil, wenn

1) Die Vertragspartner bei Vertragsschluss darauf *hingewiesen* werden
2) und er die *zumutbare*
3) *Möglichkeit zur Kenntnisnahme* hatte.

Kommt es zu einer Übernahme, ohne dass der Vertragspartner vom Inhalt Kenntnis hat (auch wenn 1-3 erfüllt), so spricht man von einer *Globalübernahme*.

Im *kaufmännischen Verkehr* sind die Anforderungen geringer. Es ist eine stillschweigende Einbeziehung möglich, wenn

1) eine vorausgegangene Geschäftsbeziehung vorliegt oder
2) es dem Handelsbrauch entspricht.

7.3 Auslegungskontrolle

Wie ist die Klausel zu verstehen? Vorrang nehmen die Individualabreden ein. Neben den allgemeinen Auslegungsregeln wie

- Wortlaut
- Gesamte Umstände im Einzelfall
- Treu und Glauben
- Usus; Verkehrssitte und Handelsbräuche
- Favor negotii
- Auslegungsregeln im Gesetz (subsidiär)

gilt die **Unklarheitenregel** → Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, so gehen die Unklarheiten zulasten der Verwenderin.

und das **Restriktionsprinzip** → Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen, sind eng zu interpretieren.

7.4 Abschluss-/ Konsens-/ Geltungskontrolle

Wurde die Klausel Vertragsbestandteil?
Ungewöhnlichkeitsregel: Klauseln werden nicht Vertragsinhalt, wenn sie

1) *ungewöhnlich* sind
2) der Kunde nicht besonders auf sie *hingewiesen* wurde.

7.5 Inhaltskontrolle

Ist die Klausel gültig oder nichtig?
Es ist *streitig*, inwieweit eine offene Inhaltskontrolle, d.h. über die Kontrolle des zwingenden Rechts hinaus, die sich am Leitbild des dispositiven Rechts orientiert schon nach geltendem Recht möglich ist. Die Ausrichtung erfolgt nach *Art. 8 UWG*. Ist eine Klausel unwirksam, so ist nur *sie nichtig, nicht der ganze Vertrag*. Das *Gericht hat die entstandene Lücke zu füllen*.

8.0 Auslegung des Vertrages

Durch die *Auslegung des Vertrages ermittelt der Richter den vereinbarten Vertragsinhalt*. Dies setzt ein *Auslegungsstreit unter den Parteien* voraus. Im Falle eines Vertrages zugunsten eines *Dritten*, kann auch dieser am Vertrag beteiligt sein.
Die *Auslegung des Vertrages bezieht sich nur auf den Inhalt*, nicht auf dessen Entstehung, da jede Partei davon ausgeht, der Vertrag sei durch übereinstimmende Willenserklärung zustande gekommen. *Der Auslegungsstreit ist vom Konsensstreit zu unterscheiden*.
Somit besteht das *Ziel der richterlichen Vertragsauslegung in der Feststellung des übereinstimmenden Willens*. Lässt sich dieser feststellen, so bestimmt sich der *Vertragsinhalt nach dem festegestellten wirklichen Willen der Parteien*.

Oft lässt sich der *übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht mehr mit Sicherheit feststellen*. Alsdann muss sich der Richter damit begnügen, durch *objektivierte/ normative Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln*, den die Parteien mutmasslich hatten. Hierbei hat der Richter zu beachten, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder durch ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt haben.

8.1 Auslegungsmittel

8.11 Primäre Auslegungsmittel

Das **primäre Auslegungsmittel** ist der *Wortlaut*. Ihm kommt *stets Vorrang* zu. Dies geschieht unter Berücksichtigung:

- Des allgemeinen Sprachgebrauches
- Des besonderen Sinnes im Verkehrskreis der Parteien
- Des juristisch-technischen Sinnes eines Wortes, da angenommen wird, dass bei Verwendung eines solchen Wortes dies beabsichtigt war
- Des systematischen Elementes, d.h. in welchem Zusammenhang der einzelne Ausdruck steht

Wurde die Erklärung durch schlüssiges Verhalten abgegeben, so fällt der Wortlaut ausser Betracht. Massgebend ist sodann der *allgemeine Sinngehalt eines sozialtypischen Verhaltens*.

8.12 Ergänzende Auslegungsmittel

Umstände werden oft als solche bezeichnet. Dazu gehören:

- Ort, Zeit und andere Begleitumstände
- Das Verhalten der Parteien vor Vertragsabschluss, namentlich die Erfüllungshandlungen
- Die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss
- Die Verkehrsauffassung und die Verkehrssitte

8.2 Auslegungsregeln

Das Gesetz enthält verschiedene Auslegungsregeln, die sich in Rechtssprechung und Lehre herausgebildet haben:

8.21 Auslegung «ex tunc»

Der Richter hat sich geistig in die *Zeit des Vertragsabschlusses* zu versetzen und sich in die damalige *Lage der Parteien* hineinzudenken.

8.22 Auslegung nach Treu und Glauben

Diese Regel hat *keinen abschliessend umschreibbaren Inhalt*, sondern verlangt sie die *Konkretisierung im Einzelfalle*. Sie stützt sich auf das *Vertrauensprinzip*.

8.23 Weitere Auslegungsregeln

Des weiteren vertritt die Rechtssprechung *keine Buchstabenauslegung*; es wird *nicht auf dem buchstäblichen Sinn der verwendeten Worte beharrt*, sondern nach dem *wirklichen Willen* der Parteien hinter diesen Worten geforscht.

Die Verträge werden *in ihrer Ganzheit ausgelegt* und sind aus ihrem *konkreten Sinngefüge* heraus zu beurteilen.

Selbstverständlich hat die Auslegung *gesetzeskonform* zu sein. So sind vom dispositiven Gesetz abweichenden Regeln eng auszulegen und im Zweifelfalle verdient diejenige Auslegung den Vorzug, die dem dispositiven Recht entspricht.

Im Zweifel ist ebenso die Auslegung zu bevorzugen, die für den Verfasser ungünstiger ist (*In dubio contra stipulatorem*).

Auch soll beachtet werden, dass *im Zweifel eine Auslegung bevorzugt wird, die den Vertag nicht für ungültig erklärt* und ebenfalls ist tendenziell die *für den Schuldner günstigere Auslegung vorzuziehen*.

8.24 Vereinbarte Auslegungsregeln

Legen die Parteien im *Vertrage die Auslegungsregeln fest, so binden diese den Richter*, insofern als sie gültig sind.
Ebenfalls verbreitet sind *Widerspruchsregeln*, worin die Parteien vereinbaren, welche von verschiedenen Vertragsbestimmungen im Falle eines inhaltlichen Widerspruchs der anderen vorgeht.

8.3 Sonderfälle

Auch *allgemeine Vertragsbedingungen sind individuell auszulegen*. Ebenso können formbedürftige Verträge ausgelegt werden. Hierfür gelten die *selben Grundsätze wie bei formfreien Geschäften*.

9.0 Ergänzung des Vertrages

Die Ergänzung des Vertrages besteht in der *Ausfüllung einer Vertragslücke*. Eine Vertragslücke liegt dann vor, wenn die *Parteien gewollt oder ungewollt eine Rechtsfrage*, die den Vertragsinhalt betrifft, *nicht oder nicht vollständig geregelt* haben (*casus omissus*). Die Ausfüllung geschieht durch *dispositives Gesetzesrecht*, selten durch *Gewohnheitsrecht*, schliesslich durch den *Richter*. Dies gilt auch für *Innominatkontrakte*.

9.1 Vertragsergänzung durch dispositives Gesetzesrecht

Die **Dispositivnormen** des Gesetzes kommen in verschiedenen Erscheinungsformen:

- **Allgemeine Normen** Beziehen sich nicht auf einen bestimmten, gesetzlich definierten Vertragstyp (Im AT des OR).
- **Besondere Normen** Gehören zum gesetzlichen Vertragstypenrecht des Speziellen Teils.
- **Sachnormen** Geben selber Antwort auf eine Rechtsfrage.
- **Verweisungsnormen** Verweisen auf die Verkehrsübung oder auf das Ermessen des Richters.

Wegen seiner Bindung an das Gesetz hat der *Richter zunächst zu prüfen, ob es eine anwendbare Gesetzesbestimmung zur Vertragsergänzung* gibt.

9.2 Vertragsergänzung durch den Richter

Enthält das Gesetz *keine anwendbare dispositive Norm* oder ver*weist es auf das Ermessen des Richters*, so hat der *Richter im Streitfalle den Vertrag durch eine von ihm selbst geschaffene Regel zu ergänzen*. Vorbehalten bleibt die Ergänzung durch das *Gewohnheitsrecht*.
Der Richter hat dabei den *hypothetischen Willen der Parteien* festzustellen.

Die Unterscheidung zwischen richterlicher Ergänzung und Vertragsauslegung ist umso wichtiger, als die richterliche Ergänzung des Vertrages in der *Reihenfolge der Ergänzungsmittel* grundsätzlich nicht an erster Stelle steht.
Grundsätzliche Reihenfolge:

1) *Vertragsergänzung durch ein passendes dispositives Recht*
2) *Vertragsergänzung durch Gewohnheitsrecht*
3) *Vertragsergänzung durch den Richter*
   → gemäss *hypothetischen Parteiwillen*, allenfalls unter Berücksichtigung der *Verkehrsitte* oder mit einer *«modo legislatoris»* gebildeten Regel

Sonderfälle:

1) *Dispositives Gesetzesrecht verweist auf das Ermessen des Richters*
   → Richterliche Vertragsergänzung geht vor Gewohnheitsrecht.
2) Art. 2 Abs. 2 *Vertragsergänzung von vornherein durch den Richter*

9.3 Vertragsergänzung in wesentlichen Punkten und bei formbedürftigen Verträgen

Fehlt es an der Einigung in einem wesentlichen Punkt, so ist nach Art. 1 Abs. 1 kein Vertrag zustande gekommen. Es gilt der Grundsatz, dass eine Vertragsergänzung in diesem oder in einem anderen Punkt ausgeschlossen ist.
Der Grundsatz gilt nicht ohne Ausnahme:
Der Dissens betrifft einen *subjektiv wesentlichen Punkt*, doch das *Zustandekommen des Vertrages ist nicht bestritten*. Der Streit dreht sich *um den Inhalt*. So hat der Richter vom Bestand eines Vertrages auszugehen und auch in den subjektiv wesentlichen Punkten eine Ergänzung vorzunehmen.
Je weiter die Vertragserfüllung fortgeschritten ist, desto eher kann es sich rechtfertigen, dass der Richter den Vertrag in einem bestimmten Punkt (z.B. hinsichtlich der Vergütungshöhe) *ergänzt*, statt den Bestand des Vertrages mangels Einigung der Parteien über diesen Punkt zu verneinen.

Bei *formbedürftigen Verträgen ist jede Vertragsergänzung von vornherein ausgeschlossen, wenn er durch die mangelhafte Form ungültig ist*. Der Richter hat die Formungültigkeit zu beachten. In den *übrigen Fällen steht der Ergänzung durch den Richter nichts im Wege*, auch wenn die Vertragslücke formbedürftig gewesen wäre, wenn die Parteien sie selbst geregelt hätten.

10.0 Anpassung des Vertrages an «veränderte Verhältnisse»

Die Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse ist unter dem Stichwort **«clausula rebus sic stantibus»** bekannt.
«Veränderte Verhältnisse/ Umstände» sind stets vertragserhebliche Verhältnisse; von ihnen hängt der Wert oder unwert des Vertrages für eine Partei ab.
Bei *Eintritt von veränderten Verhältnissen* stellt sich die Rechtsfrage, *ob und allenfalls wie der Vertrag angepasst werden soll*.
Die *Änderung des Vertrages* kann in einer *Verkürzung oder Verlängerung der Vertragsdauer* oder in einer *Änderung des Vertragsinhaltes* ohne Änderung der Dauer bestehen.
Die Antwort auf die Frage nach der Vertragsanpassung kann sich ergeben:

- *Aus dem Vertrag selber* — Die Regelung ist von den Parteien vorgegeben. Eine *positive Anpassungsregel* vereinbart für welche bestimmten Fälle eine Vertragsanpassung vorgesehen ist. Die *negative Anpassungsregel* schliesst Anpassung trotz bestimmter Verhältnisänderungen aus.

- *Aus dem Gesetz* — Das *Gesetz enthält eine Reihe positiver und negativer Anpassungsregeln*. Eine unveränderte Geltung des Vertrages kann sich auch aus einem *qualifizierten Schweigen* des Gesetzes ergeben.

Ist die Anpassungsfrage weder im Gesetz noch im Vertrag geregelt, so tut dies der Richter.

10.1 Anpassung des Vertrages durch den Richter

Die *Anpassung des Vertrages durch den Richter setzt voraus, dass sowohl der Vertrag wie auch das Gesetz eine entsprechende Lücke aufweisen*. Die Ausfüllung der Anpassungslücke hat *nach Treu und Glauben* zu erfolgen; er muss diejenige Massnahme wählen, die den Parteiinteressen am besten entspricht. Er hat die *Wahl zwischen Auflösung, Verkürzung, Verlängerung und inhaltlicher Anpassung des Vertrages*.

Auf *Verhältnisänderungen, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussehbar* waren, kann sich eine Partei *nicht berufen*.

10.2 Das unerwartete Ausbleiben einer Verhältnisänderung

Ändern sich *Verhältnisse nach Abschluss eines Vertrages auf unerwartete Weise nicht*, so betrifft dies den *selben Problemkreis wie die veränderten Verhältnisse*; es gelten *die gleichen Regeln*.

11.0 Stellvertretung

11.1 Die Stellvertretung im Allgemeinen

Grundsätzlich kann jede Person Rechtshandlungen nur für sich selber vornehmen. Dieser Grundsatz wird durch die **Stellvertretung** – *rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen* – durchbrochen. Die Rechtshandlung wird dabei von einem Vertreter vorgenommen und besteht in der Abgabe (**aktive Stellvertretung**) oder Entgegennahme (**passive Stellvertretung**) einer rechtserheblichen Erklärung. Die Wirkung dieser Handlung tritt einzig beim Vertretenen, nicht beim Vertreter ein (**Vertretungswirkung**).

Keine Vertreter sind dabei *Boten*, deren Tätigkeit sich darauf beschränkt eine Mitteilung weiterzugeben, *Vertragsparteien*, die einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschliessen und *Personen*, die fremde Geschäfte nur vorbereiten oder vermitteln.

11.11 Voraussetzungen der Vertretungswirkung

11.111 Vertretungsmacht

Bezeichnet die *Rechtsmacht des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln*. Vom Gesetz wird sie als **Ermächtigung** bezeichnet. Es ist zu unterscheiden:

- **Gewillkürte Vertreter**
  Seine Vertretungsmacht beruht auf einer *Willenserklärung seitens des Vertretenen*, wodurch ihm dieser die Macht (das Recht) zur Vertretung einräumt. Diese *Ermächtigung* (Art. 34 Abs. 1) wird **Vollmacht** genannt.

- **Gesetzliche Vertreter**
  Seine Vertretungsmacht beruht auf dem *Gesetz* und gilt unmittelbar für *generell bezeichnete Personen* (Bsp. Eltern) oder mittelbar, indem für bestimmte Tatbestände vorgeschrieben ist, das bestimmten Personen (Bsp. *Vormund*) behördlich ein Vertreter zu bestellen ist.

- **Organvertreter**
  Seine Vertretungsmacht beruht auf der *Stellung als Organ einer juristischen Person (ZGB 55)*.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die gewillkürte Stellvertretung.

11.112 Handlung in fremdem Namen

Die Vertretungswirkung tritt nur dann ein, wenn der (ermächtigte) Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen handelt und diesem seine Stellung auch kundtut. Dies kann *ausdrücklich* oder *stillschweigend* geschehen. Es ist hingegen nicht nötig, dass der Vertretene mit Namen bezeichnet wird. Der Vertretene kann erst später benannt werden.
Hat der Dritte keine Ahnung von der Vertreterstellung und dem Vertragspartner ist es gleichgültig mit wem er den Vertrag abschliesst, so gilt der Vertrag im Namen des nicht-ermächtigten Vertreters.

Bei *formbedürftigen Verträgen*, muss aus der Form hervorgehen, wer die *Vertragsparteien* sind.

Des Weiteren muss der Vertreter *urteilsfähig* sein und seine Handlung darf *nicht vertretungsfeindlich* sein.

11.12 Vollmacht

11.121 Bevollmächtigung/ Vollmachterteilung

Die **Bevollmächtigung** ist eine *Willenserklärung*, worin der Vertretene (als **Vollmachtgeber**) dem Vertreter erklärt, dieser sei (als **Bevollmächtigter**) *befugt*, ihn gegenüber Dritten *zu vertreten*.
Die Bevollmächtigung bildet ein *einseitiges Rechtsgeschäft*, d.h. es besteht *keine Annahmebedürftigkeit*, weshalb sie oft stillschweigend angenommen werden. Grundsätzlich ist die Bevollmächtigung formfrei, sofern das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht.

11.122 Umfang der Vollmacht

11.1221 Sachlicher Umfang

Bestimmt, welche Rechtshandlungen der Vertreter mit Wirkung für den Vertretenen vornehmen kann.
Wird eine **Spezialvollmacht** erteilt, so gilt diese nur gerade für *ein einzelnes Geschäft*. Eine **Gattungsvollmacht** ermächtigt zum Abschluss von Geschäften einer bestimmten Art und eine **Generalvollmacht** schliesslich zu Abschluss von Geschäften jeglicher Art. Besitzt der Vertreter eine **Vollmacht mit Substitution/ Untervollmacht**, so ist er wiederum dazu berechtigt einem Dritten eine Vollmacht zu erteilen. Der Untervertreter handelt im Namen des Prinzipals, nicht des Hauptvertreters.

11.1222 Subjektiver Umfang

Bestimmt, ob der Vertreter ermächtigt ist alleine oder nur zusammen mit einem oder mehreren anderen für den Vertretenen zu handeln. Je nachdem ist die Vollmacht somit **Einzel-** oder **Kollektivvollmacht**.

11.123 Erlöschen der Vollmacht

Die Vollmacht kann durch *Fristablauf* oder bei *Eintritt einer Bedingung* erlöschen. Ebenso kann der Vollmachtgeber seine Vollmacht jederzeit ausdrücklich oder stillschweigend *widerrufen*. Auf dieses Recht kann er nicht verzichten (*ZGB 27*).

Der Vertreter kann auf die Vollmacht verzichten und sie niederlegen.
Vom *Gesetz* geregelt sind verschiedene Fälle unter *Art. 35*. Sofern nicht das Gegenteil vereinbart wurde, *erlöschen Vollmachten mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten*. Dasselbe geschieht bei der Entmündung des Vollmachtgebers auf jeden Fall, auch bei anders lautender Absprache.
Das Erlöschen der Vollmacht verpflichtet den ehemals Bevollmächtigten zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde (*Art. 36*).

11.2 Vertretung ohne Vollmacht

Der Vertreter handelt zwar im Namen eines anderen, jedoch ohne die erforderliche Vollmacht (Art. 38).

11.21 Keine Vertretungswirkung ohne Genehmigung

Grundsätzlich tritt *ohne Genehmigung keine Vertretungswirkung* ein. Der Vertretene kann jedoch die Handlung des Vertreters *nachträglich genehmigen*; die Genehmigung ersetz die Vollmacht. Der Dritte ist sodann gebunden, als er sich die Genehmigung gefallen lassen muss. Er wird frei, sobald der Vertretene die Genehmigung ablehnt, was innerhalb einer *angemessenen Frist* zu geschehen hat (Art. 38 Abs. 2). Die Ablehnung der Genehmigung bewirkt grundsätzlich *keine Schadensersatzpflicht* des Vertretenen gegenüber dem Dritten.

11.211 Vertretungswirkung ohne Genehmigung

11.2111 Fälle des Gutglaubensschutzes Dritter(Art. 33 Abs. 3)

Diese Fälle weisen gemeinsame Merkmale auf:

- Der Vertretene hat die Vollmacht nach *aussen kundgetan*.
- Der *Dritte* ist gestützt auf diese Kundgebung *gutgläubig*.
- Der gute Glaube des Dritten wird in der Weise geschützt, als dass ihm das Fehlen der Vollmacht nicht entgegengehalten werden kann.

Greift der Gutglaubensschutz, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- *Die einem Dritten kundgegebene Vollmacht geht weiter als die wirklich erteilte Vollmacht.*
- *Der Vertretene gibt eine Vollmacht kund, die er überhaupt nicht erteilt hat.*
- *Die Vollmacht wird vom Vertretenen ganz oder teilweise widerrufen, jedoch ohne Mitteilung des Widerrufes an Dritte.*

In allen Fällen tritt die Vollmacht ein, bzw. greift der Gutglaubenschutz.

Die vom Vertreter nach aussen kundgegebene Vollmacht wird häufig als **externe Vollmacht** bezeichnet und der **internen Vollmacht** (Bevollmächtigung des Vertreters) gegenübergestellt. Ist die externe Vollmacht nicht durch eine interne tatsächlich gegeben, so spricht man von einer **Rechtsscheinvollmacht**. Eine **Duldungsvollmacht** liegt vor, wenn dem Vertreter die Vollmacht fehlt, der Vertretene davon Kenntnis hat, jedoch nicht einschreitet. Von einer **Anscheinsvollmacht** wiederum wird gesprochen, wenn der Vertretene weder den Willen zur Vollmachterteilung, noch die Kenntnis vom Auftreten eines anderen als seinem Vertreter hat, er dessen Handeln aber bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte verhindern können. Auch in all diesen Fällen wird der gute Glaube des Dritten geschützt.

Solange das *Erlöschen der Vollmacht* dem Bevollmächtigten *nicht bekannt* ist, besteht die Vertretungswirkung weiterhin. Ausgenommen sind Fälle, in denen der Dritte vom Erlöschen Kenntnis hatte (*Art. 37*).

11.22 Rechtsstellung des Vertreters

11.221 Rechtslage zwischen Vertreter und Dritten

Grundsätzlich wird der rechtmässig handelnde Vertreter *nicht persönlich berechtigt und verpflichtet*.
Art. 39 folgend kann bei einer nicht vorhandenen Vertreterwirkung der Vertreter zu *Schadensersatz gegenüber dem Dritten* verpflichtet werden.

11.222 Rechtslage zwischen Vertreter und Vertretenem

Schädigt der Vertreter durch sein vollmachtsloses Handeln den Vertretenen, so kann er dem Geschädigten gegenüber zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet werden.

11.3 Nachtrag

11.31 Echte und Unechte Stellvertretung

Die Stellvertretung wird unterschieden in **echte/ direkte/ unmittelbare** und in **unechte/ indirekte/ mittelbare Stellvertretung**.

11.311 Unechte Stellvertretung

Unecht ist eine Stellvertretung dann, wenn der Vertreter *in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung* handelt; er schliesst ein Geschäft ab, dessen wirtschaftlicher Erfolg zwar einem anderen zukommen soll, doch handelt er nicht in dessen Namen. Die Wirkung der Vertreterhandlung tritt nicht beim Vertretenen ein, sondern beim indirekten Vertreter.

11.312 Echte Stellvertretung

Bei der **echten/ direkten** (d.h. rechtserhebliche) **Stellvertretung** kann eine Vollmacht an mehrere Personen erteilt werden. Zu unterscheiden ist zwischen:

- **Solidarvollmacht** → Jeder Bevollmächtigte kann einzeln für den Vollmachtgeber handeln.
- **Kollektivvollmacht** → Mehrere Bevollmächtigte können den Vollmachtgeber nur gemeinsam vertreten. Sie müssen jedoch nicht gleichzeitig handeln. Vielmehr tritt die Wirksamkeit des Geschäftes ein, wenn die letzte verbleibende Erklärung erfolgt.
  Passiv steht jedem einzelnen die Vertretungsmacht zu, soweit sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.

11.32 Vertretung mehrerer/ Handeln für sich und andere

Ein Vertreter kann ein bestimmtes *Rechtsgeschäft* auch *im Namen mehrerer* vornehmen. Ebenso ist es möglich, dass er zugleich für sich selber handelt, als auch jemanden vertritt.

11.33 Selbsteintritt und Doppelvertretung

Bei **Selbsteintritt/ Selbstkontrahieren** schliesst der Vertreter das Geschäft, das er für den Vertretenen vornimmt, *mit sich selber* ab. Verwandt damit ist die **Doppelvertretung**, d.h. dass ein Vertreter, der von beiden Parteien ernannt wurde, zwischen ihnen ein Geschäft abschliesst, indem er als Vertreter der beiden handelt.
In diesen fällen kann es schnell zu einer *Interessenkollision* kommen, weshalb beide Vertretungsarten gemäss Bundesgericht *untersagt* sind. Ausnahmsweise ist der Vertreter dort zum Selbsteintritt befugt, wo die Natur des Geschäftes eine Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst oder wo ihn der Vertretene zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt hat.

11.34 Überschreitung einer Vollmacht

Vertretung ohne Vollmacht liegt auch dann vor, wenn der Vertreter eine *Vollmacht überschreitet*.

11.35 Wissensvertretung

Das Wissen/ die Kenntnis und das Wissenmüssen des Vertreters werden grundsätzlich dem *Vertretenen angerechnet*.

11.36 Kaufmännische Vertretung

Sie umfasst die **gewillkürte Vertretung durch Prokuristen** *(Art. 485ff.)*, **Handlungsbevollmächtigte** *(Art. 462) und* **Handelsreisende** *(Art. 348b).*
Die kaufmännische Vertretung gehört ins Gebiet des *Handelsrechts*. Die gesetzlichen Regeln der allgemeinen Stellvertretung (Art. 32ff.) gelten, soweit nicht besondere Vorschriften vorgehen.

Die **kaufmännische Vertretung** bildet die standardisierte/ typisierte Vollmacht, deren *Umfang gesetzlich umschrieben* ist. (*Art. 459*). Die *Vollmacht des Handelsreisenden* setzt eine *schriftliche Bevollmächtigung* voraus (Art. 348 Abs. 1), womit der *Grundsatz der Formfreiheit durchbrochen* ist.

Die Vollmacht des Prokuristen, die *Prokura*, muss *ins Handelsregister eingetragen* werden. Tod und Handlungsunfähigkeit des Vollmachtsgebers sind keine Erlöschungsgründe für Prokura und Handlungsvollmachten.

12.0 Richtige Erfüllung der Obligation

Die *Erfüllungsregeln der Art. 68- 96* beantworten die folgenden Fragen:

- Wer soll leisten?
- Wem soll geleistet werden?
- Wo soll geleistet werden?
- Wann soll geleistet werden?
- Was soll geleistet werden?

Sofern die Parteien nichts vereinbart haben, gelten die *dispositiven Regeln des Gesetzes* für die *Art und Umfang der Leistung*, sowie für die *Leistungspflicht*.
Die gesetzlichen Erfüllungsregeln gelten grundsätzlich *für alle Obligationen*, sofern nichts anderes vereinbart wurde.

12.1 Person des Leistenden

12.11 Keine Pflicht zu persönlicher Leistung

Gemäss *Art. 68* gilt, dass der *Schuldner nicht verpflichtet ist persönlich zu leisten*. Somit kann er die geschuldete Leistung durch einen *Dritten* erbringen lassen (*Substitution*), *mit Hilfe Dritter* (*Hilfspersonen*) erfüllen oder durch Leistungen erfüllen oder erfüllen lassen, die *nicht unmittelbar aus seinem Vermögen* stammen (Bsp. Kreditzahlung).
Ausnahme bilden einerseits die geltenden vertraglichen Abmachungen zwischen den Parteien und *Art. 68* der besagt, dass die Pflicht *persönlich zu erfüllen* ist, wenn es *bei der Leistung auf die Persönlichkeit ankommt*.

12.12 Verhältnis des leistenden Dritten zum Schuldner

12.121 Der Dritte leistet mit Willen des Schuldners

Durch die Leistung des Dritten wird die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger hinfällig. Dies kann aus der *Verpflichtung des Dritten gegenüber dem Schuldner* geschehen oder eine reine *Gefälligkeit* sein.

12.122 Der Dritte leitstet ohne, aber nicht gegen den Willen des Schuldners

Auch in diesem Falle wird der Schuldner befreit. Der Dritte, der ohne Wille des Schuldners leistet (sog. **Intervenient**) handelt beispielsweise, um den Schuldner zu *beschenken (Art. 239ff.)* oder als *Geschäftsführer ohne Auftrag (Art. 419ff.)*.

12.123 Der Dritte leistet gegen den Willen des Schuldners

Auch hier wird die Leistung des Schuldners erfüllt. Das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung überwiegt ein allfälliges Interesse des Schuldners. Bei Widerspruch des Schuldners darf der Gläubiger hingegen die Annahme verweigern, ohne in Gläubigerverzug zu geraten.

12.13 Subrogation

Ein Dritter, der den Gläubiger einer Forderung befriedigt, tritt in dessen Rechtsstellung gegen den Schuldner ein.
Die Forderung geht somit nicht unter, sondern auf den Dritten über. Der Schuldner ist dem Gläubiger weiterhin verpflichtet. Der ursprüngliche Gläubiger ist verpflichtet dem Dritten eine allfällige Schuldurkunde auszuhändigen. Befriedigt der Dritte den Gläubiger nur teilweise, hat der Schuldner alsbald zwei Gläubiger.

12.2 Person des Leistungsempfängers

Grundsätzlich hat der Schuldner dem Gläubiger zu leisten. Leistet er einem Dritten, so hat er nicht erfüllt.
Wenn der Schuldner zur Leistung an einen Dritten berechtigt ist, gilt der Grundsatz nicht. Dies kann aus verschiedenen Gründen der Fall sein:

12.21 Vereinbarte Pflicht zur Leistung an einen Dritten

Der Schuldner kann *vertraglich verpflichtet* sein einem Dritten zu leisten, und zwar für *Rechnung des Gläubigers* oder auch für *Rechnung des Dritten* (im Falle eines *Vertrages zu Gunsten Dritter*).
Der Gläubiger kann den Schuldner auch *anweisen an einen Dritten*, statt an ihn selbst zu leisten. Der Schuldner ist verpflichtet dieser Weisung zu folgen, wenn ihm daraus kein Nachteil erwächst.
Auch der Schuldner einer gepfändeten Forderung kann nach *der Anzeige der Pfändung* rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten. Ebenso kann der Schuldner vom *Richter* dazu verpflichtet werden an einen Dritten zu leisten.

Der Schuldner kann jedoch auch das Recht haben an einen Dritten leisten zu können, so durch *Ermächtigung des Gläubigers*, aufgrund des *Gesetzes* (Bsp. durch Leistung an eine Hinterlegungsstelle) oder aufgrund der *Verkehrsübung* (Bsp. Zahlung auf ein Postcheckkonto).

Eine *Leistung an einen Nichtberechtigten befreit einen Schuldner grundsätzlich nicht*. Er kann jedoch befreit werden, wenn:

- Der Dritte die Forderung nachträglich erwirbt
- Die Leistung an den Alt- Gläubiger vor der Notifikation der Zession erfolgt
- Die Leistung an einen Dritten infolge Mitverschuldens des Gläubigers geschieht

Die Leistung an den Gläubiger seines Gläubigers befreit den Schuldner ebenfalls nicht. Dagegen wird der *Schuldner befreit*, wenn er *vereinbarungswidrig an den Schuldner, statt an den Dritten leistet*.

12.3 Ort der Erfüllung (Art. 74)

Der **Erfüllungsort** ist der *Ort, an dem der Schuldner seine Leistung vorzunehmen hat*. Leistet der Schuldner nicht am Erfüllungsort oder tritt seine Leistung nicht dort ein, so hat er *räumlich nicht richtig* erfüllt und kann in *Schuldnerverzug* geraten. Ebenso gerät der

Gläubiger in *Gläubigerverzug*, wenn er die am Erfüllungsort erbrachte Leistung nicht entgegennimmt.
Der Erfüllungsort ist ebenso massgebend für:

- *Die Zuständigkeit des Richters zwecks Bestimmung des Ortes der Hinterlegung*
- *Die tatsächlichen Preisverhältnisse*
- *Die Übergang von Nutzen und Gefahr nach Art. 185*

12.31 Bestimmung des Erfüllungsortes

12.311 Bestimmung durch Vertrag

Die vertragliche Bestimmung kann unmittelbar oder mittelbar erfolgen. Eine *unmittelbare Bestimmung* bezeichnen den Parteien den Erfüllungsort *direkt*, eine *mittelbare Bestimmung* lässt den Erfüllungsort nicht ohne weiteres erkennen: Entweder ist eine *Partei* oder ein *Dritter* berechtigt ihn festzulegen, oder die genaue Bestimmung lässt sich nur aus anderen *Vertragsklauseln* herleiten. Die vertragliche Bestimmung des Erfüllungsortes setzt einen ausdrücklichen oder stillschweigenden *Konsens* voraus.

12.312 Bestimmung durch das Gesetz

Fehlt es an einer vertraglichen Vereinbarung, so gelten die *allgemeinen Regeln* und die *Sonderregeln* des Gesetzes:

12.3121 Allgemeine Regeln

Allgemeine Regeln findet man in den dispositiven Vorschriften des *Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1-3*:

- *Geldschulden* sind am Ort zu zahlen, wo der Gläubiger bei der Erfüllung seinen Wohnsitz hat.
- Eine *bestimmte Sache* ist da zu übergeben, wo sie sich bei Vertragsschluss befand.
- Andere Schulden sind am Wohnsitz des Schuldners zur Zeit deren Entstehung zu erfüllen.

12.3122 Sonderregeln

Die Sonderregeln sind *im ganzen Gesetz verstreut*. Als Sonderregel ist auch zu bezeichnen, wenn sich der Wohnsitz des Gläubigers verlegt hat und dem Schuldner daraus eine erhebliche Belästigung erwächst. Der Schuldner ist sodann weiterhin berechtigt am ursprünglichen Wohnsitz zu leisten.
Auf Internationaler Ebene gelten die *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenverkauf*.

12.32 Holschuld, Bringschuld, Versendungsschuld

12.321 Holschuld

Der Schuldner hat die *Leistung an seinem (Wohn- oder Geschäfts-) Sitz bereitzuhalten*. Der Gläubiger muss diese dort abholen.

12.322 Bringschuld

Der Schuldner hat dem Gläubiger die *geschuldete Sache an dessen Wohnsitz oder Geschäftssitz*, wenn die Schuld aus geschäftlichem Verkehr entstanden ist, zu übergeben. Dabei kommt der Schuldner für die *Transportkosten* auf.

12.323 Versendungs- oder Schickschuld

Der Schuldner hat die Nebenpflicht die *geschuldete Sache an den Gläubiger zu versenden* und zwar *vom Erfüllungsort* aus.

12.4 Zeit der Erfüllung

Die *Erfüllungszeit* umschreibt einerseits die Zeit, da der *Gläubiger das Recht hat vom Schuldner die Leistung zu verlangen*, andererseits die Zeit, da der *Schuldner das Recht hat die Leistung mit Erfüllungswirkung zu erbringen*.

12.41 Fälligkeit

Ist eine Leistung *fällig*, d.h. es besteht ein *Anspruch*, so darf sie der *Gläubiger einfordern* und im Falle der *Nichtleistung einklagen*. Der damit verbundene Zeitpunkt heisst **Fälligkeitstermin**.
Somit darf der Gläubiger nicht verlangen, dass der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit leistet. Mit Eintritt der Fälligkeit ist es dem *Gläubiger freigestellt, wann er die Leistung erheben will*. Vorbehalten bleiben *Verjährung* und *Verwirkung*. Unterlässt es der Gläubiger vom Schuldner fällige Leistungen zu verlangen, braucht der Schuldner nicht zu bezahlen.
Verjährungsfristen beginnen häufig mit Eintritt der Fälligkeit zu laufen.

12.42 Technik der Zeitbestimmung

12.421 Absolute Bestimmung

Sie erfolgt anhand eines *absoluten Zeitmassstabes* und ist eine *kalendermässige Bestimmung*. Dabei kann sie *direkt* (Zeitpunkt der Erfüllung steht unmittelbar fest) oder *indirekt* (Zeitpunkt der Erfüllung lässt sich nur durch zusätzliche Ermittlungen bestimmen) sein.
Zur *Auslegung der indirekten Bestimmung*, legt das *Gesetz* Regeln fest (Bsp. Anfang oder Ende Monat bedeutet der erste oder letzte Tag des Monats).

12.422 Relative Bestimmung

Die Bestimmung ist relativ, wenn sie auf ein Ereignis oder einen zustand abgestellt wird, die sich *kalendermässig nicht fixieren lassen*. Wichtigster Fall ist hierbei die **Kündigung**.

12.423 Terminologie

Unter **Termin** oder **Ziel** versteht man einen vereinbarten *Zeitpunkt*, **Frist** bestimmt eine *Zeitspanne*.

12.43 Bestimmung der Fälligkeit und der Erfüllbarkeit

Art 75: Ist die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, so kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden.

12.431 Bestimmung durch Vertrag

Den Parteien steht es frei die Fälligkeit und die Erfüllbarkeit durch Vertag zu bestimmen. Mit der Bestimmung des Fälligkeitstermin wird jedoch nicht sogleich auch der Beginn der Erfüllbarkeit festgelegt, es sei denn, dies ergebe sich aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrages oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien (*Art. 81 Abs.1*). Ist die vertragsmässige Frist durch Stundung verlängert worden, so beginnt die neue Frist am ersten Tag nach Ablauf der alten Frist (*Art. 80*).

12.432 Bestimmung durch die Natur des Rechtsverhältnisses (Art. 75)

Unterlassen es die Parteien, Fälligkeit und Erfüllung zu regeln, so werden diese *nach der Natur des Rechtsverhältnisses* bestimmt. Der *Richter* ergänzt in der Folge den Vertrag gemäss dem hypothetischen Parteiwillen.

12.433 Bestimmung durch das Gesetz

Lassen sich die Erfüllungszeit nicht aufgrund des Willens der Parteien oder aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses bestimmen, so gelten die *gesetzlichen Regeln*:
Gemäss *Art. 75* werden alle Obligationen *sogleich*, d.h. der Zeitpunkt der sich nach Treu und Glauben für den Schuldner zur Erbringung der Leistung ergibt, fällig. **Sofortige Fälligkeit** bedeutet ebenso *sofortige Erfüllbarkeit*, jedoch gewährt das Gesetz dem Schuldner trotz sofortiger Leistung *keinen Diskont* (Art. 81 Abs. 2).
Gesetzliche Sondervorschriften gehen den allgemeinen Vorschriften der Art. 75 und 81 Abs. 1 vor.

12.44 Relativierung der Fälligkeit durch Art. 82 und 83

12.441 Regel «Zug um Zug» (Art. 82)

Bei *vollkommen zweiseitigen Verträgen*, d.h. nur wenn ein *Austauschverhältnis* vorliegt, braucht *keine Partei eine fällige Forderung* zu erfüllen, bevor nicht die andere die *Gegenleistung erbracht* hat oder sie zumindest anbietet.
Ist die Leistung des Schuldners fällig, die Gegenleistung des Gläubigers jedoch weder erbracht noch real angeboten worden, so kann der Schuldner die *Einrede des nicht erfüllten Vertrages* erheben und seine Leistung bis zur Erbringung der Leistung des Schuldners zurückbehalten. Die Leistung hat sodann *Zug um Zug* mit der Gegenleistung zu erfolgen.

Bei *unwesentlich zweiseitigen Verträgen* räumt die herrschende Lehre und das Bundesgericht dem einen Vertragspartner ein *Leistungsverweigerungsrecht*, das sog. **obligatorische Retentionsrecht**, ein.

12.442 Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrecht (Art. 83)

Art. 83 betrifft den Fall, da bei einem *vollkommen zweiseitigen Vertrag* der *eine Teil nachträglich zahlungsunfähig* geworden ist. Bis zur Sicherstellung der Gegenleistung, hat somit eine Partei das Recht, die eigene Leistung trotz eingetretener Fälligkeit zu verweigern. Ist eine Sicherstellung der Gegenleistung nicht innerhalb angemessener Frist vollbracht, ist die Partei gar zum *Vertragsrücktritt* berechtigt.
Somit wird insbesondere eine *vorleistungspflichtige Partei geschützt*.

12.45 Einzelfragen

Neben dem Fälligkeitstermin sind zwei weitere Termine zu beachten:

- **Bestimmter Verfalltag** Im Sinne von *Art. 102 Abs. 2*. Dies ist ein *qualifizierter Fälligkeitstermin* und begründet den *Eintritt des Verzuges* des Schuldners *ohne besondere Mahnung*.
- **Stichtag** Im Sinne des *Art. 108 Ziff. 3*. Gemäss Vertragswillen soll die Leistung *genau an oder bis zu jenem Tag* erfolgen.

12.5 Gegenstand der Erfüllung (Inhalt der Leistungspflicht; Art. 69-73)

12.51 Gegenstand der Erfüllung und somit Inhalt der Leistungspflicht ist das Geschuldete

Geschuldet wird in einer Obligation allgemein ein *Tun*, ein *Unterlassen* oder ein *Dulden*. Gegenstand der Erfüllung sind auch die *nicht einklagbaren Nebenpflichten* der Parteien, die sich teils aus *Treu und Glauben*, teils aus dem selbstverständlichen Verbot die *absoluten Rechte* des Vertragspartner zu verletzen, ergeben.
Aufgrund des Gegenstandes der Erfüllung muss entschieden werden, ob die konkrete Leistung des Schuldners als **Erfüllung**, Schlechterfüllung oder als **Aliud- Lieferung** *(***Nichtlieferung***)* zu qualifizieren ist.

12.52 Nähere Bestimmung der Leistungspflicht durch eine Partei oder durch einen Dritten

Oft bedarf der *Inhalt der Leistungspflicht der näheren Bestimmung* durch eine *Partei* oder einen *Dritten*. Wer hierzu berechtigt ist, kann sich aus dem Gesetz oder aus dem Vertrag ergeben:

12.521 Vertragliche Regeln

Die Parteien können vereinbaren, dass das *Recht, die geschuldete Leistung näher zu bestimmen* dem *Gläubiger*, dem *Schuldner* oder einem *Dritten* zusteht. Eine solche Vereinbarung ist jedoch nur wirksam in den *Schranken des Gesetzes*.

12.522 Regeln des Gesetzes

Das Gesetz stellt dispositive Regeln zur Verfügung, die der näheren Bestimmung häufig vereinbarter Leistungsinhalte dienen.

12.5221 Recht zur Individualisierung bei Gattungsschulden (Art. 71)

Das Gesetz sieht vor, dass die Auswahl der Sache dem Schuldner zusteht, jedoch darf er nicht eine Sache unter mittlerer Qualität anbieten.

12.5222 Wahlobligation (Art. 72)

Eine **Wahlobligation** liegt vor, wenn eine Schuld auf *mehrere Leistungen* gestellt ist, so, dass wahlweise *nur die eine oder andere erbracht* werden soll.
Ergibt sich aus dem Rechtsverhältnis nichts anderes, so steht das *Wahlrecht dem Schuldner* zu. Die *Wahlerklärung* ist *unwiderruflich*. Ist der Gläubiger wahlberechtigt und übt dieses Recht nicht aus, so gerät er in *Gläubigerverzug*.
Ist eine der geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, so richtet sich die Schuld von vornherein nur auf die mögliche Schuld. Ist eine Leistung jedoch nachträglich unmöglich, so kommt es darauf an wer diese Unmöglichkeit zu vertreten hat:

o **Gläubigerverschulden**	Der wahlberechtigte Schuldner darf sich befreien, indem er sich für die untergegangene Leistung entscheidet. Steht dem Gläubiger die Wahl zu, so kann er auf die Leistung des Schuldners verzichten oder die noch mögliche andere Leistung verlangen, wobei er aber dem Schuldner zu Schadensersatz verpflichtet ist.
o *Nicht vom Gläubiger verschuldet*	Hat der Schuldner die Wahl, erfolgt Konzentration auf die noch mögliche Leistung. Der wahlberechtigte Gläubiger kann die untergegangene Leistung und nach Art. 97 Schadensersatz vom Schuldner verlangen.

12.53 Erfüllung durch eine andere als die geschuldete Leistung

Grundsätzlich kann nur durch die geschuldete Leistung erfüllt werden. Der Gläubiger kann den Schuldner jedoch *ermächtigen* statt der geschuldeten Leistung eine andere Leistung als **Erfüllungssurrogat** zu erbringen (**Alternativermächtigung/ Ersetzungsbefugnis**).
Auch *von Gesetzes wegen* kann dem Schuldner eine **Alternativermächtigung** zugesprochen werden (Bsp. Zahlung der Schuld in Landeswährung Art. 82 Abs. 2).

12.6 Geldzahlung als besonderer Gegenstand der Erfüllung (Art. 84-90)

12.61 Geldschuld

Eine **Geldschuld** liegt vor, wenn die *Verpflichtung zu einer Geldleistung Gegenstand/ Inhalt einer Obligation* ist.
Geldschulden im engeren Sinn werden als **Wertschulden** bezeichnet. Der Schuldinhalt ist einzig durch eine Zahl bestimmt.
*Geldschulden im weiteren Sinne (***Stück- und Gattungsschulden***)* sind Geldzeichen als *individuell bestimmte Sachen* (Bsp. eine bestimmte Münze) oder *nach der Gattung bestimmt*.

12.62 Erfüllung auf inländische Währung laufende Schulden

Grundsätzlich hat der Schuldner *in Landesmünze* zu bezahlen, die der *Gläubiger anzunehmen* hat (*öffentlich- rechtliche Annahmepflicht*).
Der Gläubiger ist jedoch *nicht verpflichtet* (mit Ausnahme des Bundes) *mehr als 100 Münzen* anzunehmen und ebenso wenig ist er verpflichtet *Geldzeichen mit unzumutbar hohem Nennwert zu wechseln*.

12.63 Erfüllung auf ausländische Währung laufende Schulden

Der Schuldner ist grundsätzlich verpflichtet auf ausländische Währung laufende Schuld, in ebendieser Währung zu bezahlen.
Zivilrechtlich steht jedem Schuldner eine *Alternativermächtigung* zu, Zahlung in Inlandwährung auszusprechen (Art. 84 Abs. 2). Der Schuldner ist demnach berechtigt, in Inlandwährung zu bezahlen.
Ist dem Vertrag der Parteien jedoch eine **Effektivklausel** (Abrede zwischen den Parteien, die Schuld habe in der bestimmten Währung beglichen zu werden) beigefügt, so gilt dieser Abrede der Vorrang. Gleich ist bei der sog. **Geldsortenschuld** zu verfahren, wobei die Parteien vereinbaren, dass dem Gläubiger ausländisches Geld zu einem bestimmten Umrechnungskurs zu liefern sei.

12.64 Erfüllung durch bargeldlose Überweisung (Buch- oder Giralgeld)

Eine Giroüberweisung ist *keine Zahlung im Rechtssinne*. Sie ist vielmehr eine *Leistung an einen Dritten*, der sich im Auftrage des Schuldners dem Gläubiger zu einer sofort fälligen Leistung verpflichtet. Die *Verkehrssitte* ermächtigt den Schuldner jedoch zur Begleichung seiner Schuld auf diesem Wege, wenn der Gläubiger nicht ausdrücklich Barzahlung verlangt. Nach Treu und Glauben ist der Zeitpunkt der Erfüllung bei der Postüberweisung die Einzahlung am Postschalter und bei der Banküberweisung sobald der Gläubiger Verfügungsmöglichkeiten über Geldbetrag erlangt. Gläubiger und Schuldner haben dabei jeweils für ihre Bank einzustehen.

12.65 Bestimmung der geschuldeten Geldsumme (Bestimmungstechnik)

Die **direkte Bestimmung** erfolgt durch die *Festsetzung einer Summenzahl*. Bei der **indirekten Bestimmung** wird die Geldsumme anhand *objektiver Kriterien* festgesetzt, so

anhand *vereinbarter Kriterien* oder aufgrund eines *bestimmten Sachverhaltes* (Bsp. Hälfte des Gewinnes).
Bei langfristigen Geldschulden wird mit Rücksicht auf Geldwertschwankungen die direkte Bestimmung mitunter durch eine *Goldklausel* oder einer *Indexklausel* ergänzt.

12.66 Zahlung und Rechtsgrund

Die *Forderung* und die *korrespondierende Schuld* bilden den *Rechtsgrund* für die Zahlung. Bestehen mehrere Rechtsgründe, so muss entschieden werden, auf welche Forderung eine Zahlung anzurechnen ist. Gemäss *Art. 86 Abs. 1* ist der Schuldner berechtigt zu erklären, auf welche Schuld die Leistung anzurechnen ist. Bei fehlender Erklärung, hat der Gläubiger die Schuld in der **Quittung** zu bezeichnen, auf die angerechnet wird.
Liegt weder eine Erklärung des Schuldners, noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so gilt gemäss *Art. 87* folgende Reihenfolge:

- Anrechnung auf die fällige Schuld
- Anrechnung auf diejenige unter mehreren fälligen Schulden, die zuerst betrieben worden ist
- Anrechnung auf diejenige unter mehreren fälligen Schulden, die zuerst fällig geworden ist
- Verhältnismässige Anrechnung im Falle gleichzeitiger Fälligkeit
- Anrechnung auf die Schuld, die dem Gläubiger am wenigsten Sicherheit gibt

12.67 Verzinsungspflicht (Art. 73)

Zins ist die Vergütung, welche ein Gläubiger zu fordern hat für die Entbehrungen einer ihm geschuldeten Geldsumme.
Sind Zahlungsverpflichtungen des Schuldners nicht von der Dauer der Schuld abhängig, so hat man es nicht mit Zins, sondern allenfalls mit einer **Bearbeitungsgebühr** zu tun. Ebenfalls keine Zinsen sind **Renten** und gleichartige, regelmässig wiederkehrende Leistungen während eines bestimmten Zeitraumes.
Die Pflicht eine Geldschuld zu verzinsen ergibt sich aus dem *Vertrag* oder aus dem *Gesetz*.

Steht die **Verzinsungspflicht** fest, aber nicht deren Höhe, so gilt nach der subsidiären Regel von *Art. 73 Abs. 1* ein *Zinssatz von 5% p.a*. Bei der *vertraglichen Vereinbarung des Zinsfusses* sind die *Schranken des Gesetzes* zu beachten. Bei einem Verstoss gegen öffentlich-rechtliche und zwingende privat-rechtliche Schranken wird der Zinsfuss auf das zulässige Mass gesenkt.

12.671 Zinseszins (Art. 105 Abs. 1 & 3, Art. 314 Abs. 3)

Die Pflicht zur Bezahlung von Zinseszinsen ist gesetzlich eingeschränkt:

- Nacht Art. 105 Abs. 1 sind *Verzugszinse für geschuldete Zinsen* erst vom *Tag der Anhebung der Betreibung oder der gerichtlichen Klage* an geschuldet.
- Art. 105 Abs. 3 besagt, dass *von Verzugszinsen keine Verzugszinse* berechnet werden dürfen.
- Nach Art. 314 Abs. 3 ist die *Vereinbarung von Zinseszinsen für Darlehen grundsätzlich ungültig*.

12.68 Teilzahlungen (Art. 69)

Der Gläubiger braucht eine **Teilzahlung** *nicht anzunehmen*.
Eine Ausnahme bildet die *vertragliche Vereinbarung* von Teilleistungen. Ebenso kann der Gläubiger auch nur eine **Teilforderung** geltend machen (Art. 69 Abs. 2). Diese kann jedoch nur insoweit auf das Kapital angerechnet werden, als dass der Schuldner nicht mit Zinsen oder Kosten im Rückstand ist. Der Gläubiger ist *im Streitfall über das Ausmass einer Schuld verpflichtet eine Teilzahlung anzunehmen*, wenn diese vom Schuldner anerkannt ist, ungeachtet der anderen Teile. Zudem gilt allgemein, dass der Gläubiger stets verpflichtet ist eine Teilleistung anzunehmen, wenn er nach *Treu und Glauben hierzu verpflichtet* ist (Bsp. bei unerheblicher Differenz zur geschuldeten Gesamtleistung).

12.69 Einzelfragen

Der *Forderungsbetrag einer Summe ändert sich nicht*, auch wenn die Kaufkraft der geschuldeten Summe ab- oder zunimmt. Hat der Richter die Höhe der Summe festzulegen, so geschieht dies nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Urteils.
Ist der *Schuldner in Verzug* und entsteht dem Gläubiger dadurch wegen Geldentwertung ein Schaden, so ist der *Ausgleich des Entwertungsschadens* geschuldet, jedoch nicht bei Inflation (*Binnenentwertung*).

12.7 Mitwirkungshandlungen des Gläubigers im allgemeinen

Mitwirkungshandlungen des Gläubigers sind **Obliegenheiten**. Der Schuldner hat jedoch keinen klagbaren Anspruch auf Mitwirkung des Gläubigers. Das *Gesetz* begründet **Gläubigerpflichten**.
Die *Begleithandlungen* des Gläubigers bestehen in der *Ausstellung einer Quittung* und in der *Rückgabe oder Entkräftung von Schuldscheinen*, die der Schuldner geltend zu machen hat.
Verweigert der Gläubiger seine Mitwirkung, so gerät er in **Gläubigerverzug**, da seine *Handlung ungerechtfertigt* ist. Dies trifft stets dann zu, wenn sie *nicht aus objektiven, sondern aus subjektiven Gründen* erfolgt.

12.71 Mitwirkungsformen

Die Mitwirkung des Gläubigers dient mittelbar oder unmittelbar der Erfüllung oder der Erleichterung des Beweises der Erfüllung für den Gläubiger.
Dies können **Vorbereitungshandlungen** *(Art. 91)*, **Mitwirkungshandlungen** *(Art. 91)* – die unmittelbare Mithilfe bei der Erfüllung selbst – oder **Begleithandlungen** sein.
Das Gesetz sieht die folgenden Begleithandlungen vor:

- **Ausstellung einer Quittung** *(Art. 88)*
  - ➔ Es gilt zwischen einer *einfachen Quittung* (schriftliche Erklärung des Gläubigers, dass er eine bestimmte Leistung erhalten hat) und einer *Saldoquittung* (neben der einfachen Quittung enthält sie eine Erklärung des Gläubigers, dass er aus dem behaupteten Schuldverhältnis nichts mehr zu fordern hat) zu unterscheiden.

- **Rückgabe des Schuldscheines** *(Art. 88)*

➔ Dies kann durch die materielle Rückgabe des Schuldscheines geschehen, oder durch eine *Entkräftigung (Amortisation)*des Schuldscheines seitens des Gläubigers anhand eines Schriftstückes.

- *Bei Teilzahlung: Ausstellung einer Quittung mit Vermerk der Teilzahlung auf dem Schuldschein (Art. 88 Abs. 2*)

- *Bei Behauptung des Urkundenverlustes: Die Entkräftung des Schuldscheines (Art. 90 Abs. 1)*

12.8 Gläubigerverzug/ Annahmeverzug bei Verletzung von Mitwirkungspflichten im besonderen (Art. 91- 96)

Wirkt der Gläubiger trotz Bereitschaft des Schuldners bei der Erfüllung nicht oder nicht gehörig mit, so gerät er in Gläubigerverzug/ Annahmeverzug.
Gemäss *Art. 91* muss der Schuldner hinsichtlich Qualität und Leistung jedoch *gehörig angeboten* haben. *Teilleistungen dürfen in der Regel zurückgewiesen* werden (Art. 69 Abs. 1).

Der Gläubigerverzug bringt dem Schuldner Erleichterung im Verhältnis zum Gläubiger:

- Der Gläubigerverzug *schliesst den Schuldnerverzug aus*.
- Die *Gefahr des zufälligen Untergangs der geschuldeten Sache geht auf den Gläubiger über*. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Schuldner nicht weiterhin an seine Sorgfaltspflichten gebunden ist.
- Solange der *Schuldner nicht hinterlegt hat, laufen Vertragszinsen* weiter, *Verzugszinsen entfallen*.
- Der Schuldner kann sich die für ihn *durch den Annahmeverzug angefallenen Aufwendungen* durch den Gläubiger *ersetzen lassen*.
- Der *Schuldner hat das Recht zur Hinterlegung oder* – mit Bewilligung des Richters und nach vorgängiger Androhung – zur *Verwertung* des Leistungsgegenstandes.
- Der Schuldner hat das *Recht zum Vertragsrücktritt* bei Verträgen über Sachleistungen.
- Der *Bürge* wird bei Gläubigerverzug *befreit*.
- Hat der *Gläubiger das Wahlrecht* und übt dieses trotz Ansetzung einer Nachfrist nicht aus, so *geht es auf den Schuldner über*.
- *Schuldet der Gläubiger eine Gegenleistung*, so *verliert er das Recht auf Einrede* des nicht erfüllten Vertrages.
- Befindet sich der *Arbeitgeber in Annahmeverzug*, liegt die *Verletzung einer Rechtspflicht*, nicht bloss einer Obliegenheit vor. Rechtsfolge ist gemäss Art. 324 Abs. 1 die Fortsetzung der *Lohnzahlungspflicht*.

12.81 Recht des Schuldners zu selbständigen Befreiungshandlungen

12.811 Recht zur Hinterlegung (Art. 92)

Der Schuldner hat bei Gläubigerverzug das Recht die *geschuldete Sache bei einem Dritten oder bei einer Amtsstelle zu hinterlegen*. Der Ort der **Hinterlegung** wird durch den Richter des Erfüllungsortes bestimmt oder er kann in einem Lagerhaus sein.
Der *Schuldner darf die hinterlegte Sache wieder zurücknehmen*, falls der Gläubiger sie noch nicht angenommen hat (Art. 94 Abs. 1, 112 Abs. 3) und falls nicht infolge der Hinterlegung

ein Pfandrecht aufgehoben wurde. Wird die Hinterlegung aufgehoben, so lebt die gesamte Forderung wieder auf.

12.812 Recht zum Selbsthilfeverkauf (Art. 93)

Der Schuldner einer Sachleistung darf einen **Selbsthilfeverkauf** tätigen, wenn nach der *Beschaffenheit der Sache* oder nach der *Art des Geschäftsbetriebes* eine Hinterlegung nicht *tunlich* ist oder *erhebliche Unterhaltungs- oder Aufbewahrungskosten* anfallen.
Aus Treu und Glauben kann der Schuldner *zum Selbsthilfeverkauf verpflichtet* sein, wenn eine Unterlassung den Gläubiger erheblich schädigen würde.

Voraussetzung zum Selbsthilfeverkauf sind eine *vorgängige Androhung* und die *Bewilligung des Richters*.
Der Verkauf der geschuldeten Sache befreit den Schuldner nicht, wohl aber die *Aushändigung des Erlöses an den Gläubiger* oder deren Hinterlegung.

12.82 Sonderfolge bei Nicht-Sachleistungen (Art. 95)

Ist *etwas anderes als eine Sachleistung* geschuldet, kann der Schuldner nach Art. 95 bei Gläubigerverzug nach den Bestimmungen über den Verzug des Sc*huldner vom Vertrage zurücktreten*.
Der Gläubiger wird bei schuldhaftem Annahmeverzug ersatzpflichtig. Obwohl er bloss eine Obliegenheit verletzt, wird dies mit den Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung geahndet.

12.83 Gläubigerverzug im weiteren Sinne (Art. 96)

Liegt vor, wenn die *Erfüllung der geschuldeten Leistung aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder infolge einer unverschuldeten Ungewissheit über die Person des Gläubigers nicht erfolgen kann*.
Möchte der Schuldner erfüllen, kann aber aus Gründen, die dem Gläubiger anzulasten sind nicht, so kann er *hinterlegen* (Sachleistungen) oder *vom Vertrag zurücktreten* (Bsp. Dienstleistungen).

12.9 Rechtsnatur der Erfüllung

12.91 Vertragstheorie

Sie lehrt, dass die *Erfüllung eines Vertrages ihrerseits ein Vertrag* ist. Inhalt dieses Vertrages ist die Einigung der Parteien, dass die Leistung des Schuldners zwecks Erfüllung erfolgt.

12.92 Theorie der realen Leistungsbewirkung

Die *Erfüllung ist kein Vertrag*, sondern eine *Rechtshandlung, welche den geschuldeten Erfolg bewirkt*.

12.93 Eingeschränkte Vertragstheorie

Kann die *Schuld nur durch Abschluss eines besonderen Rechtsgeschäftes* erfüllt werden, vermag der Schuldner nur durch Abschluss eines solchen Geschäftes mit dem Gläubiger zu erfüllen.
Besteht dagegen die *Schuldpflicht in einem tatsächlichen Tun, Unterlassen oder Dulden*, genügt die tatsächliche Verrichtung, um den geschuldeten Erfolg zu bewirken.

Diesen Theorien liegt die Frage der Geschäftsfähigkeit des Schuldners und Gläubigers zu Grunde. Besteht die Leistungspflicht folglich in einer *tatsächlichen Handlung*, so ist *weder zur Erbringung noch zur Entgegennahme der Leistung Geschäftsfähigkeit erforderlich*.
Ganz anders verhält es sich, wenn der Schuldner zur Erfüllung *beispielsweise eine Forderung zedieren* muss. Dabei braucht er die *erforderliche Geschäftsfähigkeit*.
Streitig ist, ob der Gläubiger geschäftsfähig sein muss. Es ist zu unterscheiden:

- Verpflichtet sich der Schuldner gegenüber einem Dritten, so hat er zu erfüllen, auch wenn der Gläubiger nicht geschäftsfähig ist.
- Erfordert die Erfüllung hingegen den Abschluss eines Rechtsgeschäftes zwischen Schuldner und Gläubiger, muss der Gläubiger geschäftsfähig sein.

Die Leistungspflicht des Schuldners erlischt auch dann, wenn er zwar nicht in der Absicht handelt seine Leistung zu erbringen, der Gläubiger diese aber annimmt.

13.0 Nichterfüllung und nicht richtige Erfüllung der Obligation

13.1 Grundfolge der Nichterfüllung: Erfüllungszwang

Der Gläubiger einen fälligen Forderung kann einen Zivilprozess anheben und *auf Erfüllung klagen*. In der Folge gilt es zwei Phasen zu unterscheiden: Im **Erkenntnisverfahren** wird ein gerichtlicher Entscheid bezüglich der eingeklagten Angelegenheit gefällt; der Gläubiger klagt den Schuldner auf Erfüllung und bei dessen Verschulden allenfalls auf Ersatz des Verspätungsschaden ein. Bejaht dieses Urteil das Begehren des Gläubigers, kommt es in der Folge gestützt auf ein rechtskräftiges Urteil zum **Vollstreckungsverfahren**; befolgt der Schuldner das rechtskräftige Urteil nicht selber, so kann es der Gläubiger durch die staatlichen Organe vollstrecken lassen. Dies ist nicht nötig, wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners direkt in einem sog. **Gestaltungsurteil** erlangt hat (Bsp. richterliche Zusprechung von Grundeigentum).

13.11 Vollstreckungsarten

Die *Vollstreckung von Geldleistungspflichten* erfolgt durch **Schuldbetreibung**; es wird auf das Vermögen des Schuldners zugegriffen. Ist die geschuldete Leistung keine Geldleistung, so erfolgt die **Vollstreckung** im **kantonalen Zwangsvollstreckungsverfahren**, wobei den Behörden **Vollstreckungsmittel** zu Verfügung stehen (*Art. 97 Abs. 2, Art. 98 Abs. 1 und 3*).

Gemäss *Art. 98 Abs. 1* kann es zu einer **Ersatzvornahme** kommen. Der Gläubiger kann durch den Richterspruch ermächtigt werden die *geschuldete Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen oder von einem Dritten vorzunehmen lassen*. Die Ersatzvornahme *setzt kein Verschulden des Schuldners voraus*, bedingt jedoch ein *richterliches Leistungsurteil*.
Verletzt der Schuldner eine *Unterlassungspflicht*, kann der Gläubiger *Art. 98 Abs. 3* folgend die *Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes* verlangen und sich ermächtigen lassen, diesen auf Kosten des Schuldners zu beseitigen.

13.2 Schadensersatzpflicht bei Ausbleiben der Erfüllung (Art. 97-101)

Die Nichterfüllung ist eine nachträgliche **Leistungsunmöglichkeit**, die der *Schuldner zu verantworten* hat und die einen *adäquat kausalen Schaden im Vermögen des Gläubigers* bewirkt. Durch die Rechtssprechung wurde der Tatbestand dahingehend erweitert, dass *auch nicht gehörige Erfüllung* darunter fällt.
In beiden Fällen tritt die *Rechtsfolge der* **Schadensersatzpflicht** ein.

13.21 Tatbestand

13.211 Grundmerkmale

Das Gesetz geht von der *nachträglichen Leistungsunmöglichkeit* aus; Schuldner leistet nicht gehörig.
Das *Gesetz erweitert* die Fälle der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit und gewährt dem Gläubiger ebenfalls einen Anspruch auf Schadensersatzpflicht, wenn der Schuldner *schuldhaft eine Unterlassungspflicht verletzt*. Überdies dehnt die Lehre und Rechtssprechung die Anwendung der unter «Ausbleiben der Erfüllung» geregelten Schadensersatzpflicht auf *alle Tatbestände* aus, in denen der *Gläubiger durch vertragswidriges Verhalten des Schuldner*

geschädigt wird. Dies umfasst insbesondere auch die *fehlerhafte Erfüllung*. Fälle, die das Grundmerkmal erweitern, lassen sich unter dem Begriff der **positiven Vertragsverletzung** zusammenfassen.
Damit umfasst die positive Vertragsverletzung *sämtliche Fälle der Nichterfüllung, die weder Unmöglichkeits-Tatbestände sind, noch unter die Verzugsregeln fallen*.

13.212 Schaden

Schaden ist eine *unfreiwillige Vermögensverminderung* und somit die *Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen* nach dem schadenstiftenden Ereignis und dem *hypothetischen Stand*, wie er sich ohne dieses präsentieren würde. Als schadenstiftendes Ereignis betrachtet die herrschende Lehre zu Art. 97 die *Nichterfüllung im Zeitpunkt, da der Schuldner hätte erfüllen sollen*.
Eine gewisse Relativierung dieses **klassischen Schadensbegriffs** ergibt sich durch die Anerkennung der Pflicht zum *Ausgleich seelischen Unbills durch Leistung der* **Genugtuung** (meist Geld). Der **normative Schadensbegriff** korrigiert somit den klassischen Schadensbegriff in dem Sinne, dass er eine *Wertungskomponente* hinzufügt. Im Vordergrund stehen neben *seelischem Unbill die Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten, nutzlose Aufwendungen (***Frustrationsschaden***) und der* **Haushaltsschaden** (durch Verlust der Einnahmequelle eines Haushaltes erlittene Schaden, also beispielsweise im Falle des Todes einer Ehefrau). Dadurch erhalten *immaterielle Güter* eine stärkere Gewichtung. Den dabei erlittenen Schaden nennt man auch **Kommerzialisierungsschaden**.
Die Relativierung des Schadens bringt einige Probleme mit sich, ist es doch wirtschaftlich gesehen äusserst schwierig den Schaden des Geschädigten zu beziffern. Das *Bundesgericht* vertritt eine *restriktive* Linie und lehnt es beispielsweise ab, den entgangenen Genuss als Vermögensschaden anzuerkennen.

13.2121 Schadenselemente

Der Schaden im klassischen Sinne kann in einer *(positiven) Vermögensverminderung* oder im *entgangenen Gewinn* bestehen.

13.21211 Wert der ausgebliebenen Leistung

Wird der Schaden nachträglich unmöglich, so erleidet der Gläubiger einen *Schaden im Wert der ausgebliebenen Leistung*. Ist die Leistung noch möglich, so gehört die Forderung auf Erfüllung immer noch zum Vermögen des Gläubigers. Auf Schadensersatz kann erst geklagt werden, wenn die Verzugsfrist abgelaufen oder die Leistung unmöglich, bzw. der Schaden entstanden ist. Muss der Schuldner Schadenersatz leisten, so besteht dies im *Geldwert der ausgebliebenen Leistung*: die *primäre Leistungspflicht wird in eine sekundäre Schadensersatzpflicht umgewandelt*.

13.21212 Kosten

Entstehen dem Gläubiger *durch die fehlende Leistung Kosten*, so können auch diese zu Schadensersatzansprüchen werden.
Häufig ist dies der Fall bei **Kapitalkosten** (Zinsaufwand für das in die Transaktion investierte Kapital) oder bei *Kosten, die infolge der Antizipation der Erfüllung aus Treu und Glauben* entstehen.

Nebst den besagten Elementen gibt es noch weitere, die meist in direktem kausalen Zusammenhang zum Schadensereignis stehen (Bsp. Stilllegung einer Fabrik, da geschuldete Maschine nicht geliefert wird).
Zu unterscheiden ist dieser Schaden jedoch vom **weiteren Schaden**, oft auch **mittelbarer** *oder* **direkter Schaden** genannt. Die *Abgrenzung ist strittig* und muss im *Einzelfalle* entschieden werden.

13.21213 Drittschaden

Grundsätzlich muss nur der *Schaden ersetzt werden, der im Vermögen des Gläubigers* entsteht. Ein Dritter, der durch seine Nähe zum Gläubiger durch das Verhalten des Schuldners einen Schaden erleidet, kann nur gestützt auf die *ausservertraglichen Regeln* gegen diesen vorgehen. In der *Schweiz anerkennen Lehre und Rechtssprechung die sog.* **Drittschadensliquidation** *bei der indirekten Stellvertretung*. *So liquidiert der Gläubiger gegenüber seinem Schuldner den Schaden eines Dritten*. Dies wird von der schweizerischen Rechtssprechung anerkannt.
Der Dritte, durch das Verhalten des Schuldners geschädigt, kann diesen allenfalls aus *unerlaubter Handlung* belangen.

13.2122 Berechnungsarten des Schadens

Der Ersatz des **positiven Interesses** (Herbeiführung des hypothetischen Vermögensstandes) wird auch als **Erfüllungsinteresse** bezeichnet. Mit dem **negativen Interesse** (bisweilen auch **Vertrauensschaden**) wird hingegen jener Vermögensstand angestrebt, der bestünde, wenn der *Vertrag gar nicht abgeschlossen* worden wäre.
Erhaltungs-/ Integritätsinteresse kennzeichnet den *Schaden, der aus positiver Vertragsverletzung in der Güterlage des Geschädigten* entstanden ist. Es handelt sich hierbei nicht schlichtweg um die Differenz, sondern um die *konkrete Beeinträchtigung der Güter* des Gläubiger: Der Gläubiger ist *nicht einfach wertmässig* so zu stellen, wie wenn richtig erfüllt worden wäre, sondern, allenfalls durch Naturalrestitution, so, wie wenn sein Interesse an der *Erhaltung der beeinträchtigten Güter nicht verletzt worden wäre*.
Entsteht dem Vertragspartner Schaden aus *Nichterfüllung, so ist bei Fortbestand* des Vertrages (Art. 107 Abs. 2) grundsätzlich das *positive Interesse/ das Erfüllungsinteresse* zu ersetzen. Das *negative Interesse* kommt dann zum Zug, wenn das *Vertrauen einer Partei in den Vertrag enttäuscht* wird.

13.213 Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit des Schuldners oder der positiven Vertragsverletzung und dem beim Gläubiger entstandenen Schaden muss ein *Kausalnexus* (Relation zwischen zwei Begebenheiten) bestehen.
Kann das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden, ohne, dass auch der eingetretene Erfolg entfiele, so spricht man von einem *natürlichen Kausalzusammenhang*. **Adäquat** ist der **Kausalzusammenhang** hingegen dann, wenn man irgendwo in der Kausalkette einen Riegel schiebt, damit es nicht zu einer Ausuferung der Verantwortlichkeit des Schuldners kommt. Dies geschieht unter *Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufes der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung*.

Bei *Unterlassungsdelikten* fehlt der natürliche Kausalzusammenhang. In der Folge wird hypothetisch gefragt, ob *bei rechtsmässiger Handlung*, also bei unterlassen der Unterlassung, der *eingetretene Schaden* nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung *hätte vermieden werden können*.

13.2131 Weitere Bemühungen zur Haftungsbeschränkung

Die Doktrin kennt weitere Kriterien, um die Haftung des Verantwortlichen auf ein vernünftiges Mass zu beschränken:

- Die *Berücksichtigung hypothetischer Kausalität* ermöglicht dem Schädiger den Einwand, der behauptete *Schaden wäre auch ohne sein Zutun entstanden*.
- Die **Schutzzwecklehre** bewirkt, dass der Schaden dem Schädiger nur angerechnet werden kann, wenn die verletzende *Vertrags- oder Rechtspflicht genau den eingetretenen Schaden zu verhindern bezweckt*. Diese Lehre wird vor allem in Deutschland praktiziert.
- Nach der **Lehre des allgemeinen Lebensrisikos** hat der Geschädigte *in seiner Sphäre liegende Risiken auch dann zu tragen*, wenn sie sich anlässlich einer schädigenden Handlung verwirklichen, die ein anderer zu verantworten hat.
- Unter *Berücksichtigung von rechtsmässigen Alternativverhalten* versteht man den Einwand des Verantwortlichen, der gleiche *Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er die von ihm verletzte Rechtspflicht erfüllt* hätte.
- Gemäss dem *Ausschluss adäquater, aber singulärer Schadensfolgen* können ganz *aussergewöhnliche Unfallfolgen adäquat* sein, wenn der *Unfall an sich zu deren Auslösung geeignet* war.

13.2132 Beweislast

Dem verletzten *Gläubiger* obliegt die Beweislast für den natürlichen Kausalzusammenhang.

13.214 Verantwortlichkeit

Der Schuldner muss durch die Nichterfüllung oder die positive Vertragsverletzung den Schaden *nicht nur adäquat kausal verursacht* haben sondern *auch dafür verantwortlich* sein.

13.2141 Verantwortlichkeit aus Verschulden

Das *Nichterbringen der geschuldeten Leistung ist vertragswidrig*. Steht dies fest, so ist festzustellen, ob das Verschulden dem Schuldner angerechnet werden kann. Dies setzt **Verschuldensfähigkeit** voraus, was bedeutet, dass er das *Verschulden gewollt (Absicht, Vorsatz) in Kauf genommen* hat (*Eventualvorsatz*) oder *sorgfaltswidrig* (*Fahrlässigkeit*) herbeigeführt hat.
In der Folge wird zwischen **schwerem** *und* **leichtem Verschulden**, sowie zwischen **grober** *und* **leichter Fahrlässigkeit** unterschieden. Die Unterscheidung ist jedoch unscharf.

13.21411 Fahrlässigkeit im Besonderen

Ein Massstab für die geforderte Sorgfalt muss festgelegt werden:

- **Gesetzliche Sorgfalt**

Die gesetzliche Umschreibung der erforderlichen Sorgfalt:
Selbstverständlichkeit, dass man sich in schuldrechtlichen Beziehungen entgegenhalten lassen muss, was man weiss oder hätte erkennen müssen.

- **Natürliche und normative Sorgfalt**
  Voraussetzung, dass angesichts der Kenntnis, Kraft, Erfahrung und Geschicklichkeit bei Aufbringung des zumutbaren Fleisses und der zumutbaren Aufmerksamkeit obligationengemäss hätte gehandelt werden können.
  → Zu Unmöglichem ist niemand verpflichtet.

- **Äussere und innere Sorgfalt**
  Anhand der inneren Handlung besteht die Verpflichtung, sich die für die äussere Handlung nötigen Kenntnisse zu verschaffen und diese schliesslich auch umzusetzen.
  Unsorgfältig handelt nur, wer die äussere und die innere Sorgfaltspflicht verletzt.

- **Objektive und subjektive Sorgfalt**
  Was vom Schuldner an äusserer Sorgfalt verlangt wird, folgt aus allen für die Erfüllung der Schuldpflicht relevanten Umstände.
  Dazu gehört auch die Persönlichkeit des Schuldners, namentlich seine physischen und psychischen Unfähigkeiten.
  Als Reverenzmassstab dient auch das Vorbild des «reasonable man». Von diesem Verständnis der Sorgfalt geht das schweizerische Recht mehrheitlich aus.

13.214111 Objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff und Vertragswidrigkeit

Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, die *objektiv gebotene Sorgfalt* werde nach der Rechtssprechung und der herrschenden Lehre *bei der vertraglichen Haftung* von der *Vertragsverletzung*, bei der *ausservertraglichen* dagegen von der *Widerrechtlichkeit* erfasst.

13.21412 Beweislast für das Verschulden

Art. 97 Abs. 1 kehrt die Beweislast für das Verschulden entgegen ZGB 8 um: Nicht der Gläubiger hat das Verschulden zu beweisen, sondern der Schuldner. Der *Schuldner trägt somit auch die Folgen der Beweislosigkeit*, falls der Richter von seiner Behauptung die erforderliche Sorgfalt aufgebracht zu haben, überzeugt ist. Der Gläubiger hingegen trägt die Beweislast für die übrigen Tatbestandselemente, namentlich für die Vertragsverletzung.

13.2142 Verantwortlichkeit ohne Verschulden

Das Gesetz sieht die Verantwortlichkeit für Schadensersatzpflicht auch bei Nicht-Verschulden der einen Vertragspartei vor:

- Der Schuldner haftet für seine *Hilfspersonen* (Art. 101).
- *Haftung aus Billigkeit*, wenn der Schuldner nicht urteilsfähig war (Art. 54 Abs. 1).
- *Haftung für Zufall* → Haftung des Verzugsschuldners für zufälliges Unmöglichwerden seiner Leistung.
  → Haftung kraft besonderer Vorschriften

13.215 Rechtsfolge: Schadensersatz

Bei der Pflicht zu Leistung von Schadensersatz unterscheidet man zwischen **Naturalrestitution** (Wiederherstellung des vor der Vertragsverletzung bestehenden Zustandes) und **Geldersatz** (Vergütung des Vermögensschadens durch Zahlung einer Geldsumme).
Nach Art. 99 Abs. 3 und Art. 43 Abs. 1 hat der *Richter die Art des Schadenersatzes* nach den Umständen (ZGB 4) zu bestimmen.

13.2151 Umfang des geschuldeten Schadenersatzes

Es finden die *Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen* auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung (Art. 99 Abs. 3).
Dies bedeutet, dass der Geschädigte keinesfalls Anspruch auf einen Ersatz, der den Schaden übersteigt, hat. Der *Nachweis der Schadenshöhe obliegt dem Geschädigten*. Ist er nicht ziffernmässig nachweisbar, wird er gemäss *Art. 42 Abs. 2 nach richterlichem Ermessen geschätzt*.
Der Geschädigte hat Anspruch auf **Schadenszins**, gegebenenfalls auch auf **Genugtuungszins**.
Da dem Gläubiger die **Schadensminderungspflicht** obliegt, muss er nach Treu und Glauben alle Massnahmen ergreifen, die zur Minderung des Schadens beitragen.
Das Mass der *Haftung wird milder* beurteilt, wenn dem *Schuldner kein Vorteil* aus dem Geschäft erwachsen ist (*Art. 99 Abs. 2*).

Schadensersatzansprüche verjähren nicht nach Art. 60, sondern nach Art. 127ff.

13.2152 Wegbedingung der Schadensersatzpflicht

Die *Privatautonomie* erlaubt es den Parteien im Voraus zu vereinbaren, ob und wie der Schaden aus allfälliger Nichterfüllung zu tragen ist. Die Parteien können die *gesetzliche Haftung somit bestätigen, präzisieren, verschärfen oder wegbedingen(beschränkt oder umfassend)*.
Die Vertragsfreiheit besteht selbstverständlich nur innerhalb der Schranken des Gesetzes. Die Hauptschranke für die Wegbedingung stellt dabei *Art. 100 Abs. 1* auf: Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.
Dementsprechend ist lediglich der Ausschluss für gewöhnliche und leichte Fahrlässigkeit zulässig. Analoges gilt für die Haftbeschränkung.
Art. 100 Abs. 2 präzisiert weiter, dass ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichte Verschulden nach Ermessen des Richters für nichtig erklärt werden kann, wenn der Verzichtende zur Zeit der Erklärung im Dienste des anderen stand. Die Haftung für Hilfspersonen kann höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden (*Art. 101 Abs. 3*).

13.216 Haftung für Hilfspersonen

Erfüllt der Schuldner nicht persönlich, sondern bedient er sich bei der Erfüllung seiner Schuldpflicht einer Hilfsperson und schädigt diese in der Folge den Gläubiger, so gelten *besondere Haftungspflichten*.
Zuerst gilt es die verschiedenen Arten der Mitwirkung zu unterscheiden:

- Reine *Unterstützung* durch Hilfsperson

- Die Hilfsperson erfüllt *alleine, ohne technische und wirtschaftliche Selbständigkeit*
- Der Schuldner überträgt der Hilfsperson die *selbständige Erfüllung (Subunternehmer)*

Es ist zwischen *Substitut nach Auftragsrecht und Hilfsperson nach Art. 101 zu unterscheiden*. Der Schuldner hat *für die Hilfsperson voll einzustehen, haftet bei erlaubter Substitution* jedoch nur für die gehörige *Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion* des Dritten.

Substitution liegt nur dann vor, wenn die *Abwälzung auf den Dritten in dessen Interesse und ohne wirtschaftlichen Nutzen des Beauftragten* liegt. Die Selbstständigkeit des Dritten und die jederzeitige Kündigungsbefugnis des Beauftragten gegenüber dem Dritten sprechen überdies für Substitution. Das Bundesgericht richtet sein Augenmerk vornehmlich auf die *Interessenlage*: Es kommt darauf an, ob der Beauftragte einen Subunternehmer im eigenen Interesse oder im Interesse des Auftraggebers hinzunimmt. Ist das Interesse des Beauftragten zu bejahen (Bsp. Beizug eines Spezialisten) liegt der Tatbestand von Art. 101 vor.
Im Regelfall erfolgt die Übertragung jedoch in beidseitigem Interesse.

13.2161 Schaden und funktioneller Zusammenhang

Die Schädigung, die die Hilfsperson dem Schuldner verursacht, muss einen funktionellen Zusammenhang mit der zu erfüllenden Leistung haben, in dem Sinne, dass sie eine Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten zur Folge hat. Der *Schaden hat also in Ausübung der Erfüllungsverrichtungen zu geschehen*.

Der *befugte Beizug einer Hilfsperson* begründet die Haftung des Geschäftsherrn. *Unbefugter Beizug* einer Hilfsperson ist eine Vertragsverletzung, für die der Schuldner unmittelbar aus Art. 97 haftet.
Nach Art. 101 wird die *Haftung des Geschäftsherrn* begründet, wenn die *Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen wäre, hätte er sie selbst vorgenommen*. Der Schuldner muss für die Handlung der Hilfsperson *nicht einstehen, wenn zwar die Hilfsperson ein Vorwurf trifft, ihn aber nicht*.
Der Schuldner, der die Erfüllung durch eine Hilfsperson vornehmen lässt, haftet dem Gläubiger für allen von der Hilfsperson in funktionellem Schaden mit der Erfüllung adäquat verursachten Schaden, es sei denn, er beweise, die Hilfsperson habe alle Sorgfalt angewendet, die nach dem Vertragsverhältnis auch von ihm zu erwarten war.

Die *Haftung des Dritten gegenüber dem Gläubiger* bestimmt sich danach, ob das Verhalten der Hilfsperson gegenüber dem Gläubiger als *unerlaubte Handlung (Art. 41ff.)* zu qualifizieren ist, ein *Anwendungsfall von Art. 399 Abs. 3* vorliegt, oder ob allenfalls *Drittschadensliquidation* in Frage kommt.

13.2162 Wegbedingung der Haftung

Nach *Art. 101 Abs. 2* kann der Schuldner seine *Haftung für beigezogene Hilfspersonen* zum voraus *beschränken oder aufheben*. Dies ist allerdings *nur für leichtes Verschulden* möglich (Art. 101 Abs. 3) und muss *vertraglich vereinbart* sein.

13.2163 Haftung aus Vertrag (Art. 97ff.) und ausservertragliche Haftung (Art. 41ff.)

Ist *nicht nur der Vertrag, sondern auch ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verletzt*, so entstehen nach herrschender Meinung nebeneinander:

- Ein Anspruch auf *vertraglicher Schadensersatz*
- Schadensanspruch des Geschädigten aus *unerlaubter Handlung*

Beide Ansprüche stehen nebeneinander – was vor allem von praktischer Bedeutung für die Verjährung und die Beweislast ist –, werden jedoch *nicht kumuliert*.

13.3 Schuldnerverzug

13.31 Tatbestand

Der **Schuldnerverzug** weist folgende Tatbestandsmerkmale auf:

- *Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit*
- *Fälligkeit der Forderung (Art. 102 Abs. 1)*
  - → setzt voraus, dass der Schuldner gemahnt wurde oder, dass ein *antizipierter Vertragsbruch* besteht.
- *Mahnung des Schuldner durch Gläubigers (Art. 102)*
- *Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung*
  - → setzt voraus, dass die Leistung fällig und möglich ist, der Schuldner gemahnt wurde und trotzdem nicht geleistet hat.

Der Schuldnerverzug ist *bei Gläubigerverzug nicht gegeben*. Ebenso wenig kommt es zu einem Schuldnerverzug, wenn der Schuldner eine *Einrede* geltend macht.

13.32 Mahnung des Schuldners im besonderen (Art. 102)

Die **Mahnung** ist die *unmissverständliche Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner die geschuldete Leistung zu erbringen*. Sie ist eine *empfangsbedürftige Willensäusserung*, die *keiner gesetzlichen Form* bedarf.

Grundsätzlich gibt es ohne Mahnung keinen Verzug. *Zwei Ausnahmen* existieren jedoch nach *Art. 102 Abs. 2*:

- Haben die Parteien verabredet, dass der Schuldner an einem bestimmten Tag (**Verfalltag**) zu leisten hat, so hat der Gläubiger seinen Forderungswillen schon durch diese Mahnung *unmissverständlich kundgetan*. Der *Verzug tritt nach Ablauf des Verfalltages ein*. Bei *Dauerleistungspflichten* wird der Zeitpunkt des Erfüllungsbeginns regelmässig auf ein bestimmtes Datum hin festgesetzt.
- Ein bestimmter Verfalltag ergibt auch ohne Vereinbarung, wenn vertraglich eine **Kündigung** vorbehalten und gehörig vorgenommen worden ist.

Die Rechtssprechung und Lehre haben weitere Ausnahmen definiert:

- Im Falle des **antizipierten Vertragsbruches** ist in Analogie zu Art. 108 Ziff. 1 eine Mahnung überflüssig.
- Verhindert der Schuldner vorsätzlich die Zustellung der Mahnung an ihn, sind weitere Schritte des Gläubigers nicht erforderlich.
- Ist der Schuldner zur Rückgabe einer gestohlenen Sache verpflichtet, muss er als Dieb nicht gemahnt werden.
- Der gesetzlich bestimmte Termin für die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ist ein Verfalltag.

Wird der Schuldner gemahnt, so gerät er *nach Ablauf einer angemessenen Reaktionszeit in Verzug*.

13.33 Verfalltagsgeschäft und Fixgeschäft

Einigen sich die Parteien auf einen *bestimmten Leistungstermin (***Fixgeschäft***)*, so darf der Gläubiger *hernach nur noch mit Zustimmung des Gläubigers leisten*. Nach dem fixierten Datum fällt die Erfüllbarkeit weg.
In der neueren Lehre wird zudem zwischen **relativen** und **absolutem Fixgeschäft** unterschieden. Beim absoluten Fixgeschäft kann der Schuldner die Leistung auch nach dem Termin nicht mehr erbringen, da diese *nicht nachholbar* ist.

13.34 Rechtsfolgen

Mit *Eintritt der Fälligkeit* ist der Gläubiger befugt, die noch (mögliche) *Leistung auf dem Klageweg einzufordern*. Dies kann durch **Erfüllungsklage** oder **Vollstreckung** geschehen. Der Schuldner bleibt trotz seines Verzuges weiterhin befugt, die Leistung doch noch zu erbringen (Ausnahme: Fixgeschäft). Der Verzug des Schuldners ändert demnach am Inhalt und an der Erfüllbarkeit der Forderung nichts. Dem Gläubiger stehen jedoch zusätzliche Rechte zu:

13.341 Verzugsfolgen ohne Rücksicht auf das Verschulden

13.3411 Verzugszins (Art. 104f.)

Unmittelbar mit dem *Eintritt des Verzuges beginnt bei Geldforderungen die (verschuldensunabhängige) Pflicht des Verzugsschuldners zur Verzinsung*.
Der Zinsfuss beträgt fünf Prozent, doch können anderweitige Abmachungen getroffen werden.
Bei *Zins- oder Rentenschulden* beginnt die *Verzinsungspflicht erst bei Anhebung der Betreibung oder der gerichtlichen Klage*. Dasselbe gilt bei *Schulden aus Schenkungsversprechen (Art. 105 Abs. 1)*.
Die Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen *endet mit der verspäteten Zahlung* oder mit dem *Untergang der Forderung*.

13.3412 Wahlrecht

Nach *Art. 107 Abs. 2* stehen dem Gläubiger **Wahlrechte** zu, die es ihm ermöglichen auf der *Erfüllung zu beharren*, *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* zu fordern oder *vom Vertrag zurückzutreten*.

13.342 Verzugsfolgen bei verschuldetem Verzug

13.3421 Pflicht zum Ersatz des Verspätungsschaden (Art. 103 und Art. 106)

Der Schuldner hat dem Gläubiger den wegen Verzögerung entgangenen *Gewinn und Nutzen*, die *Wertminderung* der geschuldeten Leistung während des Verzuges und die *Kosten und Auslagen* des Gläubigers wegen des Verzuges zu ersetzen. Der *Gläubiger trägt hierbei die Beweislast*, die *Höhe der Ersatzpflicht* bestimmt sich nach *Art. 99 Abs. 2*.

13.3422 Haftung für Zufall (Art. 103)

Nach *Art. 103 Abs. 1* haftet der Schuldner *auch für Zufall*, wenn er sich verschuldeterweise im Verzug befindet. Dies betrifft sämtliche fälle, in denen die Leistung des Verzugsschuldners ohne Verschulden oder Hilfspersonenhaftung *objektiv unmöglich* wird. Bewirkt der Gläubiger selbst den Untergang der Sache, so ist dies kein Zufall.
Der Schuldner kann sich unter bestimmten Voraussetzungen von dieser Haftung befreien, wenn er beweist, dass

- Der *Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite* eingetreten ist.
- Der *Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung* den Gegenstand zum Nachteile des Gläubigers betroffen hätte.

13.3423 Haftung des Schuldner für seine Hilfspersonen

Ist der Verzug im Verhalten einer Hilfsperson zu begründen, so hat der S*chuldner hierfür einzustehen (Art. 101)*.

13.4 Verzuglage bei vollkommen zweiseitigen Verträgen

Die *Art. 107- 109* sind *Sondervorschriften* für den Schuldnerverzug bei vollkommen zweiseitigen Verträgen.

13.41 Recht zur Nachfristansetzung und Wahlrecht des Gläubigers

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, ist der Gläubiger berechtigt, dem Schuldner eine *angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung* anzusetzen oder durch die Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1). Der Sinn dieser **Nachfrist** besteht darin, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, die *weiteren, ihn belastenden Folgen doch noch abwenden zu können*.
Mit dem *Ablauf der Nachfrist*, die als Zeitraum bestimmt, oder auf einen Termin fixiert sein muss, jedoch angemessen zu sein hat, stehen dem Gläubiger *Wahlrechte* zu. Empfindet der Schuldner die Frist als nicht angemessen, so hat er sich unverzüglich beim Gläubiger zu beschweren und eine Verlängerung zu fordern.

13.42 Wahlrecht bei unbenutztem Fristablauf

13.421 Erstes Wahlrecht

Nach *Ablauf der Nachfrist* kann der Gläubiger wählen, ob er die *Leistung des Schuldners noch wünscht*, oder ob er *darauf verzichtet (Art. 107 Abs. 2)*:

- Wählt der Gläubiger die *Nachleistung*, bleibt es bei der *ursprünglichen Leistungspflicht* des Schuldners. Der Gläubiger kann sodann eine *neue Nachfrist* ansetzen.
- *Verzichtet* der Gläubiger auf die nachträgliche Leistung, so muss er dies *unverzüglich erklären* und hernach die Ausübung des *zweiten Wahlrechts* bekannt zu geben.

13.422 Zweites Wahlrecht

Verzichtet der Gläubiger auf die Leistung des Schuldners, so stehen ihm zwei verschiedene Wege offen:

- *Aufrechterhaltung des Vertrages mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung*
- *Rücktritt vom Vertrag mit Schadensersatz*

Kann sich der *Schuldner exkulpieren, entfällt die Forderung auf Schadensersatz*. Dann steht dem Gläubiger nur noch die *Rücktrittmöglichkeit* offen.

13.43 Wahlrecht ohne Fristansetzung

Ist die *Ansetzung einer Frist sinnlos*, ist sie auch *nicht erforderlich*. Das Wahlrecht besteht somit in den folgenden Fällen auch ohne Nachfristansetzung:

- Aus dem *Verhalten des Schuldners geht* hervor, dass sich die *Fristansetzung als unnütz* erweisen wird (*Art. 108 Ziff. 1*).
- Die Leistung ist für den Gläubiger infolge des Verzugs nutzlos geworden.
- Aus dem Vertrag der Parteien ergibt sich die Absicht, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit (*Fixgeschäft*) erfolgen soll (*Art. 108 Ziff. 3*).
- Das *Miet- und Pachtrecht* stellt klar, dass *Mieter und Pächter nach Art. 107- 109 vorzugehen* haben, wenn die Miet- oder Pachtsache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder mit Mängeln übergeben wurde.
- Im *Kaufrechtsvertrag* kann nach den folgenden *Sonderregeln* eine Nachfristansetzung ebenfalls unterbleiben:
    - Nach *Art. 190* wird im kaufmännischen Verkehr bei Abrede eines bestimmten Lieferungstermins *nach Eintritt des Verzuges* vermutet, dass der *Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadensersatz wegen Nichterfüllung* beanspruche.
    - Nach *Art. 214 Abs. 1* hat der *Verkäufer das Recht*, unter Anzeige an den Käufer ohne weiteres *vom Vertrage zurückzutreten, wenn sie der Käufer mit der Zahlung im Verzug* befindet.

13.44 Entscheid für Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages (Art. 107 Abs. 2)

Verzichtet der Gläubiger auf die *Leistung des Schuldners, hält aber den Vertrag* weiterhin aufrecht, so tritt eine *Vertragsänderung* ein. Anstelle der nicht mehr erwünschten Leistung hat der Schuldner nun *Schadensersatz* zu leisten (*Art. 107 Abs. 2*).
Der zu ersetzende Schaden setzt sich aus den folgenden Elementen zusammen:

- *Wert der ausgebliebenen Leistung* → Differenztheorie, mit der Obliegenheit seitens des Gläubigers zum Nachweis
- *Verspätungsschaden*

Beim zweiseitigen Vertrag ist der Gläubiger weiterhin zur Erbringung seiner Leistung verpflichtet. Es besteht an diesem Punkt eine Kontroverse zwischen *Austausch- und Differenztheorie*:

Bei der **Austauschtheorie** bleibt es bei der beidseitigen Leistungspflicht; der Gläubiger erbringt seine *volle Leistung in natura*.
Bei der **Differenztheorie** wird die *Leistungspflicht nach ihrem Wert in eine Geldschuld umgewandelt*; er hat nur eine allfällige Differenz zu bezahlen. Das Gesetz geht hierauf nicht ein.

13.45 Aufhebung des Vertrages (Art. 109)

Erklärt der Gläubiger seinen *Rücktritt vom Vertrag*, wird dieser durch eine *einseitige Erklärung aufgehoben*. In einigen Sonderfällen ist der Rücktritt jedoch ausgeschlossen:

- Beim *Kreditverkauf*, falls dies *nicht vertraglich anders* geregelt ist.
- Bei einem *Teilverzug*, wenn bloss ein *unwesentlicher Teil noch aussteht*.
- Bei der *Solidarschuldnerschaft*, falls nicht alle Solidarschuldner in Verzug sind.
- In Analogie zu Art. 207 Abs. 3, falls der *Gläubiger die erhaltene Sache nicht zurückgeben* kann.
- Falls der Verzug eine *Nebenleistungspflicht betrifft*.

Mit der Rücktrittserklärung wird der Vertrag aufgelöst. Das Rücktrittsrecht steht dem Gläubiger zu, auch wenn den Schuldner kein Verschulden am Verzug trifft.
Der Rücktritt hat die Vertragsauflösung zur Folge:

- Die *gegenseitigen Forderungen* der Parteien auf Leistung *erlöschen*, soweit sie noch bestehen.
- Jede Partei hat *Anspruch auf Rückerstattung* bereits erbrachter Leistungen.

13.5 Kurze Repetition des Schuldnerverzugs

13.51 Voraussetzungen

- Der Schuldner hat die *Leistung nicht erbracht*, obwohl sie objektiv noch möglich ist. Dabei ist zu fragen:

- War die Leistung *von Anfang an objektiv unmöglich*?
  → Art. 20
- Ist die Leistung *nachträglich objektiv unmöglich* geworden?
  → Art. 91 oder Art. 119

- Lediglich die *subjektive Unmöglichkeit führt zum Verzug*.

- Die *Schuld ist fällig*.

- Der Gläubiger hat *gemahnt* und dem Schuldner eine *angemessene Reaktionszeit* zugestanden. *Ausnahmsweise* ist dies *überflüssig (Art. 102 Abs. 2)*.

- Der *Gläubiger* befindet sich *nicht in Annahmeverzug* und der *Schuldner* hat *keine Einrede*.

13.52 Allgemeine Verzugsfolgen

Die allgemeinen **Verzugsfolgen** können *bei jeder Schuld* eintreten.
→ *Art. 103- 106*

13.53 Besondere Verzugsfolgen

Die **besonderen Verzugsfolgen** treten grundsätzlich nur bei *zweiseitigen Verträgen* ein.
→ *Art. 107- 109*

Nach *Ablauf der vom Gläubiger gesetzten angemessenen* **Nachfrist**, hat der Gläubiger bestimmte *Wahlrechte (Art. 107 Abs. 2)*:

- Erstes Wahlrecht — Der Gläubiger kann an der *Leistung festhalten* (*Erfüllungsklage*, *Schadensersatz* wegen verschuldete Verspätung) oder auf die *nachträgliche Leistung verzichten* und das *zweite Wahlrecht* ausüben.
- **Zweites Wahlrecht** — *Rücktritt* des Gläubigers vom Vertrag mit Anspruch auf Ersatz des *negativen Vertragsinteresses* oder Forderung auf Ersatz des aus der *Nichterfüllung entstandenen Schadens*, wenn sich der *Schuldner nicht exkulpieren* kann. Der Gläubiger hat in der Folge das *dritte Wahlrecht*.
- **Drittes Wahlrecht** — Der Gläubiger hat die Wahl nach *Austauschtheorie* oder nach der *Differenztheorie* vorzugehen.

13.531 Zeitfolge

1) Mahnung, unter den Voraussetzungen von Art. 102 Abs. 2 überflüssig
2) Mahnung oder Kündigung kann sogleich mit der Ansetzung einer Nachfrist verbunden werden.
3) Die Nachfristsetzung kann verbunden werden mit der Erklärung, dass da Wahlrechts für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs in einer bestimmten Weise ausgeübt wird.
4) In den Fällen des Art. 108 erübrigt sich eine Nachfristansetzung.

13.54 Teilverzug

Das *Gesetz regelt den Fall nicht ausdrücklich*, dass der Schuldner nur einen Teil seiner fälligen Leistung anbietet und daher mit dem Rest in **Teilverzug** gerät. Grundsätzlich stehen dem Gläubiger bei Annahme der Teilleistung die Rechte aus Art. 109 nur im Blick auf den Restvertrag zu. Analog ist bei **Sukzessivlieferungsvertrag** zu verfahren.
In ***Dauerschuldverhältnissen*** wird der Rücktritt infolge Schuldnerverzug durch **Kündigung** *mit Wirkung ex nunc* ersetz.

13.6 Leistungsunmöglichkeit

13.61 Objektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung

Man unterscheidet zwischen **ursprünglicher** und **nachträglicher objektiven Unmöglichkeit**. Massgebend ist, ob sie *bei Vertragsabschluss bereits feststeht* (→ Art. 20) oder *erst später* (→ Art. 97, bzw. Art. 101 oder Art. 103, oder Art. 119, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu verantworten hat) eintritt.
Die Leistung ist in allen Fällen dann *objektiv unmöglich, wenn sie von einem beliebigen Schuldner nicht erbracht werden könnte*.

Ursprüngliche rechtliche Unmöglichkeit im objektiven Sinn läge dann vor, wenn der Schuldner trotz Verbot leisten sollte, was die Rechtsordnung gar nicht kennt.
Nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit im objektiven Sinn tritt ein, wenn das Verbot erst nach Vertragsschluss in Kraft tritt.

13.62 Subjektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung

Subjektiv ist jede **Unmöglichkeit**, die *keine objektive* ist.
Dies kann aus dem *Unvermögen des Schuldners* geschehen, wenn er nicht kann, was andere können. Geldmangel hat nie eine Leistungsunmöglichkeit im Rechtssinne zur Folge.
Auch die subjektive Unmöglichkeit kann **ursprünglich** gegeben sein oder **nachträglich** entstehen. Sie kann **tatsächlicher** oder **rechtlicher** Art sein.

13.621 Rechtsfolgen

13.6211 Ursprünglich subjektive Leistungsunmöglichkeit

Obwohl sie bereits bei Vertragsabschluss besteht, hindert sie dessen Zustandekommen nicht. Nach herrschender Ansicht kommt *Art. 97 Abs. 1* zur Anwendung.

13.6212 Nachträgliche subjektive Leistungsunmöglichkeit

Nach der herrschenden Lehre kommt es zur *Schadensersatzpflicht des Schuldners* nach Art. 97 Abs. 1. Dies jedoch *nur, wenn der Schuldner die Umstände zu vertreten hat, die zur nachträglichen subjektiven Leistungsunmöglichkeit geführt haben*. Ist er hingegen dafür nicht verantwortlich, so erlischt seine Leistungspflicht.
Die neuere Lehre besagt, dass die *nachträgliche subjektive Leistungsunmöglichkeit kein Fall der Unmöglichkeit* im Sinne von Art. 97 und 119 ist. Daher finden die *Vorschriften über den Schuldnerverzug (Art. 102ff.) Anwendung*.

13.63 Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit

Nur die objektive Unmöglichkeit wird von den Bestimmungen des Art. 20, 97 und 119 erfasst. Es gilt die *objektive deshalb von der subjektiven Unmöglichkeit abzugrenzen*. In einigen Fällen ist dies umstritten, weshalb Kriterien zur Abgrenzung notwendig sind:

- Ist eine Leistung geschuldet, bei der es *auf die Persönlichkeit ankommt*, kann kein Dritter erfüllen. Liegt die geforderte Leistung *ausserhalb der Sphäre des Schuldners* (**Sphärentheorie**), liegt eine objektive Unmöglichkeit vor.
- Ist eine *Unmöglichkeit nicht von Dauer*, liegt ein *Leistungshindernis* vor und so ist dies ein **Verzugsfall**.
- Ist die Leistung zwar möglich, aber *wirtschaftlich unsinnig oder unerschwinglich*, liegt ebenfalls ein Schuldnerverzug vor.
- *Gefährdet* die noch mögliche Leistung *übergeordnete Rechtsgüter* des Schuldners oder verstösst gegen ein *Gebot der Menschlichkeit*, wird mitunter ebenfalls eine objektive Unmöglichkeit angenommen, wenn nicht schon *von vornherein eine unsittliche Verpflichtung* vorliegt.
- Der Gläubiger kann die Verpflichtung nicht entgegennehmen, sei dies infolge *Zweckerreichung* oder *Zweckfortfall* (Bsp. Haus brennt vor Beginn der Malarbeiten ab). Das Gesetz behandelt diese Fälle nicht, weshalb es am Richter liegt, die Lücke zu schliessen.
- *Keine objektive Unmöglichkeit* liegt vor, wenn der Gläubiger an der Leistung des Schuldners *kein Interesse* mehr hat.
- Ist der Schuldner zu einer *Unterlassung verpflichtet*, kann man sich fragen, ob die Fortsetzung der Leistung nach der Verletzung noch möglich ist. Ist die *Leistung sinnlos* geworden, so ist der *Schuldner zu Schadensersatz* verpflichtet, ist die Leistung *noch sinnvoll*, so kann der Gläubiger die *Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes* verlangen und sich ermächtigen lassen, diesen auf *Kosten des Schuldners* zu beseitigen.

13.7 Mängelhaftung

Haftung für Mängel ist eine besonders geordnete *Rechtsfolge nicht richtiger Erfüllung*. Die Haftung des Schuldners äussert sich in den **Mängelrechten des Gläubigers**:

- **Wandelungsrecht** (Bsp. Art. 205 Abs. 1)
- **Minderungsrecht** (Bsp. Art. 205 Abs. 1)
- **Nachbesserungsrecht** (Art. 368 Abs. 2)
- **Recht auf Nachlieferung währhafter Ware** (Art. 206 Abs. 1)

Liefert der Schuldner *nicht den Gegenstand, den er versprochen* hat, gerät er in *Verzug*. Nach herrschender Lehre kommen die *Mängelrechte nicht zum Zug*. Es ist zwischen **Falschlieferung (aliud)** und **Schlechterfüllung (peius)** zu unterscheiden.

14.0 Erlöschungsgründe im Einzelnen

14.1 Aufhebung durch Übereinkunft (Art. 115)

Eine *Forderung kann durch Übereinkunft* ganz oder zum Teil *aufgehoben werden*. Diese Übereinkunft bezeichnet man häufig als **Aufhebungs-** *oder* **(Schuld-)Erlassvertrag**. Gegenstand des Erlassvertrages können *nur Forderungen* sein, nicht auch andere Rechtsverhalte. *Mit der* **Aufhebung** *erlischt die Forderung*.

Der Aufhebungsvertrag mir der Folge des Schulderlasses ist ein *Verfügungsgeschäft*. Dazu muss dem die Forderung aufhebenden Gläubiger jedoch *Verfügungsmacht* zustehen. Dies setzt voraus, dass er *handlungsfähig* ist. Auf die Forderung kann jedoch *nicht einseitig verzichtet* werden; das *Einverständnis des Schuldners* ist nötig.
Da der Gläubiger den Schuldner durch das Verfügungsgeschäft begünstigt, ist der Erlassvertrag ein **Zuwendungsgeschäft**.

Der *Erlassvertrag* ist von Gesetzes wegen an *keine besondere Form gebunden*. Zu unterscheiden ist der Erlassvertrag von:

- **Aufhebung eines ganzen Vertrages**
- **Negative Schuldanerkenntnis**
  Im Unterschied zum Erlassvertrag betrachten die Parteien die Forderung, die sie aus der Welt schaffen wollen, als *ungewiss* oder als gar *nicht mehr existent*.
- **Verzicht auf künftige Forderungen**
  Art. 115 ist auf den *Erlass künftiger Formen nicht anwendbar*.
- **Pactum de non petendo**
  Vereinbarung, worin der Gläubiger dem Schuldner verspricht er werde eine *Forderung nicht geltend machen*.
- **Stundung**
  Vertrag, durch den die *Leistungspflicht* des Schuldner *nachträglich aufgeschoben* wird.
- **Nachlassvertrag des SchKG**[1]
  Durch den Nachlassvertrag wird die *Schuld eines Gemeinschuldners ganz oder zum Teil aufgehoben*.
- **Klagerückzug**
  Der blosse Klagerückzug ist eine *einseitige Rechtshandlung*, jedoch *kein Vertrag*.

14.2 Neuerung/ Novation (Art. 116f.)

Ist die *Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen* anhand eines **Neuerungsvertrags**.
Die Parteien verpflichten sich dazu, dass die *alten Forderungen nichtig sind und an ihre Stelle neue treten*. Die alte Schuld geht dabei in einem *Verfügungsvertrag* unter und gleichzeitig entsteht eine neue Forderung. Ist das *Schuldverhältnis*, im Rahmen dessen eine Forderung noviert wird, *befristet oder bedingt*, so gilt dies *auch für die novierte Forderung*.
Im Zuge des neuen Rechtsverhältnisses verliert der Schuldner all seine Einreden und der Gläubiger sämtliche Nebenrechte aus dem ursprünglichen Forderungsverhältnis.

[1] BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)

Gemäss *Art. 116 Abs. 1* wird die *Tilgung einer alten Schuld durch eine neue nicht vermutet*, sondern muss vom demjenigen *bewiesen werden*, der **Novation** behauptet.

14.3 Vereinigung/ Konfusion (Art. 118)

Die **Vereinigung** ist ein *Zusammentreffen von Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer und derselben Person*. Dies bedeutet, dass die Forderung und die Schuld dem gleichen Vermögen einer Person zugehören. Dadurch gilt die *Forderung als erloschen*, denn niemand kann sein eigener Gläubiger sein. Einige Ausnahmen bleiben vorbehalten:

- **Grundpfandrecht** *(ZGB 859 Abs. 2, 863)*
  Bei Schuldbrief und Gült geht die pfandgesicherte Forderung selbst dann nicht unter, wenn der Schuldner sie erwirbt, damit die *Kreditbeschaffung erleichtert* wird.
- **Wertpapierrecht** *(Art. 1001 Abs. 3)*
  Die Wechselforderung erlischt nicht, wenn der Wechselschuldner Wechselgläubiger wird. Somit kann der Wechsel bei bedarf wider in Verkehr gesetzt werden.

Auch wenn die Obligation nach einer Konfusion erlischt, heisst dies nicht, dass sie endgültig untergegangen ist. Sie lebt wieder auf, wenn die *Vereinigung rückgängig gemacht wird (Art. 118 Abs. 2)*. Die Forderung erlischt bei der Vereinigung dementsprechend nicht, sondern wird *sistiert*. Da nicht eine neue Forderung entsteht, beginnt beispielsweise auch die *Verjährung nicht neu*.
Stehen einem *Dritten Rechte* an einer Forderung zu, bleiben sie *erhalten*.

14.4 Unmöglichwerden einer Leistung ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119)

Nach Art. 119 Abs. 1 gilt die Forderung als erloschen, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist.
Der Schuldner hat in der Folge die bereits empfangene *Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuerstatten*, insofern als *nichts anderes vereinbart* wurde.

Der in Art. 119 beschriebene Tatbestand umfasst zwei Merkmale:

- Die geschuldete Leistung ist *unmöglich* geworden, und zwar *nachträglich und objektiv*.
- Der Schuldner hat die *Unmöglichkeit nicht zu verantworten*. Ihn trifft also *keinerlei Verschulden*, er muss nicht für *Hilfspersonen* einstehen oder der Schuldner kann sich von der *Haftung für Zufall nach Art. 103 Abs. 2 befreien*.

In der Folge wird der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung *befreit* und zwar *ohne Pflicht zur Schadensersatzleistung*. Diesen hat er nur dann zu bezahlen, wenn seine Befreiung dem Gläubiger einen Schaden zufügt, den er hätte vermeiden oder mindern können.
Bei *vollkommen zweiseitigen Verträgen* wird *auch die Gegenpartei der unmöglich gewordenen Leistung befreit*; die Gegenforderung des Schuldners erlischt. Wurde die Leistung bereits erfüllt, so haftet der freigewordene Schuldner aus *ungerechtfertigter Bereicherung*.

Ausgenommen sind stets Fälle in denen die *Gefahr nach Gesetzesvorschrift* oder nach dem *Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht*.

Es gilt Abgrenzungen vorzunehmen:

- Die nachträgliche *subjektive Unmöglichkeit ist ein Verzugsfall*.
- Auferlegt die Leistung dem Opfer *unverhältnismässig grosse Opfer* ist dies *kein Tatbestand der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit*. Es muss hingegen evaluiert werden, ob gemäss dem Grundsatz von *Treu und Glauben* dem Schuldner die an sich noch mögliche Leistung *zugemutet* werden darf.
- Hat der Schuldner die *Leistung garantiert*, so muss er den *Schadensersatz* auch dann leisten, wenn er die nachträgliche Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.
- Ist die Leistung nur *vorübergehend unmöglich*, so gerät der *Schuldner in Verzug*.

Bezieht der Schuldner infolge der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit eine **Ersatzleistung** (Bsp. Versicherungsprämie), muss er diese anstelle der unmöglich gewordenen Leistung an den Gläubiger auf dessen Verlangen hin *herausgeben*. Man spricht hierbei vom **stellvertretenden Commodum**.
Der Gläubiger kann *nicht verpflichtet* werden, das stellvertretende Commodum *anzunehmen*. Die herrschende Meinung bejaht den Fall, dass das stellvertretende Commodum auch dann an den Gläubiger herausgegeben werden muss, wenn es den Umfang seines Schadens übersteigt.

Auch bei einer *unmöglich gewordenen Teilleistung* wird der Schuldner hiervon befreit. Zur Restleistung bleibt er jedoch verpflichtet. Bei *vollkommen zweiseitigen Verträgen* ist die Frage massgebend, ob dem Gläubiger die *Restleistung zumutbar* ist.

Hat nicht der Schuldner, sondern der *Gläubiger die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten, ist Art. 119 Abs. 1 analog anwendbar*. Bezüglich der *Gegenforderung* verhält es sich so, *wie wenn der Schuldner erfüllt hätte*; er behält seinen Anspruch auf Gegenleistung.

15.0 Bedingungen

Eine **Bedingung** liegt dann vor, wenn die *Verbindlichkeit oder die Auflösung eines Vertrages vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht werden kann (Art. 151 Abs. 1, Art. 154 Abs. 1), die auf einer Vereinbarung der Parteien beruht*.
Vergangene oder gegenwärtige Tatsachen sind auch dann nicht Bedingung, wenn eine oder beide Parteien sie nicht kennen.

15.1 Erscheinungsformen

15.11 Aufschiebende und auflösende Bedingung

- **Aufschiebend** ist die **Bedingung**, wenn von ihr die *Verbindlichkeit des Geschäfts* abhängig gemacht wird. Man spricht von einer *Suspensivbedingung*.
- **Auflösend** ist die **Bedingung** dann, wenn von ihr die *Auflösung/ Beendigung des Geschäfts abhängig gemacht wird*.

Jede ungewisse zukünftige Tatsache kann sowohl als aufschiebende, als auch als auflösende Bedingung formuliert werden.

15.12 Potestative, kasuelle, gemischte Bedingung

- Der Entritt oder Nichteintritt von **postetativen Bedingungen/ Willensbedingungen** *hängt vom Willen einer Vertragspartei oder eines Dritten* ab.
- **Kasuelle Bedingungen/ zufällige Bedingungen** sind von den *Umständen* abhängig.
- Bei **gemischten Bedingungen** hängt deren Eintritt *sowohl vom Willen einer Partei, als auch von anderen Umständen ab*.

15.13 Positive und negative Bedingungen

- **Positive/ affirmative Bedingungen** liegen vor, wenn ungewisse künftige Tatsachen sich *positiv verwirklichen* müssen.
- **Negative Bedingungen** zeichnen sich dadurch aus, dass sich die ungewisse künftige Tatsache *negativ nicht verwirklichen* darf.

15.2 Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Bedingungen

Grundsätzlich können *alle Rechtsgeschäfte unter eine Bedingung* gestellt werden. Ausnahmen gibt es bei *bedingungsfeindlichen Geschäften* und dem *Bedingungsverbot des Art. 157*:

- *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte können nicht wirksam* unter einer Bedingung abgeschlossen werden. Wird dies doch getan, so ist entweder nur die Bedingung nichtig oder das bedingte Geschäft nichtig. Massgebend ist, ob die Parteien den Vertrag auch ohne die unzulässige Bedingung abgeschlossen hätten. Dazu gehören namentlich: *Geschäfte des Familienrechts, Grundbuchanmeldung, wechsel- und checkrechtliche Erklärungen, Gestaltungsgeschäfte und Prozesshandlungen*.

- Des *Bedingungsverbot des Art. 157* besagt, dass Bedingungen, die *widerrechtliche oder unsittliche Handlungen* oder Unterlassungen *absichtlich befördern*, verboten sind.

15.3 Rechtslage

15.31 Rechtslage beim aufschiebend bedingten Geschäft

Das Geschäft wird erst, aber sicher dann voll wirksam, wenn die *Bedingung in Erfüllung geht (Art. 151 Abs. 2). Fällt die Bedingung nachträglich aus*, wird also unmöglich, wäre es als hätte niemals ein Vertrag zwischen den Parteien bestanden. Bis zur Erfüllung der Bedingung befindet sich das Geschäft in einem *Schwebezustand*, doch besteht zwischen den beiden dennoch ein Rechtsverhältnis, das man als **Anwartschaft** bezeichnet.
Die Verpflichteten dürfen dabei während der Schwebe nichts vornehmen, was die *gehörige Erfüllung einer Verbindlichkeit hindern könnte*. Bei Gefährdung ist der Berechtigte nach Art. *152 Abs. 2* befugt, Sicherheitsmassregeln zu verlangen, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre.

15.32 Rechtslage beim auflösend bedingten Geschäft

Ein **auflösend bedingtes Geschäft** ist zwar sofort voll wirksam, doch *verliert es seine Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt, wo die Bedingung in Erfüllung geht*.

15.33 Gemeinsame Vorschriften

- Art. 155 Ist die Bedingung auf eine Handlung eines der Vertragsschliessenden gestellt, bei der es auf dessen Persönlichkeit nicht kommt, so kann sie auch von seinen Erben erfüllt werden.
- Art. 156 Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Analog gilt sie als ausgefallen, wenn ihr Eintritt von dem einen Teil wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist. Dazu genügt Fahrlässigkeit.

15.4 Bedingungen im untechnischen Sinn und Befristungen (Termine)

Von den Bedingungen sind andere Rechtsverhalte unter der gleichen Bezeichnung, sowie **Termine** zu unterscheiden.

15.41 Bedingungen im untechnischen Sinn

- **Bedingungen als Ursache eines Geschehens**
- **Vertragsbedingungen**
  Klauseln, die den Inhalt des Geschäfts ausmachen
- **Rechtsbedingungen**
  Tatsachen, die kraft gesetzlicher Vorschrift zu den Willensäusserungen der Parteien hinzutreten müssen.

- **Bedingungen im Sinne von Voraussetzungen**
- **Bedingungen im Sinne von Auflagen**
  Leistung, auf deren Erfüllung geklagt werden kann

15.42 Befristungen (Termine)

Ein *befristetes Geschäft beginnt oder endet aufgrund der Vereinbarung* der Parteien an einem bestimmten Zeitpunkt. Alsdann hat man es mit einem **auflösenden** oder einem **aufschiebenden Termin** zu tun.
Unter *Termin* ist der *Zeitpunkt* zu verstehen, der *sicher eintritt*. Damit steht der Termin im Gegensatz zur Bedingung.

16.0 Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62ff.)

Forderungen aus **ungerechtfertigter Bereicherung** werden ihrem römisch-rechtlichen Vorbild entsprechend als **Kondiktion** bezeichnet.

16.1 Tatbestand

Nach Art. 62 Abs. 1 ist der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung erfüllt, wenn *jemand in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist*. Diese Bereicherung besteht in einem Vermögensvorteil *aus dem Vermögen eines anderen, des Entreicherten,* und ist *ungerechtfertigt*. Er kann eine *Vergrösserung oder eine Nichtverminderung des Vermögens* beinhalten. Ein *Verschulden des Bereicherten* wird im Tatbestand *nicht vorausgesetzt*.

Der Vermögensvorteil beim Bereicherten kann aus verschiedenen Gründen entstehen:

- Zuwendung ohne jeden Grund (**condictio sine causa**)
- Zuwendung aus einem *nicht verwirklichten Grund*
- Zuwendung aus einem *nachträglich weggefallenen Grund*
- Durch ihr *Verhalten* bereichert sich eine Partei in ungerechtfertigter Weise
- Durch das *Verhalten Dritter* wird eine Partei in ungerechtfertigter Weise bereichert, sofern der Bereicherte nicht aus Treu und Glauben und gestützt auf einen gültigen Rechtsgrund geltend machen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.
- Durch ein *Naturereignis*

Eine Besonderheit gilt für den Tatbestand der *freiwilligen Erfüllung einer Nichtschuld*. Erfolgt die Leistung *ohne Irrtum der Schuldpflicht*, entsteht keine ungerechtfertigte Bereicherung.

16.2 Rechtsfolge

Art. 62 Abs. 1 bestimmt, dass die *Bereicherung zurückzuerstatten* ist. Die **Pflicht zur Rückerstattung/ Herausgabe ist eine Schuld**. Schuldner ist der Bereicherte, Gläubiger der Entreicherte. Der Gläubiger hat einen *Bereicherungsanspruch*. Die ungerechtfertige Bereicherung bildet somit eine *Obligation*, die aus der Schuld des Bereicherten und der Forderung des Entreicherten besteht.
Der *Bereicherungsanspruch wird als Kondiktion bezeichnet*. Je nach Ursache der ungerechtfertigten Bereicherung spricht man von **Leistungskondiktion** (eine vom Gläubiger vollbrachte Leistung wird zurückverlangt), **Eingriffskondiktion** (die Herausgabe einer Bereicherung, die der Bereicherte verursachte, wird verlangt) oder **Zufallskondiktionen** (die Bereicherung beruht z.B. auf dem Verhalten eines Dritten).

Die Bereicherungsklage hat *subsidiären Charakter*: Wo eine andere Klage möglich ist, liegt nicht noch ein Bereicherungsanspruch vor.

16.21 Vindikation/ Eigentumsklage

Solange ein Eigentümer berechtigt ist, eine *Sache von einem anderen, gestützt auf sein Eigentum, herauszuverlangen*, hat er gegenüber dem anderen keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die **Vindikation** *schliesst den Bereicherungsanspruch* aus. Die Vindikation tritt jedoch *nicht ein, wenn die Sache gutgläubig erworben worden ist*. Ebenso wenig ist Vindikation bei Geldansprüchen möglich.

Der Anspruch auf Erfüllung *vertraglicher Leistungspflichten* schliesst den Bereicherungsanspruch aus.

16.22 Gegenstand und Umfang der Rückerstattung

Der Gegenstand ist *soweit möglich in natura* zurückzugeben. Ansonsten erfolgt die Rückerstattung in einer *Geldleistung*.
Die Bereicherung muss *in vollem Umfang* ausgeglichen werden. Nur der *gutgläubig Bereicherte hat die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung*: Er muss so viel zurückerstatten, als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist. Trägt die Bereicherung dem Bereicherten *Nutzen* ein, so *erhöht sich der Bereicherungsanspruch* um diesen Nutzen (Bsp. Zins).

Umstritten ist die Frage, wie die Bereicherung bei synallagmatischen Verträgen zu berechnen ist. Die **Zweikondiktionentheorie** betrachtet jeden Bereicherungsanspruch gesondert. Die **Saldotheorie** betrachtet die ausgetauschten Leistungen nicht isoliert, sondern als ein Gesamtes. Bereichert ist alleine derjenige, der per Saldo mehr erlangt.

16.23 Ausschluss des Bereicherungsanspruches

Der Bereichungsanspruch kann aus folgenden Gründen ausgeschlossen werden:

- **Freiwillige und irrtumsfreie Bezahlung einer Nichtschuld** *(Art. 63 Abs. 1)*
  Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat.

- **Erfüllung einer verjährten Schuld oder einer sittlichen Pflicht***(Art. 63 Abs. 2)*
  Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn die Zahlung für eine *verjährte Schuld* oder in *Erfüllung einer sittlichen Pflicht* geleistet wurde.

- **Leistungen bei faktischen Vertragsverhältnissen**
  Wird ein unwirksamer Vertrag von einer Partei oder von allen Beteiligten erfüllt, so ist der jeweilige Leistungsempfänger bei gegebenen Voraussetzungen (Bsp. Art. 63 Abs. 1) zur Rückleistung verpflichtet. Bei *Dauerverträgen* wird oftmals der Ausweg über das faktische Vertragsverhältnis gewählt: Für die tatsächliche Abwicklung der Vertragsdauer, wird es so gehalten, als sein ein wirksamer Vertrag vorgelegen.

16.24 Ausschluss der Klagbarkeit

16.241 Ausschluss nach Art. 66

Was in der *Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen* gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.

16.242 Ausschluss durch Verjährung (Art. 67)

Der Bereicherungsanspruch unterliegt der *Verjährung*. Die *relative Frist* verjährt nach ei*nem Jahr* nachdem der Verletzte von seinem Anspruch *Kenntnis* erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von *zehn Jahren* seit der Entstehung des Anspruches.

16.3 Einzelfragen

16.31 Rückerstattungsanspruch bei Vertragsrücktritt

Durch Rücktritt wird der Vertrag ex tunc aufgelöst. Jede Partei hat Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen.
Die *traditionelle Meinung* geht von der Ansicht aus, durch den Rücktritt werde der Vertrag mit den daraus entstandenen Forderungen und Schulden mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses *aufgehoben*, womit der *Rechtsgrund für die erbrachten Leistungen nachträglich entfällt*. Auch das Bundesgericht hat den Rückerstattungsanspruch, der aus Vertragsrücktritt entsteht, über längere Zeit hin als Bereicherungsanspruch aufgefasst. Was allerdings die Verjährung betrifft, wo wurde die Rückforderung aus Art. 109 Abs. 1 der allgemeinen *Verjährungsbestimmung des Art. 127* unterstellt.

Die neuere Lehrmeinung vertritt die sog. **Umwandlungstheorie**. Nach ihrer Auffassung führt der Rücktritt zu einer *inhaltlichen Umgestaltung des Vertragsverhältnisses*, das zunächst als vertragliches **Abwicklungsverhältnis/ Liquidationsverhältnis** fortbesteht und wodurch *obligatorische Rückleistungspflichten* begründet werden.

16.32 Anwendung des Art. 63 Abs. 1 bei synallagmatischen Schuldverträgen

Hat eine Partei in Abwicklung eines *unwirksamen synallagmatischen Vertrages* ohne Irrtum über ihre Schuldpflicht freiwillig geleistet, so steht ihr ein Bereicherungsanspruch nach dem Wortlaut des Art. 63 Abs. 1 nicht zu. Verweigert jedoch die Gegenpartei, die sich bei der Leistung im Irrtum befand, gestützt auf die Unwirksamkeit des Vertrages, die eigene Leistung oder vindiziert oder kondiziert die bereits erbrachte Leistung, kommt es zu einem stossenden Ergebnis. Mit Rücksicht darauf, ist in einem solchen Fall trotz der irrtumsfreien Leistung von einer ungerechtfertigten Bereicherung zu sprechen.

17.0 Abtretung einer Forderung

Die **Abtretung einer Forderung** (nicht eines ganzen Rechtsverhältnisses) wird auch als **Zession** bezeichnet. Sie führt, wenn wirksam, zum *Gläubigerwechsel*.

17.1 Abtretung als Verfügungsvertrag

Nach Art. 164 Abs. 1 kann der Gläubiger eine ihm zustehende *Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten*, soweit *nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen*. Die Abtretung ist *kein einseitiges Rechtsgeschäft*, sondern ein *Vertrag* (*Verfügungsvertrag*, der die Verfügungsmacht des Zedenten voraussetzt) *zwischen dem Gläubiger einer Forderung und einem Dritten*, worin vereinbart wird, dass der Dritte anstelle des bisherigen Gläubigers neuer Gläubiger wird. Der Dritte heisst **Zessionar**, der abtretende Gläubiger **Zedent** und der Schuldner **debitor cessus**.
Die Abtretung bedarf der *schriftlichen Form* (Art. 165 Abs. 1). Die Zession an sich kann nicht rückgängig gemacht werden, ausser es liegt eine *formgültige* **Rückzession** vor.

17.2 Abtretbarkeit der Forderungen

Grundsätzlich sind alle Forderungen abtretbar. **Keine Forderungen sind Gestaltungsrechte**, die nicht abgetreten werden können. Es gibt jedoch Ausnahmen (*Art. 164 Abs. 1*):

- Ausschluss der Abtretbarkeit durch *Gesetz*
- Ausschluss der Abtretbarkeit durch *Vereinbarung*
  Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.
- Ausschluss der Abtretbarkeit durch die *Natur des Rechtsverhältnisses*
  Forderungen, die mit der Person des Gläubigers derart verbunden sind, dass der Gläubigerwechsel faktisch zu einer Änderung des Wesens, Inhalts oder Zwecks der Obligation führt.
- Die *fiduzarische (kaufmännische) Abtretung* ist dann ungültig, wenn die beispielsweise eine *Gesetzesumgehung* zu bezwecken versucht.

Wird eine Forderung ungültig abgetreten, so bleibt der Zedent weiterhin Gläubiger. Dient das Abtretungsverbot den Interessen des Schuldners, so kommt die Abtretung mit dessen Zustimmung oder Genehmigung trotzdem zustande.

Es kann eine *Mehrzahl von Forderungen* abgetreten werden. Auch *künftige Forderungen* sind abtretbar. Dies allerdings nur, wenn der Anlass ihrer Entstehung bekannt und Höhe und Zeitraum ihrer Entstehung näherungsweise feststehen. Darin enthalten ist auch die **Globalzession**: Die Abtretung sämtlicher Forderungen, die eine Partei in ihrem Geschäftsbetrieb erwerben wird.

17.3 Rechtswirkung der gültigen Abtretung

Die Zession bewirkt vorab einen **Gläubigerwechsel**. Des weiteren gehen *Vorzugs-*, *Neben-*, sofern sie nicht untrennbar mit der Person des Abtretenden verbunden sind, und *Gestaltungsrechte*, solange sie nicht mit dem Schuldverhältnis als Ganzem, sondern nur mit

der Forderung als solcher verbunden sind, auf den Zessionar über. *Urkunden und Beweismittel* hat der Zedent dem Zessionar auszuliefern (Art. 170 Abs. 2).

17.31 Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner

Der Schuldner ist an der Abtretung der Forderung nicht beteiligt; der Zessionar wird sein neuer Gläubiger. Die Forderung selbst geht *qualitativ* in der Form auf den Zessionar über, die sie zuvor schon hatte. So bleiben *persönliche Einreden und Einwendungen erhalten*.
Der gute Glaube des Zessionars wird jedoch geschützt: Ist das «**pactum de non cedendo**» auf der Schuldurkunde nicht vermerkt, muss es sich der gutgläubige Zessionar nicht entgegenhalten lassen.

Die sog. **Legimitationsregeln** geben Auskunft darüber, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner den (angeblichen) Zessionar als Gläubiger anerkennen darf und muss:
Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den früheren Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an eine im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit (*Art. 167*).

17.32 Verhältnis zwischen Zessionar und Zedent

Neuer Gläubiger ist der Zessionar. Somit steht nur ihm Verfügungsmacht über die Forderung zu. Leistet der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Zedenten, hat dieser dem Zessionar die *ungerechtfertigte Bereicherung* herauszugeben.

17.4 Gewährleistungspflicht des Zedenten (Art. 171- 173)

Die **Gewährleistungsregeln** *des Zessionsrecht* sind *dispositiver Natur*; sie können von den Parteien vertraglich abgeändert werden.
Die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Zedenten weist folgende Merkmale auf:

- Sie betrifft den Bestand der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung und die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Je nachdem *haftet der Zedent für die* **Verität** *(Bestand)* der Forderung, aber nie für deren **Bonität** *(Zahlungsfähigkeit)*.
    - → Bei **unentgeltlicher Abtretung** haftet der Zedent weder für Verität noch für Bonität.
    - → Bei **entgeltlicher Abtretung** haftet der Zedent auch ohne Verschulden für Verität (Art. 171 Abs. 1), soweit diese Haftung nicht wegbedungen worden ist. Für Bonität haftet der Zedent grundsätzlich nicht.
- Der *Umfang der Haftung* bemisst sich nach *Art. 173 Abs. 1*
- Eine *Sonderregelung* besteht für die *Abtretung zahlungshalber*. Hier muss sich der Erwerber nur diejenige Summe anrechnen lassen, die er vom Schuldner erhält oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können (Art. 172).

17.5 Blankoabtretung

Das Formerfordernis der Abtretung schliesst nicht aus, dass die *Abtretungsurkunde blanko ausgestellt* wird, d.h. dass der Name des Erwerbers oder die Bezeichnung der abzutretenden Forderung von einem anderen ausgefüllt wird.

17.6 Gläubigerwechsel ohne Abtretung

Der Gläubiger einer Forderung kann auch ohne rechtsgeschäftliche Abtretung durch einen oder mehrere Rechtsnachfolger ersetzt werden:

- Der Träger eines ganzen Vermögens wechselt durch **Universalsukzession**.
- *Auswechslung einer Vertragspartei*, vor allem bei Geschäftsübernahmen. Zu unterscheiden ist dies vom sog. Vertragsbeitritt, wenn ein Dritter zum Vertragsverhältnis hinzukommt.
- Von Gesetzes wegen kann eine Forderung auf einen neuen Gläubiger übergehen. Man spricht von der sog. *Legalzession (Art. 166)*. Wichtigster Fall ist die *Subrogation*.
- Übergang durch *Richterspruch*

18.0 Schuldübernahme

Das spiegelbildliche Gegenstück zur Abtretung mit Gläubigerwechsel bildet die Schuldübernahme. Das geschieht bei:

- Universalsukzession
- Übernahme eines Vermögens oder Geschäftes
- Auswechslung einer Vertragspartei
- Schuldnerwechsel für die einzelne Schuld

18.1 Interne Schuldübernahme des Art. 175

Kommt dadurch zustande, dass ein Dritter in einem Vertrag dem Schuldner verspricht (**Befreiungsversprechen**), seine Schuld zu übernehmen. Der Schuldübernehmer wird verpflichtet, was *Zustimmung des Schuldner* erfordert. Nur wenn das *Versprechen unentgeltlich* erfolgt, ist eine *Form erforderlich*. Gegenstand kann jegliche Schuld des Schuldners sein, die persönlich zu erfüllenden vorbehalten.

18.11 Rechtswirkung des Befreiungsversprechens

Ist das Befreiungsversprechen gültig zustande gekommen, bewirkt es, dass der Schuldübernehmer an sein Versprechen gebunden und daher *verpflichtet ist, den Schuldner vertragsgemäss zu befreien*. Der Schuldner kann vom Übernehmer fordern, dass er den *Gläubiger befriedigt* oder, dass er sich an seiner Stelle *zum Schuldner des Gläubigers macht*.

18.2 Externe Schuldübernahme des Art. 176

18.21 Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten

Der *Gläubiger und der Dritte vereinbaren*, dass der bisherige *Schuldner (Altschuldner) befreit* wird und der *Dritte an dessen Stelle* tritt.
Der **externe Schulübertragungsvertrag** ist sowohl ein *Verfügungsgeschäft, als auch ein Verpflichtungsgeschäft*; der Übernehmer muss geschäftsfähig sein, dem Gläubiger die Verfügungsmacht zustehen.
Der externe Schuldübernahmevertrag hat durch den *Austausch übereinstimmender Willenserklärungen* zu erfolgen und unterliegt *keiner gesetzlichen Formvorschrift*.
Es kann *irgendeine Schuld* übernommen werden, sogar eine persönliche, denn dann garantiert der Gläubiger, dass er die Leistung des Übernehmers als Erfüllung gelten lassen will.

18.22 Rechtswirkungen der gültigen externen Schuldübernahme

An die Stelle des bisherigen tritt der neue Schuldner. Auf den Willen des Schuldners kommt es dabei nicht an. Seine *Nebenrechte bleiben jedoch unberührt*, sind sie nicht mit der Person des bisherigen Schuldners *untrennbar verknüpft*. Ebenso vom Dritten bestellte Pfänder oder die Bürgen; sie haften nur weiter, wenn der *Verpfänder oder Bürge der Schulübernahme zugestimmt hat (Art. 178 Abs. 2)*.

18.221 Verhältnis zwischen Gläubiger und Übernehmer

Die Einreden aus dem Schuldverhältnis stehen dem Schuldner wie bisher zu.

Fällt ein externer Übernahmevertrag als unwirksam dahin, lebt die Verpflichtung des früheren Schuldners wieder auf (Art. 180 Abs. 1).

18.3 Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes (Art. 181)

Jemand übernimmt ein Vermögen oder ein Geschäft mitsamt Aktiven und Passiven durch **Übernahmevertrag**. Sobald der *Erwerber die Übernahme* des Vermögens den Gläubigern mitgeteilt hat oder in öffentlichen Blättern *ausgekündigt* hat, gehen die übernommenen *Schulden ohne weiteres, also von Gesetzes wegen, auf den Erwerber über*.
Im Verhältnis zwischen Gläubiger und Erwerber hat der gesetzliche Schuldübergang nach Art. 181 die *gleiche Wirkung wie die Übernahme einer einzelnen Schuld* (Art. 181 Abs. 3)
Der *bisherige Schuldner haftet noch während zweier Jahre solidarisch* mit dem Übernehmer (Art. 181 Abs. 2).

18.31 Sonderfall: Vereinigung und Umwandlung von Geschäften (Art. 182)

Werden zwei Geschäfte durch Vereinigung von Aktiven und Passiven zu einem einzigen Geschäft zusammengeschlossen, so *haftet das vereinigte Geschäft* den Gläubigern der beiden Geschäfte nach den Bestimmungen über die Vermögensübernahme. Auch die bisherigen Geschäftsinhaber haften während *zwei Jahren solidarisch*.

18.4 Schuldbeitritt

Das Gesetz regelt den Schuldbeitritt nicht. Es handelt sich um einen *Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, worin dieser die Schuld solidarisch mit übernimmt (kumulative* **Schulübernahme** *oder* **Schuldmitübernahme***)*. Der Schuldbeitritt ist an *keine besondere Form* gebunden. Er bewirkt *keinen Schuldnerwechsel*, sondern eine *Verstärkung der Position des Gläubigers*.

18.41 Schuldübernahme bei Erbteilung und bei Veräusserung verpfändeter Grundstücke (Art. 183)

Die *Miterben haften* bei der Erbteilung für die Schulden des Erblassers *solidarisch*. Es bleibt ihnen vorbenommen eine *Regelung* unter sich zu finden, die wiederum für den Gläubiger verbindlich wird, sobald er ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt hat. Ansonsten haften die Erben weiterhin solidarisch und zwar während fünf Jahren.

Beim *Grundstückkauf übernimmt der Gläubiger die auf dem Grundstück lastenden Schulden*, die ihm *an den Kaufpreis angerechnet* werden. Der frühere Schuldner wird frei, wenn der Gläubiger diesem gegenüber nicht binnen Jahresfrist schriftlich erklärt, ihn beibehalten zu wollen.

19.0 Kauf (Art. 184ff.)

19.1 Allgemeines

19.11 Definition

Kauf ist die *entgeltliche Übertragung eines Gegenstandes* (Sache oder Recht) oder der *Austausch von Ware gegen Geld*. Er zählt zu den *vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Verträgen*.
Im Normalfall handelt es sich um ein sog. **Einmalschuldverhältnis**, die Parteien können jedoch auch einen **Sukzessivlieferungsvertrag** vereinbaren. Sodann liegt ein **Dauerschuldverhältnis** vor. Ein Sukzessivlieferungsvertrag auf Abruf ist das sog. **Just-in-time-Geschäft**.
Vom ***Systemkauf*** spricht man, wenn der Lieferant ganze Teile nach den Angaben und Zeichnungen des Käufers liefern soll.
Der Kauf ist das wichtigste und häufigste **Umsatzgeschäft**.

19.12 Systematik des Gesetzes

Das Gesetz unterteilt den Titel des Kaufes in 5 Abschnitte:
Allgemeine Bestimmungen (Art. 184- 186), **Fahrniskauf** (Art. 187- 215), **Grundstückkauf** (Art. 216- 221), **besondere Arten des Kaufs** (Art. 222- 236) und **Tauschvertrag** (Art. 237f.).
Anwendbar sind die allgemeinen Vorschriften namentlich über Zustandekommen, Erfüllung und Erlöschen des Vertrages.

19.13 Abgrenzung zu anderen Verträgen

19.131 Werkvertrag (Art. 363ff.)

Ein **Werk-** *oder* **Lieferungsvertrag** liegt dann vor, wenn die Sache *individuell angefertigt* wird. Die Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkvertrag spielt namentlich im Hinblick auf die *unterschiedliche Gefahrentragung* und die *verschiedenartige Regelung der Sachmängelgewährleistung* eine Rolle.

19.132 Leasing

Vom **Leasingvertrag** *unterscheidet* sich der Kauf dadurch, dass die Sache *endgültig ins Eigentum des Käufers* übergeht.

19.133 Schenkung (Art. 239ff.)

Das Abgrenzungskriterium für die **Schenkung** ist die *Unentgeltlichkeit*. Wurde der Preis erheblich niedriger festgesetzt, so liegt eine **gemischte Schenkung** vor.

19.134 Differenzgeschäft, bzw. Optionshandel (Art. 513 Abs. 2)

Es sind dies **Börsentermingeschäfte** über Waren oder Wertpapiere, bei denen *keine effektive Lieferung* vorgesehen ist.

19.135 Kauf(s)recht

Hierbei handelt es sich um eine **Kaufoption**.

19.14 Nichtige Kaufverträge

Die *Schranken der Inhaltsfreiheit* ergeben sich aus Art. 19 und Art. 20 Abs. 1:

- **Unmöglichkeit**
  Liegt dann vor, wenn die Kaufsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses *nicht mehr existiert*, wenn es Gegenstände der verkauften Art überhaupt *nicht mehr gibt* oder wenn die *eigene Sache gekauft* werden soll.

- **Widerrechtlichkeit**
  Ist anzunehmen, wenn der Kauf *gegen ein gesetzliches Verbot* oder eine *Norm des Strafrechts* verstösst. Ebenso sind Verträge unwirksam, zu deren Abschluss eine *behördliche Genehmigung* erforderlich ist, wenn diese nicht erteilt wird.

- **Sittenwidrigkeit**
  Hierzu gehören vor allem *Verstösse gegen die sexuelle Moral*, kann aber auch bei einer *überlangen Bindungsdauer* (erheblich mehr als 15 Jahre) vorliegen. Auch eine *grobe Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung* kann zur Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1 führen. Primär kommt jedoch *Übervorteilung* nach Art. 21 in Betracht.

19.2 Kaufgegenstand und Kaufpreis (Essentialia negotii)

Essentialia negotii sind die *Mindestpunkte*, auf die sich die Parteien einigen müssen, damit ein Vertrag zustande kommt. Beim Kauf sind sie **Kaufgegenstand** und **Kaufpreis**:

19.21 Kaufgegenstand

19.211 Sachen

Können sowohl **körperlich**, wie auch **unkörperlich**, **beweglich** oder **unbeweglich**, also **Mobilien** *(***Fahrniskauf** *Art. 187- 215)* und **Immobilien** *(***Grundstückskauf** *Art. 216- 221)* sein.

19.212 Rechte

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

19.213 Sonstige Rechtsgüter

Verkauft können auch *rechtlich nicht absolut geschützte Immaterialgüter* wie Know-how, sein.

19.214 Sachgesamtheiten, Vermögen, Erbschaft

Eine **Sachgemeinschaft** liegt vor, wenn mehrere selbständige Sachen unter einer *einheitlichen Bezeichnung* zusammengefasst werden (Bsp. eine Bibliothek).
Sind beim Kauf *eines gesamten Vermögens darin Rechte enthalten*, spricht man auch von **Rechtsgesamtheit**.
Die **Erbschaft** stellt ebenfalls eine Rechtsgesamtheit dar.

19.215 Unternehmen

Man unterscheidet zwischen dem Kauf des Unternehmens als solchem (**asset deal**) vom Erwerb der Anteile an der Gesellschaft, die da Unternehmen betreibt (**share deal**). Im **due diligence Verfahren** wird der Kaufspreis eines Unternehmens ermittelt. Dabei erhält der Käufer Einblick in sensible Interna des Unternehmens, weshalb die Parteien im Vorfeld Vereinbarungen abschliessen.
Wird das *Unternehmen zwecks Sanierung* übernommen, liegt kein Kauf, sondern ein *Vertrag sui generis* vor.

19.216 Gesellschaftsanteile

Der **Gesellschaftsanteil** an einer Personengesellschaft kann Gegenstand eines Kaufvertrages sein.

19.217 Aktien

Beim **Aktienkauf** besteht das *Kaufobjekt in Wertpapieren*. Aus der Tatsache, dass beim share deal Gegenstand des Kaufes nur die Aktien sind, leitet die Rechtssprechung ab, dass eine Sachmängelhaftung des Verkäufers nur für Mängel der Urkunde in Betracht kommt, nicht hingegen für Mängel des Unternehmens.

19.22 Kauf nicht bestehender Sachen oder Rechte

19.221 Erst herzustellende Sachen

Ist eine Sache im Zeitpunkt des Kaufes noch nicht hergestellt, handelt es sich um einen Kauf, wenn die Sache nicht individuell ist (Werkvertrag).

19.222 Untergegangene Sachen

Sachen, die im Moment des Vertragsschlusses nicht (mehr) existieren, können nicht Gegenstand eines Kaufes sein. Es liegt eine *anfängliche Unmöglichkeit* vor.

19.223 Rechtskauf

Die Regeln der anfänglichen Unmöglichkeit können beim Rechtskauf keine Geltung beanspruchen. Nichtigkeit würde hier zu einer ungerechtfertigten Befreiung des Verkäufers führen.

19.224 Künftige Sachen

19.2241 Emptio rei speratae (Kauf einer erhofften Sache)

Es handelt sich hierbei um einen **suspensiv bedingten Kauf**, der erst mit der Entstehung der Sache Wirksamkeit erlangt.

19.2242 Emptio spei (Hoffnungskauf)

Kaufgegenstand ist nicht die erhoffte Sache, sondern eine *Chance*.

19.23 Stückkauf und Gattungskauf

Das Gesetz behandelt den Stückkauf als Regel, den Gattungskauf als Ausnahme.
Stückkauf liegt vor, wenn sich die Parteien auf einen *konkreten, bereits individualisierten Leistungsgegenstand* einigen.
Ein **Gattungskauf** hingegen ist es, wenn der Kaufgegenstand nur *nach Gattungsmerkmalen, d.h. nur qualitativ und quantitativ bestimmt* ist.
Vom Begriffspaar Stückkauf/ Gattungskauf sind *vertretbare* (nach Zahl, Mass und Gewicht bestimmbar), *unvertretbare Sachen* (es kommt allein auf die Individualität des Stückes an) zu unterscheiden.

19.24 Kaufpreis

Der **Kaufpreis** muss nicht ziffernmässig bestimmt sein, *Bestimmbarkeit genügt*. Wurde kein Verkaufspreis vereinbart, so wird vermutet, dass der Vertrag zum *mittleren Preis* abgeschlossen wurde, der zur Zeit am Ort der Erfüllung gilt.
Der Kaufpreis muss in Geld bestehen. Tut er dies nicht, so handelt es sich nicht um Kauf, sondern um Tausch.
Beim Preis geht man davon aus, dass Angebot und Nachfrage den Markt regeln. Zur Verhütung von Missbräuchen dient das Kartell- und das Preisüberwachungsgesetz. Generell gilt jedoch, dass der von den Parteien vereinbarte Preis der richtige ist.
Aus dem Kleinvertriebe geistiger Getränke (Art. 186) kann die Zechschuld eine Naturalobligation sein.

19.3 Pflichten der Parteien

19.31 Pflichten des Verkäufers

19.311 Übergabe des Besitzes

Der Käufer muss die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache erlangen. Die Übergabe kann durch ein sog. **Übergabesurrogat** ersetzt werden. So können **Traditionspapiere** eine Ware repräsentieren und die Verfügung über das reisende Gut ermöglichen.

19.312 Eigentumsverschaffung

Nach Art. 184 Abs. 1 ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer *Eigentum am Gegenstand zu verschaffen*. Der Verkäufer ist verpflichtet, *unbelastetes Eigentum* zu übertragen. Die Sache darf also *nicht mit beschränkten dinglichen Rechten (Pfandrechten, etc.) belastet* sein. Diese werden jedoch oft im Kaufpreis verrechnet. Sofern nichts anderes vereinbart wurde, muss die Kaufsache ebenfalls *frei von Rechten Dritter* sein, welche einer Übergabe entgegenstehen.

Strittig ist, ob bei der Übereignung von beweglichen Sachen eine tatsächliche Übergabe genügt, oder, ob ein Vertrag notwendig ist, was an sich keiner Gesetzesvorschrift entspricht. Ein Vertrag ist jedoch äusserst zweckmässig. Erforderlich ist in der Schweiz eine *causa*. Das heisst, die Übereignung muss zur Gültigkeit kausal sein. Fehlt somit beispielsweise das Verpflichtungsgeschäft, fällt automatisch auch das Eigentum weg und der Verkäufer kann die Kaufsache vindizieren.
Der Eigentümer kann die abhanden gekommene Sache dort vindizieren, wo er sie findet; der gutgläubige Erwerber wird nicht geschützt (*ZGB 934*). Im Ausgleich erhält er jedoch nach *ZGB 938 Privilegien in Bezug auf Nutzungen und Schaden*. Im Gegensatz zur Kaufsache kann der Preis in aller Regel nicht vindiziert, sondern bloss kondiziert werden.

Die *Zession wird als abstraktes Rechtsgeschäft* betrachtet. Dadurch ergeben sich Konsequenzen bei **Veräusserungsketten** *und* **Kettenzessionen**, sowie beim **Konkurs** des Zedenten:
Liegt eine *Veräusserungskette* vor, so wird der Dritterwerber nur dann Eigentümer, wenn er im Hinblick auf den Causa-Mangel im Verhältnis A-B gutgläubig war. Bei einer *Kettenzession* hingegen kann der Dritterwerber vom Causa-Mangel im Verhältnis A-B Kenntnis haben und wird trotzdem Inhaber der Forderung.
Im Konkursfalle bleibt die Sache nach dem Kausalitätsprinzip im Eigentum des Verkäufers und fällt in die Konkursmasse. Im Konkurs des Käufers kann der Verkäufer aussondern. Beim Abstraktionsprinzip verliert der Verkäufer das Eigentum und hat deshalb kein **Aussonderungsrecht**.

19.313 Nebenpflichten

Der Verkäufer trägt die **Kosten der Übergabe**. Herzu zählen die **Kosten des Messens und Wägens**, die **Verpackungspflicht**, die **Versendungskosten** (falls keine anders lautende Absprache) und die *Zölle* (ausser Verbrauchssteuern). Ausserdem trifft den Verkäufer die Pflicht zur *sorgfältigen Verwahrung* bis zur Übergabe.
In Bezug auf die Beschaffenheit trifft den Händler grundsätzliche *keine Untersuchungspflicht*, ausser der Verkäufer ist Fachmann. Dann wird eine Aufklärungspflicht fallweise bejaht.

19.32 Pflichten des Käufers

19.321 Zahlung des Kaufpreises (Art. 184 Abs. 1, Art. 211 Abs. 1)

Die Pflicht zur Kaufspreiszahlung ist eine synallagmatische Hauptpflicht. Es handelt sich um eine **Bringschuld**. Bei Verzug schuldet der Käufer **Verzugszinsen**.

19.322 Annahme der Sache

Nach dem Wortlaut ist der *Käufer verpflichtet, die Sache anzunehmen*. Geschieht dies nicht, so werden die Rechtsfolgen des *Gläubiger-*, wie auch des *Schuldnerverzuges* ausgelöst: Weigert sich der Käufer die Sache anzunehmen und den Kaufpreis zu bezahlen, hat der Verkäufer die *Rechte nach Art. 214ff*. In bestimmten Fällen kann jedoch auch *Art. 107* greifen, vor allem dann, wenn der ein *besonderes Interesse an der Erfüllung* hat.

19.323 Nebenpflichten

Der Käufer hat die **Transportkosten** zu tragen. Des Weiteren liegt es an ihm für die **Kosten der Beurkundung und der Abnahme** (Art. 188) aufzukommen. Die Untersuchung der Kaufssache (Art. 201 Abs. 1) ist hingegen eine Obliegenheit und keine Pflicht.

19.4 Gefahrtragung (Art. 185)

Unter *Gefahr* versteht man das *Risiko des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Sache*. Dieses Risiko trägt im Normalfalle der Eigentümer. Befindet sich die Sache noch beim Verkäufer als Eigentümer, so trifft diesen die Gefahr. Die *Gefahr geht also mit dem Eigentum über*, folglich gemäss *Art. 185 Abs. 1 mit Abschluss des Vertrages* und nicht erst mit der Übergabe. Dies ist darauf zurückzuführen, dass es atypisch ist, wenn der Käufer die Sache kauft und nicht sogleich mitnimmt.

19.41 Gefahrtragung im Einzelnen

Nach Art. 185 Abs. 1 gehen beim nur beim *Stückkauf und bei der Holschuld Gefahr und Nutzen mit Abschluss des Vertrages auf den Käufer über*. Dies gilt allerdings nicht bei *Schuldnerverzug* des Verkäufers. Hier haftet er auch für Zufall (Art. 103 Abs. 1). Analog geht bei *Gläubigerverzug* die Gefahr auf den Gläubiger über.
Ausnahmen bestehen bei:

- *Besonderen Verhältnissen*
  Geht bei einer Wahlschuld (Art. 72) die eine Sache unter, so kann der Verkäufer nicht die untergegangene Sache wählen.
  Im Falle eines **Mehrfachverkaufes** kann der Verkäufer den Kaufpreis von keiner Partei verlangen, da sein Verhalten widersprüchlich war.

- *Abweichenden Verabredungen*
  Art. 185 ist *dispositiv*. Bei Vereinbarung des Erfüllungsortes geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn sich die Sache am Erfüllungsort befindet (*Bringschuld*). Dasselbe gilt für den **Versendungsverkauf/ die Schickschuld**. Hier kann der Käufer allenfalls *Ansprüche gegen den Transporteur* der Sache

geltend machen (*Drittschadensliquidation*). Einfacher ist die Qualifikation des Transportvertrages als Vertrages zugunsten Dritter.
Beim aufschiebend *bedingten Kaufvertrag* geht die Gefahr erst mit Eintritt der Bedingung über.

- *Gattungskauf*
  Beim Gattungsverkauf geht gemäss *Art. 185 Abs. 2 die Gefahr erst mit Aussonderung der Ware über*. Bis dahin trifft den Verkäufer allerdings auch die Sachgefahr, d.h. er hat gegebenenfalls für eine neue Sache zu sorgen.

19.5 Verzug und Nichterfüllung

19.51 Verzug und Nichterfüllung des Verkäufers

Das Gesetz stellt in *Art. 190, 191 Sonderregeln für den kaufmännischen Verkehr* auf. Ansonsten gilt Art. 107.

19.511 Kaufmännischer Verkehr

Kaufmännischer Verkehr liegt dann vor, wenn der *Kauf gewerbsmässig* wird. Art. 190 stellt die Vermutung auf, dass bei einem Fixgeschäft der Käufer bei Verzug auf die Lieferung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Möchte der Käufer am Lieferungsanspruch festhalten, so hat er dies unverzüglich anzuzeigen. In der Praxis wird es dem Käufer jedoch zugemutet, dass er eine minime Verspätung in Kauf nehmen muss, sofern es sich beim Geschäft nicht um ein absolutes Fixgeschäft (Bsp. Lieferung der Hochzeitstorte) handelt.
Nach *Art. 191* kann der Käufer *Schadensersatz* wegen Nichterfüllung verlangen. Der Käufer kann den *objektiven Verkehrswert* der Sache geltend machen. Zudem kann er sich auf ein *subjektives Interesse* berufen oder ein *Haftungsinteresse*, wenn er den Gegenstand beispielsweise schon weiter veräussert hat, geltend machen. Schliesslich kann er auch eine konkrete Schadensberechnung vornehmen, die im wegen eines **Deckungskaufes** anfielen.

19.512 Nichtkaufmännischer Verkehr

Im nichtkaufmännischen Verkehr ist *Art. 190 nicht anwendbar, es gilt Art. 107*:
Mit dem Verfall des Liefertermins kommt der Verkäufer nach Art. 102 Abs. in *Verzug*. Die entsprechenden Schritte folgen.

19.52 Verzug und Nichterfüllung des Käufers

Zahlt der Käufer den Kaufpreis nicht, so hat der Verkäufer die Möglichkeit nach Art. 214 zurückzutreten oder Schadensersatz zu fordern. Für den Schadensersatz unterscheidet das Gesetz wiederum zwischen kaufmännischem (Art. 215 Abs. 1) und nichtkaufmännischem Verkehr (Art. 107 Abs. 2).

19.521 Rücktritt

Art. 214 gewährt dem Verkäufer ein *Rücktrittsrecht ohne Nachfristansetzung*. Er hat dem Käufer hiervon *sofort Anzeige* zu machen.
Die herrschende Lehre nimmt einen Ausschluss des Rücktritts schon dann an, wenn zwar Barverkauf vereinbart wurde. Der Verkäufer die Sache aber gleichwohl übergibt (Art. 214 Abs. 3).

19.522 Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Führt der Verkäufer im kaufmännischen Verkehr einen Deckungsverkauf durch, so ist er berechtigt, für den daraus hervorgehenden Einnahmeverlust Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

19.6 Die Gewährleistung des Verkäufers, Rechtsmängelhaftung (Art. 192- 196)

19.61 Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Die **Gewährleistungspflicht** ist eine *verschuldensunabhängige Haftung* (Kausal- oder Garantiehaftung). Der Verkäufer haftet für **Eviktion** (Entwertung), d.h. er hat dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein *Dritter aus Rechtsgründen dem Käufer den Kaufgegenstand ganz oder teilweise entzieht (Art. 192)*.
Voraussetzung für die Rechtsmängelhaftung ist, dass der *Mangel schon bei Vertragsschluss* bestanden hat. Kommt es zu einem Streit zwischen dem Käufer und einem Dritten, so muss der Käufer dem Verkäufer den Streit verkünden. Ansonsten wird der Verkäufer von der Haftung frei. Kannte der Käufer bei Abschluss des Kaufes die Gefahr, so haftet der Verkäufer nicht, ausser er hat sich ausdrücklich hierzu verpflichtet.
In der Folge kann der Käufer *Rückerstattung* des Preises nebst Zinsen unter Abrechnung der Früchte und Nutzungen, Verwendungsersatz, Ersatz der Kosten des mit dem Dritten geführten Prozess und den sonstigen unmittelbaren Schaden verlangen (Art. 195 Abs. 1). Weiteren Schaden (Bsp. entgangener Gewinn) erhält der Käufer nur ersetzt, wenn sich der Verkäufer nicht exkulpieren kann.
Kommt es nur zu einer **teilweisen Eviktion** *(Art. 196)*, so tritt an die Stelle der Vertragsaufhebung ein Anspruch auf Schadensersatz.

19.62 Rechtsmängelhaftung und gutgläubiger Erwerb

Die praktische Bedeutung der Rechtsmängelhaftung wird durch die Möglichkeit des *gutgläubigen Erwerbes* nach *ZGB Art. 933* stark reduziert. Hat der Käufer eine abhanden gekommene Sache im Wege der *öffentlichen Versteigerung oder von einem Kaufmann*, der mit Waren dergleichen Art handelt erworben, so hat der *Eigentümer* lediglich ein *Lösungsrecht*. Er kann die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises herausverlangen. Der Schadensersatzanspruch des Käufers mindert sich um diesen Betrag. Der *Käufer* ist in jedem Fall *verpflichtet*, den *Prozess gegen den vindizierenden Eigentümer* zu führen. Nur wenn er dies in guten Treuen unterlässt, behält er seine Ansprüche gegenüber dem Verkäufer.

Die Vorschriften von Art. 192- 196 gelten Kraft der Verweisung von Art. 221 auch für den *Grundstückkauf*.

19.63 Konkurrenz der Rechtsmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen

19.631 Sachmängelhaftung

Sachmangel ist die *ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit*. Ein *rechtlicher Sachmangel* liegt vor, wenn eine rechtliche Eigenschaft der Sache fehlt.

19.632 Schadensersatzansprüche

Nach herrschender Lehre stehen Schadensersatzansprüche nach Art. 97ff. in *alternativer Konkurrenz zur Rechtsmängelhaftung*.

19.633 Irrtums- und Täuschungsanfechtung (Art. 23ff.)

Rechtssprechung und herrschende Lehre geben dem Käufer das Recht, sich *wahlweise auf die Bestimmungen über die Willensmänge*l zu berufen, wenn er über einen Rechtsmangel im Irrtum war oder wenn er absichtlich getäuscht wurde.
Der Grundlagenirrtum ist zuzulassen, weil der Käufer nach dem Eviktionsprinzip vom *Vertrag zurücktreten* kann, solange die Sache nicht evinziert ist.

19.7 Sachmängelhaftung (Art. 197- 210)

Für den Sachmangel besteht ebenfalls eine *verschuldensunabhängige Garantiehaftung*. Unter Sachmangel werden *körperliche oder rechtliche Fehler einer zugesicherten Eigenschaft* zusammengefasst; eine *ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit*. Der Verkäufer einer Sache haftet für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften und für die Abwesenheit erheblicher Mängel.

Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Mangels ist die Gefahrübertragung, das ist beim Stückkauf der Vertragsschluss, beim Gattungskauf die Aussonderung. Die Beweislast für das Vorliegen des Mangels trägt der Käufer. Verweigert der Käufer die Annahme der Sache wegen Vertragswidrigkeit, so liegt die Beweislast für Mangelfreiheit beim Verkäufer.

19.71 Zusicherung von Eigenschaften

Die herrschende Meinung sieht in der **Zusicherung** *keine Willenserklärung, sondern eine Wissenserklärung oder Vorstellungsäusserung*, weshalb eine *gesetzliche* und keine vertragliche *Haftung – geregelt in Art. 197* – vorliegt. Sie ist ebenfalls nicht an eine vertragliche oder gesetzliche Form des Vertrages gebunden.
Von der Zusicherung zu unterscheiden ist die **selbständige Garantie**.

19.72 Voraussetzungen der Geltendmachung von Sachmängelansprüchen

19.721 Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 201)

Der Käufer hat die Sache alsbald nach Empfang zu prüfen und etwaige Mängel anzuzeigen (**Mängelrüge**). Unterlässt er dies, so gilt die Sache als genehmigt und er *verliert die Ansprüche* (Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche). Es handelt sich dabei um eine Obliegenheit.
Umfang und Intensität der Prüfung ergeben sich aus *Verkehrssitte, Handelsbrauch und Branchenübung*. Versteckte Mängel bleiben hiervon ausser Betracht. Bei umfangreichen Lieferungen genügen Stichproben.

Die Rechtsfolge des Prüfungs-, bzw. Rügeversäumnisses ist die Genehmigungsfiktion. Sie entfällt bei absichtlicher Täuschung.
Kennt der Käufer hingegen den Mangel bei Vertragsschluss oder ist seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit zurückzuführen, so ist die Gewährleistung ausgeschlossen (Art. 200).

19.73 Vertraglicher Gewährleistungsausschluss (Art. 199)

Das Gewährleitungsrecht ist dispositiv; es steht den Parteien frei, die Rügeobliegenheiten zu milden oder zu verschärfen. Häufig sind sog. **Freizeichnungsklauseln**, mit denen der Verkäufer seine Haftung mehr oder weniger beschränkt. Diese Klauseln sind jedoch restriktiv zu interpretieren. Häufig werden die sog. **Unklarheitenregeln** angewandt. Danach wird eine unklare Vertragsbestimmung zum Nachteil desjenigen ausgelegt, der sie formuliert, bzw. verwendet hat.
Übernimmt der Verkäufer für bestimmte Eigenschaften eine Garantie, so ist dies meist nicht als selbständige Garantie, sondern nur als Zusicherung für die Vertragsmässigkeit der Sache während der Dauer Frist zu verstehen. Der Käufer kann alle Mängel geltend machen, die innerhalb der Garantiefrist auftreten.

19.74 Verjährung der Gewährleistungsansprüche

Die Dauer der *Verjährungsfrist beträgt ein Jahr (Art. 210 Abs. 1), bei Grundstücken und Gebäuden fünf Jahre (Art. 219 Abs. 3)*. Sie beginnt *mit der Ablieferung der Kaufsache* und nicht erst mit der Entdeckung des Kaufmangels.

Das Veränderungsrisiko der Sache spricht für eine *kurze Verjährungsfrist*. Es gelten für sie die allgemeinen Bestimmungen von Art. 127ff. *Nachbesserungen oder Nachlieferungen* setzen danach eine *neue Jahresfrist* zugunsten des Käufers in Lauf.
Die *Verjährung gilt für alle Ansprüche aus Sachmängeln und für die Zusicherung von Eigenschaften*.
Entsteht dem Käufer durch die Lieferung einer mangelhaften Sache ein Schaden an anderen Rechtsgütern, bleibt es für den Deliktsanspruch bei der Verjährung nach Art. 60. Ebenfalls nicht gilt die kurze Verjährungsfrist für die Aliud-Lieferung beim Gattungskauf. Bei absichtlicher Täuschung greift die *Regelverjährung von Art. 127*.

Die Verjährungsfrist kann verlängert oder verkürzt werden (Art. 210 Abs. 1). Eine Verlängerung auf mehr als zehn Jahre wird allgemein als unzulässig betrachtet.

Hat der Käufer den *Kaufpreis noch nicht bezahlt*, so kann er *auch nach Ablauf der Verjährungsfrist den Sachmangel per Einrede geltend machen*, sofern er *innerhalb der Frist die vorgeschriebene Anzeige gemacht* hat. Hat der Käufer hingegen teilweise bezahlt, so kann er den Anspruch nur gegenüber dem Restkaufpreis geltend machen.

In der Praxis wird häufig auch das im Gesetz nicht erwähnte **Nachbesserungsrecht** geltend gemacht.
Beim Gattungsverkauf hat der Käufer somit die *Wahl zwischen Nachbesserung und* **Nachlieferung** *(Art. 206)*.

19.75 Viehkauf (Art. 202)

Für den Handel mit Vieh wird die Sachmängelhaftung erheblich eingeschränkt. Der *Verkäufer haftet nur für schriftliche Zusicherung und bei absichtlicher Täuschung*.
Viehmängel müssen innerhalb einer *Frist von neun Tagen* entdeckt, bzw. angezeigt werden. Zudem muss in derselben Frist bei der zuständigen Behörde die Untersuchung des Tieres durch Sachverständige verlangt werden. Die Frist von neun Tagen gilt nicht für eine *Trächtigkeitszusage*.

19.8 Sachmängelansprüche im Einzelnen

19.81 Nachbesserung

Mangels Vereinbarung besteht *keine* **Nachbesserungsanspruch** des Käufers. Auf den *vereinbarten Nachbesserungsanspruch sind Art. 102, 107 & 108 anwendbar*. Der Käufer muss also den Verkäufer in Verzug setzen und eine Nachfrist ansetzen. Bei fruchtlosem Ablauf der Frist leben die *gesetzlichen Gewährleistungsansprüche* wieder auf.
Fraglich ist, was gilt, wenn die Nachbesserung erfolglos ist. Bei weniger gravierenden Mängeln sollte man mindestens zwei fehlgeschlagene Nachbesserungsversuche wegen ein und desselben Mangels verlangen, ehe die gesetzlichen Ansprüche wieder aufleben.

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

Die Abtretbarkeit der Sachmängelrechte wird mit Bezug auf ihren Charakter als akzessorisches Gestaltungsrecht von der herrschenden Lehre verneint. Das Bundesgericht bejaht hingegen die Abtretbarkeit von Nachbesserungs- und Ersatzansprüchen.

19.82 Wandlung

Wandlung ist *Rückgängigmachung des Kaufes*. Die Rückerstattung der Leistungen erfolgt Zug um Zug.
Der Zweck ist dabei die Wiederherstellung des früheren Zustandes. Der *Käufer* muss die inzwischen *gezogenen Nutzungen* herausgeben, der *Verkäufer den Kaufpreis verzinsen und die allfälligen Prozesskosten zwischen dem Käufer und einem Dritten bezahlen*. Weiter hat der Käufer aufgrund der Kausalhaftung von *Art. 208 Abs. 2 Anspruch auf Ersatz des*

*unmittelbaren Schaden*s. Dieser kann nur im Falle der Wandlung beansprucht werden und nicht bei Minderung.

Die *Wandlung ist ausgeschlossen bei Weiterveräusserung, Weiterverarbeitung oder Untergang infolge Verschuldens des Käufers*. Der Käufer kann hier nur Minderung verlangen. *Untergang der Sache infolge Mangels schliesst Wandlung nicht aus (Art. 207 Abs. 1)*. Dasselbe gilt für den zufälligen Untergang.

Eine **Gesamtwandlung** ist nach Art. 209 Abs. 2 zulässig, wenn sich die fehlerhaften Stücke von den fehlerfreien nicht ohne erheblichen Nachteil für den Käufer oder den Verkäufer trennen lassen. Die Wandlung der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache.
Art. 209 ist auch auf Sukzessivlieferungsverträge anwendbar.

19.83 Minderung

Grundsätzlich hat der *Käufer die Wahl zwischen Wandlung und* **Minderung**. Rechtfertigen es die Umstände hingegen nicht, den Kauf rückgängig zu machen, kann der *Richter nach Art 205 Abs. 2 statt der Wandlung Minderung aussprechen*.

Die *Berechnung der Minderung* wird vielfach anhand der *relativen Methode* vorgenommen: Der Kaufpreis ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. In der Praxis werden der *objektive Wert der Sache ohne Mangel* und der *objektive Wert der Sache in mangelhaftem Zustand* berechnet. Die *Differenz* stellt den **Minderwert** dar. Minderung ist also die *Herabsetzung des Kaufpreises um den Minderwert*. Ebenfalls eine Möglichkeit stellt die *Ermittlung der Kosten der Mangelbeseitigung* dar.
Ist die Sache gänzlich wertlos, so ist bloss die Wandlung möglich.

19.84 Schadensersatz

Zum unmittelbaren Schaden zählen einige auch den sog. *Mangelschaden, der Schaden, der infolge des Fehlers unmittelbar aus der Sache entsteht* (Bsp. ölverseuchtes Grundstück) oder der sog. *weiterfressende Schaden* (Bsp. Hausbrand verursacht durch kaputte Sicherung). Dies ist der Anwendungsbereich des *Art. 208. Ansprüche aus weiterfressenden Schäden sind in dessen Rahmen abzulehnen*. Der Käufer kann entweder wandeln und die defekte Sache zurückgeben oder die Sache behalten und mindern. Der *Ersatz des Mangelschadens steckt dann bereits in der Minderung*.
Art. 208 Abs. 2 ist somit nur auf die Wandlung anwendbar. Dabei stellt sich die Frage nach dem Interesse:
Ist das *positive Interesse* zu ersetzen, wird der Gläubige so gestellt, wie wenn er ordentlich erfüllt hätte, beim *negativen*, wie wenn er auf Gültigkeit, bzw. Bestand des Vertrages nicht vertraut hätte. Das negative Interesse umfasst vor allem die vergeblichen Aufwendungen, ein entgangener Gewinn kann über das negative Interesse nur ganz selten gefordert werden.

Eine weitere Abgrenzung ist zwischen dem *unmittelbaren* und dem *weiteren/ mittelbaren Schaden*, der sich auf die Länge der Kausalkette bezieht, zu ziehen. Schwierigkeiten bestehen vor allem in der Einordnung der *Mangelfolgeschäden* unter die beiden Begriffspaare. Mangelfolgeschäden fallen sowohl unter das positive, wie auch unter das negative Interesse. Sie fallen unter *Art. 208 Abs. 3* und sind nur zu ersetzen, wenn sich der *Verkäufer nicht exkulpieren* kann.

19.9 Konkurrenz der Sachmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen

19.91 Schadensersatzansprüche nach Art. 97ff.

Nach der ständigen Rechtssprechung des Bundesgerichts kommen *Schadensersatzansprüche nach Art. 97ff neben der Sachmängelgewährleistung konkurrierend zur Anwendung*. Voraussetzung hierfür ist jedoch ein *Verschulden des Verkäufers*. Dieses bezieht sich nicht auf die Mangelhaftigkeit als solches, sondern auf die Tatsache des Vertragsschlusses in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Mängel.

19.92 Schadenersatz aus Delikt (Art. 41ff.)

Deliktsansprüche können stets mit vertraglichen konkurrieren. Es gilt jedoch zu beachten, dass ein *Deliktsanspruch nur gegeben* ist, soweit der Verkäufer gegen *Pflichten verstösst*, die nicht aus dem Vertrag resultieren, sondern *der Allgemeinheit gegenüber bestehen*.
Das Bundesgericht hat den *Ausschluss der Gewährleistung wegen unterlassener Rüge* auf den Deliktsanspruch übertragen. Dasselbe gilt für die *Haftungsbeschränkung nach Art. 199*. Zur Frage der *Verjährung bei Deliktsansprüchen hat das Bundesgericht bisher noch nicht Stellung genommen*.
Allgemein kann gesagt werden, dass *Mangelschäden grundsätzlich dem Vertragsrecht zugewiesen* werden,

19.93 Schadensersatzansprüche nach dem Produktehaftpflichtgesetz

Als **Produkthaftung** bezeichnet man das verschuldensunabhängige Einstehenmüssen des Herstellers für Schäden, die aus dem *Gebrauch eines in Verkehr gebrachten fehlerhaften Produktes* entstehen. Dies ist eine **Kausalhaftung**.
Für *geschädigte Dritte* kommt aber nur eine *ausservertragliche Haftung* in Betracht. *Gehaftet wird nur für Folgeschäden*, nicht für Schäden am Produkt selber. Produkteschäden fallen ausschliesslich unter die Sachgewährleistung nach Art. 97ff.
Zu ersetzen sind vorab *Personenschäden*, die durch das Produkt verursacht werden. Für Sachschäden gelten zwei wichtige Einschränkungen: Einmal ist der *Schaden am Produkt selbst ausdrücklich von der Haftung ausgenommen*, andererseits kommen *nur Schäden an privat genutzten Sachen* in Betracht.
Eine *Wegbedingung der Haftung* ist nach dem Produktehaftpflichtgesetz jedoch *nicht zulässig*.
Die relative Verjährungsfrist beträgt drei Jahre, die absolute zehn.

19.94 Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung

Das Bundesgericht lässt neben der Sachmängelhaftung *alternativ die Anfechtung wegen Grundlagenirrtum* nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 zu.
Dies spielt vor allem im Kunsthandel eine Rolle, da die Verjährungsfrist mit der Entdeckung des Irrtums beginnt. So kann aber auch der Verkäufer einen Irrtum anfechten.

19.10 Gattungskauf

19.101 Lieferungspflicht des Verkäufers

Solange nichts anderes vereinbart ist, muss der *Verkäufer aus der Gattung die individuellen Stücke auswählen*, mit denen er leisten möchte. Zuliefern ist dabei mindestens **mittlere Qualität** (Art. 71). Mangels vertragliche Abrede ist der Erfüllungsort der Wohnsitz des Schuldners (*Holschuld*).

Ein besonderes Problem stellt jedoch die **Beschaffungspflicht** dar. Der Verkäufer wird nicht befreit, wenn bestimmte Gattungssachen, mit denen er leisten wollte untergehen. Ausgenommen ist eine unzumutbare Unerschwinglichkeit.

Art. 206 gibt dem Käufer neben dem Wandlungs- und Minderungsanspruch als *dritte Wahlmöglichkeit* einen Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Ware. *Art. 206* räumt dem Verkäufer beim **Platzkauf** ein *Recht auf Nachlieferung* ein. Die Definition des Platzkaufes wird dabei heutzutage grosszügig aufgefasst und die Bestimmungen in der Folge auch auf den **Distanzkauf** ausgeweitet.

19.102 Abgrenzung von Schlecht- und Falschlieferung

Liefert der Verkäufer eine Sache, die *nicht der vereinbarten Gattung angehört*, so handelt es sich nicht um *Schlechtlieferung (peius)*, sondern um *Falschlieferung (aliud)*.
Die *unterschiedlichen Rechtsfolgen* zwischen **Schlechtlieferung** *(Sachmängelrecht)* und **Falschlieferung** *(Nichterfüllung)* führen nicht selten zu *wenig plausiblen Ergebnissen*. Vielmehr ist entscheidend, ob die *Ware genehmigungsfähig* ist oder nicht. Damit lässt sich das *aliud auf krasse Abweichungen* beschränken.

20.0 Besondere Arten des Kaufs

20.1 Grundstückkauf

Grundstücke im Sinne des Gesetzes sind nebst *Liegenschaften auch Bergwerke, Miteigentumsanteile an Grundstücken*, namentlich das Stockwerkeigentum, sowie als *Grundstücke in das Grundbuch aufgenommene, selbständige und dauernde Rechte* (hierzu gehört vor allem das Baurecht).

20.11 Öffentliche Beurkundung

Öffentliche Beurkundung ist die *Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren*.
Die Kompetenz dazu liegt in der kantonalen Gesetzgebung.
Von der öffentlichen Beurkundung ist die **öffentliche Beglaubigung** zu unterscheiden, die nur die *Echtheit der Unterschrift* bezeugt.

Die öffentliche Beurkundung dient dem *Schutze vor Übereilung*. Durch Mitwirkung der Urkundsperson soll des Weiteren ein *präziser und klarer Vertragstext* sichergestellt werden, da die Urkunde nach *Art. 9 ZGB volle Beweiskraft* erlangt. Oftmals ist die öffentliche Beurkundung ein Formerfordernis, dessen Fehlen Ungültigkeit zur Folge hat.

20.12 Gegenstand der Beurkundung

Beurkundungspflichtig sind neben dem **Grundstückkaufvertrag** *(Art. 216)*:
Vorverträge (Art. 216 Abs. 2), inklusive **Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht**
Das Vorkaufsrecht ist das Recht, einen Kaufvertrag durch einseitige Erklärung für den Fall zustande zu bringen, dass der Veräusserer mit einem Dritten abgeschlossen hat. Das *Vorkaufs- und Rückkaufsrecht dürfen für höchstens 25 Jahre*, das *Kaufrecht für höchstens zehn Jahre* vereinbart und im Grundbuch eingetragen werden. Das *Vorkaufsrecht* muss *innerhalb dreier Monate* nach Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrages ausgeübt werden (Art. 216e).

Nicht beurkundungspflichtige Geschäfte sind:

- Das **unlimitierte Vorkaufsrecht**, bei dem der *Kaufspreis nicht im Voraus bestimmt* ist (Pacht- oder Erbteilungsverträge).
- Kaufverträge über Aktien einer Immobilien AG
- Erwerb im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung
- Zuschlag in der Zwangsvollstreckung

20.121 Umfang der Beurkundung

Die Beurkundung muss *alle wesentlichen Vertragselemente* erfassen. Neben einer genauen *Beschreibung des Kaufgegenstandes* ist die *Bestimmung des Kaufpreises* notwendig. Ferner sind die *Zahlungsbedingungen*, namentlich die Übernahme von Grundpfandrechten, zu beurkunden. Anzugeben ist auch ein *etwaiges Vertretungsverhältnis*.

20.13 Rechtsfolgen des Formmangels

Grundstückkaufverträge sind *ungültig, wenn sie nicht oder nicht richtig beurkundet* sind. Der Vertrag entfaltet keine Rechtswirkung (Art. 216). Gegebenenfalls kommt Teilnichtigkeit in analoger Anwendung zu Art. 20 Abs. 2 in Betracht.
Bei Nichtigkeit kommen *weder Erfüllungs- noch Schadensersatzansprüche* in Frage, allenfalls Anspruch auf den Ersatz des *negativen Interesses aus culpa in contrahendo*.

Die Berufung auf Formmangel ist jedoch rechtsmissbräuchlich und verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn:

- Der Vertrag von beiden Parteien *freiwillig und irrtumsfrei erfüllt* worden ist.
- Die Partei, die sich darauf beruft, den *Formangel arglistig herbeigeführt* hat.
- Sich eine Partei *zweckwidrig auf den Formmangel beruft*.

20.131 Simulation

Nicht selten beurkunden die Parteien zwecks Steuer- oder Gebührenhinterziehung einen *niedrigeren Kaufpreis, als sie in Wahrheit vereinbart* haben (*Schwarzkauf*). Nach der Doktrin ist das *beurkundete Geschäft, weil nicht gewollt, nichtig* (Art. 18). Das *vereinbarte (dissimulierte) Geschäft dagegen ist wegen Formmangels nach Art. 216 Abs. 1 ungültig*. Andere Stimmen plädieren für die *Nichtigkeit des Schwarzkaufes wegen Widerrechtlichkeit* nach Art. 20.

20.14 Eigentums- und Gefahrübergang

Das *Eigentum geht mit der Eintragung ins Grundbuch auf den Erwerber über*. Die Eintragung erfolgt aufgrund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstücks, auf das sich die Verfügung bezieht. Diese Eintragung wird nach Art. 965 ZGB nur aufgrund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen.
Hat der Veräusserer den *Antrag gestellt, so kann er ihn nicht mehr einseitig zurückziehen*, auch wenn der Eintrag im Hauptbuch noch nicht erfolgt ist.
Bei einem bedingten Kaufvertrag, wird das Eigentum erst nach Eintritt der Bedingung eingetragen. Der Verkäufer hat nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung jedoch Anspruch auf Errichtung eines **gesetzlichen Grundpfandes**.

Der *Eigentumserwerb ist kausal*. Dies bedeutet, dass der Veräusserer bei *Ungültigkeit der causa*, sofern nicht Art. 2 ZGB eingreift, die *Herausgabe des Grundstückes* nach Art. 641 Abs. 2 ZGB und *Grundbuchberichtigung* nach Art. 975 ZGB verlangen kann.

Die *Gefahr geht mit dem vereinbarten Zeitpunkt der Übertragung des Grundstückes über* (Art. 220).

20.15 Gewährleistung

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

20.151 Rechtsmängelhaftung

Die Rechtsmängelhaftung spielt namentlich dort eine Rolle, wo noch kein Grundbuch existiert. Besteht ein solches, so ist *Voraussetzung der Rechtsmängelhaftung*, dass der *Käufer ins Grundbuch eingetragen* worden ist. Solange dies nicht geschehen ist, hat der Käufer keine Ansprüche aus Rechtsmängelhaftung, sondern wegen *Nichterfüllung*.

20.152 Sachmängelhaftung

Sachmängelhaftung kann bei folgenden Mängeln auftreten:
Körperliche und rechtliche Mängel, sowie Zusicherung von Eigenschaften bei Grundstücken und Gebäuden.
Nach *Art. 219* haftet der Verkäufer, wenn das *Grundstück nicht das Mass besitzt, das im Kaufvertrag angegeben ist*. Dies gilt nur für den *Fall eines fehlenden Grundbuches*. Sind die Masse im Grundbuch angegeben, haftet der Verkäufer nur bei Zusicherung oder Arglist.
Die *Pflicht zur Gewährleistung verjährt mit dem Ablauf von fünf Jahren*.

20.16 Beschränkung des Grundstückerwerbs aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften

Für *landwirtschaftliche Grundstücke* gilt nach *Art. 218* seit 1994 das **bäuerliche Bodenrecht**. Der *Grundstückerwerb durch Ausländer* ohne Niederlassungsrecht ist von einer *kantonalen Bewilligung* abhängig.

20.2 Tausch

20.21 Kauf nach Muster

Ist ein Kauf, bei dem die *Eigenschaften des Musters zugesichert* sind. Der Verkäufer haftet für die Musterkonformität.
Art. 222 definiert den **Kauf nach Muster** nicht, sondern enthält einige Beweisvorschriften. Ist die Sache *musterkonform, so hat sie die mit dem Muster zugesicherten Eigenschaften*. Insoweit entfällt eine Sachmängelhaftung.

20.22 Kauf auf Probe

Ist ein *bedingter Kauf*. Die *Bedingung ist die Genehmigung der Kaufsache*. Sie steht *im Belieben des Käufers (Art. 223 Abs. 1)*. Fallweise kann auch ein *Kauf mit Umtauschvorbehalt* vorliegen.
Vom **Kauf auf Probe** ist der **Kauf zur Probe** (ein Stück wird zunächst unbedingt gekauft) und der **Kauf nach Probe** (Kauf nach Muster) zu unterscheiden.

20.221 Genehmigung

Das Gesetz unterscheidet, ob sich die *Sache noch beim Verkäufer (Art. 224) oder bei Käufer (Art. 225)* befindet.

Im ersten Fall ist der Vertrag gegenstandslos, wenn ihn der Käufer nicht bis zum Ablauf der vereinbarten oder üblichen Frist genehmigt. Der Verkäufer kann den Käufer auch nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Erklärung einer Genehmigung auffordern.
Befindet sich die Sache beim Käufer, so gilt der Vertrag als genehmigt, wenn der Käufer nicht innerhalb der vertragsmässigen oder üblichen Frist die Nichtannahme erklärt oder die Sache zurückgibt.

20.222 Kauf mit Umtauschvorbehalt

Ist ein häufiger Geschäftstyp, *vom Gesetz wird er jedoch nicht geregelt*.
Der Käufer kann hierbei die gekaufte Sache gegen eine andere umtauschen. Es handelt sich somit um einen *unbedingten Kauf*. **Umtauschrechte** werden häufig auch *zugunsten Dritter* vereinbart.

20.23 Teilzahlungsgeschäfte (Art. 226a ff.)

20.231 Konsumkreditgesetz

Das **Konsumkreditgesetz** gilt für alle Verträge, bei denen sich ein **Kreditgeber** und ein **Konsument** gegenüberstehen. Entscheidend ist, dass ein Zahlungsaufschub erfolgt.
Nicht dem Konsumkreditgesetz zu unterstellen sind jedoch *Konsumkredite betreffend Immobilien, Grosskredite* (mehr als 40'000.-), *Bagatellkredite* (weniger als 350.- oder eine Laufzeit von weniger als drei Monaten), *unentgeltliche* Kredite, durch bankenübliche Sicherheiten gedeckte Kredite u.a. (vgl. die vollständige Aufzählung in Konsumkreditgesetz 6).
Das Gesetz gilt für den *Konsumenten*, der nur eine *natürliche Person* sein kann und der den *Kredit nicht für berufliche oder gewerbliche Zwecke* verwendet.

Grundsätzlich bestehen das *Konsumkreditgesetz und Art. 226a ff. nebeneinander*.
Beantworten beide Gesetze den selben Sachverhalt auf unterschiedliche Weise, so soll nach Art. 7 des Konsumkreditgesetzes die *strengere Vorschrift* zum Schutze des Konsumenten Anwendung finden.
Als wesentliche Änderung wird in Zukunft jeder Kreditgewährung eine **Kreditsfähigkeitsprüfung** vorangehen. Neu kann in Zukunft *jeder Konsument innert sieben Tagen vom Konsumkreditvertrag zurücktreten*.

20.24 Versteigerung (Art. 229- 236)

Unter **Versteigerung**, **Auktion** *oder* **Steigerungskauf** versteh man einen Kauf, bei dem der Auktionator unter den Kaufinteressenten einen *Wettbewerb* veranstaltet, indem er dem *Höchstbietenden den Zuschlag* erteilt.
Von Versteigerungen zu unterscheiden ist die **Submission**. Bei dieser wird der *Auftrag öffentlich ausgeschrieben* und der *Bestbieter erhält in der Regel den Zuschlag*.
Art. 229- 236 beziehen sich primär auf die *öffentlich angekündigte, private (freiwillige) Versteigerung*. Bei der **Zwangsversteigerung** ist die *Gewährleistung* nach Art. 234 Abs. 1 auf die Fälle der Zusicherung, bzw. der absichtlichen Täuschung *beschränkt*.

An der Versteigerung sind der **Veräusserer**, der **Auktionator** und die **Bieter** beteiligt. Das Rechtsverhältnis zwischen Auktionator und Veräusserer ist ein *Auftragsverhältnis*.

Zum Vertragsabschluss kommt es durch *Zuschlag* an den Meistbietenden. Das **Versteigerungsprotokoll** *ersetzt die öffentliche Beurkundung*. Wurde nicht anderes vereinbart, so hat der *Meistbietende bar zu leisten*, andernfalls ist ein *sofortiger Rücktritt möglich (Art. 233 Abs. 1)*.

In den **Auktionsbedingungen** *kann jede Gewährleistung ausgeschlossen* werden, mit *Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung* (Art. 234 Abs. 3). Meist enthalten die Auktionsbedingungen auch eine *umfassende* **Freizeichnung** *von der Sachmängelhaftung*.

20.241 Anfechtung nach Art. 230

Haben der *Auktionator und/ oder einzelne Bieter in rechts- oder sittenwidriger Weise auf die Versteigerung eingewirkt*, so kann die innerhalb einer Frist von *zehn Tagen* jedermann, der ein Interesse daran hat, *anfechten (Art. 230)*.

20.25 Tauschvertrag (Art. 237f.)

Der **Tausch** ist ein Vertrag, bei dem *nicht ein Gegenstand gegen Geld, sonder gegen einen anderen Gegenstand* ausgetauscht wird.
Haben die Parteien *zwei Kaufverträge mit Verrechnungsabrede* geschlossen, so ist dies als *Tausch* zu qualifizieren.
Art. 237 befindet, das die *Vorschriften über den Kaufvertrag* in dem Sinne auf den Tauschvertrag Anwendung finden, dass jede Vertragspartei in Bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer und in Bezug auf die von ihr zugesagte Sache als Käufer behandelt wird.
Für die Gewährleistung gilt, dass bei vollständiger Entwehrung oder Wandlung wegen eines Sachmangels die geschädigte Partei die *Wahl hat, Schadensersatz zu fordern oder die getauschte Sache zurück zu fordern* (Art. 238).
Bei Nichterfüllung und Verzug hat der Geschädigte analog zu Art. 238 die *Wahl auf dem Leistungsaustausch zu beharren und vollständigen Ersatz in Geld zu fordern (Austauschtheorie) oder seine eigene Leistung zu behalten und die Differenz zu verlangen (Differenztheorie)*.

20.3 Die Schenkung (Art. 238- 252)

Schenkung ist die *unentgeltliche Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers*. Die Schenkung ist ein *Vertrag*, d.h. dass das Schenkungsangebot vom Beschenkten (wenn auch konkludent) angenommen werden muss. Vom Kauf unterscheidet sich die Schenkung vor allem durch das *Fehlen einer Gegenleistung*.
Schenkungsgegenstand können *Sachen und Rechte sein, Aktien, Gesellschaftsanteile, Immaterialgüterrechte und sonstige Vermögensgegenstände*. Auch der *Erlass einer Forderung* ist möglich.
Die Schenkung muss *aus dem Vermögen des Schenkers* stammen. Dies bedeutet, dass unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, unentgeltliche Arbeit oder Auftragstätigkeit keine

Schenkung sind. Ebenso wenig ist ein Verzicht (Bsp. auf eine Erbschaft) oder die Erfüllung einer sittlichen Pflicht eine Schenkung.
Des Weiteren muss die Schenkung eine *Zuwendung unter Lebenden* sein. Die Schenkung kann jedoch auch *zugunsten Dritter oder durch Anweisung* erfolgen.
Eine **gemischte Schenkung** liegt dann vor, wenn der Preis so erheblich unter dem Verkehrswert liegt, dass der Käufer/ Beschenkte nicht annehmen konnte, es handle sich um einen blossen Freundschaftspreis.

Von der *Schenkung zu unterscheiden* sind andere unentgeltliche Verträge wie **Leihe** *(Art. 305ff.),* **unverzinsliche Darlehen** *(Art. 312ff.) oder der* unentgeltliche Auftrag. Die blosse *Nichtgeltendmachung* eines Anspruches ist noch *keine Schenkung*.

20.31 Vertragsschluss

Wie bereits dargelegt ist die Schenkung ein Vertrag. Somit wird ein *Konsens* vorausgesetzt. Art. 240 verlangt die *Handlungsfähigkeit des Schenkers*. Für die *Annahme genügt Urteilsfähigkeit*.
Art. 243 Abs. 1 verlangt für das *Schenkungsversprechen Schriftform*. Die **Handschenkung** hingegen ist *formlos gültig*. Für die *Schenkung von Grundstücken oder dinglichen Rechten* ist *Formpflicht* gegeben (Art. 243 Abs. 2).

20.32 Schenkung unter Auflage oder Bedingung

20.321 Auflage

Erfolgt die *Auflage im Interesse des Schenkers oder des Dritten*, so spricht man von **modus qualificatus**. *Dient sie lediglich dem Beschenkten*, nennt man sie **modus simplex**.

Der Erfüllung der Auflage ist keine Gegenleistung, sie ist jedoch *einklagbar (Art. 246)*.
Wahlweise hat der Schenker bei Nichterfüllung auch ein **Rückforderungsrecht** *(Art. 249 Ziff. 3)*, jedoch *keinen Schadensersatzanspruch*.
Nach *Art. 246 Abs. 3* kann der Beschenkte die *Vollziehung der Auflage verweigern*, soweit der Wert der Zuwendung die *Kosten der Auflage nicht deckt* und ihm der Ausfall nicht ersetzt wird. Liegt die *Vollziehung in öffentlichem Interesse*, so kann nach dem Tode des Schenkers die zuständige *Behörde die Vollziehung überwachen* (Art. 246 Abs. 2).
Eine *sitten- oder gesetzeswidrige Auflage ist unwirksam*.

20.322 Bedingung

Die Bedingung kann aufschiebend oder auflösend sein.

20.33 Widerruf der Schenkung

Die vollzogene Schenkung kann widerrufen werden bei:

- Einem schw*eren Verbrechen des Beschenkten gegen den Schenker oder eine diesem nahe stehende Person* (Art. 249 Ziff. 1)
- Einer *schweren Verletzung familienrechtlicher Pflichten* gegenüber dem Schenker oder dessen Angehörigen (Art. 249 Ziff. 2)
- Bei *Nichterfüllung von Auflagen* (Art. 249 Ziff. 3)

Es sind dies dieselben Gründe, bei denen eine Enterbung zulässig ist (Art. 477 ZGB).

Art. 250 erweitert die Widerrufsmöglichkeit für das **Schenkungsversprechen**:

- Falls sich seine *Vermögensverhältnisse* so *geändert* haben, dass ihn die Schenkung ausserordentlich schwer belasten würde.
- Wenn dem Schenker seit dem Versprechen *familienrechtliche Pflichten* erwachsen sind.
- Schenkungsversprechen wird durch die *Ausstellung eines Verlustscheines* oder durch *Konkurseröffnung* aufgehoben.

Der Widerruf *verjährt in einem Jahr ab Kenntnis des Widerrufgrundes*, wobei ein vereinbarter Widerrufsvorbehalt möglich ist.

20.34 Rechtsfolgen

Ist das Schenkungsversprechen wirksam, so kann der *Beschenkte auf Erfüllung klagen*. Streitig ist, ob er auch Schadensersatz fordern kann. Der Schuldner kann *Schadenersatz wegen Nichterfüllung* verlangen, wenn die Leistung infolge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr hat. *Verzugszinsen* schuldet der Schenker nach Art. 105 erst vom Zeitpunkt der Betreibung, bzw. Klageerhebung.

Die *Haftung des Schenkers ist jedoch milder*, da das Geschäft für ihn keinen Vorteil hat (Art. 99 Abs. 2). Dies bezieht sich vor allem auf Fälle, wenn der Beschenkte wegen Mangel oder Gefahr an der geschenkten Sache zu Schaden kommt. Der Schenker hat jedoch nur diejenige *Gewähr zu leisten, die er auch versprochen* hat.

20.341 Schenkungsanfechtung

Eine Schenkung, die *innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung oder Pfändung* vollzogen wurde, unterliegt der **Schenkungsanfechtung**.

20.35 Schenkungen auf den Todesfall

Schenkungen auf den Todesfall unterstehen nicht dem Schenkungsrecht, sondern dem **Erbrecht**.
Bei einer **Schenkung unter Lebensgefahr** ist anzunehmen, dass der Schenker mit seinem Tode rechnete (stillschweigende Annahme), weshalb die Schenkung *an eine Bedingung geknüpft* ist.